

**Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
ΜΟΝΟΜΕΛΕΣ ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της την 1^η Σεπτεμβρίου 2022 συγκροτούμενο από το Μέλος Μαρία Μανδράκη.

Για να εξετάσει την από 25.07.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1045/26.07.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει στη ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου ... και ειδικότερα κατά της με αριθ. πρωτ. ... διακήρυξης της ανωτέρω αναθέτουσας αρχής, καθ' ό μέρος προσβάλλεται με την προδικαστική προσφυγή. Με την ως άνω διακήρυξη προκηρύχθηκε από την αναθέτουσα αρχή ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την «ΔΗΜΙΟΥΡΓΙΑ ΠΡΟΣΒΑΣΙΜΩΝ, ΟΛΟΚΛΗΡΩΜΕΝΩΝ, ΘΑΛΑΣΣΙΩΝ, ΤΟΥΡΙΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΟΡΙΣΜΩΝ ΔΗΜΟΥ ...» συνολικής εκτιμώμενης δαπάνης 114.664,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 13 & 24% με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής. Η εν λόγω διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 11.07.2022 με ΑΔΑΜ ..., καθώς επίσης και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ με α/α συστήματος ..., ως καταληκτική δε ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 26^η.07.2022 και ώρα 15:00.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στ... ..., επί της οδού ..., αρ. ..., η οποία άσκησε την από 05.08.2022 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Παρέμβασή της, επί σκοπώ απόρριψης της ασκηθείσας προσφυγής.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 1293 /2022

1. Επειδή, με την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο και αναλογούν κατώτατο ποσό παραβόλου, κατά το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ύψους 600,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογισθείσα δαπάνη της υπό ανάθεση σύμβασης άνευ ΦΠΑ.

2. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, άνευ ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που ασκεί η αναθέτουσα αρχή καθώς και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρο 345, παρ. 1, όπως ισχύει, η δε Αρχή, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της. Προσέτι, η υπό εξέταση προσφυγή παραδεκτώς ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου (άρθρ. 362 παρ. 2 Ν.4412/2016 και 8 παρ. 2, Παράρτημα Ι του Π.Δ.39/2017) και κοινοποιήθηκε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν της ανάρτησής της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 καθώς και την παρ. 1 εδ. α΄ του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθρου 8 του Π.Δ. 39/2017.

3. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω του συνδέσμου «Επικοινωνία» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (με α/α συστήματος ...), η προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 361 παρ. 1 περ. γ΄ του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. γ΄ του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσφεύγουσα δηλώνει στο έντυπο της προσφυγής της ότι έλαβε γνώση της προσβαλλομένης στις 18.07.2022, η δε προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 25.07.2022, ήτοι εντός της προβλεπόμενης στις ως άνω διατάξεις δεκαήμερης αποκλειστικής προθεσμίας για την άσκηση της, αρχόμενης από την λήψη γνώσης της προσβαλλομένης. Επέκεινα, εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 7 του Π.Δ. 39/2017 και του άρθρου 362

Αριθμός απόφασης: 1293 /2022

παρ. 3 του Ν. 4412/2016 ασκεί την Παρέμβασή της, η ανωτέρω διαγωνιζόμενη εταιρεία, δεδομένου ότι η εξεταζόμενη προσφυγή κοινοποιήθηκε στην παρεμβαίνουσα από την αναθέτουσα αρχή, μέσω του συνδέσμου «Επικοινωνία» στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, στις 26.07.2022, η δε παρεμβαίνουσα άσκησε την Παρέμβασή της, στις 05.08.2022, επομένως παραδεκτώς και εμπροθέσμως, ήτοι εντός της νόμιμης αποκλειστικής δεκαήμερης προθεσμίας, αρχόμενης από την κοινοποίηση της προσφυγής. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, παραδεκτώς και εμπροθέσμως, διά του με αριθμ. πρωτ. 7808/08.08.2022 εγγράφου της, διατυπώνει τις απόψεις της επί της εξεταζόμενης προσφυγής, αναρτώντας το σχετικό έγγραφο στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, στις 09.08.2022, προς γνώση όλων, ομοίως δε, παραδεκτώς και εμπροθέσμως, η προσφεύγουσα υποβάλλει το Υπόμνημα της, στις 12.08.2022, αναρτώντας το στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ κατά την ανωτέρω ημερομηνία, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή, όσον αφορά τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, ως γίνεται δεκτό, η προσφεύγουσα πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτήν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη (λυσίτελή) συμμετοχή της στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. 146-148/2016 Ολομ., ΕΑ 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Σε κάθε περίπτωση, βάσει της λεκτικής διατύπωσης του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, το έννομο συμφέρον δύναται να θεμελιωθεί και επί τη βάσει της ενδεχόμενης βλάβης, εφόσον, παρέχεται επαρκής τεκμηρίωση των λόγων που αποδεικνύουν με ενάργεια τον επικείμενο κίνδυνο, χωρίς να απαιτείται για την υποβολή προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, να συνιστά ο προσφεύγων συμμετέχοντα στο διαγωνισμό (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 11ης-1-2005, C-26/03, StadtHalle, σκέψη 40). Επισημαίνεται δε ότι για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος και της βλάβης για την προσβολή όρων της Διακήρυξης, αρκεί καταρχήν η επίκληση

Αριθμός απόφασης: 1293 /2022

ότι ενδιαφέρεται να συμμετάσχει στον διαγωνισμό, με βάση το γεγονός ότι δραστηριοποιείται επαγγελματικά στο αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης (βλ. και ΑΕΠΠ 7ΜΕΛΟΥΣ 3/2018, σκ. 10). Δεν απαιτείται αντίθετα η επίκληση, πολλώ δε μάλλον η απόδειξη, πλήρωσης αναλυτικά όλων των κριτηρίων και προϋποθέσεων της διακήρυξης, απαίτηση η οποία συνδέεται με επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας και η απόδειξη της οποίας κατά το στάδιο προσβολής των όρων της διακήρυξης θα συνεπαγόταν ανυπέρβλητα εμπόδια στην επιδιωκόμενη προδικαστική προστασία. Αβάσιμοι συνεπώς είναι οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής αλλά και της παρεμβαίνουσας περί έλλειψης εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας, αφού η προσφεύγουσα όχι μόνο ερείδει τους ισχυρισμούς της στο ότι προσφέρει ανταγωνιστικό προϊόν για την κάλυψη των αναγκών της αναθέτουσας αρχής, αλλά προσδιορίζει και τους ακριβείς όρους του κανονιστικού πλαισίου της υπόψη διακήρυξης που την αποκλείουν, στοιχειοθετώντας ούτως τη βλάβη της. Ουδόλως δε αναιρείται το έννομο αυτό συμφέρον από το γεγονός ότι υπέβαλε την προσφορά της, αντιθέτως, αφενός, ως ισχυρίζεται στο Υπόμνημα της η προσφεύγουσα, υπέβαλε τη προσφορά της με επιφύλαξη ως προς τη νομιμότητα των προσβαλλόμενων όρων (βλ. ηλεκτρονικά αρχεία ΕΕΕΣ ..._signed, 3. ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ IV-ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ_signed, Τεχνική Προσφορά-Ειδικό τεύχος τεχνικής περιγραφής_signed), αφετέρου εμπροθέσμως και παραδεκτώς άσκησε παράλληλα με την υποβολή της προσφοράς της, με επιφύλαξη, ως προελέχθη, την εξεταζόμενη προσφυγή της, ως παρατίθεται και στην προηγούμενη σκέψη της παρούσας, δοθέντος ότι οι προσβαλλόμενοι όροι των τεχνικών προδιαγραφών εμποδίζουν τη, λυσιτελή και επί τη βάσει της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, συμμετοχή της στον υπόψη διαγωνισμό. Ενόψει των ανωτέρω, τα όσα περί αντιθέτου διαλαμβάνονται στο έγγραφο των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και στην παρέμβαση είναι απορριπτέα ως αβάσιμα και επομένως, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί κατ' ουσίαν.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα παραπονείται στη προσφυγή της για τα ακόλουθα: «Ειδικότερα, η προσβαλλόμενη Διακήρυξη του Δήμου ... όχι μόνο περιέχει όρους που αποκλείουν αδικαιολόγητα τη συμμετοχή της εταιρίας μας

Αριθμός απόφασης: 1293 /2022

στο διαγωνισμό, καθώς όλα τα μοντέλα αυτόνομης διάταξης που διαθέτει η εταιρία μας και εν προκειμένω το τροχήλατο και αυτοκινούμενο (ήτοι το μοντέλο που ζητά η διακήρυξη) δεν πληρούν επακριβώς τις απαιτήσεις της διακήρυξης και είναι εκ προοιμίου απορριπτέα, αλλά έχει διατυπώσει το σύνολο των τεχνικών απαιτήσεων της με βάση τις αιτιάσεις και τα επιχειρήματα που αποτέλεσαν το περιεχόμενο προηγούμενων προσφυγών της εταιρίας ... κατά διακηρύξεων άλλων Αναθετουσών Αρχών και ιδίως των αιτιάσεων κατά του χαρακτήρα της διάταξης της εταιρίας μας ως δήθεν μη μόνιμης. Συγκεκριμένα : 1) Πτυσσόμενος διάδρομος Η Διακήρυξη, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ IV αυτής υπό τον τίτλο : ‘Υπόδειγμα Τεχνικής Προσφοράς – Φύλλο Συμμόρφωσης’, αναφέρεται, μεταξύ άλλων σε ειδικού τύπου διάδρομο της διάταξης και, ειδικότερα, σε ‘πτυσσόμενο διάδρομο’, δείγμα του οποίου μάλιστα ζητείται να προσκομιστεί (βλ. σελ. 58, όρος “6.5 Δείγματα – Δειγματοληψία – Εργαστηριακές εξετάσεις.”). ΟΜΩΣ: α) Κατ’ αρχάς, από απλή επισκόπηση της επίσημης ιστοσελίδας της εταιρίας ... (βλ. ...) προκύπτει ότι το ... είναι η μοναδική διάταξη που διαθέτει ‘πτυσσόμενο διάδρομο’, και μάλιστα ότι αυτό το χαρακτηριστικό έχει κατοχυρωθεί με δίπλωμα ευρεσιτεχνίας (βλ. επίσης συνημμένο και το σχετικό prospectus, σελ. 2). β) Η απαίτηση αυτή σε κάθε περίπτωση, με τον τρόπο που τίθεται, προσδιορίζει ανεπιτρέπτως συγκεκριμένη “τεχνική λύση” (και όχι απαιτούμενες επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις που να σκοπούν στην κάλυψη συγκεκριμένων αναγκών της αναθέτουσας αρχής, του Δήμου ...), κατά παράβαση του άρθρου 54 του ν. 4412/2016, καθώς και των αρχών της ισότιμης πρόσβασης και του υγιούς ανταγωνισμού. γ) Μάλιστα, η απαίτηση για “πτυσσόμενο διάδρομο” εξ αντικειμένου δεν αντικρύζει καν τις πραγματικές ανάγκες της αναθέτουσας αρχής ή, πολλώ μάλλον, των ΑμεΑ που σκοπεύει να εξυπηρετήσει, αφού, από την ίδια τη Διακήρυξη, ήτοι από άλλα σημεία αυτής, προκύπτει ότι η επίμαχη διάταξη : □ όταν δεν χρησιμοποιείται θα αποθηκεύεται στο αποδυτήριο ελευθερώνοντας την παραλία στους υπόλοιπους λουόμενους (σελ. 63) □ είναι τροχήλατη και αυτοκινούμενη, και καλύπτει τις προδιαγραφές της σχετικής ΚΥΑ, δηλαδή δεν παραπέμπει σε συνθήκες μόνιμης θεμελίωσης, και ανά πάσα στιγμή και σε καθημερινή βάση είναι δυνατή η χωρίς ιδιαίτερη προσπάθεια άμεση μετακίνηση ή μεταφορά της

Αριθμός απόφασης: 1293 /2022

(σελ. 63) □ θα περιλαμβάνει διάδρομο κύλισης του καθίσματος (σελ. 63), Εξάλλου, ούτε και η προδιαγραφόμενη σε άλλο σημείο της διακήρυξης, μεταξύ άλλων, ανάγκη για άμεση απομάκρυνση του εξοπλισμού στο χώρο φύλαξης, για την αποφυγή καταστροφών και ζημιών σε περιπτώσεις έντονων καιρικών συνθηκών (βλ. σελ. 64), επιβάλλει μονοσήμαντα τη λύση του ‘πτυσσόμενου’ διαδρόμου κύλισης που “διπλώνεται” (σελ. 64), ως του μόνου αποδεκτού τεχνικά τρόπου με τον οποίο επιτυγχάνεται η κάλυψη της ανάγκης για εύκολη εγκατάσταση και απεγκατάσταση της διάταξης (ήτοι χωρίς τη χρήση εξειδικευμένου προσωπικού). δ) Ο “πτυσσόμενος διάδρομος” της διάταξης μάλιστα και απεικονίζεται στη σελίδα 9 του “Παραρτήματος Ι - ΜΕΛΕΤΗ ..._signed” της διακήρυξης. Εάν αντιπαραβληθεί η απεικόνιση αυτή με εκείνη που περιέχει το Prospectus της εταιρίας ... στις σελίδες 5 & 7 αυτού (βλ. συνημμένο ...ΤΕΧΝΙΚΟ-ΦΥΛΛΑΔΙΟ_MAY21), διαπιστώνεται ότι πρόκειται για το ίδιο ακριβώς είδος, το οποίο και “φωτογραφίζει”. Η τροχήλατη και αυτοκινούμενη διάταξη της εταιρίας μας ... με ενσωματωμένο πακέτο αυτομεταφοράς, δεν διαθέτει πτυσσόμενο, αλλά συναρμολογούμενο διάδρομο (βλ. Εγχειρίδιο Χρήσης ... v4_signed σελ.8) , ο οποίος όμως καλύπτει απόλυτα όλες τις ανάγκες του Δήμου ... και των ΑμεΑ για την ομαλή πρόσβασή τους στη θάλασσα, καθώς και τις (λοιπές) προδιαγραφές της Διακήρυξης ιδίως για γρήγορη εγκατάσταση και απεγκατάσταση της διάταξης, καθώς η συναρμολόγηση του διαδρόμου επιτυγχάνεται με τοποθέτηση βιδών σε ειδικές οπές σύνδεσης, ώστε να δημιουργηθεί ένα ενιαίο σύνολο, το οποίο αποσυναρμολογείται εύκολα με τον αντίστροφο τρόπο χωρίς να απαιτείται εξειδικευμένο προσωπικό (βλ. Εγχειρίδιο Χρήσης ... v4_signed σελ.8) Εξάλλου, η επιλογή του συναρμολογούμενου διαδρόμου από την εταιρία μας όχι μόνο επιτυγχάνει ισοδυνάμως το ίδιο ακριβώς επιδιωκόμενο αποτέλεσμα αλλά και πλεονεκτεί της ανεπιτρέπτως προτεινόμενης από τη διακήρυξη τεχνικής λύσης του ‘πτυσσόμενου’ δεδομένου ότι σε περίπτωση βλάβης κάποιου τμήματος του συναρμολογούμενου διαδρόμου, η επισκευή/αντικατάστασή του είναι άμεση και εκτελείται επιτόπου, εξασφαλίζοντας την αδιάκοπη λειτουργία του ..., σε αντίθεση με την επιβαλλόμενη απόσυρση όλου του ενιαίου αναδιπλούμενου διαδρόμου, που απαιτείται στην περίπτωση του πτυσσόμενου διαδρόμου. Άρα η εταιρία μας

Αριθμός απόφασης: 1293 /2022

αποκλείεται από τον διαγωνισμό αυτόν επειδή δεν καλύπτει τον μη νόμιμο και αδικαιολόγητο όρο για πτυσσόμενο διάδρομο, τον οποίο καλύπτει μόνον ο διάδρομος της εταιρίας ΣΥΝΕΠΩΣ, η επίμαχη απαίτηση (όρος) της Διακήρυξης είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα (βλ. ad hoc ΑΕΠΠ 1576/2021, 837/2022). 2) Δύο κινητούς υποβραχίονες καθίσματος Μεταξύ των προδιαγραφών για το κάθισμα της ζητούμενης διάταξης (βλ. σελ. 63 της διακήρυξης) περιλαμβάνεται και ο όρος «...Το κάθισμα θα φέρει υποπόδιο, καθώς και δύο υποβραχίονες που θα έχουν τη δυνατότητα κίνησης-τοποθέτησης από όρθια σε οριζόντια θέση και αντίστροφα» Και εν προκειμένω διαλαμβάνεται στην επίμαχη απαίτηση η συγκεκριμένη τεχνική λύση ήτοι για δύο υποβραχίονες κινητούς ή ανοιγόμενους στο κάθισμα της διάταξης, που απαγορεύει αυτόματα την προσφορά κάθε άλλης διάταξης, πλην αυτής της εταιρίας ... (βλ. <https://www....>). Με τον τρόπο αυτό αποκλείεται η συμμετοχή της εταιρίας μας της οποίας η διάταξη διαθέτει κάθισμα με ένα σταθερό βραχίονα, που εξασφαλίζει τον πλέον εύκολο, σταθερό και ακίνδυνο τρόπο επιβίβασης και αποβίβασης του χρήστη (βλ...._Brochure_A4_8pages_GR (1)__signed σελ. 4). Τεχνική λύση όχι μόνο δοκιμασμένη στην πράξη από το έτος 2012 που κυκλοφορεί το ... (με εν λειτουργία το έτος 2022 180 τέτοιων συσκευών, βλ. <https://.../>), αλλά που υπερτερεί έναντι της επιβαλλόμενης από τη διακήρυξη, καθώς η χρήση κινητού ή ανοιγόμενου βραχίονα είναι αυτή που εγκυμονεί κινδύνους προσβολής των άνω άκρων του χρήστη, λόγω ακριβώς της μη σταθερότητάς του. Άρα με τη θέσπιση της προαναφερόμενης απρόσφορης προδιαγραφής αποκλείεται αδικαιολόγητα η συμμετοχή της εταιρίας μας που η διάταξή της επιτυγχάνει όχι μόνο εναλλακτικά και ισοδυνάμως την εύκολη χρήση του καθίσματος της διάταξης από τον χρήστη, αλλά και που εξασφαλίζει λόγω ακριβώς της σταθερότητας του βραχίονα που διαθέτει το κάθισμά της, την πλήρως ασφαλή μετακίνηση του χρήστη από το αναπηρικό αμαξίδιό του στο κάθισμα της διάταξης και το αντίστροφο. ΣΥΝΕΠΩΣ, και η επίμαχη απαίτηση (όρος) της Διακήρυξης είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα (βλ. ad hoc ΑΕΠΠ 1576/2021, 837/2022). Υπό τα ως άνω δεδομένα η διακήρυξη περιορίζει αδικαιολόγητα τον κύκλο των συμμετοχών στο διαγωνισμό αποκλείοντας εκ προοιμίου το προϊόν της εταιρίας μας που με αντίστοιχο αλλά και

Αριθμός απόφασης: 1293 /2022

πλεονεκτούντα τρόπο μπορούσε να καλύψει τις απαιτήσεις της διακήρυξης (βλ. ενδεικτικά Ε.Α ΣΤΕ 1357/2007, σκ. 8, 1239/2007, σκ. 10), επιτρέποντας τη συμμετοχή μόνο της εταιρίας ..., καθώς οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται ανεπιτρέπτως ως συγκεκριμένες τεχνικές λύσεις που μόνο η διάταξη της εν λόγω εταιρίας καλύπτει (Ε.Α ΣΤΕ 361/2009, σκ. 10).». Ενόψει των ανωτέρω, αιτείται η προσφεύγουσα: «Να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. πρωτ. ... Διακήρυξη του Δήμου ..., κατά τους προσβαλλόμενους όρους αυτής, σύμφωνα με όσα προεκτέθηκαν και να διαταχθεί και κάθε άλλο, πρόσφορο και κατάλληλο μέτρο.»

6. Επειδή, στην Μελέτη με αρ. ... που αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της υπόψη διακήρυξης, ως Παράρτημα Ι αυτής, προβλέπονται τα εξής σχετικά με τις προσβαλλόμενες από την προσφεύγουσα τεχνικές προδιαγραφές: «...Η διάταξη που θα προμηθευτεί και θα τοποθετήσει ο Δήμος θα μπορεί να κινηθεί σε οποιαδήποτε αμμώδη επιφάνεια (επίπεδη, κεκλιμένη κλπ.). Ο πτυσσόμενος διάδρομος της διάταξης μπορεί να αναπτυχθεί σε οποιοδήποτε υδάτινο περιβάλλον όπου δεν υπάρχει βραχώδες και ακανόνιστο έδαφος και οι κλίσεις του εδάφους δεν είναι μεγαλύτερες από τις παραπάνω αναφερόμενες κλίσεις. Η διάταξη πρέπει να είναι ανθεκτική και ελαφριά σχετικά κατασκευή από υλικά όπως ανοδιωμένο αλουμίνιο και ανοξειδωτο χάλυβα, έχει μικρές διαστάσεις, χωρίς παρεμβάσεις στο περιβάλλον και χωρίς οχλήσεις στους υπόλοιπους λουόμενους. Η μετακίνηση της διάταξης, η εγκατάσταση και απεγκατάσταση του πτυσσόμενου διαδρόμου γίνονται εύκολα χωρίς εξειδικευμένο προσωπικό ή ειδικά εργαλεία. Η διάταξη μπορεί να χρησιμοποιηθεί σε οποιοδήποτε υδάτινο περιβάλλον όπου το βάθος είναι μεγαλύτερο από 1 μέτρο σε απόσταση 10 μέτρων από την εκβολή του κύματος. Ο χρήστης φτάνει με το αμαξίδιό του στην αρχή του αναπτυγμένου διαδρόμου και επιβιβάζεται στο τροχήλατο κάθισμα της διάταξης. Με τη χρήση τηλεχειριστηρίου ενεργοποιεί τον μηχανισμό κίνησης κινώντας έτσι το κάθισμα προς τη θάλασσα. Φτάνοντας στο τέλος της διαδρομής ο χρήστης βρίσκεται σε τέτοιο βάθος ώστε μπορεί να επιπλεύσει, να φύγει από το κάθισμα και να κολυμπήσει. Η αντίστροφη διαδικασία ακολουθείται για την έξοδο στη στεριά. Η διάταξη όταν δεν χρησιμοποιείται θα αποθηκεύεται σε κατάλληλο χώρο ελευθερώνοντας την παραλία στους υπόλοιπους λουόμενους. Η διάταξη είναι

Αριθμός απόφασης: 1293 /2022

τροχήλατη και αυτοκινούμενη, και καλύπτει τις προδιαγραφές της σχετικής ΚΥΑ, δηλαδή δεν παραπέμπει σε συνθήκες μόνιμης θεμελίωσης, και ανά πάσα στιγμή και σε καθημερινή βάση είναι δυνατή η χωρίς ιδιαίτερη προσπάθεια άμεση μετακίνηση ή μεταφορά της. Οι εξυπηρετήσεις και ο εξοπλισμός που σχεδιάστηκαν ανά παραλία (όπως αναλυτικά αναφέρονται παρακάτω), αναπτύχθηκαν μέσα στο παραπάνω νομοθετικό πλαίσιο και ακολουθούν όλες τις δεσμευτικές οδηγίες και πρότυπα για να παρέχονται με ασφάλεια και ποιότητα....». «...Το κάθισμα θα φέρει υποπόδιο, καθώς και δύο υποβραχίονες που θα έχουν τη δυνατότητα κίνησης τοποθέτησης από όρθια σε οριζόντια θέση και αντίστροφα, έτσι ώστε να μπορεί ο χρήστης με ευκολία να μετακινηθεί από το αναπηρικό αμαξίδιο στο κάθισμα και να διασφαλίζεται η άνετη και ασφαλής χρήση του καθίσματος».

7. 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 διαγωνιζόμενους. 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). Επέκεινα, κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης με βάση τις ανάγκες της και τη σκοπιμότητά που εκείνη κρίνει. Η δε θέσπιση με την διακήρυξη των προδιαγραφών και των αναγκών της αναθέτουσας αρχής από ποσοτική και ποιοτική άποψη, που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτησή τους, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον

Αριθμός απόφασης: 1293 /2022

διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (Ε.Α. ΣτΕ 354/2014, 1140/2010 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας [βλ. ΣτΕ. 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010 κ.ά.].

8. Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23).

9. Επειδή, εξάλλου, αναφορικά με τον πρώτο λόγο προσφυγής, από το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης συνάγεται ειδικότερα ότι απαιτείται από τους συμμετέχοντες η προσφορά μίας «Μη μόνιμης Διάταξης για την Αυτόνομη Πρόσβαση ΑμεΑ στη θάλασσα» με τις εξής τεχνικές προδιαγραφές: «Η διάταξη θα μπορεί να κινείται σε οποιαδήποτε αμμώδη επιφάνεια - Η διάταξη θα πρέπει να είναι αυτοκινούμενη - Η διάταξη διαθέτει πτυσσόμενο διάδρομο. - Η διάταξη, έχει μικρές διαστάσεις, χωρίς παρεμβάσεις στο περιβάλλον και χωρίς οχλήσεις στους υπόλοιπους λουόμενους - Η μετακίνηση της διάταξης, η εγκατάσταση και απεγκατάσταση του πτυσσόμενου διαδρόμου γίνονται εύκολα χωρίς εξειδικευμένο προσωπικό ή εργαλεία σε καθημερινή βάση. - Η διάταξη όταν δεν χρησιμοποιείται θα αποθηκεύεται στο αποδυτήριο ελευθερώνοντας την παραλία στους υπόλοιπους λουόμενους. - Η διάταξη είναι τροχήλατη και αυτοκινούμενη, και καλύπτει τις προδιαγραφές της σχετικής ΚΥΑ, δηλαδή δεν παραπέμπει σε συνθήκες μόνιμης θεμελίωσης, και ανά πάσα στιγμή και σε καθημερινή βάση είναι δυνατή η χωρίς ιδιαίτερη προσπάθεια άμεση μετακίνηση ή μεταφορά της - Η μη μόνιμη διάταξη για την αυτόνομη πρόσβαση ΑμεΑ στη θάλασσα θα

Αριθμός απόφασης: 1293 /2022

περιλαμβάνει διάδρομο κύλισης του καθίσματος». Ενόψει των ανωτέρω, ως βασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα, η δικαιολόγηση κατά τη Διακήρυξη της απαίτησης περί πτυσσόμενου διαδρόμου ακριβώς λόγω της ανάγκης καθημερινής μετακίνησής του και προς αποτροπή πιθανών καταστροφών του, δεν δικαιολογείται ή πάντως δεν τελεί σε συμπόρευση και αντιστοιχία με τις λοιπές προδιαγραφές της διακήρυξης που απαιτούν όπως η επίμαχη διάταξη: « - Η διάταξη όταν δεν χρησιμοποιείται θα αποθηκεύεται στο αποδυτήριο, - Οι διάδρομοι θα ξεκινούν από τον χώρο στάθμευσης ή το αμέσως σταθερά οδεύσιμο σημείο που μπορεί να προσεγγίσει το άτομο με αναπηρία και θα συνδέουν όλους τους χώρους εξυπηρέτησης (διάταξη πρόσβασης στην θάλασσα, wc, χώρους σκιάσης, αποδυτήριο κ.λπ.) έως και την θάλασσα.». Όπως προκύπτει από τα ιστορούμενα στην προσφυγή αλλά και τα συνημμένα σε αυτή Τεχνικά Φυλλάδια της προσφερόμενης από τη προσφεύγουσα διάταξης (Εγχειρίδιο χρήσης v4_signed και ..._Brochure_A4_8pages_signed) το εν λόγω προσφερόμενο προϊόν είναι μία αυτοκινούμενη συναρμολογούμενη διάταξη που απομακρύνεται εύκολα και καθημερινά από την παραλία, αποσυναρμολογείται από ένα άτομο χωρίς ιδιαίτερη προσπάθεια, συγκεκριμένα δε είναι διαδρομής μήκους 10 μέτρων και ο υπάλληλος θα χρειαστεί να μαζέψει 4 ράγες. Προσέτι, ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα «Ο 'πτυσσόμενος διάδρομος' έχει κατοχυρωθεί με το υπ' αριθμ. ... δίπλωμα ευρεσιτεχνίας που έχει απονεμηθεί από τον ... ως χαρακτηριστικό της διάταξης της παρεμβαίνουσας (βλ. δίπλωμα ευρεσιτεχνίας και προστατευόμενες αξιώσεις, Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 837/2022, σκ. 29). Συνεπώς, όπως έχει άλλωστε ad hoc κριθεί (ΑΕΠΠ 1567/2021, 837/2022) για το ως άνω προσβαλλόμενο στοιχείο των τεχνικών προδιαγραφών της Διακήρυξης, δηλαδή τον πτυσσόμενο διάδρομο, το συγκεκριμένο σχέδιο προϊόντος, δεδομένου ότι καλύπτεται από δίπλωμα ευρεσιτεχνίας, είναι αντικειμενικά αδύνατο να προσφερθεί οτιδήποτε διαφορετικό από άλλον προσφέροντα που να καλύπτει τις επίμαχες προδιαγραφές. Σύμφωνα δε με τις διατάξεις του άρθρου 54 του Ν. 4412/2016, «οι τεχνικές προδιαγραφές.....δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό

Αριθμός απόφασης: 1293 /2022

φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα». Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο». Εν προκειμένω, εντούτοις, ως προκύπτει από την εξέταση των στοιχείων της υπόθεσης, το ανωτέρω τεχνικό χαρακτηριστικό («πτυσσόμενος» διάδρομος) δεν απαιτήθηκε παράλληλα με την αποδοχή ισοδυνάμου λύσης, με αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού και τη μη εφαρμογή της αρχής favor participationis, σύμφωνα με τα προλεχθέντα, και τούτο πέραν του ότι η αναθέτουσα αρχή ουδόλως αποδεικνύει αληθή ανάγκη και όχι απλή προτίμηση, που να δικαιολογεί συγκεκριμένα την απαίτηση κάλυψης του ως άνω περιοριστικά τεθέντος όρου, και μάλιστα, έναντι κάθε άλλης εναλλακτικής ή και παρέχουσας το ισοδύναμο λειτουργικό αποτέλεσμα, λύσης. Κατ' ακολουθίαν τούτων, οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας πρέπει να γίνουν δεκτές ως βάσιμες και να ακυρωθεί ο πληττόμενος όρος της Διακήρυξης περί απαίτησης «πτυσσόμενου» διαδρόμου της προσφερόμενης διάταξης, δίχως τη δυνατότητα παροχής ισοδυνάμου λύσης.

10. Επειδή, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της, η βαλλόμενη απαίτηση της Διακήρυξης περί υποστήριξης του καθίσματος της προσφερόμενης διάταξης από «δύο υποβραχίονες που θα έχουν τη δυνατότητα κίνησης από όρθια σε οριζόντια θέση και το αντίστροφο» φαίνεται πως αιτιολογείται κατά τη Διακήρυξη από την ανάγκη «...να μπορεί ο χρήστης με ευκολία να μετακινηθεί από το αναπηρικό αμαξίδιο στο κάθισμα και να διασφαλίζεται η άνετη και ασφαλής χρήση του καθίσματος». Με την τεθείσα ωστόσο κατά τα ως άνω απαίτηση, παραπονείται η προσφεύγουσα ότι αποκλείεται η συμμετοχή της, δοθέντος ότι το προσφερόμενο από αυτή προϊόν/ διάταξη διαθέτει κάθισμα με ένα σταθερό βραχίονα, όπως εμφανίζεται και στο σχετικό τεχνικό φυλλάδιο (..._Brochure_A4_8pages_GR (1)___signed σελ. 4). Εν προκειμένω, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η προσφερόμενη τεχνική λύση του προϊόντος της προσφεύγουσας, ακόμη και αν μόνο μια και σταθερή πλευρά του καθίσματος είναι ελεύθερη, διασφαλίζει και αυτή την άνετη και

Αριθμός απόφασης: 1293 /2022

ασφαλή χρήση του καθίσματος και τούτο διότι η ελεύθερη πλευρά του καθίσματος ουδόλως εμποδίζει τη μετακίνηση του σώματος του χρήστη προς το κάθισμα, καθώς και πάλι παράλληλα προς αυτό και το άνοιγμα του/ανοικτό του σημείο θα τοποθετήσει το οικείο αμαξίδιο του ο χρήστης και θα επιβιβαστεί στο κάθισμα. Όσον αφορά δε την αποβίβαση στη θάλασσα, όπου ούτως ή άλλως η αποβίβαση λαμβάνει χώρα με τη βοήθεια της άνωσης του νερού, δύναται, συνεπώς, βασίμως να υποστηριχθεί ότι και η προτεινόμενη από την προσφεύγουσα τεχνική λύση παρέχει εξίσου άνετη και ασφαλή χρήση του καθίσματος, κατ' αποδοχήν των οικείων ισχυρισμών της. Συνεπεία των ανωτέρω, ο όρος των τεχνικών προδιαγραφών περί απαίτησης δύο κινητών βραχιόνων του καθίσματος που αποκλείει άνευ ετέρου άλλες ισοδύναμες λύσεις είναι ακυρωτέος και ο δεύτερος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

11. Επειδή, κατά τα ως άνω κριθέντα, οι πληττόμενες τεχνικές προδιαγραφές της υπόψη διακήρυξης αναφορικά με «πτυσσόμενο διάδρομο» και «δύο κινητούς υποβραχίονες καθίσματος» της προσφερόμενης εν προκειμένω διάταξης, περιορίζουν τον υγιή ανταγωνισμό, πρωτίστως διότι η κάλυψη των αναγκών της αναθέτουσας αρχής επιτυγχάνεται ισοδυνάμως και διά της δυνατότητας προσδιορισμού εναλλακτικών ή διαζευκτικών λύσεων, συγκεκριμένα διά του προσδιορισμού και «συναρμολογούμενου» διαδρόμου και όχι μόνο και απαραίτητως πτυσσόμενου, ως επίσης και ενός υποβραχίονα καθίσματος και όχι μόνο και περιοριστικώς δύο, δεδομένου ότι η διάταξη είναι σε κάθε περίπτωση μη μόνιμη και συνεπώς επιτυγχάνεται και με την εφαρμογή των ως άνω το ίδιο ακριβώς επιδιωκόμενο αποτέλεσμα, διά της τήρησης παράλληλα της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού.

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν και γενόμενης δεκτής της προσφυγής, θα πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη, αφού βάσει των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση, όπως η παρούσα, ακύρωσης διάταξης της διακήρυξης που ρυθμίζει τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (πρβλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΕΑ

Αριθμός απόφασης: 1293 /2022

1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. Ι-14527, σκέψεις 92-95).

13. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το καταβληθέν από την προσφεύγουσα παράβολο, κατ' άρθρ. 363 του Ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται τη Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στη προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 1^η Σεπτεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 6 Σεπτεμβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Το Μέλος της ΕΑΔΗΣΥ
Μαρία Μανδράκη

Η Γραμματέας
Αναστασία Ρουμελιώτη