

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 19 Νοεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Σταυρούλα Κουρή Πρόεδρος, Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου-Εισηγήτρια και
Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής- λήψης προσωρινών μέτρων που
ενσωματώνεται στην από 9/11/2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό
Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)
1182/12.11.2018 της προσφεύγουσας Μονοπρόσωπης Εταιρείας
Περιορισμένης Ευθύνης με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «.....»,
νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Δήμου και των όρων της με αριθ. πρωτ. 9932/15-10-2018
Διακήρυξης του για την Εξοικονόμηση Ενέργειας στο Δημοτικό Φωτισμό με την
Προμήθεια και Εγκατάσταση Φωτιστικών Σωμάτων τύπου LED», συνολικής
εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης 2.574.097,40€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ
24% (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 2.075.885,00€), με κριτήριο την πλέον
συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει βέλτιστης σχέσης
ποιότητας - τιμής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Εμμανουέλα
Σωτηροπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός Απόφασης : Α 507 /2018

1. Επειδή με την υπό κρίση Προσφυγή της, η οποία κατετέθη την 9/11/2018 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και την 13/11/2018 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους λοιπούς ενδιαφερόμενους με μήνυμα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί στο σύνολο της η με αριθμό πρωτοκόλλου 9932 από 15-10-2018 Διακήρυξη του Δήμου για την επιλογή αναδόχου εκτέλεσης της προμήθειας με τίτλο «ΕΞΟΙΚΟΝΟΜΗΣΗ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ ΣΤΟ ΔΗΜΟΤΙΚΟ ΦΩΤΙΣΜΟ ΜΕ ΤΗΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΦΩΤΙΣΤΙΚΩΝ ΣΩΜΑΤΩΝ ΤΥΠΟΥ LED» (ΑΔΑΜ ΠΡΟΚΗΡΥΞΗΣ: 18PROC003843746). Με το αίτημα αναστολής η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

2. Επειδή ο Δήμος με την υπ' αρ. πρωτοκόλλου 9932 από 15-10-2018 διακήρυξη, ως αναθέτουσα αρχή, προκήρυξε Δημόσια Ανοικτή Ηλεκτρονική διαδικασία επιλογής αναδόχου της προμήθειας με τίτλο: «ΕΞΟΙΚΟΝΟΜΗΣΗ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ ΣΤΟ ΔΗΜΟΤΙΚΟ ΦΩΤΙΣΜΟ ΜΕ ΤΗΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΦΩΤΙΣΤΙΚΩΝ ΣΩΜΑΤΩΝ ΤΥΠΟΥ LED», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής και εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ποσού 2.574.097,40€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 2.075.885,00€). Προσφορές υποβάλλονται για το σύνολο της προμήθειας διότι αφορά μια ενιαία επένδυση αντικατάστασης φωτισμού, με αντικείμενο την συνολική εξοικονόμηση ενέργειας και τη βελτίωση του περιβάλλοντος, μέσω της συνολικής μείωσης των εκπομπών ρύπων και αφορά σε ένα ενιαίο δίκτυο φωτισμού εντός 78της γεωγραφικής περιφέρειας του Δήμου. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα στις 11/10/2018 για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, όπου δημοσιεύτηκε στις 13/10/2018 και έλαβε Συστημικό αριθμό

Αριθμός Απόφασης : Α 507 /2018

S198/447270/13.10.2018, αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων / ΚΗΜΔΗΣ στις 16/10/2018 λαμβάνοντας ΑΔΑΜ 18 PROC003843746 2018-10-16 και την 19/10/2018 καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. όπου έλαβε το Συστημικό Αριθμό 65531. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 23/11/2018 και ώρα 13:00μμ. και ημερομηνία αποσφράγισης του (υπό)φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» 4 εργάσιμες ημέρες μετά την καταληκτική ημερομηνία προσφορών και ώρα 10:00 π.μ.

3. Επειδή για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016, ποσού δέκα χιλιάδων οχτακοσίων ευρώ (10.800,00 €) (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 243086995959 0107 0084). Το νομίμως απαιτούμενο, εντούτοις, παράβολο, το οποίο και θα πρέπει να υπολογιστεί με βάση τον προϋπολογισμό χωρίς ΦΠΑ της διακήρυξης, ήτοι με βάση το ποσό των 2.075.885,00€, ανέρχεται σε 10.379,43€ (2.075.885,00, 0,50%). Ήτοι, η Προσφεύγουσα κατέβαλε επί πλέον του νομίμως απαιτούμενου (10.800,00 – 10.379,43 = 420,57) 420,57 €. Συνεπώς, το επί πλέον καταβληθέν παράβολο ποσού 420,57 € πρέπει να επιστραφεί στην Προσφεύγουσα, αφού σε περίπτωση απορρίψεως της Προσφυγής της το ποσόν του παραβόλου που καταπίπτει ανέρχεται σε 10.379,43€ (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 184/2017).

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

5. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι 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.

6. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. γ), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, εφόσον η διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε σε χρόνο μεταγενέστερο από την 26η Ιουνίου 2017.

Αριθμός Απόφασης : Α 507 /2018

7. 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.

8. Επειδή η Προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή ως ενδιαφερόμενη να συμμετάσχει στον επίδικο διαγωνισμό, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της επίμαχης προμήθειας, επικαλούμενη συγκεκριμένους όρους της οικείας Διακήρυξης, οι οποίοι, όπως ισχυρίζεται, δεν της επιτρέπουν να συμμετάσχει σε αυτόν καθώς η μη νόμιμη και αντικείμενη στην ενωσιακή και εθνική νομοθεσία διαδικασία που επισπεύδεται συνεπεία του χαρακτήρα των επίμαχων όρων όχι μόνο ως αυστηρώς περιοριστικών του ανταγωνισμού, αλλά και κατ' αντίθεση στα προβλεπόμενα στο ειδικό νομοθετικό πλαίσιο που ρυθμίζει τον παρόντα διαγωνισμό, ήτοι στις τεχνικές εγκυκλίους, κατευθύνσεις και οδηγίες, αποκλείει, άλλως δυσχεραίνει ουσιαδώς, τη συμμετοχή της στον διενεργούμενο δημόσιο διεθνή ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, παρά την περί του αντιθέτου βούλησή της. Και τούτο διότι οι προβλέψεις αυτές, κατά δήλωσή της, δεν καταλείπουν καμία ευχέρεια υποβολής προσφοράς που αποκλίνει εξ αυτών, με άλλα λόγια είναι βέβαιη η απόρριψη της προσφοράς της.

9. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού ως άνω αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017.

10. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι *«Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή*

Αριθμός Απόφασης : Α 507 /2018

παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368».

11. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: «1. Η ΑΕΠΠ μπορεί ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

12. Επειδή, περαιτέρω, τα ανωτέρω οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 επαναλαμβάνονται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

13. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».

14. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, δεν θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί

τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

15. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/16, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

16. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της Προδικαστικής Προσφυγής της υποστηρίζει ότι *«Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.6.4 «Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να προσκομίσουν σύμβαση έργου συμμετοχής σε παρόμοιο αντικείμενο είτε ως κύριο αντικείμενο αυτής είτε ως επιμέρους την προμήθεια & εγκατάσταση Φωτιστικών σε Ιστούς σε νησιωτική περιοχή όπου θα αποδεικνύεται ότι εγκατέστησαν υποδομή υλοποίησης σχετικού έργου. Για την απόδειξη κάλυψης της ανωτέρω απαίτησης, απαιτείται η προσκόμιση αποδεικτικού τεκμηρίωσης αναφορικά με την υλοποίηση τουλάχιστον μιας σχετικής (1) σύμβασης»*. Ο εν λόγω όρος, καθ' ο μέρος συνιστά ειδικότερο περιεχόμενο του προδιαγραφόμενου επιπέδου τεχνικής καταλληλότητας τυγχάνει ουσιώδης όρος συμμετοχής. Ωστόσο, κατά το μέρος που απαιτεί, εντελώς αδικαιολόγητα και χωρίς κανένα απολύτως αποχρώντα λόγο δημοσίου συμφέροντος, ως απαραίτητη προϋπόθεση για την συμμετοχή στο διαγωνισμό οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να πρέπει να προσκομίσουν τουλάχιστον

μία παρόμοια σύμβαση εκτελεσθείσα αποκλειστικά σε νησιωτική περιοχή παρίσταται προδήλως μη νόμιμος ως αντικείμενος στην ενωσιακή και εσωτερική νομοθεσία.[...] Ο εξεταζόμενος όρος τυγχάνει προδήλως αντιαναγωνιστικός ως παρακωλύων ευθέως τον ελεύθερο ανταγωνισμό και δεν αιτιολογείται βάσει του τεχνικού αντικειμένου της υπό κρίση σύμβασης και πάντως δεν δικαιολογείται εκ μόνου του τόπου εκτέλεσης της σύμβασης. Εξάλλου τυγχάνει μία ρύθμιση που εισάγεται χωρίς να συντρέχει κάποιος σοβαρός λόγος δημοσίου συμφέροντος. Η όλως καταχρηστική και υπερβολική απαίτηση εκτέλεσης τουλάχιστον μίας σύμβασης αποκλειστικά και μόνο σε νησιωτική περιοχή υπερακοντίζει τον ανταγωνισμό, καθόσον, δια της εισαγωγής του, ευνοείται μειοψηφικός και σε κάθε περίπτωση ελάχιστος αριθμός φορέων που μόνο αυτές τον πληρούν και ως εκ τούτου προφανώς σκοπεί να προδιαγράψει εκ των προτέρων τις τεχνικές τους ικανότητες, υιοθετώντας προς τούτο και καθιστώντας μέρος του κανονιστικού πλαισίου ένα προδήλως αθέμιτο πλεονέκτημα υπέρ τους και εις βάρος της συντριπτικής πλειοψηφίας των λοιπών ενδιαφερομένων, κατ' αντίθεση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής διακρίσεων.»

Συνακόλουθα, με τον δεύτερο λόγο υποστηρίζει ότι «Αα) Στο ΜΕΡΟΣ Γ - ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ/στις σελίδες 60 έως 79, για τα φωτιστικά βραχίονος και τους προβολείς Γ.1, Γ.2, Γ.3, Γ.6, Γ.7, Γ.8, καθώς και για τον εξοπλισμό ελέγχου Γ.11.1 & Γ.11.2, απαιτείται να προσκομισθεί εργαστηριακός έλεγχος κατά EN 60598 ή EN 60529 για την τεκμηρίωση της στεγανότητας του φωτιστικού (IP 67). Οι απαιτήσεις αναφέρονται αναλυτικά στο πίνακα 1 που ακολουθεί[...]Καταρχήν θα πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι ο βαθμός στεγανότητας IP67 που απαιτείται για τα προσφερόμενα φωτιστικά βραχίονος, τους προβολείς και για τον εξοπλισμό ελέγχου, σύμφωνα με τους γενικά αναγνωρισμένους, ως παραδεκτούς, κανόνες της τεχνικής επιστήμης είναι ακατάλληλος για τις συνθήκες εγκατάστασης του εξοπλισμού. Ειδικότερα, όπως είναι ευρέως γνωστό και ορίζεται στο σχετικό ισχύον Ευρωπαϊκό πρότυπο EN60529, ο δείκτης στεγανότητας IP αποτελείται από δυο ψηφία (π.χ. IPxy). Το πρώτο ψηφίο δηλώνει την Αντίσταση έναντι της Εισδοχής Στερεών Αντικειμένων και Σκόνης και παίρνει τιμές από 0 έως 6. Το δεύτερο ψηφίο δηλώνει την Αντίσταση έναντι της Εισροής Νερού και παίρνει τιμές από 0 έως 8 όπως εμφανίζεται στον πίνακα

Αριθμός Απόφασης : A 507 /2018

που ακολουθεί[...]. Σύμφωνα με το ισχύον Ευρωπαϊκό πρότυπο EN60529 (Table 3/ σελ, 16 PDF, σελ. 27 αρχείου) βάσει του οποίου η ίδια η διακήρυξη απαιτεί να γίνει ο έλεγχος στεγανότητας, ο βαθμός στεγανότητας IPx7 αφορά φωτιστικά και εξοπλισμό που βυθίζονται στο νερό και δεν καλύπτει περιπτώσεις όπου το φωτιστικό ή ο εξοπλισμός δέχεται νερό με την μορφή βροχής και πίδακες νερού υπό πίεση από όλες τις κατευθύνσεις (IPx5, IPx6). Πιο αναλυτικά στο πρότυπο EN 60529/Σελίδα 28, αναφέρεται ότι : « an enclosure designated with second characteristic numeral 7 or 8 only is considered unsuitable for exposure to water jets(designated by second characteristic numeral 5 or 6) ...» που μεταφράζεται «...ένα περίβλημα που χαρακτηρίζεται μόνο με τον δεύτερο χαρακτηριστικό αριθμό 7 ή 8 θεωρείται ακατάλληλο για έκθεση σε πίδακες νερού (που χαρακτηρίζεται από τον δεύτερο χαρακτηριστικό αριθμό 5 ή 6) ...» όπως προκύπτει και στον πίνακα που ακολουθεί.[...] Όπως είναι γνωστό, τα προσφερόμενα φωτιστικά σώματα, και οι προβολείς μαζί με τον εξοπλισμό ελέγχου θα τοποθετηθούν στο αέρα και όχι μέσα στο νερό, στερεωμένα σε κολώνες - βραχίονες σε ύψος τουλάχιστον 5 μέτρων. Οπότε δεν υπάρχει πιθανότητα να βρεθούν ποτέ βυθισμένα σε νερό. Αντίθετα είναι δεδομένο ότι θα δέχονται συχνά βροχή ποικίλης έντασης μέχρι και πίδακες νερού υπό μεγάλη πίεση. Συνεπώς ο κατάλληλος και αναμενόμενος βαθμός στεγανότητας για τις συγκεκριμένες συνθήκες είναι ο IPx5, ή IPx6. Συμπερασματικά όπως προκύπτει από τα παραπάνω, η απαίτηση του συγκεκριμένου βαθμού στεγανότητας (IP67) είναι εσφαλμένη και έρχεται σε πλήρη αντίθεση με τις υποδείξεις του προτύπου EN 60529 που επικαλείται η Α.Α για την απόδειξή της. Συνεπώς, εφόσον κατά γενική παραδοχή η απαίτηση αυτή είναι εσφαλμένη, δηλαδή ακατάλληλη, δεν εξυπηρετεί σε καμία περίπτωση την ποιότητα της εγκατάστασης. Βεβαίως τούτο, γίνεται επί σκοπώ περιορισμού του ανταγωνισμού [...] Η συγκεκριμένη απαίτηση με το περιοριστικό και μονοσήμαντο τρόπο που διατυπώνεται, δεν συνάδει με τις σχετικές αναφορές των Εθνικών προδιαγραφών, οι οποίες μνημονεύονται και στο ειδικό κανονιστικό πλαίσιο που διέπει την διαδικασία του διαγωνισμού[...]. Η συγκεκριμένη απαίτηση με το περιοριστικό και μονοσήμαντο τρόπο που διατυπώνεται, δεν συνάδει ούτε καν με τις τεχνικές προδιαγραφές της σχετικής αγοράς. Είναι χαρακτηριστικό επίσης ότι η συντριπτική πλειοψηφία των

Αριθμός Απόφασης : Α 507 /2018

Κατασκευαστών φωτιστικών σωμάτων οδοφωτισμού και εξοπλισμού ελέγχου διεθνώς, οι οποίοι δραστηριοποιούνται και στην χώρα μας, ακολουθώντας την οδηγία του προτύπου EN60529 που προαναφέρθηκε αλλά και τις διεθνείς σχετικές προδιαγραφές, διαθέτουν τα σχετικά προϊόντα με βαθμούς στεγανότητας IP65, IP66[...]. Ένα ακόμα στοιχείο που είναι δηλωτικό της αυθαίρετης, ατεκμηρίωτης και περιοριστικής απαίτησης για μέρος του ζητούμενου εξοπλισμού να καλύπτει το ακραίο και ακατάλληλο βαθμό στεγανότητας IP67, είναι ότι για άλλο τύπο φωτιστικών (ΠΙΝΑΚΑΣ 1, Γ4, Γ5) που προορίζεται να τοποθετηθούν στον ίδιο Δήμο, απαιτείται πολύ μικρός βαθμός στεγανότητας (IPx4), ο οποίος μάλιστα είναι εκτός των ισχυουσών Εθνικών προδιαγραφών (ΠΕΤΕΠ 05-07- 02-000), που απαιτούν βαθμό στεγανότητας τουλάχιστον IPx5, όπως αναφέρεται αναλυτικά πιο πάνω. Δημιουργείται ευλόγως η απορία πως είναι δυνατόν να προδιαγράφονται, για τις ίδιες συνθήκες εγκατάστασης (υπαίθριοι χώροι Δήμου), φωτιστικά σώματα και παρελκόμενος εξοπλισμός με αντιδιαμετρικά αντίθετες τιμές στεγανότητας. Για ορισμένες κατηγορίες φωτιστικών απαιτείται στεγανότητα για συνθήκες εγκατάστασης σε εσωτερικό χώρο, ενώ για άλλες κατηγορίες φωτιστικών απαιτείται στεγανότητα για τοποθέτηση μέσα στο νερό[...]. Β) Η καταφανής πρόθεση να περιοριστεί ο ανταγωνισμός με περιοριστικές – δεσμευτικές τεχνικές προδιαγραφές, παρουσιάζεται και στις απαιτήσεις για το μέγιστο επιτρεπόμενο βάρος των φωτιστικών σωμάτων. Ειδικότερα, στο ΜΕΡΟΣ Γ - ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ/στις σελίδες 60 έως 73, για τα φωτιστικά βραχίονος και τους προβολείς Γ.1, Γ.2, Γ.3, Γ.4, Γ.5, Γ.6, Γ.7, Γ.8 τα απαιτούμενα μέγιστα επιτρεπόμενα βάρη είναι υπερβολικά μικρά, χωρίς καμία αντιστοιχία με τα βάρη της συντριπτικής πλειοψηφίας των φωτιστικών της αγοράς. Στο πίνακα 4 αναφέρονται αναλυτικά τα μέγιστα επιτρεπόμενα βάρη ανά τύπο φωτιστικού.[...]. Η σκοπιμότητα περιορισμού του ανταγωνισμού με τις συγκεκριμένες απαιτήσεις καταδεικνύεται ξεκάθαρα επίσης από το γεγονός ότι δεν έχουν ζητηθεί ξανά τόσο περιοριστικές τιμές στα επιτρεπόμενα βάρη των φωτιστικών σωμάτων, για αντίστοιχες συνθήκες και υποδομές εγκατάστασης σε αντίστοιχους διαγωνισμούς Δήμων τα τελευταία χρόνια. Στη συνέχεια παρατίθενται αντιπροσωπευτικά αποσπάσματα από σχετικές αναφορές από διακηρύξεις

Αριθμός Απόφασης : A 507 /2018

έργων οδικού φωτισμού των τελευταίων ετών με ίδιο ή παρόμοιο αντικείμενο με τον διαγωνισμό του Δήμου Όπως θα διαπιστώσετε, σεόλες τις σχετικές απαιτήσεις επιτρεπόμενων τιμών βάρους ζητείται ένα πιο διευρυμένο εύρος τιμών, βάσει των συνήθη αναγκών του παρελκόμενου εξοπλισμού και των συναφών εγκαταστάσεων.[...] Γγ) Τέλος, στο κεφάλαιο Γ.11 ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΑΚΑ ΣΥΣΤΗΜΑΤΑ/σελίδα 78 αναφέρονται μια σειρά από απαιτήσεις για τον εξοπλισμό που ουσιαστικά καθιστούν τις ζητούμενες προδιαγραφές κλειστές, μονοσήμαντες και φωτογραφικές για μία συγκεκριμένη κατηγορία εξοπλισμού βασισμένη αποκλειστικά σε συγκεκριμένο πρωτόκολλο επικοινωνίας LORAWAN. Στη παράγραφο Γ.11.1 Ασύρματοι Ελεγκτές Φωτιστικών (Luminaire Controllers) αναφέρεται ότι η επικοινωνία θα πραγματοποιείται μέσω πρωτοκόλλου LoRaWAN ή αντίστοιχο. Επίσης στην παράγραφο Γ.11.2 Ενδιάμεσοι Κόμβοι Τηλεδιαχείρισης (Gateways) αναφέρεται ότι τα Base Stations θα έχουν MAC layer: LoRaWAN ή αντίστοιχο και Physical layer: LoRa ή αντίστοιχο. Όμως η αναφορά σε αντίστοιχη λύση είναι παντελώς επίπλαστη και άνευ ουσίας. Με βάση τις συγκεκριμένες απαιτούμενες προδιαγραφές που αναφέρονται στις παραγράφους Γ.11.1 & Γ.11.2 δεν είναι δυνατόν να προσφερθεί σύστημα με άλλο πρωτόκολλο διασύνδεσης εκτός από το LORAWAN.[...]» Ως προς τον τρίτο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι «Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.6.1 της διακήρυξης προβλέπεται ελάχιστη εμπειρία ως εξής «Α. Να έχουν εκτελέσει επιτυχώς κατά τα τελευταία τέσσερα (4) έτη (2015, 2016, 2017, συμπεριλαμβανομένου του τρέχοντος έτους 2018), τουλάχιστον τρεις (3) συμβάσεις του ίδιου αντικειμένου σε φορείς του ιδιωτικού ή δημόσιου και ευρύτερου δημόσιου τομέα. Ως συμβάσεις του ίδιου αντικειμένου θεωρούνται οι συμβάσεις προμήθειας φωτιστικών τύπου LED, με εγκατεστημένο σύστημα τηλε-ελέγχου και τηλεδιαχείρισης κατάλληλων για χρήση φωτισμού οδών και κοινόχρηστων εξωτερικών χώρων Β. Να έχουν εκτελέσει επιτυχώς κατά τα τελευταία τέσσερα (4) έτη (2015, 2016, 2017, συμπεριλαμβανομένου του τρέχοντος έτους 2018), τουλάχιστον πέντε (5) συμβάσεις που αφορούν στην ανάπτυξη και εγκατάσταση εφαρμογών έξυπνων πόλεων. Τουλάχιστον δύο (2) από αυτές τις συμβάσεις θα πρέπει να αφορούν σε εφαρμογές διαχείρισης αιτημάτων πολιτών και αποτύπωσης σημείων

Αριθμός Απόφασης : Α 507 /2018

ενδιαφέροντος. Γ. Να έχουν εκτελέσει επιτυχώς κατά τα τελευταία τέσσερα (4) έτη (2015, 2016, 2017, συμπεριλαμβανομένου του τρέχοντος έτους 2018) τουλάχιστον μία (1) σύμβαση έργου οδοφωτισμού σε κύριο οδικό άξονα της χώρας με ελάχιστο αριθμό φωτιστικών και ιστών 200 τεμάχια». Ο όρος αυτός κατά το μέρος που απαιτεί, αφενός μεν χρονική αναφορά εμπειρίας ανωτέρα της μέγιστης επιτρεπόμενης αφετέρου δε την πραγματοποίηση περισσότερου και πάντως δυσανάλογου προς την δημοπρατούμενη σύμβαση και άκρως υπερβολικού αριθμού συμβάσεων με συγκεκριμένα χαρακτηριστικά παρίσταται προδήλως μη νόμιμος, ως αντιβαίνων στις προβλέψεις του ενωσιακού δικαίου όπως τούτες αναλύθηκαν εκτενώς παραπάνω[...]. Σε κάθε περίπτωση τίθεται πλέον περιορισμός ως προς το χρονικό πλαίσιο απόκτησης της εμπειρίας, καθώς ορίζεται ένα μέγιστο χρονικό όριο (τα τελευταία τρία έτη). Δεν επιτρέπεται συνεπώς η αναθέτουσα αρχή να απαιτεί εμπειρία από όλους τους προσφέροντες για το διάστημα πριν από την τριετία (βλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13- απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων) παρά κάθε παρέκκυσή της μόνο ως συγκατάθεση θα μπορούσε να εκληφθεί.[...]. Μάλιστα, ως συμβάσεις επί των οποίων έχει αποκτηθεί η εμπειρία νοούνται μόνο οι εκτελεσθείσες, δηλαδή ούτε καν αυτές που έχουν εκκινήσει και εκτελούνται, παρά μόνο αυτές που έχουν ήδη παραδοθεί με αποτέλεσμα η καταχρηστικότητα και υπερβολικότητα του όρου να είναι αδιάστικτη. Αξίζει επιπλέον να παρατηρηθεί ότι οι συμβάσεις που ζητούνται είναι αυτοτελείς, δηλαδή, δεν καταλείπεται καμία αμφιβολία ως προς το περιεχόμενό τους, καθότι εάν υπήρχε περιθώριο συνδυαστικού αντικειμένου (δηλαδή επιτρεπτές συμβάσεις μικτού αντικειμένου, ήτοι λ.χ τηλε-ελέγχου, τηλεδιαχείρισης και εγκατάστασης εφαρμογών έξυπνων πόλεων) θα το προέβλεπε η διακήρυξη.[...] Ο επίμαχος όρος, έτσι όπως διατυπώνεται, αποκλείει την εταιρεία μας από τον διαγωνισμό και καθιστά αδύνατη την υποβολή προσφοράς μας, χωρίς μάλιστα να προβλέπει δυνατότητα απόδειξης ισοδύναμης τεχνικής καταλληλότητας. Και όλα αυτά, παρά το γεγονός ότι δραστηριοποιείται αντικειμενικά και επαρκώς στον τομέα της προμήθειας που δημοπρατείται εν προκειμένω και διαθέτει πλούσια εμπειρία. Συγκεκριμένα η εταιρεία μας κατά την τελευταία τριετία έχει υλοποιήσει είτε αυτοτελώς, είτε ως μέλος Ενώσεων ή Κοινοπραξιών συμβάσεις που

Αριθμός Απόφασης : Α 507 /2018

αφορούσαν Προμήθεια & Εγκατάσταση 116 Τηλεδιαχειριζόμενων Φωτιστικών Οδοφωτισμού LED στο Δήμο Αμαρουσίου, Προμήθεια & Εγκατάσταση 277 Φωτιστικών LED στις περιοχές Λαδάδικα & Καπάνι στο Δήμο Θεσσαλονίκης, Προμήθεια & Εγκατάσταση 5.433 Φωτιστικών Οδοφωτισμού LED με σύστημα Τηλεδιαχείρισης στο Δήμο Βάρης, Βούλας, Βουλιαγμένης. Επιπλέον ολοκληρώνει την εκτέλεση σύμβασης Προμήθειας & Εγκατάστασης 4.490 Φωτιστικών Οδοφωτισμού LED στο Δήμο Έδεσσας. Η εμπειρία λοιπόν που έχει αποκτήσει είναι επαρκής ώστε να συνιστά εγγύηση επιτυχούς αποτελέσματος, καθόσον, το τεχνικό αντικείμενο των συμβάσεων που έχει εκτελέσει ή ήδη εκτελεί είναι επακριβώς όμοιο, δεν παραλλάσσει.[...] Ο όρος τούτος τυγχάνει άκρως υπερβολικός και δυσανάλογος προς τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης περιορίζοντας υπέρμετρα την υποβολή προσφορών από περισσότερους υποψηφίους και υπερακοντίζοντας τις διατάξεις περί ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού, υπό όλες τις εκδοχές του, αφού επιτάσσει σωρευτικά, α) περισσότερο αριθμό παραδόσεων από αυτές που απαιτούνται κατ' αντικειμενικό και σύνηθες μέτρο και που αναλογούν στη φύση και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της δημοπρατούμενης σύμβασης, β) αύξηση και μάλιστα άνευ αιτιολόγησης του χρονικού διαστήματος εντός του οποίου πρέπει έκαστος συμμετέχων να έχει εκτελέσει παρόμοιες συμβάσεις για να κριθεί κατάλληλος, γ) συμβάσεις με αυστηρώς και περιοριστικώς προδιαγεγραμμένα ποιοτικά χαρακτηριστικά, δ) συμβάσεις αυστηρώς εκτελεσθείσες, ε) συμβάσεις αυτοτελείς και στ) αποστέρηση δικαιώματος απόδειξης κάθε άλλης επαρκούς εμπειρίας.» Επιπλέον, με τον τέταρτο λόγο προσφυγής βάλλει κατά του όρου 2.2.6.2 της επίμαχης διακήρυξης, ισχυριζόμενη ότι «Υπό το ίδιο πρίσμα που εκτέθηκε παραπάνω το ίδιο υπερβολικός, δυσανάλογος και υπερακοντίζων τον ανταγωνισμό παρίσταται και ο όρος 2.2.6.2 όπου προβλέπονται τα κατ' ελάχιστον προσόντα μελών της ομάδας εκτέλεσης της σύμβασης και συγκεκριμένα ότι «Για την κάλυψη των αναγκών της ορθής υλοποίησης της προμήθειας ο υποψήφιος Ανάδοχος πρέπει να διαθέτει στην Ομάδα Έργου του τις εξής ειδικότητες (κατ' ελάχιστο): αα)... ββ) Αναπληρωτή Υπεύθυνο Έργου, πτυχιούχο τριτοβάθμιας εκπαίδευσης, με τουλάχιστον πέντε (5) έτη εμπειρία στην διαχείριση έργων πληροφορικής στον δημόσιο και ευρύτερο δημόσιο

Αριθμός Απόφασης : Α 507 /2018

τομέα. Στο πλαίσιο της εμπειρίας του θα πρέπει να έχει συμμετάσχει ως υπεύθυνος έργου σε τουλάχιστον δέκα (10) επιτυχώς υλοποιημένα έργα στον τομέα της ανάπτυξης συστημάτων έξυπνων πόλεων, γγ)..., δδ) Ένα (1) μέλος με τουλάχιστον πέντε (5) έτη εμπειρία στην ανάπτυξη πληροφοριακών συστημάτων στο δημόσιο και ευρύτερο δημόσιο τομέα. Στο πλαίσιο της εμπειρίας του θα πρέπει να έχει συμμετάσχει ως μέλος της ομάδας έργου σε τουλάχιστον πέντε (5) επιτυχώς υλοποιημένα έργα στον τομέα της ανάπτυξης συστημάτων έξυπνων πόλεων» καθόσον επιγραμματικά και προς αποφυγή ασκόπων επαναλήψεων είναι πέραν του αναγκαίου μέτρου της σύμβασης. Δεν παραλλάσσει πουθενά η εμπειρία που έχει αποκτηθεί στο πλαίσιο μίας ή έστω δύο συμβάσεων από την εμπειρία συμμετοχής σε πέντε ή δέκα συμβάσεις. Όλες οι συμβάσεις έχουν επακριβώς το ίδιο αντικείμενο, το οποίο απλά και μόνο επαναλαμβάνεται. Τούτου έπεται ότι η ορθή υλοποίηση της σύμβασης εξίσου αποτελεσματικά διώκεται δια της θέσπισης εμπειρίας του προτεινόμενου προσωπικού στο πλαίσιο μίας ή δύο συμβάσεων σε βάθος τριετίας. Σημειωτέον, ότι η εν λόγω απαίτηση συνιστά και αυτή μέρος του ελάχιστου κριτηρίου τεχνικής ικανότητας, με άλλα λόγια, ο συντάκτης της διακήρυξης επιλέγει έναν πρωτοφανώς ακραίο συνδυασμό, από την μία εκτέλεση εννέα συμβάσεων, από την άλλη τα προσόντα του αναπληρωτή υπευθύνου και του προτεινόμενου μέλους της ομάδας. Αξίζει να σημειωθεί όμως, ότι δια της εισαγωγής του όρου αυτού, στην πραγματικότητα ο αριθμός των ζητούμενων συμβάσεων που οφείλει να έχει κάθε οικονομικός φορέας μεγαλώνει, καθόσον από την επισκόπηση του όρου αυτού σε συνδυασμό με τον όρο του άρθρου 2.2.6.1, προκύπτει, ότι τα προτεινόμενα μέλη θα πρέπει να έχουν εμπειρία ο μεν αναπληρωτής σε τουλάχιστον δέκα (10) επιτυχώς υλοποιημένα έργα στον τομέα της ανάπτυξης συστημάτων έξυπνων πόλεων (smart cities) το δε μέλος σε πέντε. Στο άρθρο 2.2.6.1 στοιχείο Β ζητούνται παρόμοιες συμβάσεις (smart cities) πέντε. Με άλλα λόγια, οι συμβάσεις που πρέπει να διαθέτει κάθε οικονομικός φορέας μόνο στον τομέα της ανάπτυξης συστημάτων έξυπνων πόλεων είναι ή δεκαπέντε κατ' ανώτατο, ή δέκα κατ' ελάχιστο όριο (εάν υποθεθεί ότι οι πέντε μπορεί να είναι κοινές). Εάν προστεθούν οι δέκα συμβάσεις στον τομέα της ανάπτυξης συστημάτων έξυπνων πόλεων (άρθρο 2.2.6.1 στοιχείο Β και 2.2.6.2), οι τρεις

Αριθμός Απόφασης : Α 507 /2018

συμβάσεις εγκατάστασης σύστημα τηλε-ελέγχου και τηλεδιαχείρισης (άρθρο 2.2.6.1 στοιχείο Α) η μία σύμβαση του άρθρου 2.2.6.1 στοιχείο Γ και η μία σύμβαση του άρθρου 2.2.6.4 ομιλούμε στην πραγματικότητα για 15 εκτελεσθείσες συμβάσεις που ζητούνται ως ελάχιστη τεχνική ικανότητα. Βεβαίως, ας μην παραληφθεί και το γεγονός ότι και εν προκειμένω η χρονική περίοδος αναφοράς απόκτησης της εμπειρίας του προτεινόμενου προσωπικού και πάλι εκφεύγει του μεγίστου ορίου αναφοράς προκειμένου να περιλάβει ακραίο αριθμό συμβάσεων, οπότε και εν προκειμένω επαναλαμβάνουμε τα ανωτέρω προς αποφυγή ασκόπων επαναλήψεων.[...] Τέλος, το εν λόγω άρθρο ελέγχεται ως μη νόμιμο, πλέον των ήδη λεχθέντων, και για τον επιπρόσθετο λόγο ότι επιτρέπει την αποκτηθείσα πενταετή εμπειρία στην διαχείριση έργων πληροφορικής και στην ανάπτυξη πληροφοριακών συστημάτων μόνο στον δημόσιο και ευρύτερο δημόσιο τομέα απαγορεύοντας την εμπειρία που έχει αποκτηθεί από συμβάσεις ιδιωτικών φορέων[...]. Με τον πέμπτο λόγο, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι «[...]Υπό το ίδιο πρίσμα που εκτέθηκαν όλα τα παραπάνω περί μη αναλογικότητας και άκρως περιοριστικών διατάξεων και τα οποία δεν επαναλαμβάνονται προς αποφυγή ασκόπων επαναλήψεων τυγχάνει μη νόμιμος και ο όρος που διαλαμβάνεται στο άρθρο 2.2.6.5 ότι «Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να διαθέτουν σύστημα τηλε-ελέγχου και τηλεδιαχείρισης, το οποίο θα πρέπει να αποτελεί μέρος μιας ενιαίας πλατφόρμας έξυπνων πόλεων, την οποία θα προμηθευτεί η Αναθέτουσα Αρχή και η οποία θα περιλαμβάνει επιπλέον: • Ένα (1) υποσύστημα διαχείρισης αιτημάτων πολιτών, • Ένα (1) υποσύστημα αποτυπώσεων σημείων, διαδρομών και επιφανειών ενδιαφέροντος, • Ένα (1) υποσύστημα προληπτικής συντήρησης Η εν λόγω πλατφόρμα θα πρέπει να είναι επεκτάσιμη και να διαθέτει τουλάχιστον πέντε (5) επιπλέον εφαρμογές έξυπνων πόλεων, για την περίπτωση που στο μέλλον η Αναθέτουσα Αρχή αποφασίσει να προβεί σε επέκταση» καθ' ο μέρος προβλέπει στο τελευταίο εδάφιο του την απαίτηση η πλατφόρμα να είναι επεκτάσιμη και να διαθέτει τουλάχιστον πέντε (5) επιπλέον εφαρμογές έξυπνων πόλεων. Ο συνεχώς επαναλαμβανόμενος αριθμός πέντε όσον αφορά το αντικείμενο εγκατάστασης εφαρμογών έξυπνων πόλεων ενισχύει τις αμφιβολίες μας ότι εν προκειμένω προωθείται συγκεκριμένος αριθμός υποψηφίων προκειμένου να

λάβει μέρος στον διαγωνισμό και να αναλάβει το αντικείμενο. Σε κάθε περίπτωση η εισαγωγή και αυτού του επιπρόσθετου όρου δεν δικαιολογεί την σκοπιμότητα της Α.Α ότι ενδεχομένως μπορεί στο μέλλον να προβεί σε επέκταση, καθόσον, με βάση όλα τα ανωτέρω, ο ζητούμενος αριθμός εφαρμογών τυγχάνει ούτως ή άλλως υπερβολικός και περιορίζων τον ανταγωνισμό για τους λόγους που προεκτέθηκαν παραπάνω και δεν επαναλαμβάνονται για αποφυγή ασκόπων επαναλήψεων.». Τέλος, με τον έκτο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα βάλλει κατά του άρθρου 2.2.1.1 «στο άρθρο 2.2.1.1 της διακήρυξης ορίζεται «Επιπλέον η συμμετοχή στο διαγωνισμό προϋποθέτει ότι ο διαγωνιζόμενος είναι πλήρως ενήμερος της διακήρυξης αυτής και ότι αποδέχεται όλους τους όρους ανεπιφύλακτα. Η επίδοση της προσφοράς από το διαγωνιζόμενο αποτελεί τεκμήριο ότι αυτός είχε και έλαβε υπόψη κατά τη σύνταξη της προσφοράς του, τις γενικές συνθήκες της προμήθειας ως και τα συμβατικά στοιχεία της αντίστοιχης μελέτης». Η προδιαγραφόμενη στο εν λόγω εδάφιο απαίτηση – και μάλιστα υπό την μορφή απαράβατης προϋποθέσεως συμμετοχής – εκτός του ότι παρίσταται μη νόμιμη επειδή προσκρούει ευθέως στη πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, άγει αναντίρρητα όχι μόνο σε παρακώλυση συμμετοχής των φορέων εκείνων που αμφισβητούμε έννομο συμφέρον την νομιμότητα των όρων, αλλά, επιπρόσθετα, παραβιάζει άμεσα και ανεπίτρεπτα κάθε δικαίωμα προσωρινής (προσυμβατικής) προστασίας τους και διαφύλαξης των νόμιμων δικαιωμάτων τους. Και τούτο διότι το να τίθεται ως προϋπόθεση συμμετοχής η προηγούμενη ανεπιφύλακτη αποδοχή της νομιμότητας όλων των όρων της διακήρυξης σημαίνει αυτομάτως ότι στον διαγωνισμό δεν μπορούν να συμμετάσχουν, έστω και με επιφύλαξη, και αποκλείονται, οι φορείς εκείνοι που αμφισβητούν με νόμιμα μέσα και βοηθήματα τους όρους της διακήρυξης, όπως δηλαδή η εταιρεία μας[...].».

17. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε το από 19/11/2018 έγγραφο της σχετικά με τις απόψεις της επί της εξέτασης του αιτήματος αναστολής και προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, αναφέροντας τα κάτωθι: «[...]κατά τη σύνταξη των τεχνικών προδιαγραφών και απαιτήσεων, λαμβανομένων υπόψη όλων των γενικών και ειδικών χαρακτηριστικών του έργου, το σύνολο των όρων εξετάστηκαν από την

Αριθμός Απόφασης : Α 507 /2018

άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας τόσο μέσω εκτεταμένης έρευνας αγοράς, η οποία διενεργήθηκε από εξειδικευμένα στελέχη της αρμόδιας υπηρεσίας του Δήμου ... όσο και μέσω αναζήτησης επιστημονικών μεθόδων και κατάλληλων τεχνικών λύσεων με τη χρήση εξειδικευμένων στατιστικών εργαλείων και δοκιμαστικών μοντέλων. Προς επίρρωση των ανωτέρω και προς αντίκρουση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, περί δήθεν περιορισμού του ανταγωνισμού δια της εισαγωγής περιοριστικών απαιτήσεων, σας παραθέτουμε κατάλογο ελληνικών εμπορικών/κατασκευαστικών επιχειρήσεων τα προϊόντα των οποίων καλύπτουν τις απαιτήσεις της κρινόμενης διακήρυξης.[...]

Επιπροσθέτως, από το σύνολο των αιτιάσεων της προσφεύγουσας, και ιδίως από τις αιτιάσεις περί των κριτηρίων της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της οικείας διακήρυξης, γίνεται αντιληπτό ότι ουδόλως έχει κατανοήσει στο σύνολό του το φυσικό αντικείμενο της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς δεν αφορά μόνο την αντικατάσταση των κοινόχρηστων φωτιστικών σωμάτων στα όρια του Δήμου ..., αλλά ένα διευρυμένο εγχείρημα, το οποίο στηρίζεται σε ένα σύνθετο σύστημα αυτοματοποιημένων λειτουργιών που μέσω διαλειτουργικότητας δύναται να αποτελέσει το βασικό εργαλείο εξυπηρέτησης των πολιτών, το οποίο απαιτεί αυξημένη και συνδυαστική εμπειρία. Στο πλαίσιο αυτό και πέραν της προφανούς επιδίωξης εξοικονόμησης πόρων από το Δήμο ..., επιδιώκεται η παροχή ποιοτικότερων και αποτελεσματικότερων υπηρεσιών τόσο στους πολίτες όσο και στους επισκέπτες, οι οποίοι αποτελούν βασική πηγή ανάπτυξης της τοπικής αλλά και της εθνικής οικονομίας. Προς θεραπεία τούτου δε, η προσφεύγουσα αντί να ασκήσει την λογική δυνατότητα που παρέχει ο Ν. 4412/2016 για παροχή διευκρινίσεων από την Αναθέτουσα Αρχή, δολίως κατά την άποψή μας, με σκοπό την παρεμπόδιση της διαγωνιστικής διαδικασίας και εν τέλει την βλάβη του δημοσίου συμφέροντος, προσέφυγε στο εκ του νόμου απορρέον δικαίωμα κατά τα άλλα, άσκησης της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής ενώπιων της Επιτροπής σας.[...]

Επειδή, σε κάθε περίπτωση, οι όροι της παρούσας Διακήρυξης δεν αντίκεινται στην αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού, καθώς αυτοί είναι αμερόληπτοι, έχουν σαφώς προσδιοριστεί και δημοσιοποιηθεί και εξασφαλίζονται για όλους τους υποψήφιους ανάδοχους ίδιες

Αριθμός Απόφασης : Α 507 /2018

ευκαιρίες κατά τη διατύπωση των όρων των προσφορών τους. Επειδή τα τεθειμένα κριτήρια καταλληλότητας & ανάθεσης της σύμβασης δεν αντίκεινται στην αρχή της αναλογικότητας, καθώς δεν είναι υπέρμετρα επαχθή και δυσανάλογα του σκοπού της σύμβασης. Αντίθετα κρίνονται αναγκαία, πρόσφορα και κατάλληλα για το σκοπό που τέθηκαν και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης. Άλλωστε σχετίζονται πλήρως με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης, ενώ τυχόν περιορισμοί στην πρόσβαση στο διαγωνισμό δικαιολογούνται από λόγους γενικού συμφέροντος (λόγω της σπουδαιότητας του υπό δημοπράτηση αντικείμενου) και προδήλως δεν τελούν σε δυσαναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό. Επειδή τα τεθειμένα κριτήρια ανάθεσης της σύμβασης δεν αντίκεινται στην αρχή της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των προσφερόντων, καθώς αυτά έχουν σαφώς προσδιοριστεί και δημοσιοποιηθεί κατά αντικειμενικό τρόπο, όπως απαιτείται από τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής, με αποτέλεσμα να εξασφαλίζονται για όλους τους υποψήφιους ανάδοχους ίδιες ευκαιρίες κατά τη σύνταξη των προσφορών τους. Επειδή όπως αναφέρθηκε και ανωτέρω είναι προφανής η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος εκ μέρους της προσφεύγουσας όσον αφορά το σύνολο των ισχυρισμών της. Επειδή, κατόπιν αυτών, δεν πληρούνται εν προκειμένω οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, εφόσον ελλείπει οιαδήποτε νομική βάση, η οποία δύναται να αποτελέσει αντικείμενο μιας έστω ολοκληρωμένης νομικής αξιολόγησης. Επειδή η προσφεύγουσα δεν ισχυρίζεται ότι ζήτησε διευκρινίσεις ή άρση των ασαφειών επί των προβαλλόμενων από αυτήν λόγων και είτε δεν έλαβε απάντηση είτε η απάντηση που τυχόν έλαβε δεν αίρει την ασάφεια.[...] Επειδή εν προκειμένω βλάπτεται ουσιαστικά το δημόσιο συμφέρον από την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας καθότι η έγκαιρη υλοποίηση της Σύμβασης είναι ιδιαίτερα σημαντική στην αντιμετώπιση των προβλημάτων ελλιπούς φωτισμού του νησιού, αλλά και της εξοικονόμησης πόρων για τον Δήμο μας με αντίστοιχα οικονομικά αλλά και περιβαλλοντικά και κοινωνικά οφέλη, στο πλαίσιο ενός συνολικού στρατηγικού σχεδιασμού, αρχή του οποίου αποτέλεσε η πρόσφατη διασύνδεση του νησιού με την ηπειρωτική Ελλάδα μέσω υποθαλάσσιου καλωδίου και η αντίστοιχη διακοπή λειτουργίας του

Αριθμός Απόφασης : Α 507 /2018

ρυπογόνου Αυτόνομου Σταθμού παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας στο νησί. Επιπροσθέτως, η αναγκαιότητα απρόσκοπτης συνέχισης της διαγωνιστικής διαδικασίας επιβάλλεται κατά την άποψή μας από λόγους που σχετίζονται με τα σοβαρά προβλήματα που παρατηρούνται από την υφιστάμενη κατάσταση οδοφωτισμού στο νησί, γεγονός που δημιουργεί πολλαπλασιαστικές συνέπειες στην ομαλή και ασφαλή καθημερινότητα, τόσο ως προς την ποιότητα του οδοφωτισμού όσο και ως προς τη δημιουργία ασφαλών συνθηκών. Η παλαιότητα του δικτύου σε συνδυασμό με την έλλειψη ενός Συστήματος Διαχείρισης και Ελέγχου, έχει οδηγήσει όχι μόνο σε υπέρογκες δαπάνες συντήρησης του υφιστάμενου δικτύου, αλλά και στην επιδείνωση της ποιότητας του φωτισμού εν γένει. Με δεδομένο ότι το κόστος του, αποτελεί μία από τις μεγαλύτερες δαπάνες του δήμου, καθώς επίσης και το γεγονός ότι οι νέες τεχνολογίες στον τομέα του ηλεκτροφωτισμού συμβάλουν στην εξοικονόμηση χρημάτων, η εφαρμογή και εναρμόνιση με τα νέα δεδομένα, λαμβάνοντας υπόψη την κείμενη εθνική και ευρωπαϊκή σχετική νομοθεσία περί ενεργειακής αποδοτικότητας, κρίνεται επιτακτική. Τα οφέλη από την έγκαιρη ολοκλήρωση της σύμβασης, σχετίζονται έμμεσα με την παροχή καλύτερων υπηρεσιών από το δήμο προς τους κατοίκους και τους επισκέπτες του νησιού, με την εξοικονόμηση ενέργειας και τη βελτιστοποίηση διαχείρισης πόρων και εν γένει με τη βελτίωση του βιοτικού επιπέδου των πολιτών. Η ενεργειακή αναβάθμιση του οδοφωτισμού, παρουσιάζει πολλαπλά οφέλη για την τοπική οικονομία και ανάπτυξη, όπως: * Εξοικονόμηση κατανάλωσης ενέργειας (περιβαλλοντικό όφελος) * Εξοικονόμηση κόστους φωτισμού κτιρίων, εγκαταστάσεων, οδών, πλατειών και κοινοχρήστων χώρων (οικονομικό όφελος) * Μείωση εξόδων συντήρησης από την αποτελεσματικότερη διαχείριση του συστήματος και την έγκαιρη αποκατάσταση βλαβών (οικονομικό όφελος) * Μείωση της ατμοσφαιρικής ρύπανσης (περιβαλλοντικό όφελος) * Αίσθηση ασφάλειας της τοπικής κοινότητας (κοινωνικό όφελος - κρισιμότητα της υλοποίησης του έργου για την τοπική κοινωνία) * Σωστός χρονοπρογραμματισμός, ώστε να μην φωτίζουν οι λάμπες όταν υπάρχει φυσικό φως και αντίστροφα (οικονομικό και περιβαλλοντικό όφελος) * Μείωση οδικών ατυχημάτων που δημιουργούνται λόγω της κακής ποιότητας Φωτισμού, αλλά και μείωση εγκληματικότητας

Αριθμός Απόφασης : Α 507 /2018

ιδιαίτερα τους θερινούς μήνες που το νησί κατακλύζεται από τουρίστες, με συνεπαγόμενη την ενίσχυση της φερεγγυότητας της ελληνικής πολιτείας (κοινωνικό όφελος). Σε κάθε περίπτωση, επιφυλασσόμαστε για την εντός 10ημέρου υποβολή υπηρεσιακών απόψεων επί της προσφυγής και πλήρους φακέλου της υπόθεσης, σύμφωνα με την πρόσκληση της Α.Ε.Π.Π.»

18. Επειδή, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη με την προσβαλλομένη και τους τιθέμενους όρους της διακήρυξης αυτής, χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, σύμφωνα και με τους ανωτέρω προβαλλόμενους ισχυρισμούς, εμπεριέχεται δε τεχνική κρίση που δε μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑΘ 9/2015, 41/2015, 46/2015) αλλά απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και την σχετική νομολογία, καθώς και, ενδεχομένως, περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση η οποία δεν μπορεί να εξαντληθεί στο περιορισμένο χρονικό διάστημα της εξέτασης αυτής για την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως αναστολής.

19. Επειδή, α) η υπό κρίση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως अपαράδεκτη, β) πιθανολογείται βλάβη της αιτούσας από την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και συγκεκριμένα από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησής τους, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης και δ) η αναθέτουσα αρχή αιτείται την απόρριψη του αιτήματος αναστολής, επικαλούμενη το δημόσιο συμφέρον, λόγω της ανάγκης έγκαιρης υλοποίησης της Σύμβασης η οποία κατά τους ισχυρισμούς της είναι ιδιαίτερα σημαντική στην αντιμετώπιση των προβλημάτων ελλειπούς φωτισμού του νησιού, αλλά και της εξοικονόμησης πόρων για τον Δήμο ... με αντίστοιχα οικονομικά αλλά και περιβαλλοντικά και κοινωνικά οφέλη και των σοβαρών προβλημάτων που παρατηρούνται από την υφιστάμενη κατάσταση οδοφωτισμού στο νησί, γεγονός που δημιουργεί πολλαπλασιαστικές συνέπειες

Αριθμός Απόφασης : Α 507 /2018

στην ομαλή και ασφαλή καθημερινότητα, τόσο ως προς την ποιότητα του οδοφωτισμού όσο και ως προς τη δημιουργία ασφαλών συνθηκών. Σε κάθε περίπτωση λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΕΑ ΣτΕ 840/2008). Συνεπώς, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

20. Επειδή η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας, αλλά και των υπολοίπων συμμετεχόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στα επόμενα στάδια είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι τυχόν ακύρωση των προσβαλλόμενων όρων και ακύρωσης κατ' ακολουθίαν της διακήρυξης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμες τις μετέπειτα έτερες εκτελεστές πράξεις της αναθέτουσας αρχής, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος όλων των μερών. Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν περιληφθεί μη νόμιμοι όροι, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις, οι οποίες δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα των προσβαλλόμενων όρων κατά την εξέταση της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής. Η χορήγηση δε ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει κατά τα ως άνω τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της Προσφυγής αυτής. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας των όρων της διακήρυξης του διαγωνισμού, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας σε βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

21. Επειδή, πέραν των ανωτέρω, όπως προκύπτει από την συνολική επισκόπηση του φακέλου, συντρέχει περίπτωση αναστολής της συνέχισης της διαγωνιστικής διαδικασίας προκειμένου το Κλιμάκιο να προχωρήσει στην διεξοδική εξέταση των αιτιάσεων της προσφεύγουσας και προκειμένου να μην

Αριθμός Απόφασης : Α 507 /2018

δημιουργηθούν ανεπανόρθωτες καταστάσεις ως προς την εξέλιξη του διαγωνισμού σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί της Προδικαστικής Προσφυγής ότι μη νόμιμα η Αναθέτουσα Αρχή διενεργεί τον υπό κρίση διαγωνισμό με μη σύννομους όρους.

22. Επειδή, κατόπιν σταθμίσεως του δημοσίου συμφέροντος και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του, πρέπει, για όλους τους ανωτέρω λόγους και ιδίως, επειδή πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής - ορισμού προσωρινών μέτρων, κατά τα προλεχθέντα, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων, να διαταχθεί η αναστολή της περαιτέρω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

23. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό μέτρο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας, είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε να μην προχωρήσει η αποσφράγιση των υποβληθεισών προσφορών. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαγωνιστική διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο και ολοκλήρωση αυτής.

24. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και συγκεκριμένα την αποσφράγιση των προσφορών, που θα υποβληθούν έως την οριζόμενη από την οικεία διακήρυξη καταληκτική ημεροχρονολογία, μέχρι την έκδοση και δημοσίευση απόφασης επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

Αριθμός Απόφασης : Α 507 /2018

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 19 Νοεμβρίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Σταυρούλα Κουρή

Μαρία Μανώλογλου