

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 1^η Δεκεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 25.10.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ **1655/27.10.2023** του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (στο εξής «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στον ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

-Του ... (στο εξής «η αναθέτουσα αρχή») νόμιμα εκπροσωπούμενου.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της Διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής με αριθμό .../05.10.2023 για τους λόγους που αναλυτικά αναφέρει στην προσφυγή της.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 2.605,72 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).

2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, με αριθμό .../05.10.2023 προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την «...» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 521.144,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό

Αριθμός Απόφασης: 1897/2023

της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 10η.11.2023. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 10.10.2023 (ΑΔΑΜ: ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α

3. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 25.10.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 10.10.2023 β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

4. Με την Πράξη του Προέδρου του 1ου Κλιμακίου με αριθμό 1978/2023 ορίστηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής, ενώ στις 03.11.2023 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπρόθεσμα τις απόψεις της με αριθμό πρωτοκ. 72320/3965/3-11-2023, με τις οποίες ζητά την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής.

5. Η προσφεύγουσα κατέθεσε εμπρόθεσμα στις 08.11.2023 το Υπόμνημά της με όμοια ημερομηνία για την αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Στη συνέχεια η αναθέτουσα αρχή κατέθεσε συμπληρωματικές απόψεις με αριθμό πρωτοκ. 75834/4190/16-11-2023 στις 16.11.2023, επί των οποίων κατέθεσε συμπληρωματικό Υπόμνημα η προσφεύγουσα στις 17.11.2023.

6. Κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 346 (παρ. 1 και 2) και 360 (παρ. 1) του ν. 4412/2016, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της σχετικής Διακήρυξης, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση με έννομο συμφέρον, σε περίπτωση που δεν υποβάλει προσφορά εντός της προθεσμίας υποβολής της, να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της Διακήρυξης ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του ανάδοχου ή τα

εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΕΑ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον του για την προσβολή της Διακήρυξης με αίτηση ακύρωσης διατηρείται μόνον εφόσον προβάλλει, με ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, ότι η Διακήρυξη περιλαμβάνει όρο, ο οποίος αποκλείει παρανόμως τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό ή καθιστά ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής (βλ. ΣτΕ 1259/2019, 4606/2012, 1987/2011). Η επίκληση δε τέτοιων ειδικών και συγκεκριμένων ισχυρισμών προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αιτούντος απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων της Διακήρυξης, όσο και κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητά της (ΣτΕ 2631/2020).

7. Περαιτέρω, η διατύπωση του άρθρου 360 παρ. 1 ν. 4412/2016, δεν αναιρεί, αλλά αντίθετα επιβεβαιώνει και ενσωματώνει την πάγια δικονομική αρχή ότι το έννομο συμφέρον για άσκηση ενδίκου βοηθήματος, και στην προκειμένη περίπτωση ενδικοφανούς προσφυγής, πρέπει να είναι προσωπικό, άμεσο και ενεστώς. Έτσι, κατά την παραπάνω διάταξη η έννοια του «συμφέροντος» ταυτίζεται ως προς το περιεχόμενό της με την παγία έννοια του «εννόμου συμφέροντος» όπως αυτή έχει διαμορφωθεί στα πλαίσια της διοικητικής δικονομίας και της ακυρωτικής δίκης.

8. Όπως προκύπτει από το περιεχόμενο της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα, προκειμένου να θεμελιώσει το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής, με τους αναλυτικούς ισχυρισμούς που παραθέτει προβάλλει ότι δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της προμήθειας ελαστικών, το οποίο συμπίπτει με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και επομένως έχει εύλογο ενδιαφέρον να συμμετάσχει στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, εμποδίζεται όμως λόγω των προσβαλλόμενων όρων της Διακήρυξης, οι οποίοι κατά την κρίση της είναι παράνομοι και δεν εξασφαλίζουν την ισότιμη αξιολόγηση των

διαγωνιζομένων στη βάση των αρχών του υγιούς ανταγωνισμού. Επομένως, η προσφεύγουσα περιλαμβάνεται καταρχήν στον κύκλο των οικονομικών φορέων, που θεμελιώνουν εύλογο ενδιαφέρον να μετάσχουν στον επίμαχο διαγωνισμό.

9. Με τον πρώτο λόγο η προσφεύγουσα βάλλει κατά της απαίτησης που περιλαμβάνεται στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης και στο Κεφάλαιο «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ», η οποία έχει ως εξής: *«Τα ελαστικά όλων των ομάδων θα τοποθετούνται στα οχήματα του Δήμου από τους τεχνίτες ελαστικών του τμήματος Επισκευής και Συντήρησης Μηχανημάτων και Οχημάτων του Δήμου. Ωστόσο υπάρχει η δυνατότητα σε περίπτωση που αυτό κρίνεται σκόπιμο, τα ελαστικά να τοποθετούνται από τον ανάδοχο στις εγκαταστάσεις του. Για αυτό τον λόγο, οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό, θα πρέπει να διαθέτουν συνεργείο αντικατάστασης ελαστικών για ΙΧ και βαρέα οχήματα σε απόσταση (οδικώς) μικρότερη των δέκα χιλιομέτρων από το γκαράζ του Δήμου στην οδό ..., για να αποφεύγεται η υπερβολική κατανάλωση καυσίμων κατά τη μετάβαση των οχημάτων εκεί, αλλά και για να ελαχιστοποιηθεί η διάρκεια έλλειψης των οχημάτων και των οδηγών από την Υπηρεσία. Η παραπάνω απαίτηση δύναται να αποδειχθεί με την κατάθεση εκτύπωσης από το google maps ή αντίστοιχη πλατφόρμα όπου θα αποδεικνύεται η παραπάνω απαίτηση»*. Με τα όσα αναλυτικά εκθέτει η προσφεύγουσα εξειδικεύοντας και τη βλάβη, που υφίσταται από την ισχύ του επίμαχου όρου, ισχυρίζεται ότι η συμμετοχή της στο διαγωνισμό εμποδίζεται λόγω του γεγονότος ότι δεν διαθέτει συνεργείο αντικατάστασης ελαστικών για ΙΧ και βαρέα οχήματα σε απόσταση (οδικώς) μικρότερη των δέκα χιλιομέτρων από το γκαράζ του Δήμου στην οδό ..., όπως απαιτεί η Διακήρυξη θέτοντας παράνομο γεωγραφικό περιορισμό, αλλά διαθέτει μόνο κινητό συνεργείο αντικατάστασης ελαστικών, το οποίο ουσιαστικά δεν απέχει καθόλου από το γκαράζ του Δήμου, εφόσον μπορεί να μετακινηθεί και να καλύψει κάθε ανάγκη που θα προκύψει για αντικατάσταση ελαστικών. Επίσης, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι είναι δυσανάλογο προς τον επιδιωκόμενο στόχο της αναθέτουσας αρχής το γεγονός ότι δεν υπάρχει πρόβλεψη στη Διακήρυξη για

κινητό συνεργείο. Ισχυρίζεται τέλος ότι ο στόχος της ελαχιστοποίησης της κατανάλωσης καυσίμου για την αναθέτουσα αρχή επιτυγχάνεται με την χρήση κινητού συνεργείου, καθώς και ότι ο προσδιορισμός της χιλιομετρικής απόστασης των 10 χλμ είναι αυθαίρετος, δεν επιδρά ουσιωδώς στο αντικείμενο της σύμβασης και είναι επίσης ασαφής, καθώς δεν προσδιορίζεται σε ποιες ακριβώς περιπτώσεις θα ενεργοποιηθεί.

10. Η αναθέτουσα αρχή αντικρούει με τις απόψεις της τα παραπάνω υποστηρίζοντας σχετικά με τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας τα εξής: «Ο όρος για την απόσταση δέκα χιλιομέτρων από το συνεργείο του Δήμου στην οδό ... θέτει ένα υπερβολικά μεγάλο εύρος, καθώς καλύπτει μια τεράστια ακτίνα από την Λεωφόρο ... έως την Λεωφόρο ... στο ύψος του ... κήπου στο ..., ο οποίος τέθηκε προκειμένου να υπάρχει η δυνατότητα να λάβουν μέρος όσο το δυνατό περισσότεροι συμμετέχοντες απευθείας οι ίδιοι ή σαν υπεργολάβοι. Η τεκμηρίωση που υπάρχει στην μελέτη της Υπηρεσίας «για να αποφεύγεται η υπερβολική κατανάλωση καυσίμων κατά τη μετάβαση των οχημάτων εκεί, αλλά και για να ελαχιστοποιηθεί η διάρκεια έλλειψης των οχημάτων και των οδηγών από την Υπηρεσία.» είναι σαφής και επαρκής, παρά τα όσα αναφέρονται από τον προσφεύγοντα. Επιπλέον, είναι εντελώς αβάσιμα και όσα ισχυρίζεται ο προσφεύγων περί παράνομου αποκλεισμού του, αφού, σύμφωνα με τους όρους της παραγράφου 2.2.8 της διακήρυξης, μπορεί οποιαδήποτε εταιρεία να λάβει μέρος στο διαγωνισμό, ακόμα και εάν η έδρα της ή οι εγκαταστάσεις της βρίσκονται πολλά χιλιόμετρα μακριά από την πόλη του ... (λχ. στη ...), αναθέτοντας με στήριξη σε ικανότητα τρίτων ή με υπεργολαβία την ανάθεση για την αντικατάσταση των ελαστικών σε άλλη εταιρεία που διαθέτει συνεργείο αντικατάστασης ελαστικών σε απόσταση (οδικώς) μικρότερη των δέκα χιλιομέτρων από το γκαράζ του Δήμου. Αναφορικά με τα διαλαμβανόμενα στην προσφυγή της εταιρείας ... σχετικά με το κινητό συνεργείο αντικατάστασης ελαστικών, θα πρέπει καταρχήν να διευκρινισθούν οι απαιτήσεις της διαδικασίας αντικατάστασης των φθαρμένων ελαστικών και συγκεκριμένα: α. Να αφαιρεθούν όλοι οι τροχοί, β. να αφαιρεθούν οι ζάντες από τα ελαστικά, γ. να τοποθετηθούν τα καινούργια

ελαστικά, δ. να ζυγοσταθμιστεί ο κάθε τροχός και δ. να επανατοποθετηθούν οι τροχοί στο όχημα. Για να πραγματοποιηθούν όλα τα ανωτέρω με ασφάλεια θα πρέπει το κινητό συνεργείο να διαθέτει ξεμονταριστή ελαστικών για ΙΧ και για φορτηγά, καθώς επίσης και μηχανήμα ζυγοστάθμισης των τροχών για τα παραπάνω οχήματα. Σε περίπτωση που ο προσφεύγων διαθέτει τα ανωτέρω στο όχημα που λειτουργεί ως κινητό συνεργείο και εξασφαλίζει με ασφάλεια να γίνουν σε βαρέα οχήματα όλες οι εργασίες εν μέσω του δρόμου, τότε θα μπορούσε με ένα απλό ερώτημα, στο οποίο θα δεσμευόταν, ότι το κινητό συνεργείο του λειτουργεί ακριβώς όπως ένα σταθερό, να ζητήσει διευκρίνιση και να απαντηθεί από την υπηρεσία και την αρμόδια επιτροπή. Σε περίπτωση που γινόταν αντίστοιχο ερώτημα για κινητό συνεργείο που θα εξυπηρετούσε να μην απομακρύνονται σε τόσο μακρινά σημεία τα οχήματα του Δήμου, πιστεύουμε ότι η απάντηση δεν θα ήταν απορριπτική. Σε κάθε περίπτωση όμως θεωρούμε ότι η ασφάλεια των οχημάτων καλύπτεται μόνο σε σταθερά συνεργεία, χωρίς να επιβαρύνεται ο Δήμος μας για την μεταφορά αυτών με υπέρογκα ποσά λόγω χιλιομετρικής απόστασης από την Οδική Βοήθεια Βαρέων Οχημάτων (OBBO)».

Μετά την εκτίμηση των εκατέρωθεν ισχυρισμών σχετικά με τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας κατά των προσβαλλόμενων όρων της Διακήρυξης γίνονται δεκτά τα εξής:

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

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

12. Στην προκειμένη περίπτωση η αναθέτουσα αρχή, πέραν του ότι είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της Διακήρυξης για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης με βάση τις ανάγκες της και τη σκοπιμότητά που η ίδια κρίνει, αιτιολογεί και την επιλογή της να εισάγει την προσβαλλόμενη απαίτηση στο κανονιστικό πλαίσιο της Διακήρυξης, αντικρούοντας τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας. Ειδικότερα, προβάλλει με αναλυτικούς ισχυρισμούς ότι η απαίτηση αυτή είναι σκόπιμη για την προσήκουσα κάλυψη των αναγκών της, επικαλούμενη την ανάγκη να αποφεύγεται η υπερβολική κατανάλωση καυσίμων κατά τη μετάβαση των οχημάτων στο συνεργείο, αλλά και την ελαχιστοποίηση της διάρκειας έλλειψης των οχημάτων και των οδηγών από την Υπηρεσία, στοιχεία τα οποία άλλωστε αναφέρονται και στο σώμα της Διακήρυξης.

13. Αβάσιμα μόνο προβάλλει η αναθέτουσα αρχή ότι η πλήρωση της επίμαχης απαίτησης μπορεί να καλυφθεί με τη στήριξη σε ικανότητα τρίτων ή με υπεργολαβία για την αντικατάσταση των ελαστικών σε άλλη εταιρεία που διαθέτει συνεργείο αντικατάστασης ελαστικών σε απόσταση (οδικώς) μικρότερη των δέκα χιλιομέτρων από το γκαράζ του Δήμου, καθώς μια τέτοια δυνατότητα αποτελεί επιχειρηματική επιλογή για τους οικονομικούς φορείς και όχι δικαιολογητική βάση υπέρ της αναθέτουσας αρχής για την κατάρτιση των όρων της σύμβασης με τρόπο που δεν δικαιολογείται από το αντικείμενό της.

14. Σε κάθε περίπτωση η συμμετοχή της προσφεύγουσας στον επίμαχο διαγωνισμό δεν εμποδίζεται, όπως η ίδια ισχυρίζεται, καθώς δεν έχει για παράδειγμα συνεργείο που απέχει περισσότερα από 10 χλμ από τις

εγκαταστάσεις του Δήμου, αλλά διαθέτει έναν εναλλακτικό τρόπο πλήρωσης της επίμαχης απαίτησης (κινητό συνεργείο), ο οποίος φαίνεται να επιτελεί και το σκοπό της μη υπερβολικής κατανάλωσης καυσίμων και της ελαχιστοποίησης της απουσίας των οχημάτων και των οδηγών από την Υπηρεσία. Τα παραπάνω συνομολογεί και η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, αντιτάσσοντας τον βάσιμο ισχυρισμό ότι η προσφεύγουσα θα μπορούσε να απευθύνει διευκρινιστικό ερώτημα για τα παραπάνω και όχι να επιδιώξει την ακύρωση της Διακήρυξης για το λόγο αυτό. Πράγματι, ενόψει της δυνατότητας που παρέχει ο όρος 2.1.3 της Διακήρυξης, την οποία διατηρούσε η προσφεύγουσα κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής καθώς δεν είχε παρέλθει η προθεσμία υποβολής των προσφορών, οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τη δυνατότητα να ζητούν διευκρινίσεις για όρους της Διακήρυξης που τους προκαλούν αμφιβολίες και επομένως η επίκληση τυχόν ασάφειάς τους δεν αρκεί για τη θεμελίωση του ειδικού έννομου συμφέροντος, το οποίο απαιτείται για την προβολή λόγων ακύρωσης Διακήρυξης και συνίσταται στη βλάβη του οικονομικού φορέα από συγκεκριμένους όρους που εμποδίζουν ή καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1259/2019). Μετά τα παραπάνω και λόγω της δυνατότητας της προσφεύγουσας να υποβάλει διευκρινιστικό ερώτημα καθώς και λόγω του γεγονότος ότι η ίδια η αναθέτουσα αρχή επιβεβαιώνει ότι η διάθεση κινητού συνεργείου δεν αποκλείει εκ προοιμίου την υποβολή παραδεκτής προσφοράς, ο κρινόμενος λόγος προσφυγής προβάλλεται αβάσιμα και πρέπει να απορριφθεί.

15. Με τον δεύτερο προβαλλόμενο λόγο η προσφεύγουσα βάλλει κατά της απαίτησης που περιλαμβάνεται στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης και στο Κεφάλαιο «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ», η οποία έχει ως εξής: *«Τα ελαστικά θα πρέπει να είναι καινούργια (όχι αναγομωμένα) και αρίστης ποιότητας προκειμένου να μην παρουσιάζουν αδικαιολόγητες φθορές κατά τη χρήση. Η εταιρεία κατασκευής των ελαστικών θα πρέπει να είναι παγκοσμίως αναγνωρισμένη, με ευρεία κυκλοφορία στην Ελλάδα. Η επιτροπή του διαγωνισμού είναι δυνατό να κάνει αποδεκτή προσφορά ελαστικού*

συγκεκριμένης διάστασης από εταιρεία που δεν έχει έδρα στην Ευρωπαϊκή Ένωση, μόνο εφόσον δεν υπάρχει προσφορά άλλου διαγωνιζόμενου που να καλύπτει τον συγκεκριμένο όρο προκειμένου να μην κηρυχθεί άγονη η διαδικασία για κάποια ομάδα». Επίσης, στρέφεται και κατά των παρακάτω απαιτήσεων, που αφορούν ειδικά τις ομάδες Α και Β «Α ΟΜΑΔΑ - Ελαστικά για βαρέα οχήματα (απορριμματοφόρα, φορτηγά, κ.α.). Τα ελαστικά της πρώτης ομάδας αποτελούν των κύριο όγκο των ελαστικών που προμηθεύεται ο Δήμος. Κατά το παρελθόν είχε παρατηρηθεί έντονη ολίσθηση των οχημάτων σε βρεγμένο δρόμο ακόμα και σε μικρές ταχύτητες, παρά το γεγονός ότι ο δείκτης πρόσφυσης του ελαστικού σε βρεγμένο οδόστρωμα ήταν C. Προκειμένου να διασφαλιστεί το υψηλό επίπεδο των ελαστικών και κατ' επέκταση των πληρωμάτων των οχημάτων του Δήμου, οι μάρκες των ελαστικών της παρούσης ομάδας θα πρέπει να είναι μία από τις παρακάτω διαφορετικά απορρίπτεται. BRIDGESTONE, CONTINENTAL, DEBICA, DUNLOP, GOODYEAR, METZELER, MICHELIN, PIRELLI, SAVA. Τα ελαστικά θα πρέπει να πληρούν τις ελάχιστες προδιαγραφές που αναφέρονται στον παρακάτω πίνακα διαφορετικά απορρίπτονται. - Β ΟΜΑΔΑ - Ελαστικά και αεροθάλαμοι για ΙΧ, μικρά φορτηγά και μηχανές (VESPA, SYM). Τα ελαστικά της παρούσας ομάδας προορίζονται για χρήση σε ΙΧ, μικρά φορτηγά και μηχανές του Δήμου. Κατά το παρελθόν είχε παρατηρηθεί έντονη ολίσθηση των οχημάτων σε βρεγμένο δρόμο ακόμα και σε μικρές ταχύτητες, παρά το γεγονός ότι ο δείκτης πρόσφυσης του ελαστικού σε βρεγμένο οδόστρωμα ήταν C. Προκειμένου να διασφαλιστεί το υψηλό επίπεδο των ελαστικών και κατ' επέκταση των πληρωμάτων των οχημάτων του Δήμου, οι μάρκες των ελαστικών της παρούσης ομάδας θα πρέπει να είναι μία από τις παρακάτω διαφορετικά απορρίπτεται. BRIDGESTONE, CONTINENTAL, DEBICA, DUNLOP, GOODYEAR, METZELER, MICHELIN, PIRELLI, SAVA. Τα ελαστικά θα πρέπει να πληρούν τις ελάχιστες προδιαγραφές που αναφέρονται στον παρακάτω πίνακα διαφορετικά απορρίπτονται». Με τους αναλυτικούς ισχυρισμούς που παραθέτει στην προσφυγή της η προσφεύγουσα προβάλλει ότι οι παραπάνω απαιτήσεις είναι ασαφείς και αντιφατικές μεταξύ τους, καθώς, ενώ καταρχήν αναφέρεται ότι η εταιρεία κατασκευής των ελαστικών θα πρέπει

να είναι παγκοσμίως αναγνωρισμένη, στη συνέχεια απαιτούνται συγκεκριμένες κατασκευάστριες εταιρείες ελαστικών, με ποινή την απόρριψη της προσφοράς. Επίσης, προβάλλεται αοριστία των προδιαγραφών αυτών καθώς δεν αιτιολογείται η απαίτηση για την ευρεία κυκλοφορία στην Ελλάδα και όχι σε κάποια άλλη χώρα, καθώς επίσης δεν αποδεικνύεται γιατί τα ζητούμενα ελαστικά έχουν καλύτερη πρόσφυση σε βρεγμένο οδόστρωμα σε σχέση με εκείνα που στο παρελθόν παρουσίασαν μειωμένη πρόσφυση παρά το γεγονός ότι διαθέτουν πιστοποίηση C. Ακόμα, η προσφεύγουσα παραθέτει και άλλους κατασκευαστικούς οίκους με έδρα εκτός ΕΕ (... - ...) οι οποίοι φέρονται να πληρούν τις ζητούμενες τεχνικές προδιαγραφές, των οποίων τα ελαστικά προτίθεται να διαθέσει η ίδια στο διαγωνισμό, με κίνδυνο όμως να μην γίνει αποδεκτή η προσφορά της, εφόσον υπάρξει άλλη προσφορά για ελαστικά εταιρείας με έδρα εντός ΕΕ, τα οποία θα πληρούν και τις υπόλοιπες τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης. Τέλος, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι παράνομα δεν προβλέπεται στις επίμαχες απιστήσεις μνεία σχετικά με την αποδοχή ισοδύναμων λύσεων, σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 4 του ν. 4412/2016.

16. Η αναθέτουσα αρχή σχετικά με το δεύτερο λόγο προσφυγής αντιτάσσει με τις απόψεις της τα εξής: *«Κατά τη σύνταξη των άρθρων της τεχνικής περιγραφής για την προμήθεια των ελαστικών, ο συντάκτης οφείλει να λάβει υπ' όψιν του όλους τους κάτωθι παράγοντες: 1. Πρόσφυση σε στεγνό οδόστρωμα. Αφορά τη δυνατότητα του οχήματος να φρενάρει σε στεγνό δρόμο. Ως επί το πλείστον, τα οχήματα στην Ελλάδα κινούνται σε στεγνό οδόστρωμα οπότε ίσως είναι το πιο βασικό χαρακτηριστικό των ελαστικών που θα έπρεπε να διαθέτουν. 2. Πρόσφυση σε βρεγμένο οδόστρωμα. Τα περισσότερα ατυχήματα συμβαίνουν όταν βρέχει λόγω της ολισθηρότητας του οδοστρώματος. Αφορά τη δυνατότητα του οχήματος να φρενάρει σε βρεγμένο δρόμο. 3. Κράτημα σε στεγνό οδόστρωμα. Αφορά την δυνατότητα του οχήματος να κρατιέται στην πορεία του όταν στρίβει σε στεγνό δρόμο. 4. Κράτημα σε βρεγμένο οδόστρωμα. Αφορά την δυνατότητα του οχήματος να κρατιέται στην πορεία του όταν στρίβει σε βρεγμένο δρόμο. 5. Υδρολίσθηση.*

Είναι το φαινόμενο κατά το οποίο όταν περνάει το όχημα με ταχύτητα πάνω από νερά που λιμνάζουν στο δρόμο το ελαστικό χάνει την επαφή του με το δρόμο και ολισθάνει πάνω στο νερό. 6. Ενεργειακή αποδοτικότητα. Αφορά την μειωμένη αντίσταση κύλισης του ελαστικού που συνδέεται με την οικονομία καυσίμου. 7. Επίπεδα εξωτερικού θορύβου κύλισης ελαστικού. Αφορά τον θόρυβο που παράγεται από την κύλιση του ελαστικού. 8. Δυνατότητα πρόσφυσης σε χιόνι ή πάγο. Είναι η δυνατότητα του ελαστικού να κινείται στο χιόνι ή τον πάγο. 9. Υλικό κατασκευής. Από το υλικό κατασκευής ενός ελαστικού εξαρτάται η φθορά του ελαστικού καθώς επίσης και το πόσο γρήγορα θα απολέσει τις ιδιότητες του. Όπως είναι γνωστό, τα ελαστικά πολυμερίζονται (σκληραίνουν) και ξεραίνονται με την έκθεσή τους στον ήλιο και με την πάροδο του χρόνου. Προκειμένου μια εταιρεία ελαστικών να καταφέρει να βαθμολογηθεί υψηλά στις δοκιμές πρόσφυσης που γίνονται από φορείς ή από περιοδικά ενδέχεται να χρησιμοποιήσουν μαλακή “γόμα” στα πέλματα των ελαστικών τους. Το μειονέκτημα όμως από αυτήν την πρακτική είναι ότι τα ελαστικά φθείρονται υπερβολικά γρήγορα. Οι χρήστες ελαστικών, για να έχουν τη δυνατότητα να διακρίνουν εάν ένα ελαστικό είναι καλό, έχει καθιερωθεί από την Ευρωπαϊκή Ένωση η σήμανση των ελαστικών των οχημάτων, στην οποία αναφέρεται η δυνατότητα πρόσφυσης σε βρεγμένο οδόστρωμα, ο θόρυβος του ελαστικού, η ενεργειακή αποδοτικότητα και η δυνατότητα πρόσφυσης σε χιόνι ή πάγο. Ωστόσο, οι παραπάνω δείκτες εξετάζουν μόνο ένα μέρος των παραπάνω παραγόντων, οπότε η αξιολόγηση των ελαστικών για το διαγωνισμό μόνο με αυτά τα κριτήρια θα οδηγούσε σε λανθασμένα αποτελέσματα. Όπως φαίνεται και από το παράδειγμα που αναφέρεται στην προσφυγή, αξιολογώντας το ελαστικό της κινέζικης εταιρείας ... με μοναδικό κριτήριο τα δεδομένα από την Ευρωπαϊκή σήμανση των ελαστικών, φαίνεται να είναι ισοδύναμο με τα ελαστικά των εταιρειών MICHELIN και CONTINENTAL που είναι οι κορυφαίες μάρκες κατασκευής ελαστικών στον κόσμο, χωρίς όμως να εξετάζονται και οι λοιποί παράγοντες που αναφέραμε. Σε περίπτωση, λοιπόν, που αρκετούμε μόνο στους δείκτες που έχουν θεσπιστεί από την Ευρωπαϊκή Ένωση, υφίσταται ο κίνδυνος ο Δήμος μας να προμηθευτεί ακατάλληλα ελαστικά που πληρούν μόνο ορισμένες

προδιαγραφές ή ελαστικά που παρουσιάζουν υπερβολική φθορά κατά τη χρήση τους. Σε ότι αφορά τον όρο ισοδύναμο που αναφέρεται στην §4 του άρθρου 54 του 4412/2016 «Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο». Εν προκειμένω, ο όρος ισοδύναμο δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί σε αυτό το αντικείμενο της σύμβασης γιατί δεν υπάρχει αντικειμενικός τρόπος απόδειξης της ισοδυναμίας, καθώς, όπως αποδεικνύεται από τα παραπάνω, η αξιολόγηση αποκλειστικά και μόνο με τα στοιχεία που δίνονται από την Ευρωπαϊκή σήμανση οδηγεί σε λανθασμένα αποτελέσματα. Προκειμένου να συντάξουμε με τον καλύτερο δυνατό τρόπο την τεχνική περιγραφή της μελέτης, χωρίς όμως να μεροληπτούμε υποδεικνύοντας μία μάρκα, αναφέρουμε συνολικά εννέα (9) από τις πιο αξιόπιστες μάρκες στον κόσμο γιατί το σκεπτικό της αξιολόγησης για το διαγωνισμό είναι να βρεθεί η οικονομικότερη προσφορά για ελαστικά εφάμιλλης ποιότητας. Στο σημείο αυτό θα πρέπει να αναφερθεί ότι η εταιρεία που έκανε την προσφυγή είναι εμπορική εταιρεία, η οποία έχει τη δυνατότητα να εμπορεύεται οποιαδήποτε μάρκα ελαστικών και να συμμετέχει χωρίς κανένα πρόβλημα στο διαγωνισμό. Για του λόγου το αληθές, αναφέρουμε ότι στο προηγούμενο διαγωνισμό του Δήμου για προμήθεια ελαστικών η εταιρεία ... συμμετείχε με τις μάρκες BARKLEY, FIRESTONE, DAYTON, LINGLONG, AEOLUS, AUTOGREEN, ROYALBLACK, DEBIKA, MICHELIN, MAXAM και CAMSO. Σε καμία περίπτωση λοιπόν δεν θα έπρεπε να επικαλείται ότι υπέστη βλάβη ή ότι δεν μπορεί να λάβει μέρος στο διαγωνισμό, καθώς δεν είναι ο κατασκευαστής, αλλά έμπορος, με δυνατότητα προμήθειας ελαστικών οποιασδήποτε εταιρείας.

Στο σημείο αυτό θα θέλαμε να αναφέρουμε, σχετικά με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας στην § 8.4. της προσφυγής της, ότι εταιρεία **BRIDGESTONE**, μπορεί να έχει έδρα στην Ιαπωνία, αλλά έχει κατασκευαστικές μονάδες και αντίστοιχη έδρα στην Ευρωπαϊκή Ένωση, οι οποίες καλύπτουν τις αγορές τις χώρες στην Ευρώπη, σας επισυνάπτουμε το σχετικό δικαιολογητικό. Από τα ανωτέρω λοιπόν προκύπτει ότι η απαίτηση του Δήμου για προμήθεια ελαστικών κατασκευής εντός της Ευρωπαϊκής Ένωσης προκειμένου να είναι υψηλών προδιαγραφών για λόγους ασφάλειας και οικονομικότητας, αφενός δεν παραβιάζει τις αρχές της ισότητας και της αναλογικότητας, αλλά είναι εύλογη και αναλογική με βάση το αντικείμενο του διαγωνισμού και αφετέρου δεν έχει αντίκτυπο στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού αφού κάθε εταιρεία που επιθυμεί να συμμετάσχει στον διαγωνισμό, όπως η προσφεύγουσα, δύναται να προμηθευτεί οποιαδήποτε μάρκα ελαστικών».

17. Σχετικά με την τήρηση της αρχής της αναλογικότητας και των αρχών του υγιούς ανταγωνισμού, στις οποίες αναφέρεται η προσφεύγουσα θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι στηρίζει τους ισχυρισμούς της για την απαλοιφή των απαιτήσεων αυτών στο γεγονός ότι η ίδια δεν δύναται να υποβάλει ανταγωνιστική προσφορά στον επίμαχο διαγωνισμό, καθώς προτίθεται να διαθέσει ελαστικά των οποίων η κατασκευάστρια εταιρεία δεν έχει έδρα στην ΕΕ, γεγονός που από μόνο του δεν αρκεί για να στοιχειοθετήσει παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού. Και αυτό γιατί δεν παρατίθενται στοιχεία σχετικά με τη διάθεση ελαστικών με τις απαιτούμενες κατά τη Διακήρυξη επίμαχες προδιαγραφές και σε ποια περίπτωση αναλογία αυτά κυκλοφορούν στην αγορά και προσφέρονται από τους οικονομικούς φορείς που δραστηριοποιούνται στον οικείο κλάδο, ώστε να γίνεται σαφές αν τελικά εμποδίζεται η συμμετοχή και άλλων δυνητικών συμμετεχόντων και αν κλονίζεται υπέρμετρα η δυνατότητα υποβολής περισσότερων ανταγωνιστικών προσφορών, καταλείποντας το συμπέρασμα ότι η μόνη ζημιούμενη από τους προσβαλλόμενους όρους της Διακήρυξης είναι η προσφεύγουσα.

18. Ωστόσο, η διατύπωση του άρθρου 54 παρ. 4 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με την οποία «4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το

αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. **Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο»**, δεν καταλείπει περιθώρια αμφιβολίας σχετικά με το ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει ρητά να επιτρέψει την προσφορά ισοδύναμων λύσεων, ακόμα και αν κατ' εξαίρεση χρειαστεί να μνημονεύσει συγκεκριμένους κατασκευαστικούς οίκους με σκοπό την εξειδικευμένη περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης. Και ναι μεν στις απόψεις της αιτιολογεί το γεγονός ότι οι αναφερόμενοι κατασκευαστικοί οίκοι διαθέτουν ελαστικά υψηλών προδιαγραφών που παρέχουν εγγυήσεις ασφάλειας και οικονομικότητας, η οποία μάλιστα δεν έχει αντίκτυπο στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού, εφόσον κάθε εταιρεία που επιθυμεί να συμμετάσχει στον διαγωνισμό μπορεί να προμηθευτεί και να διαθέσει οποιαδήποτε μάρκα ελαστικών από τις αναφερόμενες, πλην όμως τα παραπάνω δεν την απαλλάσσουν από την υποχρέωση να επιτρέψει ρητά και την υποβολή προσφορών με ισοδύναμες λύσεις, οι οποίες βεβαίως θα τεθούν στην κρίση της και θα αξιολογηθούν βάσει των τεχνικών χαρακτηριστικών που διαθέτουν.

19. Μετά τα παραπάνω ο δεύτερος λόγος προσφυγής γίνεται δεκτός, καθώς βάσιμα η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι στους πληττόμενους όρους της Διακήρυξης θα πρέπει να περιληφθεί και η φράση «ή ισοδύναμο», σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 4 του ν. 4412/2016, επιτρέποντας στους δυνητικούς συμμετέχοντες να υποβάλουν παραδεκτές προσφορές με ισοδύναμες λύσεις ελαστικών με αυτές που αναζητά η αναθέτουσα αρχή και περιγράφει κατονομάζοντας συγκεκριμένες εμπορικές ονομασίες, απορριπτομένων των αντίθετων επί αυτού ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής.

20. Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή και να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

- 1.** Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
- 2.** Ακυρώνει το Κεφάλαιο «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ» του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης για τις Ομάδες Α και Β κατά τα αναφερόμενα στην παρ. 19 της παρούσας.
- 3.** Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 1^η Δεκεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 21 Δεκεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ