

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 6 Νοεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 28.09.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1373/29.09.2020 της Ιδιωτικής Κεφαλαιουχικής Εταιρείας με την επωνυμία “...” που εδρεύει στο “...”, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του “...” (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η με αριθμό πρωτοκόλλου “...” Διακήρυξη.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, ο “...” ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ανοιχτό Δημόσιο Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, με Αριθμό πρωτοκόλλου Διακήρυξης “...” και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) “...”, η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις “...”, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) “...”, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για το σύνολο της προμήθειας, και δεν μπορεί να υπερβαίνει τον ενδεικτικό προϋπολογισμό της Μελέτης, ανά Τύπο στεγάστρου, για την ανάδειξη

Αριθμός Απόφασης: 1488/2020

αναδόχου για την “...” (CPV: “...”), συνολικού προϋπολογισμού εκατόν πενήντα πέντε χιλιάδων πεντακοσίων ευρώ (155.500,00 €) χωρίς Φ.Π.Α. 24%, διάρκειας μέχρι τις 31.12.2020, με αρχική καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 2^α Οκτωβρίου 2020 και ώρα 15:00 μ.μ. και αρχική ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 8^η Οκτωβρίου 2020 και ώρα 10:30 π.μ. Ήδη, δυνάμει της υπ’ αριθμ. 730/2020 Απόφασης (Απόσπασμα από το Πρακτικό της 48^{ης}/07.10.2020 έκτακτης (δια περιφοράς) Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του “...” (ΑΔΑ: “...”), αποφασίστηκε ομόφωνα η αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας του εν λόγω διαγωνισμού, μέχρι την έκδοση της απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της ασηκθεισας προδικαστικής προσφυγής. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις “...” στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία στρέφεται κατά της με αριθμό πρωτοκόλλου “...” Διακήρυξης, υποστηρίζοντας ότι οι τιθέμενοι όροι του διαγωνισμού παραβιάζουν την υποχρέωση εξασφάλισης συνθηκών υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, υφίσταται καταφανής παράβαση εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος και οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης, καθιστούν, ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της προσφεύγουσας στον διαγωνισμό σε τέτοιο βαθμό που να αποκλείουν ουσιαστικά, εξ ολοκλήρου τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη Διακήρυξη, καθ’ ο μέρος προσβάλλεται με την ασηκθεισας προσφυγή και ειδικότερα, αιτείται: α) να ακυρωθεί η με αριθμό πρωτοκόλλου “...” Διακήρυξη ως προς τα προσβαλλόμενα με την προσφυγή μέρη και συγκεκριμένα ως προς

τους τιθέμενους όρους συμμετοχής της Διακήρυξης, όπως αυτοί αναγράφονται στα άρθρα 2.2.7 με τίτλο «Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης» (σελ. 14) και 2.4.3.2 με τίτλο «Τεχνική Προσφορά» (σελ. 23), β) να αλλάξει το απαιτούμενο πεδίο εφαρμογής από μεταλλικές δομές αστικού εξοπλισμού σε αστικό εξοπλισμό ή πιο συγκεκριμένα στέγαστρα στάσεων λεωφορείων το οποίο είναι και το πιο ορθό γιατί περιγράφει το ζητούμενο προϊόν του διαγωνισμού, γ) να αρθεί η απαίτηση για το χρόνο έκδοσης των πιστοποιητικών για 7 και 3 μήνες αντίστοιχα και να γίνουν δεκτά πιστοποιητικά χωρίς απαίτηση για το χρόνο έκδοσης τους, δ) να αρθεί η απαίτηση για προσκόμιση πιστοποιητικού FPC και ε) να της επιστραφεί το προσκομισθέν παράβολο.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου "..."), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από "... " αποδεικτικού εξόφλησης της "...", ποσού επτακοσίων εβδομήντα επτά ευρώ και πενήντα λεπτών (777,50 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, ο επίμαχος Διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

Αριθμός Απόφασης: 1488/2020

9. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 02.10.2020, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

11. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από την Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 1653/30.09.2020 Πράξης της «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Περί Απόψεων Επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 30.09.2020 και υπέβαλε στις 05.10.2020, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

12. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω και στο ισχύον πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με τον νόμο σύστημα παροχής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά την έννοια του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 κατά της Διακήρυξης ή των τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί

την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί, με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη από συγκεκριμένο όρο της Διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, ενώ περαιτέρω, εάν εν συνεχεία λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στο διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται. (ΣΤΕ (Ασφ) 9/2015, ΔΕφΑθ (Αναστ.) 44/2015, ΔΕφΑθ (Ασφ) 561 /2013, ΣΤΕ(Ασφ) 314/2013, ΣΤΕ (Ασφ) 472/2012, ΣΤΕ (Ασφ) 718/2012, ΣΤΕ (Ασφ) 714/2012, ΣΤΕ 890/2009, ΣΤΕ 1415/2008 Ολομ., 881/2008, Ε.Α. 131/2003 κ.ά.).

13.Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της, λόγω του ότι η διατύπωση των προβαλλόμενων λόγων της προσβαλλόμενης με την προσφυγή διακήρυξης, αποκλείει κατά δήλωσή της, αθέμιτα τη συμμετοχή της από τον εν λόγω διαγωνισμό εις βάρος των συμφερόντων της και με ζημία της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα, το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της με αριθμό πρωτοκόλλου "... Διακήρυξης.

Νομίμως και κατ' αρχήν παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

14.Επειδή, εφαρμοστέα στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ιδίως, το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 54 «Τεχνικές Προδιαγραφές»

Αριθμός Απόφασης: 1488/2020

(άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 75 «Κριτήριας επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και το άρθρο 82 «Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης» (άρθρο 62 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016.

15. Επειδή, περαιτέρω, στο Κεφάλαιο 2 της Διακήρυξης με τίτλο «ΓΕΝΙΚΟΙ ΚΑΙ ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ», άρθρο 2.2 με τίτλο «Δικαίωμα Συμμετοχής – Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής», παρ. 2.2.7 με τίτλο «Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης» (σελ. 14), ορίζεται ότι: «Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να διαθέτουν πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας κατά ISO 9001:2015, ISO 14001:2015, ISO 27001:2013 και OHSAS 18001:2007 στο σχεδιασμό, παραγωγή, εγκατάσταση και τεχνική υποστήριξη μεταλλικών δομών αστικού εξοπλισμού. Τα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας θα πρέπει να έχουν αποκτηθεί τουλάχιστον επτά μήνες πριν από την ημερομηνία προκήρυξης του διαγωνισμού.», άρθρο 2.4 «Κατάρτιση – Περιεχόμενο Προσφορών», παρ. 2.4.3 με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά.»», υποπαρ. 2.4.3.2 με τίτλο «Τεχνική προσφορά», υπό Ε) (σελ. 23), ορίζεται ότι: «[...]. Ε) Θα πρέπει να προσκομίσει πιστοποιητικό CE του κατασκευαστή των στεγάστρων, που έχει εκδώσει Ανεξάρτητος Διαπιστευμένος Φορέας Πιστοποίησης για “Την εγκατάσταση Συστήματος Ελέγχου Παραγωγικής Διαδικασίας (Factory Production Control – FPC)”. Η έκδοση του πιστοποιητικού θα πρέπει να έχει γίνει τουλάχιστον τρεις μήνες πριν από την ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού. [...].».

16. Επειδή, παγίως έχει κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας, ως προς τα προς προμήθεια προϊόντα, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι

Αριθμός Απόφασης: 1488/2020

συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σε αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (πρβλ. ΣτΕ 189/2015, ΕΑ ΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Περαιτέρω, η θέσπιση όρων τεχνικής ικανότητας των προσφερόντων, ενόψει των περιορισμών που συνεπάγονται, πρέπει να δικαιολογείται από τη φύση, την ποσότητα, το μέγεθος, τη σπουδαιότητα, την πολυπλοκότητα και τις εξειδικευμένες απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, ώστε να μην παραβιάζεται ομοίως η γενική αρχή της αναλογικότητας που ορίζει κατά το ενωσιακό δίκαιο, ότι οι όροι αυτού δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου (βλ. ΕλΣυν 2590/2016, ΔΕΕ C-213/07, Μηχανική Α.Ε. σκ. 44-48 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία, C-234/03 CONTSE και τη 2η αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ). Ως εκ τούτου, τα κριτήρια και τα μέσα απόδειξης της ελάχιστης απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων που επιλέγονται από τις αναθέτουσες αρχές πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης και να μην άγουν σε υπέρμετρο περιορισμό του δικαιώματος πρόσβασης στον διαγωνισμό, ώστε να διασφαλίζεται η ανάπτυξη ανταγωνισμού και η επιλογή της βέλτιστης προσφοράς (ΕλΣυν Τμ. Μείζονος – Επταμελούς Σύθεσης 3372/2011, 3065/2014, VI Τμ. 2484/2012, 558/2014, 3392/2015, 1759, 3329/2015).

17. Επειδή, ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, το οποίο ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, θα πρέπει οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης να

εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και επιπλέον να μην θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτής χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη ανταγωνισμού (βλ. απόφαση ΕλΣυν, Τμήμα VI 2402/2010), καθώς επίσης, και συμφώνως με την αρχή της διαφάνειας, να μην περιλαμβάνουν ορολογία, η οποία θα μπορούσε να οδηγήσει σε απροσδιοριστία, ούτε στοιχεία που μειώνουν τον ανταγωνισμό ή δημιουργούν διακρίσεις (ΑΕΠΠ 206/2017). Εξάλλου είναι αδικαιολόγητος ο περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω τεχνικής προδιαγραφής που λειτουργεί ως κριτήριο αποκλεισμού από την ανάθεση, όταν μεταξύ άλλων δεν συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης (πρβλ. σημ. 46 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, βλ. και ΔΕΕ, απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99 *Concordia*, Συλλογή 2002, σ. I-7213, σκέψεις 59 και 65, απόφαση της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01 *Wienstrom*, Συλλογή 2003, σ. I4527, σκέψη 34) ή παραβιάζει αρχές του ενωσιακού δικαίου, όπως της ίσης μεταχείρισης (ΔΕΕ, απόφαση της 12ης Μαρτίου 2015, C-538/13 *eVigilo*, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2015:166, σκέψη 33, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 P, Επιτροπή κατά *CAS Succhi di Frutta*, Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψη 110, απόφαση 6ης Νοεμβρίου 2014, C-42/13 *Cartiera dell' Adda*, Ηλεκτρ. Συλλογή EU:C:2014:2345, σκέψη 44, απόφαση της 10ης Μαΐου 2012, C-368/10 Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:284, σκέψη 87 και Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέως Kokkot στην ίδια υπόθεση, σημ. 104).

18. Επειδή, επιπλέον, όπως συνάγεται από τη ρητή διατύπωση των άρθρων 18, 24, 42 και 56 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, (ενδεικτικά) τις σκέψεις 37, 45 και 90 της ίδιας Οδηγίας, αλλά και τα αντίστοιχα άρθρα 18, 24, 54 και 71 του Ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές κατά τη διεξαγωγή των διαγωνιστικών

Αριθμός Απόφασης: 1488/2020

διαδικασιών ενώπιόν τους, οφείλουν να αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα, χωρίς αδικαιολόγητες διακρίσεις και να ενεργούν κατά την άσκηση των καθηκόντων τους με τρόπο διαφανή και αναλογικό.

19. Επειδή ειδικότερα, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό τη μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 303/2007, 307/2007), ενώ ομοίως έχει παγίως κριθεί, ότι απαράδεκτως προβάλλονται ισχυρισμοί ως προς την σκοπιμότητα της θέσπισης συγκεκριμένης προδιαγραφής (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 354/2014, 1140/2010 ΕΑ ΣΤΕ 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.).

20. Επειδή κατά την έννοια των προαναφερθεισών διατάξεων του νόμου, θα πρέπει οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και επιπλέον να μην θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού με τη θέσπιση απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτές χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη ανταγωνισμού (βλ. απόφαση ΕλΣυν, Τμήμα VI 2402/2010), καθώς επίσης, και συμφώνως με την αρχή της διαφάνειας, να μην περιλαμβάνουν ορολογία, η οποία θα μπορούσε να οδηγήσει σε απροσδιοριστία, ούτε στοιχεία που μειώνουν τον ανταγωνισμό ή δημιουργούν διακρίσεις (ΑΕΠΠ 206/2017).

21. Επειδή, όπως προέκυψε από το ιστορικό της φερόμενης προς κρίση ενώπιον του οικείου Κλιμακίου υπόθεσης, η προσφεύγουσα, δυνάμει του από 18.09.2020 εγγράφου της, με θέμα: «Ερώτημα», το οποίο αναρτήθηκε στην

Αριθμός Απόφασης: 1488/2020

«επικοινωνία» του διαγωνισμού στις 21.09.2020, αιτήθηκε από την αναθέτουσα αρχή, τις ακόλουθες διευκρινίσεις: «Αγαπητοί κύριοι

Στο άρθρο για τα κριτήρια επιλογής και συγκεκριμένα στην παράγραφο 2.2.7 η οποία αναφέρεται στα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας αναφέρεται ότι: Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να διαθέτουν πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας κατά ISO 9001:2015, ISO 14001:2015, ISO 27001:2013 και OHSAS 18001:2007 στο σχεδιασμό, παραγωγή, εγκατάσταση και τεχνική υποστήριξη μεταλλικών δομών αστικού εξοπλισμού. Τα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας θα πρέπει να έχουν αποκτηθεί τουλάχιστον επτά μήνες πριν από την ημερομηνία προκήρυξης του διαγωνισμού.

Παρακαλούμε να μας διευκρινίσετε τι ακριβώς περιλαμβάνουν οι μεταλλικές δομές αστικού εξοπλισμού;;; για ποιο λόγο η υπηρεσία σας δε ζητάει το πεδίο εφαρμογής να αναφέρει σχεδιασμό, παραγωγή, εγκατάσταση και τεχνική υποστήριξη αστικού εξοπλισμού και συγκεκριμένα στέγαστρα στάσεων λεωφορείων αλλά αναφέρει μεταλλικές δομές αστικού εξοπλισμού το οποίο είναι εντελώς ασαφές όσον αφορά την απαίτηση του διαγωνισμού για στέγαστρα στάσεων λεωφορείων.

Επίσης παρακαλούμε ενημερώστε μας πως προκύπτει η ανάγκη τα εν λόγω πιστοποιητικά να έχουν εκδοθεί τουλάχιστον επτά μήνες πριν από την ημερομηνία προκήρυξης του διαγωνισμού; Βάση ποιας νομοθεσίας στηρίζεται η απαίτηση σας αυτή και γιατί ζητάτε επτά μήνες και όχι για παράδειγμα 3 μήνες ή 9 μήνες. Σε αντίθεση με την παράγραφο 2.4.3.2 όπου ζητάτε το πιστοποιητικό FPC να έχει εκδοθεί τουλάχιστον 3 μήνες πριν από το διαγωνισμό.

Η εταιρεία μας είναι μία εταιρεία πιστοποιημένη για την κατασκευή προϊόντων αστικού εξοπλισμού και συγκεκριμένα και στεγαστρων στάσεων λεωφορείων και έχει μια πολύ μεγάλη παρουσία στην κατασκευή στεγαστρων στον Ελλαδικό χώρο εδώ και πάρα πολλά χρόνια. Διαθέτει όλες τις πιστοποιήσεις που ζητούνται από τη διακήρυξη και μάλιστα με πεδίο εφαρμογής τον αστικό εξοπλισμό και συγκεκριμένα τα στέγαστρα στάσεων λεωφορείων. Κάποιες από τις πιστοποιήσεις της εταιρείας μας έχουν εκδοθεί εδώ και πολλά χρόνια και κάποιες εδώ και λίγους μήνες. Με την απαίτηση σας τα πιστοποιητικά να έχουν

τόσο συγκεκριμένο πεδίο εφαρμογής και μάλιστα όχι σχετικό με τον εν λόγω διαγωνισμό καθώς και με την απαίτηση σας τα πιστοποιητικά να έχουν εκδοθεί τουλάχιστον επτά και τρεις μήνες πριν από την ημερομηνία προκήρυξης του διαγωνισμού απορρίπτεται τη συμμετοχή περισσότερων από μία εταιρειών συμπεριλαμβανομένων και τις πλέον καταξιωμένες εταιρείες στο χώρο του αστικού εξοπλισμού.

Παρακαλούμε ενημερώστε μας εάν η υπηρεσία σας προτίθεται να αλλάξει το πεδίο εφαρμογής για τα απαιτούμενα πιστοποιητικά, και να θέσει ως προϋπόθεση το σωστό πεδίο εφαρμογής δηλαδή σχεδιασμός, παραγωγή, εγκατάσταση και τεχνική υποστήριξη ΣΤΕΓΑΣΤΡΩΝ ΣΤΑΣΕΩΝ ΛΕΩΦΟΡΕΙΩΝ και αν προτίθεται να αφαιρέσει τον άτοπο χρονικό περιορισμό έκδοσης των πιστοποιητικών.». Ακολούθως, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου 65707/22.09.2020 εγγράφου της, το οποίο κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 22.09.2020, έδωσε επί των ανωτέρω ερωτημάτων της προσφεύγουσας, την ακόλουθη απάντηση: «Αναφορικά με τα ερωτήματα που τέθηκαν για τον ως άνω διαγωνισμό διευκρινίζονται τα εξής:

Οι οικονομικοί φορείς που θα συμμετέχουν στην διαδικασία, θα πρέπει να διαθέτουν πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας ISO 9001:2015, ISO 14001:2015, ISO 27001:2013 και OHSAS 18001:2007.

Το πεδίο εφαρμογής που θέσαμε είναι γενικό για να μην περιορίσουμε τον αριθμό των οικονομικών φορέων που θέλουν να συμμετέχουν στον διαγωνισμό. Το λεκτικό «μεταλλικές δομές αστικού εξοπλισμού», που έχει γενικότερη έννοια συμπεριλαμβάνει και το λεκτικό «στέγαστρα στάσεων λεωφορείων».

Όσον αφορά το χρονικό διάστημα έκδοσης των πιστοποιητικών διασφάλισης ποιότητας ISO, ισχύει το ζητούμενο στον διαγωνισμό, αφού το σκεπτικό μας είναι να συμμετέχουν οικονομικοί φορείς οι οποίοι είναι πιστοποιημένοι αρκετό χρονικό διάστημα πριν την ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού, ως μέτρο ένδειξης της οργανωτικής δομής των εταιρειών που θα συμμετέχουν στην διαγωνιστική διαδικασία. Ως εκ τούτου, πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί για μικρότερο χρονικό διάστημα από το ζητούμενο δεν θα γίνονται δεκτά.

Σε ότι αφορά το πιστοποιητικό FPC θεωρούμε ότι ο χρονικός περιορισμός των τριών (3) μηνών ως προς την έκδοση του είναι ο ελάχιστον δυνατός που απαιτείται.».

22. Επειδή, σχετικά με τον μοναδικό λόγο της υπό κρίση προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς, στις σελ. 4-7 της προσφυγής, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως αυτή προκηρύχθηκε, δυνάμει της προσβαλλόμενης διακήρυξης, καθώς, όπως ισχυρίζεται, οι τιθέμενοι όροι συμμετοχής, όπως αυτοί αναγράφονται στους επίμαχους όρους (βλ. ανωτέρω σκέψη 15 της παρούσης) είναι μη νόμιμοι, άκρως καταχρηστικοί και παραβιάζουν την αρχή της ίσης μεταχείρισης, της απαγόρευσης των διακρίσεων και της αναλογικότητας καθώς και την υποχρέωση εξασφάλισης συνθηκών υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού. Συγκεκριμένα, αναφορικά με την παρ. 2.2.7 της διακήρυξης, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι: *«[...]. Η εταιρεία μας στο πρώτο σκέλος του ερωτήματος που υπέβαλε στην αναθέτουσα αρχή εύλογα θέτει το ερώτημα, γιατί η υπηρεσία ζητάει στο πεδίο εφαρμογής του πιστοποιητικού συγκεκριμένα μεταλλικές δομές αστικού εξοπλισμού, το οποίο είναι πάρα πολύ συγκεκριμένο πεδίο εφαρμογής και θέτει σε προβληματισμό πώς η υπηρεσία σκέφθηκε να βάλει ένα τόσο συγκεκριμένο πεδίο εφαρμογής και δεν έθεσε σε αυτό (πεδίο) αστικό εξοπλισμό ή πιο συγκεκριμένα στέγαστρα στάσεων λεωφορείων, το οποίο είναι ακριβώς και το ζητούμενο στον διαγωνισμό. Η δε απάντηση της υπηρεσίας αναφέρει μη πειστικά: «... για να μην περιορίσει τη συμμετοχή στο διαγωνισμό ζητάει το συγκεκριμένο πεδίο εφαρμογής και ότι οι μεταλλικές δομές αστικού εξοπλισμού περιλαμβάνουν το λεκτικό αστικός εξοπλισμός ...». Ωστόσο, σε καμία των περιπτώσεων οι μεταλλικές δομές αστικού εξοπλισμού δεν περιλαμβάνουν το λεκτικό αστικός εξοπλισμός. Οι μεταλλικές δομές αφορούν ένα εξάρτημα ή τμήμα ενός προϊόντος και όχι τελικό προϊόν. Αν μία εταιρεία είναι πιστοποιημένη με βάση κάποιο πρότυπο για να κατασκευάζει μεταλλικές δομές αστικού εξοπλισμού σημαίνει ότι ο φορέας που την πιστοποίησε δεν την έκρινε ικανή για να κατασκευάζει τελικό προϊόν αστικού εξοπλισμού αλλά μόνο ένα*

τμήμα των τελικών προϊόντων. Κατά συνέπεια δεν μπορεί να γίνει δεκτή η συμμετοχή μίας εταιρείας η οποία δύναται να κατασκευάζει επιμέρους εξαρτήματα ενός τελικού προϊόντος διότι το προϊόν που ζητείται από τη διακήρυξη είναι τελικό και ολοκληρωμένο. Το προϊόν που ζητείται από την παρούσα διακήρυξη ήτοι τα στέγαστρα στάσεων λεωφορείων είναι ένα σύνθετο προϊόν το οποίο δεν περιέχει μόνο μία μεταλλική δομή αλλά απαιτεί σύνθεση διαφόρων υλικών όπως πολυκαρβονικά κρύσταλλα, κάδους απορριμμάτων, πινακίδες σήμανσης κλπ. Άρα δεν μπορεί μία εταιρεία που κατασκευάζει μόνο τη μεταλλική δομή να συμμετάσχει στο διαγωνισμό γιατί δεν είναι πιστοποιημένη να παρέχει τελικό προϊόν παρά μόνο να λειτουργεί ίσως υποστηρικτικά σε μία εταιρεία η οποία παρέχει τελικό προϊόν με ότι αυτό συνεπάγεται.

Επομένως, η περιγραφή του συμβατικού αντικειμένου του διαγωνισμού είναι όλως αόριστη και ασαφής, με αποτέλεσμα να καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής αν όχι αντικειμενικώς ανέφικτη η υποβολή προσφοράς αν δεν αλλάξει το πεδίο εφαρμογής. [...]». Συναφώς, με τον δεύτερο προβαλλόμενο ισχυρισμό της, η προσφεύγουσα διατείνεται ότι: «[...] Όσον αφορά το δεύτερο σκέλος του ερωτήματος της εταιρείας μας σχετικά με την απαίτηση του διαγωνισμού για το χρονικό περιορισμό έκδοσης των προτύπων, λεκτέα τα εξής: Η επίμαχη διακήρυξη αναφέρει ότι οι οικονομικοί φορείς που ενδιαφέρονται να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό θα πρέπει το πιστοποιητικό ISO 27001 να έχει εκδοθεί τουλάχιστον 7 μήνες πριν από την ημερομηνία ανάρτησης του διαγωνισμού, ενώ το πιστοποιητικό FPC θα πρέπει να έχει εκδοθεί τουλάχιστον 3 μήνες πριν από την ανάρτηση του διαγωνισμού. Η Αναθέτουσα Αρχή, θέτοντας με αυτό τον τρόπο, ανεπίτρεπτο και άκρως καταχρηστικό χρονικό περιορισμό ως προς την έκδοση και ισχύ των πιστοποιητικών, αποκλείει παράνομα την συμμετοχή της εταιρείας μας στον εν λόγω διαγωνισμό διότι, το πιστοποιητικό ISO 27001 έχει ημερομηνία έκδοσης μικρότερη των 7 μηνών πριν την ταχθείσα ημερομηνία και κατά συνέπεια η εταιρεία μας δεν έχει την απαραίτητη αξιοπιστία ώστε να συμμετάσχει στο διαγωνισμό. Να σημειωθεί δε ότι, το πιστοποιητικό ISO 27001 είναι ένα πιστοποιητικό το οποίο εκδόθηκε στις 28/5/2020 και εδώ και λίγους μήνες έχει αρχίσει να ζητείται και να έχει ευρύτερη

εφαρμογή, σε αντίθεση με τα ISO 9001, ISO 14001, OSHAS 18001 τα οποία ζητούνται εδώ και πάρα πολλά χρόνια. [...]». Τέλος, με τον τρίτο προβαλλόμενο ισχυρισμό της προσφεύγουσας, η τελευταία στρέφεται κατά των προβλεπόμενων στην υποπαρ. 2.4.3.2 της διακήρυξης, υποστηρίζοντας ότι: «[...]. Επίσης, το πιστοποιητικό FPC δεν έχει καμία ουσία ως αυτόνομο πιστοποιητικό και μη ορθά ζητείται από την Αναθέτουσα Αρχή, από τη στιγμή που η εταιρεία είναι πιστοποιημένη σύμφωνα με το ISO 9001, το οποίο περιλαμβάνει και τη διαδικασία της παραγωγής. Η εταιρεία μας εφαρμόζει factory production control (FPC) το οποίο εντάσσεται στο ISO 9001 και επιβλέπεται από τον διαπιστευμένο φορέα διαπίστευσης BQC IKE όπως φαίνεται και στο πιστοποιητικό που επισυνάπτεται στην παρούσα προδικαστική. Να τονιστεί ότι δεν υφίσταται αυτόνομο πιστοποιητικό FPC και δεν υπάρχει διαπιστευμένος φορέας από τον ΕΣΥΔ για το σκοπό αυτό. Από τον ΕΣΥΔ έχει εκδοθεί η σχετική οδηγία για το τι περιλαμβάνει ο έλεγχος παραγωγής ενός εργοστασίου (επισυνάπτεται). Κάθε εταιρεία εφαρμόζει το δικό της FPC βασιζόμενο στην οδηγία του ΕΣΥΔ. Για να εκδοθεί ένα πιστοποιητικό πρέπει να υπάρχει κάποιο πρότυπο πάνω στο οποίο βασίζεται η μεθοδολογία έκδοσης και συμμόρφωσης σύμφωνα με τις απαιτήσεις του προτύπου. Όσον αφορά το FPC δεν υπάρχει πρότυπο ώστε να είναι εφικτή η έκδοση του εν λόγω πιστοποιητικού. Αυτό που γίνεται αν μια εταιρεία επιθυμεί καλεί ένα φορέα πιστοποίησης, κάνει έλεγχο της παραγωγής και εκδίδει ένα έγγραφο το οποίο ονομάζει πιστοποιητικό FPC και δε φέρει τη σφραγίδα διαπίστευσης του ΕΣΥΔ. Επαναλαμβάνουμε ότι αυτό τον έλεγχο η εταιρεία μας τον εντάσσει στο πιστοποιητικό ISO 9001 και δεν εκδίδει ξεχωριστό έγγραφο. Να τονιστεί δε ότι καμία από τις μεγαλύτερες και καταξιωμένες εταιρείες στο χώρο του αστικού εξοπλισμού και δη των στεγάστρων στάσεων λεωφορείων (“...”) δεν διαθέτει το λεγόμενο πιστοποιητικό FPC. Άρα γεννούνται εύλογα ερωτηματικά για το πως η υπηρεσία ζητά ως προϋπόθεση επί ποινή αποκλεισμού να υπάρχει το εν λόγω πιστοποιητικό και βάση ποιας έρευνας αγοράς στηρίζει την απαίτηση αυτή. Περαιτέρω, η υπηρεσία θέτει διαφορετικό χρονικό περιορισμό έκδοσης των πιστοποιητικών ISO και διαφορετικό χρονικό περιορισμό για το πιστοποιητικό

FPC. Στην απάντηση της υπηρεσίας αναφέρεται ότι για τα ISO ο χρόνος έκδοσης πρέπει να είναι προγενέστερος των επτά μηνών ενώ για το FPC η ημερομηνία έκδοσης πρέπει να είναι προγενέστερη των τριών μηνών είναι ο ελάχιστος δυνατός χρόνος που απαιτείται, γεγονός που ενισχύει την θέση της εταιρείας για απόλυτα «φωτογραφικό» διαγωνισμό, με όρους που δεν έχουν καμία λογική, είναι αντιφατικοί και αναιρούν ο ένας στον άλλο, θέτοντας διαφορετικούς χρονικούς περιορισμούς στην ημερομηνία έκδοσης των πιστοποιητικών, με την πρόφαση του ελάχιστου απαιτούμενου χρόνου για να διαπιστωθεί η αξιοπιστία της εταιρείας.

Η εταιρεία μας λόγω της οργανωτικής δομής και της εμπειρίας που διαθέτει μπορεί να πιστοποιηθεί με οποιοδήποτε πιστοποιητικό απαιτηθεί από οποιαδήποτε υπηρεσία.

*Επειδή, κάθε υπηρεσία και κάθε Δήμος της Ελλάδας ζητάει διαφορετικά πιστοποιητικά είναι φύσιν αδύνατο η εταιρεία μας να προβλέψει ποιο πιστοποιητικό θα ζητηθεί μελλοντικά από κάποια άλλη υπηρεσία και να πιστοποιηθεί με κάθε πρότυπο που υπάρχει. [...]». Επί του ανωτέρω μόνου λόγου προσφυγής, όπως αυτός αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς, η αναθέτουσα αρχή με τις με αριθμό πρωτοκόλλου 69933/05.10.2020 Απόψεις της, υποστηρίζει ότι: «**1. Πρώτο σκέλος του ερωτήματος.***

Οι οικονομικοί φορείς που θα συμμετέχουν στην διαδικασία, θα πρέπει να διαθέτουν πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας IOS 9001:2015, ISO 14001:2015, ISO 27001:2013 και OHSAS 18001:2007.

Το πεδίο εφαρμογής που θέσαμε είναι γενικό για να μην περιορίσουμε τον αριθμό των οικονομικών φορέων που θέλουν να συμμετέχουν στον διαγωνισμό. Στο λεκτικό «μεταλλικές δομές αστικού εξοπλισμού», γίνεται δεκτό και το λεκτικό «στέγαστρα στάσεων λεωφορείων» και δεν ευσταθεί αυτό που αναφέρεται: «...για να μην περιορίσει τη συμμετοχή στο διαγωνισμό ζητάει το συγκεκριμένο πεδίο εφαρμογής και ότι οι μεταλλικές δομές αστικού εξοπλισμού περιλαμβάνουν το λεκτικό αστικός εξοπλισμός» στην προσφυγή της εταιρείας “...”.

Ως εκ τούτου, δεν ευσταθεί ο ισχυρισμός της εταιρείας “...” περί αποκλεισμού στην συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό.

2. Δεύτερο σκέλος του ερωτήματος.

Όσον αφορά το χρονικό διάστημα έκδοσης των πιστοποιητικών διασφάλισης ποιότητας ISO, ισχύει το ζητούμενο στον διαγωνισμό, αφού το σκεπτικό μας είναι να συμμετέχουν οικονομικοί φορείς οι οποίοι είναι πιστοποιημένοι αρκετό χρονικό διάστημα πριν την ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού, ως μέτρο ένδειξης της οργανωτικής δομής των εταιρειών που θα συμμετέχουν στην διαγωνιστική διαδικασία και προκειμένου να υπάρχει ικανό χρονικό περιθώριο για την ενσωμάτωση των προδιαγραφών ISO στον απαιτούμενο τεχνικό εξοπλισμό των στεγάστρων. Ως εκ τούτου πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί μικρότερο χρονικό διάστημα από το ζητούμενο δεν θα γίνονται δεκτά.

Ο λόγος που ζητάμε το χρονικό διάστημα έκδοσης 7 μηνών των πιστοποιητικών διασφάλισης ποιότητας ISO 27001 που καταθέτουν οι συμμετέχοντες στον διαγωνισμό, είναι γιατί στα στέγαστρα θα τοποθετηθεί επιπλέον ηλεκτρονικός smart εξοπλισμός όπως: ηλεκτρονικές πινακίδες μεταβλητής πληροφόρησης που θα ελέγχονται και θα διαχειρίζονται μέσω web εφαρμογής τηλεματικής και στις οποίες θα εμφανίζονται δυναμικά μηνύματα προς το επιβατικό κοινό (οπτικά και ηχητικά) και θα «διασπείρει» πληροφορίες μέσω δικτύου wifi σε ακτίνα μεγαλύτερη των 50 μέτρων.

Ως εκ τούτου δεν κατανοούμε τους ισχυρισμούς της εταιρείας: “...” περί αποκλεισμού στην συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό, αφού το ISO 27001 κρίνεται από την υπηρεσία μας πολύ σημαντικό ως μέτρο ένδειξης της οργανωτικής δομής των εταιρειών που θα συμμετέχουν στην διαγωνιστική διαδικασία, αφού αφορά την ασφάλεια των πληροφοριών (σε ψηφιακή και μη ψηφιακή μορφή) η οποία είναι πολύ σημαντική και ζωτικής σημασίας για τα ηλεκτρονικά συστήματα που θα τοποθετηθούν σε κοινή θέα.

3. Τρίτο σκέλος του ερωτήματος.

Όσον αφορά το πιστοποιητικό FPC και τον χρονικό περιορισμό των τριών (3) μηνών ως προς την έκδοση του θα πρέπει να ισχύσει το ζητούμενο στον διαγωνισμό.

Αριθμός Απόφασης: 1488/2020

Το σκεπτικό της Υπηρεσίας είναι ότι τα προϊόντα που θα τοποθετηθούν θα πρέπει να πληρούν τις προδιαγραφές ασφαλείας ως προς τον τελικό χρήστη, εφόσον θα χρησιμοποιηθούν σε κοινόχρηστο χώρο.

Η απάντηση μας στηρίζεται στο γεγονός ότι η πιστοποίηση του κατασκευαστή για τα προφίλ αλουμινίου (οι στάσεις – στέγαστρα που ζητούνται είναι από προφίλ αλουμινίου) είναι σημαντικός παράγοντας για την ορθή κατασκευή και τοποθέτηση στάσεων από προφίλ αλουμινίου υψηλών προδιαγραφών, ώστε να ολοκληρωθεί επιτυχώς το έργο.

Όλοι οι κατασκευαστές προϊόντων δομών αλουμινίου πρέπει κατ' ελάχιστον να παραδίδουν προϊόντα τα οποία θα φέρουν την Ευρωπαϊκή Σήμανση CE.

Ο κατασκευαστής οφείλει να εφαρμόζει ένα σύστημα ελέγχου της παραγωγικής διαδικασίας στο εργοστάσιο (στα αγγλικά *Factory Production Control - FPC*), με σκοπό να διασφαλίσει πως τα προϊόντα παράγονται και ελέγχονται με ενιαίο τρόπο και με σταθερή ποιότητα. Το σύστημα ελέγχου παραγωγής είναι ουσιαστικά ένα σύστημα οργάνωσης του κατασκευαστή, που περιγράφει εκτός των άλλων τους τρόπους κατασκευής και ελέγχου των προϊόντων του.

Η σήμανση CE εφαρμόζεται σε μία ευρεία γκάμα καταναλωτικών προϊόντων όπως παιχνίδια, ηλεκτρικές συσκευές, λάμπες, κινητά τηλέφωνα κ.α. Το CE απλά είναι τα αρχικά των γαλλικών λέξεων “*Conformité Européenne*” που στα ελληνικά σημαίνει Ευρωπαϊκή Συμμόρφωση.

Το CE δεν υποδηλώνει σε καμία περίπτωση ποιότητα προϊόντων, αλλά ασφάλεια προς τον τελικό χρήστη. Τα προϊόντα που συμμορφώνονται με τις απαιτήσεις των Ευρωπαϊκών Προτύπων, τα οποία ορίζουν τις ελάχιστες απαιτούμενες προδιαγραφές, ώστε να είναι ασφαλή για χρήση από τον καταναλωτή. Προϊόντα τα οποία δεν φέρουν τη Σήμανση CE, δεν επιτρέπεται να κυκλοφορούν στην Ευρωπαϊκή Ένωση, είναι δηλαδή παράνομα.

Τα δομικά προϊόντα πρέπει να παρέχουν ελάχιστα επίπεδα ασφάλειας κατά τη χρήση τους, ώστε να μην τίθεται σε κίνδυνο η ασφάλεια ατόμων, οικόσιτων ζώων ή περιουσιών, ούτε να προκαλείται ζημία στο περιβάλλον.

Αριθμός Απόφασης: 1488/2020

Για τον λόγο αυτό τόσο τα στέγαστρα αλουμινίου, θα πρέπει να ακολουθούν τα αντίστοιχα εναρμονισμένα πρότυπα και να φέρουν σήμανση CE σύμφωνα με τον Ευρωπαϊκό Κανονισμό 305/2011.

Κάθε προϊόν (ή παρτίδα) που παραδίδεται στον πελάτη θα πρέπει να συνοδεύεται από Δήλωση επιδόσεων και την αντίστοιχη Σήμανση CE.

Σε αυτά τα έντυπα θα πρέπει να δηλώνονται οι επιδόσεις των προϊόντων σε ιδιότητες όπως η αντοχή σε ανεμοπίεσης, σε αεροδιαπερατότητα, η υδατοστεγανότητα, ο συντελεστής θερμοπερατότητας κ.α.

Επιπροσθέτως τα προϊόντα θα πρέπει να συνοδεύονται από εγγύηση καλής λειτουργίας 2 ετών τουλάχιστον, καθώς και από οδηγίες συντήρησης και καθαρισμού.

Ως εκ τούτου, η υπηρεσία μας έβαλε τον συγκεκριμένο όρο, γιατί τα ζητούμενα προϊόντα θα τοποθετηθούν σε κοινόχρηστους χώρους και πρέπει να είναι ασφαλή για χρήση.».

23. Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών, πρέπει να ειπωθούν τα ακόλουθα. Αναφορικά με τον πρώτο προβαλλόμενο ισχυρισμό της προσφεύγουσας, όπως προέκυψε από τα εξετασθέντα έγγραφα, τα οποία αντάλλαξαν η ίδια με την αναθέτουσα αρχή, η τελευταία πράγματι ανέφερε απερίφραστα ότι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς που προτίθενται να συμμετάσχουν στην επίμαχη διαδικασία, θα πρέπει, σύμφωνα με την παρ. 2.2.7 της διακήρυξης, να διαθέτουν πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας ISO 9001:2015, ISO 14001:2015, ISO 27001:2013 και OHSAS 18001:2007, τα οποία αφορούν τον σχεδιασμό, την παραγωγή, την εγκατάσταση και την τεχνική υποστήριξη μεταλλικών δομών αστικού εξοπλισμού. Ωστόσο, με τις παρασχεθείσες διευκρινίσεις, η αναθέτουσα αρχή, τόνισε ότι στο γενικότερης διατύπωσης εννοιολογικό περιεχόμενο του όρου «*μεταλλικές δομές αστικού εξοπλισμού*», σαφώς περιλαμβάνεται και ο όρος «*στέγαστρα στάσεων λεωφορείων*», το οποίο εξάλλου, αποτελεί και το αντικείμενο του επίμαχου διαγωνισμού, όπως υποστηρίζει και η ίδια η προσφεύγουσα. Συνεπώς, εφόσον πέραν πάσης αμφιβολίας, διευκρινίστηκε από την αναθέτουσα αρχή, ο αρχικός

όρος της παρ. 2.2.7, κατά τρόπο που συνήχθη ότι αναμφισβήτητα είχε αποτελέσει εξ αρχής, μέρος του κανονιστικού πλαισίου της διαγωνιστικής διαδικασίας με αυτό το περιεχόμενο, περιλαμβάνοντας και τον όρο «*στέγαστρα στάσεων λεωφορείων*», σύμφωνα με τα όσα αναφέρει η προσφεύγουσα στον πρώτο προβαλλόμενο ισχυρισμό της προσφυγής της, πρέπει να θεωρείται δεδομένο ότι ήδη με τις παρασχεθείσες διευκρινίσεις της αναθέτουσας αρχής, είχε καλυφθεί το ερώτημα της προσφεύγουσας ως προς το σκέλος αυτό και ως εκ τούτου, ο πρώτος ισχυρισμός της, κρίνεται απορριπτέος.

24. Επειδή, αντιθέτως, όπως συνάγεται και από την ίδια τη διατύπωση του άρθρου 82 του Ν. 4412/2016 και δη του τελευταίου εδαφίου της παρ. 1, όπου ορίζεται ότι: «*Επίσης, κάνουν δεκτά άλλα αποδεικτικά στοιχεία για ισοδύναμα μέτρα διασφάλισης ποιότητας, εφόσον ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας δεν είχε τη δυνατότητα να αποκτήσει τα εν λόγω πιστοποιητικά εντός των σχετικών προθεσμιών για λόγους για τους οποίους δεν ευθύνεται ο ίδιος, υπό την προϋπόθεση ότι ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι τα προτεινόμενα μέτρα διασφάλισης ποιότητας πληρούν τα απαιτούμενα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας.*», αλλά και του τελευταίου εδαφίου της παρ. 2, όπου ορίζεται ότι: «*Όταν ο οικονομικός φορέας τεκμηριωμένα δεν έχει πρόσβαση στα εν λόγω πιστοποιητικά ή δεν έχει τη δυνατότητα να τα αποκτήσει εντός των σχετικών προθεσμιών, για λόγους για τους οποίους δεν ευθύνεται ο ίδιος, η αναθέτουσα αρχή αποδέχεται επίσης άλλα αποδεικτικά μέσα μέτρων περιβαλλοντικής διαχείρισης, υπό την προϋπόθεση ότι ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι τα συγκεκριμένα μέτρα είναι ισοδύναμα με εκείνα που απαιτούνται βάσει του εφαρμοστέου συστήματος ή του προτύπου περιβαλλοντικής διαχείρισης.*» και με επιχείρημα από το μείζον στο έλασσον (*argumentum a maiore ad minus*), δεν είναι επιτρεπτό να τίθενται χρονικοί περιορισμοί ως προς το χρονικό σημείο απόκτησης εκ μέρους οικονομικού φορέα, ενός απαιτούμενου από τη διακήρυξη, προτύπου διασφάλισης ποιότητας ή ενός προτύπου περιβαλλοντικής διαχείρισης, όπως εν προκειμένω. Εξάλλου, όπως ήδη εκτέθηκε και ανωτέρω στη σκέψη 16 της παρούσας, καίτοι

Αριθμός Απόφασης: 1488/2020

αναγνωρίζεται η κατ' αρχήν ελευθερία της αναθέτουσα αρχής, να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους διεξαγωγής ενός διαγωνισμού, γίνεται εξίσου δεκτό ότι η ελευθερία αυτή, δεν δύναται να φτάνει μέχρι του σημείου, οι τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές ή τα απαιτούμενα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, να οδηγούν υπέρμετρα και εκτός των ορίων της αρχής της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, όπως οι αρχές αυτές μεταφράζονται πρωτευόντως, σε σύνδεση των τελευταίων με το αντικείμενο της σύμβασης σε αδικαιολόγητο περιορισμό του ανταγωνισμού, μεταξύ των εν δυνάμει υποψηφίων. Στην προκειμένη περίπτωση, από τη συνολική επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης, δεν συνήχθη πέραν πάσης αμφιβολίας ότι η θέσπιση του εν λόγω χρονικού περιορισμού στην απόκτηση των υπό κρίση πιστοποιητικών διασφάλισης ποιότητας της παρ. 2.2.7, προ επτά (7) μηνών από την ημερομηνία προκήρυξης του διαγωνισμού, συνδέεται ή δικαιολογείται από τη φύση, την ποσότητα, το μέγεθος, τη σπουδαιότητα, την πολυπλοκότητα και τις εξειδικευμένες απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης και έτσι δεν μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι βαίνουν πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου και κυρίως, με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης. Ειδικότερα, από το συνολικό πλέγμα των διατάξεων που συνθέτουν το κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, δεν συνάγεται από πουθενά ότι ο χρόνος απόκτησης της εξεταζόμενης πιστοποίησης, ασκεί οποιαδήποτε επιρροή στην οργανωτική δομή των ενδιαφερόμενων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό, οικονομικών φορέων, προκειμένου να υπάρχει ικανό χρονικό περιθώριο εκ μέρους τους, για την ενσωμάτωση των προδιαγραφών ISO στον απαιτούμενο τεχνικό εξοπλισμό των προσφερόμενων στεγάστρων, όπως αβάσιμα διατείνεται η αναθέτουσα αρχή. Συνεπώς, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο δεύτερος ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ο οποίος αφορά το τιθέμενο χρονικό όριο απόκτησης της απαιτούμενης πιστοποίησης εκ μέρους των υποψηφίων, όπως προβλέπεται στην παρ. 2.2.7 της διακήρυξης, πρέπει να γίνει δεκτός.

25. Επειδή, περαιτέρω, σχετικά με τον τρίτο προβαλλόμενο ισχυρισμό της προσφεύγουσας, ο οποίος αφορά την πιστοποίηση CE του κατασκευαστή των στεγάστρων, σχετικά με την εγκατάσταση συστήματος ελέγχου παραγωγικής διαδικασίας (Factory Production Control - FPC), σύμφωνα με τα όσα προέκυψαν από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης και βάσιμα ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, το CE δεν υποδηλώνει σε καμία περίπτωση ποιότητα προϊόντων, αλλά ασφάλεια προς τον τελικό χρήστη. Η απαίτησή του από τη διακήρυξη, σύμφωνα με τα όσα ορθά επικαλείται και η αναθέτουσα αρχή, έχει τεθεί, καθώς τα δομικά προϊόντα πρέπει να παρέχουν ελάχιστα επίπεδα ασφάλειας κατά τη χρήση τους, ώστε να μην τίθεται σε κίνδυνο η ασφάλεια ατόμων, οικόσιτων ζώων ή περιουσιών, ούτε να προκαλείται ζημία στο περιβάλλον. Όπως συνεπώς, αναφέρθηκε εκτενώς στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, αλλά και στη σκέψη 16 της παρούσας, κατ' αρχήν ανήκει στην ανέλεγκτη κρίση της αναθέτουσας αρχής, η θέσπιση προδιαγραφών, εφόσον αυτές κρίνονται ως πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της και έτσι, δεν μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα η ορθότητα του προβαλλόμενου εκ μέρους της προσφεύγουσας, ισχυρισμού, δεδομένου ότι όπως βάσιμα ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, τα προϊόντα που συμμορφώνονται με τις απαιτήσεις των Ευρωπαϊκών Προτύπων, τα οποία ορίζουν τις ελάχιστες απαιτούμενες προδιαγραφές, ώστε να είναι ασφαλή για χρήση από τον καταναλωτή, οφείλουν να φέρουν τη Σήμανση CE. Εξάλλου, ουδόλως αποδείχθηκε από τους αντιφατικούς ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, εάν εν τέλει, το ζητούμενο πιστοποιητικό FPC υφίσταται ως αυτόνομο πιστοποιητικό ή εάν πρόκειται για πιστοποίηση που δύναται να πιστοποιηθεί και να υπαχθεί στο ISO 9001:2015, το οποίο περιλαμβάνει και τη διαδικασία της παραγωγής, βάσει της οποίας, σε κάθε περίπτωση, η προσφεύγουσα, φαίνεται να καλύπτει την επίμαχη προδιαγραφή, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στην προσφυγή της, όπου ομολογεί ότι η ίδια εφαρμόζει Factory Production Control (FPC), το οποίο εντάσσεται στο ISO 9001:2015 και επιβλέπεται από τον διαπιστευμένο φορέα διαπίστευσης BQC I.K.E. (σύμφωνα με το προσκομιζόμενο μετ' επικλήσεως σχετικό της προσφυγής της). Τα δε

πρόσθετα αναφερόμενα από την προσφεύγουσα, προς επίρρωση του κρινόμενου ισχυρισμού της, σχετικά με τις πιστοποιήσεις έτερων οικονομικών φορέων, οι οποίοι δραστηριοποιούνται στον οικείο επιχειρηματικό χώρο, προβάλλονται απαραδέκτως, καθώς, εμπίπτουν στην κατηγορία των προβαλλόμενων λόγων, με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό τη μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου και προσέτι, απαραδέκτως προβάλλονται ισχυρισμοί ως προς την σκοπιμότητα της θέσπισης συγκεκριμένης προδιαγραφής (βλ. και ανωτέρω σκέψη 19 της παρούσας). Συνεπώς, ο υπό κρίση ισχυρισμός, κρίνεται απορριπτέος.

26. Επειδή, τέλος, αναφορικά με το ζήτημα του χρονικού περιορισμού, ως προς την ημερομηνία κτήσης του επίμαχου πιστοποιητικού, ήτοι την αναγκαιότητα έκδοσής του τουλάχιστον προ τριών (3) μηνών από την ημερομηνία διεξαγωγή του διαγωνισμού, ενόψει και όσων εκτέθηκαν στη σκέψη 24 της παρούσας, τα οποία ισχύουν και εν προκειμένω, *mutatis mutandis*, ο εξεταζόμενος ισχυρισμός της προσφεύγουσας, πρέπει να γίνει δεκτός.

27. Επειδή, κατά συνέπεια, ενόψει των όσων εκτέθηκαν ανωτέρω, ο μοναδικός λόγος προσφυγής, πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος, όπως αναλυτικά αναπτύχθηκε ανωτέρω στις σκέψεις 22-26 της παρούσας, ως προς τους επιμέρους προβαλλόμενους ισχυρισμούς.

28. Επειδή, τέλος, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των προμηθευτών και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, όπως στην υπό κρίση Διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣτΕ 1135/2010, ΕΑ ΣτΕ 1089/2009, ΣτΕ 2951-

Αριθμός Απόφασης: 1488/2020

52/2004, ΔΕΕ Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, ENV AG Wienstrom GmbH κλπ., σκέψεις 92-95).

29. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή.

30. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αριθμό πρωτοκόλλου “...” Διακήρυξη, σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού επτακοσίων εβδομήντα επτά ευρώ και πενήντα λεπτών (777,50 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 6 Νοεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 19 Νοεμβρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χρυσάνθη Γ. ΖΑΡΑΡΗ

Ελένη ΛΕΠΙΔΑ