

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 23-2-2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου - Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή - Εισηγήτρια, Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14-1-2021 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού ΕΣΗΔΗΣ) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 131/14-1-2021 της εταιρίας με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης, και

Την από 22-1-2021 παρέμβαση του οικονομικού φορέα «...», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Την από 21-1-2021 παρέμβαση του οικονομικού φορέα «...», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει όσον αφορά τη με αρ.πρωτ.... διακήρυξη για την ανάθεση της σύμβασης «...» α) την ακύρωση του σημείου 9, του όρου I Γενικές Απαιτήσεις του Παραρτήματος II που προβλέπει ότι *«Το λογισμικό επεξεργασίας των μετρήσεων θα πρέπει να συνεργάζεται απολύτως με το ήδη υπάρχον λογισμικό συλλογής και αποθήκευσης του υφιστάμενου πρώτου σταθμού του Δήμου καθώς και με την συλλογή, επεξεργασία και παρουσίαση των δεδομένων του ζητούμενου νέου σταθμού. Το ζητούμενο σύστημα καταγραφής του υπό προμήθεια σταθμού θα περιλαμβάνει και την αναβάθμιση του λογισμικού στον υφιστάμενο σταθμό, καθώς και του κεντρικού Η/Υ του Δήμου.*

Το προσφερόμενο λογισμικό του σταθμού μέτρησης θα πρέπει να είναι ειδικά κατασκευασμένο για σχετικές εφαρμογές. Προσφορά για την οποία θα προκύπτει ότι το σύστημα καταγραφής, επεξεργασίας δεδομένων και επικοινωνίας δεν είναι ολοκληρωμένο, συμβατό με το υπάρχον και απαιτεί περαιτέρω ανάπτυξη ή και προσαρμογή για να συνεργαστεί με τα προσφερόμενα όργανα, θα απορρίπτεται. Το υπάρχον λογισμικό είναι το ... της εταιρείας ...,», καθώς και κάθε συναφούς όρου της Διακήρυξης και β) την ακύρωση στο σύνολό τους των τεθισών τεχνικών προδιαγραφών και την επαναδιατύπωσή τους.

2. Επειδή, με αμφότερες τις ως άνω παρεμβάσεις οι οικονομικοί φορείς «...» «...» παρεμβαίνουν υπέρ του κύρους της προσβαλλόμενης διακήρυξης.

3. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), ποσού 804,70€.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π. και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. γ'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 22-12-2020, η προσφεύγουσα δηλώνει ότι έλαβε γνώση αυτής στις 4-1-2021 και η προσφυγή ασκήθηκε στις 14-1-2021.

6. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι, ως δηλώνει, θα υποστεί στη βλάβη από την εφαρμογή των προσβαλλομένων όρων, καθόσον, αυτοί εάν ισχύσουν, καθιστούν τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό αδύνατη, άλλως ιδιαιτέρως δυσχερή, άλλως προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος της το αποτέλεσμα του διαγωνισμού, λόγω αδυναμίας, άλλως δυσκολίας της να εκπληρώσει τις συγκεκριμένες απαιτούμενες προϋποθέσεις.

7. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι:

«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αρ.... διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου της σύμβασης «...» CPV, διάρκειας 4 μηνών, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 160.940,00€ πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίσθηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών είχε ορισθεί στις 20-1-2021. Με την υπ' αρ. 20/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής η διαγωνιστική διαδικασία αναβλήθηκε έως την έκδοση απόφασης από την ΑΕΠΠ επί της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής. Η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜ ... στις 22-12-2020 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμόΗ προσφυγή κοινοποιήθηκε μέσω ΕΗΔΗΣ στις 14-1-2021.

9. Επειδή, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρία βάλλει κατά της ανωτέρω διακήρυξης, προβάλλοντας τα εξής: **A.** Για το σύστημα καταγραφής και διαχείρισης δεδομένων αναφέρεται και προδιαγράφεται εμμέσως, αλλά εμφανώς ένα συγκεκριμένο σύστημα. Στο Παράρτημα II- Τεχνικές Προδιαγραφές, όρο I Γενικές Απαιτήσεις, σημείο 9 η διακήρυξη αναφέρει επί λέξει: «*Το λογισμικό επεξεργασίας των μετρήσεων θα πρέπει να συνεργάζεται απολύτως με το ήδη υπάρχον λογισμικό συλλογής και αποθήκευσης του υφιστάμενου πρώτου σταθμού του Δήμου καθώς και με την συλλογή, επεξεργασία και παρουσίαση των δεδομένων του ζητούμενου νέου σταθμού. Το ζητούμενο σύστημα καταγραφής του υπό προμήθεια σταθμού θα περιλαμβάνει και την αναβάθμιση του λογισμικού στον υφιστάμενο σταθμό καθώς και του κεντρικού Η/Υ του Δήμου. Το προσφερόμενο λογισμικό του σταθμού μέτρησης θα πρέπει να είναι ειδικά κατασκευασμένο για σχετικές εφαρμογές. Προσφορά για την οποία θα προκύπτει ότι το σύστημα καταγραφής, επεξεργασίας δεδομένων και*

επικοινωνίας δεν είναι ολοκληρωμένο, συμβατό με το υπάρχον και απαιτεί περαιτέρω ανάπτυξη ή και προσαρμογή για να συνεργαστεί με τα προσφερόμενα όργανα, θα απορρίπτεται. Το υπάρχον λογισμικό είναι το ... της εταιρείας ...,». Στη συνέχεια και στις σελίδες 54-62 παρατίθενται λεπτομερέστατα τεχνικά χαρακτηριστικά για το σύστημα καταγραφής και διαχείρισης των δεδομένων που πρακτικά αποκλείουν κάθε άλλο εμπορικά διαθέσιμο σύστημα, πλην του ανωτέρω ... της εταιρείας Ο εξουσιοδοτημένος διαθέτης στην Ελλάδα και κατέχων την τεχνογνωσία του ανωτέρω συστήματος ... είναι η εταιρεία ..., και παραπέμπει στην ιστοσελίδα της : Η υφιστάμενη έκδοση του λογισμικού, κατά την προσφεύγουσα, είναι απαρχαιωμένη, και με το ίδιο ή ανάλογο κόστος μπορεί να αγοραστεί από τον φορέα οποιοδήποτε άλλο σύγχρονο εμπορικό λογισμικό, από τα αρκετά διαθέσιμα για διαχείριση δεδομένων περιβαλλοντικών μετρήσεων, το οποίο και θα αντικαταστήσει ριζικά το υπάρχον στον υφιστάμενο και στον νέο σταθμό. Ο συνολικός προϋπολογισμός για το προστατευόμενα και μοναδικά λογισμικά συστήματα καταγραφής και διαχείρισης δεδομένων (α/α 16 & 17 της διακήρυξης για το λογισμικό καταγραφής σε τοπικούς Η/Υ του σταθμού και α/α 15 για το λογισμικό του κεντρικού υπολογιστικού συστήματος/κεντρικού εξυπηρετητή, σελίδα 4 της διακήρυξης) είναι μόλις 11.300 ευρώ προ ΦΠΑ, ήτοι λιγότερο από το 7% του συνολικού προϋπολογισμού. Με τις τεχνικές προδιαγραφές και τις προβλέψεις της διακήρυξης ο προμηθευτής και εγκαταστάτης του συγκεκριμένου συστήματος διαχείρισης δεδομένων ... είναι απαραίτητο να δρα ως υποπρομηθευτής οποιοσδήποτε επιθυμεί να συμμετάσχει στον διαγωνισμό, δυνάμενος κατ' αυτόν τον τρόπο να διαμορφώνει κατά το δοκούν και να επηρεάζει καταλυτικά την ανταγωνιστικότητα κάθε προσφοράς προσφέροντας σε διαφορετικές τιμές σε κάθε διαγωνιζόμενο, είτε ακόμα αρνούμενος να δώσει προσφορά σε κάποιον διαγωνιζόμενο, καθιστώντας με τον τρόπο αυτό αδύνατη τη συμμετοχή του ενδιαφερομένου στον διαγωνισμό. Το συγκεκριμένο θέμα έχει ανακύψει προ ετών σε διακήρυξη διαγωνισμού για πλήθος νέων σταθμών για το Εθνικό δίκτυο (διακήρυξη ..., αρ. πρωτ. ..., 05/12/2012), όπου είχε πάλι απαιτηθεί η συνεργασία με τον μοναδικό διαθέτη, και η ενσωμάτωση από κάθε προσφέροντα του αντίστοιχου συστήματος ανάκτησης κα διαχείρισης δεδομένων «...» που χρησιμοποιεί το Υπουργείο Περιβάλλοντος για το Εθνικό

δίκτυο σταθμών μέτρησης ατμοσφαιρικής ρύπανσης. Με δραματικά αποτελέσματα για τον διαγωνισμό που κρίθηκε άκυρος κατά την φάση που ήδη είχε αποπερατωθεί μεγάλο μέρος του, δείτε συνημμένα την Ειδική Έκθεση 02/2016 (της διαδικασίας του άρθρου 2, παρ. 2, περ. ζ του ν. 4013/2011) από την ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ, όπου στην δεύτερη σελίδα συνάγεται επί λέξει: *«Μετά ταύτα τα μέλη της ελεγκτικής ομάδας, αφού έλαβαν υπόψη το σύνολο του προσκομισθέντων εγγράφων και στοιχείων κατέθεσαν αρμοδίως την 9-11-2015 την με αρ. 02/2015 Οριστική Έκθεση Ελέγχου, με βάση την οποία διαπιστώθηκαν παραβιάσεις του εθνικού και του ενωσιακού δικαίου περί των δημοσίων συμβάσεων, ως και την από 17-11-2015 εισήγησή τους περί διακοπής της προόδου της διαδικασίας προκήρυξης, ανάθεσης και εκτέλεσης της με αρ. πρωτ. 1753/23.7.2014 σύμβασης, με βάση την υπ' αρ. ... Προκήρυξη του»* Έκτοτε έχει κριθεί τελεσίδικα ως μη σύννομη και καταχρηστική η πρόβλεψη υποχρέωσης κάθε προσφέροντα να συνεργάζεται και να έχει ανάγκη την συνδρομή του αποκλειστικού διαθέτη/προμηθευτή του υποσυστήματος διαχείρισης δεδομένων, που χρησιμοποιεί κατ' αποκλειστικότητα το Εθνικό δίκτυο (που αποτελείται από δεκάδες σταθμούς). Μάλιστα στην συνέχεια επετεύχθη πλήρης συμμόρφωση με της αρχές του υγιούς ανταγωνισμού, με έναν τεχνικά άρτιο, σύννομο, οικονομικά συμφέροντα για το Δημόσιο και επιστημονικά απλό τρόπο, ήτοι το Υπουργείο διαχειρίζεται και διαπραγματεύεται απευθείας με τον προμηθευτή του "..." για επεκτάσεις και αναβαθμίσεις, ενώ στις διακηρύξεις διαγωνισμών για την προμήθεια και εγκατάσταση νέων σταθμών ορίζεται έκτοτε μία σαφής και για όλους της ενδιαφερομένους τεχνικά εφικτή διεπιφάνεια και πρωτόκολλο επικοινωνίας με το σύστημα "...". Παραπέμπει δε ενδεικτικά στην διακήρυξη αρ. ΕΣΗΔΗΣ ... για νέους σταθμούς στην Έτσι κάθε ενδιαφερόμενος προμηθευτής και συντηρητής σταθμών περιβαλλοντικών μετρήσεων μπορεί να προσφέρει ελεύθερα, χωρίς να εξαρτάται από της όρους και της απαιτήσεις τρίτων, εν προκειμένω του προμηθευτή του συστήματος διαχείρισης δεδομένων. Αναλόγως θα μπορούσε να πράξει ο Δημόσιος φορέας της παρούσας διακήρυξης διαπραγματευόμενος απευθείας με τον προμηθευτή του ... για το λογισμικό αξίας μόλις 11.300 Ευρώ προ ΦΠΑ (το υλισμικό μπορεί να είναι κατά βάση οποιοσδήποτε σύγχρονος και

βιομηχανικού τύπου Η/Υ, υπάρχουν δεκάδες στο εμπόριο) και περιλαμβάνοντας στην ανοικτή διακήρυξη μόνο τον μετρητικό εξοπλισμό μετά υποδομών, ορίζοντας τις διεπιφάνειες των προς εγκατάσταση μετρητικών συστημάτων. Όλοι οι σήμερα διαθέσιμοι αναλυτές ρύπανσης διαθέτουν ως διεπιφάνειες μετάδοσης των δεδομένων τα εξής: α.) συνδέσεις «αναλογικών και ψηφιακών σημάτων» και β.) σειριακές θύρες ή/και θύρες Ethernet με το παγκοσμίως εφαρμοζόμενο πρωτόκολλο Modbus. Επίσης η συντριπτική πλειοψηφία των εκατοντάδων εμπορικά διαθέσιμων μετεωρολογικών αισθητήρων διαθέτουν την δυνατότητα α). Οι παραπάνω α. και β. μέθοδοι είναι απολύτως συμβατές με το ... σύστημα (δείτε και ...) άρα οποιαδήποτε μετρητική συσκευή διαθέτει έναν ή συνδυαστικά περισσότερους από τους ανωτέρω α. και β. τρόπους επικοινωνίας (που διαθέτουν όλες) είναι συμβατές και θα μπορούσαν να προσφερθούν για την διακήρυξη, χωρίς την υποχρέωση του εκάστοτε προμηθευτή να διαπραγματεύεται και να εξαρτάται από της όρους της προσφοράς και την ενδεχόμενη άρνηση συνεργασίας του προμηθευτή του **B.** Επίσης, οι προδιαγραφές σχεδόν όλων των επιμέρους μετρητικών διατάξεων, όπως αποτυπώνονται στις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης περιγράφουν - κατά την άποψη της προσφεύγουσας καταχρηστικούς για τον υγιή ανταγωνισμό, κατά του δημοσίου συμφέροντος, και παντελώς αχρείαστα για τους σκοπούς της διακήρυξης - πολύ συγκεκριμένες προδιαγραφές, που αποκλείουν πάρα πολλά όργανα της αγοράς. Ενδεικτικά αναφέρει: Στις Κοινές Προδιαγραφές των αναλυτών ... (σελίδα 49 της διακήρυξης) απαιτούνται για όλους τους αναλυτές plug & play (αυτόματη αναγνώριση) νέας πλακέτας, 3 USB θύρες & πρωτόκολλα MODE4 τρία επουσιώδη χαρακτηριστικά, τα οποία συνδυαστικά με την απαίτηση της σελίδας 44 της διακήρυξης: «Όλοι οι αναλυτές θα διαθέτουν ενσωματωμένο web server, που θα επιτρέπει τον απομακρυσμένο έλεγχο και παρακολούθηση των αναλυτών μέσω οποιοσδήποτε browser στο internet.», εκπληρώνονται αποκλειστικά και μόνο η σειρά e- των αναλυτών της (...), καθιστώντας πρακτικά αδύνατη την προσφορά κάθε άλλου συστήματος. Επιπλέον, καταχρηστικά, αχρείαστα, εις βάρος του ανταγωνισμού και του δημόσιου συμφέροντος, χωρίς ουσιαστική τεκμηρίωση τίθενται επουσιώδη από τεchnικοοικονομική άποψη, πολύ χαμηλά όρια βάρους, ύψους και ηλεκτρικής κατανάλωσης για κάθε όργανο. Επίσης απαιτούνται αποκλειστικά εσωτερικές

εντός των αναλυτών (και πολύ ακριβότερες στην συντήρηση από εξωτερικές) αντλίες δειγματοληψίας, προκρίνοντας - σε συνδυασμό και με άλλες προβλέψεις - όργανα της σειράς ατμοσφαιρικών μετρήσεων του ... κατασκευαστή ..., δείτε ... Χαρακτηριστικά, για την απαίτηση χαμηλού βάρους αναφέρεται ως δικαιολογία η εύκολη μεταφορά του αναλυτή, σαν να πρόκειται για μεταφερόμενα όργανα πεδίου, ενώ οι συγκεκριμένοι αναλυτές είναι εργαστηριακού τύπου, σταθερά τοποθετούμενες σε ικρίωμα 19 ιντζών, ΜΗ φορητές συσκευές, που επιπροσθέτως πρέπει να λειτουργούν σε καθαρούς και θερμοστατούμενους/κλιματιζόμενους χώρους για να επιτυγχάνουν την πιστότητα που απαιτεί η χρήση των. Αυτές οι, κατά την άποψη της προσφεύγουσας, απαράδεκτες προβλέψεις της διακήρυξης για διαστάσεις, βάρος και ηλεκτρική κατανάλωση, συνεπάγονται ότι τεχνικά χαρακτηριστικά άλλων, τεχνικά ισοδύναμων ή ανώτερων αναλυτών, που συμβάλλουν στην ποιότητα (στιβαρότητα - βάρος, γρήγορη απόκριση), παραδόξως μετατρέπονται σε μειονεκτήματα για τον παρόντα διαγωνισμό και οδηγούν σε αποκλεισμό. Κατά την προσφεύγουσα, όλα τα κράτη της ΕΕ περιορίζουν πλέον τις απαιτήσεις ποιότητας των αναλυτών στην πιστοποίηση κατά τα σχετικά πρότυπα EN από διαπιστευμένο φορέα ή στις τεκμηριωμένα επιτυχείς συγκριτικές δοκιμές με πρότυπα συστήματα, ώστε ακριβώς να εξασφαλίζεται η ποιότητα και η συγκρισιμότητα των μετρήσεων σε ευρωπαϊκό επίπεδο, χωρίς να μειώνεται ο ανταγωνισμός στις προσφερόμενες λύσεις, προς όφελος του Ευρωπαίου πολίτη και της αποτελεσματικότητας των κρατικών εξόδων για τα Εθνικά δίκτυα παρακολούθησης ποιότητας ατμόσφαιρας. Αντίθετα η ως άνω διακήρυξη επαναφέρει παλαιότερες καταχρηστικές πρακτικές που περιλαμβάνουν φωτογραφικού τύπου προδιαγραφές, με ανούσιες και επουσιώδεις λεπτομέρειες που αποκλείουν «όλους πλην ενός». Ενδεικτικά και όχι περιοριστικά: **B1**. Για τον αναλυτή ... (τεχνική προδιαγραφή από σελίδα 50 της διακήρυξης) προδιαγράφεται επουσιωδώς, χωρίς τεκμηρίωση και με μόνο αποτέλεσμα την μείωση του ανταγωνισμού, τα παρακάτω (ενδεικτικά και όχι περιοριστικά): Βάρος μικρότερο από 15 kg και ύψος μικρότερο των 3U (=133,35 mm). Βάσει αυτή αποκλείεται ο από εμάς προσφερόμενος κορυφαίος αναλυτής ... (... βάρος 22 kg, ύψος 222 mm), ο ευρέως εγκατεστημένος στο Εθνικό δίκτυο Synspec GC955 (...) και προκρίνεται πιθανότατα μόνον ο ... (...). Τίθεται εντελώς επουσιώδης όριο ηλεκτρικής

κατανάλωσης 250VA, αποκλείοντας πάλι τον από εμάς προσφερόμενο εξοπλισμό ... που βραχύχρονα καταναλώνει έως 350 VA (απαραίτητα για την γρήγορη θέρμανση και απόδοση της χρησιμοποιούμενης μεθόδου αέριας χρωματογραφίας). Επιπλέον τίθεται εντελώς επουσιώδες όριο κατανάλωσης αζώτου 5 ml/min, αποκλείοντας πάλι τον ευρέως εγκατεστημένος στο Ελλαδικό Εθνικό δίκτυο ... (που καταναλώνει 6 ml/min). Οι φιάλες 50 λίτρων με πλήρωση 150 bar καθαρού αζώτου, όπως χρησιμοποιούνται για την λειτουργία αυτών των αναλυτών, έχουν περιεχόμενο $50 \times 150 = 7.500$ λίτρα ήτοι 7.500.000 ml και το περιεχόμενο κοστίζει λιγότερο από 300 ευρώ, άρα η επιπλέον κατανάλωση 1 ml/min πρακτικά επιβαρύνει την λειτουργία με το ασήμαντο ποσό της τάξης των 30 επιπλέον ευρώ ανά 1-2 έτη. Επιπλέον τίθεται χωρίς καμία τεκμηρίωση κάτω όριο παροχής δειγματοληψίας 50 ml/min (που πάλι προκρίνει τον), ενώ η πιστοποίηση κατά EN κάθε αναλυτή αρκεί για να καλύπτει κάθε δυνατή ποιοτική απαίτηση μέτρησης (όριο ανίχνευσης, επαναληψιμότητα, αβεβαιότητα κ.α.), ανεξαρτήτως παροχής. Τελικά και το σύνολο των προδιαγραφών μοιάζει να έχει αντιγράψει κατά μεγάλο μέρος από το τεχνικό φυλλάδιο του αναλυτή Ως τεκμηρίωση επικαλείται η προσφεύγουσα την αντιπαράβολή των προβλεπόμενων στην διακήρυξη τεχνικών όρων για το συγκεκριμένο είδος με τα τεχνικά χαρακτηριστικά στην σελίδα Β του τεχνικού φυλλαδίου του, δείτε **B2.** Για τον αναλυτή NO₂ (τεχνική προδιαγραφή από σελίδα 51 της διακήρυξης), προδιαγράφεται χωρίς καμία τεκμηρίωση αναγκαιότητας, μία νεότερη μέθοδος (CAPS) που, όμως, δεν δύναται να μετρήσει το πολύ σημαντικό κλάσμα των NO, έναντι της συνήθους και πρότυπης μεθόδου χημειοφωταύγειας που μετρά και NO και διατίθεται από πολλούς κατασκευαστές οργάνων. Πάλι προκρίνεται συσκευή της κατασκευάστριας ..., ... , δείτε και **B3.** Για τον αναλυτή .../ ολικών υδρογονανθράκων (σελ. 50) προβλέπεται η σπάνια εσωτερική γεννήτρια μηδενικού αέρα (που επιπλέον έχει περιορισμένη αποτελεσματικότητα σε περίπτωση υψηλών επιπέδων οργανικής ρύπανσης στον ατμοσφαιρικό αέρα) έναντι της συνήθους λύσης εξωτερικής παρελκόμενης γεννήτριας. Αποκλείονται έτσι μεταξύ άλλων ο από την προσφεύγουσα προσφερόμενος αναλυτής ..., κ.α. Επίσης το ύψος περιορίζεται αυθαίρετα στα ..., πάλι προκρίνοντας συνδυαστικά τον αναλυτή της ... μοντέλο ... (....pdf).

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ.πρωτ.1326/25-1-2021 έγγραφο απέστειλε τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, τις οποίες κοινοποίησε, μέσω της λειτουργικότητας ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑ του ΕΣΗΔΗΣ, στην προσφεύγουσα στις 26-1-2021 και σε λοιπούς οικονομικούς φορείς στις 28-1-2021, προβάλλοντας τα εξής: **Α.** Σύστημα καταγραφής και διαχείρισης δεδομένων. Στον υφιστάμενο σταθμό του Δήμου από το 2000 ήταν εγκατεστημένο σύστημα ..., το οποίο αναβαθμίστηκε το 2015. Από την μέχρι σήμερα χρήση αυτού συστήματος η υπηρεσία είναι απολύτως ικανοποιημένη. Είναι λογικό βέβαια τα συστήματα αυτά (λογισμικά) να αναβαθμίζονται και οι χρήστες να προχωρούν σε προμήθεια των νέων αναβαθμισμένων εκδόσεων. Εν προκειμένω, επειδή ο Δήμος προβαίνει σε προμήθεια 2ου σταθμού, κρίθηκε σκόπιμο να προμηθευτεί και για τον υφιστάμενο σταθμό το νέο αναβαθμισμένο σύστημα καταγραφής και διαχείρισης δεδομένων. Αυτονόητο είναι ότι, μετά από 5 χρόνια λειτουργίας του λογισμικού επεξεργασίας των δεδομένων του κεντρικού Η/Υ, στον οποίο θα αποστέλλονται τα δεδομένα των δύο σταθμών, πρέπει να αναβαθμιστεί και το υφιστάμενο λογισμικό επεξεργασίας του κεντρικού Η/Υ. Οι προδιαγραφές που τίθενται για το σύστημα καταγραφής και επεξεργασίας των δεδομένων των δύο σταθμών και του λογισμικού του κεντρικού Η/Υ ικανοποιούνται από όλα τα σύγχρονα λογισμικά της αγοράς, που αφορούν δεδομένα μετρήσεων ατμοσφαιρικών ρύπων και δεν είναι προνόμιο του συστήματος Η αναφορά του ονόματος ... γίνεται μόνο για λόγους ενημέρωσης των υποψήφιων προμηθευτών και για λόγους σαφήνειας. ΠΟΥΘΕΝΑ στις προδιαγραφές δεν αναφέρεται ότι το λογισμικό πρέπει να είναι το Εν κατακλείδι οι τιθέμενες προδιαγραφές του λογισμικού (κεντρικού Η/Υ και Η/Υ σταθμών) απαιτούν συμβατότητα με την υφιστάμενη βάση δεδομένων του 1ου σταθμού (δυνατότητα που έχουν όλα τα σύγχρονα λογισμικά του χώρου) και δυνατότητα συνεργασίας με τους υπό προμήθεια αναλυτές. Η αναφορά της προσφεύγουσας ότι θα μπορούσε ο Δήμος να προσφύγει στη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης για την προμήθεια των λογισμικών δεν είναι αποδεκτή για τους εξής λόγους: α) Ο Δήμος αποφεύγει τις απευθείας αναθέσεις, όποτε είναι εφικτό. β) Με την προμήθεια του υπόλοιπου εξοπλισμού επιθυμεί η αναθέτουσα αρχή και την προμήθεια των απαραίτητων λογισμικών, διότι η χωριστή προμήθεια μετρητικού εξοπλισμού και λογισμικών καταγραφής και επεξεργασίας των

μετρήσεων ενέχει τον κίνδυνο δυσκολίας συνεργασίας μεταξύ του εξοπλισμού και του λογισμικού, με αποτέλεσμα να προκύπτουν προβλήματα για την υπηρεσία, η οποία θα χρησιμοποιεί τον εξοπλισμό. Η ενιαία προμήθεια μετρητικού εξοπλισμού και λογισμικών και παράδοση του σταθμού «με το κλειδί στο χέρι» εξασφαλίζει ότι τα πάντα θα λειτουργούν ομαλά με ευθύνη του προμηθευτή. **B1.** Όσον αφορά τον αναλυτή ... και συγκεκριμένα την κατανάλωση ενέργειας: είναι γνωστό, λόγω της αναμφισβήτητης κλιματικής αλλαγής, ότι πρέπει όλοι να συμβάλουμε στη μείωση τις καταναλισκόμενης ενέργειας, που σημαίνει μικρότερες εκπομπές CO₂, δεδομένου ότι στη χώρα μας το μεγαλύτερο ποσοστό ενέργειας παράγεται από ορυκτά καύσιμα. Συνεπώς αναλυτές με χαμηλή κατανάλωση ενέργειας συμβάλλουν στη μείωση εκπομπών αερίων του θερμοκηπίου αλλά και μικρότερο κόστος λειτουργίας. Ειδικότερα ο μνημονευόμενος από την προσφεύγουσα αναλυτής έχει μέση κατανάλωση ενέργειας 150VA και μέγιστη 360VA (average, peak). Προφανώς για την εκτίμηση κατανάλωσης ενέργειας λαμβάνεται υπόψη η μέση και όχι η μέγιστη κατανάλωση και συνεπώς ο συγκεκριμένος αναλυτής δεν θα απορριφθεί για λόγους κατανάλωσης ενέργειας. Το χαμηλό βάρος και οι μικρές διαστάσεις ενσωματώνουν αφενός τις αρχές των πράσινων και αειφόρων προμηθειών (μικρότερο βάρος και μικρότερες διαστάσεις σημαίνει χρήση λιγότερων φυσικών πόρων – υλικών και ενέργειας- κατά την κατασκευή του προϊόντος) και αφετέρου σχετίζονται με ευκολότερη μεταφορά του αναλυτή. Επίσης οι μικρότερες διαστάσεις οδηγούν και σε χρήση μικρότερων RACK και κλωβών μικρότερων διαστάσεων. Ακόμη χαμηλότερη κατανάλωση φέροντος αερίου (N₂, αζώτου), π.χ. 5ml/min αντί 6ml/min, σημαίνει λιγότερο συχνή αντικατάσταση φιάλης αζώτου (του περιεχομένου). Για τους γνωρίζοντες, η αντικατάσταση φιάλης των 50Lt (μεγάλου βάρους) είναι ιδιαίτερα επίπονη για τους χειριστές των σταθμών. Το χαμηλό ύψος δίνει τη δυνατότητα εύκολης εναλλαξιμότητας των οργάνων ... μεταξύ των δύο σταθμών (π.χ. μπορεί να βρίσκεται ο αναλυτής ενός σταθμού εκτός λειτουργίας και να υπάρχει ανάγκη συνέχισης των μετρήσεων, οπότε μπορεί εύκολα να μεταφερθεί και να εγκατασταθεί ο αναλυτής του άλλου σταθμού). Τέλος, ο μνημονευόμενος από την προσφεύγουσα αναλυτής έχει κατανάλωση φέροντος αερίου (N₂) 4ml/min, δηλαδή μικρότερη από την τεθείσα από την υπηρεσία προδιαγραφή των ... (....pdf), άρα η προδιαγραφή

των 5ml/min δεν μπορεί να θεωρηθεί υπερβολική και ευνοϊκή για συγκεκριμένο προμηθευτή. **B2.** Όσον αφορά τον αναλυτή ..., η υπηρεσία επιλέγει αναλυτή με αρχή λειτουργίας τη διαμόρφωση μετατόπισης φάσης (... (...)) για τους εξής λόγους: 1.Ο Δήμος ενδιαφέρεται για τη μέτρηση μόνο του NO₂, διότι για τον ρύπο αυτόν υπάρχει όριο προστασίας της ανθρώπινης υγείας και για το NO. 2. Ο αναλυτής που λειτουργεί με τη μέθοδο ... παρουσιάζει παρουσιάζει πλεονεκτήματα σε σχέση με αυτόν που λειτουργεί με τη μέθοδο της χημειοφωταύγειας (chemiluminescence), διότι, μεταξύ άλλων: α) μετρά απευθείας και συνεχώς το ..., σε αντίθεση με τους αναλυτές με χημειοφωταύγεια, που δεν μετρούν το ... αλλά το υπολογίζουν (=...-...) και μάλιστα διακεκομμένα, λόγω του κύκλου μέτρησης του ... και των ..., β) ο αναλυτής με τη μέθοδο ... δεν απαιτεί μετατροπέα (converter) του ... σε ... ούτε μονάδα παραγωγής (βλαβερού) όζοντος (ozonator), γ) η απόκριση του αναλυτή με ... δεν επηρεάζεται από τις γρήγορες μεταβολές του ..., που συμβαίνουν σε περιοχές κυκλοφορίας οχημάτων, δ) λόγω του ότι δεν απαιτούνται (και δε υφίστανται) μετατροπέας (converter) και μονάδα παραγωγής όζοντος (ozonator) η ανάγκη συντήρησης (σημαντική παράμετρος για επιλογή εξοπλισμού) είναι σχεδόν μηδενική σε σχέση με αναλυτές με χημειοφωταύγεια, ε) ο υφιστάμενος σταθμός του Δήμου διαθέτει ήδη αναλυτή μέτρησης ..., ο οποίος έχει ως αρχή λειτουργίας τη μέθοδο ... και η υπηρεσία είναι απολύτως ικανοποιημένη από τη λειτουργία του. 3. Όσον αφορά ισοδυναμία και πιστοποιήσεις, η υπηρεσία ζητά στις τεχνικές προδιαγραφές να είναι ο προσφερόμενος αναλυτής εγκεκριμένος από τη US-EPA και σύμφωνα με το EN14211:2013. 4.Ο αναλυτής με μέθοδο ... θεωρούμε ότι ενσωματώνει τις ιδέες της «πράσινης» προμήθειας, διότι χρησιμοποιεί λιγότερα υλικά, πράγμα που σημαίνει χρήση λιγότερων φυσικών πόρων και ενέργειας για την κατασκευή του αλλά και χρήση λιγότερης ενέργειας κατά τη λειτουργία του, άρα έχει και μειωμένο ανθρακικό αποτύπωμα (carbon footprint). Τέλος, αναλυτή με τη μέθοδο ... δεν διαθέτει μόνο η ... αλλά και άλλοι κατασκευαστές, ενδεικτικά : α)..., β)... . Με βάση τα ανωτέρω καταδεικνύεται, κατά την αναθέτουσα αρχή, ότι δεν ευσταθεί ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί «φωτογραφικών» τεχνικών προδιαγραφών. **B3.** Όσον αφορά τον αναλυτή υδρογονανθράκων /... (ολικών, μη μεθανιούχων και μεθανίου), από την υπηρεσία προδιαγράφεται με

εσωτερική γεννήτρια μηδενικού αέρα (zero gas), διότι ο υπό προμήθεια σταθμός δεν θα διαθέτει σύστημα βαθμονόμησης (η βαθμονόμηση των αναλυτών θα γίνεται από τον προμηθευτή) και συνεπώς δεν θα υφίσταται μονάδα παραγωγής μηδενικού αέρα. Δεν κρίνεται σκόπιμο να προμηθευτεί η αναθέτουσα αρχή μονάδα παραγωγής μηδενικού αέρα, η οποία θα εξυπηρετούσε μόνο έναν αναλυτή. Η ύπαρξη εσωτερικής μονάδας παραγωγής μηδενικού αέρα δίνει τη δυνατότητα

εύκολης μεταφοράς του αναλυτή για μέτρηση σε χώρο εκτός του σταθμού (π.χ. σε έκτακτη ανάγκη μέτρησης υδρογονανθράκων, λόγω τεχνολογικού ατυχήματος στην περιοχή- η ... είναι ως γνωστόν βιομηχανική περιοχή). Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η εσωτερική γεννήτρια μηδενικού αέρα είναι σπάνια δεν ευσταθεί. Ενδεικτικά αναφέρει τον κατασκευαστή ... (...), που διαθέτει τον αναλυτή με εσωτερική γεννήτρια (Integrates a reference and combustion air generator). Κατά την αναθέτουσα αρχή, οι τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές δεν καταρτίστηκαν για να αποκλείσουν προμηθευτές από τον διαγωνισμό, ούτε για να υπάρξουν διακρίσεις υπέρ του ενός ή του άλλου προμηθευτή, αλλά κριτήριο ήταν να προμηθευτεί με δεδομένο ύψος προϋπολογισμού όσο το δυνατόν καλύτερο εξοπλισμό (με όλα τα παρελκόμενα και το απαραίτητο λογισμικό). Είναι ευνόητο ότι σε έναν διαγωνισμό πιθανόν κάποιοι προμηθευτές να αποκλειστούν, λόγω μη ικανοποίησης των απαιτήσεων των τεχνικών προδιαγραφών από την προσφορά τους, αλλά αυτό είναι απολύτως φυσιολογικό, με δεδομένες τις διαφοροποιήσεις μεταξύ των προϊόντων των διάφορων κατασκευαστών και την πρόοδο και εξέλιξη της τεχνολογίας.

11. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις 22-1-2021 ανήρτησε μέσω της λειτουργικότητας ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑ στο ΕΣΗΔΗΣ το με αρ.πρωτ. Δήμου ... 1251/22-1-2021 έγγραφο του οικονομικού φορέα «...», το οποίο η αναθέτουσα αρχή ονομάτισε παρέμβαση, το δε έγγραφο φέρει τον τίτλο *‘Σχολιά μας στην προσφυγή της εταιρείας ... στην διακήρυξη του Δήμου ... «...» Αριθμός ΕΣΗΔΗΣ ...*. Ομοίως, η αναθέτουσα αρχή στις 22-1-2021 ανήρτησε μέσω της λειτουργικότητας ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑ στο ΕΣΗΔΗΣ το με αρ.πρωτ.Δήμου ... 1135/21-1-2021 έγγραφο του οικονομικού φορέα «...», το οποίο η αναθέτουσα αρχή ονομάτισε παρέμβαση, στο δε έγγραφο αναγράφεται ότι αφορά σε *‘Υποβολή σχολίων’*. Με αμφότερα τα έγγραφα αυτά

προβάλλονται ισχυρισμοί προς αντίκρουση των προβαλλομένων από την προσφεύγουσα. Ωστόσο, τα έγγραφα αυτά, ανεξάρτητα από τον τίτλο που φέρουν από τους συντάκτες τους, ότι δηλαδή πρόκειται για σχόλια επί της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής, και λογισθούν ως παρεμβάσεις, τυγχάνουν απαραδέκτως υποβληθέντα. Τούτο διότι από το συνδυασμό της παρ. 2 του άρθρου 362 και της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν.4412/2016, ως και τα άρθρα 7 και 8 του πδ 39/2017 προκύπτει με σαφήνεια ότι η παρέμβαση κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Εν προκειμένω, αμφότερα τα εν λόγω έγγραφα λογιζόμενα ως παρεμβάσεις δεν κατατέθηκαν στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, αλλά στην αναθέτουσα αρχεία, όπως προκύπτει και από τα πρωτόκολλα που έλαβαν από αυτήν και στη συνέχεια η αναθέτουσα αρχή τα κοινοποίησε μέσω ΕΣΗΔΗΣ. Υπό τα δεδομένα αυτά απαραδέκτως έχουν ασκηθεί και για το λόγο αυτό δεν λαμβάνονται υπόψη.

12. Επειδή, η προσφεύγουσα ανήρτησε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ στις 25-1-2021 σχετικό Υπόμνημά της *«προς επίρρωση των ισχυρισμών μας και προς αντίκρουση των ισχυρισμών των παρεμβαινουσών εταιρειών ... και ... και των όσων όλως αβάσιμων και αναληθών διαλαμβάνονται στα αντίστοιχα από 20.01.2021 και 22.01.2021 Υπομνήματα/Παρεμβάσεις αυτών,...»*. Επίσης, η προσφεύγουσα ανήρτησε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ στις 27-1-2021 σχετικό Υπόμνημά της *«προς επίρρωση των ισχυρισμών μας και προς αντίκρουση των Απόψεων του Δήμου ... επί της Προδικαστικής Προσφυγής μας, με αριθμό Πρωτοκόλλου 1326, 25/10/2021 του Δήμου ..., και των όσων αβάσιμων διαλαμβάνονται εκεί,...»*.

13. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94,

Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

14. Επειδή, όπως έχει νομολογιακά κριθεί, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως για την ανάθεση της συμβάσεως, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση, με τη διακήρυξη, των προδιαγραφών που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων των οποίων η προσφορά δεν πληροί τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των προσώπων που δύνανται να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό, η δε σκοπιμότητα της θεσπίσεώς τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό [πρβλ. ΕπΑνΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014]. Ελέγχονται, όμως, οι τεχνικές προδιαγραφές και οι σχετικοί όροι της διακηρύξεως εάν τηρούν την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των διαγωνιζομένων και της απαγορεύσεως των διακρίσεων, καθώς και την αρχή της αναλογικότητας [πρβλ. ΕπΑνΣτΕ 189/2015, 124/2015, 9/2015, 354/2014].

15. Επειδή, οι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσεώς τους αιτιολογίας (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 918/2003, 876/2004), η δε Διοίκηση είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη ή τις προς παροχή υπηρεσίες, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, ενώ θα πρέπει να θεωρείται ότι απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θεσπίσεως επί μέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 434/2008). Και τούτο διότι όταν ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επικαλείται λόγους με τους οποίους επιχειρεί, υπό την μορφή γενικής αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προσδιορίσει, κατά τις δικές τους δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη ή τις προς παροχή υπηρεσίες και να καθορίσει, βάσει δικών του εκτιμήσεων, τα

κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, αυτοί οι λόγοι είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 307/2007, Δ.Εφ. Πειραιά 80/2020).

16. Επειδή, συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να καθορίσει τις τεχνικές προδιαγραφές, σύμφωνα με το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο, του διαγωνισμού με δύο βασικούς περιορισμούς: (α) να μην περιορίζεται ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός και η ευρεία συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες μέσω της επιβολής απαιτήσεων που συρρικνώνουν την ελεύθερη αγορά και (β) να τίθενται κατά τέτοιο τρόπο στο κείμενο της διακήρυξης, ώστε να είναι αρκετά ακριβείς και να μην καταλείπεται οιαδήποτε αμφιβολία στους προσφέροντες ως προς την κατανόηση και τον προσδιορισμό του αντικειμένου και των απαιτήσεων της διακήρυξης. Επιπρόσθετα, κάθε αναθέτουσα αρχή στις περιπτώσεις αυτές πρέπει να λαμβάνει υπόψη το κριτήριο της αναλογικότητας υπό την έννοια ότι τυχόν περιοριστικά μέτρα που τίθενται με τους όρους της διακήρυξης μπορούν να θεωρηθούν ότι συμβιβάζονται με τον ενωσιακό δίκαιο μόνον εάν μπορεί να αποδειχθεί ότι: (α) έχουν οριστεί για την εξυπηρέτηση θεμιτού σκοπού δημόσιας τάξης που έχει τεθεί προς το γενικό συμφέρον, (β) εφαρμόζονται κατά τρόπο που δεν δημιουργεί διακρίσεις, (γ) είναι κατάλληλα για την επίτευξη αυτού του επιδιωκόμενου σκοπού και (δ) δεν είναι δεσμευτικά πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού (βλ. ΔΕΚ απόφαση της 3^η Φεβρουαρίου 1993 Vereniging Veronica Omroep Organisatie κατά Commissariaat voor de Media, C-148/91, σκ. 9, Dieter Kraus κατά Land Baden-Württemberg, C-19/92, σκ. 32). Με άλλα λόγια η αναθέτουσα αρχή είναι εκείνη που καθορίζει τις ελάχιστες απαιτούμενες τεχνικές απαιτήσεις, οι οποίες, όμως, και πρέπει να συνδέονται και να τελούν σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης και να δικαιολογούνται από τη φύση και το σκοπό της συγκεκριμένης σύμβασης. Επίσης, ως παγίως γίνεται δεκτό, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να επιδιώκουν το ευρύτερο δυνατό άνοιγμα της αγοράς στον ανταγωνισμό με σκοπό την προσέλκυση ευρύτερου φάσματος δυνητικών υποψηφίων. Συνεπώς, προς διασφάλιση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να θεσπίζουν κριτήρια που είναι αμερόληπτα, σαφή και πλήρη, και να αποφεύγουν την πρόβλεψη τυχόν περιορισμών συμμετοχής που δεν σχετίζονται με την καταλληλότητα του οικονομικού φορέα, καθόσον έτσι

θεσπίζονται αυθαίρετοι και μη συναρτώμενοι προς τις συνθήκες και το είδος της σύμβασης φραγμοί (βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 19ης Μαΐου 2009 στην υπόθεση C-53/07, Assitur Srl κατά Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, σκ. 16).

17. Επειδή, όσον αφορά στον πρώτο λόγο προσφυγής, σχετικά με το σύστημα καταγραφής και διαχείρισης δεδομένων, διατυπώνονται τα ακόλουθα: Στο Παράρτημα II - Τεχνικές Προδιαγραφές, όρο I Γενικές Απαιτήσεις, σημείο 9 η διακήρυξη ορίζει *«Το λογισμικό επεξεργασίας των μετρήσεων θα πρέπει να συνεργάζεται απολύτως με το ήδη υπάρχον λογισμικό συλλογής και αποθήκευσης του υφιστάμενου πρώτου σταθμού του Δήμου καθώς και με την συλλογή, επεξεργασία και παρουσίαση των δεδομένων του ζητούμενου νέου σταθμού. Το ζητούμενο σύστημα καταγραφής του υπό προμήθεια σταθμού θα περιλαμβάνει και την αναβάθμιση του λογισμικού στον υφιστάμενο σταθμό καθώς και του κεντρικού Η/Υ του Δήμου. Το προσφερόμενο λογισμικό του σταθμού μέτρησης θα πρέπει να είναι ειδικά κατασκευασμένο για σχετικές εφαρμογές. Προσφορά για την οποία θα προκύπτει ότι το σύστημα καταγραφής, επεξεργασίας δεδομένων και επικοινωνίας δεν είναι ολοκληρωμένο, συμβατό με το υπάρχον και απαιτεί περαιτέρω ανάπτυξη ή και προσαρμογή για να συνεργαστεί με τα προσφερόμενα όργανα, θα απορρίπτεται. Το υπάρχον λογισμικό είναι το ... της εταιρείας ...,»*. Αυτό, λοιπόν, που προκύπτει από τον ως άνω όρο είναι ότι η αναθέτουσα αρχή ζητά το λογισμικό επεξεργασίας μετρήσεων να συνεργάζεται με το υπάρχον λογισμικό συλλογής και αποθήκευσης του πρώτου σταθμού, καθώς και με το υπάρχον λογισμικό συλλογής και αποθήκευσης του νέου σταθμού. Επίσης, ζητά την αναβάθμιση του λογισμικού επεξεργασίας των δεδομένων του κεντρικού Η/Υ, στον οποίο θα αποστέλλονται τα δεδομένα των δύο σταθμών (υφιστάμενου και νέου). Συνεπώς, οι τιθέμενες προδιαγραφές του λογισμικού (κεντρικού Η/Υ και Η/Υ σταθμών) απαιτούν συμβατότητα με την υφιστάμενη βάση δεδομένων του 1ου σταθμού και δυνατότητα συνεργασίας με τους υπό προμήθεια αναλυτές. Προς αποσαφήνιση για τους υποψήφιους η διακήρυξη ορίζει ποιο είναι το υπάρχον λογισμικό, ήτοι το ... της εταιρείας ..., Καταρχάς ουδόλως προκύπτει εξ αυτού του όρου ότι η αναθέτουσα αρχή με τον προσβαλλόμενο όρο προδιαγράφει το ... της εταιρείας Και ενώ η προσφεύγουσα με την

προσφυγή της προβάλει ότι «.....παρατίθενται λεπτομερέστατα τεχνικά χαρακτηριστικά για το σύστημα καταγραφής και διαχείρισης των δεδομένων που πρακτικά αποκλείουν κάθε άλλο εμπορικά διαθέσιμο σύστημα πλην του ανωτέρω ... της εταιρείας» και άρα, κατ' αυτήν, μόνον η εταιρία που διαθέτει το υπάρχον μπορεί να συμμετάσχει στο διαγωνισμό, εντούτοις με το υποβληθέν στις 25-1-2021 Υπόμνημά της προβάλλει ότι «.....οι *πιθέμενες στην ως άνω διακήρυξη τεχνικές προδιαγραφές, συνδυαστικά εφαρμοζόμενες, αποκλείουν όλους τους άλλους αναλυτές αυτών των παραγόντων, πλην της σειράς των αναλυτών της εταιρείας ..., καθιστώντας αδύνατη την συμμετοχή Ελλήνων επίσημων διαθετών άλλου κατασκευαστή παρά του ενός της εταιρείας ..., και οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης στην διακήρυξη χαρακτηριστικών που διακρίνουν τα προϊόντα του κατασκευαστή*», αποδεχόμενη η προσφεύγουσα με αυτόν τον τρόπο ότι, εκτός του προϊόντος της ισραηλινής εταιρίας ..., τουλάχιστον ένα ακόμη προϊόν, ήτοι αυτό της ... εταιρίας ..., πληροί το σχετικό όρο της διακήρυξης. Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι θα μπορούσε η αναθέτουσα αρχή να προσφύγει στη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης για την προμήθεια των λογισμικών δεν τεκμηριώνει παραβίαση των αρχών της ισότητας της απαγόρευσης διακρίσεων και της αναλογικότητας, ώστε η σχετική απαίτηση να καταστεί ακυρωτέα. Επίσης, το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή με την προμήθεια του υπόλοιπου εξοπλισμού επιδιώκει και την προμήθεια των απαραίτητων λογισμικών δικαιολογείται από τη φύση και το σκοπό της συγκεκριμένης σύμβασης διότι η χωριστή προμήθεια μετρητικού εξοπλισμού και λογισμικών καταγραφής και επεξεργασίας των μετρήσεων ενέχει τον κίνδυνο δυσκολίας συνεργασίας μεταξύ του εξοπλισμού και του λογισμικού. Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι στο παρελθόν στο πλαίσιο άλλου διαγωνισμού έτους 2012 που διενήργησε το Υπουργείο Περιβάλλοντος με απόφαση της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. είχε κριθεί ότι υπήρχαν παραβάσεις του εθνικού και ενωσιακού δικαίου, ουδεμία επιρροή ασκεί στην υπό κρίση περίπτωση, λόγω της αυτοτέλει των διαγωνιστικών διαδικασιών. Τούτων δοθέντων, κρίνεται ότι ο συγκεκριμένος προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης δεν παραβιάζει τις αρχές της ισότητας, της απαγόρευσης διακρίσεων και της

αναλογικότητας και κατ' ακολουθία κρίνεται απορριπτέος ο σχετικός λόγος προσφυγής.

18. Επειδή, όσον αφορά στο δεύτερο λόγο προσφυγής, σχετικά με τις προδιαγραφές των αναλυτών ..., κατά τη διακήρυξη (σελίδα 49 της διακήρυξης), απαιτούνται για όλους τους αναλυτές plug & play (αυτόματη αναγνώριση) νέας πλακέτας, 3 USB θύρες & πρωτόκολλα MODE4. Η απαίτηση αυτή δεν παρίσταται δυσανάλογη συνδυαστικά με την απαίτηση της σελίδας 44 της διακήρυξης: *«Όλοι οι αναλυτές θα διαθέτουν ενσωματωμένο web server, που θα επιτρέπει τον απομακρυσμένο έλεγχο και παρακολούθηση των αναλυτών μέσω οποιοσδήποτε browser στο internet.»*. Αντίθετα, δικαιολογείται ακριβώς για τον απομακρυσμένο έλεγχο και την παρακολούθηση των αναλυτών μέσω οποιοσδήποτε browser στο internet. Όσον αφορά τους επιμέρους ισχυρισμούς για κατανάλωση ενέργειας, διαστάσεις και βάρος τον αναλυτή, διατυπώνονται τα ακόλουθα: Όσον αφορά στην κατανάλωση ενέργειας, στις κοινές προδιαγραφές των αναλυτών ... (σελίδα 49 της διακήρυξης), ορίζεται ως απαίτηση *«Αναλυτές εξοικονόμησης ενέργειας (<150W ο καθένας) για βελτιστοποίηση ενεργειακού κόστους.»*. Η επιδιωκόμενη χαμηλή κατανάλωση ενέργειας, που συνεπάγεται και μικρότερο κόστος λειτουργίας, δεν παρίσταται ότι ζητείται κατά τρόπο που δημιουργεί διακρίσεις ούτε παρίσταται ότι είναι ακατάλληλη για την επίτευξη αυτού του επιδιωκόμενου σκοπού ούτε ότι είναι δεσμευτική πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού. Η προσφεύγουσα μάλιστα δεν ορίζει ποιο εύρος τιμής εξοικονόμησης ενέργειας, κατά την κρίση της, είναι εν προκειμένω το αναγκαίο και άρα αορίστως προβάλλει το σχετικό ισχυρισμό της.

19. Επειδή, ειδικότερα, για τον αναλυτή ..., η διακήρυξη (σελ.52) μεταξύ των άλλων προδιαγραφών που θέτει, ορίζει και τις εξής *«....Παροχή δείγματος : όχι χαμηλότερα από 50ml/λεπτό..... Παροχές : Αζωτο (μέγιστη κατανάλωση 5ml/λεπτό) Ενεργειακή κατανάλωση μέγιστη 250VA Εξιδανίκευση βάρους (<15kg) και διαστάσεων (19" ύψος 3U μέγιστο)....»*. Η προσφεύγουσα αναφέρει στην προσφυγή της ότι διαθέτει τον Chromatotec Air Toxic PID που έχει μέση κατανάλωση ενέργειας 150VA και μέγιστη 360VA, τιμές οι οποίες συνάδουν με αυτές της διακήρυξης. Επίσης, το χαμηλό βάρος και οι μικρές διαστάσεις σχετίζονται με ευκολότερη μεταφορά του αναλυτή, ενώ οι

μικρότερες διαστάσεις οδηγούν και σε χρήση μικρότερων RACK και κλωβών μικρότερων διαστάσεων. Επίσης, χαμηλότερη κατανάλωση φέροντος αερίου (N₂, αζώτου), π.χ. 5ml/min αντί 6ml/min απαιτεί λιγότερο συχνή αντικατάσταση φιάλης αζώτου (του περιεχομένου), που διευκολύνει την εργασία των χειριστών των σταθμών. Το χαμηλό ύψος δίνει τη δυνατότητα εύκολης εναλλαξιμότητας των οργάνων ... μεταξύ των δύο σταθμών (π.χ. μπορεί να βρίσκεται ο αναλυτής ενός σταθμού εκτός λειτουργίας και να υπάρχει ανάγκη συνέχισης των μετρήσεων, οπότε μπορεί εύκολα να μεταφερθεί και να εγκατασταθεί ο αναλυτής του άλλου σταθμού). Τέλος, ο μνημονευόμενος από την προσφεύγουσα αναλυτής ... Chromatotec Air Toxic PID έχει κατανάλωση φέροντος αερίου (N₂) 4ml/min, δηλαδή μικρότερη από την τεθείσα από την υπηρεσία προδιαγραφή των 5ml/min(....pdf). Για τους λόγους αυτούς, οι ως άνω τεθείσες απαιτήσεις δεν παρίστανται δυσανάλογες ή μη εξυπηρετούσες τον επιδιωκόμενο σκοπό της σύμβασης.

20. Επειδή, όσον αφορά τον αναλυτή ..., η διακήρυξη (σελ.51) μεταξύ των άλλων προδιαγραφών που θέτει, ορίζει και τις εξής «....Μετρούμενη ένωση: Διοξείδιο του αζώτου με την μέθοδο Διαμόρφωση Μετατόπισης Φάσης (Cavity Attenuated Phase Shift)....». Η επιλογή αναλυτή με αρχή λειτουργίας τη διαμόρφωση μετατόπισης φάσης [Cavity Attenuated Phase Shift (CAPS)] δικαιολογείται διότι η αναθέτουσα αρχή, ως δηλώνει, ενδιαφέρεται για τη μέτρηση μόνο του Η μέθοδος ..., σε σχέση με τη μέθοδο της χημειοφωταύγειας (chemiluminescence), μετρά απευθείας και συνεχώς το ..., σε αντίθεση με τους αναλυτές με χημειοφωταύγεια, που δεν μετρούν το ..., αλλά το υπολογίζουν (=....-....) και μάλιστα διακεκομμένα, λόγω του κύκλου μέτρησης του ... και των Επίσης, ο αναλυτής με τη μέθοδο ... δεν απαιτεί μετατροπέα (converter) του ... σε ... ούτε μονάδα παραγωγής (βλαβερού) όζοντος (ozonator). Η απόκριση του αναλυτή με ... δεν επηρεάζεται από τις γρήγορες μεταβολές του ... που συμβαίνουν σε περιοχές κυκλοφορίας οχημάτων. Επιπλέον, λόγω του ότι δεν απαιτούνται μετατροπέας (converter) και μονάδα παραγωγής όζοντος (ozonator), η ανάγκη συντήρησης είναι μειωμένη σε σχέση με αναλυτές με χημειοφωταύγεια. Κατά δήλωση δε της αναθέτουσας αρχής, ο υφιστάμενος σταθμός διαθέτει ήδη αναλυτή μέτρησης ..., ο οποίος έχει ως αρχή λειτουργίας τη μέθοδο Τέλος, αναλυτή με μέθοδο προκύπτει ότι δεν

διαθέτει μόνο η ..., αλλά και άλλοι κατασκευαστές, ενδεικτικά : α) ..., β) Για τους λόγους αυτούς, η τεθείσα προδιαγραφή δεν παρίσταται δυσανάλογη ή μη εξυπηρετούσα τον επιδιωκόμενο σκοπό της σύμβασης.

21. Επειδή, όσον αφορά τον αναλυτή /..., η διακήρυξη (σελ.51) μεταξύ των άλλων προδιαγραφών που θέτει, ορίζει και τις εξής «....*Ενσωματωμένη μονάδα καθαρισμού αέρα για παροχή μηδενικού αέραΑναλυτής συνεπτυγμένης τοποθέτησης σε Rack με ύψος 19" 4U...*». Η απαίτηση για εσωτερική γεννήτρια μηδενικού αέρα (zero gas) δικαιολογείται από το γεγονός ότι ο υπό προμήθεια σταθμός δεν θα διαθέτει σύστημα βαθμονόμησης (η βαθμονόμηση των αναλυτών θα γίνεται από τον προμηθευτή) και συνεπώς δεν θα υφίσταται μονάδα παραγωγής μηδενικού αέρα. Η ύπαρξη εσωτερικής μονάδας παραγωγής μηδενικού αέρα δίνει τη δυνατότητα εύκολης μεταφοράς του αναλυτή για μέτρηση σε χώρο εκτός του σταθμού (π.χ. σε έκτακτη ανάγκη μέτρησης υδρογονανθράκων, λόγω τεχνολογικού ατυχήματος στην περιοχή, λαμβανομένου υπόψη ότι η ... είναι βιομηχανική περιοχή). Για τους λόγους αυτούς, η τεθείσα προδιαγραφή δεν παρίσταται δυσανάλογη ή μη εξυπηρετούσα τον επιδιωκόμενο σκοπό της σύμβασης. Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η εσωτερική γεννήτρια μηδενικού αέρα είναι σπάνια, δεν επιβεβαιώνεται, αφού, ενδεικτικά ο κατασκευαστής ... (...) διαθέτει τον αναλυτή με εσωτερική γεννήτρια (Integrates a reference and combustion air generator). Όσον αφορά δε την απαίτηση για ύψος 4U αορίστως προσβάλλεται από την προσφεύγουσα.

22. Επειδή, τέλος, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι για τις επιμέρους ως άνω προσβαλλόμενες απαιτήσεις των αναλυτών ήδη λειτουργούν σε άλλες αναθέτουσες αρχές αναλυτές με διαφορετικά ποιοτικά χαρακτηριστικά, δεν αποστερεί την αναθέτουσα αρχή να επιλέξει την προμήθεια με τα πλέον σύγχρονα χαρακτηριστικά, υπό τον όρο, όμως, ότι η επιλογή των προδιαγραφών αυτών δεν μειώνει αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό και δικαιολογείται από τη φύση των προς προμήθεια προϊόντων, προϋποθέσεις που αμφότερες εν προκειμένω δεν αποδείχθηκε ότι δεν τηρήθηκαν με τους προσβαλλόμενους όρους της διακήρυξης.

23. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη όσων εκτέθηκαν στις σκέψεις 13 έως και 22 της παρούσας, η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή κρίνεται απορριπτέα ως αβάσιμη, οι δε ασκηθείσες παρεμβάσεις των οικονομικών

φορέων «...» «...» κρίνονται απορριπτές ως απαράδεκτες, σύμφωνα με τα ειδικότερα αναλυθέντα στη σκέψη 11 της παρούσας.

24. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., ποσού 804,70€, πρέπει να καταπέσει.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει τις παρεμβάσεις των οικονομικών φορέων «...» «...».

Ορίζει την κατάπτωση του με κωδικό ..., ηλεκτρονικού παραβόλου, ποσού 804,70€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ.Ιωάννη Ρέντη στις 23-2-2021 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 12/03/2021

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΙΧΑΗΛ ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΗΛΙΑΣ ΣΤΡΕΠΕΛΙΑΣ
Α/Α ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ