



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΑΠΟΦΑΣΗ

229/2015

(Της διαδικασίας του άρθρου 2, παρ. 2, περ. γ(δδ) Ν. 4013/2011)

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 1^η Οκτωβρίου του έτους δύο χιλιάδες δεκαπέντε (2015) ημέρα Πέμπτη και ώρα 10.00 π.μ. και επί της οδού Κηφισίας 7 στους Αμπελόκηπους, όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η **ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ** (εφεξής και Αρχή) σε συνεδρίαση μετά από σχετική πρόσκληση του Προέδρου της, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως σε όλα τα μέλη της Αρχής.

Από τα προσκληθέντα μέλη της Αρχής παρέστησαν κατά την συνεδρίαση τα ακόλουθα:

- 1. Πρόεδρος:** Δημήτριος Ράικος
- 2. Αντιπρόεδρος:** Χριστίνα Μπουσουλέγκα
- 3. Μέλη:** Ευάγγελος Καραμανλής
Ιωάννα Κουλούρη
Δημήτριος Λουρίκας
Δημήτριος Σταθακόπουλος

Τα λοιπά τακτικά και αναπληρωματικά μέλη, καίτοι προσκληθέντα, δεν προσήλθαν λόγω δικαιολογημένου κωλύματος.

Γραμματέας: Στυλιανή Τσιάβου

Εισήγηση: Η με αρ. πρωτ. 4254/29.9.2015

Εισηγητής: Ευάγγελος Ιατρού, Διπλ/χος Ηλ/γος Μηχανικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστη μέσω τηλεδιάσκεψης ο εισηγητής κ. Ευ. Ιατρού, καθώς και η Προϊσταμένη Τμήματος Γνωμοδοτήσεων της Διεύθυνσης Νομικών Υπηρεσιών, κα Χρ. Καξιρή, οι οποίοι αποδεσμεύτηκαν πριν την έναρξη της διαδικασίας της ψηφοφορίας των μελών του Συμβουλίου της Αρχής και τη λήψη της απόφασης.

Ερώτημα: Η από 16.9.2015 (α.π. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. **4069/16.9.2015**) αίτηση θεραπείας του Δήμου Γαλασίου Νομού Αττικής, μετά του συνημμένου σε αυτήν φακέλου εγγράφων και στοιχείων, για την ανάκληση της υπ' αριθμ. 204/2015 απόφασης της Αρχής.

Θέμα: Εξέταση αίτησης θεραπείας του Δήμου Γαλασίου Νομού Αττικής για την ανάκληση της υπ' αριθμ. 204/2015 απόφασης της Αρχής περί μη παροχής της κατ' άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. (δδ) του Ν.4013/2011

ως ισχύει σύμφωνης γνώμης της για την προσφυγή του στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης προκειμένου για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας εξοπλισμού για την ολοκληρωμένη παρέμβαση εξοικονόμησης ενέργειας στο Δημοτικό Φωτισμό (Πρόγραμμα «ΕΞΟΙΚΟΝΟΜΩ») του εν λόγω Δήμου, συνολικού προϋπολογισμού 210.635,00€ χωρίς ΦΠΑ και προβλεπόμενης συμβατικής προθεσμίας παράδοσης και πλήρους εγκατάστασης του εξοπλισμού εκατόν είκοσι (120) ημερών από την ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης. Η αίτηση θεραπείας στρέφεται κατά το μέρος της ως άνω απόφασης της Αρχής με το οποίο κρίθηκε η μη συνδρομή της επικαλούμενης από την αναθέτουσα αρχή διάταξης του άρθρου 25 παρ. 1 περ. α' του π.δ/τος 60/2007 λόγω μη νομιμότητας του προηγηθέντος ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού.

1. Με την από 16.9.2015 (α.π. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 4069/16.9.2015) αίτηση θεραπείας μετά του συνημμένου σε αυτήν φακέλου εγγράφων και στοιχείων, ο Δήμος Γαλασίου Νομού Αττικής αιτείται: α) την ανάκληση της υπ' αριθμ. 204/2015 απόφασης της Αρχής περί μη παροχής της σύμφωνης γνώμης της κατ' άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. (δδ) του Ν.4013/2011 για την προσφυγή του στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας εξοπλισμού για την ολοκληρωμένη παρέμβαση εξοικονόμησης ενέργειας στο Δημοτικό Φωτισμό (Πρόγραμμα «ΕΞΟΙΚΟΝΟΜΩ») του εν λόγω Δήμου, συνολικού προϋπολογισμού 210.635,00€ χωρίς ΦΠΑ και προβλεπόμενης συμβατικής προθεσμίας παράδοσης και πλήρους εγκατάστασης του εξοπλισμού εκατόν είκοσι (120) ημερών από την ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης, κατά το μέρος της ως άνω απόφασης με το οποίο κρίθηκε η μη συνδρομή των διατάξεων του άρθρου 25 παρ. 1 περ. α' του π.δ/τος 60/2007 λόγω μη νομιμότητας του προηγηθέντος ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού, καθώς και β) την παροχή της κατά τα ως άνω σύμφωνης γνώμης της Αρχής προκειμένου για τη σύναψη από το Δήμο Γαλασίου της ως άνω σύμβασης με διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης κατά τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 1 περ. α' του π.δ/τος 60/2007.

I. Ιστορικό - πραγματικά περιστατικά

2. Με την υπ' αριθμ. 204/1.9.2015 απόφασή της, η Αρχή δεν παρείχε τη σύμφωνη γνώμη της επί υποβληθέντος αιτήματος του Δημάρχου Γαλασίου Νομού Αττικής για την προσφυγή του σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας εξοπλισμού για την ολοκληρωμένη παρέμβαση εξοικονόμησης ενέργειας στο Δημοτικό Φωτισμό (Πρόγραμμα «ΕΞΟΙΚΟΝΟΜΩ») του εν λόγω Δήμου, συνολικού προϋπολογισμού 210.635,00€ χωρίς ΦΠΑ και προβλεπόμενης συμβατικής προθεσμίας παράδοσης και πλήρους εγκατάστασης του εξοπλισμού εκατόν είκοσι (120) ημερών από την ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης, λόγω μη συνδρομής των υπό του νόμου τασσόμενων προϋποθέσεων.

Συγκεκριμένα, με την ως άνω απόφαση της Αρχής, εκδοθείσας νομίμως κατά τις διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. (δδ) του Ν.4013/2011 ως ισχύει, και σε συνέχεια του υπ' α.π. 26616/13.8.2015 (α.π. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 3581/13.8.2015) αιτήματος του Δημάρχου Γαλασίου Νομού Αττικής, μετά του συνημμένου σε αυτό φακέλου, ως αυτός συμπληρώθηκε με τα με α.π. 26890/20.8.2015 (α.π. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 3626/20.8.2015) και 27039/24.8.2015 (α.π. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 3656/24.8.2015) έγγραφά του και τα συνημμένα σε αυτά στοιχεία του φακέλου, κρίθηκε ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής των επικαλούμενων από την αναθέτουσα αρχή διατάξεων του π.δ/τος 60/2007 και συγκεκριμένα του άρθρου 25 παρ. 1 περ. α' [επίκληση μη υποβολής κατάλληλης προσφοράς κατά τον προηγηθέντα ανοικτό διαγωνισμό, χωρίς ουσιώδη τροποποίηση των αρχικών όρων της σύμβασης] και περ. γ' [επίκληση κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή που δεν καθιστούν δυνατή την τήρηση των προθεσμιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων που προβλέπονται για την ανοικτή, κλειστή ή με διαπραγμάτευση με δημοσίευση προκήρυξης διαδικασία].

3. Ειδικότερα, όσον αφορά τη μη συνδρομή της επικαλούμενης διάταξης του άρθρου 25 παρ. 1 περ. α' π.δ/τος 60/2007 προκειμένου για την ανάθεση της εξεταζόμενης σύμβασης με την εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης, με την ως άνω απόφαση της Αρχής κρίθηκαν τα εξής:

“17.1.1 Εν προκειμένω, από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα:

α) Ως προς την προϋπόθεση της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαγωνιστικής διαδικασίας.

Όσον αφορά τον υπό εξέταση διαγωνισμό που διενεργήθηκε βάσει της υπ' α.π. 15701/15.5.2015 διακήρυξης του Δήμου Γαλασίου, από την εξέταση των στοιχείων του φακέλου διαπιστώνονται οι κάτωθι ουσιώδεις νομικές

πλημμέλειες ως προς όρους της διακήρυξης, που σχετίζονται με τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές και κριτήρια ποιοτικής επιλογής:

i) Περιοριστική τεχνική προδιαγραφή σχετική με τη χώρα εγκατάστασης του εργοστασίου παραγωγής των προσφερομένων ειδών

Σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 2 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, ομοίως και την αιτιολογική σκέψη 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ της 26.2.2014 "σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ", ομοίως δε σύμφωνα και με την πάγια νομολογία του ΔΕΕ, η ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων υπόκειται στην τήρηση συγκεκριμένων βασικών αρχών του ενωσιακού δικαίου, μεταξύ των οποίων συγκαταλέγονται τόσο η αρχή της ίσης μεταχείρισης και αποφυγής των διακρίσεων των οικονομικών φορέων όσο και η αρχή της αναλογικότητας.

Στο πλαίσιο αυτό, και συμφώνως προς τις προπαρατεθείσες (βλ. παρ. 5 της παρούσας) διατάξεις του άρθρου 3 του π.δ/τος 60/2007, αλλά και σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις της παρ. 2 του άρθ. 4 του ΕΚΠΟΤΑ και των παρ. 2 και 8 του άρθ. 53 του π.δ/τος 60/2007 περί τεχνικών προδιαγραφών, οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να αποφεύγουν με κάθε τρόπο την πρόβλεψη στη διακήρυξη ανοικτών διαγωνισμών συγκεκριμένων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής καθώς και τεχνικών προδιαγραφών του προς ανάθεση φυσικού αντικείμενου της σύμβασης που κατευθύνουν το διαγωνισμό σε ορισμένο κύκλο υποψηφίων αναδόχων, γιατί κάθε αντίθετη ενέργεια καταργεί την ουσία του υγιούς ανταγωνισμού και τη διαφάνεια, ενώ επιπλέον αποβαίνει εις βάρος του δημοσίου συμφέροντος, θεσπίζοντας αυθαίρετους και μη συναρτώμενους προς το αντικείμενο και τη φύση της σύμβασης φραγμούς.

Παράλληλα, σύμφωνα με τις προαναφερόμενες σχετικές διατάξεις της εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας, οι τεθείσες στα έγγραφα του διαγωνισμού τεχνικές προδιαγραφές των προς προμήθεια αγαθών πρέπει αφενός να επιτρέπουν στην αναθέτουσα αρχή να διαπιστώσει αντικειμενικά το εάν τα προσφερόμενα αγαθά εκπληρώνουν το σκοπό για τον οποίο προορίζονται, αφετέρου να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση στους προσφέροντες οικονομικούς φορείς και να μη συνεπάγονται τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στον ανταγωνισμό, επιβάλλοντας πχ. τον αποκλεισμό ορισμένων επιχειρήσεων και προϊόντων λόγω συγκεκριμένης καταγωγής και προέλευσης, όταν κάτι τέτοιο δεν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης.

Εν προκειμένω, με βάση το πρώτο σκέλος των υποπαραγράφων 13 και 31 της παραγράφου 3 ("Προτεινόμενη Παρέμβαση") του Παραρτήματος Γ της διακήρυξης ("Τεχνικές Προδιαγραφές – Πίνακας Συμμόρφωσης"), τίθεται¹ (επί ποινή αποκλεισμού) τεχνική προδιαγραφή του συνόλου των προς προμήθεια τύπων φωτιστικών σωμάτων σχετική με το ότι η "εργοστασιακή μονάδα παραγωγής του φωτιστικού θα πρέπει να είναι εγχώρια ή να έχει έδρα σε κάποια άλλη χώρα της Ευρωπαϊκής Ένωσης", η οποία συνεπάγεται τον άνευ ετέρου αποκλεισμό των προσφορών ικανών οικονομικών φορέων, οι οποίοι προσφέρουν φωτιστικά σώματα τα οποία πληρούν κατά τα άλλα τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές του πίνακα συμμόρφωσης του Παραρτήματος Γ της διακήρυξης, περιλαμβανομένου και του δεύτερου σκέλους των προαναφερόμενων όρων περί υποχρέωσης κατοχής πιστοποίησης της μονάδας παραγωγής κατά ISO 9001:2008 και ISO 14001 από αναγνωρισμένο κέντρο ελέγχου, αποκλειστικά και μόνον βάσει του κριτηρίου της προέλευσης / καταγωγής του εργοστασίου παραγωγής των προμηθευομένων φωτιστικών σωμάτων.

Από δε τα στοιχεία του φακέλου δεν προκύπτει ότι ο σχετικός περιορισμός ως προς την προέλευση των ειδών δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, καθώς μάλιστα δεν σχετίζεται αντικειμενικά με τη διαπίστωση της πλήρωσης των τεθεισών τεχνικών απαιτήσεων των προμηθευομένων ειδών, προκειμένου αυτά να είναι κατάλληλα για το σκοπό για τον οποίο προορίζονται. Για το λόγο αυτό, η διακήρυξη παραβιάζει τις προπαρατεθείσες διατάξεις των παρ. 2 και 8 του άρθρου 53 π.δ/τος 60/2007 και την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων, συνιστώντας ουσιώδη νομική πλημμέλεια των όρων της διακήρυξης, η οποία συνέχεται με το άγονο αποτέλεσμα του διαγωνισμού.

¹ Στο συγκεκριμένο σημείο του, το κείμενο της υπ' αριθ. 204/2015 απόφασης της Αρχής συμπληρώνεται με την παρακάτω υποσημείωση: "Σημειώνεται ότι η πλήρωση της εν λόγω τεχνικής προδιαγραφής των προσφερόμενων Φ/Σ ελεγχόταν κατά το στάδιο ελέγχου δικαιολογητικών τεχνικής προσφοράς όχι μόνον διά του ελέγχου του υποβληθέντος από τον προσφέροντα πίνακα συμμόρφωσης, αλλά και διά της υποβολής από τον προσφέροντα (επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς) των υπευθύνων δηλώσεων των όρων 1(α) και 1(γ) της παρ. "Τεχνικά στοιχεία" του άρθρου 6^{ου} της διακήρυξης, αντίστοιχα περί δήλωσης του τόπου εγκατάστασης του εργοστασίου όπου θα κατασκευασθούν τα προσφερόμενα υλικά και περί δήλωσης της χώρας προέλευσης και κατασκευής των προσφερόμενων υλικών, εάν αυτά δεν είναι προϊόντα κοινοτικής προέλευσης."

Με βάση τα προαναφερόμενα, διαπιστώνεται ότι δεν πληρούται η υπό στοιχείο (α) προϋπόθεση εφαρμογής του άρθρου 25 παρ. 1 περ. α' του π.δ/τος 60/2007 και της παρ. 1 περ. α' του άρθρου 24 π.δ/τος 60/2007 (περί της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας), οπότε δεν έχει εφαρμογή η προαναφερόμενη διάταξη.

Ανεξαρτήτως των ανωτέρω, που πλήττουν τη νομιμότητα της διαδικασίας του διαγωνισμού, επισημαίνονται επιπροσθέτως και τα εξής σημεία κατά τη σύνταξη των όρων της διακήρυξης και τη διαδικασία δημοσιότητας:

ii) Τεθέντα κριτήρια τεχνικής ικανότητας τα οποία δεν ανταποκρίνονται προς το κύριο αντικείμενο της ανατιθέμενης σύμβασης ως σύμβασης προμηθειών

Στο πλαίσιο της τήρησης της αρχής της διαφάνειας, οι όροι της διακήρυξης θα πρέπει να είναι αρκούντως σαφείς και πλήρεις, ώστε να επιτρέπεται στους καλώς πληροφορημένους και επιμελείς ενδιαφερομένους να κατανοούν αυτούς και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, γνωρίζοντας με σαφήνεια πώς θα αξιολογηθούν (πρβλ. απόφαση ΔΕΚ της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99, Επιτροπή κατά Cas Succhi di frutta, καθώς και ΕΑ ΣτΕ 842/2010, 603/2009, 1015/2009, ομοίως και πάγια νομολογία της Αρχής, πχ. Απόφαση 66/2015, αναρτημένη στο www.eaadhsy.gr). Σύμφωνα με τα προεκτεθέντα (βλ. παρ. 15 της παρούσας), η εξεταζόμενη μικτή δημόσια σύμβαση, ως εκ του προέχοντος χαρακτήρα της ως σύμβασης προμηθειών, πρέπει να θεωρηθεί υπό το πρίσμα των εφαρμοστέων περί δημοσίων συμβάσεων προμηθειών διατάξεων, οι οποίες διέπουν υποχρεωτικά τους όρους της διακήρυξης, μεταξύ άλλων και αυτούς που καθορίζουν τα τεθέντα κριτήρια ποιοτικής επιλογής / καταλληλότητας των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων προς ανάληψη της σύμβασης (μεταξύ των οποίων και τα κριτήρια τεχνικής ικανότητας).

Τα εν λόγω τεθέντα στη διακήρυξη κριτήρια τεχνικής ικανότητας των προσφερόντων οφείλουν να είναι ανάλογα προς τη φύση της ανατιθέμενης σύμβασης ως σύμβασης εκτέλεσης έργου, προμήθειας αγαθών ή παροχής υπηρεσιών, αντίστοιχα, όπως επιτάσσει η προπαρατεθείσα διάταξη της παρ. 2 του άρθρου 46 π.δ/τος 60/2007.

Εν προκειμένω, διαπιστώνεται ότι συγκεκριμένοι όροι του άρθρου 5.4 της υπ' α.π. 15701/15.5.2015 διακήρυξης, σχετικοί με τον τεθέντα τρόπο απόδειξης των τεχνικών ικανοτήτων των οικονομικών φορέων προς ανάληψη της εξεταζόμενης σύμβασης, και ειδικότερα οι προπαρατεθέντες (βλ. ως άνω υπό παρ. 2.4 της παρούσας) όροι "δ) δήλωση σχετικά με το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη και τον αριθμό των στελεχών της επιχείρησης κατά την τελευταία τριετία" και "ε) δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο πάροχος υπηρεσιών ή ο εργολήπτης για την εκτέλεση της σύμβασης", αντιστοιχούν στα οριζόμενα στις περ. ζ) και η) της παρ. 2 του άρθρου 46 π.δ/τος 60/2007 κριτήρια τεχνικής ικανότητας εργοληπτών ή παρόχων υπηρεσιών προς ανάληψη δημόσιας σύμβασης εκτέλεσης έργου ή παροχής υπηρεσιών αντίστοιχα και, ως εκ τούτου, δεν κρίνονται κατάλληλοι να χρησιμοποιηθούν ως κριτήρια τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων προμηθευτών που ενδιαφέρονται να τους ανατεθεί η εξεταζόμενη σύμβαση, που έχει κύριο αντικείμενο την προμήθεια των Φ/Σ.

Παράλληλα, ακόμα και στην περίπτωση που ήθελε θεωρηθεί ότι η αναθέτουσα αρχή έθεσε τα ως άνω κριτήρια στο πλαίσιο των διατάξεων της παρ. 5 του άρθρου 46 π.δ/τος 60/2007 προκειμένου να αξιολογήσει την τεχνική ικανότητα των προσφερόντων όσον αφορά την εκτέλεση των παρεπόμενων εργασιών και την παροχή των παρεπόμενων υπηρεσιών της σύμβασης "βάσει της τεχνογνωσίας, της αποτελεσματικότητας, της πείρας και της αξιοπιστίας τους", εντούτοις δεν όρισε τα ελάχιστα απαιτούμενα επίπεδα των εν λόγω κριτηρίων, ώστε να είναι σαφής στους ενδιαφερόμενους ο τρόπος αξιολόγησής τους.

iii) Μη προσήκουσα σύντμηση της ελάχιστης προβλεπόμενης εκ του νόμου προθεσμίας παραλαβής προσφορών

Σύμφωνα με την εθνική και ενωσιακή νομοθεσία και νομολογία, οι αναθέτουσες αρχές που διενεργούν ανοικτούς διαγωνισμούς για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων οφείλουν να τηρούν όλους τους κείμενους κανόνες δημοσιότητας της προκήρυξης σύμβασης (περίληψης διακήρυξης), μεταξύ των οποίων απαιτείται, στην περίπτωση που η σύμβαση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του π.δ/τος 60/2007 λόγω της φύσεως της αναθέτουσας αρχής, του αντικείμενου της και της εκτιμώμενης αξίας της, και η προσήκουσα αποστολή και δημοσίευση προκήρυξης σύμβασης στην ΕΕΕΕ, με τήρηση της ελάχιστης υποχρεωτικής προθεσμίας παραλαβής των προσφορών των πενήντα δύο (52) ημερών, αρχομένης από την επομένη της ημερομηνίας αποστολής της προκήρυξης σύμβασης στην ΕΕΕΕ, στις δε παραγράφους 5 και 6 του άρθρου 36 του π.δ/τος 60/2007 ορίζονται οι δύο επιτρεπόμενες, εκτός της περίπτωσης δημοσίευσης προκαταρκτικής προκήρυξης στην ΕΕΕΕ, περιπτώσεις σύντμησης της προεκτεθείσας προθεσμίας, εφόσον συντρέχουν οι τιθέμενες στις διατάξεις αυτές προϋποθέσεις (πρβλ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. Αποφάσεις 319/2014, 35/2015, 65/2015, 168/2015, Ελ. Συν. Αποφάσεις VII Τμ. 82, 114, 165/2006, 28/2007, 115, 144, 242, 249/2008, 12, 233/2009,

Εν προκειμένω, δεδομένης της ημερομηνίας αποστολής της προκήρυξης σύμβασης στην ΕΕΕΕ (15^η.5.2015) και της ορισθείσας καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (24^η.6.2015 και ώρα 17.00), καθώς και του ότι δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις σύντηξης της προθεσμίας παραλαβής προσφορών δυνάμει άλλων διατάξεων του εν λόγω άρθρου, πλην της παρ. 5 αυτού περί ηλεκτρονικής αποστολής της προκήρυξης σύμβασης στην ΕΕΕΕ, προκύπτει το συμπέρασμα ότι η αναθέτουσα αρχή προέβη σε χρήση συντετμημένης προθεσμίας σαράντα (40) ημερών για την παραλαβή των προσφορών κατά τον εξεταζόμενο ανοικτό διεθνή διαγωνισμό, πλην όμως χωρίς να συντρέχει η εφαρμογή της διάταξης της παρ. 6 του άρθρου 32 π.δ/τος 60/2007 περί δυνατότητας σύντηξης της προαναφερθείσας ελάχιστης προθεσμίας παραλαβής προσφορών. Πράγματι, εν προκειμένω, η ελεύθερη, άμεση και πλήρης πρόσβαση των ενδιαφερομένων διά ηλεκτρονικού μέσου στο τεύχος της υπ' α.π. 15701/15.5.2015 διακήρυξης εξασφαλίστηκε από την αναθέτουσα αρχή όχι από την ημερομηνία της δημοσίευσης της προκήρυξης σύμβασης στην ΕΕΕΕ (20.5.2015), όπως επιτάσσει η προαναφερόμενη διάταξη, αλλά αργότερα, και συγκεκριμένα από 25.5.2015, ημερομηνία κατά την οποία η εν λόγω διακήρυξη αναρτήθηκε στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής και στην ιστοσελίδα του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (βλ. παρ. 2.3.5, σελ. 9 της παρούσας)."

4. Με την κρινόμενη, από 16.9.2015, αίτηση θεραπείας του Δήμου Γαλατσίου Νομού Αττικής προβάλλονται τα εξής:

"[...] Με την παρούσα αιτούμεθα την ανάκληση της ως άνω υπ' αριθμ. 204/2015 απόφασης της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων κατά το μέρος που απέρριψε το αίτημα του Δήμου Γαλατσίου όσον αφορά τη μη συνδρομή των προϋποθέσεων του άρθρου 25 περ. 1 περ. α' του πδ. 60/2007 για τους κάτωθι νόμιμους και βάσιμους λόγους:

1. Ως προς τη νομιμότητα του όρου της παραγράφου 3 του Παραρτήματος Γ της Διακήρυξης σύμφωνα με την οποία η «εργοστασιακή μονάδα παραγωγής του φωτιστικού θα πρέπει να είναι εγχώρια ή να έχει έδρα σε κάποιο άλλη χώρα της Ευρωπαϊκής Ένωσης»:

Το αντικείμενο της Διακήρυξης αφορά στην αντικατάσταση και τοποθέτηση μεγάλου αριθμού φωτιστικών νατρίου υψηλής πίεσης (737 τεμάχια) σε 3 συνοικίες του Δήμου Γαλατσίου με εκτίμηση λειτουργίας έκαστου φωτιστικού είναι περίπου 4.437 ώρες/έτος, ήτοι θα πρέπει να εξασφαλιστεί συνολική εξοικονόμηση πρωτογενούς ενέργειας 544.690,41 kWh. Τα φωτιστικά που προδιαγράφονται στα Τεύχη της Διακήρυξης προς εγκατάσταση απαιτείται να είναι υψηλού βαθμού αξιοπιστίας και αποδοτικότητας και για το λόγο αυτό ήταν αναγκαίο να καλύπτονται όλα τα σχετικά διεθνή και εθνικά πρότυπα του ΕΛ.Ο.Τ & Ε.Ν, οι οδηγίες και τα κείμενα εναρμόνισης που εκδίδονται και ισχύουν στην Ευρωπαϊκή Ένωση, κάτι που κατεξοχήν εξασφαλίζουν τα κατασκευασμένα προϊόντα ηλεκτροφωτισμού στην Ευρώπη, αποφεύγοντας πιθανά προβλήματα ασυνέχειας, περιορισμένου κύκλου ζωής - αξιοπιστίας, ζητήματα συνεργασίας, καθυστέρησης εύρεσης ανταλλακτικών κλπ που έχει διαπιστωθεί ότι εμφανίζονται σε συνεργασίες με μη ευρωπαϊκούς κατασκευαστές/προμηθευτές.

Ο συγκεκριμένος λοιπόν όρος της Διακήρυξης τέθηκε προκειμένου να εξασφαλιστεί: α) η αξιοπιστία των φωτιστικών που θα εγκατασταθούν, β) η υψηλή ποιότητα του έργου και γ) η εγγυημένη εξοικονόμηση ενέργειας που επιδιώκεται βάσει των σχετικών στόχων της εγκεκριμένης Πράξης «Εξοικονόμηση Ενέργεια Γαλατσίου». Συγκεκριμένα, το δίκαιο αδειοδότησης κατασκευαστικών εταιρειών φωτιστικών σωμάτων εντός Ευρωπαϊκής Ένωσης θέτει πλαίσιο προδιαγραφών που εξασφαλίζουν την τήρηση υψηλών προτύπων ποιότητας/παροχής υπηρεσιών από τις αδειοδοτημένες εταιρείες, με αποτέλεσμα η επιλογή των εν λόγω παραγωγικών μονάδων να εγγυάται την προμήθεια υλικών υψηλής ποιότητας. Αντιθέτως, η επιλογή κατασκευαστών φωτιστικών από την λοιπή αγορά, οι οποίοι αδειοδοτήθηκαν εντός διαφορετικού πλαισίου (εκτός ευρωπαϊκού) προδιαγραφών και κανονισμών που δεν μπορούν εύκολα να ελεγχθούν και να επιβεβαιωθούν, αποτελεί ενέργεια μεγάλου ρίσκου όσον αφορά την αξιοπιστία των εν λόγω προϊόντων.

Άλλωστε σκοπός του Δήμου Γαλατσίου δεν ήταν να αποκλειστεί στοχευμένα κάποιος πιθανός υποψήφιος Ανάδοχος-Διαγωνιζόμενος, αλλά απευθυνόμενος στο μεγάλο εύρος υποψηφίων κατασκευαστών που εδρεύουν στην Ευρωπαϊκή Ένωση να διασφαλίσει, πέραν των ανωτέρω, την υλοποίηση ενός μεγάλου έργου ενεργειακής παρέμβασης ηλεκτροφωτισμού με εγγυημένη τη λειτουργία των εγκαταστάσεων σε βάθος χρόνου, χωρίς την εμφάνιση συχνών βλαβών (γεγονός που πιθανώς να δημιουργούσε κοινωνική αμφισβήτηση ως προς τα επιλεγόμενα υλικά) και στον περιορισμό των δαπανών συντήρησης και λειτουργίας και μετά το πέρας των ζητούμενων εγγυήσεων.

Τα ανωτέρω αποτέλεσαν το κριτήριο εκ μέρους του τεχνικού συμβούλου του Δήμου Γαλατσίου, εταιρείας REDEPLAN ΑΕ για την εισήγηση του ως άνω όρου, όπως προκύπτει από την υπ' αριθμ. πρωτ. 6244/ΕΞΟΙΚ/ΓΑΛ/31.08.2015

επιστολή της (σχετ. 1). [η εν λόγω επιστολή του ως άνω τεχνικού συμβούλου του Δήμου Γαλασίου υποβλήθηκε με με το συνοδευτικό φάκελο της κρινόμενης αίτησης θεραπείας].

Επιπροσθέτως, θα πρέπει να σημειωθεί ότι τα τεύχη διακήρυξης του εν λόγω διαγωνισμού, ήτοι και ο ανωτέρω όρος, είχαν εγκριθεί από το ΚΑΠΕ με το υπ' αριθμ. πρωτ. 1313/29.09.2014 έγγραφό του (σχετ. 2) και συνεπώς ο Δήμος Γαλασίου είχε την πεποίθηση ότι ο εν λόγω όρος είναι νόμιμος [το εν λόγω έγγραφο του Κ.Α.Π.Ε., το οποίο είχε προσκομισθεί και στο συνοδευτικό φάκελο του κριθέντος με την υπ' αριθμ. 204/2015 απόφαση της Αρχής αιτήματος του Δήμου Γαλασίου, υποβλήθηκε εκ νέου με το φάκελο της κρινόμενης αίτησης θεραπείας].

Σε κάθε περίπτωση, ο ανωτέρω όρος περιλαμβάνεται σε αντίστοιχες προκηρύξεις μεγάλων έργων (έργα Εγνατίας Οδού Α.Ε σελ 18 - σχετ. 3, Δήμος Κομοτηνής - σχετ. 4) όπου υπάρχουν αντίστοιχες αναφορές ως προς την χώρα προέλευσης του κατασκευαστή των φωτιστικών σωμάτων, γεγονός που δημιούργησε στο Δήμο τη συγγνωστή πλάνη ότι ο ανωτέρω όρος είναι νόμιμος.

2. Ως προς τη νομιμότητα του όρου 5.4 της Διακήρυξης και συγκεκριμένα των όρων δ και ε:

Τα ανωτέρω κριτήρια έχουν τεθεί στα πλαίσια της παρ. 5 του άρθρου 46 του πδ 60/2007 προκειμένου ο Δήμος Γαλασίου να αποκτήσει σαφή εικόνα της τεχνικής ικανότητας των προσφερόντων χωρίς ο Δήμος Γαλασίου να θέτει ελάχιστα απαιτούμενα επίπεδα. Ο μη ορισμός ελάχιστων απαιτούμενων επιπέδων δεν δημιουργεί οιαδήποτε ασάφεια στους συμμετέχοντες ούτε παρεμποδίζει καθ' οιονδήποτε τρόπο τον ανταγωνισμό καθώς δεν οδηγεί στον αποκλεισμό κανενός συμμετέχοντα.

Σε κάθε περίπτωση σημειώνεται ότι τα τεύχη διακήρυξης του εν λόγω διαγωνισμού, ήτοι και οι ανωτέρω όροι, είχαν εγκριθεί από το ΚΑΠΕ με το υπ' αριθμ. πρωτ. 1313/29.09.2014 έγγραφό του (βλ. σχετ. 2) και συνεπώς ο Δήμος Γαλασίου είχε τη πεποίθηση ότι ο εν λόγω όρος είναι νόμιμος.

3. Ως προς τη μη προσήκουσα σύντμηση της ελάχιστης προβλεπόμενης προθεσμίας παραλαβής προσφορών.

Στο άρθρο 2 του Ν. 3861/2010 (ΦΕΚ 112 Α/13-7-2010): «Ενίσχυση της διαφάνειας με την υποχρεωτική ανάρτηση νόμων και πράξεων των κυβερνητικών, διοικητικών και αυτοδιοικητικών οργάνων στο διαδίκτυο «Πρόγραμμα Διαύγεια» και άλλες διατάξεις», όπου ορίζεται ποιες πράξεις αναρτώνται στο «ΔΙΑΥΓΕΙΑ», στην περ. 16 της παρ. 4 αναφέρεται ότι αναρτητέες είναι «περιλήψεις διακηρύξεων, αποφάσεις και πράξεις κατακύρωσης και ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών, υπηρεσιών και μελετών του Δημοσίου, των Ν.Π.Δ.Δ., φορέων του ευρύτερου δημόσιου τομέα και φορέων των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης πρώτου και δευτέρου βαθμού». Επίσης, στην παρ. 1 του άρθρου 4 του ίδιου Νόμου ορίζεται ότι: «οι πράξεις που αναφέρονται στο άρθρο 2, όταν είναι κατά νόμο δημοσιευτές, στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως ισχύουν από τη δημοσίευσή τους, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά» και στην παρ. 2 ότι: «Με εξαίρεση τις πράξεις της προηγούμενης παραγράφου, οι λοιπές πράξεις που κατά τον παρόντα νόμο αναρτώνται στο Διαδίκτυο δεν εκτελούνται, εάν δεν έχει προηγηθεί η ανάρτησή τους στο Διαδίκτυο κατά τα οριζόμενα στον παρόντα νόμο».

Από τις αναφερόμενες στην προηγούμενη παράγραφο διατάξεις συνάγονται τα ακόλουθα: ότι καμιά πράξη από τις αναφερόμενες στο άρθρο 2 του Ν. 3861/2010 (συνεπώς και οι διακηρύξεις των διαγωνισμών για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών, υπηρεσιών και μελετών του Δημοσίου, των Ν.Π.Δ.Δ., φορέων του ευρύτερου δημόσιου τομέα και φορέων των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης πρώτου και δευτέρου βαθμού) δεν εκτελείται αν δεν προηγηθεί η ανάρτησή της στο «ΔΙΑΥΓΕΙΑ» ενώ οι πράξεις που κατά νόμο είναι δημοσιευτές στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως (συνεπώς και οι διακηρύξεις των διαγωνισμών για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών, υπηρεσιών και μελετών του Δημοσίου, των Ν.Π.Δ.Δ., φορέων του ευρύτερου δημόσιου τομέα και φορέων των οργανισμών τοπικής αυτο- διοίκησης πρώτου και δευτέρου βαθμού) ισχύουν από τη δημοσίευσή τους σ' αυτήν.

Ύστερα από τα παραπάνω και με δεδομένη την ημερομηνία αποστολής της διακήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (15-5-2015, ημέρα Παρασκευή), η δημοσίευση αυτής τόσο στην ιστοσελίδα του Δήμου όσο και στο portal του ΕΣΗΔΗΣ δεν θα μπορούσε να λάβει χώρα πριν από τη ανάρτηση της περίληψης αυτής στο «ΔΙΑΥΓΕΙΑ» (έλαβε χώρα στις 22-5-2015, ημέρα Παρασκευή) και τη δημοσίευσή της στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως (τεύχος Διακηρύξεων Δημοσίων Συμβάσεων) (έλαβε χώρα στις 22-5-2015, ημέρα Παρασκευή), οι οποίες δεδομένων των απαιτούμενων διαδικασιών έλαβαν χώρα κατά την ανωτέρω ημερομηνία. Από την ημερομηνία αυτή άρχισε να ισχύει η προκήρυξη του εν λόγω διαγωνισμού στον Ελληνικό χώρο. Συνεπώς, η ανάρτησή της τόσο στην ιστοσελίδα του Δήμου όσο και στο portal του ΕΣΗΔΗΣ την επομένη εργάσιμη ημέρα (25-5-2015, ημέρα Δευτέρα), τριάντα (30) ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία προσφορών, ως προθεσμία είναι κατά πολύ μεγαλύτερη (διπλάσια) από την

απαιτούμενη για τους ηλεκτρονικούς ανοικτούς διαγωνισμούς υποχρέωση δημοσίευσης στον ελληνικό χώρο και δεν μπορεί παρά να θεωρείται επαρκής ως προς τη δημοσιότητα αυτής αφού, εκτός των παραπάνω, δημοσιεύτηκε και σε δύο (2) οικονομικές (ημερήσιες) και τρεις (3) αντί για δύο (2) τοπικές (ημερήσιες & εβδομαδιαίες) εφημερίδες (οι δημοσιεύσεις αυτές έλαβαν χώρα στις 22-5-2015, ημέρα Παρασκευή).

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ ΑΙΤΟΥΜΕΘΑ

- Την ανάκληση της υπ' αριθμ. 204/2015 απόφασης της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων κατά το μέρος που απέρριψε το αίτημα του Δήμου Γαλασίου όσον αφορά τη συνδρομή των προϋποθέσεων του άρθρου 25 περ. 1 περ.α του πδ. 60/2007.
- Την παροχή της σύμφωνης γνώμης της Αρχής, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 2 περ. 2 περ. γ υποπερ. δδ του ν.4013/2011, προκειμένου ο Δήμος Γαλασίου να προβεί στην διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, για την «Προμήθεια εξοπλισμού για την ολοκληρωμένη παρέμβαση εξοικονόμησης ενέργειας στο Δημοτικό Φωτισμό (Πρόγραμμα «ΕΞΟΙΚΟΝΟΜΩ» του Δήμου Γαλασίου» σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 25 παρ. 1 περ.α του πδ 60/2007. [...]

Τέλος, με το φάκελο της κρινόμενης αίτησης θεραπείας υπεβλήθησαν και τα σε αυτήν μνημονευόμενα σχετικά υπ' αριθμ. (3) και (4) και συγκεκριμένα: α) το επικαλούμενο τεύχος "Προδιαγραφές" του έργου "Κάθετος Άξονας Εγνατίας Οδού Κοζάνη – Φλώρινα – Νίκη: Τμήμα Φλώρινα – Νίκη (50.3)" προϋπολογισμού 79.950€ της Εγνατία Οδός Α.Ε., στη σελ. 18 του οποίου περιλαμβάνεται η αναφορά "Γίνονται δεκτά φωτιστικά σώματα εγχώρια ή κατασκευαζόμενα σε χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης.", και β) η περίληψη διακήρυξης της "Προμήθειας λαμπτήρων οδοφωτισμού και Κτιριακών Εγκαταστάσεων, φωτιστικών σωμάτων, υλικών οδοφωτισμού και εορταστικού στολισμού", προϋπολογισμού 150.000€ με ΦΠΑ, του Δήμου Κομοτηνής, όπου περιλαμβάνεται η αναφορά "Γίνονται δεκτές επιχειρήσεις εμπορικές ή κατασκευαστικές ελληνικές ή χωρών της Ευρωπαϊκής Ένωσης."

II. Νομικό πλαίσιο

5. Οι διατάξεις του άρθρου 24 ("Αίτηση θεραπείας - Ιεραρχική προσφυγή") παρ. 1 και 2 του Ν. 2690/1999 «Κύρωση του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 45) ως ισχύει προβλέπουν τα εξής:

"1. Αν από τις σχετικές διατάξεις δεν προβλέπεται η δυνατότητα άσκησης της, κατά το επόμενο άρθρο, ειδικής διοικητικής, ή ενδικοφανούς, προσφυγής, ο ενδιαφερόμενος, για την αποκατάσταση υλικής ή ηθικής βλάβης των έννομων συμφερόντων του που προκαλείται από ατομική διοικητική πράξη μπορεί, για οποιονδήποτε λόγο, με αίτησή του, να ζητήσει, είτε από τη διοικητική αρχή η οποία εξέδωσε την πράξη, την Ανάκληση ή την τροποποίησή της (αίτηση θεραπείας), είτε, από την αρχή η οποία προΐσταται εκείνης που εξέδωσε την πράξη, την ακύρωσή της (ιεραρχική προσφυγή). 2. Η διοικητική αρχή στην οποία υποβάλλεται η, κατά την προηγούμενη παράγραφο, αίτηση οφείλει να γνωστοποιήσει στον ενδιαφερόμενο την απόφασή της για την αίτηση αυτή το αργότερο μέσα σε τριάντα (30) ημέρες, εκτός αν από ειδικές διατάξεις προβλέπεται διαφορετική προθεσμία."

6. Στο άρθρο 25, "Διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού (άρθρο 31 οδηγίας 2004/18/ΕΚ)", παρ. 1 περ. (α) του π.δ/τος 60/2007 προβλέπεται ότι:

«Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, στις ακόλουθες περιπτώσεις:

1) Προκειμένου για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών:

α) εάν, ύστερα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά ή καμία από τις υποβληθείσες προσφορές δεν κρίνεται κατάλληλη, ή εάν δεν υπάρχει κανείς υποψήφιος, εφόσον δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης και με την προϋπόθεση ότι διαβιβάζεται σχετική έκθεση στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή, ύστερα από αίτημα της.»

7. Στο άρθρο 3, "Αρχές που διέπουν τη σύναψη συμβάσεων (άρθρο 2 οδηγίας 2004/18/ΕΚ)", του ίδιου ως άνω π.δ/τος ορίζεται ότι: "Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις ενεργώντας με διαφάνεια."

8. Στο άρθρο 32, "Προθεσμία για την παραλαβή των αιτήσεων συμμετοχής και των προσφορών (άρθρο 38 οδηγίας 2004/18/ΕΚ)", του ίδιου ως άνω π.δ/τος προβλέπεται ότι:

“1. Κατά τον καθορισμό των προθεσμιών παραλαβής των προσφορών και των αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν υπόψη, ιδίως, το πολύπλοκο της σύμβασης και τον χρόνο που απαιτείται για την προετοιμασία των προσφορών, με την επιφύλαξη των ελάχιστων προθεσμιών που καθορίζονται στο παρόν άρθρο. 2. Στις ανοικτές διαδικασίες, η ελάχιστη προθεσμία παραλαβής των προσφορών ανέρχεται σε πενήντα δύο (52) ημέρες από την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης διαγωνισμού. [...]”

6. Σύντμηση κατά πέντε (5) ημέρες των προθεσμιών παραλαβής των προσφορών που ορίζονται στην παράγραφο 2 και στην παράγραφο 3 εδάφιο β), είναι δυνατή όταν η αναθέτουσα αρχή παρέχει, με ηλεκτρονικό μέσο και από την ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης, σύμφωνα με το Παράρτημα VIII, ελεύθερη, άμεση και πλήρη πρόσβαση στη συγγραφή υποχρεώσεων και στα λοιπά τεύχη του διαγωνισμού, προσδιορίζοντας στο κείμενο της προκήρυξης την ηλεκτρονική διεύθυνση στην οποία διατίθεται η εν λόγω τεκμηρίωση. Η σύντμηση αυτή μπορεί να ορίζεται επιπλέον της μείωσης που προβλέπεται στην παράγραφο 5. [...]”

9. Στο άρθρο 46, “Τεχνικές ή/και επαγγελματικές ικανότητες (άρθρο 48 οδηγίας 2004/18/EK)”, του ίδιου ως άνω π.δ/τος προβλέπονται τα εξής:

“1. Οι τεχνικές ή/και επαγγελματικές ικανότητες των οικονομικών φορέων αξιολογούνται και ελέγχονται σύμφωνα με τις παραγράφους 2 και 3.

2. Οι τεχνικές ικανότητες των οικονομικών φορέων αποδεικνύονται με έναν ή περισσότερους από τους ακόλουθους τρόπους, ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των προμηθειών, ή των υπηρεσιών:

α) i) υποβολή καταλόγου των εργασιών που έχουν εκτελεσθεί κατά την προηγούμενη πενταετία, συνοδευόμενο από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης των σημαντικότερων εργασιών. Τα πιστοποιητικά αυτά αναφέρουν το ποσό, τον χρόνο και τον τόπο εκτέλεσης των εργασιών και προσδιορίζουν εάν πραγματοποιήθηκαν σύμφωνα με τους κανόνες της τέχνης και εάν περατώθηκαν κανονικά. Η αρμόδια αρχή μπορεί να διαβιβάζει τα πιστοποιητικά αυτά απευθείας στην αναθέτουσα αρχή.

α) ii) υποβολή καταλόγου των κυριότερων παραδόσεων ή υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν κατά την προηγούμενη τριετία, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Οι παραδόσεις και οι παροχές υπηρεσιών αποδεικνύονται εάν μεν ο αποδέκτης είναι αναθέτουσα αρχή, με πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί ή θεωρηθεί από την αρμόδια αρχή, εάν δε (ο αποδέκτης) είναι ιδιωτικός φορέας, με βεβαίωση του αγοραστή ή, εφόσον τούτο δεν είναι δυνατόν, με απλή δήλωση του οικονομικού φορέα.

β) αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των υπευθύνων για τον έλεγχο της ποιότητας και, όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις έργων, εκείνων που θα έχει στη διάθεσή του ο εργολήπτης για την εκτέλεση του έργου.

γ) περιγραφή του τεχνικού εξοπλισμού, των μέτρων που λαμβάνει ο προμηθευτής ή ο πάροχος υπηρεσιών για την εξασφάλιση της ποιότητας και του εξοπλισμού μελέτης και έρευνας της επιχείρησής του.

δ) εάν τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες που παρέχονται είναι σύνθετα ή, κατ’ εξαίρεση, πρέπει να ανταποκρίνονται σε κάποιον ιδιαίτερο σκοπό, απαιτείται έλεγχος διενεργούμενος από την αναθέτουσα αρχή ή, εξ ονόματός της, από αρμόδιο επίσημο οργανισμό της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο προμηθευτής ή ο πάροχος υπηρεσιών, με την επιφύλαξη της συναίνεσης του οργανισμού αυτού. Ο έλεγχος αυτός αφορά το παραγωγικό δυναμικό του προμηθευτή ή τις τεχνικές ικανότητες του παρόχου υπηρεσιών και, εφόσον κρίνεται αναγκαίο, τα μέσα μελέτης και έρευνας που αυτός διαθέτει καθώς και τα μέτρα που λαμβάνει για τον έλεγχο της ποιότητας. [...]

ζ) δήλωση σχετικά με το μέσο ετήσιο εργατούπαλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη και τον αριθμό των στελεχών της επιχείρησης κατά την τελευταία τριετία.

η) δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο πάροχος υπηρεσιών ή ο εργολήπτης για την εκτέλεση της σύμβασης

θ) αναφορά του τμήματος της σύμβασης, το οποίο ο πάροχος υπηρεσιών προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας

ι) όσον αφορά στα προϊόντα που παρέχονται: i) δείγματα, περιγραφή ή/και φωτογραφίες, η αυθεντικότητα των οποίων πρέπει να μπορεί να βεβαιώνεται κατόπιν αιτήσεως της αναθέτουσας αρχής, ii) πιστοποιητικά εκδιδόμενα από επίσημα ινστιτούτα ή επίσημες υπηρεσίες ελέγχου της ποιότητας, που έχουν σχετική αρμοδιότητα, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των προϊόντων, επαληθευόμενη με παραπομπές σε ορισμένες προδιαγραφές ή πρότυπα.

3. Ένας οικονομικός φορέας μπορεί, εφόσον παραστεί ανάγκη και για μια συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει

να αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι, για την εκτέλεση της σύμβασης, θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, παραδείγματος χάριν με την προσκόμιση της δέσμευσης των φορέων αυτών να θέσουν στη διάθεση του οικονομικού φορέα τους αναγκαίους πόρους.

4. Υπό τις ίδιες συνθήκες, μια κοινοπραξία οικονομικών φορέων από τις αναφερόμενες στο άρθρο 39, μπορεί να στηρίζεται στις δυνατότητες των μετεχόντων στην κοινοπραξία ή άλλων φορέων.

5. Στο πλαίσιο των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων που έχουν ως αντικείμενο προμήθειες, για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, ή την παροχή υπηρεσιών ή και την εκτέλεση έργων, η ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση μπορεί να αξιολογείται ιδίως βάσει της τεχνογνωσίας, της αποτελεσματικότητας, της πείρας και της αξιοπιστίας τους.

6. Η αναθέτουσα αρχή διευκρινίζει στην προκήρυξη ή στην πρόσκληση υποβολής προσφορών ποια δικαιολογητικά από τα αναφερόμενα στην παράγραφο 2 πρέπει να προσκομισθούν.

10. Στο άρθρο 53, "Τεχνικές προδιαγραφές (άρθρο 23 οδηγίας 2004/18/ΕΚ)", του ίδιου ως άνω π.δ/τος προβλέπεται ότι:

"1. Οι τεχνικές προδιαγραφές, όπως ορίζονται στο σημείο 1) του Παραρτήματος VI, αναφέρονται στην προκήρυξη του διαγωνισμού, στη συγγραφή υποχρεώσεων καθώς και στα συμβατικά τεύχη ή τα λοιπά συμπληρωματικά έγγραφα. [...]

2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση στους προσφέροντες και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στον ανταγωνισμό.

3. Με την επιφύλαξη των κείμενων διατάξεων που δεν αντιβαίνουν στο κοινοτικό δίκαιο, οι τεχνικές προδιαγραφές πρέπει να διατυπώνονται:

α) είτε με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στο Παράρτημα VI και, κατά σειρά προτίμησης, στα εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών προτύπων, στις ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, στις κοινές τεχνικές προδιαγραφές, στα διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που εκπονούνται από τους ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης, ή, όταν αυτά δεν υπάρχουν, στα εθνικά πρότυπα, στις εθνικές τεχνικές εγκρίσεις, ή στις εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα της χρησιμοποίησης των προϊόντων. Κάθε παραπομπή

συνοδεύεται από τη μνεία "ή ισοδύναμο",

β) είτε με αναφορά σε επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, οι οποίες μπορεί να περιλαμβάνουν περιβαλλοντικά χαρακτηριστικά. Πρέπει ωστόσο να είναι αρκετά ακριβείς ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση,

γ) είτε με αναφορά στις επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στο στοιχείο β), παραπέμποντας, ως τεκμήριο της συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις προδιαγραφές που αναφέρονται στο στοιχείο α),

δ) είτε με παραπομπή στις προδιαγραφές που αναφέρονται στο στοιχείο α) για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή τις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στο στοιχείο β) για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά.[...]

8. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν αυτό δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν μπορούν να κάνουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερων μεθόδων κατασκευής ούτε να κάνουν αναφορά σε σήμα, δίπλωμα ευρεσιτεχνίας ή τύπο καθώς και σε συγκεκριμένη καταγωγή ή παραγωγή, που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία ή παραπομπή επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνεται αρκούντως ακριβής και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή των παραγράφων 3 και 4. Η μνεία ή η παραπομπή αυτή

πρέπει να συνοδεύονται από τους όρους "ή ισοδύναμο"."

■

11. Στο άρθρο 4 ("Τεχνικές Προδιαγραφές") παρ. 1 και 2 της υπ' αριθμ. 11389/1993 Υπουργικής Απόφασης με τίτλο «Ενιαίος Κανονισμός Προμηθειών Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης (ΕΚΠΟΤΑ)» (ΦΕΚ Β' 185) προβλέπονται τα

εξής: “1. Σε κάθε διακήρυξη και σύμβαση, επισυνάπτεται η τεχνική προδιαγραφή του προς προμήθεια υλικού ή αναφέρεται συγκεκριμένη προδιαγραφή.

2. Οι τεχνικές προδιαγραφές των προς προμήθεια υλικών περιλαμβάνουν όλα εκείνα τα τεχνικά χαρακτηριστικά ώστε τα υλικά αυτά να εκπληρώνουν τον σκοπό για τον οποίο προορίζονται, λαμβανομένων υπόψη των αναγκών και των απαιτήσεων του χρήστη και των διατάξεων των παραγράφων 8, 9 10 και 11 του άρθρου 2 του παρόντος κανονισμού. [...]”

III. Νομική Εκτίμηση

12. Η υπό εξέταση αίτηση θεραπείας του Δήμου Γαλατσίου Νομού Αττικής, ασκηθείσα παραδεκτώς και νομίμως ενώπιον της Αρχής, σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 24 παρ. 1 του ισχύοντος Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, αφορά αίτημα ανάκλησης της προαναφερόμενης υπ’ αριθμ. 204/1.9.2015 απόφασης της Αρχής με την οποία απερρίφθη το σχετικό αίτημα του Δήμου Γαλατσίου Νομού Αττικής και δεν παρασχέθηκε η σύμφωνη γνώμη της Αρχής, κατ’ άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ’ υποπερ. (δδ) του Ν.4013/2011 για την προσφυγή του εν λόγω Δήμου στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης προς σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας εξοπλισμού για την ολοκληρωμένη παρέμβαση εξοικονόμησης ενέργειας στο Δημοτικό Φωτισμό του (Πρόγραμμα «ΕΞΟΙΚΟΝΟΜΩ»), συνολικού προϋπολογισμού 210.635,00€ χωρίς ΦΠΑ και προβλεπόμενης συμβατικής προθεσμίας παράδοσης και πλήρους εγκατάστασης του εξοπλισμού εκατόν είκοσι (120) ημερών από την ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης.

Ειδικότερα, η κρινόμενη αίτηση θεραπείας στρέφεται κατά του μέρους της ως άνω απόφασης της Αρχής, με το οποίο κρίθηκε η μη συνδρομή των προϋποθέσεων εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 25 παρ. 1 περ. α’ του π.δ/τος 60/2007 λόγω μη νομιμότητας της προηγηθείσας ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας συνεπεία των διαπιστωθεισών ουσιαδών νομικών πλημμελειών αυτής (βλ. παρ. 3, σελ. 2 - 5 της παρούσας).

Επιπρόσθετα, με την κρινόμενη αίτηση θεραπείας, ο Δήμος Γαλατσίου Νομού Αττικής αιτείται την παροχή της κατά τα ως άνω σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή του στην προαναφερόμενη διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη της εξεταζόμενης σύμβασης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 1 περ. α’ του π.δ/τος 60/2007.

13. Με την κρινόμενη αίτηση θεραπείας δεν προβάλλονται νέα πραγματικά περιστατικά σε σχέση με τα επικαλούμενα και ήδη προσκομισθέντα με το φάκελο της κριθείσας υπόθεσης, τα οποία και ελήφθησαν υπόψη από την Αρχή για την έκδοση της υπ’ αριθμ. 204/2015 απόφασής της, ει μη μόνον οι προαναφερόμενοι στην παρ. 4 της παρούσας ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής ως προς τη νομιμότητα των όρων και της σύντημησης της ελάχιστης απαιτούμενης προθεσμίας παραλαβής προσφορών του προηγηθέντος ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού.

14. Εκτός των όσων ρητώς αναφέρθηκαν και αποφασίσθηκαν με την ως άνω απόφαση της Αρχής σχετικά με τη μη νομιμότητα της ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας που προηγήθηκε του εξετασθέντος αιτήματος της αναθέτουσας αρχής, βλ. παρ. 3 της παρούσας, διαπιστώνονται τα εξής:

α) Επί των προβαλλόμενων στην κρινόμενη αίτηση θεραπείας ισχυρισμών του Δήμου Γαλατσίου αναφορικά με τη νομιμότητα της τεθείσας επί ποινή αποκλεισμού τεχνικής προδιαγραφής της παρ. 3 του Παραρτήματος Γ της διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία «η εργοστασιακή μονάδα παραγωγής του φωτιστικού θα πρέπει να είναι εγχώρια ή να έχει έδρα σε κάποιο άλλη χώρα της Ευρωπαϊκής Ένωσης»

Με την κρινόμενη αίτηση θεραπείας η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι η κριθείσα ως μη νόμιμη με την 204/2015 απόφαση της Αρχής τεχνική προδιαγραφή των προσφερομένων ειδών, σύμφωνα με την οποία «η εργοστασιακή μονάδα παραγωγής του φωτιστικού θα πρέπει να είναι εγχώρια ή να έχει έδρα σε κάποιο άλλη χώρα της Ευρωπαϊκής Ένωσης» (βλ. παρ. 3 του Παραρτήματος Γ της διακήρυξης) είναι νόμιμη, καθώς κατά τους ισχυρισμούς της δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης ως τεθείσα για την εξασφάλιση της απαιτούμενης υψηλής αξιοπιστίας και ποιότητας των προς προμήθεια και εγκατάσταση φωτιστικών σωμάτων, με σκοπό την επίτευξη εγγυημένης εξοικονόμησης ηλεκτρικής ενέργειας στο δίκτυο του δημοτικού φωτισμού σε βάθος χρόνου, χωρίς την εμφάνιση συχνών βλαβών και με περιορισμό των δαπανών συντήρησης και λειτουργίας και μετά το πέρας των ζητούμενων εγγυήσεων. Ο δε προαναφερόμενος σκοπός της σύμβασης μπορεί να εξασφαλισθεί, κατά την

αναθέτουσα αρχή, μόνον από φωτιστικά σώματα κατασκευασθέντα σε κράτος μέλος της ΕΕ και ειδικότερα: α) λόγω του ότι τα παραγόμενα στην ΕΕ φωτιστικά σώματα εξασφαλίζουν, κατά τα προβαλλόμενα στην κρινόμενη αίτηση θεραπείας, κατεξοχήν την τήρηση όλων των απαιτούμενων σχετικών διεθνών και εθνικών προτύπων ΕΛΟΤ και ΕΝ καθώς και οδηγίων και κειμένων εναρμόνισης που εκδίδονται και ισχύουν στην ΕΕ, αποφεύγοντας πιθανά προβλήματα ασυνέχειας, περιορισμένου κύκλου ζωής – αξιοπιστίας και ζητημάτων συνεργασίας, καθυστέρησης εύρεσης ανταλλακτικών κλπ που έχει διαπιστωθεί ότι εμφανίζονται σε συνεργασίες με μη ευρωπαϊκούς κατασκευαστές/προμηθευτές, καθώς επίσης και β) λόγω του ισχύοντος στην ΕΕ πλαισίου αδειοδότησης των κατασκευαστών φωτιστικών σωμάτων βάσει υψηλών προτύπων ποιότητας, τα οποία δεν μπορούν να ελεγχθούν – επιβεβαιωθούν εύκολα για αντίστοιχους κατασκευαστές αδειοδοτηθέντες εκτός πλαισίου ΕΕ, γεγονός το οποίο, κατά την αναθέτουσα αρχή, καθιστά την επιλογή κατασκευαστών φωτιστικών σωμάτων εκτός ΕΕ ενέργεια υψηλού ρίσκου όσον αφορά την αξιοπιστία των προϊόντων αυτών.

Ο προαναφερόμενος ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής δεν προσδιορίζει επαρκώς ούτε το επικαλούμενο (“υψηλών προτύπων ποιότητας”) πλαίσιο αδειοδότησης των κατασκευαστών φωτιστικών σωμάτων της ΕΕ ούτε τα σχετικώς επικαλούμενα διεθνή και εθνικά πρότυπα του ΕΛ.Ο.Τ και Ε.Ν, όπως και τις οδηγίες και τα κείμενα εναρμόνισης που εκδίδονται και ισχύουν στην ΕΕ, βάσει των οποίων τα κατασκευασθέντα σε χώρα της ΕΕ φωτιστικά σώματα υπερτερούν, κατά την αναθέτουσα αρχή, στον τομέα της αξιοπιστίας και αποδοτικότητας ως προς τα αντίστοιχα προϊόντα που κατασκευάζονται εκτός ΕΕ. Σε κάθε δε περίπτωση, εάν η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι αυτό δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, όφειλε, έχοντας πάντα ως γνώμονα την τήρηση της αρχής της αναλογικότητας, να είχε θέσει μεταξύ των τεχνικών προδιαγραφών των προμηθευόμενων ειδών και την πρόσθετη απαίτηση τόσο τα προσφερόμενα είδη ή/και το εργοστάσιο κατασκευής τους να συμμορφώνονται προς τα συγκεκριμένα (πλην όμως μη κατονομαζόμενα στον προαναφερόμενο ισχυρισμό της) ευρωπαϊκά πρότυπα, κανονισμούς, οδηγίες και κείμενα εναρμόνισης ΕΝ τα οποία, κατά την αναθέτουσα αρχή, διέπουν τον κλάδο κατασκευής φωτιστικών σωμάτων στην ΕΕ και τα οποία είναι επαρκώς ελέγξιμα και επαληθεύσιμα βάσει της προσκόμισης των σχετικών πιστοποιήσεων που εκδίδονται από αναγνωρισμένους κοινοποιημένους φορείς.

Κατά τον τρόπο αυτό, ο προβαλλόμενος ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής φαίνεται να καθιερώνει αμάχητο τεκμήριο αποκλεισμού, βάσει του οποίου τα φωτιστικά σώματα που προέρχονται από εργοστάσια παραγωγής εγκατεστημένα εκτός χωρών ΕΕ, πχ. στις ΗΠΑ, σε χώρα ΕΟΧ εκτός των χωρών της ΕΕ, στην Αυστραλία, Κίνα, Ινδία κτλ, θεωρούνται εκ προοιμίου και άνευ ετέρου αναξιόπιστα και ακατάλληλα προς χρήση για το σκοπό της σύμβασης. Συνακόλουθα δε, βάσει της σχετικώς τεθείσας επίμαχης τεχνικής προδιαγραφής, οι προσφέροντες αυτά οικονομικοί φορείς αποκλείονται αυτόματα από τη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό, ακόμα και εάν το εργοστάσιο κατασκευής των προσφερομένων ειδών πληροί τα τεθέντα στη διακήρυξη και το νόμο (άρθρο 47 π.δ/τος 60/2007) πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας κατά ISO 9001:2008 και ISO 14001 από αναγνωρισμένο κέντρο ελέγχου, παρά το ότι τα εν λόγω πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας αρκούν για να διασφαλίσουν ότι ένα εργοστάσιο παραγωγής παράγει (κατά τεκμήριο) προϊόντα συγκεκριμένης αμετάβλητης και ελεγχόμενης ποιότητας και τεχνικών προδιαγραφών, ανεξαρτήτως του σε ποια χώρα είναι εγκατεστημένο και λειτουργεί.

Πλην όμως η χώρα προέλευσης των προμηθευόμενων ειδών δεν μπορεί να συνιστά τεκμήριο της καταλληλότητάς τους για χρήση προς το σκοπό της σύμβασης, διότι αφενός δεν περιλαμβάνεται μεταξύ των αποδεκτών τρόπων διατύπωσης τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίοι αναφέρονται περιοριστικά στα στοιχεία (α) – (δ) της παρ. 3 του άρθρου 53 π.δ/τος 60/2007, αφετέρου κάτι τέτοιο δεν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης.

Όσον αφορά δε την επίκληση συγγνωστής πλάνης, βάσει της οποίας, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς του Δήμου Γαλατσίου, δημιουργήθηκε στα αρμόδια όργανα της αναθέτουσας αρχής η πεποίθηση ότι η επίμαχη τεχνική προδιαγραφή της παραγράφου 3 του Παραρτήματος Γ (“Τεχνικές Προδιαγραφές – Πίνακας Συμμόρφωσης”) της διακήρυξης είναι νόμιμη, χωρίς πρόθεση αυτών για τον αποκλεισμό συγκεκριμένων υποψηφίων οικονομικών φορέων, και αυτό τόσο λόγω της σχετικής εισήγησης του ιδιώτη τεχνικού συμβούλου του Δήμου και της προηγηθείσας προέγκρισης των όρων της διακήρυξης από τον αρμόδιο ΕΦΔ (Κ.Α.Π.Ε.) όσο και λόγω της χρήσης όμοιων περιοριστικών τεχνικών προδιαγραφών σχετικών με την προέλευση του εργοστασίου κατασκευής των προσφερομένων ειδών σε συγκεκριμένους προηγηθέντες διαγωνισμούς προμήθειας και εγκατάστασης φωτιστικών σωμάτων οδικού φωτισμού άλλων αναθετουσών αρχών (πχ. της Εγνατία Οδός Α.Ε. και του Δήμου Κομοτηνής κατά τα προαναφερθέντα στην παρούσα), επισημαίνεται ότι ο έλεγχος που διενεργεί η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. επί της συνδρομής των

εκ του νόμου προϋποθέσεων προκειμένου να παράσχει τη σύμφωνη γνώμη της κατ' άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. (δδ) του Ν.4013/2011 ως ισχύει για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων κατά τις οικείες διατάξεις των άρθρων 24 και 25 του π.δ/τος 60/2007 αποβλέπει στη διαπίστωση της αντικειμενικής κατά το νόμο συνδρομής των επικαλούμενων διατάξεων, της τήρησης δηλαδή των ενωσιακών και εθνικών κανόνων και διαδικασιών που έχουν θεσπισθεί για την ανάθεσή τους, χωρίς να ενδιαφέρει η υποκειμενική στάση και συμπεριφορά των αρμοδίων οργάνων της αναθέτουσας αρχής, εάν δηλαδή τα όργανα αυτά είχαν πρόθεση καταστρατήγησης των οικείων διατάξεων ή εάν η παραβίαση των κείμενων κανόνων και διαδικασιών οφείλεται σε παρερμηνεία, έστω και συγγνωστή, ως προς την έννοια των εφαρμοστέων διατάξεων (βλ. απόφαση 549/17.12.2013 της Αρχής, αναρτημένη στο www.eadhsy.gr). Ως εκ τούτου, η επίκληση εκ μέρους του Δήμου Γαλασίου των ανωτέρω λόγων συγγνωστής πλάνης των αρμόδιων οργάνων του δεν μπορεί να γίνει δεκτή ως νομική βάση για την ανάκληση της προσβαλλόμενης απόφασης της Αρχής.

Με βάση τα προεκτεθέντα, ισχύουν τα σχετικώς κριθέντα στην υπ' αριθμ. 204/2015 απόφαση της Αρχής (προπαρατεθέντα στην παρ. 3, σελ. 3 της παρούσας) ως προς τη μη νομιμότητα του επίμαχου όρου της διακήρυξης και τη συνεπαγόμενη εξ' αυτού ουσιώδη νομική πλημμέλεια της προηγηθείσας διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία συνεχεται με το άγονο αποτέλεσμα αυτής και την καθιστά μη νόμιμη.

Περαιτέρω, ως προς τα λοιπά προβαλλόμενα με την κρινόμενη αίτηση θεραπείας, τα οποία στρέφονται κατά των πρόσθετων παρατηρήσεων της Αρχής, λεκτέα τα εξής:

β) Επί των προβαλλόμενων ισχυρισμών του Δήμου Γαλασίου αναφορικά με τη νομιμότητα των κριτηρίων τεχνικής ικανότητας (δ) και (ε) του άρθρου 5.4 της διακήρυξης

Αναφερόμαστε και επιβεβαιώνουμε τα όσα ρητώς αναφέρθηκαν και έχουν κριθεί με την απόφαση 204/2015 της Αρχής (βλ. παρ. 3, σελ. 4 της παρούσας).

Συγκεκριμένα, με την υπ' αριθμ. 204/2015 απόφαση της Αρχής κρίθηκε ότι τα επίμαχα, τεθέντα επί ποινή αποκλεισμού, κριτήρια τεχνικής ικανότητας των όρων (δ) και (ε) του άρθρου 5.4 της διακήρυξης (και συγκεκριμένα: “δ) δήλωση σχετικά με το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη και τον αριθμό των στελεχών της επιχείρησης κατά την τελευταία τριετία” και “ε) δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο πάροχος υπηρεσιών ή ο εργολήπτης για την εκτέλεση της σύμβασης”) δεν είναι ανάλογα προς τη φύση της εξεταζόμενης δημόσιας σύμβασης ως (κατά κύριο αντικείμενο) σύμβασης προμήθειας φωτιστικών σωμάτων οδικού φωτισμού, ενώ, παράλληλα, ο μη καθορισμός των ελάχιστων απαιτούμενων επιπέδων τους στη διακήρυξη κατέστησε ασαφή στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς τον τρόπο αξιολόγησής τους, κατά παράβαση της αρχής της διαφάνειας του ενωσιακού δικαίου δημοσίων συμβάσεων.

Περαιτέρω, σύμφωνα με τα προαναφερόμενα, η επίκληση από την αναθέτουσα αρχή λόγων συγγνωστής πλάνης, και συγκεκριμένα του ότι βάσει της από 29.9.2014 προέγκρισης των όρων της διακήρυξης από το Κ.Α.Π.Ε. δημιουργήθηκε στα αρμόδια όργανα της αναθέτουσας αρχής η πεποίθηση περί της νομιμότητας των επίμαχων τεθέντων κριτηρίων τεχνικής ικανότητας, δεν μπορεί να γίνει δεκτή ως λόγος ανάκλησης των παρατηρήσεων της Αρχής όσον αφορά τη διαπιστωθείσα πλημμέλεια κατά τη σύνταξη των όρων του προηγηθέντος ανοικτού διαγωνισμού.

γ) Επί των προβαλλόμενων ισχυρισμών του Δήμου Γαλασίου αναφορικά με το ότι προσηκόντως η αναθέτουσα αρχή προέβη σε σύντμηση της ελάχιστης προβλεπόμενης εκ του νόμου (άρθ. 32 π.δ/τος 60/2007) προθεσμίας παραλαβής προσφορών κατά τον προηγηθέντα ανοικτό διεθνή διαγωνισμό

Επισημαίνεται ότι η τήρηση των διατάξεων του π.δ/τος 60/2007 περί υποχρεωτικής δημοσιότητας στην ΕΕΕΕ των προκηρύξεων δημοσίων συμβάσεων του πεδίου εφαρμογής εν λόγω π.δ/τος είναι υποχρεωτική και ανεξάρτητη της ισχύος τυχόν διατάξεων του εθνικού δικαίου που ρυθμίζουν ζητήματα περί υποχρεωτικής δημοσιότητας των περιλήψεων διακηρύξεων δημοσίων συμβάσεων, ενώ, σε κάθε περίπτωση, είναι εφαρμοστέα η γενική αρχή της υπερίσχυσης του πρωτογενούς και παράγωγου δικαίου της ΕΕ έναντι αντίστοιχων εθνικών κανόνων (βλ. ΔΕΕ, C-104/86, απόφαση της 9ης Μαΐου 1978, Simmenthall, C-106/77, απόφαση της 10ης Απριλίου 2003, Επιτροπή κατά Γαλλίας, C-114/02, Συλλογή 2003, σελ. I-3783 σκέψη 11, απόφαση της 23ης Απριλίου 2009, Επιτροπή κατά Ισπανίας,

C-321/08, σκέψη 9 και απόφαση της 27ης Οκτωβρίου 2011, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, C- 601/10, Συλλογή 2011 σκέψη 41).

Μεταξύ δε τέτοιων υπέρτερης ισχύος διατάξεων του ενωσιακού δικαίου περιλαμβάνονται και αυτές της παρ. 6 του άρθ. 32 π.δ/τος 60/2007 (άρθ. 38 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ), προϋπόθεση εφαρμογής της οποίας αποτελεί και η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής για εξασφάλιση της ελεύθερης, άμεσης και πλήρους πρόσβασης των ενδιαφερομένων στο πλήρες κείμενο της διακήρυξης του διαγωνισμού διά ηλεκτρονικού μέσου (πχ. ιστοσελίδας) από το χρονικό σημείο της ημερομηνίας δημοσίευσης της προκήρυξης σύμβασης στην ΕΕΕΕ, οι οποίες συνιστούν υποχρεωτικό κανόνα δημοσιότητας των προκηρύξεων δημοσίων συμβάσεων του πεδίου εφαρμογής του π.δ/τος 60/2007 στην περίπτωση κατά την οποία, όπως εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή επιλέξει να προβεί σε σύντμηση κατά πέντε (5) ημέρες της ελάχιστης υποχρεωτικής προθεσμίας παραλαβής των προσφορών των πενήντα δύο (52) ημερών (άρθ. 32 παρ. 1 του ιδίου ως άνω π.δ/τος).

Η τήρηση δε του ως άνω κανόνα του ενωσιακού δικαίου είναι, κατά τα προεκτεθέντα, ανεξάρτητη της ισχύος των διατάξεων τυχόν υπάρχουσας εθνικής νομοθεσίας σχετικής με την εκτελεστότητα της διακήρυξης ως κανονιστικής πράξης της αναθέτουσας αρχής ή τυχόν άλλων υποχρεωτικών δημοσιεύσεων της σε εθνικό επίπεδο, εν προκειμένω ανεξάρτητη της ισχύος των σχετικών διατάξεων της ΥΑ του ΕΚΠΟΤΑ, του Ν.3861/2010 περί του Προγράμματος Διαύγεια και του Ν.3469/2006 περί ΦΕΚ, έχοντας σκοπό να εξασφαλίσει σε όλα τα κράτη μέλη της ΕΕ ένα ελάχιστο επίπεδο κοινών κανόνων δημοσιότητας στο πλαίσιο της ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων του πεδίου εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου ως αυτό έχει ενσωματωθεί στην εθνική έννομη τάξη.

Επομένως, και στην προκειμένη περίπτωση, ισχύουν τα όσα ρητώς αναφέρθηκαν και έχουν κριθεί με την απόφαση 204/2015 της Αρχής (βλ. παρ. 3, σελ. 4 - 5 της παρούσας).

IV. Συμπέρασμα

Ενόψει όλων των προεκτεθέντων, με βάση το διδόμενο πραγματικό και από την υπαγωγή αυτού στις προαναφερόμενες και ερμηνευόμενες διατάξεις, επί της ασκηθείσας αίτησης θεραπείας, η Αρχή ομόφωνα αποφασίζει:

Την απόρριψη της ασκηθείσας αίτησης θεραπείας του Δήμου Γαλατσίου Νομού Αττικής και την επικύρωση της υπ' αριθμ. 204/2015 απόφασής της περί μη παροχής σύμφωνης γνώμης, κατ' άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ (δδ) του ν. 4013/2011 ως ισχύει, για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης προκειμένου για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας εξοπλισμού για την ολοκληρωμένη παρέμβαση εξοικονόμησης ενέργειας στο Δημοτικό Φωτισμό (Πρόγραμμα «ΕΞΟΙΚΟΝΟΜΩ») του εν λόγω Δήμου, συνολικού προϋπολογισμού 210.635,00€ χωρίς ΦΠΑ, με προβλεπόμενη συμβατική προθεσμία παράδοσης και πλήρους εγκατάστασης του εξοπλισμού εκατόν είκοσι (120) ημερών από την ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης, **λόγω μη συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.**

Αθήνα, 1 Οκτωβρίου 2015

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Πρόεδρος

Δημήτριος Ράικος