

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 04^η Απριλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. Α210/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πατρών, την, από 31.05.2023, προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 777/01.06.2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 37/12.04.2022 απόφαση ανάδειξης προσωρινού αναδόχου και η υπ' αριθμ. 46/20.05.2022 απόφαση κατακύρωσης της αναθέτουσας αρχής, που εκδόθηκαν στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «...», εκτιμώμενης αξίας 339.986,82€, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, που θα δοθεί υπολογιζόμενη, σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 01/2022 μελέτη (με αριθμ. πρωτ. .../01.02.2022 διακήρυξη, συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ: ...).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00€) αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 31.05.2022, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 777/01.06.2022, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν οι διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι οι προσβαλλόμενες πράξεις της αναθέτουσας αρχής με θέμα: *«Έγκριση των Πρακτικών αποσφράγισης και Αξιολόγησης των φακέλων Δικαιολογητικών Συμμετοχής – Τεχνικών Προσφορών και Οικονομικών Προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του Διεθνούς Ηλεκτρονικού Ανοικτού Διαγωνισμού Προμήθειας ... της ... αριθμός διακήρυξης .../2022, με αύξοντα αριθμό συστήματος ηλεκτρονικού διαγωνισμού ... και ανάδειξη προσωρινών αναδόχων»* και *«Τροποποίηση της υπ' αριθμ. 40/2022 Απόφασης για την έγκριση πρακτικού ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης της επιτροπής διαγωνισμού για την προμήθεια ... της ...»*, αντίστοιχα, αναρτήθηκαν στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 21.05.2022.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε προσφορά για το σύνολο των ειδών του τμήματος 2 του εν θέματι διαγωνισμού, η οποία έγινε δεκτή, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής, το δε έννομο συμφέρον της θεμελιώνεται, εν προκειμένω, και στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον υπόψη διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (ΕΑ 1216/2006, ΕΑ 512/2002, 517/2001 κλπ). Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016,

καθόσον με την υπ' αριθμ. 37/2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής μη νομίμως έγιναν δεκτές οι προσφορές των εταιρειών «...», «...» και «...», καθότι δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές της υπ' αριθμ. 01/2022 μελέτης της διακήρυξης (απαράβατοι όροι), με συνέπεια η πρώτη εξ αυτών να αναδειχθεί μη νομίμως προσωρινός μειοδότης του τμήματος 2 του διαγωνισμού και εν τέλει να της κατακυρωθεί το εν λόγω τμήμα (βλ. υπ' αριθμ. 46/2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής).

5. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. .../15.06.2022 έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

6. Επειδή, στις 17.06.2022 η εταιρεία «...» υπέβαλε εμπροθέσμως υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

7. Επειδή, στις 20.06.2022 η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

8. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, σε σχέση με την προσφορά της εταιρείας «...», προκύπτουν τα εξής: • 1^{ος} λόγος προσφυγής: μη πλήρωση τεχνικών προδιαγραφών ως προς το υπ' αριθμό 2 προϊόν (... βάσεως λιθίου ενισχυμένο με πρόσθετα υψηλών πιέσεων) του τμήματος 2 του διαγωνισμού. Επισημαίνεται ότι στη μελέτη 01/2022 της επίμαχης διακήρυξης (βλ. Παράρτημα IV : «Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων»), προβλέπονται σε σχέση με το υπ' αριθμ. 2 προϊόν του τμήματος 2 του υπόψη διαγωνισμού, τα εξής: «2. ... βάσεως Λιθίου Ενισχυμένο με Πρόσθετα Υψηλών Πιέσεων Να είναι σύμφωνα με τις Προδιαγραφές: DIN 51825 KP2K-30, NLGI-2, ISO LB/GB». • Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι το εκ μέρους της εταιρείας «...» προσφερόμενο ... λιθίου φέρει τις εξής προδιαγραφές: NLGI-2, DIN 51825 KPF2K-30, λαμβανομένου δε υπόψη ότι το προσφερόμενο προϊόν φέρει την προδιαγραφή DIN 51825 KPF2K-30, αντί της ορθής DIN 51825 KP2K-30, η εν λόγω προσφορά θα έπρεπε να είχε απορριφθεί. Επίσης, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι, μολονότι στη διακήρυξη ζητείται ρητώς η προδιαγραφή ISO LB/GB, στο υποβληθέν τεχνικό φυλλάδιο δεν αναγράφεται η πλήρωση της ως

άνω προδιαγραφής. Τέλος, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η εν λόγω προσφορά θα έπρεπε να είχε απορριφθεί και λόγω παράλειψης δήλωσης της διάρκειας ζωής των προσφερόμενων υπ' αριθμ. 2, 8, 9,10 προϊόντων (... λιθίου, υγρό ... , υγρό ... και υγρό ...), ως ζητείται στη διακήρυξη.

• Η καθής η προσφυγή ισχυρίζεται ότι προσέφερε ... λιθίου, το οποίο ανταποκρίνεται πλήρως στην περιγραφή του ζητούμενου προϊόντος, καθώς αποτελείται από πρόσθετα υψηλών πιέσεων, είναι κατηγορίας NLGI-2, λειτουργεί στο ίδιο φάσμα θερμοκρασίας και χρησιμοποιείται στις ίδιες εφαρμογές. Επίσης, ισχυρίζεται ότι σε κανένα σημείο της διακήρυξης δεν έχει τεθεί η λέξη «συσσωρευτικά» ως προς την πλήρωση των τεχνικών απαιτήσεων/προδιαγραφών, παρά μόνο στο έγγραφο παροχής διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής και ότι θα ήταν σε κάθε περίπτωση, σε θέση «να προσφέρει προϊόντα που πληρούν "συσσωρευτικά" τις απαιτήσεις των προδιαγραφών ... εάν γνώριζε εγκαίρως τον περιορισμό αυτό...», τον οποίον (περιορισμό), ωστόσο, δεν γνώριζε, διότι - ως υποστηρίζει στο υπόμνημά της - οι σχετικές διευκρινίσεις αναρτήθηκαν στο σύστημα Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ «...κατά την τελευταία μέρα υποβολής και δεν υπήρχε περιθώριο ακύρωσης της υποβολής και προετοιμασία εκ νέου για υποβολή του διαγωνισμού.». Τέλος, ως προς τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, κατά τους οποίους η προσφορά της θα έπρεπε να είχε απορριφθεί, λόγω μη αναγραφής της διάρκειας ζωής των προσφερόμενων υπ' αριθμ. 2, 8, 9 και 10 προϊόντων του τμήματος 2 (...) του διαγωνισμού, η εν λόγω εταιρεία υποστηρίζει ότι είναι ευρέως γνωστό στον τομέα των μηχανικών ότι για τα συγκεκριμένα προϊόντα δεν μπορεί να οριστεί συγκεκριμένη διάρκεια ζωής, παρά μόνο κατά προσέγγιση, καθώς η διάρκεια ζωής τους επηρεάζεται από διάφορους παράγοντες, όπως είναι το περιβάλλον, η χρήση του οχήματος - μηχανήματος ή η επιφάνεια στην οποία τοποθετείται (στην περίπτωση των ..., στα οποία απαιτείται ...) και επομένως, μόνο ο κατασκευαστής του οχήματος ή του μηχανήματος και ο επιβλέπων μηχανικός είναι αρμόδιος για να προσδιορίσει τη διάρκεια ζωής των συγκεκριμένων ειδών.

• Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι: «Το ... που κατατέθηκε με τη συγκεκριμένη προσφορά είναι ανώτερο της προδιαγραφής DIN 51825 KP2K-30, καθώς περιέχουν επιπλέον πρόσθετα και ανταποκρίνεται στην περιγραφή

του ζητούμενου προϊόντος (ΕΡ ενισχυμένο με πρόσθετα υψηλών πιέσεων), παρουσιάζοντας μεγαλύτερο φάσμα θερμοκρασίας λειτουργίας (-30 έως +130 βαθμούς)... Το προϊόν το οποίο προσέφερε ο οικονομικός φορέας στο τεχνικό του φυλλάδιο αναγράφει σημείο στάξεως θερμοκρασία μεγαλύτερη των 160 βαθμών. Άρα το προϊόν καλύπτει πλήρως την προδιαγραφή LB και πιθανότατα και την προδιαγραφή GB...». Επίσης, υποστηρίζει ότι συγκεκριμένα προϊόντα του τμήματος 2 (...) του διαγωνισμού, που είναι τα εξής: 2- ... ΛΙΘΙΟΥ, 8-... FLUID ..., ..., ..., δεν συγκαταλέγονται στα ... μηχανών εσωτερικής καύσης και επομένως, δεν υπήρχε υποχρέωση δήλωσης της διάρκειας ζωής αυτών, όπως δε ειδικότερα αναφέρει, εφόσον τα αντιψυκτικά υγρά τύπου ... πληρούν τα απαιτούμενα πρότυπα ποιότητας ως προς την αποτελεσματικότητα και τη διάρκεια ζωής τους, ακολουθούν τις οδηγίες του κατασκευαστή οχημάτων, ο οποίος ορίζει κάθε πότε θα πρέπει να γίνει αλλαγή τους.

Σχετικώς με το ζήτημα της μη πλήρωσης των τιθέμενων προδιαγραφών, κρίνονται αβάσιμοι τόσο οι ισχυρισμοί της καθής η προσφυγή, όσο και της αναθέτουσας αρχής και τούτο, διότι, ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, τα ... που είναι κατηγοριοποιημένα ως DIN 51825 KPF2K-30, αποτελούν διαφορετικά προϊόντα, ήτοι, διαθέτουν διαφορετικά χαρακτηριστικά σε σχέση με τα ... που φέρουν την κατηγοριοποίηση DIN 51825 KP2K-30 και ως εκ τούτου, η καθής η προσφυγή προσέφερε διαφορετικό προϊόν σε σχέση με το ζητούμενο στην εν θέματι διακήρυξη (βλ. <http://www...../en/useful/.../din-51502-classification/din-51825-classification-of-...>). Επιπλέον, ουδόλως αποδείχθηκε ότι η εξεταζόμενη προσφορά πληροί την απαιτούμενη τεχνική προδιαγραφή ISO LB/GB, η οποία, όχι μόνο δεν αναγράφεται ρητώς στο τεχνικό φυλλάδιο του προσφερόμενου προϊόντος, αλλά ούτε και προκύπτει από τα κατατεθειμένα φυσικοχημικά χαρακτηριστικά του. Τέλος, το γεγονός ότι το σημείο στάξεως του προσφερόμενου προϊόντος είναι μεγαλύτερο των 160°C, σε καμία περίπτωση δεν συνεπάγεται ότι το προϊόν αυτό πληροί τη ζητούμενη προδιαγραφή GB, η οποία απαιτεί ελάχιστο σημείο στάξεως τους 175°C, απορριπτομένων ως απαράδεκτων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής.

Εν όψει των ανωτέρω, η επίμαχη προσφορά είναι απορριπτέα, αφού, ως έχει κριθεί, οι τεχνικές προδιαγραφές που τίθενται ως όροι επί ποιότη

αποκλεισμού από τη διακήρυξη, πρέπει να συντρέχουν κατά τον χρόνο περαίωσης της διαδικασίας παραλαβής προσφορών και η διάγνωση της κατά τον χρόνο εκείνο ελλείψεώς τους, συνεπάγεται δέσμια αρμοδιότητα της επιτροπής αξιολόγησης να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη προσφορά (ΣΤΕ 743/2000), ενώ δεν είναι δυνατό εκ των υστέρων να προσκομισθούν νέα, κρίσιμα κατά τη διακήρυξη, στοιχεία (ΣΤΕ 436/2002), όπως και δεν είναι δυνατή η λήψη υπόψη κατά τη διαδικασία ανάθεσης, ιδιότητας/προσόντος που ενώ, όχι μόνο δεν αποδείχθηκε, αλλά και ουσιαστικά έλειπε, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, τυχόν απεκτήθη μεταγενεστέρως, καθώς έτσι θα παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας του διαγωνισμού και ασφάλειας αυτού, εκθέτοντας την κατακυρωτική κρίση σε τυχαία, μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα (βλ. μεταξύ πολλών, υπ' αριθμ. 1452/2021 απόφαση 7^{ου} κλιμακίου της Αρχής). Περαιτέρω, ως προς τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας περί παράλειψης δήλωσης της διάρκειας ζωής των επίμαχων προϊόντων, όσον αφορά στο επίμαχο τμήμα 2 (...) του υπόψη διαγωνισμού, βασίμως με τον όρο «...», η αναθέτουσα αρχή αναφέρεται στο σύνολο των ειδών του εν λόγω τμήματος, ήτοι στα ..., στα ..., στις ..., στα πρόσθετα, στα ..., στα υγρά ... κλπ και επομένως, εάν ήθελε υποτεθεί ότι η υποχρέωση προσκόμισης δήλωσης περί της διάρκειας ζωής, δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής σε ορισμένα εκ των προϊόντων που εντάσσονται στο ως άνω τμήμα του διαγωνισμού, τούτο θα έπρεπε να αναφέρεται ρητώς και σαφώς στον επίμαχο όρο της διακήρυξης, ώστε να υποβληθούν ορθές και συγκρίσιμες μεταξύ τους προσφορές (αρχή της διαφάνειας).

Εν όψει των ανωτέρω, η καθής η προσφυγή θα έπρεπε να είχε προσκομίσει τα φυσικοχημικά χαρακτηριστικά που αναφέρονται στις αντίστοιχες ΚΥΑ, αλλά και να αναφέρει τη διάρκεια ζωής (διανυθέντα χιλιόμετρα οχήματος ή ώρες λειτουργίας) για όλα τα εκ μέρους της προσφερόμενα για το τμήμα 2 προϊόντα, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής. Εξάλλου, για όλα τα ... δίνεται πάντα μια ενδεικτική διάρκεια ζωής, καθώς αυτή εξαρτάται από πολλούς αστάθμητους παράγοντες, όπως είναι για παράδειγμα, η ποιότητα/προδιαγραφή του ..., ο τύπος/ηλικία κινητήρα (Euro I,II,III,IV,V,VI), η κατάσταση του κινητήρα και ο τύπος σέρβις που ακολουθείται, οι συνθήκες λειτουργίας (φορτίο, περιβάλλον, μορφολογία εδάφους, τρόπος οδήγησης), η

ποιότητα και η κατανάλωση καυσίμου κλπ. Με βάση τα προαναφερόμενα και δεδομένου ότι η καθής η προσφυγή είχε υποχρέωση να προσκομίσει έστω μια εκτιμώμενη διάρκεια ζωής για τα εν λόγω προϊόντα, ήτοι, με επιφύλαξη όσον αφορά στον χρόνο που ορίζει ο κατασκευαστής και όσον αφορά στη χρήση του μηχανήματος, οι σχετικές αιτιάσεις της προσφεύγουσας θα πρέπει να γίνουν δεκτές ως βάσιμες. Επίσης, θα πρέπει να σημειωθεί ότι, ακόμη και εάν ήθελε υποτεθεί ότι το υπ' αριθμ. πρωτ. .../10.03.2022 διευκρινιστικό έγγραφο της οικείας αναθέτουσας αρχής, στο οποίο ορίζεται ρητώς και σαφώς ότι: *«Ε) Οι απαιτήσεις και οι προδιαγραφές που αναφέρονται στην μελέτη της διακήρυξης, θα πρέπει να πληρούνται συσσωρευτικά για κάθε ...»*, αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ την τελευταία ημέρα υποβολής των προσφορών (10.03.2022), χωρίς δηλαδή να δοθεί παράταση της ανωτέρω προθεσμίας, ώστε να καταστεί δυνατό για τους ενδιαφερόμενους να προετοιμάσουν ορθότερα την προσφορά τους (βλ. σχετικά παρ. 2.1.3. της διακήρυξης), δοθέντος ότι, κατά πάγια νομολογία, οι τεχνικές προδιαγραφές θεωρούνται στο σύνολό τους ως απαράβατοι όροι (Ε.Α. ΣτΕ 1740/2004, 93,316,563/2006) εκτός εάν ορισμένες είναι, σύμφωνα με τη διακήρυξη, προαιρετικές (ΣτΕ ΕΑ 230/2012, 192/2012, 291/2011, ΕΣ Τμ. Μείζ.- Επταμ. 2446/2012, Γνωμ. ΝΣΚ 521/2011) – περίπτωση δηλαδή που δεν συντρέχει στην εξεταζόμενη περίπτωση, αφού σε καμία διάταξη της διακήρυξης δεν ορίζεται ότι κάποιες εκ των τιθέμενων προδιαγραφών είναι προαιρετικές – η τεχνική προσφορά της συγκεκριμένης εταιρείας, η οποία, σημειωτέον, αποδέχθηκε πλήρως τους όρους της υπ' αριθμ. 67/2022 διακήρυξης, με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στον διαγωνισμό, θα έπρεπε να είχε απορριφθεί, ως μη πληρούσα απαράβατους όρους της διακήρυξης οι οποίοι, εξάλλου (όροι) τέθηκαν από την ίδια την αναθέτουσα αρχή, η οποία και δεν μπορεί να απόσχει από αυτούς, για λόγους τήρησης της θεμελιώδους αρχή της διαφάνειας. Συναφώς, ο 1ος λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να γίνει εν συνόλω δεκτός ως βάσιμος.

• 2^{ος} λόγος προσφυγής: μη πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών για το προϊόν με αριθμ. 3 (...) του τμήματος 2 του διαγωνισμού. Επισημαίνεται ότι στη μελέτη 01/2022 της επίμαχης διακήρυξης (βλ. Παράρτημα IV: «Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων»), προβλέπονται σε σχέση με το υπ' αριθμ. 3

προϊόν του τμήματος 2 (...) του υπόψη διαγωνισμού, τα εξής: «3. ... *Να είναι σύμφωνα με τις Προδιαγραφές: ACEA E7-16, A3/B4-16, API CI-4/CH-4/CG-4/CF-4/CF- 2/CF/SL*».

• Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η καθής η προσφυγή προσέφερε το προϊόν «...», που πληροί τις εξής προδιαγραφές: «API CH-4/CG4/CF-4/CF, API SL/SJ, ACEA A3/B4-08, E7-04, ACEA E7-04, MB 228.3, VOLVO VDS-2, MAN 3275, MTU TYPE 2, RENAULT RD-2, CUMMINS CES 20076/20077, MACK EO-M Plus, Caterpillar ECF-1a», ήτοι, προσέφερε προϊόν το οποίο δεν φέρει τις προδιαγραφές API CI-4/CF-2, ACEA E7-16, A3/B4-16, ως ζητείται στη μελέτη της εν θέματι διακήρυξης. Και τούτο, διότι οι προδιαγραφές του προσφερόμενου προϊόντος είναι προγενέστερες (API CH-4/CG-4/CF-4/CF) των ζητούμενων, αλλά και καταργημένες (ACEA A3/B4-08, ACEA E7-04) και ως εκ τούτου, η προσφορά της εν λόγω εταιρείας καθίσταται υποχρεωτικώς απορριπτέα, ως μη πληρούσα το σύνολο των προδιαγραφών της οικείας μελέτης. Τέλος, η προσφεύγουσα διευκρινίζει ότι η αναγραφή του αριθμού -08, δίπλα στην προδιαγραφή A3/B4 και του αριθμού -04, δίπλα στην προδιαγραφή E7, υποδηλώνει ότι οι προδιαγραφές αυτές είναι καταχωρημένες στο Γενικό Χημείο του Κράτους, σύμφωνα με το ACEA έτους 2004 και 2008 αντίστοιχα.

• Η καθής η προσφυγή ισχυρίζεται ότι σε κανένα σημείο της ένδικης διακήρυξης ή των Παραρτημάτων της (βλ. Παραρτήματα I, II, III, IV και V), δεν έχει τεθεί η λέξη «συσσωρευτικά» για τις τεχνικές απαιτήσεις - προδιαγραφές, παρά μόνο στο έγγραφο παροχής διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο, όμως, αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 10.03.2022 (καταληκτική προθεσμία υποβολής προσφορών) και επομένως, η προσφορά της είναι σύμφωνη με τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Πιο συγκεκριμένα, η εν λόγω εταιρεία ισχυρίζεται ότι για το προϊόν υπ' αριθμ. 3 προσέφερε το προϊόν ... «... *το οποίο καλύπτει τις περισσότερες προδιαγραφές που ορίζει το έγγραφο τεχνικών προδιαγραφών ... και το οποίο εφόσον έγινε δεκτό από την επιτροπή της Αναθέτουσας, προφανώς είναι ικανό να καλύψει τις απαιτήσεις του στόλου των οχημάτων της...*». Τέλος, ως προς τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας περί προσφοράς προϊόντος που φέρει «καταργημένες» τεχνικές προδιαγραφές (ACEA A3/B4-08, ACEA E7-04 έναντι των ACEA A3/B4-16, ACEA E7-16), η καθής η προσφυγή υποστηρίζει ότι το πρότυπο ACEA 2016 δεν έχει ουσιαστικές διαφορές σε σχέση με τα προγενέστερα πρότυπα, του

έτους 2004 και 2008 (αντίστοιχα), και για τον λόγο αυτόν, ορθώς έγινε δεκτή η προσφορά της.

Β) Στην υπό κρίση υπόθεση, αποδείχθηκε ότι εφόσον στην οικεία μελέτη ζητείται ρητώς και σαφώς η πλήρωση των προδιαγραφών ACEA E7-16, A3/B4-16, ήτοι, προδιαγραφών που έχουν πάρει έγκριση κυκλοφορίας στην ελληνική αγορά από το Γενικό Χημείο του Κράτους, σύμφωνα με το ACEA 2016, τα προσφερόμενα προϊόντα θα πρέπει να πληρούν αποκλειστικά τις ανωτέρω ρητώς καθοριζόμενες προδιαγραφές και όχι έτερες (όπως για παράδειγμα προγενέστερες των ρητώς οριζόμενων στο Παράρτημα IV ή καταργημένες τεχνικές προδιαγραφές). Ως δε βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, οι ζητούμενες προδιαγραφές της ως άνω μελέτης ακολουθούν το πιο πρόσφατο ACEA, ήτοι εκείνο του έτους 2016 (European Automobile Manufacturers Association), το οποίο είναι και το ισχύον, όπου αναγράφεται: *«As new editions are published older editions have to be withdrawn. Validities of new and old editions are overlapping for limited periods of time as shown in the following table and the accompanying text below. When a new ACEA Oil Sequence is introduced, oils with claims against the previous can be marketed only for another two years»* και σε ελληνική μετάφραση: *«Καθώς δημοσιεύονται νέες εκδόσεις, οι παλαιότερες εκδόσεις πρέπει να αποσυρθούν. Η ισχύς των νέων και των παλαιών εκδόσεων αλληλεπικαλύπτονται για περιορισμένες χρονικές περιόδους, όπως φαίνεται στον παρακάτω πίνακα και στο συνοδευτικό κείμενο παρακάτω. Όταν εισάγεται μια νέα σειρά λαδιών ACEA, τα λάδια με αξιώσεις έναντι του προηγούμενου μπορούν να διατεθούν στην αγορά μόνο για άλλα δύο χρόνια»*.

Σημειωτέον ότι η προδιαγραφή «API CF-2» είναι μια ξεχωριστή προδιαγραφή, που δεν έχει αντικατασταθεί από κάποια άλλη μεταγενέστερη του συστήματος κατηγοριοποίησης API. Ως, εξάλλου, αναφέρεται στο με αριθμ. πρωτ. .../07.09.2017 έγγραφο του Γενικού Χημείου του Κράτους: *«Στο σύστημα κατηγοριοποίησης API με εξαίρεση την προδιαγραφή CF-2, κάθε επόμενη προδιαγραφή υπερκαλύπτει κάθε προηγούμενη καταργημένη ή μη»,* απορριπτομένων των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής, κατά τους οποίους η ως άνω προδιαγραφή, την οποία, άλλωστε, η ίδια έθεσε στην εν θέματι διακήρυξη, έχει καταργηθεί. Καταληκτικά και δοθέντος ότι η προδιαγραφή API CF-2 δεν δύναται να καλυφθεί από κάποια άλλη προδιαγραφή, αλλά και ότι

δεν πληρούνται οι προαναφερόμενες τεχνικές προδιαγραφές (API CI-4, ACEA E7-16, ACEA A3/B4-16), η καθής η προσφυγή θα έπρεπε να είχε αποκλειστεί από την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία.

Επισημαίνεται στο σημείο αυτό, ότι λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχή της τυπικότητας, όλες οι διατάξεις της διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους, οπότε τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν στον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών (βλ. Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ' Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009, Δημήτριος Ι. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Σάκκουλας, 2017, σελ. 195-197). Περαιτέρω, αποκλεισμός τεχνικής προσφοράς προβλέπεται στην περίπτωση απόκλισης από τους απαράβατους όρους της διακήρυξης, ως τέτοιοι δε θεωρούνται στο σύνολό τους οι τεχνικές προδιαγραφές (Ε.Α. ΣτΕ 1740/2004, 93,316,563/2006) εκτός εάν ορισμένες είναι σύμφωνα με τη διακήρυξη προαιρετικές (ΣτΕ ΕΑ 230/2012, 192/2012, 291/2011, ΕΣ Τμ. Μείζ.- Επταμ. 2446/2012, Γνωμ. ΝΣΚ 521/2011), περίπτωση που, ωστόσο, δεν συντρέχει εν προκειμένω.

Εξάλλου, όπως προαναφέρθηκε, παρόλο που η ανάρτηση των σχετικών διευκρινίσεων έγινε την τελευταία ημέρα υποβολής των προσφορών (10.03.2022), με συνέπεια η καθής η προσφυγή να δηλώνει ότι δεν ήταν σε θέση να τροποποιήσει εγκαίρως την προσφορά της (βλ. σχετικά παρ. 2.1.3. της διακήρυξης), σε κανέναν όρο της ένδικης διακήρυξης δεν ορίζεται ότι κάποιες εκ των τιθέμενων τεχνικών προδιαγραφών είναι προαιρετικές. Επομένως, δοθέντος ότι, κατά πάγια νομολογία, οι προσφορές των υποψηφίων θα πρέπει να πληρούν το σύνολο των τιθέμενων τεχνικών προδιαγραφών, η υπό εξέταση προσφορά κατέστη για τον ανωτέρω λόγο πλημμελής και συνεπώς, απορριπτέα. Με βάση τα ανωτέρω αναφερόμενα, πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι οι ισχυρισμοί της καθής η προσφυγή, κατά τους οποίους οι ζητούμενες (νεότερες) προδιαγραφές ACEA δεν παρουσιάζουν μεγάλες διαφορές σε σχέση με τις προγενέστερες και ήδη καταργηθείσες προδιαγραφές που φέρουν τα προϊόντα που προσέφερε στον υπόψη διαγωνισμό (βλ. αρχή δεσμευτικότητας της διακήρυξης). Τέλος, θα πρέπει να σημειωθεί ότι οι περιπτώσεις των προσφορών που παρουσιάζουν αποκλίσεις από τους όρους της διακήρυξης, δεν θα

απορρίπτονται υπό την προϋπόθεση ότι οι αποκλίσεις αυτές δεν αναφέρονται στους απαράβατους όρους και κρίνονται επουσιώδεις από την αρμόδια επιτροπή διαγωνισμού, το επουσιώδες, ωστόσο, της απόκλισης διαπιστώνεται και αιτιολογείται ειδικά από την αναθέτουσα αρχή (ΣΤΕ 4136/2009, 2004/2010). Ωστόσο, λαμβανομένου υπόψη ότι i) ουδεμία ειδική αιτιολόγηση περιλαμβάνεται στην προσβαλλόμενη πράξη περί της τυχόν επουσιώδους απόκλισης της εξεταζόμενης προσφοράς από τους απαράβατους όρους της διακήρυξης, ii) σε κανένα σημείο της διακήρυξης δεν αναφέρεται ότι οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές είναι προαιρετικές (τουναντίον, ορίζεται σαφώς και ρητώς ότι θα πρέπει να πληρούνται το σύνολο των τιθέμενων τεχνικών προδιαγραφών), οι οποίες, κατά τα παγίως κριθέντα από τη νομολογία, αποτελούν ενιαίο σύνολο (βλ. Ε.Α ΔΕΦΑΘ 230/2012), iii) δεν επιτρέπονται οι εναλλακτικές προσφορές (βλ. άρθρο 2.4.6. στοιχ. δ της διακήρυξης) και iv) η καθής η προσφυγή αποδέχθηκε πλήρως τους όρους της διακήρυξης, με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στον ένδικο διαγωνισμό, ο 2^{ος} λόγος προσφυγής που αφορά στην προσφορά της εταιρείας «...» θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

9. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, σε σχέση με την προσφορά της εταιρειών «...» και «...», πρέπει να επισημανθούν τα ακόλουθα: Στη μελέτη 01/2022 (βλ. Παράρτημα IV: «Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων») της επίμαχης διακήρυξης, προβλέπονται τα εξής: *«Για τα προσφερόμενα ... θα κατατεθούν σε επίσημο έγγραφο της εταιρείας όλα τα τυπικά φυσικοχημικά χαρακτηριστικά, δηλαδή ειδικό βάρος, ιξώδες δείκτης ιξώδους, σημείο ανάφλεξης, σημείο ροής και αλκαλικότητας (TBN) καθώς και διάρκεια ζωής ... (διανυθέντα Km οχήματος ή ώρες λειτουργίας).»*. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι για το υπ' αριθμ. 13 (...) προϊόν του τμήματος 2 του διαγωνισμού, η εταιρεία «...» προσέφερε το προϊόν «...» και υπέβαλε τεχνικό φυλλάδιο, όπου αναφέρονται όλα τα ζητούμενα τυπικά φυσικοχημικά χαρακτηριστικά, εκτός από τη διάρκεια ζωής του (ώρες λειτουργίας ή χιλιόμετρα που μπορεί να διανύσει το όχημα). Μάλιστα, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι το επίμαχο ζήτημα έχει συζητηθεί ενώπιον της Αρχής, στο πλαίσιο εξέτασης παλαιότερων προδικαστικών προσφυγών και επομένως, η καθής η προσφυγή ενδέχεται να ισχυριστεί τα

εξής: α) ότι το προϊόν ... είναι διάλυμα ουρίας 32,5% σε νερό ειδικής επεξεργασίας που χρησιμοποιείται για τη μείωση των εκπομπών του αζώτου (NOx), β) ότι η χρήση του γίνεται μέσω ενός συστήματος επιλεκτικής κατάλυσης SCR, όπου τα καυσαέρια του καυσίμου καθαρίζονται μέσα από το διάλυμα ουρίας, το οποίο απορροφά το άζωτο που εμπεριέχεται στο καύσιμο και επομένως, οι εκπομπές του αζώτου καταναλώνονται μαζί με το καύσιμο και γ) ότι σε περίπτωση που δεν αντικατασταθεί το διάλυμα ουρίας, μπορεί να καταστραφεί ο καταλύτης. Περαιτέρω εκθέτει σε περίπτωση που προβληθούν οι ανωτέρω ισχυρισμοί θα πρέπει να απορριφθούν ως αναπόδεικτοι και συνεπώς, ως απαράδεκτοι, καθότι δεν στηρίζονται σε κάποια επίσημη έρευνα, αλλά απηχούν τις προσωπικές απόψεις της εταιρείας «...», ενώ, σε κάθε περίπτωση, θα προβληθούν ανεπιδικάτως, διότι σε περίπτωση που η εταιρεία αυτή επιθυμούσε να αμφισβητήσει τον επίμαχο όρο της μελέτης, θα έπρεπε είτε να είχε ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά αυτού, είτε να είχε υποβάλλει διευκρινιστικό ερώτημα ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, ώστε να αποσαφηνιστεί το ζήτημα, ενέργειες στις οποίες ωστόσο δεν προέβη εν προκειμένω.

Β) Από τη σαφή γραμματική ερμηνεία του επίμαχου όρου, που δεν καταλείπει αμφιβολίες επί του περιεχομένου του στον μέσο επιμελή οικονομικό φορέα, ως η έννοια αυτή έχει ερμηνευθεί από το ΔΕΕ, προκύπτει ότι οι προσφέροντες θα έπρεπε να υποβάλλουν με την προσφορά τους επίσημο έγγραφο με όλα τα τυπικά φυσικοχημικά χαρακτηριστικά του προσφερόμενου λιπαντικού, συμπεριλαμβανομένης της διάρκειας ζωής του (διανυθέντα Km οχήματος ή ώρες λειτουργίας) και ότι η μη πλήρωση της εν λόγω απαίτησης συνεπάγεται - άνευ άλλου τινός - τον αποκλεισμό τους από τη διαδικασία. Εξάλλου, η καθής η προσφυγή αποδέχθηκε πλήρως τους όρους της ένδικης διακήρυξης με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στον διαγωνισμό, ενώ - ως αναφέρθηκε στην προηγούμενη σκέψη της παρούσας - η οικεία αναθέτουσα αρχή εξέδωσε διευκρινιστικό έγγραφο, δια του οποίου κατέστη σαφές ότι οι τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην οικεία μελέτη, θα πρέπει να πληρούνται συσσωρευτικά για κάθε λιπαντικό ή εν πάση περιπτώσει, σε κανέναν όρο της διακήρυξης δεν προβλέπεται ότι η πλήρωση κάποιων εκ των τιθέμενων προδιαγραφών είναι προαιρετική.

Περαιτέρω, έχει κριθεί ότι όταν οι αναθέτουσες αρχές χρησιμοποιούν εκφράσεις όπως: «θα πρέπει», «υποχρεωτικά» ή άλλες παρόμοιες, αυτές έχουν την έννοια ότι οι συγκεκριμένοι όροι έχουν τεθεί επί ποινή αποκλεισμού και ότι σε περίπτωση που οι προσφορές των συμμετεχόντων δεν πληρούν τους όρους αυτούς, θα πρέπει να αποκλείονται από τη διαγωνιστική διαδικασία. Με βάση τα προαναφερόμενα και δεδομένου ότι η υποχρέωση διαφάνειας έχει, μεταξύ άλλων, ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 16.04.2015, υπόθεση C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκέψη 25 και ΔΕΕ, απόφαση της 29.03.2012, υπόθεση C-599/10, SAG ELV Slovenko a.s. κλπ, σκέψη 25) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους, στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε, η προσφορά της εταιρείας «...» θα έπρεπε να είχε απορριφθεί και δη, κατά δέσμια αρμοδιότητα της ... (μη πλήρωση απαράβατων όρων). Συναφώς, ο σχετικός λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός.

Γ) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι για το υπ' αριθμ. 13 (...) προϊόν του τμήματος 2 του διαγωνισμού, η εταιρεία «...» προσέφερε το προϊόν «...» και υπέβαλε τεχνικό φυλλάδιο με όλα τα ζητούμενα τυπικά φυσικοχημικά χαρακτηριστικά του συγκεκριμένου προϊόντος, καθώς και πίνακα, όπου παρουσιάζεται ο ελάχιστος χρόνος ζωής του (σε μήνες), σε συνάρτηση με τη μέγιστη θερμοκρασία αποθήκευσης αυτού. Ωστόσο, κατά τους ισχυρισμούς αυτούς, μολονότι η ως άνω εταιρεία δήλωσε τον ελάχιστο χρόνο ζωής του προσφερόμενου προϊόντος, εντούτοις, δεν αναφέρει τη διάρκεια ζωής του σε ώρες λειτουργίας ή σε χιλιόμετρα που μπορεί να διανύσει το όχημα, ως ρητώς ζητείται στη διακήρυξη, παρά μόνο σε μήνες, καθιστώντας έτσι αδύνατο τον υπολογισμό των ωρών λειτουργίας ή των διανυθησομένων χιλιομέτρων ενός οχήματος. Και για την προσφορά της ως άνω εταιρείας ισχύουν *mutatis mutandis* όσα προαναφέρθηκαν στην παρούσα σκέψη για την προσφορά της «...». Επομένως, επειδή, κατά πάγια νομολογία, οι τεχνικές προδιαγραφές θα πρέπει να πληρούνται συσσωρευτικά (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 1740/2004, 93,316,563/2006 κλπ) και περαιτέρω, από καμία διάταξη της ένδικης διακήρυξης δεν προκύπτει ότι κάποιες εκ των τιθέμενων προδιαγραφών είναι προαιρετικές (ΣτΕ ΕΑ 230/2012, 192/2012, 291/2011, ΕΣ Τμ. Μείζ.- Επταμ.

2446/2012, Γνωμ. ΝΣΚ 521/2011), ήταν εν προκειμένω υποχρεωτικό να αναφερθεί στην προσφορά των συμμετεχόντων η διάρκεια ζωής του προϊόντος σε ώρες λειτουργίας ή χιλιόμετρα, ως ακριβώς προβλέπεται στον επίμαχο όρο της υπ' αριθμ. 01/2022 μελέτης.

Με βάση τα ανωτέρω αναφερόμενα και λαμβανομένου υπόψη ότι η επίμαχη πλημμέλεια της προσφοράς (μη πλήρωση απαράβατου όρου), άγει στον υποχρεωτικό αποκλεισμό του συγκεκριμένου προσφέροντος (ΣΤΕ 743/2000), οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας θα πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι. Συναφώς, ο σχετικός λόγος προσφυγής γίνεται δεκτός και ως προς την προσφορά της εταιρείας «...».

10. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή.

11. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει τις με αριθμό 37/12.04.2022 και 46/20.05.2022 αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής, που εκδόθηκαν στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ...ΓΙΑ ΤΟ ΕΤΟΣ 2022», σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00€).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 04^η Απριλίου 2023 και εκδόθηκε την 02^η Μαΐου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ