

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Διαδικασία Προσωρινής Προστασίας

Συνήλθε στην έδρα της στις 3 Φεβρουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση:
Νικόλαος Σαββίδης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και
Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από
22.01.2021 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού
Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-
Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 190/25.01.2021 της
εταιρίας με την επωνυμία « *** », με δ.τ. « *** », νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του *** και των όρων της με αριθ. πρωτ. *** Διακήρυξης με
αντικείμενο την «***».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα
επιδιώκει την ακύρωση των όρων της υπ'αριθ. *** Διακήρυξης με αντικείμενο
την «***».

2. Επειδή, ο *** *** με την υπ'αριθ. *** Διακήρυξη προκήρυξε διεθνή,
δημόσιο, ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με αντικείμενο την
Προμήθεια και εγκατάσταση φωτιστικών σωμάτων τύπου Led για την
ενεργειακή αναβάθμιση του δημοτικού οδοφωτισμού και των εξωτερικών
κοινόχρηστων χώρων του Δήμου, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον
συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά όπως αυτή προσδιορίζεται

Αριθμός Απόφασης : Α23 / 2021

βάσει του κόστους, με χρήση προσέγγισης κόστους – αποτελεσματικότητας με κοστολόγηση του κύκλου ζωής, προϋπολογισθείσας αξίας 2.381.199,50 πλέον Φ.Π.Α. Αναλυτικότερα με την εν λόγω Διακήρυξη προβλέπεται η προμήθεια με εγκατάσταση σε πλήρη λειτουργία:

1. Τετρακοσίων εβδομήντα οχτώ (478) φωτιστικών σωμάτων τύπου LED, επί ιστού έως 125,45W σε αντικατάσταση των παλαιών συμβατικών φωτιστικών σωμάτων επί ιστού με λαμπτήρα 250W που υπάρχουν σήμερα.
2. Σαράντα δυο (42) φωτιστικών σωμάτων τύπου LED, επί ιστού έως 95,45W σε αντικατάσταση των παλαιών συμβατικών φωτιστικών σωμάτων επί ιστού με λαμπτήρα 250W που υπάρχουν σήμερα.
3. Τριακοσίων δέκα εννιά (319) φωτιστικών σωμάτων τύπου LED, επί ιστού έως 76,19W σε αντικατάσταση των παλαιών συμβατικών φωτιστικών σωμάτων επί ιστού με λαμπτήρα 250W που υπάρχουν σήμερα.
4. Πεντακοσίων είκοσι έξι (526) φωτιστικών σωμάτων τύπου LED επί ιστού έως 55,24W σε αντικατάσταση των παλαιών συμβατικών φωτιστικών σωμάτων επί ιστού με λαμπτήρα 250W που υπάρχουν σήμερα.
5. Τριάντα δυο (32) φωτιστικών σωμάτων τύπου LED, επί ιστού έως 37,14W σε αντικατάσταση των παλαιών συμβατικών φωτιστικών σωμάτων επί ιστού με λαμπτήρα 125W που υπάρχουν σήμερα.
6. Χιλίων διακοσίων ένα (1.201) φωτιστικών σωμάτων τύπου LED, αξονικού καλλωπιστικού τύπου καμπάνας, έως 83,48W σε αντικατάσταση των παλαιών συμβατικών φωτιστικών με λαμπτήρες των 250W που υπάρχουν σήμερα.
7. Πεντακοσίων δέκα πέντε (515) φωτιστικών σωμάτων τύπου LED, καλλωπιστικού τύπου, κορυφής επί ιστού έως 45W με κατάλληλο αντάπτορα προσαρμογής στους υφιστάμενους ιστούς σε αντικατάσταση των παλαιών συμβατικών φωτιστικών με λαμπτήρες των 150W που υπάρχουν σήμερα.
8. Είκοσι εννέα (29) φωτιστικών σωμάτων τύπου LED, καλλωπιστικού τύπου, κορυφής επί ιστού έως 40W με κατάλληλο αντάπτορα προσαρμογής στους υφιστάμενους ιστούς σε αντικατάσταση των παλαιών συμβατικών φωτιστικών με λαμπτήρες των 210W που υπάρχουν σήμερα.
9. Διακοσίων (200) φωτιστικών σωμάτων τύπου LED, καλλωπιστικού τύπου, κορυφής επί ιστού έως 40W με κατάλληλο αντάπτορα προσαρμογής στους υφιστάμενους ιστούς σε αντικατάσταση των παλαιών συμβατικών φωτιστικών με λαμπτήρες των 140W που υπάρχουν σήμερα.
10. Τριακοσίων πενήντα εννιά (359) φωτιστικών σωμάτων τύπου LED, καλλωπιστικού τύπου, κορυφής, έως 42W

Αριθμός Απόφασης : Α23 / 2021

με κατάλληλο αντάππορα προσαρμογής στους υφιστάμενους ιστούς σε αντικατάσταση των παλαιών συμβατικών φωτιστικών με λαμπτήρες των 70W που υπάρχουν σήμερα. 11. Δέκα (10) φωτιστικών σωμάτων (προβολέων) τύπου LED, έως 188,24W με ειδική βάση στήριξης, σε αντικατάσταση των παλαιών συμβατικών προβολέων με λαμπτήρα 1000W που υπάρχουν σήμερα. 12. Δώδεκα (12) φωτιστικών σωμάτων (προβολέων) τύπου LED, έως 76,47W με ειδική βάση στήριξης, σε αντικατάσταση των παλαιών συμβατικών προβολέων με λαμπτήρα 400W που υπάρχουν σήμερα. 13. Τριάντα (30) λαμπτήρων LED τύπου E27 εξωτερικών χώρων (IP65) έως 10,95W Watt, σε αντικατάσταση των παλαιών λαμπτήρων οικονομίας των 23W που υπάρχουν σήμερα. 14. Τριάντα δυο (32) βραχιόνων στήριξης κυκλικής διατομής Φ60mm. Η εν λόγω σύμβαση δεν υποδιαιρείται σε τμήματα. Προσφορές υποβάλλονται για το σύνολο της προμήθειας διότι αφορά μια ενιαία επένδυση αντικατάστασης φωτισμού, με αντικείμενο την συνολική εξοικονόμηση ενέργειας και την βελτίωση του περιβάλλοντος, μέσω της συνολικής μείωσης των εκπομπών ρύπων και αφορά σε ένα ενιαίο δίκτυο φωτισμού εντός της γεωγραφικής περιφέρειας του Δήμου. Η διακήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 29.12.2020, το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 29.12.2020, με ΑΔΑΜ *** . και επίσης στις 29.12.2020 καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. όπου έλαβε το Συστημικό Αριθμό *** . Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 08.02.2021 και ως ημερομηνία αποσφράγισης αυτών η 12.02.2021.

3. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016, ήτοι ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *** ποσού έντεκα χιλιάδων εννιακοσίων έξι ευρώ (11.906,00 €), το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0.5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας της δημοπρατούμενης σύμβασης.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 2.381.199,50 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης,

Αριθμός Απόφασης : Α23 / 2021

εμπήπτει 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 υπόψη Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η τεκμαιρόμενη γνώση αυτής επήλθε μετά την πάροδο δεκαπέντε ημερών από την δημοσίευσής της στο ΚΗΜΔΗΣ (29.12. 2020), ήτοι επήλθε στις 13.01.2021, οπότε και εκκίνησε η προθεσμία των 10 ημερών για την άσκησή της, η οποία έληξε στις 23.01.2021, συμπίπτοντας όμως με μη εργάσιμη ημέρα νομίμως παρεκτάθηκε για την επόμενη εργάσιμη, ήτοι έληξε στις 25.01.2021, επομένως η υπόψη Προσφυγή εμπροθέσμως ασκήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 22.01.2021.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της υπόψη Προσφυγής στο γεγονός ότι επιθυμεί αληθώς να υποβάλλει προσφορά στο διαγωνισμό αφού δραστηριοποιείται αποδεδειγμένα στην σχετική αγορά δημοσίων συμβάσεων και διαθέτει όλα τα εχέγγυα και την αξιοπιστία να εκτελέσει άρτια την δημοπρατούμενη σύμβαση. Κατά τους ισχυρισμούς της, απόδειξη του ενδιαφέροντος συμμετοχής της στο διαγωνισμό και της εν γένει δραστηριοποίησής της στην σχετική αγορά συνιστά η έως τώρα συμμετοχή της σε συναφούς αντικείμενου δημοπρατήσεις ανά την Ελλάδα αυτοτελώς. Έτι περαιτέρω, το νομίμως δημοσιευμένο καταστατικό της διαλαμβάνει μεταξύ άλλων και ως σκοπό της εταιρείας την εμπορία, αντιπροσωπεία, μεσιτεία εν γένει ηλεκτρολογικού υλικού, όπου περιλαμβάνεται και η εμπορία Φωτιστικών σωμάτων και Λαμπτήρων τεχνολογίας LED. Επιπλέον, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι είναι εγγεγραμμένη στο οικείο Εμπορικό και Βιομηχανικό Επιμελητήριο *** (Αριθμός Μητρώου ***) με αντικείμενο μεταξύ άλλων το χονδρικό εμπόριο ηλεκτρολογικού υλικού και φωτιστικού εξοπλισμού, ήτοι αντικείμενο συναφές του διαγωνισμού. Ενόψει των ανωτέρω, η αποξένωσή της και η αποστέρηση του δικαιώματος συμμετοχής της καθ' ο μέρος ερείδεται στα προσβαλλόμενα άρθρα και στοιχεία της διακήρυξης, ήτοι σε μη νόμιμους όρους, ως καταρχήν ασαφή και περαιτέρω ενόψει της διευκρινήσεως ουσιωδώς αντικείμενο στο νόμο, απάδει και αντιβαίνει προδήλως στις προβλέψεις του Ν. 4412/16, που συνιστά το

Αριθμός Απόφασης : Α23 / 2021

ρυθμιστικό πλαίσιο δημοπράτησης, στην ενωσιακή νομολογία και νομοθεσία και στις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού, προξενώντας την ανεπανόρθωτη βλάβη της, αλλά και την βλάβη του Δημοσίου συμφέροντος, ως τέτοιου νοούμενου και του συμφέροντος που επιδιώκεται μέσω της ολοένα μεγαλύτερης συμμετοχής οικονομικών φορέων σε δημόσιους διαγωνισμούς, δοθέντος ότι, όσο ευρύτερη είναι η συμμετοχή, τόσο καλύτερο και το αποτέλεσμα (οικονομικό και τεχνικό) που επιτυγχάνεται για την αναθέτουσα αρχή. Τούτων δοθέντων κατ'αρχήν πιθανολογείται ότι διαθέτει γενικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της παρούσας.

7. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : *«Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368».* 12. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: *«1. Η ΑΕΠΠ μπορεί ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν*

Αριθμός Απόφασης : Α23 / 2021

καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

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

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

10. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, δεν θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

11. Επειδή, με την Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση των όρων της Διακήρυξης, υποστηρίζοντας τα εξής : Πρώτον, προσβάλλει ως μη νόμιμη την απαίτηση ύπαρξης γενικού κύκλου εργασιών που να καλύπτει το διπλάσιο του ύψους του προϋπολογισμού (αρ. 2.2.5.1) συνδυαστικά με την απαίτηση ύπαρξης ειδικού κύκλου εργασιών που να καλύπτει το ύψος του προϋπολογισμού της προμήθειας (αρ. 2.2.5.2) και ύπαρξη πιστοληπτικής ικανότητας ίσης τουλάχιστον με το ύψος του ποσού του προϋπολογισμού (αρ. 2.2.5.3). Κατά την προσφεύγουσα, η ανωτέρω περιλαμβανόμενη στην προσβαλλόμενη διακήρυξη απαίτηση που απαιτεί οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν μέσο γενικό ετήσιο κύκλο

Αριθμός Απόφασης : Α23 / 2021

εργασιών για τις τρεις προηγούμενες χρήσεις, ο οποίος να καλύπτει το διπλάσιο του ύψους προϋπολογισμού και ειδικό κύκλο εργασιών (σχετικό με το αντικείμενο της σύμβασης) κατά τις ίδιες χρήσεις αθροιστικά το ύψος του προϋπολογισμού μπορεί σε πρώτη ερμηνεία να θεωρηθεί ότι κινείται εντός του προβλεπόμενου πλαισίου των απαιτήσεων που περιγράφονται στο άρθρο 75 του ν. 4412/2016 αλλά έχει κριθεί σε πολλές άλλες περιπτώσεις και μάλιστα από Πράξεις Κλιμακίων του Ελεγκτικού Συνεδρίου (βλ. 184, 235 και 378/2020 Πράξεις του ΣΤ΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου) ως νόμιμο κριτήριο χρηματοοικονομικής ικανότητας η προσκόμιση βεβαιώσεων πιστοληπτικής ικανότητας που να καλύπτουν τουλάχιστον το 20%, το 50% και το 20% αντίστοιχα του προϋπολογισμού. Πλην, όμως, στην προκειμένη περίπτωση, η προσβαλλόμενη διακήρυξη περιλαμβάνει όρους όπου υπάρχει απαίτηση περί του διπλάσιου κατά μέσο όρο γενικού και ειδικού κύκλου εργασιών (έστω και αθροιστικά) κατά την τελευταία τριετία η οποία συνδυάζεται με την προφανώς δυσανάλογη και ασύνηθη απαίτηση η πιστοληπτική ικανότητα του διαγωνιζόμενου να ανέρχεται όχι σε ένα μέρος αλλά στο 100% του ύψους του προϋπολογισμού. Οι όροι αυτοί χρηματοοικονομικής επάρκειας, σωρευτικώς εξεταζόμενοι, δημιουργούν ένα ιδιαίτερα αυστηρά πλαίσιο οικονομικών απαιτήσεων, το οποίο παρίσταται δυσανάλογο σε σχέση με το αντικείμενο και το ύψος του προϋπολογισμού της προσβαλλόμενης διακήρυξης. Το πλαίσιο δε αυτό δύναται αντικειμενικά να δημιουργήσει δυσμενείς διακρίσεις εις βάρος των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων, οι οποίοι διαθέτουν την οικονομική ικανότητα να ανταποκριθούν στο αντικείμενο του διαγωνισμού, δεν διαθέτουν όμως, τις σωρευτικώς απαιτούμενες προϋποθέσεις χρηματοοικονομικής επάρκειας. Δεύτερον, η προσφεύγουσα προσβάλλει ως μη νόμιμη την απαίτηση ύπαρξης του όρου «επί ποινή αποκλεισμού» στις παραγράφους 2.2.5 και 2.2.6 της διακήρυξης, όπου ορίζεται ότι : «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας καθώς και την απαιτούμενη φερεγγυότητα τήρησης της 10ετους εγγυητικής ευθύνης καλής λειτουργίας των υπό προμήθεια υλικών στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται (επί ποινή αποκλεισμού):(αρ. 2.2.6)». Τρίτον, η προσφεύγουσα προσβάλλει ως μη νόμιμες τις απαιτήσεις του Παραρτήματος Α της Διακήρυξης, και ειδικότερα της με Α.Μ.45/2020 Μελέτης που αφορά τις

Αριθμός Απόφασης : Α23 / 2021

τεχνικές προδιαγραφές προσφερόμενων προϊόντων στοιχεία 1 έως 12, ως εξής : Κατ'αρχήν, κατά την προσφεύγουσα, μη νομίμως προβλέπεται στα σημεία 1 έως 12 των τεχνικών προδιαγραφών της Μελέτης με Α.Μ. 45/2020 ότι: «.. Το εύρος τάσης εισόδου για την προστασία και απρόσκοπτη λειτουργία του φωτιστικού από διακυμάνσεις του ηλεκτρικού ρεύματος κα ρεύματα αιχμής πρέπει να κυμαίνεται από 120V AC έως 227V AC...». Εν προκειμένω, με τον επίμαχο όρο της διακήρυξης μειώνεται αδικαιολόγητα ο ανταγωνισμός, χωρίς αιτιολογία και εύλογη αιτία, καθώς αποκλείονται a priori τα Ευρωπαϊκά Προϊόντα εις βάρος προϊόντων τρίτων χωρών (πχ Ασιατικών). Κι αυτό, γιατί κατά παράβαση της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του νόμου 4412/2016, εξαιτίας του όρου αυτού, δεν καθίσταται δυνατή η υποβολή προσφορών που αντικατοπτρίζουν την ποικιλία των τεχνικών προδιαγραφών στην αγορά, αναφορικά με το εύρος διακύμανσης της τάσης εισόδου. Τούτο δε, καθώς με τον επίμαχο όρο, περιορίζεται τεχνητά ο ανταγωνισμός, μέσω της εν λόγω απαίτησης, η οποία δεν επιτρέπει την υποβολή προσφορών των Ευρωπαϊκών προϊόντων που διατίθενται στην αγορά, αλλά αδικαιολόγητα ζητά να έχει το προϊόν εύρος διακύμανσης 120-277V. Περαιτέρω, ο ως άνω όρος της διακήρυξης είναι μη νόμιμος, καθώς έρχεται σε αντίθεση με την αρχή της αναλογικότητας και την αρχή της ίσης μεταχείρισης, ενώ παράλληλα, περιορίζει και μειώνει αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό μεταξύ των υποψήφιων οικονομικών φορέων. Τούτο δε καθώς, ο ανωτέρω όρος αφενός μεν είναι προδήλως απρόσφορος για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, αφετέρου δε και σε κάθε περίπτωση, υπερβαίνει το απολύτως αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, μέτρο καθώς όπως έχει ήδη επισημανθεί όλα τα προηγμένα Ευρωπαϊκά προϊόντα δεν έχουν τόσο μεγάλο εύρος διακύμανσης , καθώς απευθύνονται σε ανεπτυγμένες αγορές που η τάση του ρεύματος είναι σταθερή με μικρά περιθώρια απόκλισης. Συνακόλουθα τα Ευρωπαϊκά προϊόντα ακολουθούν τις Ευρωπαϊκές οδηγίες κατασκευής και προδιαγραφές με συνέπεια να έχουν εύρος διακύμανσης τάσης εισόδου 230V με απόκλιση 10%, ήτοι 207-253V. Περαιτέρω, κατά την προσφεύγουσα, μη νομίμως αναφέρεται στα σημεία 1-12 των Τεχνικών Προδιαγραφών της Μελέτης ο όρος ότι «..Το φωτιστικό πρέπει να έχει 50 έως 100 LEDs (μέσης ισχύος)....» (σε κάθε σημείο υπάρχει αντίστοιχη διαφοροποίηση των ορίων). Το ανώτερο εύρος τεμαχίων LEDs κυμαίνεται σε

Αριθμός Απόφασης : Α23 / 2021

κάθε σημείο ανάλογα με το φωτιστικό (πχ. σημείο 1. 50-100 LEDs, σημείο 2. 40-90 LEDs, σημείο 3. 30-70 LEDs, σημείο 4. 20-40 LEDs, σημείο 5. 15-30 LEDs, σημείο 6. Ελάχιστο 80 LEDs, σημείο 7. 20-40 LEDs, σημεία 8. και 9. 30-100, LEDs ,σημείο 10. 20-80 LEDs , σημείο 11. 90-180 LEDs και σημείο 12. 30-70 LEDs). Ειδικότερα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η θέσπιση ανώτατου ορίου του συνολικού αριθμού φωτοδιοδίων LED ενός φωτιστικού έχει σαν στόχο, την βέλτιστη απαγωγή θερμότητας, ώστε κατά την διάρκεια της λειτουργίας του να μην αναπτύσσει υψηλές θερμοκρασίες σύμφωνα με την απαίτηση της Ευρωπαϊκής οδηγίας περί μείωσης του φαινομένου του θερμοκηπίου και οικολογικού σχεδιασμού στον φωτισμό. Τουναντίον, η απαίτηση κατώτατου ορίου του συνολικού αριθμού φωτοδιοδίων LED ενός φωτιστικού δεν εξυπηρετεί κάποιον σκοπό για την εύρυθμη λειτουργία του Φωτιστικού, παρά μόνο έχει σαν στόχο τον περιορισμό του ανταγωνισμού βγάζοντας εκτός συναγωνισμού άλλες εταιρείες οι οποίες εξασφαλίζουν την βέλτιστη απαγωγή της θερμότητας που αναπτύσσεται στο εσωτερικό του Φωτιστικού Σώματος, με λιγότερες φωτοδιόδους LED από αυτές που απαιτούνται ως κατώτατο όριο, ικανοποιώντας ταυτόχρονα εξίσου τις απαιτήσεις για την εύρυθμη λειτουργία του Φωτιστικού με ότι αυτό συνεπάγεται. Η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε να θέσει μόνο ανώτατη τιμή και να μη θέσει κατώτατη τιμή. Με τον τρόπο αυτό θα εξυπηρετούσε με τον καλύτερο δυνατό τρόπο τις συνθήκες ενός υγιούς ανταγωνισμού , όπως άλλωστε προβλέπεται από το ενωσιακό δίκαιο και έχουμε αναπτύξει ανωτέρω. Τέλος, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι μη νομίμως αναφέρεται στα σημεία 1-12 των Τεχνικών Προδιαγραφών της Μελέτης ο όρος ότι : «..Η απόδοση του φωτιστικού πρέπει να είναι 13.800lm (+/-5%) σύμφωνα με το διεθνές πρότυπο IES-LM-79- 08....». Το ανώτερο εύρος κυμαίνεται σε κάθε σημείο ανάλογα με το φωτιστικό (πχ. σημείο 1. 13800lm, σημείο 2. 10.500lm, σημείο 3. 8000lm, σημείο 4. 5800lm, σημείο 5. 3.900lm, σημείο 6. 9.600lm, σημείο 7. 3.600lm, σημεία 8 και 9 3.800lm, ,σημείο 10 4.200lm , σημείο 11. 16.000lm και σημείο 12. 6.500lm). Κατά την προσφεύγουσα, η ισχύς (Watt) και η φωτεινή ροή ή φωτεινή ισχύς (Lumen,lm) είναι δύο διαφορετικά μεγέθη που χαρακτηρίζουν ένα φωτιστικό. Η ισχύς (Watt) υποδηλώνει την ποσότητα ηλεκτρικής ενέργειας που καταναλώνει όταν λειτουργεί και για τον λόγο αυτό έχει καθιερωθεί σε Διαγωνισμούς «Ενεργειακής Αναβάθμισης» η απαίτηση ανώτατου ορίου. Η

Αριθμός Απόφασης : Α23 / 2021

ενεργειακή απόδοση αναφέρεται στο ποσό της φωτεινής ροής που αποδίδεται για κάθε watt καταναλισκόμενης ηλεκτρικής ισχύος (lm/W) και επίσης εΐθισται σε Διαγωνισμούς «Ενεργειακής Αναβάθμισης» η απαΐτηση καΰτατου ορίου. Η εν λόγω απαΐτηση για 13.800lm ($\pm 5\%$) (όπως προβλέπει στο σημείο 1 των Τεχνικών Προδιαγραφών) καθώς και η θεωρητική ισχύς εισόδου 120W με ανΰτατο όριο συνολικής ισχύος συστήματος φωτιστικού 125,45W, δηλώνει μια φωτεινή απόδοση μεταξύ 109 – 115 lm/W. Διατηρώντας την ΐδια στάθμη και ποιότητα στο φωτισμό (πχ δρόμων) τα lm/W καθορίζουν ποιο φωτιστικό ΐναι το πιο οικονομικό σε λειτουργία. Συνεπΰς με τον περιορισμό αυτό, φωτιστικά με αρκετά υψηλότερη φωτεινή απόδοση (125lm/W) που κυριαρχούν πλέον στην αγορά, αποκλείονται από τη διαγωνιστική διαδικασία με αποτέλεσμα να επιλέγονται φωτιστικά πιο κοστοβόρα ως προς την κατανάλωση ενέργειας με συνέπεια να μειώνεται σημαντικά το οικονομικό όπως και το περιβαλλοντικό όφελος που πρόκειται να επέλθει στον εν λόγω Δήμο περιορίζοντας ουσιαστικά την θεμιτή και ζητούμενη Ενεργειακή Αναβάθμιση. Σύμφωνα με το Άρθρο 1.3 της Διακήρυξης (Συνοπτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης), αντικείμενο της σύμβασης ΐναι η βελτίωση του Περιβάλλοντος μέσω της μείωσης των εκπομπών ρύπων, η βελτίωση της ενεργειακής αποδοτικότητας στις δημοτικές εγκαταστάσεις οδοφωτισμού καθώς και η αναβάθμιση του φωτισμού σε υποφωτισμένες οδούς του Δήμου. Η ανωτέρω περιγραφή έρχεται σε ευθεία αντίθεση με τις προτεινόμενες Τεχνικές Προδιαγραφές των Φωτιστικών Σωμάτων (Παράρτημα Α της Διακήρυξης) οι οποίες προδιαγράφουν φωτιστικά σώματα παρωχημένης τεχνολογίας με τη σημερινή βάζοντας περιοριστικό όρο ως προς το εύρος της φωτεινής απόδοσης (lumen) και ως προς το εύρος της συνολικής ισχύος του φωτιστικού (Watt). Συνεπΰς ο αποκλεισμός συμμετοχής στο διαγωνισμό Φωτιστικών Σωμάτων νέας τεχνολογίας με ενεργειακή αποδοτικότητα μεγαλύτερη των προδιαγραφόμενων, επιφέρει στο Δήμο ένα πολύ μεγάλο κόστος τόσο περιβαλλοντικό όσο και οικονομικό. Συνακόλουθα οι ανωτέρω β και γ όροι των τεχνικών προδιαγραφών όπως αναλύθηκαν ΐναι μη νόμιμοι και πρέπει να ακυρωθούν. Για όλους τους ανωτέρω λόγους, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπόψη διακήρυξης, σωρεύοντας παράλληλα αίτημα αναστολής

Αριθμός Απόφασης : Α23 / 2021

προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής της.

12. Επειδή, ενόψει των επικαλούμενων αιτιάσεων που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση προσφυγή καθίσταται προφανές ότι απαιτείται ενδελεχής μελέτη του αντικειμένου της δημοπρατούμενης σύμβασης όπως και εξέταση των ειδικότερων όρων και προδιαγραφών της διακήρυξης, υπό το φως της κείμενης νομοθεσίας και νομολογίας, σε κάθε δε περίπτωση εμπεριέχεται τεχνική κρίση που δε μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 41/2015, 46/2015).

13. Επειδή, α) η υπό κρίση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, β) πιθανολογείται βλάβη της προσφεύγουσας από την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και συγκεκριμένα από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησής τους, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης.

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

Αριθμός Απόφασης : Α23 / 2021

της αμφισβήτησης της νομιμότητας των όρων της διακήρυξης του διαγωνισμού, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας σε βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω. Συνεπώς, λόγοι ασφάλειας δικαίου επιτάσσουν την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε να αποφευχθεί, στο μεσοδιάστημα έως την οριστική απόφαση επί της υπόψη Προσφυγής, η έκδοση τυχόν μεταγενέστερων πράξεων που ενδέχεται να οδηγήσουν σε επόμενο στάδιο ανώφελων προσφυγών και ως εκ τούτου εν τοις πράγμασι σε σημαντική καθυστέρηση στην ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας.

15. Επειδή, πέραν των ανωτέρω, όπως προκύπτει από την συνολική επισκόπηση του φακέλου, συντρέχει περίπτωση αναστολής της συνέχισης της διαγωνιστικής διαδικασίας προκειμένου το Κλιμάκιο να προχωρήσει στην διεξοδική εξέταση των αιτιάσεων της προσφεύγουσας και προκειμένου να μην δημιουργηθούν ανεπανόρθωτες καταστάσεις ως προς την εξέλιξη του διαγωνισμού σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί της Προδικαστικής Προσφυγής ότι μη νόμιμα η Αναθέτουσα Αρχή διενεργεί τον υπό κρίση διαγωνισμό με μη σύννομους όρους.

16. Επειδή, ως εκ τούτου, κατόπιν σταθμίσεως του δημοσίου συμφέροντος, λαμβανομένου όμως υπόψιν ότι εξίσου σημαντική πτυχή της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος είναι και η εξασφάλιση της νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη, καθότι η χορήγηση αναστολής - ορισμού προσωρινών μέτρων σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων ή δύσκολα αναστρέψιμων καταστάσεων.

17. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό μέτρο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας, είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαγωνιστική διαδικασία,

Αριθμός Απόφασης : Α23 / 2021

ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο και ολοκλήρωση αυτής.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. *** Διακήρυξη του *** με αντικείμενο την « ***», και δη την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, μέχρι την έκδοση και δημοσίευση απόφασης επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 3 Φεβρουαρίου 2021 και εκδόθηκε στις 4 Φεβρουαρίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Νικόλαος Σ. Σαββίδης

Αλεξάνδρα Κ. Παπαχρήστου