

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 5-12-2022 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου, Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα Μέλη.

Για να εξετάσει την από 31-10-2022 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1512/31-10-2022 Προδικαστική Προσφυγή του Οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο προσφεύγων), που εδρεύει στη ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ... με την επωνυμία " " (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), που εδρεύει στην ... (...), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Και κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», (εφεξής ο παρεμβαίνων) , που εδρεύει στη ..., (...), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης υπ' αριθμ. της υπ' αριθ. 440/2022 απόφασης της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αγγελική Πουλοπούλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, στην οποία περιλαμβάνεται το υπό κρίση αίτημα, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα

Αριθμός Απόφασης: 1816/ 2022

άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»),

2. Επειδή, με την με αριθμό .../7-7-2022 Διακήρυξη προκηρύχθηκε δημόσιος διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την «...» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 2.472.593,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. (αξία τμήματος «Ομάδα Γ», στο οποίο συμμετείχε ο προσφεύγων 36.161,00 ευρώ), ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 7-7-2022 με Α.Δ.Α.Μ. ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 2135/2022 Πράξη της Προέδρου του 4^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

5. Επειδή, για την προμήθεια των ειδών (...) της ομάδας Γ (... ...) υποβλήθηκαν προσφορές από τον προσφεύγοντα και από τον παρεμβαίνοντα. Η Επιτροπή κατά τον έλεγχο των προσφορών διαπίστωσε ότι για το προϊόν Νο2 «...» ο προσφεύγων δεν είχε καταθέσει πιστοποιητικό της κατασκευάστριας εταιρίας "...", από το οποίο να προκύπτει ότι το προϊόν που προσέφερε καλύπτει τη ζητούμενη από τη διακήρυξη προδιαγραφή MB 229.3 και του απέστειλε έγγραφο, προκειμένου να το υποβάλει. Ο προσφεύγων αντί πιστοποιητικού κατέθεσε υπεύθυνη δήλωση, σύμφωνα με την οποία η εταιρεία παραγωγής του προσφερόμενου ... δεν εκδίδει πλέον approvals, διότι είναι παλαιότερη προδιαγραφή και λόγω αυτού στο φυλλάδιο του

προϊόντος αναγράφεται η φράση «*meets the requirements*», δηλαδή «πληροί τις απαιτήσεις». Με την υπ' αριθμ. 362/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, εγκρίθηκε το από 23- 08-2022 - 1ο Πρακτικό και το από 06-09-2022 - 2ο Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, αποκλείστηκε η προσφορά του προσφεύγοντος και ανακηρύχθηκε ως προσωρινός ανάδοχος ο παρεμβαίνων με συνολική προσφερόμενη τιμή χωρίς τον ΦΠΑ (24%) 35.631,00 ευρώ. Σε συνέχεια της απόφασης αυτής, με το υπ' αριθμ. πρωτ. 38334/19.09.2022 έγγραφο του τμήματος Προμηθειών του Δήμου, κλήθηκε ο προσωρινός ανάδοχος να προσκομίσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Ακολούθως, η Επιτροπή Διαγωνισμού, προχώρησε στην αποσφράγιση των ηλεκτρονικών και φυσικών φακέλων δικαιολογητικών κατακύρωσης και προέβη στην κατακύρωση του διαγωνισμού, συντάσσοντας το από 06-10-2022 – Πρακτικό 3ο της Επιτροπής Διαγωνισμού. Δυνάμει αυτού, κατόπιν ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης και αφού τα έκρινε πλήρη, κατακύρωσε το αποτέλεσμα για την Ομάδα Γ – στον παρεμβαίνοντα. Την 20-10-2022 αναρτήθηκε στη καρτέλα του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ η υπ' αριθμ. 440/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του, με την οποία εγκρίθηκε η κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού για την «Ομάδα Γ –» στον παρεμβαίνοντα.

6. Επειδή, ο προσφεύγων με την εμπρόθεσμη, μετ' εννόμου συμφέροντος και εν γένει παραδεκτώς ασκηθείσα προσφυγή του προβάλλει ότι μη νομίμως απερρίφθη η προσφορά του. Ειδικότερα, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής προβάλλεται ότι η προσβαλλόμενη είναι παράνομη ως εκδοθείσα κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Πιο συγκεκριμένα ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι η ανάδοχος εταιρία την 8/8/2022, είχε υποβάλλει ερώτημα προς την αναθέτουσα ζητώντας διευκρινίσεις για το πώς θα αναπληρωθεί η έλλειψη επισήμου πιστοποιητικού για την κατασκευάστρια ... του δικού της προϊόντος, την στιγμή που πλέον δεν χορηγείται λόγω της κατάργησής του. Ο, με το υπ' αριθ. 32825/11-8-2022 έγγραφό του, απάντησε στο παραπάνω ερώτημα ότι, προκειμένου για την προδιαγραφή 3477, αρκεί η αναγραφή επί του τεχνικού φυλλαδίου της φράσης «είναι σύμφωνο με τις απαιτήσεις της M3477». Περαιτέρω, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι αφού η Επιτροπή απέρριψε την προσφορά του,

(αν και στο τεχνικό φυλλάδιο του προϊόντος αναγράφεται ότι καλύπτει τις απαιτήσεις) έκανε όμως δεκτή την προσφορά του παρεμβαίνοντος παραβίασε την αρχή ίσης μεταχείρισης, καθώς για το ένα προϊόν (δηλαδή αυτό του ανταγωνιστή και τελικού αναδόχου) δέχτηκε να αναγράφει στο τεχνικό φυλλάδιο ότι καλύπτει τις απαιτήσεις, ενώ απέρριψε του ιδίου .

7. Επειδή, με το δεύτερο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσφορά του απερρίφθη κατά παράβαση της αρχής της ασφάλειας δικαίου, διότι δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή έχει υιοθετήσει την πρακτική να παραλείπει την προσκόμιση approval για παρωχημένες και καταργημένες προδιαγραφές (την οποία πρακτική θετικά δήλωσε στην απάντηση που έδωσε σε σχετικό ερώτημα του συνδιαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα), δεν δύναται μεταγενέστερα να μεταβάλλει άποψη και να θεωρήσει το συγκεκριμένο έγγραφο ως ουσιώδες, με αποτέλεσμα η έλλειψή του να αποτελεί λόγο αποκλεισμού από την ανάθεση μίας δημόσιας σύμβασης.

8. Επειδή, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσφορά του απερρίφθη κατά παράβαση της αρχής της υποχρεωτικής αιτιολογίας των αποφάσεων, δεδομένου ότι η Επιτροπή του Διαγωνισμού έκρινε την προσφορά του μη αποδεκτή, χωρίς αιτιολογία (μόνο με τη φράση *«το παραπάνω πιστοποιητικό το έχει καταθέσει με την προσφορά της η εταιρία ...»*), με αποτέλεσμα να μην είναι σαφής ο λόγος του αποκλεισμού, την στιγμή που σε προηγούμενη επικοινωνία είχε γνωστοποιηθεί ότι πλέον δεν χρειαζόταν approval.

9. Επειδή, με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσφορά του απερρίφθη κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας, δεδομένου ότι (α) η αναθέτουσα αρχή ζητά από τον προσφεύγοντα έγγραφο ,το οποίο δεν είναι δυνατό να προσκομιστεί, αφού δεν προβλέπεται πλέον η έκδοσή του, (β) δεν το ζήτησε από τον έτερο συνδιαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα.

10. Επειδή, με τον πέμπτο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσφορά του απερρίφθη κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης, δεδομένου ότι σύμφωνα με την παράγραφο 1.3 αυτής το κριτήριο ανάθεσης ήταν μόνο βάσει τιμής, άρα η επιτροπή όφειλε να δεχθεί την προσφορά του ,η

οποία είναι πολύ χαμηλότερη από την προσφορά του οικονομικού φορέα στον οποίο κατακυρώθηκε. (25.976,50 ευρώ έναντι 35.631 ευρώ).

11. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις από 10-11-2022 απόψεις της ζητά την απόρριψη της προσφυγής. Ειδικότερα, ως προς τον πρώτο λόγο, προβάλλει τα εξής: «Σύμφωνα με τη Διακήρυξη, για το ζητούμενο από τη Μελέτη προϊόν «...» απαιτούνταν οι προδιαγραφές: «.... (...) ..., σε βαρέλι 208-210lt, με τις εξής προδιαγραφές: ACEAA3/B4, APISN, να διαθέτει επίσημο Πιστοποιητικό (approval) της κατασκευάστριας εταιρείας ... ότι το προσφερόμενο προϊόν καλύπτει την προδιαγραφή MB 229.3». Η εταιρεία ... υπέβαλλε με την προσφορά της το ζητούμενο πιστοποιητικό, ενώ η εταιρεία ...(προσφεύγουσα) όχι. Η επιτροπή με το αρ. πρωτ. 35148/31-8-2022 έγγραφό της (σε εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 102 του Ν.4412/2016), το οποίο κοινοποιήθηκε μέσω της επικοινωνίας του ΕΣΗΔΗΣ στις 31- 8-2022, ζήτησε από την προσφεύγουσα εταιρεία την υποβολή του συγκεκριμένου πιστοποιητικού. Η εταιρεία με απάντησή της, μέσω ΕΣΗΔΗΣ, στις 2-9-2022 απέστειλε αντί του πιστοποιητικού υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου της εταιρείας, στην οποία δήλωνε ότι η προδιαγραφή έχει καταργηθεί και δεν εκδίδονται approvals (πιστοποιητικά) για τη συγκεκριμένη προδιαγραφή. Στη συνέχεια η επιτροπή λαμβάνοντας υπόψη το γεγονός, ότι η μία από τις δύο εταιρείες υπέβαλλε το ζητούμενο με την διακήρυξη πιστοποιητικό, ενώ η άλλη όχι, γνωμοδότησε υπέρ του αποκλεισμού της εταιρείας ... από τη συνέχεια του διαγωνισμού. Το με αρ. πρωτ. 32825/11-8-2022 έγγραφο διευκρινήσεων της Διεύθυνσης Καθαριότητας Περιβάλλοντος & Πρασίνου του ..., επί ερωτήματος της ..., το οποίο υποβλήθηκε μέσω του συστήματος της Επικοινωνίας του ΕΣΗΔΗΣ στις 9-8-2022, αφορούσε στο προϊόν Νο3 «Λάδι 5W30 για πετρελαιοκινητήρες» και την προδιαγραφή M3477 της κατασκευάστριας εταιρείας ... και όχι στο προϊόν Νο2 «Λάδι 10W-40 για πετρελαιοκινητήρες ή βενζινοκινητήρες». Αξίζει να σημειωθεί ότι η προσφεύγουσα έκανε χρήση της ανωτέρω διευκρίνησης και προσέφερε στον εν θέματι διαγωνισμό το προϊόν «...» καταθέτοντας μόνο το τεχνικό του φυλλάδιο, χωρίς να προσκομίσει το αρχικά ζητούμενο επίσημο Πιστοποιητικό (approval)Με βάση την αρχή της ισότητας μεταξύ των διαγωνιζομένων τούτο έγινε αποδεκτό από την Επιτροπή». Ισχυρίζεται δηλαδή η αναθέτουσα

ότι ο προσφεύγων, παρά το σαφές περιεχόμενο του εγγράφου διευκρινίσεων, που αφορά μόνον το προϊόν Νο3, το οποίο είναι διαφορετικό προϊόν από το Νο2, ισχυρίζεται τελείως αυθαίρετα, ότι το έγγραφο έχει εφαρμογή και στο προϊόν Νο2 ή και στο σύνολο των προϊόντων της μελέτης, πράγμα που σε καμία περίπτωση δεν ισχύει. .Επιπρόσθετα αναφέρει ότι η εταιρεία ... δεν προσκόμισε αποδεικτικά στοιχεία για την επικαλούμενη απ' αυτήν αδυναμία πρόσβασης στο συγκεκριμένο πιστοποιητικό, η δε βεβαίωση της Total, που προσκομίζει με την προσφυγή της δεν είναι βεβαίωση της κατασκευάστριας εταιρείας Εξάλλου, η εταιρεία Δ. ... Α.Ε., υπέβαλλε ερώτημα, πριν την υποβολή της προσφοράς της, το οποίο απαντήθηκε και διευκρινίστηκε από το Δήμο, ως προς το προϊόν Νο3, ενώ η εταιρεία ... δεν υπέβαλλε αντίστοιχο ερώτημα για το προϊόν Νο2 πριν την υποβολή της προσφοράς της, όπως έπρεπε να κάνει εάν διατηρούσε επιφυλάξεις σχετικά με τις τιθέμενες προδιαγραφές του προϊόντος Νο2. Εφόσον η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε προσφορά, αυτό σημαίνει ότι δέχτηκε χωρίς επιφύλαξη τους όρους της διακήρυξης και της σχετικής μελέτης και συνεπώς έπρεπε να συμμορφωθεί με αυτούς.

Ως προς το δεύτερο λόγο της προσφυγής και δη την προβαλλόμενη παραβίαση της αρχής της ασφάλειας δικαίου η αναθέτουσα υποστηρίζει ότι ο οικείος ισχυρισμός του προσφεύγοντος στερείται βασιμότητας, αφού ο μέσω της σαφούς απάντησής του τοποθετήθηκε για ένα συγκεκριμένο προϊόν και όχι για το σύνολο των προϊόντων, για τα οποία με την διακήρυξη ζητούνταν η προσκόμιση πιστοποιητικού.

Ως προς τον τρίτο λόγο της προσφυγής και δη την προβαλλόμενη παραβίαση της αρχής της υποχρεωτικής αιτιολογίας των αποφάσεων, η αναθέτουσα προβάλλει ότι στο πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού, αναφέρεται ότι στην απάντηση της εταιρείας στο έγγραφο της επιτροπής διαγωνισμού δεν υποβλήθηκε το ζητούμενο πιστοποιητικό και ότι στη συνέχεια η επιτροπή, λαμβάνοντας υπόψη τις τεχνικές προδιαγραφές της μελέτης (στην οποία είχε τεθεί ως μέσο απόδειξης της συμμόρφωσης με τις τεχνικές προδιαγραφές του συγκεκριμένου προϊόντος, η προσκόμιση του πιστοποιητικού), γνωμοδοτεί υπέρ του αποκλεισμού της εταιρείας. Επομένως υπήρχε επαρκής αιτιολόγηση.

Ως προς τον τέταρτο λόγο της προσφυγής και δη την προβαλλόμενη παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας, η αναθέτουσα προβάλλει ότι πέραν όλων των άλλων ο προσφεύγων, δεν προσκόμισε αποδεικτικά στοιχεία για την αδυναμία πρόσβασης στο συγκεκριμένο πιστοποιητικό, ούτε για τον ισχυρισμό του ότι δεν προβλέπεται πλέον η έκδοσή του. Αντιθέτως, το πιστοποιητικό προσκομίστηκε από την άλλη προσφέρουσα εταιρεία, γεγονός που ενισχύει την άποψη του ..., ότι η προδιαγραφή δεν είναι παρωχημένη (όπως ισχυρίζεται ο προσφεύγων) και ότι το μέσο συμμόρφωσης με την προδιαγραφή είναι το ζητούμενο πιστοποιητικό. Επιπλέον, επαναλαμβάνει η αναθέτουσα ότι η εταιρεία ... προσκόμισε το συγκεκριμένο πιστοποιητικό για το επίμαχο προϊόν Νο2, όπως απαιτούσε η διακήρυξη και ότι η ,μετά από ερώτημα της εταιρείας, απάντηση, που αφορούσε αποκλειστικά το προϊόν Νο3 (και όχι το προϊόν Νο2 για το οποίο αποκλείστηκε η) ίσχυσε για όλους τους συμμετέχοντες, όπως και για την προσφεύγουσα που έκανε χρήση της απάντησης αυτής.

Ως προς τον πέμπτο λόγο της προσφυγής και δη την προβαλλόμενη παραβίαση των όρων της διακήρυξης, η αναθέτουσα προβάλλει ότι το κριτήριο της χαμηλότερης τιμής ισχύει με την προϋπόθεση ότι τα προσφερόμενα προϊόντα καλύπτουν τις τεχνικές προδιαγραφές. Στην προκειμένη περίπτωση οι τεχνικές προδιαγραφές που είχαν τεθεί από το ..., για το προϊόν Νο2 «...» καλύπτονταν μόνο από το προϊόν που προσέφερε η εταιρεία»

12. Επειδή, ο παρεμβαίνων με την εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτά ασκηθείσα παρέμβασή του (βλέπε αναλυτικά κατωτέρω ως προς το παραδεκτό των επιμέρους λόγων της παρέμβασης) ζητά την απόρριψη της προσφυγής επικαλούμενος ότι με την υπεύθυνη δήλωση της η «....» προσπάθησε να θεραπεύσει σε μεταγενέστερο χρόνο την έλλειψη της Τεχνικής της προσφοράς, ερμηνεύοντας αυθαίρετα την από 11-08-2022 διευκρινιστική επιστολή της αναθέτουσας και επιχειρώντας να εισάγει ετεροχρονισμένα επί της διαγωνιστικής διαδικασίας θέματα επί των τιθέμενων προδιαγραφών που ορίζονται από τη Διακήρυξη, (που θα έπρεπε να έχουν τεθεί πριν ακόμη την κατάθεση των προσφορών). Η επίμαχη διευκρίνιση της αναθέτουσας, ορίζει σαφώς ότι αναφέρεται και αφορά το συγκεκριμένο

προϊόν, υπ' αριθμό «No3. ...». Η προσφεύγουσα μάλιστα, κάνοντας χρήση του περιεχομένου του με αρ. πρωτ. 32825/11-08-2022 διευκρινιστικού εγγράφου της αναθέτουσας, προσέφερε στον εν θέματι διαγωνισμό το προϊόν «...» καταθέτοντας μόνο το τεχνικό του φυλλάδιο και παραλείποντας να προσκομίσει το αρχικά ζητούμενο επίσημο Πιστοποιητικό (approval) MAN M3477. Ωστόσο, η προσφεύγουσα προέβη κατά τον παρεμβαίνοντα σε μια αυθαίρετη ερμηνεία και «γενίκευση» της ως άνω διευκρίνισης παρά το σαφές της περιεχόμενο, ήτοι ότι η εν λόγω διευκρίνιση αφορά μόνο στο συγκεκριμένο προϊόν No3 και σε διαφορετική προδιαγραφή/έγκριση (MAN M3477 αντί της MB229.3).

Εξάλλου, ο παρεμβαίνων υποστηρίζει ότι σε κάθε περίπτωση αρμόδια για την επιβεβαίωση ή μη της κατάργησης της προδιαγραφής/έγκρισης MB 229.3 είναι αποκλειστικά και μόνο η κατασκευάστρια εταιρεία "... ..." που την εκδίδει/αποδίδει και όχι οποιαδήποτε παραγωγός εταιρεία Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα προσκομίζει βεβαίωση της εταιρείας "... ..." που ουδεμία σχέση έχει με την κατασκευάστρια εταιρεία οχημάτων "... ...". Η δε προδιαγραφή/έγκριση (approval) MB 229.3 παραμένει εν ισχύ και σαφώς ίσχυε και κατά τον κρίσιμο χρόνο υποβολής των προσφορών του διαγωνισμού. Προς επίρρωση του ανωτέρω ισχυρισμού, επισυνάπτει ο παρεμβαίνων απόσπασμα (από 27/10/2022) από τον επίσημο ιστότοπο της <https://operatingfluids....-....com/sheet/229.3/en>. Προσθέτει δε ότι όταν μια προδιαγραφή/έγκριση MB καταργείται τότε υπάρχει και η ανάλογη επισήμανση στην επίσημη ιστοσελίδα της Προς επίρρωση του ισχυρισμού του, παραθέτει απόσπασμα της από 27/10/2022 από τον ΕΠΙΣΗΜΟ ιστότοπο της για μία έτερη έγκριση, την MB 229.1, για την οποία ξεκάθαρα δηλώνεται στην ιστοσελίδα ότι καταργείται από 01/07/2022: *«NOTE: Publication of this sheet will cease on 01.07.2022. Please use as an alternative 229.3 or 229.5 products»* (μετάφραση: «ΣΗΜΕΙΩΣΗ: Έκδοση αυτής της έγκριση θα σταματήσει την 01.07.2022. Παρακαλώ εναλλακτικά ανατρέξτε σε προϊόντα 229.3 ή 229.5»). Η κατασκευάστρια εταιρεία δηλαδή για μία έγκριση την οποία καταργεί από 01-07-2022, κατευθύνει τους καταναλωτές σε προϊόντα της (ζητούμενης στην διαγωνιστική διαδικασία του) έγκρισης MB 229.3, γεγονός που αποδεικνύει ότι κατά την κρίσιμη

ημερομηνία του διαγωνισμού αυτή τελούσε και εξακολουθεί να τελεί σε πλήρη ισχύ.

Επίσης, ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται σε κάθε περίπτωση, ότι εάν ο προσφεύγων διατηρούσε επιφυλάξεις σχετικά με τις τιθέμενες προδιαγραφές του προϊόντος «No2. ...», θα έπρεπε είτε να θέσει διευκρινιστικό ερώτημα προς την αναθέτουσα αρχή, είτε να ασκήσει προσφυγή κατά του συγκεκριμένου όρου της διακήρυξης. Εφόσον κατέθεσε προσφορά, αποδέχτηκε ανεπιφύλακτα τους όρους της διακήρυξης και της οικείας μελέτης και συνεπώς, όφειλε να συμμορφωθεί με αυτούς.

Τέλος, ο παρεμβαίνων, απαραδέκτως στο παρόν στάδιο επικαλείται ελλείψεις της προσφοράς του προσφεύγοντος δεδομένου ότι η παρέμβασή του ασκείται υπέρ του κύρους της προσβαλλόμενης απόφασης.

13. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζομένους. 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 τη συνομολόγηση της σύμβασης , καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

14. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ C- 496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111

κτλ). Μάλιστα η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C 278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C 278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27).

15. Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

16. Επειδή, η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους. Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

17. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στην συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψήφιους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχός τους αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση. Σε κάθε περίπτωση η αναθέτουσα αρχή κρίνει

τις προσφορές επί ίσοις όροις και με προσήλωση στην λεκτική αποτύπωση των όρων της κανονιστικής πράξης στα πλαίσια της αρχής της τυπικότητας, απορρίπτοντας κατά δέσμια αρμοδιότητα προσφορά που παραβιάζει απαράβατους όρους της διακήρυξης.

18. Επειδή, είναι θεμιτός και σύμφωνος με την αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης ο αποκλεισμός υποψηφίου λόγω μη τήρησης υποχρεώσεων που απορρέουν από τα σχετικά με τη διαδικασία έγγραφα και την ισχύουσα εθνική νομοθεσία καθόσον είναι σαφής.

19. Επειδή, σύμφωνα με τη διακήρυξη, για το ζητούμενο από τη Μελέτη προϊόν «No 2. ...» ετέθησαν οι εξής όροι: «... (...) SAE 10W40, σε βαρέλι 208-210lt, με τις εξής προδιαγραφές: ACEAA3/B4, APISN, να διαθέτει επίσημο Πιστοποιητικό (approval) της κατασκευάστριας εταιρείας "... ...» ότι το προσφερόμενο προϊόν καλύπτει την προδιαγραφή MB 229.3»

20. Επειδή, ο προσφεύγων αποδέχθηκε πλήρως και ανεπιφύλακτα τους όρους της διακήρυξης και ουδέποτε τους αμφισβήτησε ή εξέφρασε κάποια επιφύλαξη μέχρι και την κατάθεση των προσφορών. Ειδικότερα, με την από 12-08-2022 υπεύθυνη δήλωση που κατέθεσε με τη τεχνική του προσφορά στον διαγωνισμό του δήλωσε ότι: «.....α) Εγώ προσωπικά όσο και η εκπροσωπούμενη υπ' εμού Εταιρεία γνωρίζουμε τους όρους της Διακήρυξης με Αρ. Πρωτ. .../07-07-2022 καθώς και των τεχνικών προδιαγραφών της μελέτης, τους οποίους αποδεχόμαστε πλήρως και ανεπιφύλακτα, και η προσφορά μας συντάχθηκε σύμφωνα με αυτούς.»

21. Επειδή, σύμφωνα με το από 11-08-2022 με αρ. πρωτ:32825 Έγγραφο διευκρινίσεων της αναθέτουσας ορίζεται ότι: «...Απαντώντας στο ανωτέρω σχετικό έγγραφο, με το οποίο ζητούνται διευκρινίσεις επί των τεχνικών προδιαγραφών της με αριθμό .../2022 μελέτης, για το προϊόν «...», σας γνωρίζουμε ότι θα γίνουν δεκτές όλες οι προσφορές οι οποίες για το συγκεκριμένο προϊόν:

- Είτε καλύπτουν την προδιαγραφή M3477, αναγράφοντας στο τεχνικό φυλλάδιο του προσφερόμενου προϊόντος ότι «Είναι σύμφωνο με τις απαιτήσεις της M3477»,

• *Είτε καλύπτουν την προδιαγραφή M3677, προσκομίζοντας το επίσημο Πιστοποιητικό (approval) της κατασκευάστριας εταιρείας MAN, που αποδεικνύει ότι το προσφερόμενο προϊόν καλύπτει την προδιαγραφή...».*

22. Επειδή, εν προκειμένω ο προσφεύγων σε απάντηση του αιτήματος της αναθέτουσας για συμπλήρωση δικαιολογητικού υπέβαλε την από 02/09/2022 Υπεύθυνη Δήλωση, ήτοι ότι «...η προδιαγραφή MB 229.3 έχει ελάχιστες απαιτήσεις και θεωρείται παρωχημένη, καθώς έχει καταργηθεί από τον Ιούνιο του 2020. Για το λόγο αυτό οι παραγωγοί δεν χορηγούν approvals, αλλά στα τεχνικά φυλλάδια αναγράφεται ότι πληρούνται οι ελάχιστες απαιτήσεις.» Προς επίρρωση δε των ανωτέρω κατέθεσε βεβαίωση της εταιρείας ... ότι: «....η προδιαγραφή M.B. 229.3 έχει πλέον καταργηθεί και δεν παρέχονται από τον κατασκευαστή πιστοποιητικά σε καινούργιες φόρμουλες ή παλαιότερες, των οποίων το πιστοποιητικό έχει λήξει» και εκτύπωση από τον ιστότοπο “oilspecifications.org” και όχι από την επίσημη ιστοσελίδα της κατασκευάστριας εταιρείας ... που εκδίδει/αποδίδει την προδιαγραφή/έγκριση MB 229.3, όπου αναφέρεται ότι η προδιαγραφή/έγκριση MB 229.3 πιστοποιεί ... 0/5 W-X και όχι 10W-40.

23. Επειδή, βάσει των ανωτέρω, ο προσφεύγων για το ζητούμενο από τη Μελέτη προϊόν «No 2. ...» δεν κατάθεσε το επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενο επίσημο Πιστοποιητικό (approval) της κατασκευάστριας εταιρείας ... ,που αποδεικνύει ότι το προϊόν καλύπτει την προδιαγραφή/έγκριση MB 229.3, ενώ τουλάχιστον από τον επίσημο ιστότοπο της ίδιας της κατασκευάστριας εταιρείας οχημάτων ... (https://operatingfluids.....com/sheet/229.3/en) δεν προκύπτει ότι η προδιαγραφή/έγκριση MB 229.3 έχει καταργηθεί.

24. Επειδή, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης τυγχάνει απορριπτέος δεδομένου ότι ερείδεται στο αυθαίρετο συμπέρασμα και στην όλως εσφαλμένη πραγματική προϋπόθεση ότι η από 11-08-2022 διευκρίνιση της αναθέτουσας καταλάμβανε όλα τα ζητούμενα είδη μεταξύ αυτών και το «No 2. ...», ενώ με ρητό, ειδικό και καθ' όλα σαφή τρόπο χωρίς να καταλείπεται περιθώριο ερμηνείας, διατυπώνεται η επίμαχη

απάντηση της αναθέτουσας, η οποία ευχερώς προκύπτει ότι αφορά αποκλειστικά και μόνο στο προϊόν «Λάδι 5W30 για πετρελαιοκινητήρες». Συνεπώς, ορθά η αναθέτουσα απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος διότι η προσφορά του παρουσίαζε ουσιώδεις ελλείψεις όσον αφορά στα, επί ποινή αποκλεισμού, απαιτούμενα έγγραφα που έπρεπε να κατατεθούν με την Τεχνική της Προσφορά για το «προϊόν Νο.2», βάσει των όρων της διακήρυξης, οι οποίοι δεν μεταβλήθηκαν σε κανένα σημείο της διαγωνιστικής διαδικασίας (για το συγκεκριμένο προϊόν). Δεν συντρέχει συνεπώς, παραβίαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης αφού ουδόλως αντιμετωπίστηκε όμοιο ζήτημα κατά τρόπο διαφορετικό από την αναθέτουσα και τούτο διότι η οικεία διευκρίνιση, επί της οποίας βάσισε την προσφορά του ο προσφεύγων, δεν αφορούσε το είδος για το οποίο αποκλείστηκε αλλά ένα άλλο εντελώς διαφορετικό είδος. Εξάλλου ομοίως απορριπτέοι ως απαραδέκτως και ανεπικαίρως προβαλλόμενοι κατά το παρόν στάδιο τυγχάνουν και οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος ότι η ζητούμενη από τη διακήρυξη προδιαγραφή είναι παρωχημένη και δεν εκδίδεται πλέον, αφού αυτό είναι ζήτημα που αφορά τους ίδιους τους όρους της διακήρυξης, τους οποίους ο προσφεύγων δεν προσέβαλε αλλά αντίθετα αποδέχθηκε ανεπιφύλακτα με την υποβολή της προσφοράς του. Συνεπώς, πρέπει να απορριφθεί ο πρώτος λόγος της προσφυγής ως αβάσιμος.

25. Επειδή, ως προς το δεύτερο λόγο της προσφυγής και δη την προβαλλόμενη παραβίαση της αρχής της ασφάλειας δικαίου, πρέπει και αυτός να απορριφθεί διότι από τη διακήρυξη προκύπτει σαφώς το απαιτούμενο πιστοποιητικό για το υπό κρίση προϊόν και δεδομένου ότι ο μέσω της σαφούς απάντησής του, τοποθετήθηκε για ένα συγκεκριμένο προϊόν και όχι για το σύνολο των προϊόντων, για τα οποία με την διακήρυξη ζητούνταν η προσκόμιση πιστοποιητικού.

26. Επειδή, ως προς τον τρίτο λόγο της προσφυγής και δη την προβαλλόμενη παραβίαση της αρχής της υποχρεωτικής αιτιολογίας των αποφάσεων, όπως προκύπτει από την προσαλλόμενη αναφέρεται ότι η προσφορά του προσφεύγοντος απορρίπτεται διότι δεν υποβλήθηκε το ζητούμενο πιστοποιητικό, αιτιολογία που σε κάθε περίπτωση κρίνεται ως επαρκής αφού το πραγματικό ζήτημα της μη πλήρωσης όρου διακήρυξης

λόγω έλλειψης δικαιολογητικού, μετά μάλιστα από αίτημα της αναθέτουσας για συμπλήρωση του ελλείποντος δικαιολογητικού, δεν χρήζει περαιτέρω ανάλυσης. Συνεπώς, και αυτός ο λόγος πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος .

27. Επειδή, ως προς τον τέταρτο λόγο της προσφυγής και δη την προβαλλόμενη παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας, αυτός τυγχάνει επίσης απορριπτέος ως αβάσιμος αφού και αυτός βασίζεται στην παραδοχή ότι η αναθέτουσα έπρεπε να κάνει δεκτή την προσφορά του προσφεύγοντος βάσει της επίμαχης διευκρίνισης διαθέτοντας διακριτική προς τούτο ευχέρεια. Και τούτο διότι εν προκειμένω συντρέχει δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας να απορρίψει την προσφορά του προσφεύγοντος αφού η διευκρίνιση αφορούσε αποκλειστικά το προϊόν Νο3 (και όχι το προϊόν Νο2 για το οποίο αποκλείστηκε ο προσφεύγων) ίσχυε δε για όλους τους συμμετέχοντες, όπως και για τον ίδιο που μάλιστα έκανε χρήση της απάντησης αυτής απορριπτομένου κάθε αντίθετου προς τούτο ισχυρισμού

28. Επειδή, ως προς τον πέμπτο λόγο της προσφυγής και δη την προβαλλόμενη παραβίαση των όρων της διακήρυξης όπως είναι προφανές από τους ρητούς όρους του διαγωνισμού το κριτήριο της χαμηλότερης τιμής ισχύει με την προϋπόθεση ότι τα προσφερόμενα προϊόντα καλύπτουν τις τεχνικές προδιαγραφές. Στην προκειμένη περίπτωση οι τεχνικές προδιαγραφές που είχαν τεθεί από την αναθέτουσα, για το προϊόν Νο2 «...» καλύπτονταν μόνο από το προϊόν που προσέφερε ο παρεμβαίνων, συνεπώς αυτή ορθώς κρίθηκε ως η μόνη αποδεκτή προσφορά και άρα ουδεμία σύγκριση τιμής θα μπορούσε να λάβει χώρα αφού συγκρίσιμες είναι μόνο οι τεχνικά αποδεκτές προφορές. Ο προβαλλόμενος, δηλαδή, ισχυρισμός κρίνεται απορριπτέος διότι η όποια χαμηλή τιμή του προσφεύγοντος δεν αναιρεί τη υποχρέωση προσκόμισης εκ μέρους του , του απαιτούμενου επί ποινή αποκλεισμού πιστοποιητικού Συνεπώς, και αυτός ο λόγος τυγχάνει αβάσιμος και άρα απορριπτέος.

30. Επειδή, κατ' ακολουθία των όσων έγιναν δεκτά ανωτέρω πρέπει να απορριφθεί η προδικαστική προσφυγή , να γίνει δεκτή η ασκηθείσα παρέμβαση και τέλος , να οριστεί η κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου κατ' άρθρο 363 παρ.5 Ν.4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου .

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 5-12-2022 και εκδόθηκε στις 27-12-2022 στον

Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ