

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 29^η Ιανουαρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Ευαγγελία Μιχολίτση, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21-12-2017 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) – Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/389 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) Ι/65/21.12.2017 της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία, και τον διακριτικό τίτλο, με έδρα στην,, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ΔΗΜΟΥ ΘΑΣΟΥ, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει: α) να ανακληθεί η με αριθ. Πρωτ. 17685/7-12-2017 διακήρυξη του Δήμου Θάσου με την οποία επαναπροκηρύχθηκε η Δημόσια, Ανοικτή, Διεθνής Ηλεκτρονική Διαδικασία επιλογής αναδόχου για την προμήθεια με τίτλο: «*Εξοικονόμηση Ενέργειας στον Δημοτικό Φωτισμό με την Προμήθεια και εγκατάσταση φωτιστικών σωμάτων τύπου LED & την Προμήθεια λαμπτήρων τύπου LED*», με εκτιμώμενη αξία 1.124.640 ευρώ χωρίς ΦΠΑ β) να ακυρωθεί η διαδικασία του διαγωνισμού, γ) άλλως να τροποποιηθούν οι όροι με στοιχεία 2.2.1, 2.2.5.1, 2.2.5.2, 2.2.4.2, 2.2.9.2.B2, 2.2.6 α) β) γ), 2.2.9.2.B4, και οι τεχνικές προδιαγραφές 1 έως 13 που περιέχονται στο Παράρτημα Α της ανωτέρω διακήρυξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης : 114/2018

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 5.623,20 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 181057160958 0220 0021, το αντίστοιχο αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής στην ALPHABANK της 20-12-2017, και την σχετική βεβαίωση της αρμόδιας υπαλλήλου της ΑΕΠΠ με ημερομηνία 21-12-2017).

2. Επειδή με την με αριθ. πρωτ. 17685/7-12-2017 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής επαναπροκηρύχθηκε Δημόσια, Ανοικτή, Διεθνής, Ηλεκτρονική διαδικασία επιλογής αναδόχου για την προμήθεια με τίτλο : *«Εξοικονόμηση Ενέργειας στον Δημοτικό Φωτισμό με την Προμήθεια και εγκατάσταση φωτιστικών σωμάτων τύπου LED & την Προμήθεια λαμπτήρων τύπου LED»*, με εκτιμώμενη αξία 1.124.640 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, CPV: 34993000-4, 34991000-0, 31518600-6, 31531000-7, 31532800-2, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, όπως αυτή προσδιορίζεται βάσει του κόστους, με χρήση προσέγγισης κόστους-αποτελεσματικότητας με κοστολόγηση του κύκλου ζωής, σύμφωνα με το άρθρο 87 του ν. 4412/2016. Το αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια και εγκατάσταση σε πλήρη λειτουργία των φωτιστικών σωμάτων, των λαμπτήρων και των βραχιόνων στήριξης φωτιστικών σωμάτων που προβλέπονται στην διακήρυξη, με σκοπό την εξοικονόμηση ενέργειας και τη βελτίωση του Περιβάλλοντος μέσω της μείωσης των εκπομπών ρύπων στο Δημοτικό φωτισμό εξωτερικών δημόσιων χώρων και οδών σύμφωνα με την μελέτη προμήθειας : *“ΕΞΟΙΚΟΝΟΜΗΣΗ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ ΣΤΟ ΔΗΜΟΤΙΚΟ ΦΩΤΙΣΜΟ ΜΕ ΤΗΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ & ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΦΩΤΙΣΤΙΚΩΝ ΣΩΜΑΤΩΝ ΤΥΠΟΥ LED & ΤΗΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΛΑΜΠΤΗΡΩΝ ΤΥΠΟΥ LED”*, με την οποία ο Δήμος Θάσου συμμετέχει στο πρόγραμμα «Βελτίωση της ενεργειακής αποδοτικότητας σε δημοτικές εγκαταστάσεις οδοφωτισμού» που χρηματοδοτεί το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων. Ο φορέας χρηματοδότησης της σύμβασης είναι ο Δήμος Θάσου με χρήση 10ετούς διάρκειας εγκεκριμένου δανείου από το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων (Τ.Π.&Δ), και το ποσό του δανείου προέρχεται κατά 50% από την Ευρωπαϊκή Τράπεζα Επενδύσεων (ΕΤΕΠ) μέσω του Τ.Π.&Δ., και το υπόλοιπο 50% ευθέως από το Τ.Π.&Δ. Ο παραπάνω διαγωνισμός είχε αρχικά προκηρυχθεί με την διακήρυξη με αριθ. 10585/28-7-2017, κατά όρων της οποίας η

Αριθμός απόφασης : 114/2018

προσφεύγουσα είχε ασκήσει την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) – Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/22 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) ΙΙ/4/9.8.2017, εφ'ής εξεδόθη η με αριθ. 21/2017 απόφαση της ΑΕΠΠ, με την οποία ακυρώθηκε ολόκληρη η αρχική διακήρυξη κατόπιν ακύρωσης των όρων της 2.2.6 α) β) γ) και 2.2.8. Επί της με αριθ. 21/2017 απόφασης της ΑΕΠΠ ασκήθηκε η από 18-9-2017 αίτηση αναστολής της αναθέτουσας αρχής, ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Κομοτηνής, εφ'ής εξεδόθη την 20-11-2017 η με αριθ. Ν39/2017 απόφαση του Δικαστηρίου τούτου, με την οποία απορρίφθηκε η αίτηση και έγινε δεκτή η ασκηθείσα παρέμβαση της ήδη προσφεύγουσας

3. Επειδή οι προσβαλλόμενοι με την υπό εξέταση προσφυγή όροι της επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού είχαν περιληφθεί αυτοίσιον στην αρχική διακήρυξη με αριθ. 10585/28-7-2017, κατά όρων της οποίας η προσφεύγουσα είχε ασκήσει την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) – Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/22 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) ΙΙ/4/9.8.2017, επί της οποίας εξεδόθη η με αριθ. 21/2017 απόφαση της ΑΕΠΠ με την οποία ακυρώθηκε ολόκληρη η αρχική διακήρυξη κατόπιν ακύρωσης των όρων 2.2.6 α) β) γ) και 2.2.8. Και ειδικότερα οι προσβαλλόμενοι με την υπό εξέταση προσφυγή όροι 2.2.1, 2.2.5.1, 2.2.5.2, 2.2.4.2, 2.2.9.2 Β.2 είχαν περιληφθεί αυτοίσιον στην αρχική διακήρυξη και δεν είχαν προσβληθεί από την προσφεύγουσα. Οι προσβαλλόμενοι με την υπό εξέταση προσφυγή όροι της επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού με στοιχεία 2.2.6. α)β γ) και 2.2.9.2.Β.4 έχουν επαναδιατυπωθεί από την αναθέτουσα σύμφωνα με την με αριθ. 21/2017 απόφαση της ΑΕΠΠ, ωστόσο, προσβάλλονται εκ νέου από την προσφεύγουσα για διαφορετικούς λόγους. Και περαιτέρω, οι προσβαλλόμενες με την υπό εξέταση προσφυγή τεχνικές προδιαγραφές (με αριθ. 1 έως 13 στην προσφυγή) είχαν όλες προσβληθεί από την προσφεύγουσα, στα πλαίσια της προηγούμενης προσφυγής της η οποία απορρίφθηκε ως προς τούτες με την με αριθ. 21/2017 απόφαση της ΑΕΠΠ.

4. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. 17PROC002377731/7-12-2017, απεστάλη για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της ΕΕ την 12-12-2017 και έλαβε αριθμό 494964/2017, καθώς και

Αριθμός απόφασης : 114/2018

στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό 50836,1.

5. Επειδή, από την έρευνα των στοιχείων και εγγράφων του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα δεν συμμετέχει στον διαγωνισμό αφού δεν έχει υποβάλει προσφορά κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, ήτοι την 11-1-2018, οπότε και είχαν υποβάλει τις προσφορές τους τρεις άλλοι οικονομικοί φορείς.

6. Επειδή κατά όρων της διακήρυξης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή με ανάρτηση την 21-12-2017 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα, με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο, αυθημερόν.

7. Επειδή η κρινόμενη προσφυγή, έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα ως άνω, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και την παρ. 1 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4 του ΠΔ 39/2017 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

8. Επειδή, ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, και επομένως νόμιμα και παραδεκτά φέρεται προς εξέταση η προδικαστική προσφυγή στο 1^ο κλιμάκιο της ΑΕΠΠ.

9. Επειδή η προσφυγή εισήχθη προς διάσκεψη σύμφωνα με την με αριθ. Πρωτ. 1249/29-12-2017 Πράξη της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου, υπ' αριθ. 88/2017, περί ορισμού εισηγητή και ημερομηνίας εξέτασης.

10. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην προβλεπόμενη από το άρθρο 9 παρ. 1 α κοινοποίηση του ΠΔ 39/2017 της Προσφυγής, με ανάρτηση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 22-12-2017.

11. Επειδή την 4-1-2018 η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού τις με αριθ. Πρωτ. 18709/2-1-2018 απόψεις της σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρ. 365 παρ. 1 υποπαρ. β του Ν. 4412/2016 και 9 παρ. 2 περ. β του ΠΔ 39/2017, και ενημέρωσε αυθημερόν την ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

12. Επειδή στο άρθρο 367 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι : *«1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της*

Αριθμός απόφασης : 114/2018

αναθέτουσας αρχής και, και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια[...]. Επομένως, η υπό εξέταση προσφυγή ασκείται απαραδέκτως κατά το μέρος που αιτείται την ανάκληση της διακήρυξης ή την τροποποίηση των όρων της διακήρυξης διότι σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 367 παρ. 2 ν. 4412/2016, και του άρθρου 18 παρ. 4 του ΠΔ 39/2017 επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης η ΑΕΠΠ ακυρώνει την πράξη, ενώ σε κάθε περίπτωση εκφεύγει της αρμοδιότητάς της η ανάκληση ή η τροποποίηση της προσβαλλόμενης πράξης και εν προκειμένω της διακήρυξης.

13. Επειδή στον όρο 2.2 της διακήρυξης με τον τίτλο «Δικαίωμα Συμμετοχής - Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής» των διαγωνιζομένων, και συγκεκριμένα σύμφωνα με τον όρο 2.2.1 : « **2.2.1 Δικαίωμα συμμετοχής** Βασική προϋπόθεση συμμετοχής όλων των παραπάνω περιπτώσεων αποτελεί το κριτήριο να ασκούν ως κύρια δραστηριότητα σχετική με το αντικείμενο της προμήθειας (παραγωγή ή εμπορία φωτιστικού εξοπλισμού) και είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα βιοτεχνικά ή εμπορικά ή βιομηχανικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος – μέλος εγκατάστασής τους (σύμφωνα με το α. 75 παρ. 2 του ν. 4412/2016). Στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων η παραπάνω προϋπόθεση ισχύει για όλα τα μέλη αυτών». Και περαιτέρω, κατά τον όρο 2.2.5 της διακήρυξης με τον τίτλο «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια», και συγκεκριμένα σύμφωνα με τους όρους 2.2.5.1 και 2.2.5.2 της διακήρυξης οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν : « **2.2.5.1** Να προσκομίσουν όλα τα φορολογικά έντυπα δηλώσεων για κάθε μορφή εταιρείας, όπως αυτά προβλέπονται από τον Ν.4172/2013 & 4308/2014 για τις οικονομικές χρήσεις 2014,2015,2016 δηλαδή θα πρέπει να προσκομίσουν τις ετήσιες οικονομικές καταστάσεις καθώς και τις αντίστοιχες δημοσιεύσεις τους, για τις χρήσεις 2014, 2015, 2016 όπως προβλέπονται από τους Ν.4308/2014 άρθρο 16 & Ν.2190/1920 και όπως προβλέπονται από τους ειδικούς για κάθε νομική μορφή εταιρείας νόμους, έτσι ώστε η Αναθέτουσα να διαπιστώσει ότι

Αριθμός απόφασης : 114/2018

διαθέτουν μέσο γενικό (6) ετήσιο κύκλο εργασιών(7) για τα τρία προηγούμενα έτη (ήτοι 2014, 2015, 2016) μεγαλύτερο ή ίσο από 1.500.000,00€ μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ. (6) Ο "γενικός" κύκλος εργασιών αναφέρεται σε όλες τις δραστηριότητες του οικονομικού φορέα. (7) Ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που συμπληρώνεται στα συγκεκριμένα πεδία από την Α.Α. δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των αγαθών (πρβλ. άρθρο 75 παρ. 3 υποπ. 2 ν. 4412/2016). **2.2.5.2** Να δηλώνεται και να αποδεικνύεται ως ορίζεται στην παρούσα κατωτέρω, από τον υποψήφιο οικονομικό φορέα ο μέσος "ειδικός" (8) ετήσιος κύκλος εργασιών (σχετικός με το αντικείμενο της σύμβασης) για τα τρία προηγούμενα έτη (ήτοι 2014, 2015, 2016) ο οποίος πρέπει να είναι μεγαλύτερος ή ίσος με το ύψος του προϋπολογισμού της προμήθειας ήτοι 1.124.640,00 € μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ. (8) Ο "ειδικός" κύκλος εργασιών αναφέρεται στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση ». Επιπλέον, σύμφωνα με τον όρο 2.2.4 της διακήρυξης με τον τίτλο «**Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας**» και συγκεκριμένα σύμφωνα με τον όρο 2.2.4.2 : «**2.2.4.2** Για την κάλυψη των αναγκών της ορθής υλοποίησης της προμήθειας, καθώς επίσης και για την άμεση κάλυψη πιθανών αστοχιών κατά την χρονική περίοδο της εγγύησης των προσφερόμενων φωτιστικών και λαμπτήρων (ελάχιστη απαίτηση εγγύησης καλής λειτουργίας 10 ετών), όπως και για την χρονική διάρκεια της απαίτησης παροχής ανταλλακτικών (ελάχιστη απαίτηση 5 έτη μετά το πέρας του χρόνου της εγγύησης καλής λειτουργίας των φωτιστικών), απαιτείται από τον υποψήφιο οικονομικό φορέα η ύπαρξη – διάθεση κτιριακών εγκαταστάσεων εντός της Ελληνικής Επικράτειας με όλες τις απαιτούμενες υποδομές ανάλογες με το μέγεθος της προμήθειας (χώροι αποθήκευσης, χώροι-σημεία σέρβις των προϊόντων κλπ.), έτσι ώστε να είναι εφικτή η άμεση κάλυψη παροχής σέρβις - ανταλλακτικών προς την Αναθέτουσα (εντός 48 ωρών από την αναγγελία του προβλήματος). Η ύπαρξη – διάθεση των εγκαταστάσεων εντός της Ελληνικής Επικράτειας από τον υποψήφιο οικονομικό φορέα είναι υποχρεωτική για διάρκεια τουλάχιστον 10 ετών όσο δηλαδή θα διαρκέσει η συμβατική υποχρέωση συντήρησης σε κατάσταση ορθής λειτουργίας των εγκατεστημένων φωτιστικών (Διευκρινίζεται ότι η διάρκεια ζωής των

Αριθμός απόφασης : 114/2018

φωτιστικών σωμάτων λαμβάνεται ίση με 15 έτη σύμφωνα με την αρ. πρωτ. 46/7094/30.03.2011 Απόφαση του Υπουργείου Περιβάλλοντος και Ενέργειας).» Και περαιτέρω, σύμφωνα με τον όρο 2.2.9.2 της διακήρυξης με τον τίτλο «**Αποδεικτικά μέσα**» και συγκεκριμένα σύμφωνα με τον όρο 2.2.9.2.B.2 της διακήρυξης : «**B. 2. Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.4 οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς προσκομίζουν αντίστοιχα επί ποινή αποκλεισμού τα παρακάτω : ...**Για την παράγραφο 2.2.4.2 ο υποψήφιος οικονομικός φορέας υποχρεούται στην προσκόμιση συμβολαίου κτήσης ή ενοικίασης ή σχετικού εγγράφου ιδιοκτησίας ή άδειας λειτουργίας των εγκαταστάσεων, καθώς επίσης και θεωρημένο σχέδιο – κάτοψης των κτιριακών εγκαταστάσεων, βάσει της οποίας η Αναθέτουσα αρχή θα μπορεί να διαπιστώσει την ύπαρξη των απαιτούμενων εγκαταστάσεων – υποδομών τις οποίες διαθέτει ο υποψήφιος οικονομικός φορέας για την κάλυψη των αναγκών της προμήθειας. Ελάχιστο εμβαδόν κάλυψης των αναγκών συντήρησης των υπό προμήθεια προϊόντων ορίζεται στα 100m² ανά 1000 τεμάχια φωτιστικών σωμάτων (όπως προκύπτει από τον ελάχιστο όγκο ανά φωτιστικό σώμα). Επιπλέον απαιτείται η προσκόμιση Υ.Δ. από τον υποψήφιο οικονομικό φορέα με την οποία θα δηλώνει υπεύθυνα ότι εφόσον αναδειχθεί ως ο ανάδοχος της προμήθειας θα διατηρεί σε πλήρη λειτουργία τις εγκαταστάσεις οι οποίες έχουν δηλωθεί και για χρονικό διάστημα 10 ετών από την επομένη της υπογραφής της σύμβασης (χρόνος δανειακής σύμβασης της Αναθέτουσας με το Τ.Π.&Δ.). Στην περίπτωση ενώσεων-συμπράξεων-κοινοπραξιών οικονομικών φορέων απαιτείται η παραπάνω υπεύθυνη δήλωση να είναι υπογεγραμμένη από όλα τα μέλη αυτών. » Εν συνεχεία, σύμφωνα με τον όρο 2.2.6 της διακήρυξης με τον τίτλο «**Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα**» και συγκεκριμένα σύμφωνα με τις παραγράφους α), β) γ) αυτού : « Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται : **α)** κατά τη διάρκεια της προηγούμενης τριετίας (οικονομικών ετών 2014, 2015, 2016) , να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον 10 συμβάσεις προμήθειας του ιδίου αντικείμενου (Προμήθεια φωτιστικών και λαμπτήρων τύπου LED κατάλληλων για χρήση φωτισμού οδών και κοινόχρηστων εξωτερικών χώρων των οποίων το συνολικό ύψος θα καλύπτει τουλάχιστον το 100% του προϋπολογισμού των 1.124.640,00 € άνευ ΦΠΑ. **β)******

Αριθμός απόφασης : 114/2018

να έχουν εκτελέσει κατ' ελάχιστον μία ανά έτος (της προηγούμενης τριετίας των οικονομικών ετών 2014, 2015, 2016) σύμβαση προμήθειας του ίδιου αντικειμένου (Προμήθεια φωτιστικών και λαμπτήρων τύπου LED κατάλληλων για χρήση φωτισμού οδών και κοινόχρηστων εξωτερικών χώρων) έτσι ώστε η Αναθέτουσα να μπορεί να διαπιστεύσει σε βάθος χρόνου τριετίας την ορθή και ομαλή λειτουργία των ήδη εγκατεστημένων σε πλήρη λειτουργία φωτιστικών. Στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων η παρούσα προϋπόθεση ισχύει για όλα τα μέλη αυτών. γ) να αναφέρουν λίστα με τις κυριότερες συμβάσεις προμηθειών του ίδιου αντικειμένου (Προμήθεια φωτιστικών και λαμπτήρων τύπου LED κατάλληλων για χρήση φωτισμού οδών και κοινόχρηστων εξωτερικών χώρων) τις οποίες έχουν εκτελέσει κατά τη διάρκεια της προηγούμενης τριετίας (των οικονομικών ετών 2014, 2015, 2016) έτσι ώστε η υπηρεσία να διαπιστώσει την ικανότητα του Οικονομικού Φορέα να καλύψει το μέγεθος της συγκεκριμένης προμήθειας. Από την λίστα θα προκύπτει ότι ο υποψήφιος οικονομικός φορέας έχει προμηθεύσει κατά τη διάρκεια της προηγούμενης τριετίας τουλάχιστον το 100% του συνολικού αριθμού των φωτιστικών σωμάτων οδοφωτισμού και κοινοχρήστων εξωτερικών χώρων τύπου LED του ίδιου αντικειμένου της παρούσας διακήρυξης καθώς επίσης και το 100% του συνολικού αριθμού των λαμπτήρων LED του ίδιου αντικειμένου της παρούσας διακήρυξης. » Και περαιτέρω, σύμφωνα με τον όρο 2.2.9.2 της διακήρυξης με τον τίτλο «**Αποδεικτικά μέσα**» και συγκεκριμένα σύμφωνα με τον όρο 2.2.9.2.B.4 της διακήρυξης : « **B.4.** Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.6. (απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας) οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς προσκομίζουν αντίστοιχα επί ποινή αποκλεισμού τα παρακάτω: **Για την παράγραφο 2.2.6. α)** οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τουλάχιστον 10 αποδεικτικά εγκατάστασης-βεβαιώσεις ή πρωτόκολλα παραλαβής, εγκατάστασης και καλής λειτουργίας-βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης τα οποία θα συνοδεύονται από τα αντίστοιχα παραστατικά (τιμολόγια πώλησης), από συμβάσεις προμήθειας του ίδιου αντικειμένου της παρούσας σύμβασης “Προμήθεια φωτιστικών και λαμπτήρων τύπου LED κατάλληλων για χρήση φωτισμού οδών και κοινόχρηστων εξωτερικών χώρων”, οι οποίες έχουν εκτελεστεί από τον υποψήφιο οικονομικό φορέα κατά τη διάρκεια της

Αριθμός απόφασης : 114/2018

προηγούμενης τριετίας (οικονομικών ετών 2014, 2015, 2016) , των οποίων το συνολικό ύψος θα καλύπτει τουλάχιστον το 100% του προϋπολογισμού των 1.124.640,00 € μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ. Οι παραδόσεις αποδεικνύονται : I. Εάν ο αποδέκτης είναι Αναθέτουσα Αρχή με πιστοποιητικά-βεβαιώσεις τα οποία έχουν εκδοθεί-θεωρηθεί από την αρμόδια αρχή. II. Εάν ο αποδέκτης είναι ιδιωτικός φορέας με υπεύθυνη Δήλωση-βεβαίωση του αγοραστή η οποία θα συνοδεύεται από αποδεικτικό του τύπου εγκατάστασης-βεβαίωση ή πρωτόκολλο παραλαβής, εγκατάστασης και καλής λειτουργίας των φωτιστικών και λαμπτήρων κατάλληλων για χρήση φωτισμού οδών και κοινοχρήστων εξωτερικών χώρων από τον τελικό αποδέκτη της προμήθειας και εγκατάστασης. **Για την παράγραφο 2.2.6. β)** σε συνέχεια της προηγούμενης παραγράφου οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν από το σύνολο των βεβαιώσεων-συστάσεων καλής εκτέλεσης κατ' ελάχιστον μία ανά έτος της προηγούμενης τριετίας (των οικονομικών ετών 2014, 2015, 2016) βεβαίωση καλής εκτέλεσης από σύμβαση προμήθειας του ίδιου αντικειμένου (Προμήθεια φωτιστικών και λαμπτήρων τύπου LED κατάλληλων για χρήση φωτισμού οδών και κοινόχρηστων εξωτερικών χώρων) έτσι ώστε η Αναθέτουσα αρχή να μπορεί να διαπιστεύσει σε βάθος χρόνου τριετίας (κατ' ελάχιστο) την ορθή και ομαλή λειτουργία των ήδη εγκατεστημένων σε πλήρη λειτουργία φωτιστικών και λαμπτήρων τύπου LED. Οι παραδόσεις αποδεικνύονται : I. Εάν ο αποδέκτης είναι Αναθέτουσα Αρχή με πιστοποιητικά τα οποία έχουν εκδοθεί-θεωρηθεί από την αρμόδια αρχή. II. Εάν ο αποδέκτης είναι ιδιωτικός φορέας με υπεύθυνη Δήλωση-βεβαίωση του αγοραστή η οποία θα συνοδεύεται από αποδεικτικό του τύπου εγκατάστασης-βεβαίωση ή πρωτόκολλο παραλαβής, εγκατάστασης και καλής λειτουργίας των φωτιστικών και λαμπτήρων κατάλληλων για χρήση φωτισμού οδών και κοινοχρήστων εξωτερικών χώρων από τον τελικό αποδέκτη της προμήθειας και εγκατάστασης. **Για την παράγραφο 2.2.6. γ)** οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν αναλυτική λίστα με τις κυριότερες παραδόσεις από συμβάσεις προμηθειών του ίδιου αντικειμένου της παρούσας διακήρυξης “Προμήθεια φωτιστικών και λαμπτήρων τύπου LED κατάλληλων για χρήση φωτισμού οδών και κοινόχρηστων εξωτερικών χώρων” τις οποίες έχουν εκτελέσει κατά τη διάρκεια της προηγούμενης τριετίας (των οικονομικών ετών 2014, 2015, 2016) έτσι ώστε η Αναθέτουσα να διαπιστώσει την ικανότητα και αξιοπιστία του

Αριθμός απόφασης : 114/2018

Οικονομικού Φορέα να καλύψει το μέγεθος της συγκεκριμένης προμήθειας. Στην παραπάνω λίστα να αναφέρεται αναλυτικά : ο αγοραστής, ο τελικός αποδέκτης της προμήθειας και ο τόπος εγκατάστασης, η ημερομηνία παράδοσης των προϊόντων, ο αριθμός του παραστατικού πώλησης, η αξία σε €, η ποσότητα σε τεμάχια των φωτιστικών και λαμπτήρων LED, ο τύπος και η περιγραφή των προμηθευόμενων ειδών έτσι ώστε να προκύπτει η υλοποίηση αντίστοιχων προμηθειών φωτιστικών και λαμπτήρων LED κατάλληλων για χρήση φωτισμού οδών και κοινόχρηστων εξωτερικών χώρων και να αποδεικνύεται ότι ο υποψήφιος οικονομικός φορέας έχει προμηθεύσει κατά τη διάρκεια της προηγούμενης τριετίας τουλάχιστον το 100% του συνολικού αριθμού των φωτιστικών σωμάτων οδών και κοινόχρηστων εξωτερικών χώρων τύπου LED του ίδιου αντικειμένου της παρούσας διακήρυξης καθώς επίσης και το 100% του συνολικού αριθμού των λαμπτήρων οδοφωτισμού LED του ίδιου αντικειμένου της παρούσας διακήρυξης». Και τέλος, στο Παράρτημα Α της διακήρυξης με τον τίτλο « ΜΕΛΕΤΗ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑΣ ΔΗΜΟΥ ΘΑΣΟΥ:ΕΞΟΙΚΟΝΟΜΗΣΗ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ ΣΤΟ ΔΗΜΟΤΙΚΟ ΦΩΤΙΣΜΟ ΜΕ ΤΗΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ & ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΦΩΤΙΣΤΙΚΩΝ ΣΩΜΑΤΩΝ ΤΥΠΟΥ LED & ΤΗΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΛΑΜΠΤΗΡΩΝ ΤΥΠΟΥ LED» στις σελ. 23 επ. περιέχεται κεφάλαιο με τον τίτλο «**Τεχνικές προδιαγραφές**», όπου αναλυτικά περιγράφονται όλες οι τεχνικές προδιαγραφές των υπό προμήθεια προϊόντων. Και ίδια, οι τεχνικές προδιαγραφές αφορούν στα ακόλουθα υπό προμήθεια προϊόντα: 1. ΦΩΤΙΣΤΙΚΟ ΣΩΜΑ LED ΕΞΩΤΕΡΙΚΩΝ ΧΩΡΩΝ ΕΠΙ ΙΣΤΟΥ ΣΕ ΒΡΑΧΙΟΝΑ ΔΙΑΤΟΜΗΣ Φ60 ΓΙΑ ΔΡΟΜΟΥΣ ΚΑΙ ΠΑΡΚΙΝΓΚ ΤΩΝ 120 WATT (μεταλλικούς ιστούς με ύψος τοποθέτησης από 9 έως 12 μέτρα και αντικατάσταση παλαιών φωτιστικών με λαμπτήρα Na 400W) 2. ΦΩΤΙΣΤΙΚΟ ΣΩΜΑ LED ΕΞΩΤΕΡΙΚΩΝ ΧΩΡΩΝ ΕΠΙ ΙΣΤΟΥ ΣΕ ΒΡΑΧΙΟΝΑ ΔΙΑΤΟΜΗΣ Φ60 ΓΙΑ ΔΡΟΜΟΥΣ ΚΑΙ ΠΑΡΚΙΝΓΚ ΤΩΝ 120 WATT (μεταλλικούς ιστούς με ύψος τοποθέτησης από 6 έως 11 μέτρα και αντικατάσταση παλαιών φωτιστικών με λαμπτήρα Na 250W) 3. ΦΩΤΙΣΤΙΚΟ ΣΩΜΑ LED ΕΞΩΤΕΡΙΚΩΝ ΧΩΡΩΝ ΕΠΙ ΙΣΤΟΥ ΣΕ ΒΡΑΧΙΟΝΑ ΔΙΑΤΟΜΗΣ Φ60 ΓΙΑ ΔΡΟΜΟΥΣ ΚΑΙ ΠΑΡΚΙΝΓΚ ΤΩΝ 75 WATT (για χρήση σε ξύλινους τσιμεντένιους και μεταλλικούς ιστούς με ύψος τοποθέτησης από 6 έως 10 μέτρα και αντικατάσταση παλαιών φωτιστικών με λαμπτήρα Na 250W) 4.ΦΩΤΙΣΤΙΚΟ ΣΩΜΑ LED ΕΞΩΤΕΡΙΚΩΝ ΧΩΡΩΝ ΕΠΙ ΙΣΤΟΥ ΣΕ ΒΡΑΧΙΟΝΑ

Αριθμός απόφασης : 114/2018

ΔΙΑΤΟΜΗΣ Φ60 ΓΙΑ ΔΡΟΜΟΥΣ ΚΑΙ ΠΑΡΚΙΝΓΚ ΤΩΝ 75 WATT (για χρήση σε ξύλινους τσιμεντένιους και μεταλλικούς ιστούς με ύψος τοποθέτησης από 6 έως 10 μέτρα και αντικατάσταση παλαιών φωτιστικών με λαμπτήρα Na 150W) 5. ΦΩΤΙΣΤΙΚΟ ΣΩΜΑ LED ΕΞΩΤΕΡΙΚΩΝ ΧΩΡΩΝ ΕΠΙ ΙΣΤΟΥ ΣΕ ΒΡΑΧΙΟΝΑ ΔΙΑΤΟΜΗΣ Φ60 ΓΙΑ ΔΡΟΜΟΥΣ ΚΑΙ ΠΑΡΚΙΝΓΚ ΤΩΝ 50 WATT (για χρήση σε ξύλινους τσιμεντένιους και μεταλλικούς ιστούς με ύψος τοποθέτησης από 6 έως 8 μέτρα και αντικατάσταση παλαιών φωτιστικών με λαμπτήρα Na 150W η Hg 125W) 6. ΦΩΤΙΣΤΙΚΟ ΣΩΜΑ ΚΑΛΛΩΠΙΣΤΙΚΟΥ ΤΥΠΟΥ LED ΚΟΡΥΦΗΣ ΕΠΙ ΙΣΤΟΥ ΤΩΝ 45W (για χρήση σε πάρκα, πλατείες, πεζόδρομους κλπ, σε αντικατάσταση παλαιού τύπου φωτιστικών με λαμπτήρα των 70W) 7. ΠΡΟΒΟΛΕΑΣ ΤΥΠΟΥ LED ΕΞΩΤΕΡΙΚΩΝ ΧΩΡΩΝ ΤΩΝ 75 WATT (για αντικατάσταση παλαιών προβολέων με λαμπτήρα 400W) 8. ΛΑΜΠΤΗΡΑΣ ΤΥΠΟΥ LED E27 ΕΞΩΤΕΡΙΚΩΝ ΧΩΡΩΝ ΤΩΝ 11WATT (για αντικατάσταση παλαιών λαμπτήρων οικονομίας των 23W), 9. ΒΡΑΧΙΟΝΑΣ ΣΤΗΡΙΞΗΣ ΦΩΤΙΣΤΙΚΩΝ ΣΩΜΑΤΩΝ ΤΥΠΟΥ LED ΚΥΚΛΙΚΗΣ ΔΙΑΤΟΜΗΣ Φ60mm (κατάλληλος για ξύλινους και τσιμεντένιους ιστούς).

14. Επειδή η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των παραπάνω όρων της διακήρυξης, και ιδία κατά του όρου που αφορά στο δικαίωμα συμμετοχής στον διαγωνισμό (όρος **2.2.1**), β) στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των προσφερόντων (όροι **2.2.5.1** και **2.2.5.2**), στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (όροι **2.2.4.2**, **2.2.9.2**, **2.2.6**, **2.2.9.2 Β4**, **2.2.6 α**), **2.2.6 β**), **2.2.6 γ**), καθώς κατά τα λεγόμενά της, παραβιάζουν τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας, εισάγουν παρά τον νόμο διακρίσεις μεταξύ των διαγωνιζομένων, πλήττουν την αρχή της αναλογικότητας, της διαφάνειας και της ισότιμης πρόσβασης στον διαγωνισμό, περιορίζουν τον ανταγωνισμό, δεν συνιστούν αναγκαίους όρους για την διενέργεια της προμήθειας, είναι αυθαίρετοι και αδικαιολόγητοι, καθώς και αλυσιτελείς και άνευ αντικειμένου. Επίσης, η προσφεύγουσα στρέφεται και κατά των τεχνικών προδιαγραφών των ως άνω προς προμήθεια υλικών (**τεχνικές προδιαγραφές** με στοιχεία 1 έως 13 στην προσφυγή), καθώς κατά τα λεγόμενά της είναι αυθαίρετες, άστοχες, ελλειπείς, ατεκμηρίωτες και μπορούν να προκαλέσουν ή/και προκαλούν άσκοπους και άδικους αποκλεισμούς και περιορίζουν φωτογραφικά τις συμμετοχές στον διαγωνισμό, αποκλείοντας την ευρεία συμμετοχή εταιρειών, αφού δεν αντικατοπτρίζουν την ποικιλία των προτύπων

Αριθμός απόφασης : 114/2018

και των τεχνικών λύσεων που υπάρχουν στην αγορά, πιθανόν υποβαθμίζουν τις συνθήκες φωτισμού ή σε οδηγούν σε άσκοπο υπερφωτισμό, με συνέπειες στην ασφάλεια και την οπτική άνεση των δημοτών, αντιτίθενται στις αρχές του οικολογικού φωτισμού, υποβαθμίζουν την ποιότητα του φωτισμού και δημιουργούν φωτορύπανση, επηρεάζουν τον βιολογικό κύκλο των οικοσυστημάτων και των δημοτών, και ως εκ τούτων παραβιάζουν τις αρχές της ισότητας, του υγιούς ελεύθερου ανταγωνισμού και ανόθευτου ανταγωνισμού, της αναλογικότητας, και της διαφάνειας και αποκλείουν την ευρεία συμμετοχή στον διαγωνισμό περισσότερων διαγωνιζομένων.

15. Επειδή, η προσφεύγουσα ιστορεί στην προσφυγή (σελ. 34) ότι « ... ως η μεγαλύτερη εν Ελλάδα εταιρεία που δραστηριοποιείται με επιτυχία στο πεδίο των υπό προμήθεια υλικών (φωτιστικά σώματα και ηλεκτρολογικό υλικό) έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της παρούσας Προσφυγής, την ακύρωση της διαδικασίας και την ανάκληση της Διακήρυξης, άλλως την τροποποίηση όρων αυτής κατά τα ανωτέρω αναφερόμενα». Και περαιτέρω, η προσφεύγουσα αναφέρει εκτενώς, ανά προσβαλλόμενο όρο των διακήρυξης, ότι παραβιάζει την κείμενη νομοθεσία.

16. Επειδή με τις από 2-1-2018 απόψεις της η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται -μεταξύ άλλων- ότι ο όρος **2.2.1** της διακήρυξης προσβάλλεται αλυσιτελώς καθότι η προσφεύγουσα έχει κύριο αντικείμενο ίδιο με αυτό που απαιτείται από τον προσβαλλόμενο όρο και ουδόλως αποκλείεται η συμμετοχή της είτε μεμονωμένα είτε ως μέλος ένωσης και συνεπώς ουδεμία βλάβη υφίσταται εκ του όρου αυτού στο πρόσωπο της προσφεύγουσας και συνεπώς κανένα ειδικό, ενεστώς, άμεσο και προσωπικό έννομο συμφέρον επικαλείται, καθώς και ότι γενικότερα ο τεθείς όρος δεν αποκλείει κανένα επαγγελματία του αντικειμένου –και προφανώς ούτε την προσφεύγουσα- σε ένωση να μετέχει στον διαγωνισμό αφού ο όρος δεν απαιτεί αποκλειστική δραστηριότητα στο συγκεκριμένο αντικείμενο αλλά αρκείται στην κύρια δραστηριότητα που θα πρέπει να είναι σχετική με το αντικείμενο της σύμβασης. Και περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται –μεταξύ άλλων- σχετικά με τους προσβαλλόμενους όρους **2.2.5.1 και 2.2.5.2** ότι ουδεμία βλάβη ή αποκλεισμό συμμετοχής επικαλείται η προσφεύγουσα που να συσχετίζεται με τους επίδικους όρους της διακήρυξης, καθώς και ότι η προσφεύγουσα μπορεί αντικειμενικά κατά τα δημοσιευμένα της στοιχεία να

Αριθμός απόφασης : 114/2018

μετάσχει αυτοτελώς ή ως ένωση στον διαγωνισμό, και επίσης ότι η προσφεύγουσα δεν προβάλλει καμία ειδική αιτίαση ότι η ίδια αποκλείεται από τον διαγωνισμό λόγω των πλησσόμενων τούτων όρων της διακήρυξης. Εν συνεχεία, σχετικά με τους όρους 2.2.4.2 και 2.2.9.2.B.2, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται –μεταξύ άλλων- ότι η ίδια η προσφεύγουσα διαθέτει στην ελληνική επικράτεια τεράστιες εγκαταστάσεις αποθηκών και δραστηριότητας εν γένει και συνεπώς ουδόλως αποκλείεται από τον παραπάνω όρο. Περαιτέρω, σχετικά με τους όρους 2.2.6 α) β) γ) και 2.2.9.2.B.4 η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται –μεταξύ άλλων- ότι η ίδια η προσφεύγουσα έχει μετάσχει σε διαγωνισμούς με τους ίδιους όρους και μάλιστα ότι η ίδια η προσφεύγουσα πληροί τον όρο 2.2.6.β και ουδόλως κωλύεται η συμμετοχή της από αυτόν. Επίσης, ισχυρίζεται στις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή, γενικά για τους προσβαλλόμενους **όρους** της διακήρυξης καθώς και για τις πλησσόμενες **τεχνικές προδιαγραφές**, ότι ο ενδιαφερόμενος προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή με έννομο συμφέρον, θα πρέπει να επικαλεστεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής τον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιαδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό, και, σε κάθε περίπτωση, δεν αρκεί η απλή επίκληση παρανομίας ή παράβασης διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου. Συναφώς, ο ισχυρισμός για παράλειψη θεσπίσεως στην προκήρυξη όρων, ασκείται χωρίς έννομο συμφέρον, εφόσον η προσφεύγουσα δεν επικαλείται βλάβη από την μη θέσπιση αυτών και μάλιστα συνδεδόμενη με τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό ούτε με τη διαδικασία επιλογής ή τα κριτήρια αναδείξεως της ως αναδόχου.

17. *Επειδή στο άρθρο 1 της Οδηγίας 2007/66/EK (που τροποποιεί τις Οδηγίες 89/665/EOK και 92/13 EOK), με τίτλο «Πεδίο εφαρμογής και διαθεσιμότητα των διαδικασιών προσφυγής» και δη στην παρ. 3 ορίζεται ότι :* «Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε οι διαδικασίες προσφυγής να είναι διαθέσιμες σύμφωνα με τους κανόνες που είναι δυνατό να θεσπίζουν τα κράτη μέλη τουλάχιστον σε οιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εικαζόμενη παράβαση». Περαιτέρω σύμφωνα με το άρθρο 1 της οδηγίας

Αριθμός απόφασης : 114/2018

89/665/ΕΟΚ «Η επιδίωξη αυτή, αποτελεί έκφραση τόσο της αρχής της αποτελεσματικότητας («αποτελεσματικών») ώστε να αποτρέπεται η δημιουργία πραγματικών καταστάσεων ικανών να βλάψουν τα έννομα συμφέροντα των διαγωνιζομένων, όσο και της επιταγής της ταχείας διεκπεραιώσεως («όσο το δυνατόν ταχύτερων») ώστε να μην παρακωλύεται για χρονικό διάστημα που υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο η πρόοδος τους».

18. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 346 του ν. 4412/2016 «Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων» προβλέπεται ότι : «1. 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 παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368. »

19. 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: «1. 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».

20. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 362 παρ. 1 ν. 4412/2016 « Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της». Και σύμφωνα με το άρθ. 8 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 «Η προδικαστική προσφυγή περιέχει όλες ανεξάριετα τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της (άρθρο 362 παρ. 1 εδ. γ΄ ν. 4412/2016)».

Αριθμός απόφασης : 114/2018

21. Επειδή κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου (βλ. σχετικά άρθρο 6 ΕΣΔΑ) ως ερμηνεύεται από το ΕΔΔΑ, η έννοια του «θιγόμενου» ταυτίζεται με το άτομο που βλάπτεται άμεσα από την αμφισβητούμενη πράξη ή παράλειψη (βλ. *Johnston* κα 18.12.1986, *Prager και Oberschlick*, 26.4.1995).

23. Επειδή στα πλαίσια της δικονομικής Οδηγίας 89/665/ΕΚ καθίστανται σαφές ότι τα κράτη μέλη δεν υποχρεούνται να παρέχουν το δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής σε οποιοδήποτε πρόσωπο επιδιώκει τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως (υπόθεση ΔΕΚ C-240/01, 19.6.03, *W.Hackermuller*, Συλλ. 2003, I-6319, σκέψεις 18-19) C-230/02, 12.2.04 *Grossmann Air Service*, σκ 26). 24. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του Ν. 3886/2010, η οποία δεν έχει μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με το νόμο αυτό σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης ή τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατά την άποψή του τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιαδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΕΑ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013. 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α). Με βάση τα ως άνω, σε περίπτωση που κάποιος προτίθεται να στραφεί της κατά όρων διακήρυξης, θεωρώντας ότι την καθιστούν πλημμελή, θα πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον όρο τον οποίο θεωρεί

Αριθμός απόφασης : 114/2018

μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων.

25. Επειδή το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, και ατομικό /προσωπικό, με την έννοια ότι πρέπει να αφορά τον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων. Όσον αφορά τις κανονιστικές πράξεις «η προϋπόθεση για τη συνδρομή του προσωπικού εννόμου συμφέροντος συντρέχει όταν η προσβαλλόμενη κανονιστική ρύθμιση, θίγει συγκεκριμένες ελευθερίες ή δικαιώματα του αιτούντος, τα οποία κατοχυρώνονται από το Σύνταγμα και τους νόμους και των οποίων την πραγμάτωση επιδιώκει να αποκαταστήσει ο αιτών με την έκδοση της ακυρωτικής απόφασης» (Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», *ΔιοικΔ*, 2010, τ. 4, σελ 847).

26. Επειδή, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣτΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, *Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα*, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, 2017, σελ. 745 επ.) άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣτΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989), άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σ' αυτήν, αλλά αποκλεισμένου δυνάμει ρήτρας της προκηρύξεως (ΣτΕ 4606/2012, 1982-1985, 1987/2011) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, δέον είναι το έννομο συμφέρον να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει

Αριθμός απόφασης : 114/2018

ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣΤΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣΤΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣΤΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔΤΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «*Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται επομένως όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣΤΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831).

27. Επειδή η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣΤΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο Προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣΤΕ 3905/2004).

28. Επειδή σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής), ήτοι στην περίπτωση της προσφυγής με την κατάθεσή της εφόσον δεν προβλέπεται από τον Ν. 4412/2016 και το οικείο κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017) η συμπλήρωση της προσφυγής με υποβολή υπομνήματος.

29. Επειδή σε κάθε περίπτωση ελέγχεται αυτεπάγγελτα η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος με βάση το κατά πόσο από το έγγραφο της προσφυγής και τα στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος. Δεν αρκεί, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για άσκηση της προσφυγής

Αριθμός απόφασης : 114/2018

αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς – ως ισχύει και στην ακυρωτική δίκη- των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣΤΕ Ολομ. 4570/96, ΔΔικ 1997/673, ΣΤΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσίδης, «Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας», Κατ' άρθρο ερμηνεία – νομολογία, Εκδόσεις Σάκκουλα ΑΕ. 2017). Υφίσταται, περαιτέρω, στα πλαίσια της μεν ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος, γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος ΣΤΕ 1393/2003), στη δε διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της.

31. Επειδή η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερόμενου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντ.) ούτε δημιουργεί (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017) αντίθεση προς το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ΣΤΕ 2980/2013). Μόνη, δε, εξαίρεση στην άνω αναφερθείσα υποχρέωση προαπόδειξης είναι να προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις *ad hoc* ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του προσφεύγοντος (ΣΤΕ 2521/2004).

32. Επειδή σε κάθε περίπτωση οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές, και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017).

33. Επειδή το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, *Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της

Αριθμός απόφασης : 114/2018

διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν 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 συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

34. Επειδή έχει λήξει η ταχθείσα με την διακήρυξη προθεσμία υποβολής προσφορών την 11-1-2018, δηλαδή προ της εξέτασης της προσφυγής, και η προσφεύγουσα δεν έχει υποβάλει προσφορά διατυπώνοντας επιφύλαξη ως προς την νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, το έννομο συμφέρον της θα διατηρείτο μόνον εφόσον η προσφεύγουσα προέβαλε κατά τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό στην προσφυγή ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει όρο ο οποίος αποκλείει παρανόμως την συμμετοχή της στον διαγωνισμό ή ότι συγκεκριμένες πλημμέλειες της διακήρυξης κατέστησαν ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή την υποβολή προσφοράς εκ μέρους της (*ad hoc* Ε.Α. ΣΤΕ επί αιτ. ασφαλ. μετρ. 182, 105/2011, 1450, 842/2010, 1291, 1305/2009, 1023, 617/2007, ΔΕφΑΘ 590/2013, ΔΕφΑΘ 1166/2014).

35. Επειδή η προσφεύγουσα προς επίκληση λόγων που θεμελιώνουν το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της προσφυγής (σκέψη 15) επικαλείται ότι ως η μεγαλύτερη στην Ελλάδα εταιρεία που δραστηριοποιείται στο πεδίο των υπό προμήθεια υλικών έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής. Και με την επίκληση αυτή, η προσφεύγουσα στρέφεται (σκέψη 14) κατά των ως άνω όρων και τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης επειδή, κατ' αυτήν, παραβιάζουν τον νόμο. Όμως με το περιεχόμενο τούτο, και αληθές υποτιθέμενο, η υπό εξέταση προσφυγή είναι απαράδεκτη ως ασκηθείσα χωρίς έννομο συμφέρον. Και τούτο, διότι η προσφεύγουσα δεν επικαλείται στην προσφυγή της λόγους που να θεμελιώνουν το –κατά την έννοια του νόμου–έννομο συμφέρον της και ίδια δεν επικαλείται βλάβη από τους προσβαλλόμενους όρους της διακήρυξης, καθώς δεν ισχυρίζεται ότι οι προσβαλλόμενοι όροι, κατά παράβαση του νόμου την αποκλείουν από την συμμετοχή στον διαγωνισμό ούτε ότι κατέστησαν ουσιωδώς δυσχερή την υποβολή προσφοράς εκ μέρους της, ούτε ισχυρίζεται

Αριθμός απόφασης : 114/2018

ότι οι προσβαλλόμενοι όροι εν γένει παραβιάζουν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής της στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ επί αιτ. ασφαλ. μετρ. 676, 182, 2/2011, 1140, 961, 842, 346/2010, 1354, 1305, 1046, 1015, 574/2009, 617/2007, ΔΕφΑΘ 1537/2014). . Αντίθετα, ούτε ειδικά σε σχέση με κάθε ένα πλησσόμενο όρο και τεχνική προδιαγραφή, αλλά ούτε και γενικά, η προσφεύγουσα ούτε ισχυρίζεται ούτε αποδεικνύει : 1. Ούτε ότι υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από τις υποστηριζόμενες από την ίδια παραβάσεις του νόμου, 2. Ούτε ότι βλάπτεται με συγκεκριμένο τρόπο άμεσα αυτή η ίδια από τους πλησσόμενους όρους και τεχνικές προδιαγραφές, 3. Ούτε ότι οι ιστορούμενες από την ίδια παράνομοι όροι και τεχνικές προδιαγραφές επέφεραν επιζήμιες δυσμενείς συνέπειες για την ίδια και συγκεκριμένα απέκλεισαν την ίδια προσωπικά ή κατέστησαν ουσιωδώς δυσχερή την ίδια την δική της συμμετοχή της στον διαγωνισμό, παρότι η ίδια ενδιαφερόταν να συμμετάσχει σε αυτόν. Συνεπώς, όσο σοβαρές και αν είναι οι ιστορούμενες πλημμέλειες των επίμαχων όρων και των τεχνικών προδιαγραφών –και αληθείς υποτιθέμενες-, εφόσον δεν προκύπτει από την προσφυγή η συγκεκριμένη προσωπική και άμεση ωφέλεια που προσδοκά η προσφεύγουσα από την έκδοση ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ, δεν μπορούν να θεμελιώσουν το έννομο συμφέρον της, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής. Επομένως, η υπό κρίση προσφυγή είναι απαράδεκτη και πρέπει να απορριφθεί ελλείψει εννόμου συμφέροντος.

36. Επειδή ειδικότερα, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά του όρου 2.2.1 της διακήρυξης (σκέψη 13), με τον λόγο Β. ΙΙΙ. Α της προσφυγής ισχυριζόμενη ότι συνιστά έμμεση διάκριση, περιορίζει τον ανταγωνισμό και παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, ο αποκλεισμός από τον διαγωνισμό όσων οικονομικών φορέων επιλέγουν να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό ως ενώσεις προσώπων μεν, αλλά εκ των οποίων κάποιο συμμετέχον πρόσωπο δεν ασκεί κύρια δραστηριότητα σχετική με το αντικείμενο της προμήθειας (ήτοι την παραγωγή και εμπορία φωτιστικού εξοπλισμού) και δεν είναι εγγεγραμμένο σε ένα από τα βιοτεχνικά ή εμπορικά ή βιομηχανικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος-μέλος της εγκατάστασής του. Και τούτο διότι είναι πασίδηλο –κατά την προσφυγή- ότι όσοι προτίθενται να συμμετάσχουν στον

Αριθμός απόφασης : 114/2018

διαγωνισμό ως ενώσεις προσώπων, το πράττουν ακριβώς για να εξασφαλίσουν σωρευτικά τα ποσοτικά και ποιοτικά κριτήρια που οι ίδιοι ατομικά δεν κατέχουν. Ο ήδη προσβαλλόμενος όρος 2.2.1 είχε περιληφθεί αυτούσιος στην αρχική διακήρυξη του διαγωνισμού, αλλά δεν είχε προσβληθεί από την προσφεύγουσα.

37 . Επειδή με τις από 2-1-2018 απόψεις της η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ειδικά για τον λόγο Β. ΙΙΙ. α της προσφυγής ότι ο όρος 2.2.1 δεν προσκρούει στον νόμο καθώς : ι) ο λόγος τούτος προβάλλεται αλυσιτελώς καθότι η προσφεύγουσα έχει κύριο αντικείμενο ίδιο με αυτό που απαιτείται από τον προσβαλλόμενο όρο και ουδόλως αποκλείεται η συμμετοχή της είτε μεμονωμένα είτε ως μέλος ένωσης και συνεπώς ουδεμία βλάβη υφίσταται εκ του όρου αυτού στο πρόσωπο της προσφεύγουσα και συνεπώς κανένα ειδικό ενεστώς άμεσο και προσωπικό έννομο συμφέρον επικαλείται, ιι) ότι ο όρος τούτος έχει τεθεί στο πρότυπο τεύχος προκήρυξης προμηθειών της ΕΑΔΗΥΣΥ ιιι) ότι ο προσβαλλόμενος όρος είναι αναγκαίος και ανάλογος του αντικείμενου της προμήθειας καθόσον αποτελεί εχέγγυο αξιοπιστίας των προμηθευτών που θα εκτελέσουν την σύμβαση ως ένωση προσώπων να έχουν όλοι ως κύρια δραστηριότητα το αντικείμενο της προμήθειας ήτοι παραγωγή ή εμπορία φωτιστικού εξοπλισμού ιν) ότι ο προσβαλλόμενος όρος δεν βαίνει πέρα του αναγκαίου μέτρου διότι σε περίπτωση εφαρμογής του όρου της αλληλέγγυας ευθύνης εξασφαλίζεται ότι κάθε ένας συμμετέχων, έχει την επαγγελματική επάρκεια και εμπειρία και θα μπορεί να εκτελέσει αυτοδυνάμως υπό ίδια ευθύνη με ίδια μέσα και με δικό του προσωπικό την προμήθεια, ν) ότι άλλως, αν δηλ. οι συμμετέχοντες στην ένωση προσώπων καλύπτουν μόνο σωρευτικά τα προσόντα τεχνικής και οικονομικής επάρκειας παρίσταται ο κίνδυνος να μην έχουν καμία δυνατότητα αυτόνομης τυπικής υλοποίησης της προμήθειας, νι) ότι ο τεθείς όρος δεν αποκλείει κανένα επαγγελματία του αντικείμενου σε ένωση να μετέχει στον διαγωνισμό αφού ο όρος δεν απαιτεί αποκλειστική δραστηριότητα στο συγκεκριμένο αντικείμενο αλλά αρκείται στην κύρια δραστηριότητα που θα πρέπει να είναι σχετική με το αντικείμενο της σύμβασης.

38 . Επειδή, η προσφεύγουσα, σχετικά με τον λόγο Β.ΙΙΙ.α της προσφυγής, δεν επικαλείται ότι ο συγκεκριμένος προσβαλλόμενος 2.2.1 όρος της διακήρυξης της προκαλεί βλάβη ή ζημία και ίδια ότι εξ αιτίας τούτου

Αριθμός απόφασης : 114/2018

αποκλείεται ή να καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό (ΣΤΕ 725/2009), ούτε ότι ο συγκεκριμένος –πλημμελής κατά την προσφυγή- όρος της διακήρυξης κατέστησε ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή την υποβολή προσφοράς εκ μέρους της. Η προσφεύγουσα δεν επικαλείται στην προσφυγή i) ούτε ότι η ίδια πράγματι προτίθεται να συμμετάσχει στον διαγωνισμό είτε ατομικά είτε ως ένωση προσώπων με άλλο/α πρόσωπο/α ii) ούτε ότι το/α άλλο/α τούτο/α πρόσωπο/α δεν ασκεί/ούν κύρια δραστηριότητα σχετική με το αντικείμενο της προμήθειας ούτε είναι εγγεγραμμένο/α σε ένα από τα βιοτεχνικά ή εμπορικά ή βιομηχανικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος-μέλος της εγκατάστασής του ούτε iii) ούτε ποια συγκεκριμένα ποσοτικά και ποιοτικά κριτήρια της διακήρυξης δεν πληρούνται από την ίδια ατομικά, αλλά θα πληρούνται εφόσον καταστεί δυνατόν να συμμετάσχει στον διαγωνισμό ως ένωση προσώπων με άλλο πρόσωπο, ούτε iv) ότι η ίδια ατομικά εξ αιτίας του όρου αποκλείεται της συμμετοχής στον διαγωνισμό ούτε ότι καθίσταται εξαιρετικά δυσχερής η συμμετοχή της στον διαγωνισμό v) ούτε με ποιόν τυχόν άλλο τρόπο ο συγκεκριμένος προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης απέκλεισε την συμμετοχή της από τον διαγωνισμό vi) ούτε ότι ο συγκεκριμένος όρος της προξενεί συγκεκριμένη ζημία ή βλάβη άμεση ατομική και ενεστώςα και ιδία ότι ο συγκεκριμένος προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης αποκλείει ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή της στον διαγωνισμό vii) ούτε ισχυρίζεται ότι ο συγκεκριμένος προσβαλλόμενος όρος αποκλείει αυτήν την ίδια την προσφεύγουσα ή την προσφεύγουσα ως μέλος ένωσης προσώπων από την συμμετοχή της στον διαγωνισμό ούτε ότι άλλες συγκεκριμένες πλημμέλειες της διακήρυξης κατέστησαν ουσιωδώς δυσχερή τη υποβολή προσφοράς εκ μέρους της ή εκ μέρους της τυχόν ένωσης προσώπων στην οποία η ίδια ήθελε τυχόν συμμετάσχει. Για τους λόγους αυτούς, και για τους λόγους που αναφέρονται στην σκέψη 34 και 35, απαραδέκτως προβάλλεται ο λόγος Β. ΙΙΙ. α της προσφυγής, επειδή η προσφεύγουσα δεν επικαλείται αιτιάσεις ούτε αποδεικνύει βλάβη και ιδία ότι αποκλείσθηκε ή κατέστη ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή της στον διαγωνισμό, εξ αιτίας ακριβώς του πλησσόμενου ως παρανόμου όρου 2.2.1 της διακήρυξης και συνεπώς δεν θεμελιώνει άμεσο προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον.

Αριθμός απόφασης : 114/2018

39 . Επειδή περαιτέρω ειδικότερα, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των όρων 2.2.5.1 και 2.2.5.2 της διακήρυξης (σκέψη 13), με τον λόγο Β. ΙΙΙ. β της προσφυγής ισχυριζόμενη ότι το κριτήριο του απαιτούμενου μέσου «ειδικού» ετήσιου κύκλου εργασιών, δηλαδή του κύκλου εργασιών σχετικού με το αντικείμενο της προμήθειας, αυθαίρετα και αδικαιολόγητα αποκλείει του διαγωνισμού φερέγγυους οικονομικούς φορείς με μεγάλο εύρος δραστηριοτήτων και οικονομική επιφάνεια και συνεπώς για τον λόγο αυτό το κριτήριο τούτο προσκρούει στην διαφάνεια, τον υγιή ανταγωνισμό και την ισότιμη πρόσβαση στον διαγωνισμό. Οι ήδη προσβαλλόμενοι όροι 2.2.5.1 και 2.2.5.2 είχαν περιληφθεί αυτούσιοι στην αρχική διακήρυξη του διαγωνισμού, αναφερόμενοι, όπως εδώ, στον κύκλο εργασιών των τριών προηγούμενων ετών, αλλά δεν είχαν προσβληθεί από την προσφεύγουσα.

40 . Επειδή με τις από 2-1-2018 απόψεις της η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ειδικά για τον λόγο Β. ΙΙΙ. β της προσφυγής ότι οι όροι 2.2.5.1 και 2.2.5.2 δεν προσκρούουν στον νόμο καθώς : ι) ουδεμία βλάβη ή αποκλεισμό συμμετοχής επικαλείται η προσφεύγουσα που να συσχετίζεται με τους επίδικους όρους της διακήρυξης, ιι) η προσφεύγουσα μπορεί αντικειμενικά κατά τα δημοσιευμένα της στοιχεία να μετάσχει αυτοτελώς ή ως ένωση στον διαγωνισμό, ιιι) ότι η προσφεύγουσα δεν προβάλλει καμία ειδική αιτίαση ότι η ίδια αποκλείεται από τον διαγωνισμό ή ότι περιορίζεται ο ανταγωνισμός, ιιιι) ότι οι συγκεκριμένοι όροι έχουν τεθεί στο πρότυπο τεύχος προκήρυξης προμηθειών της ΕΑΑΔΗΣΥ, ιιιιι) ότι οι όροι κρίθηκαν αναγκαίοι και ανάλογοι του περιεχομένου της σύμβασης επειδή αποτελούν εχέγγυο αξιοπιστίας των προμηθευτών που θα εκτελέσουν την προμήθεια, ιιιιιι) ότι τόσο ο γενικός όσο και ο ειδικός κύκλος εργασιών έχουν περιορισμούς καθ' ύψος όπως έχουν τεθεί από την ΕΑΑΔΗΣΥ, ιιιιιιι) ότι επίσης ο όρος ειδικού κύκλου εργασιών σε βάθος χρόνου τριετίας ζητείται να είναι ίσος με την προϋπολογισμό της διακήρυξης, ιιιιιιιι) ότι τα κριτήρια αυτά μπορούν να καλύπτονται σωρευτικά από τα μέλη της ένωσης προσώπων, και συνεπώς για τους παραπάνω λόγους τα κριτήρια του κύκλου εργασιών δεν περιορίζουν τον ανταγωνισμό και είναι ανάλογα με το αντικείμενο του διαγωνισμού όπως έχει προκριθεί από την ίδια της ΕΑΔΗΣΥ που προβλέπει και κάλυψη έως το 200% του προϋπολογισμού.

41 . Επειδή η προσφεύγουσα δεν επικαλείται στην προσφυγή ι) ούτε ότι η ίδια πράγματι προτίθεται να συμμετάσχει στον διαγωνισμό πλην όμως

Αριθμός απόφασης : 114/2018

αποκλείεται επειδή ακριβώς δεν διαθέτει τον απαιτούμενο γενικό ή/και μέσο ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών, ii) ούτε ότι η ίδια πράγματι προτίθεται να συμμετάσχει στον διαγωνισμό πλην όμως δυσχεραίνεται εξαιρετικά για συγκεκριμένο λόγο που συσχετίζεται με τους παραπάνω όρους περί μέσου γενικού ή/και ειδικού ετήσιου κύκλου εργασιών, iii) ούτε ότι ο συγκεκριμένος όρος της προξενεί συγκεκριμένη ζημία ή βλάβη άμεση ατομική και ενεστώσα, και εξ άλλου, και εξ άλλου, όλως αορίστως δεν επικαλείται iv) ούτε με ποιόν συγκεκριμένο τρόπο οι παραπάνω όροι προσκρούουν στην αρχή της διαφάνειας ούτε με ποιόν συγκεκριμένο τρόπο οι παραπάνω όροι εμποδίζουν αθέμιτα και παράνομα την ανάπτυξη του υγιούς ανταγωνισμού και την ισότιμη πρόσβαση στον διαγωνισμό. Για τους λόγους αυτούς, και για τους λόγους που αναφέρονται στην σκέψη 34 και 35, προβάλλεται απαραδέκτως, καταρχήν ως αόριστος, ο λόγος Β. ΙΙΙ. β της προσφυγής, και δευτερευόντως, άνευ εννόμου συμφέροντος καθόσον η προσφεύγουσα δεν επικαλείται αιτιάσεις ούτε αποδεικνύει βλάβη, και ίδια ότι αποκλείσθηκε ή κατέστη ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή της στον διαγωνισμό, εξ αιτίας ακριβώς των πλησσομένων ως παρανόμων όρων 2.2.5.1 και 2.2.5.2 της διακήρυξης.

42 . Επειδή περαιτέρω ειδικότερα, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των όρων 2.2.4.2 και 2.2.9.2.Β.2 της διακήρυξης, με τον λόγο Β. ΙΙΙ. γ της προσφυγής ισχυριζόμενη ότι οι παραπάνω όροι περί κτιριακών εγκαταστάσεων με ελάχιστο εμβαδόν κάλυψης των αναγκών συντήρησης των υπό προμήθεια προϊόντων που ορίζεται στα 100m² ανά 1000 τεμάχια φωτιστικών σωμάτων, και η προσκόμιση συμβολαίων κτήσης ή ενοικίασης ή ιδιοκτησίας ή άδειας λειτουργίας των εγκαταστάσεων, δημιουργούν εμπόδια στον ελεύθερο ανταγωνισμό, προσκρούουν στην αρχή της ίσης μεταχείρισης, και περιορίζουν κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας τον αριθμό των υποψηφίων οικονομικών φορέων, καθόσον αποκλείονται οικονομικοί φορείς που αν και διαθέτουν τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας, δεν διαθέτουν εγκαταστάσεις ως οι προδιαγραφόμενες, αλλά ισοδύναμες και έτσι αποκλείονται οικονομικοί φορείς που διαθέτουν την ίδια τεχνική/επαγγελματική ικανότητα, στο ίδιο αντικείμενο, χωρίς να υφίσταται σοβαρός λόγος δημοσίου συμφέροντος δεδομένου ότι ο σκοπός για τον οποίο θεσπίστηκε η παραπάνω απαίτηση θα μπορούσε να επιτευχθεί εξίσου αποτελεσματικά και με λιγότερο περιοριστικό για την

Αριθμός απόφασης : 114/2018

ανάπτυξη του ανταγωνισμού τρόπο. Οι ήδη προσβαλλόμενοι όροι 2.2.4.2 και 2.2.9.2.B.2 είχαν περιληφθεί αυτοίσιον στην αρχική διακήρυξη του διαγωνισμού, αλλά δεν είχαν προσβληθεί από την προσφεύγουσα.

43 . Επειδή με τις από 2-1-2018 απόψεις της η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ειδικά για τον λόγο Β. ΙΙΙ. γ της προσφυγής ότι οι όροι 2.2.4.2 και 2.2.9.2.B.2 δεν περιορίζουν τον ανταγωνισμό ούτε προσκρούουν στις αρχές της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης καθώς i) η απαίτηση κτιριακών εγκαταστάσεων εντός της ελληνικής επικράτειας και με ελάχιστες διαστάσεις 100 τμ ανά 1000 τεμάχια φωτιστικών σωμάτων είναι αναγκαίοι και ανάλογοι του αντικείμενου της σύμβασης καθόσον αποτελούν εχέγγυο αξιοπιστίας των προμηθευτών σχετικά με την άμεση διάθεση ανταλλακτικών και παροχής σέρβις και ii) η αντικατάσταση είναι ιδιαίτερα απαιτητική σε αριθμό και ποσότητα LED και δεν μπορεί να διακινδυνεύονται κωλυσιεργίες ούτε να τίθεται εν αμφιβόλω η άμεση αποκατάσταση των βλαβών και iii) ο όρος μπορεί να καλυφθεί με μίσθωση αποθηκευτικών χώρων γεγονός πλήρως επιτεύξιμο από οποιονδήποτε συμμετέχοντα, και iv) η απαίτηση καλύπτεται για την συμμετοχή μόνο με προσκομιδή Υπεύθυνης Δήλωσης και συνεπώς μόνο κατά την ανάληψη της σύμβασης θα υπέχει ο ανάδοχος υποχρέωση να λειτουργεί κτιριακές εγκαταστάσεις συντήρησης και αποθήκευσης ακόμη και με μίσθωση χώρων και v) η ίδια η προσφεύγουσα διαθέτει στην ελληνική επικράτεια τεράστιες εγκαταστάσεις αποθηκών και δραστηριότητας εν γένει και συνεπώς ουδόλως αποκλείεται από τον παραπάνω όρο.

44 . Επειδή η προσφεύγουσα δεν επικαλείται στην προσφυγή i) ούτε ότι η ίδια πράγματι προτίθεται να συμμετάσχει στον διαγωνισμό πλην όμως αποκλείεται επειδή ακριβώς ούτε είναι κυρία ούτε μπορεί –για κάποιον νόμιμο λόγο- να μισθώσει τις απαιτούμενες κτιριακές εγκαταστάσεις, ii) ούτε ότι η ίδια πράγματι προτίθεται να συμμετάσχει στον διαγωνισμό πλην όμως δυσχεραίνεται εξαιρετικά για συγκεκριμένο νόμιμο λόγο που συσχετίζεται με τις ελάχιστες ως άνω απαιτήσεις κτιριακών εγκαταστάσεων, iii) ούτε ότι η ίδια πράγματι προτίθεται να συμμετάσχει στον διαγωνισμό πλην όμως δεν διαθέτει τις απαιτούμενες κτιριακές εγκαταστάσεις αλλά άλλες ισοδύναμες και τίνι τρόπω ισοδύναμες, iv) ούτε ότι οι συγκεκριμένοι όροι της προξενούν συγκεκριμένη ζημία ή βλάβη άμεση ατομική και ενεστώσα, και εξ άλλου όλως αορίστως δεν επικαλείται v) ούτε για ποιόν λόγο η ελάχιστη απαίτηση

Αριθμός απόφασης : 114/2018

κτιριακών εγκαταστάσεων 100 τμ ανά 1000 τεμάχια φωτιστικών σωμάτων εντός της ελληνικής επικράτειας παρίσταται ως δυσανάλογη σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης ή δημιουργεί παράνομες διακρίσεις μεταξύ των οικονομικών φορέων, vi) ούτε με ποιόν άλλο τρόπο λιγότερο περιοριστικό για την ανάπτυξη του ανταγωνισμού θα μπορούσε να επιτευχθεί ο σκοπός για τον οποίο θεσπίστηκε η παραπάνω απαίτηση κτιριακών εγκαταστάσεων vi) ούτε ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η ίδια διασφαλίζει τον σκοπό της συγκεκριμένης κτιριακής προδιαγραφής με άλλον συγκεκριμένο τρόπο λιγότερο περιοριστικό για την ανάπτυξη του ανταγωνισμού. Για τους λόγους αυτούς, και για τους λόγους που αναφέρονται στην σκέψη 34 και 35, είναι απαραδέκτως προβαλλόμενος καταρχήν ως αόριστος ο λόγος Β. ΙΙΙ. γ της προσφυγής, και δευτερευόντως άνευ εννόμου συμφέροντος εφόσον η προσφεύγουσα δεν επικαλείται αιτιάσεις ούτε αποδεικνύει βλάβη, και ίδια ότι αποκλείσθηκε ή κατέστη ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή της στον διαγωνισμό, εξ αιτίας ακριβώς των πλησσομένων ως παρανόμων όρων 2.2.4.2 και 2.2.9.2.Β.2 της διακήρυξης.

45 . Επειδή περαιτέρω ειδικότερα, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των όρων 2.2.6 α) β) γ) και 2.2.9.2.Β.4 της διακήρυξης(σκέψη 13), με τον λόγο Β. ΙΙΙ. γ της προσφυγής, ισχυριζόμενη ότι οι παραπάνω όροι περί εκτέλεσης τουλάχιστον 10 συμβάσεων προμήθειας του ίδιου αντικειμένου, συνολικού ύψους ίσου τουλάχιστον με το 100% του προϋπολογισμού της διακήρυξης και περί εκτέλεσης κατ' ελάχιστον μίας ανά έτος κατά την προηγούμενη τριετία σύμβασης προμήθειας του ίδιου αντικειμένου και μάλιστα σε περίπτωση ένωσης προσώπων η προϋπόθεση αυτή να ισχύει για όλα τα μέλη, δημιουργούν αδικαιολόγητα εμπόδια στον ελεύθερο ανταγωνισμό, προσκρούουν στην αρχή της ίσης μεταχείρισης, και περιορίζουν κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας τον αριθμό των υποψηφίων οικονομικών φορέων, καθόσον αποκλείονται οικονομικοί φορείς που αν και διαθέτουν τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας, δεν έχουν ακόμη αποκτήσει τέτοιο μέγεθος πελατολογίου ή δεν έχουν προβεί στην σύναψη των απαιτούμενου καθ' υπερβολή αριθμού των 10 συμβάσεων και έτσι αποκλείονται οικονομικοί φορείς που διαθέτουν την ίδια τεχνική/επαγγελματική ικανότητα, στο ίδιο αντικείμενο, χωρίς να υφίσταται σοβαρός λόγος δημοσίου συμφέροντος

Αριθμός απόφασης : 114/2018

δεδομένου ότι ο σκοπός για τον οποίο θεσπίστηκαν οι παραπάνω απαιτήσεις θα μπορούσε να επιτευχθεί εξίσου αποτελεσματικά και με λιγότερο περιοριστικό για την ανάπτυξη του ανταγωνισμού τρόπο. Επί πλέον, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι δεν είναι δυνατόν να προκύπτει η αξιοπιστία του συμμετέχοντος από τον αριθμό των λαμπτήρων ή φωτιστικών που έχει προμηθεύσει σε βάθος προηγούμενης τριετίας διότι το αντικείμενο της προμήθειας καθίσταται με μεγάλη ταχύτητα παρωχημένο λόγω της τεχνολογικής ανάπτυξης. Οι ήδη προσβαλλόμενοι όροι 2.2.4.2 και 2.2.9.2.B.2 είχαν περιληφθεί στην αρχική διακήρυξη του διαγωνισμού, και είχαν προσβληθεί από την προσφεύγουσα για απολύτως διάφορους λόγους.

46 . Επειδή με τις από 2-1-2018 απόψεις της η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ειδικά για τον λόγο Β. ΙΙΙ. γ της προσφυγής ότι οι όροι 2.2.6 α) β) γ) και 2.2.9.2.B.4 δεν περιορίζουν τον ανταγωνισμό ούτε προσκρούουν στις αρχές της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης επειδή i) οι συγκεκριμένοι όροι είχαν κριθεί ακυρωτέοι σύμφωνα με την απόφαση 21/2017 της ΑΕΠΠ μόνον αναφορικά με την –προβλεπόμενη στην αρχική διακήρυξη- προέλευση της απαιτούμενης εμπειρίας από προμήθειες προς τον δημόσιο τομέα, και συνεπώς καθόλα τα λοιπά είναι νόμιμοι και ανάλογοι με το αντικείμενο της διακήρυξης, και ii) επειδή η ως άνω διατύπωση των επίμαχων όρων είναι σύμφωνη με την απόφαση 21/2017 της ΑΕΠΠ και με το πρότυπο τεύχος της ΕΑΑΔΗΣΥ, και iii) επειδή οι επίμαχοι όροι απαιτούν ικανό και εύλογο αριθμό προηγούμενων συμβάσεων του προκηρυσσόμενου αντικείμενου ώστε να προκύπτει η επάρκεια υλοποίησης μιάς τόσο μεγάλης σύμβασης όπως η προκηρυχθείσα, και iv) επειδή κάθε μέλος της τυχόν ένωσης προσώπων πρέπει να έχει παρουσία στον ιδιωτικό ή δημόσιο τομέα σε ίδιο αντικείμενο με το προκηρυσσόμενο, πράγμα που είναι εύλογη απαίτηση για την αξιοπιστία και την συνεχή παρουσία στην αγορά, δεδομένου μάλιστα ότι η αναθέτουσα θα δεσμευτεί επί 10ετία με την ανάδοχο και μάλιστα με υποχρεώσεις από το χρηματοδοτικό πρόγραμμα της προμήθειας v) καθώς η ίδια η προσφεύγουσα έχει μετάσχει σε διαγωνισμούς με τους ίδιους όρους και vi) η ίδια η προσφεύγουσα πληροί τον όρο 2.2.6.β και ουδόλως κωλύεται η συμμετοχή της από αυτόν.

47 . Επειδή η προσφεύγουσα δεν επικαλείται στην προσφυγή i) ούτε ότι η ίδια πράγματι προτίθεται να συμμετάσχει στον διαγωνισμό πλην όμως

Αριθμός απόφασης : 114/2018

αποκλείεται επειδή ακριβώς δεν έχει εκτελέσει τουλάχιστον 10 συμβάσεις προμήθειας του ίδιου αντικειμένου της διακήρυξης που να καλύπτουν το 100% του προϋπολογισμού ii) ούτε ότι η ίδια πράγματι προτίθεται να συμμετάσχει στον διαγωνισμό πλην όμως αποκλείεται επειδή ακριβώς δεν έχει εκτελέσει τουλάχιστον μία σύμβαση του ίδιου αντικειμένου εντός της προηγούμενης τριετίας iii) ούτε ότι η ίδια πράγματι προτίθεται να συμμετάσχει στον διαγωνισμό ως ένωση προσώπων πλην όμως η σκοπούμενη ένωση προσώπων αποκλείεται επειδή ακριβώς κάθε ένα μέλος της δεν έχει εκτελέσει τουλάχιστον μία σύμβαση του ίδιου αντικειμένου εντός της προηγούμενης τριετίας iv) ούτε ότι η ίδια πράγματι προτίθεται να συμμετάσχει στον διαγωνισμό, είτε ατομικά είτε ως ένωση προσώπων πλην όμως δυσχεραίνεται εξαιρετικά για συγκεκριμένο νόμιμο λόγο που συσχετίζεται με τις ελάχιστες ως άνω απαιτήσεις εκτέλεσης συμβάσεων ίδιου αντικειμένου, v) ούτε ότι η ίδια πράγματι προτίθεται να συμμετάσχει στον διαγωνισμό πλην όμως δεν έχει εκτελέσει μεν τις απαιτούμενες συμβάσεις αλλά άλλες ισοδύναμες και τίνι τρόπω ισοδύναμες, vi) ούτε ότι οι συγκεκριμένοι όροι της προξενούν συγκεκριμένη ζημία ή βλάβη άμεση ατομική και ενεστώσα, και εξ άλλου όλως αορίστως δεν επικαλείται η προσφεύγουσα vii) ούτε για ποιόν λόγο οι ελάχιστες απαιτήσεις εκτέλεσης συμβάσεων παρίστανται ως δυσανάλογες σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης ή δημιουργούν παράνομες διακρίσεις μεταξύ των οικονομικών φορέων, viii) ούτε με ποιόν άλλο τρόπο λιγότερο περιοριστικό για την ανάπτυξη του ανταγωνισμού θα μπορούσε να επιτευχθεί ο σκοπός για τον οποίο θεσπίστηκαν οι παραπάνω απαιτήσεις συμβάσεων προμηθειών iv) ούτε ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η ίδια διασφαλίζει τον σκοπό των συγκεκριμένων απαιτήσεων εκτέλεσης συμβάσεων προμηθειών με άλλον συγκεκριμένο τρόπο λιγότερο περιοριστικό για την ανάπτυξη του ανταγωνισμού x) ούτε ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι έχει μεν εκτελέσει τις απαιτούμενες συμβάσεις προμήθειας σε βάθος της προηγούμενης τριετίας πλην όμως έχει προμηθεύσει λαμπτήρες όχι πανομοιότυπους με το αντικείμενο της διακήρυξης αλλά άλλους που κατέστησαν παρωχημένοι εν των μεταξύ λόγω της τεχνολογικής εξέλιξης, xi) ούτε ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι οι λαμπτήρες της διακήρυξης δεν διατίθεντο και δεν κυκλοφορούσαν στο εμπόριο κατά την διάρκεια της τελευταίας τριετίας αλλά αντίθετα κυκλοφορούσαν και διατίθεντο μόνον άλλοι λαμπτήρες που είναι ήδη

Αριθμός απόφασης : 114/2018

παρωχημένοι. Για τους λόγους αυτούς, και για τους λόγους που αναφέρονται στην σκέψη 34 και 35, απαραδέκτως προβάλλεται καταρχήν ως αόριστος ο λόγος Β. ΙΙΙ. γ της προσφυγής, και δευτερευόντως άνευ εννόμου συμφέροντος επειδή η προσφεύγουσα δεν επικαλείται αιτιάσεις ούτε αποδεικνύει βλάβη, και ιδία ότι αποκλείσθηκε ή κατέστη ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή της στον διαγωνισμό, εξ αιτίας ακριβώς των πλησσομένων ως παρανόμων όρων 2.2.6 α) β) γ) και 2.2.9.2.Β.4 της διακήρυξης.

48 . Επειδή η προσφεύγουσα προσβάλλει τις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται : **A.** Στα ανωτέρω (σκέψη 13) με αριθμό **1 έως 7** υπό προμήθεια προϊόντα και αφορούν: α) στην απόδοση των φωτιστικών, β) στη θεωρητική ισχύ εισόδου, και στο ανώτατο όριο συνολικής ισχύος συστήματος των φωτιστικών, διότι καθώς ισχυρίζεται δεν τεκμηριώνεται με ποια μεθοδολογία έχουν προκύψει οι συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές και συνεπώς οι συγκεκριμένες προδιαγραφές είναι αυθαίρετες, ατεκμηρίωτες επιστημονικά, και η υιοθέτησή τους πιθανόν να οδηγεί σε υποβάθμιση των συνθηκών φωτισμού ή σε άσκοπο υπερφωτισμό με συνέπειες στην ασφάλεια και την οπτική άνεση των δημοτών. **B.** Στο CCT (θερμοκρασία χρώματος) που απαιτείται σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές « να είναι να είναι μεταξύ 4.000K-5.000K (φως ημέρας για την απόλυτη αισθητική απόδοση των χρωμάτων κατά την διάρκεια της νύχτας Ε.Κ.1194/2012 παρ. 5 το τεχνητό φως πρέπει να υποκαθιστά το φως ημέρας).» Δεν αναφέρεται στην προσφυγή με ποιο από τα υπό προμήθεια προϊόντα συσχετίζεται η επίδικη προδιαγραφή. Από την ενδελεχή επισκόπηση των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης, όπως είναι αναρτημένοι στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού προέκυψε ότι η παραπάνω πλησσομένη προδιαγραφή αφορά στα ανωτέρω (σκέψη 13) με αριθμό **1 έως 7** υπό προμήθεια προϊόντα. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι το ζητούμενο εύρος θερμοκρασίας χρώματος αποτελεί αυθαίρετη ερμηνεία της Ε.Κ. 1194/2012 παρ. 5, αντιτίθεται στις αρχές του οικολογικού σχεδιασμού και πρόκειται να υποβαθμίσει την ποιότητα του παρεχόμενου φωτισμού, επιβαρύνοντας της φωτορύπανση του νυχτερινού ουρανού επηρεάζοντας τον βιολογικό κύκλο των τοπικών οικοσυστημάτων και των δημοτών. **Γ.** Στο εξωτερικό κάλυμμα των μονάδων των διόδων φωτοεκπομπής το οποίο σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές «θα φέρει ειδικές πρισματικές επιφάνειες για την καλύτερη διάχυση του φωτός

Αριθμός απόφασης : 114/2018

και την ελαχιστοποίηση του φαινομένου της θάμπωσης για το μάτι του παρατηρητή». Δεν αναφέρεται στην προσφυγή με ποιο από τα υπό προμήθεια προϊόντα συσχετίζεται η επίδικη προδιαγραφή. Από την ενδελεχή επισκόπηση των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης, όπως είναι αναρτημένοι στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού προέκυψε ότι η παραπάνω πλησσομένη προδιαγραφή αφορά στα ανωτέρω (σκέψη 13) με αριθμό 1 έως 5 υπό προμήθεια προϊόντα. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η συγκεκριμένη προδιαγραφή είναι αυθαίρετη μπορεί να προκαλέσει άσκοπους και άδικους αποκλεισμούς και περιορίζει φωτογραφικά τις συμμετοχές-εναλλακτικές επιλογές προκαλώντας οικονομική ζημία χωρίς ουσιαστικό ποσοτικό ή ποιοτικό όφελος στον Δήμο, και εξ άλλου η ζητούμενη διάχυση του φωτός επιτυγχάνεται μέσω κατάλληλου σχεδιασμού και ότι η αποφυγή της θάμβωσης ελέγχεται με την συμμόρφωση στο πρότυπο EN62471 που ζητείται από τον διαγωνισμό. Δ. Στα ανωτέρω (σκέψη 13) με αριθμό 1 έως 7 υπό προμήθεια προϊόντα και αφορούν στο επίπεδο των LEDs –από 50 έως 100- (μέσης ισχύος έως 2W) εκάστου τούτων. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η συγκεκριμένη απαίτηση αντιτίθεται στις ισχύουσες εθνικές προδιαγραφές σύμφωνα με τις οποίες η ισχύς και το πλήθος των φωτεινών πηγών προκύπτουν από την φωτοτεχνική μελέτη η οποία δεν προσδιορίζει μονοσήμαντα το ίδιο συγκεκριμένο πλήθος φωτεινών πηγών με συγκεκριμένη ισχύ για όλα τα φωτιστικά, αλλά επιλέγεται για το καθένα ο κατάλληλος συνδυασμός αριθμού πηγών LED ώστε να συμμορφώνεται με τα ζητούμενα όρια της αποδιδόμενης φωτεινής ροής και της συνολικής καταναλισκόμενης ισχύος. Επομένως –κατά την προσφεύγουσα- η συγκεκριμένη προδιαγραφή αποκλείει αδικαιολόγητα κάθε άλλο συνδυασμό αριθμού πηγών LED και ισχύος και περιορίζει φωτογραφικά τις συμμετοχές-εναλλακτικές επιλογές προκαλώντας οικονομική ζημία χωρίς ουσιαστικό ποσοτικό ή ποιοτικό όφελος στον Δήμο. Ε. Στα ανωτέρω (σκέψη 13) με αριθμό 1 έως 5 υπό προμήθεια προϊόντα και αναφέρουν ότι «*Το πίσω μέρος του φωτιστικού πρέπει να φέρει πτερυγία απαγωγής της θερμότητας.*» Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η συγκεκριμένη απαίτηση αντιτίθεται στις ισχύουσες εθνικές προδιαγραφές σύμφωνα με τις οποίες δεν είναι υποχρεωτική η ύπαρξη πτερυγίων αλλά η απαγωγή της θερμότητας μπορεί να εξασφαλίζεται και με άλλο τρόπο σχεδίασης του φωτιστικού. Συνεπώς –κατά την προσφεύγουσα- η

Αριθμός απόφασης : 114/2018

συγκεκριμένη προδιαγραφή είναι αυθαίρετη και μπορεί να προκαλέσει άσκοπους και άδικους αποκλεισμούς και περιορίζει φωτογραφικά τις συμμετοχές-εναλλακτικές επιλογές προκαλώντας οικονομική ζημία χωρίς ουσιαστικό ποσοτικό ή ποιοτικό όφελος στον Δήμο. **ΣΤ.** Στα ανωτέρω (σκέψη 13) με αριθμό **1 έως 5** υπό προμήθεια προϊόντα, και αναφέρουν ότι : «*Στο πίσω τμήμα το φωτιστικό να φέρει σύστημα στήριξης το οποίο μπορεί να πάρει κλίση από 0ο έως +15°*». Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η συγκεκριμένη απαίτηση αντιτίθεται στον οικολογικό σχεδιασμό, σύμφωνα με τον οποίο – κατά την προσφεύγουσα- θα έπρεπε να ζητείται άλλη προδιαγραφή και όχι η συγκεκριμένη η οποία είναι αβάσιμη, αυθαίρετη και πρακτικά αχρείαστη. **Ζ.** Στα ανωτέρω (σκέψη 13) με αριθμό **1 έως 5** υπό προμήθεια προϊόντα, και αναφέρουν ότι : « *Το φωτιστικό πρέπει να φέρει τροφοδοτικό με δυνατότητα dimming 0-10V, κατάλληλο για χρήση συστήματος διαχείρισης φωτισμού* ». Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι θα έπρεπε να ζητείται άλλη προδιαγραφή που είναι και η πιο διαδεδομένη και όχι η συγκεκριμένη. Συνεπώς –κατά την προσφεύγουσα- η συγκεκριμένη προδιαγραφή περιορίζει φωτογραφικά τις συμμετοχές-εναλλακτικές επιλογές προκαλώντας οικονομική ζημία χωρίς ουσιαστικό ποσοτικό ή ποιοτικό όφελος στον Δήμο. **Η.** Σε **όλα** τα υπό προμήθεια φωτιστικά (σκέψη 13), και απαιτούν να «*είναι συμμορφωμένο σύμφωνα με τις απαιτήσεις REACH, RoHS.*» Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η συγκεκριμένη απαίτηση δεν αναγράφεται στις ισχύουσες εθνικές προδιαγραφές, η απαίτηση συμμόρφωσης κατά REACH δεν αφορά στο φωτιστικό ως τελικό βιομηχανικό προϊόν για το οποίο ζητείται η συμμόρφωση κατά ROHS και ISO, ως προς τον οικολογικό σχεδιασμό και την περιβαλλοντική προστασία. Συνεπώς –κατά την προσφεύγουσα- η συγκεκριμένη προδιαγραφή είναι άκυρη, υπερβολική, αυθαίρετη μπορεί να προκαλέσει άσκοπους και άδικους αποκλεισμούς και περιορίζει φωτογραφικά τις συμμετοχές-εναλλακτικές επιλογές προκαλώντας οικονομική ζημία χωρίς ουσιαστικό ποσοτικό ή ποιοτικό όφελος στον Δήμο. **Θ.** Στα ανωτέρω (σκέψη 13) με αριθμό **1 έως 7** υπό προμήθεια προϊόντα και απαιτούν : « *Το φωτιστικό πρέπει να φέρει όλα τα απαραίτητα πιστοποιητικά συμμόρφωσης CE (765/2008/EK & ΠΕΤΕΠ 05-07-02-00, προσάρτημα Β64.) τα οποία θα φέρουν το όνομα του κατασκευαστή του τελικού προϊόντος η το όνομα του υποψήφιου προμηθευτή (εξουσιοδοτημένου αντιπρόσωπου εφ' όσον δεν είναι υποψήφιος*

Αριθμός απόφασης : 114/2018

ο ίδιος ο κατασκευαστής 765/2008/EK Κεφ. IV άρθρο 30 παρ.1) ο οποίος καθίσταται ως ο αποκλειστικά υπεύθυνος για την διακίνηση των προϊόντων εντός της αγοράς της E.E., κατά EMC 2014/30/EU και LVD 2014/35/EU φέροντας όλα τα απαιτούμενα πρότυπα EN, έτσι ώστε να διασφαλίζεται πλήρως η ασφαλής λειτουργία αυτού, και αναλυτικότερα να συμμορφώνονται με τα παρακάτω standards ασφαλούς λειτουργίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης:» Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή δημιουργεί σύγχυση και μπορεί να προκαλέσει άσκοπους και άδικους αποκλεισμούς, επειδή δεν είναι δυνατόν η δήλωση συμμόρφωσης CE να φέρει το όνομα του υποψήφιου προμηθευτή, αλλά μόνον το όνομα του κατασκευαστή. **I.** Στον λαμπτήρα ήτοι στο ανωτέρω (σκέψη 13) **με αριθμό 8** υπό προμήθεια προϊόν και απαιτεί : «*Η απόδοση του λαμπτήρα πρέπει να είναι 1100 lm (+/-5%)*» και «*Η θεωρητική ισχύς εισόδου πρέπει να είναι 11 Watts με ανώτατο όριο συνολικής ισχύος συστήματος φωτιστικού 11W (σύμφωνα με τον πίνακα 9 του υπολογιστικού φύλλου).* » Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή είναι αυθαίρετη ατεκμηρίωτη με βάση την επιστημονική μεθοδολογία, το Ευρωπαϊκό Πρότυπο EN 13201 και τις ισχύουσες εθνικές προδιαγραφές, και η και η υιοθέτησή της πιθανόν να οδηγήσει σε υποβάθμιση των συνθηκών φωτισμού ή σε άσκοπο υπερφωτισμό με συνέπειες στην ασφάλεια και την οπτική άνεση των δημοτών. **IA.** Στον λαμπτήρα ήτοι στο ανωτέρω (σκέψη 13) **με αριθμό 8** υπό προμήθεια προϊόν και απαιτεί : «*Ο βαθμός προστασίας νερού σκόνης πρέπει να είναι κατ' ελάχιστο IP 65 έτσι ώστε να διασφαλίζεται η ασφαλής χρήση του λαμπτήρα σε εξωτερικούς χώρους.*» Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή είναι αδύνατη για ένα λαμπτήρα οποιασδήποτε τεχνολογίας στο σύνολό του και ότι θα έπρεπε να είχε τεθεί άλλη προδιαγραφή που να αφορά στην στεγανότητα του συστήματος λαμπτήρας-φωτιστικό σώμα ως σύνολο, και όχι η συγκεκριμένη, και ότι σε περίπτωση τοποθέτησης του ζητούμενου λαμπτήρα σε φωτιστικά κλειστού τύπου η συγκεκριμένη προδιαγραφή είναι υπερβολική και αχρείαστη, αφού η στεγανότητα εξασφαλίζεται από το φωτιστικό, και ότι σε περίπτωση τοποθέτησης του ζητούμενου λαμπτήρα σε φωτιστικά ανοικτού τύπου παρά τη συγκεκριμένη προδιαγραφή ο λαμπτήρας παραμένει εντελώς εκτεθειμένος στις καιρικές συνθήκες, την υγρασία, την διάβρωση, και ότι σε κάθε

Αριθμός απόφασης : 114/2018

περίπτωση με την χρήση του απαιτούμενων λαμπτήρων ακυρώνονται τα αντίστοιχα πιστοποιητικά CE, και ότι αν οι συγκεκριμένοι λαμπτήρες χρησιμοποιηθούν με ακατάλληλα φωτιστικά η συγκεκριμένη προδιαγραφή είναι αυθαίρετη, υπερβολική και αχρείαστη, καθώς και πιθανή αιτία πρόκλησης σοβαρών ζητημάτων ασφαλείας, και γενικά περιορίζει φωτογραφικά τις συμμετοχές-εναλλακτικές επιλογές προκαλώντας οικονομική ζημία χωρίς ουσιαστικό ποσοτικό ή ποιοτικό όφελος στον Δήμο. **ΙΒ.** Στον λαμπτήρα ήτοι στο ανωτέρω (σκέψη 13) **με αριθμό 8** υπό προμήθεια προϊόν και απαιτεί : « *Η θερμοκρασία χρώματος (CCT) του λαμπτήρα πρέπει να είναι μεταξύ 5000K-6000K.* » Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η τοποθέτηση σε 4900 σημεία του Δήμου πηγών φωτός θερμοκρασίας χρώματος > 5000K, αντιτίθεται στις αρχές του οικολογικού σχεδιασμού επηρεάζοντας τον βιολογικό κύκλο των τοπικών οικοσυστημάτων και των δημοτών. Συνεπώς – κατά την προσφεύγουσα- η συγκεκριμένη προδιαγραφή είναι εντελώς αυθαίρετη, μπορεί να προκαλέσει άσκοπους και άδικους αποκλεισμούς και περιορίζει φωτογραφικά τις συμμετοχές-εναλλακτικές επιλογές προκαλώντας οικονομική ζημία χωρίς ουσιαστικό ποσοτικό ή ποιοτικό όφελος στον Δήμο. **ΙΓ.** Στον λαμπτήρα ήτοι στο ανωτέρω (σκέψη 13) **με αριθμό 8** υπό προμήθεια προϊόν και απαιτεί : « *Ο λαμπτήρας πρέπει να φέρει όλα τα απαραίτητα πιστοποιητικά συμμόρφωσης CE(765/2008/EK) τα οποία θα φέρουν το όνομα του κατασκευαστή του τελικού προϊόντος η το όνομα του υποψήφιου προμηθευτή (εξουσιοδοτημένου αντιπρόσωπου εφ' όσον δεν είναι υποψήφιος ο ίδιος ο κατασκευαστής 765/2008/EK Κεφ. IV άρθρο 30 παρ.1) ο οποίος καθίσταται ως ο αποκλειστικά υπεύθυνος για την διακίνηση των προϊόντων εντός της αγοράς της Ε.Ε., κατά EMC 2014/30/EU και LVD 2014/35/EU φέροντας όλα τα απαιτούμενα πρότυπα EN, έτσι ώστε να διασφαλίζεται πλήρως η ασφαλής λειτουργία αυτού, και αναλυτικότερα να συμμορφώνονται με τα παρακάτω standards ασφαλούς λειτουργίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης:» Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή δημιουργεί σύγχυση και μπορεί να προκαλέσει άσκοπους και άδικους αποκλεισμούς, επειδή δεν είναι δυνατόν η δήλωση συμμόρφωσης CE να φέρει το όνομα του υποψήφιου προμηθευτή, αλλά μόνον το όνομα του κατασκευαστή. Εξ άλλου –ισχυρίζεται η προσφεύγουσα- η προδιαγραφή έπρεπε να είχε διατυπωθεί με άλλον τρόπο και ίδια έτσι ώστε*

Αριθμός απόφασης : 114/2018

η σχετική δήλωση συμμόρφωσης CE να καλύπτει την λειτουργία των λαμπτήρων LED σε υπαίθριες συνθήκες, και θα έπρεπε να διασφαλίζεται ότι ο λαμπτήρας δεν θα τοποθετηθεί σε φωτιστικό ακατάλληλο για αυτόν, και εφόσον τούτα δεν διασφαλίζονται, η επίμαχη προμήθεια δεν είναι λύση αναβάθμισης αλλά υποβάθμισης της εγκατάστασης με ανάλογες συνέπειες για την ασφάλεια και την ομαλή λειτουργία της.

49 . Επειδή στις από 2-1-2018 απόψεις της, ειδικότερα επί των τεχνικών προδιαγραφών, η αναθέτουσα αρχή, επικαλούμενη σχετική νομολογία υποστηρίζει ότι: α) η Διοίκηση είναι κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, β) η θέσπιση με την διακήρυξη τεχνικών προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει κατάλληλες για την εξυπηρέτηση των αναγκών της από την φύση τους περιορίζουν τον κύκλο των προσώπων που συμμετέχουν στον διαγωνισμό χωρίς να παραβιάζεται για τον λόγο αυτό ο ανταγωνισμός, εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς δυσχερή την συμμετοχή σε αυτόν, γ) η σκοπιμότητα της θεσπίσεώς τους απaráδεκτα αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό γιατί πλήττουν απαραδέκτως την ακυρωτικώς ανέλεγκτη τεχνική εκτίμηση της αναθέτουσας ως προς την σκοπιμότητα των θεσπιζόμενων τεχνικών προδιαγραφών, δ) η δυνατότητα ευρείας συμμετοχής στον διαγωνισμό δεν συνιστά παρανομία, καθώς η θέσπιση στην διακήρυξη τεχνικών προδιαγραφών τις οποίες ενδεχομένως να μην πληρούν τα προϊόντα ορισμένων προμηθευτών δεν παραβιάζει από μόνη της τους κανόνες του ανταγωνισμού, ε) ο ισχυρισμός περί φωτογραφικών τεχνικών προδιαγραφών είναι αόριστος και απορριπτέος εφόσον δεν κατονομάζεται η φωτογραφιζόμενη εταιρεία, στ) απαραδέκτως ο προτιθέμενος να συμμετάσχει στον διαγωνισμό επιχειρεί υπό την μορφή της αμφισβήτησης της νομιμότητας ορισμένων όρων της διακήρυξης να προδιαγράψει αυτός κατά τις επαγγελματικές του ανάγκες και δυνατότητες τα προς προμήθεια είδη. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι όλες ο τεχνικές προδιαγραφές είναι καθόλα νόμιμες και ήδη κρίθηκαν ως τέτοιες σύμφωνα με την απόφαση 21/2017 ΑΕΠΠ, ιδίως μάλιστα όταν οι επίμαχες τεχνικές

Αριθμός απόφασης : 114/2018

προδιαγραφές αφορούν σε εγκεκριμένους τεχνικούς όρους βάσει του Οδηγού Μελετών του ΚΑΠΕ και του Τ.Π.&Δ. και διατυπώθηκαν ως ελάχιστες τεχνικές προδιαγραφές σύγχρονων φωτιστικών σωμάτων και λαμπτήρων ώστε να ενταχθούν στην χρηματοδότηση του Προγράμματος καθώς και ότι με την προσφυγή της η προσφεύγουσα αβασίμως προσβάλλει τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης διότι θίγει την σκοπιμότητα θέσπισής τους, η οποία δεν αποτελεί αντικείμενο προσφυγής διότι δεν μπορεί να υπαγορευτούν στην αναθέτουσα η στο πρόγραμμα ευρωπαϊκής χρηματοδότησης όροι που εξυπηρετούν το ίδιο ιδιωτικό όφελος. Επίσης, η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι όλες οι προσβαλλόμενες τεχνικές απαιτήσεις είναι νόμιμες και σύμφωνες με το ισχύον εθνικό και κοινοτικό πλαίσιο και ιδία με την Εγκύκλιο 22 Γ.ΔΔ.Ε., Εγκύκλιο 17 ΠΕΤΕΠ 05-07-02-00 παρ. Β64, ΦΕΚ 3347Β και τον Οδηγό Μελετών του Προγράμματος (Ένθετο Α Φεβρ. 2017) του ΚΑΠΕ και του Τ.Π.&Δ., ότι δεν μπορεί να υπαγορευτεί η διακήρυξη βάσει ιδιωτικών συμφερόντων ιδίως για προμήθεια εντασσόμενη σε σχετικό πρόγραμμα ευρωπαϊκής χρηματοδότησης το οποίο έχει θέσει όλες τις τεχνικές προδιαγραφές ως ελάχιστα απαιτούμενα ένταξης στο πρόγραμμα και οι οποίες αυτούσιες έχουν υιοθετηθεί από την διακήρυξη, ότι ο ειδικότερες προδιαγραφές που μπορούσαν να διατυπωθούν από την αναθέτουσα διατυπώθηκαν λαμβάνοντας υπόψιν τις ανάγκες του Δήμου, βάσει του εγκατεστημένου δικτύου του και του υλοποιηθέντος πιλοτικού προγράμματος, και βάσει των ειδικών αναγκών και ότι η προσφεύγουσα δεν αναφέρει καμία ειδική νομοθετική απαίτηση την οποία παραβιάζεται ούτε αναφέρει λόγο αποκλεισμού της που μάλιστα να παραβιάζει την νομοθεσία. Ειδικά για το θέμα της σήμανσης CE υποστηρίζει η αναθέτουσα ότι η προσφυγή παραποιεί την απαίτηση του Κανονισμού 765/2008ΕΚ όπου ορίζεται ότι η σήμανση CE τοποθετείται μόνο από τον κατασκευαστή ή τον εξουσιοδοτημένο αντιπρόσωπό του και αυτό ορίζεται και στην διακήρυξη ρητώς και η οποία ευθέως παραπέμπει στον οικείο Κανονισμό. Σχετικά με τα στοιχεία απόδοσης φωτεινής ροής (lm) και κατανάλωσης (W) των φωτιστικών από 1 έως 7, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι τούτα προκύπτουν με σαφήνεια και λεπτομερώς από το Παράρτημα Β της διακήρυξης, και πρόκειται για το υπολογιστικό φύλλο που έχει εκπονηθεί από την χρηματοδότη αρχή και αναρτήθηκε τον 2^ο του 2017 από το ΚΑΠΕ και το Τ.Π.&Δ, και η χρήση του

Αριθμός απόφασης : 114/2018

αποτελεί προαπαιτούμενο του χρηματοδοτικού προγράμματος από όλες τις αναθέτουσες αρχές που συμμετέχουν στο πρόγραμμα βάσει του οποίου προκύπτουν όλα τα μεγέθη των προδιαγραφών, ότι η τεκμηρίωση και απόδειξη των τιμών της αποδιδόμενης φωτεινής ροής κατά το πρότυπο EN13201 καθώς και της κατανάλωσης ισχύος των νέων φωτιστικών θα προκύπτει ύστερα από πραγματικούς ελέγχους της χρηματοδότης αρχής (μέσω ΚΑΠΕ) σε ετήσια βάση για τα επόμενα 10 έτη, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στις παραγράφους 12 & 13 του οδηγού μελετών του προγράμματος και ότι όσα επικαλείται η προσφεύγουσα για την διάρκεια ζωής διόδων φωτεινής εκπομπής του εργαστηρίου φωτοτεχνίας του ΕΜΠ αφορούν αποκλειστικά και μόνο σε συμβάσεις μελετών και εκτέλεσης έργων και όχι σε συμβάσεις προμήθειας υλικού όπως η επίμαχη διακήρυξη. Σχετικά με την θερμοκρασία χρώματος (CCT) των φωτιστικών σωμάτων και λαμπτήρων, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η απόχρωση του φωτός (ψυχρός ή θερμός φωτισμός) του εξωτερικού φωτισμού των δήμων αποτελεί υποκειμενικό κριτήριο διότι προκύπτει από τις ανάγκες και τις προτιμήσεις της εκάστοτε αναθέτουσας, ότι ακολούθησε την κείμενη κοινοτική νομοθεσία σύμφωνα με την παρ. 5 του ΕΚ 1194/2012 για την επιλογή απόχρωσης φωτισμού παραπλήσιο με το φως ημέρας έτσι ώστε να επιτυγχάνεται η καλύτερη δυνατή αισθητική απόδοση των χρωμάτων κατά την διάρκεια τη νύχτας. Ισχυρίζεται επίσης ότι με την συγκεκριμένη επιλογή απόχρωσης φωτισμού (4000K-6000K) ανταποκρίθηκε πλήρως σε αλληπάλληλες οχλήσεις της Τροχαίας για αποκατάσταση της απόχρωσης του δημοτικού φωτισμού από κίτρινο σε λευκό χρώμα έτσι ώστε να αποφεύγεται η σύγχυση που προκύπτει από την παραποίηση των χρωμάτων κατά την διάρκεια της νύχτας λόγω της απόχρωσης φωτισμού κάτω των 4000K. Επί πλέον υποστηρίζει ότι σύμφωνα με στοιχεία από μελέτες σχετικά με την ασφάλεια των οδηγών προκύπτει ότι η χρήση κατά την διάρκεια της νύχτας απόχρωσης λευκού χρώματος (4000K-6000K) προκαλεί εγρήγορση στο μάτι του οδηγού με άμεσο αποτέλεσμα την δραστική μείωση των ατυχημάτων από το φαινόμενο της υπνηλίας κατά την διάρκεια της οδήγησης. Σχετικά με τους λαμπτήρες LED τύπου E27 της παραγράφου 8 των τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος Α της διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι, προς αποκατάσταση της αλήθειας που επανειλημμένα προσπαθεί να παραποιήσει η προσφεύγουσα,

Αριθμός απόφασης : 114/2018

πρέπει να καταστεί σαφές ότι οι συγκεκριμένοι λαμπτήρες δεν θα τοποθετηθούν εντός κάποιου φωτιστικού σώματος, όπως παραπλανητικά – κατά την αναθέτουσα αρχή- ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, αλλά σε εξωτερικούς χώρους επί των ξύλινων ιστών (ΦΟΠ) της ΔΕΗ οι οποίοι φέρουν εξωτερικό ανοξειδωτο κάλυκα – ντουί τύπου E27 και χρησιμοποιούν σήμερα λαμπτήρες παλαιάς τεχνολογίας ισχύος 23W με βαθμό προστασίας IP65, ότι οι συγκεκριμένοι ιστοί δεν βρίσκονται εντός του κύριου οδικού δικτύου αλλά σε αγροτικές βοηθητικές οδούς χωρίς ομοιομορφία αποστάσεων μεταξύ τους ή σε αυλές από οικίες και χωράφια, σε σημεία δηλαδή στα οποία δεν μπορεί και δεν απαιτείται η χρήση του προτύπου EN 13201 για εκπόνηση φωτοτεχνικών μελετών, και ότι την τελευταία 5ετία τόσο η αναθέτουσα αρχή όσο και πλειάδα άλλων δήμων της χώρας στα πλαίσια συντήρησης του φωτισμού στους ξύλινους ιστούς (ΦΟΠ) της ΔΕΗ προμηθεύονται παρόμοιου τύπου λαμπτήρες LED με βαθμό προστασίας IP65. Επίσης, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται στις απόψεις της ότι η προσφεύγουσα, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή με έννομο συμφέρον, θα πρέπει να επικαλεστεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτήν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής τον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό, και, σε κάθε περίπτωση, δεν αρκεί η απλή επίκληση παρανομίας ή παράβασης διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου. Συναφώς, ο ισχυρισμός για παράλειψη θεσπίσεως στην προκήρυξη όρων, ασκείται χωρίς έννομο συμφέρον, εφόσον η προσφεύγουσα δεν επικαλείται βλάβη από την θέσπιση αυτών και μάλιστα συνδεδεμένη με τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό ούτε με τη διαδικασία επιλογής ή τα κριτήρια αναδείξεως της ως αναδόχου, αλλά ανάγεται στην πληρότητα της εκπονηθείσης μελέτης. Τέλος, επισημαίνει η αναθέτουσα αρχή ότι η διακήρυξη αφορά σε υλοποίηση πιλοτικού Προγράμματος ευρωπαϊκής συγχρηματοδότησης και ο Δήμος Θάσου εντάχθηκε επιτυχώς σε αυτό με απαιτήσεις τεχνικές αλλά και επάρκειας των υποψήφιων προμηθευτών υψηλού επιπέδου και ιδιαίτερης αυστηρότητας, ώστε να παρέχονται όλες οι εγγυήσεις σε βάθος 10ετίας του επιλεγόμενου προμηθευτή έναντι του Δημοσίου και των φορέων χρηματοδότησης ενός έργου πνοής για τα οικονομικά του Δημοσίου (ΟΤΑ) και

Αριθμός απόφασης : 114/2018

για το περιβάλλον. Τέλος, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι οι απαιτήσεις τέθηκαν ώστε να διασφαλισθεί ο έμπειρους προμηθευτής που ο ίδιος θα πληροί απαιτήσεις αξιοπιστίας και ο ίδιος θα υλοποιήσει την προμήθεια αποφεύγοντας φαινόμενα υποκατάστασης.

50 . Επειδή η προσφεύγουσα, στον λόγο Β.ΙΙΙ.δ της προσφυγής, δεν επικαλείται βλάβη από τις συγκεκριμένες προσβαλλόμενες τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, δηλαδή, δεν επικαλείται ότι οι συγκεκριμένες – πλημμελείς κατ’ αυτήν- τεχνικές προδιαγραφές αποκλείουν ή καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό (ΣΤΕ 725/2009), ούτε ότι ο συγκεκριμένος –πλημμελής κατά την προσφυγή- όρος της διακήρυξης κατέστησε ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή την υποβολή προσφοράς εκ μέρους της. Η προσφεύγουσα δεν επικαλείται στην προσφυγή ι) ούτε ότι η ίδια πράγματι προτίθεται να συμμετάσχει στον διαγωνισμό ιι) ούτε ότι εξ αιτίας των πλημμελών και παράνομων –κατ’ αυτήν- τεχνικών προδιαγραφών αποκλείεται της συμμετοχής στον διαγωνισμό ούτε ότι καθίσταται εξαιρετικά δυσχερής η συμμετοχή της στον διαγωνισμό ν) ούτε με ποιόν τυχόν άλλο τρόπο οι συγκεκριμένες προσβαλλόμενες τεχνικές προδιαγραφές αποκλείουν την συμμετοχή της από τον διαγωνισμό νι) ούτε ότι οι συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές της προξενούν συγκεκριμένη ζημία ή βλάβη άμεση ατομική και ενεστώσα και ίδια ότι ο αποκλείουν ή καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή της στον διαγωνισμό, και επειδή εξ άλλου αορίστως και απαραδέκτως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ι) ότι οι παραπάνω τεχνικές προδιαγραφές είναι φωτογραφικές, καθόσον δεν κατονομάζεται ο φωτογραφικός ευνοούμενος από αυτές οικονομικός φορέας (ΔΕφΘεσσαλ 111/2013, ΑΡΜ 2013, 1964, ΔΕφΑΘ 226/2013, ΝΟΜΟΣ), και ιι) ότι οι παραπάνω τεχνικές προδιαγραφές προσκρούουν στον νόμο επειδή δεν αναφέρεται ρητώς και σαφώς σε ποιες συγκεκριμένες διατάξεις προσκρούουν. Για τους λόγους αυτούς, και για τους λόγους που αναφέρονται στην σκέψη 34 και 35, απαραδέκτως προβάλλεται καταρχήν ως αόριστος και δευτερευόντως με βάση τα ως άνω εκτεθέντα άνευ εννόμου συμφέροντος και, άρα, απορριπτέος ο λόγος Β. ΙΙΙ. δ της προσφυγής.

51. Επειδή, η προσφεύγουσα επιχειρεί να θεμελιώσει το έννομο συμφέρον της στον ισχυρισμό της ότι είναι η μεγαλύτερη στην Ελλάδα

Αριθμός απόφασης : 114/2018

εταιρεία που δραστηριοποιείται στο πεδίο των υπό προμήθεια προϊόντων (σκέψη 15).

52. Επειδή, σε κάθε περίπτωση βάσει της λεκτικής διατύπωσης του άρθρο 346 και 360 του Ν. 4412/2016 « έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία ...» το έννομο συμφέρον μπορεί να θεμελιωθεί επί τη βάση της βλάβης ή της ενδεχόμενης βλάβης, εφόσον, παρέχεται επαρκής τεκμηρίωση των λόγων που αποδεικνύουν με ενάργεια τον υπάρχοντα ή επικείμενο κίνδυνο.

53. Επειδή, για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος, κρίσιμη είναι η επίκληση από την προσφεύγουσα και η εξέταση από την ΑΕΠΠ της βλάβης της προσφεύγουσας λόγω του επικαλούμενου επικείμενου αποκλεισμού της ίδιας από τη διαγωνιστική διαδικασία ή η εξαιρετική δυσχέρεια περί την υποβολή προσφοράς από την ίδια, αιτιωδώς συνδεόμενη με τους πλησσομένους ως πλημμελείς όρους της διακήρυξης, ισχυρισμοί που δεν επικαλείται η προσφεύγουσα.

54. Επειδή όσο σοβαρές και εάν είναι οι εικαζόμενες πλημμέλειες που επικαλείται η προσφεύγουσα, παρέλκει η εξέταση της βασιμότητάς τους καθόσον προϋποθέτει την άσκηση παραδεκτής προσφυγής.

55 . Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

56 . Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

57. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Αριθμός απόφασης : 114/2018

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 29^η Ιανουαρίου 2018 και εκδόθηκε την 15^η Φεβρουαρίου 2018 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Ειρήνη Ε. Αψοκάρδου

Σταμάτιος Μαλινδρέτος