

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 20 Ιουνίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 13.05.2022 με ΓΑΚ 674/13.05.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

κατά του «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 23.05.2022 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η από 28.04.2022 με αριθμό πρωτοκόλλου ... απόφαση κατακύρωσης των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού, με την οποία γίνεται δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρείας «...» και κατακυρώνονται τα αποτελέσματα σε αυτή.

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... ποσού €605,00.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 43/2021 με Αριθ. Πρωτ. : ... Διακήρυξη (Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ...) η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την προμήθεια ατομικών εφοδίων και λοιπών ειδών για την

Αριθμός απόφασης: 1031 /2022

κάλυψη των αναγκών (480) Συνοριακών Φυλάκων Ορισμένου Χρόνου (Σ.Φ.Ο.Χ.) στο πλαίσιο της Πράξης «Δομές και Λειτουργικότητα των Π.Κε.Κ. Αλλοδαπών» στο Εθνικό Πρόγραμμα του ..., συνολικής εκτιμώμενης αξίας 156.763,20 ευρώ, συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων και δαπανών, άνευ Φ.Π.Α., που αντιστοιχεί στο ποσόν των 37.623,17 € ευρώ, ήτοι συνολικά 194.386,37 ευρώ.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα κατέθεσαν προσφορά για το Τμήμα 4 της Σύμβασης «Αλεξίσφαιρα Γιλέκα», συνολικής εκτιμώμενης αξίας σύμβασης, 108.384,00€ άνευ Φ.Π.Α.. Με την προσβαλλόμενη από 28.04.2022 με Αριθ. Πρωτ. : 4000/ 1 / 8- με' Απόφαση κατακύρωσης των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού, η οποία υπογράφεται από τον Διευθυντή της Διεύθυνσης Υποστήριξης του ..., προσωρινός ανάδοχος ορίστηκε η παρεμβαίνουσα εταιρεία «...», στην οποία ανατέθηκε η σύμβαση και με την οποία εγκρίνεται η αποστολή ειδικής, έγγραφης πρόσκλησης για την υπογραφή Σύμβασης.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ οι προσφέροντες στις 03.05.2022, ημέρα κατά την οποία αποχαρακτηρίστηκαν τα έγγραφα της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 13.05.2022, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017 και με έννομο συμφέρον καθόσον η προσφεύγουσα προσδοκά την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας προς το σκοπό να αναδειχθεί η ίδια οριστική ανάδοχος της σύμβασης, καθόσον είναι δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 14.05.2022 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις από 23.05.2022 απόψεις της σχετικά με αυτήν, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες στις 24.05.2022. Σχετικά με τις προαναφερθείσες απόψεις η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα κατέθεσαν νομίμως και παραδεκτώς στις 30.05.2022, ημέρα

Αριθμός απόφασης: 1031 /2022

Δευτέρα, το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά τους.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτός και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 14.05.2022, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 24.05.2022, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει γίνει δεκτή η προσφορά της και έχει αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος.

7. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής στρέφεται κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί διότι στο κατατεθέν πιστοποιητικό «Έκθεση δοκιμής V50» στην σελίδα 3/5 το ίδιο το εργαστήριο ... που εκδίδει το πιστοποιητικό δηλώνει ότι υπάρχει απόκλιση από τις παραμέτρους του προτύπου NIJ 0101.04 καθότι σύμφωνα με τις υποδείξεις του πελάτη δοκιμάστηκε μόνον ένα οπίσθιο πάνελ. Επίσης ισχυρίζεται ότι η παράγραφος 4.7 του προτύπου NIJ 0101.04 (δειγματισμός) απαιτεί ξεκάθαρα ότι η δοκιμή του βαλλιστικού ορίου (V50) της παραγράφου 5.17 του ίδιου πρότυπου διενεργείται σε πλήρες δείγμα

Αριθμός απόφασης: 1031 /2022

(εμπρόσθιο και οπίσθιο πάνελ) και όχι δοκιμή σε ένα πανέλο μόνο όπως έγινε στην προκειμένη περίπτωση, κατ' εντολή του πελάτη και κατά παράβαση της διαδικασίας όπως παραδέχεται και το ίδιο το εργαστήριο στο ίδιο το εκδοθέν πιστοποιητικό. Το ίδιο φαίνεται ξεκάθαρα και από το σχετικό Πίνακα 2 (Table 2) της παραγράφου 5.17. 3 του προτύπου NIJ 0101.04, όπου αναφέρεται πως για τη διενέργεια της σχετικής δοκιμής για το επίπεδο προστασίας IIIA απαιτούνται εμπρόσθιο και οπίσθιο βαλλιστικό πάνελ. Επιπροσθέτως, στην παράγραφο 3.4 του προτύπου NIJ 0101.04 δίδεται η επεξήγηση του όρου «armor sample» (το οποίο προβλέπεται στην παράγραφο 4.7 ως αποδεκτό δείγμα για τη διενέργεια της δοκιμής) και εύκολα μπορεί να διαπιστώσει κανείς ότι όρος απαρέγκλιτος του προτύπου είναι η δοκιμή σε «...σετ (δύο) εμπρόσθιου και οπίσθιου πανέλου (or a set (two) of front and back armor panels, κατά την ορολογία του προτύπου)».

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Σύμφωνα με την παράγραφο Β.2. της Τεχνικής Προδιαγραφής της Διακήρυξης ... απαιτείται « Πιστοποιητικό διαπιστευμένου εργαστηρίου... Οι δοκιμές και οι παράμετροι που προβλέπονται από το πρότυπο NIJ 0101.04 θα πρέπει να τηρούνται απαρέγκλιτα (π.χ. αριθμό δειγμάτων, αριθμός και γωνία βολών, προσδιορισμός βαλλιστικού ορίου V50, κλπ.)». Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η παράγραφος 4.7 του προτύπου NIJ 0101.04 (δειγματισμός) απαιτεί η δοκιμή του βαλλιστικού ορίου (V50) της παραγράφου 5.17 του ίδιου πρότυπου πρέπει να διενεργείται σε πλήρες δείγμα (εμπρόσθιο και οπίσθιο πάνελ) και όχι δοκιμή σε ένα πάνελ. Όμως, από την επισκόπηση της παραγράφου 4.7 του προτύπου NIJ 0101.04 δεν προκύπτει σαφώς η απαίτηση για διάκριση δοκιμών μεταξύ εμπροσθίων ή οπισθίων δειγμάτων πάνελ, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Επομένως, η παρεμβαίνουσα έχοντας καταθέσει πιστοποιητικό του εργαστηρίου ... (V50 = 618m/s) στο οποίο βεβαιώνεται ο προσδιορισμός του βαλλιστικού ορίου V50, πληροί την τεχνική προδιαγραφή της παραγράφου Β.2 της διακήρυξης και δεν χρειάζεται προσκόμιση δοκιμής σε εμπρόσθιο και οπίσθιο πάνελ. Κατόπιν των ανωτέρω ο υπό κρίση πρώτος λόγος είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

10. Επειδή, εν συνεχεία η προσφεύγουσα με τον δεύτερο και τον τρίτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα για τις δυο εκθέσεις

Αριθμός απόφασης: 1031 /2022

δοκιμών που κατέθεσε στην τεχνική της προσφορά, προσπαθώντας να συμμορφωθεί με τις σχετικές απαιτήσεις της Τεχνικής Προδιαγραφής, το ίδιο το εργαστήριο «...» δηλώνει στη δεύτερη σελίδα των εκθέσεων δοκιμών ότι «Κατόπιν αιτήματος του πελάτη η δοκιμή πραγματοποιήθηκε κατά παρέκκλιση του προτύπου, η φύση του δείγματος δεν περιλαμβάνεται στο πεδίο εφαρμογής της μεθόδου ελέγχου». Δηλαδή το ίδιο το εργαστήριο βεβαιώνει ότι το πρότυπο που ακολουθήθηκε δεν είναι το κατάλληλο για το συγκεκριμένο αντιβαλλιστικό υλικό που παρεμβαίνουσα προσφέρει στην Υπηρεσία με την τεχνική της προσφορά. Επομένως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα όφειλε να προβεί στις απαραίτητες μετρήσεις βάρους και πάχους ακολουθώντας τα πρότυπα που εφαρμόζονται για τα αντιβαλλιστικά υλικά που προσφέρει (πολυαιθυλένιο και polycarbonate), τα πρότυπα δηλαδή στα οποία τα εν λόγω υλικά εμπεριέχονται στο πεδίο εφαρμογής της εκάστοτε μεθόδου ελέγχου βάρους και πάχους, πλην όμως δεν υπάρχει συμμόρφωση με τις παραγράφους Β5.α και Β5.β της Τεχνικής προδιαγραφής της Διακήρυξης ...

11. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον δεύτερο και τρίτο λόγο: Η παράγραφος Β5.α των Τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης ορίζει ότι το πρότυπο που απαιτείται να ακολουθηθεί για τον προσδιορισμό του βάρους ανά τετραγωνικό μέτρο του αντιβαλλιστικού υλικού είναι το ISO 3801 ή ISO 4591 ή ισοδύναμο ανάλογα με την σύνθεση του αντιβαλλιστικού υλικού, ενώ η παράγραφος Β5.β ορίζει ότι το πάχος του αντιβαλλιστικού υλικού απαιτείται να προσδιοριστεί από διαπιστευμένο εργαστήριο σύμφωνα με το ISO 5084:1996 ή νεότερο ή ισοδύναμο. Προς πλήρωση των ανωτέρω τεχνικών προδιαγραφών η παρεμβαίνουσα κατέθεσε δύο εκθέσεις δοκιμών του εργαστηρίου «...», στις οποίες όμως αναφέρεται ότι η δοκιμή πραγματοποιήθηκε κατά παρέκκλιση του προτύπου διότι η φύση του δείγματος δεν περιλαμβάνεται στο πεδίο εφαρμογής της μεθόδου ελέγχου. Ο λόγος που γίνεται αυτή η αναφορά από το εργαστήριο αφορά το γεγονός ότι η μέθοδος ελέγχου βάρους σύμφωνα με το ISO 3801 έχει εφαρμογή σε υφαντά υφάσματα και κλωστοϋφαντουργικά προϊόντα, ενώ η παρεμβαίνουσα στο προσφερόμενο προϊόν της χρησιμοποιεί ως υλικά το

Αριθμός απόφασης: 1031 /2022

πολυαιθυλένιο και το polycarbonate, τα οποία δεν είναι υφαντά υφάσματα ούτε κλωστοϋφαντουργικά προϊόντα. Επομένως, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, δεν μπορούν να μετρηθούν σύμφωνα με το συγκεκριμένο πρότυπο και γι' αυτό το εργαστήριο «...» έκανε στις εκθέσεις δοκιμής την συγκεκριμένη αναφορά. Μάλιστα, η παρεμβαίνουσα, αναφέρει ότι η αναθέτουσα αρχή έλαβε γνώση σαφώς της συγκεκριμένης παράλειψης αλλά για λόγους δημοσίου συμφέροντος έκανε δεκτή την προσφορά της. Η προσφεύγουσα σχετικά με την μέτρηση βάρους του προσφερόμενου από αυτήν προϊόντος, το οποίο αποτελείται από υφάσματα που έχουν παραχθεί με διαφορετικές τεχνικές, έχει χρησιμοποιήσει το ισοδύναμο πρότυπο EN 12127, όπως προκύπτει από την βεβαίωση του εργαστηρίου «...» και ως εκ τούτου καλύπτει την απαίτηση της διακήρυξης. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι η παρεμβαίνουσα έχει καταθέσει εκθέσεις δοκιμών οι οποίες δεν έχουν πραγματοποιηθεί ανάλογα με την σύνθεση του αντιβαλλιστικού υλικού που προσφέρει και η προσφορά της δεν πληροί τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Ως εκ τούτου οι υπό κρίση δεύτερος και τρίτος λόγος πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη.

12. Επειδή, τέλος, η προσφεύγουσα με τον τέταρτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι το εργαστήριο «...» δεν είναι διαπιστευμένο για να διενεργεί τις συγκεκριμένες δοκιμές μέτρησης βάρους και πάχους διότι οι δοκιμές διενεργήθηκαν την περίοδο Μαΐου & Αύγουστου 2021 και την περίοδο εκείνη για το εργαστήριο «...» ήταν σε ισχύ το πιστοποιητικό διαπίστευσης υπ' αριθ. Όμως, το εν λόγω Πιστοποιητικό Διαπίστευσης αναφέρει ότι η διαπίστευση κατά τις απαιτήσεις του Προτύπου ΕΛΟΤ EN ISO/IEC 17025: 2017 ισχύει για τις δοκιμές όπως αυτές καθορίζονται στο επίσημο πεδίο εφαρμογής της διαπίστευσης (η αλλιώς παράρτημα), το οποίο πάντοτε επισυνάπτεται στο εκάστοτε πιστοποιητικό διαπίστευσης. Σκοπός της πρακτικής αυτής είναι κάθε ενδιαφερόμενο μέρος να είναι σε θέση να γνωρίζει ποιές ακριβώς δοκιμές το εργαστήριο είναι διαπιστευμένο να διενεργεί σε κάθε χρονική περίοδο, καθώς αρκετές φορές παρατηρείται τα εργαστήρια να τροποποιούν/προσθαφαιρούν δοκιμές που διενεργούν με βάση συγκεκριμένα πρότυπα. Όπως λοιπόν μπορεί κανείς να παρατηρήσει

Αριθμός απόφασης: 1031 /2022

με μια απλή ανάγνωση του Επίσημου πεδίου εφαρμογής της Διαπίστευσης του Πιστοποιητικού 1182, οι εν λόγω μέθοδοι δοκιμής δεν ανήκουν στο πεδίο της διαπίστευσης του εργαστηρίου και άρα το εργαστήριο «...» δεν είναι διαπιστευμένο να διενεργεί δοκιμές μέτρησης βάρους και πάχους με βάση τα πρότυπα ISO 3801 και ISO 5084 αντίστοιχα. Επομένως, η προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν συμμορφώνεται με τις παραγράφους B5.α και B5.β της Τεχνικής προδιαγραφής της Διακήρυξης ..., καθότι αυτή προσκομίζει μεν εκθέσεις δοκιμών μέτρησης βάρους και πάχους, οι οποίες όμως προέρχονται από μη διαπιστευμένο για τη διενέργειά τους εργαστήριο, κατά το πρότυπο ΕΛΟΤ EN ISO/IEC 17025:2017, κατά το χρόνο διενέργειας των δοκιμών και για τις συγκεκριμένες μεθόδους όπως ρητά απαιτείται από την τεχνική προδιαγραφή της Διακήρυξης.

13. Επειδή, όπως εκτέθηκε αναλυτικά στην σκέψη 11 της παρούσας, η προσφορά της παρεμβαίνουσας κρίθηκε απορριπτή λόγω του ότι έχει καταθέσει εκθέσεις δοκιμών από το εργαστήριο «...», οι οποίες δεν έχουν πραγματοποιηθεί ανάλογα με την σύνθεση του αντιβαλλιστικού υλικού που προσφέρει. Κατόπιν αυτού συνάγεται ότι η εξέταση του υπό κρίση τέταρτου λόγου σχετικά με το αν το εν λόγω εργαστήριο ήταν διαπιστευμένο ή όχι να διενεργεί δοκιμές μέτρησης βάρους και πάχους με βάση τα πρότυπα ISO 3801 και ISO 5084, παρέλκει ως αλυσιτελής.

14. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να απορριφθεί η παρέμβαση.

15. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη κατά το τμήμα που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Αριθμός απόφασης: 1031 /2022

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20 Ιουνίου 2022 και εκδόθηκε στις 11 Ιουλίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Η Γραμματέας

ΑΛΕΞΕΝΔΡΑ ΠΑΠΑΧΡΗΣΤΟΥ