

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**3<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Ιουνίου 2018 με την εξής σύνθεση:  
Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος-Εισηγητής, Μιχαήλ Σειραδάκης και Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου Μέλη.

Για να εξετάσει την από 08.06.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 520/08.06.2018 της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....» που εδρεύει στην Λεωφόρο ....., Ασπρόπυργος Αττικής Τ.Κ. 19300, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «ΔΕΗ ΑΕ.», οδός Χαλκοκονδύλη αρ. 28 που εδρεύει στην Αθήνα, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Της Παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στην οδό ....., Ν. ΧΑΛΚΗΔΟΝΑ Τ.Κ. ....., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή της, να ακυρωθεί ή να τροποποιηθεί το υπ' αρ. ΑΡ./ΗΜ:ΕΚ 43716/6639/31-5-2018 πρακτικό της ΔΕΗ Α.Ε. ώστε να καταστεί δυνατή η συμμετοχή της στα περαιτέρω στάδια του διαγωνισμού.

Με την Παρέμβαση της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει να διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης και να απορριφτεί η υπό κρίση προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Οικονόμου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή η ΔΕΗ Α.Ε ως αναθέτουσα αρχή προκήρυξε διαγωνιστική διαδικασία (ΔΥΠ-611717/25-07-2017) για την προμήθεια οκτώ (8) ειδών γράσων που διεξήχθη στις 31-08-2017. Στις 31-05-2018 κοινοποιήθηκε με

## **Αριθμός Απόφασης: 474/2018**

τηλεομοιοτυπία τόσο στην προσφεύγουσα όσο και στην παρεμβαίνουσα το ΑΡ./ΗΜ:ΕΚ 43716/6639/31-05-2018 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, με θέμα «τεχνική αξιολόγηση προσφορών διαγωνισμού ΔΥΠ-611717/25-07-2017 για την προμήθεια οκτώ (8) ειδών γράσων», σύμφωνα με το οποίο εγκρίνεται το 10°/18-05-2018 πρακτικό της επιτροπής τεχνικής αξιολόγησης προσφορών, με το οποίο δεν γίνεται τεχνικά αποδεκτή η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας και απορρίπτεται στο σύνολο της.

2. Επειδή η προσφεύγουσα στρεφόμενη κατά της ως άνω πράξης της αναθέτουσας αιτείται την ακύρωση της, λόγω έκδοσης της κατά παράβαση νόμου.

3. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή έχει καταβληθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι, ούτε ο διαγωνισμός διενεργείται στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), ηλεκτρονικά, παρά τα οριζόμενα στις διατάξεις των αρ. 258 Ν. 4412/2016, ούτε μας γνωρίστηκε από τον Αναθέτοντα Φορέα ότι ο διαγωνισμός διενεργείται σε δικό του διαδικτυακό τόπο, στον οποίο λειτουργούν

## **Αριθμός Απόφασης: 474/2018**

δικά του ηλεκτρονικά μέσα επικοινωνίας, σύμφωνα με τις απαιτήσεις των παραγράφων 1 έως 6 και 8 του παραπάνω άρθρου και το άρθρο 259 Ν. 4412/16, αναλογικά εφαρμοζόμενο, στον οποίο άλλωστε και αν υπάρχει, δεν μας δόθηκε και ποτέ πρόσβαση, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 9 του Π.Δ. 39/2016, αναλογικά εφαρμοζόμενο, ώστε να δυνάμεθα να ελέγξουμε αυτεπαγγέλτως το βάσιμο της ημερομηνίας και του περιεχομένου των μεταξύ ΑΦ και Οικονομικών Φορέων επικοινωνιών, ούτε μας γνωρίστηκε ως εφαρμοζόμενη τυχόν υπάρχουσα κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, καθώς και του αρμόδιου κατά περίπτωση εποπτεύοντος Υπουργού, με την οποία να έχει χορηγηθεί στον Αναθέτονα Φορέα η δυνατότητα παρέκκλισης από την υποχρέωση εκτέλεσης των επικοινωνιών, καθώς και των ανταλλαγών πληροφοριών, στα πλαίσια διαγωνιστικών διαδικασιών, δυνάμει του δευτέρου βιβλίου του Ν. 4412/16, μέσω του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. Το ζήτημα αυτό, ωστόσο, δεν εξετάζεται περαιτέρω, στα πλαίσια της υπό κρίση Προσφυγής, κατά τις διατάξεις της παρ. 1 του αρ. 345 και του αρ. 360 Ν. 4412/2016, καθόσον δεν εγείρεται σχετικό παράπονο για βλάβη της από την Προσφεύγουσα.

Παραδεκτά συνεπώς φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

9. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της σχετικής πράξης της αναθέτουσας.

10. Επειδή από το άρθρο 6 (υποπερ. 6.1.1.1.) της διακήρυξης απαιτείται όπως ο φάκελος προσφοράς περιέχει τρεις άλλους φακέλους προσφοράς με τα διακριτικά «Α», «Β» και «Γ», μέσα δε σε κάθε φάκελο θα πρέπει να περιέχονται όσα στοιχεία αναφέρονται στις αντίστοιχες παραγράφους 6.2, 6.3 και 6.4 του άρθρου 6 της διακήρυξης, ότι δηλαδή υποχρεούνται να υποβάλλουν οι προσφέροντες. Περαιτέρω, ο φάκελος «Β» (τεχνική προσφορά), θα συνοδεύεται από τρία αντίγραφα β. Από την παράγραφο 6.3 της διακήρυξης

## Αριθμός Απόφασης: 474/2018

(υποπερ. 6.3.3.) απαιτείται ο φάκελος «Β» να περιέχει «όλα τα δικαιολογητικά και λοιπά τεχνικά στοιχεία καθώς και πληροφορίες που προβλέπονται στο άρθρο 3, του τεύχους 1 «πρόσκληση συμμετοχής σε ανοικτό Διαγωνισμό» της διακήρυξης και καθορίζονται στο τεύχος 5 «τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης». γ. Από την παράγραφο 7 (Στοιχεία Τεχνικής Προσφοράς) του τεύχους 5 της διακήρυξης, απαιτείται όπως: «...*Η τεχνική προσφορά των υποψηφίων αναδόχων θα πρέπει να περιλαμβάνει υποχρεωτικά τα ακόλουθα...7.1 7.2....7.3.7.4.. 7.5..7.Θ..7.7..7.8.. 7.9. Δελτία Δεδομένων Ασφαλείας των προσφερόμενων υλικών, σύμφωνα με τον Κανονισμό REACH, όπου θα αναφέρονται τα Cas Numbers και η ονομασία χρησιμοποιούμενων προσθέτων.*

11. Επειδή, περαιτέρω, το αρ. 281 Ν. 4412/2016 περί των εγγράφων της σύμβασης προβλέπει ότι: «1. Οι όροι που περιέχονται στα έγγραφα της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 293 και της περιοδικής ενδεικτικής προκήρυξης του άρθρου 291 περιέχουν ιδίως: α) την επωνυμία του αναθέτοντος φορέα, ... ιβ) ..., σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, ... των υποψηφίων ή προσφερόντων...» ενώ η παρ. 1 του άρθρου 301 (άρθρο 76 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) προβλέπει ότι «1. Για τους σκοπούς της επιλογής των συμμετεχόντων στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων εφαρμόζονται οι ακόλουθοι κανόνες: α) οι αναθέτοντες φορείς που έχουν θεσπίσει κανόνες και κριτήρια αποκλεισμού των προσφερόντων ή των υποψηφίων, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 304 ή με την παράγραφο 1 του άρθρου 305, αποκλείουν τους οικονομικούς φορείς που προσδιορίζονται, σύμφωνα με τους εν λόγω κανόνες και πληρούν τα εν λόγω κριτήρια αποκλεισμού ...». Η παράγραφος 1 του άρθρου 304 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 78 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) προβλέπει ότι «1. Οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να θεσπίζουν αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής των προσφερόντων ή των υποψηφίων οι εν λόγω κανόνες και κριτήρια αναφέρονται στα έγγραφα της σύμβασης.» , ενώ η παρ. 1 του άρθρου 305 του ίδιου Νόμου

(άρθρο 80 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) ότι: «1. Οι αντικειμενικοί κανόνες και τα κριτήρια για τον αποκλεισμό και την επιλογή των οικονομικών φορέων που υποβάλλουν αίτηση προεπιλογής σε ένα σύστημα προεπιλογής, καθώς και οι αντικειμενικοί κανόνες και τα κριτήρια για τον αποκλεισμό και την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων σε ανοικτή διαδικασία, σε κλειστή διαδικασία, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, σε ανταγωνιστικό διάλογο, σε σύμπραξη καινοτομίας ή σε συνοπτικό διαγωνισμό, μπορούν να περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που παρατίθενται στο άρθρο 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό.» Σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις και όσα ειδικότερα αναπτύχθηκαν στην σκέψη 7 της παρούσας οι Αναθέτοντες Φορείς που εμπíπτουν στο πεδίο εφαρμογής της διάταξης της παρ. 7 του άρ. 222 του Νόμου, όπως και η ΔΕΗ, μπορούν να παρεκκλίνουν από τους κανόνες και τα κριτήρια αποκλεισμού που προβλέπονται στα άρθρα 305 και κατ' αναλογική εφαρμογή 73 Ν. 4412/2106, αρκεί οι σχετικοί κανόνες που θέτουν να προβλέπονται στην διακήρυξη, να είναι σαφείς και πλήρεις, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 281 του Ν. 4412/2016 και αντικειμενικοί, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 304 του Ν. 4412/2016.

12. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από την νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, όσο και τους διαγωνιζόμενους (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003). Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού είτε κατά την συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή ακυρότητας» «η τεχνική προσφορά των αναδόχων θα περιλαμβάνει υποχρεωτικά...» ή άλλους παρόμοιους όρους, οι όροι θεωρούνται «απαράβατοι», είναι δε προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται

ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς, οδηγεί σε απόρριψη της. (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002). Συνεπώς η αναθέτουσα αρχή «ΔΕΗ ΑΕ» λαμβάνοντας υπόψη όλα τα παραπάνω, με αντικειμενική και ορθή κρίση, εφαρμόζοντας τις διατάξεις της διακήρυξης, καθώς και το Ν 4412/16 που διέπει τον παρόντα διαγωνισμό, κατ' ίση μεταχείριση των διαγωνιζομένων, απέρριψε την προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρείας.

13. Επειδή η προσφεύγουσα, προς θεμελίωση της προσφυγής της επικαλείται, ότι «Από την παράγραφο 7.9 της διακήρυξης προκύπτει ότι θα πρέπει να προσκομιστεί συνημμένος στην προσφορά πίνακας ουσιών βάσει του Κανονισμού REACH όπως αυτός ισχύει. Με δεδομένο ότι τα προσφερόμενα προϊόντα είναι μείγματα και οι ζητούμενες πληροφορίες αφορούν αυτά, η συμπλήρωση του πίνακα έγινε με στοιχεία που στα πλαίσια του κανονισμού REACH έχουν εφαρμογή στα μείγματα και όχι των επιμέρους ουσιών που τα συνιστούν καθώς δεν υπήρχε πουθενά τέτοια απαίτηση. Η χρήση του συμβόλου «/» είναι διαζευκτική: πχ Επισυνάπτεται Δελτίο Δεδομένων Ασφαλείας; (ΝΑΙ/ΟΧΙ). Ισχύει ένα από τα δύο, όχι και τα δύο. Αλλιώς ο φορέας θα είχε γράψει Όνομα Ουσίας και Παρασκευάσματος. Για αυτό το λόγο για τη διακήρυξη Νο : 611804 που είναι σε εξέλιξη εξέδωσε συμπληρωματική τροποποίηση (D1 611804) όπου αναφέρει ρητά: *«Συμπληρωμένος και υπογεγραμμένος από τον νόμιμο εκπρόσωπο της προσφέρουσας εταιρείας ο συνημμένος στο παρόν συμπλήρωμα πίνακας, για όλες τις χημικές ουσίες που βρίσκονται στο τελικό προϊόν/παρασκεύασμα»*. Επίσης ο ίδιος ο Πίνακας είναι τροποποιημένος στα κάτωθι στοιχεία: Ονομασία ουσίας/ουσιών του προϊόντος/παρασκευάσματος αντί Όνομα Ουσίας/Παρασκευάσματος. Τέλος, να συμπληρωθεί ότι ενώ ο φορέας είχε τη δυνατότητα, δεν ζητήθηκαν από τη ΔΕΗ συμπληρωματικά στοιχεία αν και γίνεται σαφής αναφορά στη τεχνική προσφορά μας για συμμόρφωση με τον κανονισμό REACH και μέρος των ουσιών έχουν ήδη δηλωθεί στα κατατεθειμένα MSDS των προσφερόμενων προϊόντων. Η εταιρεία μας έχει συμμετάσχει σε πάνω από 40 διαγωνισμούς. Ο πίνακας Κανονισμού REACH έχει συμπληρωθεί με αυτό το τρόπο από τη πρώτη στιγμή που ζητήθηκε και πάντα οι προσφορές μας γίνονται αποδεκτές. Ομοίως

αποδεκτές γίνονται και οι προσφορές άλλων εταιρειών που συμμετέχουν σε διαγωνισμούς με τον ίδιο ακριβώς τρόπο. Επομένως η αναθέτουσα αρχή ερμηνεύει εσφαλμένα τον Κανονισμό κρίνοντας ως τεχνικά μη αποδεκτή την προσφορά μας και άρα υποπίπτει σε παράβαση κατ' ουσία διάταξης νόμου.»

14. Επειδή η παρεμβαίνουσα μεταξύ άλλων, σημειώνει, ότι «Από την παράγραφο 7.9 του τεύχους 5 της διακήρυξης απαιτείται ρητά και επί ποινή ακυρότητας της προσφοράς, προσκόμιση συμπληρωμένου του πίνακα Κανονισμού REACH. β. Από τον Κανονισμό REACH ορίζεται σαφέστατα, ότι ο Κανονισμός εφαρμόζεται σε κάθε ουσία, είτε βρίσκεται σε καθαρή μορφή, είτε σε μίγμα, είτε σε αντικείμενο. Σκοπός του παρόντος κανονισμού είναι να εξασφαλισθούν ένα υψηλό επίπεδο προστασίας της υγείας του ανθρώπου και του περιβάλλοντος, συμπεριλαμβανομένης της προαγωγής εναλλακτικών μεθόδων αξιολόγησης των κινδύνων ουσιών, καθώς και η ελεύθερη κυκλοφορία των ουσιών εντός της εσωτερικής αγοράς, με παράλληλη ενίσχυση της ανταγωνιστικότητας και της καινοτομίας. δ. Ο παρών κανονισμός ορίζει διατάξεις σχετικά με τις ουσίες και τα M3 μείγματα, κατά την έννοια του άρθρου 3. Οι διατάξεις αυτές εφαρμόζονται στην παρασκευή, τη διάθεση στην αγορά ή και τη χρήση των ουσιών αυτών (είτε υπό καθαρή μορφή, είτε σε M3 μείγματα, είτε σε αντικείμενα) καθώς επίσης και στη διάθεση M3 μειγμάτων στην αγορά και βασίζεται στην αρχή ότι αποτελεί ευθύνη των παραγωγών, των εισαγωγέων και των μεταγενέστερων χρηστών να εξασφαλίζουν ότι οι ουσίες που παρασκευάζουν, διαθέτουν στην αγορά ή χρησιμοποιούν δεν βλάπτουν την υγεία του ανθρώπου ούτε το περιβάλλον. Οι διατάξεις του στηρίζονται στην αρχή της προφύλαξης».

15. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις από 18/6/2018 νόμιμα κατατεθειμένες απόψεις της προς την ΑΕΠΠ υποστηρίζει αφενός, ότι απαραδέκτως προβάλλει η προσφεύγουσα αιτιάσεις επί των όρων της διακήρυξης, αφού συμμετείχε σε αυτόν ανεπιφυλάκτως, ισχυρισμός ο οποίος απορρίπτεται καθόσον η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της δεν προσβάλλει κανέναν όρο της διακήρυξης, αφετέρου ως προς την ουσία της προσφυγής η Αναθέτουσα υποστηρίζει, ότι «Ο Κανονισμός (ΕΚ) με αριθ.

## **Αριθμός Απόφασης: 474/2018**

1907/2006 REACH, όπως αυτός ενσωματώνεται στην εθνική νομοθεσία μέσω του ΦΕΚ 1025B/22.05.20007 και εν συνεχεία τροποποιείται από τον Κανονισμό (ΕΚ) με αριθ. 1272/2008 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 16ης Δεκεμβρίου 2008, προβλέπει στο άρθρο 6 με τίτλο Γενική υποχρέωση καταχώρισης ουσιών υπό καθαρή μορφή ή σε Μ3 μείγματα ότι «Εάν δεν ορίζεται άλλως από τον παρόντα Κανονισμό, κάθε παρασκευαστής ή εισαγωγέας μιας ουσίας, είτε υπό καθαρή μορφή είτε σε ένα ή περισσότερα Μ3 μείγματα σε ποσότητες 1 τόνου ή μεγαλύτερες ετησίως, προβαίνει σε καταχώριση της ουσίας στον Οργανισμό.». Από τα ως άνω α-γ στοιχεία γίνεται πέρα από αντιληπτό ότι ο προβλεπόμενος από το άρθρο 7.9 της Διακήρυξης πίνακας REACH έπρεπε επί ποινή αποκλεισμού να συμπληρωθεί από τους συμμετέχοντες Οίκους με τα στοιχεία των επιμέρους ουσιών των προσφερόμενων μειγμάτων και σύμφωνα με τον επίμαχο Κανονισμό, ώστε να είναι εφικτή η διαπίστωση της ύπαρξης ή μη καρκινογόνων ή μεταλλαξιογόνων ουσιών στα προσφερόμενα μείγματα. Αυτός ήταν άλλωστε και ο σκοπός του υπόψη Κανονισμού-όπως αυτό προκύπτει εκ του προοιμίου του- να ορίσει δηλαδή ειδικά καθήκοντα και υποχρεώσεις σχετικά με παρασκευαστές, εισαγωγείς και μεταγενέστερους χρήστες ουσιών υπό καθαρή μορφή σε μείγματα ή σε αντικείμενα, εξασφαλίζοντας υψηλό επίπεδο προστασίας της υγείας του ανθρώπου και του περιβάλλοντος. Όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται στην παράγραφο 16 του προοιμίου του, «Ο παρών κανονισμός βασίζεται στην αρχή ότι η βιομηχανία θα πρέπει να παρασκευάζει, εισάγει ή χρησιμοποιεί ουσίες ή να τις διαθέτει στην αγορά με την ευθύνη και τη μέριμνα που απαιτούνται για να διασφαλίζεται ότι υπό ευλόγως προβλέψιμες συνθήκες, δεν βλάπτεται η υγεία του ανθρώπου και το περιβάλλον». Γίνεται σαφές λοιπόν ότι ο Κανονισμός REACH αφορά καταρχήν σε ουσίες και εφαρμόζεται σε κάθε ουσία, είτε αυτή βρίσκεται σε καθαρή μορφή, είτε σε μείγμα, είτε σε αντικείμενο, η δε ΔΕΗ, σε συμμόρφωση με τον εν λόγω Κανονισμό, έθεσε ως απαίτηση στην παρούσα διακήρυξη την υποχρεωτική και με ποινή αποκλεισμού προσκόμιση του πίνακα REACH συμπληρωμένου σύμφωνα με τα ως άνω προβλεπόμενα. Ωστόσο, η προσφεύγουσα δεν προέβη σε συμπλήρωση του



## Αριθμός Απόφασης: 474/2018

πίνακα σύμφωνα με τα δέοντα, θεωρώντας, αυθαιρέτως, προφανώς, ότι δεν υπάρχει υποχρέωση καταχώρισης των επιμέρους ουσιών των προσφερόμενων από εκείνη μειγμάτων. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα άφησε ασυμπλήρωτα όλα τα πεδία του πίνακα, ενώ στο πεδίο Υποχρέωση προκαταχώρισης/καταχώρισης' απάντησε αρνητικά επιλέγοντας το ΌΧΙ αντί του 'ΝΑΙ, με την αιτιολογία ότι τα προσφερόμενα "αποτελούν μίγματα/τελικά προϊόντα' και συνεπώς -υποθέτουμε ότι έκρινε η ίδια ότι- εφόσον τα μείγματα δεν καταχωρούνται, δεν υπάρχει υποχρέωση καταχώρισης των ουσιών που περιέχονται σε αυτά. Από την ανάλυση, κατέστη σαφές ότι ο υπόψη Κανονισμός εφαρμόζεται σε κάθε ουσία, είτε αυτή βρίσκεται σε καθαρή μορφή, είτε σε μείγμα, είτε σε αντικείμενο, επομένως κάθε παρασκευαστής ή εισαγωγέας μιας ουσίας σε ποσότητες 1 τόνου ή μεγαλύτερες ετησίως, σύμφωνα με το άρθρο 6 του Κανονισμού, υποχρεούται να προβαίνει σε καταχώριση της. Κακώς λοιπόν η προσφεύγουσα απάντησε με ΌΧΙ στο πεδίο 'υποχρέωση προκαταχώρισης/καταχώρισης', αφού ήταν προφανές ότι το πεδίο αφορούσε και έπρεπε να συμπληρωθεί με τις επιμέρους ουσίες που περιέχονται στα μείγματα που καταθέτει η προσφεύγουσα, και για τις οποίες υπάρχει υποχρέωση καταχώρισης καθώς οι ουσίες αυτές δεν εμπίπτουν στις ουσίες που εξαιρούνται από την καταχώρηση σύμφωνα με τα παραρτήματα IV και V του Κανονισμού REACH, οι δε ποσότητες των ουσιών που παρασκευάζει ή εισάγει η προσφεύγουσα εταιρεία υπερβαίνουν τον 1 τόνο ετησίως. Συνεπώς, σε αντίθεση με όσα αναφέρει χειρόγραφα η προσφεύγουσα στο σχετικό έντυπο του πίνακα REACH που προσκόμισε, υπήρχε -βάσει Κανονισμού REACH- υποχρέωση καταχώρησης των ουσιών που περιέχονται στα προσφερόμενα μείγματα, η δε συμπλήρωση του υπόψη πίνακα με τις επιμέρους ουσίες αποτελούσε ρητή και επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση της υπό κρίση Διακήρυξης».

16. Επειδή από την αναλυτική επισκόπηση του φακέλου και των εμπεριεχομένων σε αυτόν στοιχείων, προκύπτει πράγματι ότι η προσφεύγουσα απάντησε με ΌΧΙ στο πεδίο 'υποχρέωση προκαταχώρισης/καταχώρισης' του πίνακα REACH ενώ, ως βάσιμα υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή, έπρεπε να

## **Αριθμός Απόφασης: 474/2018**

απαντήσει με ΝΑΙ και να συμπληρωθεί με τις επιμέρους ουσίες που περιέχονται στα μείγματα που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ως απαιτούνταν ρητά από την παράγραφο 7.9 του τεύχους 5 της διακήρυξης, καθώς οι ουσίες αυτές δεν εμπίπτουν στις ουσίες που εξαιρούνται από την καταχώρηση σύμφωνα με τα παραρτήματα IV και V του Κανονισμού REACH, οι δε ποσότητες των ουσιών που παρασκευάζει ή εισάγει η προσφεύγουσα εταιρεία υπερβαίνουν τον 1 τόνο ετησίως. Συνεπώς σύμφωνα με τα ανωτέρω και όσα έγιναν δεκτά στη σκέψη 12 της παρούσας και κατά τη σαφή διατύπωση των όρων της διακήρυξης ενόψει και της αρχής της τυπικότητας που διέπει του δημόσιους διαγωνισμού, η οποία σκοπό έχει να εξασφαλίσει την τήρηση των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσης (ΣΤΕ 194/2011), νομίμως δεν έγινε τυπικά δεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας, ως βάσιμα υποστηρίζει τόσο η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της όσο και η παρεμβαίνουσα με την παρέμβαση της. Κατόπιν τούτου, με αυτό το περιεχόμενο η αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας ανταποκρίνεται στα στοιχεία του φακέλου και είναι νόμιμη.

17. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω σκέψεων, παρίσταται κατά την ομόφωνη κρίση του Κλιμακίου, ως νόμω και ουσία αβάσιμη, η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή, ως αντιβαίνουσα πλήρως διά του περιεχόμενου της στην αρχή της τυπικότητας των δημοσίων διαγωνιστικών διαδικασιών πραγματωμένης εν προκειμένω των ρητών προβλέψεων της διακήρυξης και δη του άρθρου 7.9 του τεύχους 5 της υπόψη διακήρυξης. οι οποίες ως έχουσες κανονιστική φύση δεν επιδέχονται οιασδήποτε ερμηνείας ή αντιμετώπισης διαφορετικής παρά μόνο της πλήρους και ανεπιφύλακτης συμμόρφωσης με αυτές.

18. Επειδή τέλος, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι μπορούσε η αναθέτουσα αρχή να ζητήσει διευκρινίσεις και δεν το έπραξε είναι νόμω και ουσία αβάσιμος, καθώς σύμφωνα με το αρ.102 Ν. 4412/2016 παρέχεται στην αναθέτουσα ευχέρεια να ζητήσει διευκρινίσεις και συμπληρώσεις, μόνο για ασάφεια δικαιολογητικών και εγγράφων και επουσιώδη σφάλματα ιδίως όλως τυπικής φύσης, γραφικά, λεκτικά, φραστικά, ως προς τη σήμανση και τη

συσχευασία του φακέλου και των εγγράφων και ως προς τη νομιμοποίηση. Η δε ως άνω διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας ελέγχεται τόσο ως προς την εκ μέρους της άσκηση, όσο και παράλειψη άσκησης, βάσει των κανόνων του άρ. 102 Ν. 4412/2016 και ως προς τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων που την προσδιορίζουν. Η δε παράλειψη άσκησης τέτοιας ευχέρειας, προϋποθέτει την καταρχήν συνδρομή της στο πρόσωπο της αναθέτουσας, η οποία όμως, κατά τους ορισμούς του άρ. 102 δεν υφίσταται για κάθε έλλειψη και σφάλμα αλλά μόνο για τον στενό κύκλο που ορίζει η παρ. 2 αυτού και δη για απλές ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες και πρόδηλα τυπικά σφάλματα. Ο δε διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος θα πρέπει να ερμηνεύεται μέσω του πρίσματος του άρ. 102 παρ. 3 και του άρ. 18 Ν. 4412/2016 και των αρχών που αυτά καθιερώνουν, το πρώτο στην ειδική περίπτωση της συμπλήρωσης και το δεύτερο γενικά επί των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και αμφότερα με τη σειρά τους πρέπει να ερμηνεύονται στο πλαίσιο του αποτελεσματικού ανταγωνισμού (Βλ. Μ. Οικονόμου, Δημόσιες Συμβάσεις και Δίκαιο Ελεύθερου Ανταγωνισμού, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη 2009). Το κριτήριο δε του παραπάνω διαχωρισμού, συνίσταται στο ότι η επιτρεπτή συμπλήρωση δεν πρέπει να είναι τέτοιας έκτασης, ώστε να επιτρέπει εναλλακτικές προσφορές, να προσδίδει πλεονέκτημα στον υπέρ ου οικονομικό φορέα έναντι των ανταγωνιστών του εισάγοντας ευμενή υπέρ αυτού διάκριση, να μην επιτρέπει τη μεταβολή προσφορών, να μην του παρέχει εμμέσως ευκαιρία πλήρωσης αποδεικτικής ή ουσιαστικής προϋπόθεσης η κατοχή της οποίας κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς δεν είναι αντικειμενικώς τεκμαιρόμενη ως βεβαία ή να του παρέχει δυνατότητα για την το πρώτον επίκληση προσόντων, δυνατοτήτων, ικανοτήτων και νομικών και πραγματικών δεδομένων, τα οποία ανεξαρτήτως αν υφίσταντο ή όχι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, αυτός δεν τα επικαλέστηκε καίτοι η διακήρυξη τα απαιτούσε ή για την το πρώτον τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που αυτός δεν τήρησε. Αντίστροφα, είναι παραδεκτή η συμπλήρωση και η διόρθωση, όταν από το ίδιο το περιεχόμενο και αντικείμενο του σφάλματος προκύπτει ότι αυτό είναι έλασσον σε σχέση με το αποδεικτικό

## **Αριθμός Απόφασης: 474/2018**

αντικείμενο της διακήρυξης και ευχερές να λάβει χώρα κατά τη σύνταξη της προσφοράς και κατά τα διδάγματα της κοινής λογικής και πείρας. Εξάλλου, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας, περαιτέρω κριτήρια για την κρίση περί του συγγνωστού, άρα και δυνατόν να συμπληρωθεί σφάλματος/έλλειψης συνίστανται στο αντικείμενο, περιεχόμενο και οικονομικό μέγεθος της διαδικασίας, την τυχόν ασάφεια και ελλείψεις των οικείων όρων της διακήρυξης, του γενικού όγκου πληροφοριών και αποδεικτικών εγγράφων που απαιτεί η διαδικασία και της εν γένει επιμέλειας που επέδειξε ο προσφέρων ως προς τις λοιπές αποδεικτικές υποχρεώσεις του και όλα τα παραπάνω μαζί σε σχέση με το εύρος και περιεχόμενο της έλλειψης. Σε κάθε περίπτωση, η ευχέρεια του άρ. 102 Ν. 4412/2016 δεν είναι δυνατό να χρησιμοποιηθεί για τη θεραπεία μιας σοβαρής ολιγωρίας του οικονομικού φορέα ή για τη διάσωση μιας προσφοράς που τελεί σε πλήρη αοριστία και πλήρη έλλειψη και δη όχι απλώς επί μεμονωμένου στοιχείου της προσφοράς, αλλά ενότητας τέτοιων στοιχείων, τα οποία αποτελούν προαπαιτούμενο για το παραδεκτό της συμμετοχής του οικονομικού φορέα. Άλλως, η χρήση αυτής της ευχέρειας από την αναθέτουσα θα προσέκρουε στο άκρο όριο που κατοχυρώνει το άρ. 102 παρ. 3 Ν. 4412/2016.

19. Επειδή, ομοίως, αόριστος, αλλά και νόμω και ουσία αβάσιμος τυγχάνει ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί του ότι έχει συμμετάσχει παραδεκτά σε πληθώρα άλλων διαγωνισμών κατά το παρελθόν καταθέτοντας ομοειδή προσφορά. Και τούτο, όπως γίνεται παγίως δεκτό από τη νομολογία και τη θεωρία, διότι κατ' εφαρμογή της αρχής της αυτοτέλειας της κάθε διαγωνιστικής διαδικασίας, εν προκειμένω δεν είναι δυνατό να λάβει χώρα οποιαδήποτε σύγκριση, αφού η προσφεύγουσα ουδέν αναφέρει για τις απαιτήσεις της υπόψη Διακήρυξης σε σχέση με τη Διακηρύξεις των διαγωνιστικών διαδικασιών του παρελθόντος στις οποίες αυτή συμμετείχε και τις παραμέτρους αυτών, ώστε ευχερώς να μπορεί να γίνει τέτοια σύγκριση και κατά τούτο ο ισχυρισμός της απορρίπτεται ως όλως αόριστος, σε κάθε δε περίπτωση ως νόμω και ουσία αβάσιμος

**Αριθμός Απόφασης: 474/2018**

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να απορριφθεί η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή, γενομένης δεκτής ταυτοχρόνως της κατατεθείσας Παρέμβασης.

21. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 21 Ιουνίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**Ειρήνη Τσιμπούκη**