

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 18 Απριλίου 2022, με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την από 14.3.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 406/14.3.3022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στ.. ..., οδός ... αριθμ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «...», δημοτικό νπδδ (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), που εδρεύει στη ..., ... – ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της, κοινοποιηθείσας στις 4-3-2022 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με αριθμ. 31/2-3-2022 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα, με την οποία επικυρώθηκε το 4ο Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού, καθ' ο μέρος αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, η κατάπτωση της κατατεθειμένης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της και η ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου της εταιρείας «...».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Σωτηρία Σταματοπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής κατατέθηκε, πληρώθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 14-3-2022 ηλεκτρονική απόδειξη πληρωμής της Εθνικής Τράπεζας, καθώς και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας

Αριθμός απόφασης: 685/2022

Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο») ποσού 609,00€, το οποίο υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη -άνευ Φ.Π.Α.- αξία της σύμβασης, ήτοι €121.800,00.

2. Επειδή δυνάμει της με αριθμ. ... Διακήρυξης, το ... προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάθεση της προμήθειας με τίτλο «Προμήθεια και εγκατάσταση εξοπλισμού για την εφαρμογή του κώδικα ISPS στην περιοχή Schengen του ...», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 121.800,00€, μη συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος Φ.Π.Α (ή 151.032,00€ συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος Φ.Π.Α). Σύμφωνα με το άρθρ. 1.3. της Διακήρυξης, το αντικείμενο της σύμβασης περιλαμβάνει την προμήθεια: 1) Συστημάτων CCTV: Εξοπλισμός καμερών κλειστού κυκλώματος αποτελούμενος από 19 σταθερές κάμερες εξωτερικού χώρου και 3 τηλεχειριζόμενες κάμερες εξωτερικού χώρου σε συνδυασμό με μονάδα καταγραφής και σταθμό παρακολούθησης και διαχείρισης του συστήματος, 2) Συστημάτων ACCESSCONTROL με λογισμικό διαχείρισης εργασιών λιμένα και έκδοσης καρτών πρόσβασης (Port Community & Accessibility): Σύστημα ελέγχου επιβατών και χρηστών της εγκατάστασης με κατάλληλους αναγνώστες τελευταίας τεχνολογίας και λογισμικό υψίστης ασφαλείας, καθώς και διαδικασιών ελέγχου δηλωτικών εγγράφων των υπόχρεων στον κώδικα ISPS πλοίων, επιπλέον δε περιλαμβάνει μία μονάδα καταγραφής των σημάτων των καμερών καθώς και σταθμό παρακολούθησης και διαχείρισης του συστήματος. Το προβλεπόμενο σύστημα συμπληρώνεται από τους σύλους εγκατάστασης των καμερών καθώς και από την εγκατάσταση της απαιτούμενης υποδομής με όλα τα απαιτούμενα παρελκόμενα ορθής λειτουργίας με σκοπό τη διασύνδεση των καμερών και της κεντρικής εγκατάστασης, καθώς και την τροφοδοσία τους συστήματος. Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της προς ανάθεση προμήθειας περιέχεται στην μελέτη της Υπηρεσίας, που έχει ενσωματωθεί στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα αυτής.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ.) στις 28-12-2020 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε α/α ΕΣΗΔΗΣ ...

Αριθμός απόφασης: 685/2022

4. Επειδή σύμφωνα με την Διακήρυξη, ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 25-1-2021, και ώρα 15:00, ενώ ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 29-1-2021, και ώρα 10:00πμ. Στον εν λόγω διαγωνισμό μετείχαν, υποβάλλοντας προσφορά, δύο (2) οικονομικοί φορείς, και δη η προσφεύγουσα εταιρεία (με α/α προσφοράς 208246) και η εταιρεία ... (με α/α προσφοράς 205254). Με την υπ' αριθμ. **61/12-7-2021** απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα εγκρίθηκαν το από 8-7-2021 1^ο Πρακτικό και από 9-7-2021 2^ο Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού, με τα οποία έγιναν δεκτές οι προσφορές αμφότερων των συμμετεχουσών εταιρειών και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η (νυν) προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση το κριτήριο ανάθεσης (χαμηλότερη τιμή). Κατά της άνω απόφασης του αναθέτοντος φορέα ασκήθηκε προδικαστική προσφυγή από την έτερη συμμετέχουσα και καταταγείσα δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας, εταιρεία ..., επί της οποίας εκδόθηκε η με αριθμ. 1368/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ, δυνάμει της οποίας απορρίφθηκε η άνω προσφυγή και έγινε δεκτή η παρέμβαση της νυν προσφεύγουσας εταιρείας διατηρουμένης ούτως της ισχύος της άνω με αριθμ. 61/2021 απόφασης του αναθέτοντος φορέα. Κατόπιν των ανωτέρω, ο αναθέτων φορέας κάλεσε, *δια μηνύματος μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ*, την νυν προσφεύγουσα και αναδειχθείσα προσωρινή ανάδοχο, όπως υποβάλλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών τα προβλεπόμενα κατά τη Διακήρυξη δικαιολογητικά κατακύρωσης. Η προσφεύγουσα, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, ανήρτησε την 1-9-2021 μέσω ΕΣΗΔΗΣ τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, τα οποία επιπλέον υπέβαλε και σε έντυπη μορφή με το υπ' αριθμ. πρωτ. 2072/2-9-2021 έγγραφό της. Με την υπ' αριθμ. **95/27-9-2021** απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα επικυρώθηκε το 3^ο Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού και αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, η κατάπτωση της εγγυητικής της επιστολής συμμετοχής και η ανάδειξη ως νέας προσωρινής αναδόχου της έτερης συμμετέχουσας εταιρείας ..., καθώς κρίθηκε ότι τα υποβληθέντα από την (νυν) προσφεύγουσα πιστοποιητικά ISO 9001:2015 και 27001:2013 δεν βρίσκονταν σε ισχύ, τόσο κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της, όσο

Αριθμός απόφασης: 685/2022

και κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης (καθότι ανέγραφαν χρόνο ισχύος έως 4-9-2020). Η άνω απόφαση του Δ.Σ. του αναθέτοντος φορέα ακυρώθηκε δυνάμει της με αριθμ. 1785/2021 απόφασης της ΑΕΠΠ και δη ακυρώθηκε κατά το μέρος αυτής που απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας άνευ προηγούμενης κλήσης της προς συμπλήρωση των ελλειπόντων δικαιολογητικών κατακύρωσης (πιστοποιητικών ISO σε ισχύ) κατ' άρθρ. 103 του Ν. 4412/2016 και η υπόθεση αναπέμφθηκε στον αναθέτοντα φορέα προς άρση της οικείας παράλειψης. Δοθέντων των ανωτέρω και σε συμμόρφωση προς την άνω απόφαση της ΑΕΠΠ, ο αναθέτων φορέας με την υπ' αριθμ. **138/23-12-2021** απόφασή του ακύρωσε την προηγούμενη απόφασή του (95/2021) και κάλεσε την νυν προσφεύγουσα προς συμπλήρωση των ελλειπόντων δικαιολογητικών κατακύρωσης και δη την κάλεσε όπως υποβάλει σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρ. 103 του Ν. 4412/2016, εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών, τα απαιτούμενα πιστοποιητικά ISO σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 3.2 και στο άρθρο 2.2.9.2 της διακήρυξης, τα οποία να είναι σε ισχύ τόσο κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της στον διαγωνισμό, όσο και κατά τον χρόνο της αρχικής υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης (4-9-2021) δεδομένου ότι τα ISO που προσκομίσθηκαν κατόπιν της σχετικής πρόσκλησης έληξαν στις 04-09-2020. Η προσφεύγουσα, ανταποκρινόμενη στην άνω πρόσκληση του αναθέτοντος φορέα, υπέβαλε, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 3-1-2022, τα νέα πιστοποιητικά ISO και δη τα εξής: **α)** το πιστοποιητικό ISO 9001:2015 του φορέα πιστοποίησης «...» με ημερομηνία ισχύος από 13-11-2020 έως 8-11-2023 και **β)** το πιστοποιητικό ISO/IEC 27001:2013 του φορέα πιστοποίησης «...» με ημερομηνία ισχύος από 13-11-2020 έως 8-11-2023. Κατόπιν της ως άνω νέας υποβολής, ο αναθέτων φορέας με την με αριθμ. πρωτ. 217/19-1-2022 διευκρινιστική επιστολή του, κοινοποιηθείσα στην προσφεύγουσα μέσω ΕΣΗΔΗΣ στις 19-1-2022, κάλεσε την τελευταία όπως α) προσκομίσει τα πιστοποιητικά ISO σε επίσημη μετάφραση και β) προσκομίσει τη δέουσα βεβαίωση από το Ε.ΣΥ.Δ. ή όπως αποδείξει ότι τα εν λόγω πιστοποιητικά ISO καλύπτουν τα αναφερόμενα στο άρθρο 82 του Ν. 4412/2016, έτσι ώστε να θεωρούνται ως ισοδύναμα πιστοποιητικά από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη μέλη, και επομένως να γίνονται αποδεκτά κατά την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία,

Αριθμός απόφασης: 685/2022

δεδομένου ότι τα υποβαλλόμενα πιστοποιητικά ISO έχουν εκδοθεί από τον οργανισμό πιστοποίησης «...», με έδρα, όπως αναγράφεται στα στοιχεία επικοινωνίας των πιστοποιητικών “..., ..., ...” και έτσι δεν προκύπτει ότι είναι πιστοποιημένα από αρμόδιο φορέα π.χ. Εθνικό Σύστημα Διαπίστευσης (Ε.ΣΥ.Δ.), καθώς δεν φέρουν την ειδική σήμανση. Η προσφεύγουσα ανταποκρινόμενη στην άνω κλήση προς διευκρινίσεις του αναθέτοντος φορέα, υπέβαλε στις 29-1-2022 μέσω ΕΣΗΔΗΣ την από 29-1-2022 επιστολή της και διευκρινιστικά έγγραφα και δη υπέβαλε επικυρωμένη μετάφραση των υποβληθέντων πιστοποιητικών ISO καθώς και υποστηρικτικό υλικό/έγγραφα προς τεκμηρίωση της συμμόρφωσης των υποβληθέντων πιστοποιήσεων προς τους όρους της Διακήρυξης, μεταξύ των οποίων και την από 20-1-2022 επιστολή υπογραφόμενη από τον κ. ... εκ μέρους του φορέα διαπίστευσης «...», στην οποία μεταξύ άλλων αναφέρεται ότι ο υπόψη φορέας είναι διαπιστευμένος Φορέας κατά 17021 από το Εθνικό Σύστημα διαπίστευσης ΕΣΥΔ με έδρα στην Ελλάδα και τον Διεθνή φορέα Διαπιστεύσεων IAS με έδρα τις ΗΠΑ και ότι και οι δύο φορείς είναι μέλη του IAF MLA. Σε συνέχεια των ως άνω παρασχεθεισών από την προσφεύγουσα διευκρινίσεων, η Επιτροπή του Διαγωνισμού συνέταξε το από 24-2-2022 4^ο Πρακτικό της, εισηγούμενη την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, την κατάπτωση της κατατεθειμένης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της και την ανάδειξη εκ νέου της έτερης συμμετέχουσας εταιρείας ... ως προσωρινής αναδόχου. Σύμφωνα με την διαλαμβανόμενη αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας, στο 4^ο Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού αναφέρονται επί λέξει τα ακόλουθα: «...Σύμφωνα με τη διακήρυξη §2.2.7 “Ο υποψήφιος ανάδοχος πρέπει να διαθέτει πιστοποιητικό διασφάλισης ποιότητας τουλάχιστον ISO 9001, ή νεότερο ή ισοδύναμο ή καλύτερο, ISO 27001 ή νεότερο ή ισοδύναμο ή καλύτερο”. Επίσης, στις υποσημειώσεις 57 και 81 της διακήρυξης αναφέρεται σχετική πρόβλεψη στο **άρθρο 82 του Ν. 4412/2016**, το οποίο αναφέρει: “1. Οι αναθέτουσες αρχές, εάν απαιτούν την προσκόμιση πιστοποιητικών εκδιδόμενων από ανεξάρτητους οργανισμούς που βεβαιώνουν ότι ο οικονομικός φορέας συμμορφώνεται με ορισμένα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας, συμπεριλαμβανομένης της προσβασιμότητας για άτομα με ειδικές ανάγκες, παραπέμπουν σε συστήματα διασφάλισης ποιότητας τα οποία βασίζονται στη σχετική σειρά **ευρωπαϊκών**

Αριθμός απόφασης: 685/2022

προτύπων και έχουν πιστοποιηθεί από **διαπιστευμένους οργανισμούς**. Οι αναθέτουσες αρχές αναγνωρίζουν **ισοδύναμα πιστοποιητικά από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη - μέλη**. 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". Λαμβάνοντας υπόψη τα παραπάνω, η επιτροπή επισημαίνει: 1. Σύμφωνα με το Ε.ΣΥ.Δ., τα προσκομιζόμενα πιστοποιητικά είναι διαπιστευμένα από τον IAS, ο οποίος είναι Αμερικάνικος Φορέας Διαπίστευσης, και οι ΗΠΑ ως κράτος δεν ανήκει σε εκείνα τα οποία έχουν υπογράψει τη σύμβαση του EA MLA/BLA ή κάποια άλλη συμφωνία με την Ευρωπαϊκή Ένωση για αμοιβαία αναγνώριση πιστοποιητικών. Σύμφωνα με το άρθρο 82 του Ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές αναγνωρίζουν ισοδύναμα πιστοποιητικά από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη – μέλη. 2. Στην από 20/01/2022 επιστολή του κου ... εκ μέρους της «...», αναφέρει ότι «Ο φορέας μας ... είναι διαπιστευμένος Φορέας κατά 17021 από το Εθνικό Σύστημα διαπίστευσης ΕΣΥΔ με έδρα στην Ελλάδα και τον Διεθνή φορέα Διαπιστεύσεων IAS με έδρα τις ΗΠΑ. Και οι δύο φορείς είναι μέλη του IAF MLA.». Σύμφωνα με αυτό τον ισχυρισμό, θα έπρεπε τα εκδιδόμενα πιστοποιητικά να φέρουν τη σήμανση του Ε.ΣΥ.Δ. 3. Στην από 29/01/2022 απάντησή της, η ... επικαλείται το εδ.γ' της παραγρ. 1 του άρθρου 82 του Ν. 4412/16. Σύμφωνα με το άρθρο αυτό, οι αναθέτουσες αρχές 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. Στην προκειμένη περίπτωση, ο οικονομικός φορέας δεν έχει αναφέρει, ούτε έχει προσκομίσει κάποιο αποδεικτικό, όπου να αποδεικνύεται η αδυναμία του να αποκτήσει πιστοποιητικά με διαπίστευση από το Ε.ΣΥ.Δ. Κατόπιν των ως άνω, η επιτροπή συμπεραίνει ότι τα προσκομιζόμενα πιστοποιητικά δεν πληρούν τα κριτήρια της διαγωνιστικής διαδικασίας....». Ο αναθέτων φορέας με την υπ' αριθμ. **31/2-3-2022** απόφαση του Διοικητικού του Συμβουλίου (Θέμα 9^ο),

Αριθμός απόφασης: 685/2022

ενέκρινε το ως άνω από 24-2-2022 4^ο Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού και αποφάσισε ό,τι και η Επιτροπή εισηγούνταν σ' αυτό, ήτοι την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, την κατάπτωση της εγγυητικής της επιστολής και την ανάδειξη της εταιρείας ... ως προσωρινής αναδόχου. Κατά της άνω εκτελεστής και βλαπτικής των εννόμων συμφερόντων της απόφασης του αναθέτοντος φορέα, η οποία κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 4-3-2022, στρέφεται η προσφεύγουσα με την υπό εξέταση προσφυγή της, αιτούμενη την ακύρωσή της για τους ειδικώς αναφερόμενους σε αυτήν λόγους.

5. Επειδή, ο διαγωνισμός προκηρύχθηκε από το ..., το οποίο συστάθηκε δυνάμει του με αριθμ. 129/30-5-2001 Π.Δ. (ΦΕΚ 113 Α'/6-6-2001) κατά μεταφορά αρμοδιοτήτων από το ..., λειτουργεί σύμφωνα με το ΠΔ 410/1995 (ΦΕΚ Α 231/1995) και ασκεί τις αρμοδιότητες σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρ. 28 παρ. 1 και 2 του Ν. 2738/1999, αποτελεί αναθέτοντα φορέα, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 224 παρ. 1 και 232 του ν. 4412/2016 (Α' 147), με τον οποίο μεταφέρθηκε, μεταξύ άλλων, η Οδηγία 2014/25/ΕΕ στην εσωτερική έννομη τάξη, με περαιτέρω θέσπιση και εθνικών ρυθμίσεων σχετικά με τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, ανεξαρτήτως εκτιμώμενης αξίας. Η υπό ανάθεση σύμβαση έχει ως αντικείμενο την προμήθεια και εγκατάσταση εξοπλισμού στο ..., που τελεί σε άμεση σχέση με την άσκηση της δραστηριότητας του αναθέτοντος φορέα. Επομένως, ο εν λόγω διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της εκτιμώμενης αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης άνευ ΦΠΑ, η οποία υπολείπεται του κατώτατου ορίου του άρθρου 15 περ. α' της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ (άρθρο 235 περ. α' του ν. 4412/2016), δεν εμπίπτει μεν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας αυτής, εμπίπτει, όμως, στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ του ν. 4412/2016. Δεδομένου δε, ότι η εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεση σύμβασης υπερβαίνει τις 60.000,00 ευρώ και η διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε μετά τις 26.6.2017, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV Ν. 4412/2016 περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων και υπάγεται στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ και ήδη Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.

6. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή (α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον η προσβαλλόμενη απόφαση, ως προελέχθη, κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας

Αριθμός απόφασης: 685/2022

«επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 4-3-2022, η δε προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 14-3-2022, ήτοι εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσβαλλομένης, (β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και (γ) κοινοποιήθηκε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν, 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 Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, αφού συμμετείχε στον υπό κρίση διαγωνισμό και αναδείχθηκε ανάδοχος και, επομένως, εύλογα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που απορρίπτει την προσφορά της και διατάσσει την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της.

8. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 571/2022 Πράξη του Προέδρου του 3^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής και κλήθηκε ο αναθέτων φορέας να υποβάλει τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής.

9. Επειδή ο αναθέτων φορέας προέβη την 15-3-2022 στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής στην έτερη συμμετέχουσα, αναδειχθείσα (νέα) προσωρινή ανάδοχο δια της ήδη προσβαλλόμενης απόφασης και θιγόμενη από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου να ασκήσει ενδεχομένως το προβλεπόμενο δικαίωμα παρέμβασής της

10. Επειδή ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε στις 28-3-2022 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. και σε όλους τους συμμετέχοντες, το με αριθμ. πρωτ. 587/28.3.2022 έγγραφο απόψεών του, αναφορικός με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, αιτούμενος παραλλήλως την απόρριψή της, για τους εκεί αναφερόμενους λόγους. Επιπλέον με τις απόψεις του, ο αναθέτων φορέας συγκοινοποίησε και το με αριθμ. πρωτ. 481/28-1-2022 απαντητικό, επί των αιτηθεισών διευκρινίσεων, έγγραφο του Ε.ΣΥ.Δ., στο οποίο μεταξύ άλλων αναφέρεται ότι «τα συγκεκριμένα πιστοποιητικά, που μας αποστέιλτε είναι διαπιστευμένα από

Αριθμός απόφασης: 685/2022

τον IAS, ο οποίος είναι Αμερικάνικος Φορέας Διαπίστευσης. Οι ΗΠΑ ως κράτος δεν ανήκει σε εκείνα τα οποία έχουν υπογράψει τη σύμβαση του EA MLA/BLA ή κάποια άλλη συμφωνία με την Ευρωπαϊκή Ένωση για αμοιβαία αναγνώριση πιστοποιητικών».

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 3ου Κλιμακίου, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν, και του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017, είναι τύποις παραδεκτή και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

12. Επειδή, με την υπό κρίση προσφυγή της, η **προσφεύγουσα** επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, ισχυριζόμενη ότι είναι νομικά πλημμελής και πρέπει να ακυρωθεί ως έχουσα εκδοθεί άνευ νομίμου αιτιολογίας και κατά παράβαση κατ' ουσίαν διάταξης νόμου ή κατά πλάνη περί τα πράγματα. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα επάγεται ότι τα επίμαχα άρθρ. 2.2.7 και 2.2.9.2 της Διακήρυξης **ουδόλως παραπέμπουν στο άρθρ. 82** του Ν. 4412/2016, που απαιτεί όπως τα πιστοποιητικά ISO έχουν εκδοθεί από φορέα διαπιστευμένο από το Ε.ΣΥ.Δ. ή από φορέα διαπίστευσης μέλος της Ευρωπαϊκής Συνεργασίας για τη Διαπίστευση και μάλιστα μέλος αντίστοιχης συμφωνίας Αμοιβαίας Αναγνώρισης. Η απαίτηση αυτή, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, προβλήθηκε το πρώτον στην με αριθμ. πρωτ. 217/19-1-2022 επιστολή του αναθέτοντος φορέα, ενώ περαιτέρω, επικαλούμενη σχετική επί του ζητήματος νομολογία (ΑΕΠΠ 772/2021), προβάλλει ότι απαραδέκτως ο αναθέτων φορέας επιχείρησε δια της προσβαλλόμενης απόφασής του να δημιουργήσει νέο όρο/απαίτηση μεταβάλλοντας τις προϋποθέσεις συμμετοχής, ελλείψει ρητής απαίτησης της Διακήρυξης. Στο πλαίσιο αυτό, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ανεπιτρέπτως ο αναθέτων φορέας στηρίζει την αιτιολογία απόρριψης των υποβληθέντων πιστοποιήσεων του άρθρ. 2.2.7 και εντεύθεν της προσφοράς της στην εφαρμογή των σχετικώς οριζόμενων στο άρθρ. 82 του Ν. 4412/2016 επί τη βάσει των υποσημειώσεων 57 και 81 της Διακήρυξης, καθώς, όπως προκύπτει από τις εν λόγω υποσημειώσεις, ο αναθέτων επέλεξε να μην συμπληρώσει τα οριζόμενα στο άρθρ. 82 στον επίμαχο όρο της Διακήρυξης παρά μόνο να παραπέμψει στην παράγραφο 2.2.7, όπου πέραν της προσκόμισης των οριζόμενων πιστοποιητικών και της απαίτησης αυτά να

Αριθμός απόφασης: 685/2022

είναι ακόμη και νεότερα, ισοδύναμα ή καλύτερα, ουδόλως περιλαμβάνει την απαίτηση αυτά να προέρχονται από διαπιστευμένους κατά Ε.ΣΥ.Δ. φορείς, ή σε περίπτωση ισοδυναμίας αυτά να έχουν εκδοθεί από φορέα διαπίστευσης μέλος της Ευρωπαϊκής Συνεργασίας για τη διαπίστευση και μάλιστα μέλος της αντίστοιχης συμφωνίας Αμοιβαίας Αναγνώρισης (M.L.A). Περαιτέρω, κατά την προσφεύγουσα, ο αναθέτων φορέας ανεπιτρέπτως στήριξε την αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της στην απάντηση του Ε.ΣΥ.Δ. καθόσον η απαίτηση που περιέχεται στο άρθρ. 82 του Ν. 4412/2016 και στοιχειοθετείται η έλλειψή της από το άνω έγγραφο του ΕΣΥΔ, σε κάθε περίπτωση δεν προβλεπόταν από τα οικεία άρθρ. 2.2.7 και 2.2.9.2. της Διακήρυξης, ενώ, ο οικονομικός φορέας δεν δύναται να αποκλειστεί για δικαιολογητικό που ναι μεν προβλέπεται η προσκόμισή του από τη Διακήρυξη πλην όμως δεν προβλέπεται το απαιτούμενο περιεχόμενό του ή οι ειδικότερες προϋποθέσεις εκδόσεώς του. Τέλος, κατά την προσφεύγουσα η αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της είναι ελλιπής καθώς ο αναθέτων φορέας όφειλε πριν απορρίψει τα υποβληθέντα δικαιολογητικά/πιστοποιήσεις να προβεί στην αξιολόγηση αυτών περί επίτευξης ισοδυνάμου αποτελέσματος κατ' άρθρ. 82 παρ. 1 εδ γ. του Ν. 4412/2016.

13. Επειδή ο αναθέτων φορέας στις απόψεις του κατόπιν παράθεσης του διαδικαστικού ιστορικού της υπόθεσης, αναφέρει προς αντίκρουση των προσφυγικών ισχυρισμών τα κάτωθι: *«...Η νομοθεσία που διέπει τη διακήρυξη είναι ο ν.4412/16 και οι επιμέρους διατάξεις του, συμπεριλαμβανομένων των σχετικών διατάξεων αναφορικά με τα Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας. > Η παρ. 2.2.9.2. Β5 της διακήρυξης δεν έχει διαγραφεί και κατ' επέκταση ισχύει η παραπομπή στα προβλεπόμενα του άρθρου 82 ν. 4412/2016 > Σύμφωνα με το άρθρο 82 του Ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές αναγνωρίζουν ισοδύναμα πιστοποιητικά από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη – μέλη (Άρθρο 62 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Ως κράτη - μέλη νοούνται τα μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης (παράγρ. 3 του Άρθρου 62 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ με παραπομπή στο Άρθρο 86 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). > Το Εθνικό Σύστημα Διαπίστευσης (Ε.ΣΥ.Δ.) είναι ορισμένο από την ελληνική κυβέρνηση ως ο Εθνικός Οργανισμός Διαπίστευσης της Ελλάδας σύμφωνα με τον Κανονισμό (ΕΚ) αριθ. 765/2008.*

Αριθμός απόφασης: 685/2022

➤ Οι ευρωπαϊκοί εθνικοί φορείς διαπίστευσης έχουν συστήσει την “Ευρωπαϊκή Συνεργασία για τη Διαπίστευση” – “European co-operation for Accreditation” (EA), η οποία συντονίζει και επιβλέπει τις δραστηριότητές τους. Στο πλαίσιο της EA συνάπτονται Πολυμερείς Συμφωνίες (Multilateral Agreements-MLAs) Αμοιβαίας Ισότιμης Αναγνώρισης των δραστηριοτήτων των ευρωπαϊκών φορέων διαπίστευσης. Επομένως, ο ισχυρισμός ότι ο όρος 2.2.7. της διακήρυξης δεν περιελάμβανε σαφή διατύπωση, ενώ παράλληλα δεν παρέπεμπε στο άρθρο 82 του ν.4412/2016 με την εκεί οριζόμενη διατύπωση, δεν ευσταθεί, καθώς οι προβλέψεις του ν.4412/16 διέπουν την εν λόγω διακήρυξη, συμπεριλαμβανομένων των σχετικών διατάξεων αναφορικά με τα Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας. Επιπλέον, η αναθέτουσα αρχή δεν αποπειράθηκε να δημιουργήσει νέα απαίτηση – όρο με την επιστολή διευκρίνισης, καθώς ο όρος αυτός αποτελεί απόρροια του άρθρο 82 του ν.4412/2016 και των Άρθρων 62 και 86 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ».

14. Επειδή η παρ. 1 του **άρθρου 253** του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Οι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της προστασίας του ανταγωνισμού, της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης και λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων.[...]

15. Επειδή, σύμφωνα με το **άρθρο 281** παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 «1. Οι όροι που περιέχονται στα έγγραφα της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως: [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και

Αριθμός απόφασης: 685/2022

επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, [...] ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, [...] ιζ) τους απαραίτατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται απόρριψη της προσφοράς, [...]».

16. Επειδή στο άρθρ. **309** του Ν. 4412/2016 που ενσωμάτωσε το άρθρ. 81 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, υπό τον τίτλο «Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης» προβλέπεται ότι: «1. Οι αναθέτοντες φορείς, εάν απαιτούν την προσκόμιση πιστοποιητικών που εκδίδονται από ανεξάρτητους οργανισμούς που βεβαιώνουν ότι ο οικονομικός φορέας συμμορφώνεται με ορισμένα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας, συμπεριλαμβανομένης της προσβασιμότητας για άτομα με ειδικές ανάγκες, **παραπέμπουν σε συστήματα διασφάλισης ποιότητας, βασιζόμενα στη σχετική σειρά ευρωπαϊκών προτύπων που έχουν πιστοποιηθεί από διαπιστευμένους οργανισμούς. Οι αναθέτοντες φορείς αναγνωρίζουν ισοδύναμα πιστοποιητικά από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη - μέλη. 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 που δεν αποδίδονται σε δική του ευθύνη, υπό την προϋπόθεση ότι ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι τα προτεινόμενα μέτρα διασφάλισης ποιότητας πληρούν τα απαιτούμενα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας.** 2. 3. Εφόσον τους ζητηθεί, η Αρχή θέτει στη διάθεση άλλων κρατών μελών, σύμφωνα με το άρθρο 343, κάθε πληροφορία σχετικά με τα έγγραφα που προσκομίζονται ως στοιχεία αποδεικτικά της συμμόρφωσης με ποιοτικά και περιβαλλοντικά πρότυπα που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2.

17. Επειδή κατά την έννοια της παραπάνω διάταξης του άρθρ. 309 του Βιβλίου ΙΙ του Ν. 4412/2016, η οποία κατά πανομοιότυπο περιεχόμενο εμπεριέχεται και στο άρθρ. 82 του Βιβλίου Ι του ως άνω νόμου, προκύπτει ότι κάθε φορά που η αναθέτουσα αρχή απαιτεί στο πλαίσιο των κριτηρίων τεχνικής ικανότητας του φορέα, την προσκόμιση από τον οικονομικό φορέα πιστοποιητικών που έχουν εκδοθεί από ανεξάρτητους οργανισμούς και τα οποία βεβαιώνουν την τήρηση εκ μέρους του διαγωνιζομένου τέτοιων προτύπων ποιότητας, παραπέμπει σε σχετικά ευρωπαϊκά πρότυπα και

Αριθμός απόφασης: 685/2022

πιστοποιούμενα από διαπιστευμένους οργανισμούς. Επιπλέον, υποχρεούται να αναγνωρίζει **ισοδύναμα** πιστοποιητικά από αντίστοιχους οργανισμούς που εδρεύουν σε άλλα κράτη – μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης και να αποδέχεται και άλλα αποδεικτικά στοιχεία για ισοδύναμα μέτρα διασφάλισης ποιότητας, τα οποία προσκομίζονται από τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς, υπό την προϋπόθεση ότι οι τελευταίοι δεν είχαν την δυνατότητα να αποκτήσουν τα εν λόγω πιστοποιητικά εντός των σχετικών προθεσμιών για λόγους που δεν αποδίδονται σε δική τους ευθύνη και ότι τα προτεινόμενα μέτρα διασφάλισης ποιότητας πληρούν τα απαιτούμενα σχετικά πρότυπα. Η διάταξη αυτή επαναλαμβάνει τη γενική αρχή οι αναθέτουσες αρχές να δέχονται ισοδύναμα αποδεικτικά στοιχεία, που αποδεικνύουν τη συμμόρφωσή τους με τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής με στόχο και τη διευκόλυνση συμμετοχής και των μικρομεσαίων επιχειρήσεων. Ήτοι κατά την εξέταση του φακέλου, οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να αναγνωρίζουν τα ισοδύναμα πιστοποιητικά από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη – μέλη. Επιπλέον **είναι υποχρεωμένες να αποδέχονται και άλλα αποδεικτικά στοιχεία για επαρκή μέτρα εξασφάλισης της ποιότητας, τα οποία προσκομίζονται από τους οικονομικούς φορείς.** Στην περίπτωση αυτή, το βάρος της απόδειξης το φέρει ο οικονομικός φορέας. Η δυνατότητα αυτή πάντως, είναι σκόπιμο να αναφέρεται και στα έγγραφα της σύμβασης για να είναι σαφώς αντιληπτή από τους οικονομικούς φορείς (ΕΑ ΣτΕ 491/2019, 573/2009). Ωστόσο, η δυνατότητα των οικονομικών φορέων να υποβάλλουν ισοδύναμα πιστοποιητικά περιορίζεται, καθώς προβλέπεται ρητά ότι το ισοδύναμο πιστοποιητικό γίνεται δεκτό από την αναθέτουσα αρχή, εφόσον ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας δεν είχε τη δυνατότητα να αποκτήσει τα σχετικά πιστοποιητικά εντός των σχετικών προθεσμιών για λόγους για τους οποίους δεν ευθύνεται ο ίδιος, με την έννοια ότι ο ίδιος φέρει το βάρος της απόδειξης της συνδρομής των ανωτέρω προϋποθέσεων, προκειμένου να πληρωθεί η σχετική απαιτούμενη στα έγγραφα της σύμβασης τεχνική ικανότητα του οικονομικού φορέα.

18. Επειδή η Διακήρυξη του Διαγωνισμού, η οποία συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας αμφίδρομα τον αναθέτοντα φορέα και τους διαγωνιζόμενους (ΕΑ ΣτΕ 352/2016, 53/2011, ΣτΕ 3669/2015, 5022/2012), ορίζει, σχετικά με τα τιθέμενα εν προκειμένω ζητήματα, τα εξής:

Αριθμός απόφασης: 685/2022

«Άρθρο 2.2.7 [57] : Ο υποψήφιος ανάδοχος πρέπει να διαθέτει πιστοποιητικό διασφάλισης ποιότητας τουλάχιστον ISO 9001, ή νεότερο ή ισοδύναμο ή καλύτερο, ISO 27001 ή νεότερο ή ισοδύναμο ή καλύτερο».

57 υποσημείωση της διακήρυξης:

Επισημαίνεται ότι τα πρότυπα είναι προαιρετικά, ήτοι τίθενται στην παρούσα διακήρυξη, κατά την κρίση και τη διακριτική ευχέρεια της Α.Α. και πρέπει να σχετίζονται και να είναι ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης (πρβλ. άρθρο 82 ν. 4412/2016).

Άρθρο 2.2.9.2. Β5: Για την απόδειξη της συμμόρφωσής τους με πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης της παραγράφου 2.2.7 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν ότι προβλέπεται στην εν λόγω παράγραφο [81]

81 υποσημείωση της διακήρυξης:

Εφόσον η Α.Α. έχει απαιτήσει τη συμμόρφωση των οικονομικών φορέων με πρότυπα διασφάλισης ποιότητας ή/και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης της παραγράφου 2.2.7, τότε μόνο συμπληρώνεται η παρούσα παράγραφος, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 82 ν. 4412/2016, άλλως διαγράφεται».

19.Επειδή από τις άνω διατάξεις της Διακήρυξης προκύπτει ότι προς απόδειξη πλήρωσης της αξιούμενης τεχνικής ικανότητας του άρθρ. 2.2.7 δια της κατοχής των απαιτούμενων πιστοποιήσεων, οι συμμετέχοντες οφείλουν να κατέχουν τις ειδικώς αναφερόμενες στο άνω άρθρο της Διακήρυξης πιστοποιήσεις, ήτοι πιστοποιητικό διασφάλισης ποιότητας τουλάχιστον ISO 9001, ή νεότερο ή ισοδύναμο ή καλύτερο, ISO 27001 ή νεότερο ή ισοδύναμο ή καλύτερο, ενώ ουδόλως η διακήρυξη αναφέρει οτιδήποτε για τη διαπίστευση του φορέα πιστοποίησης του πιστοποιητικού σε κάποιον ειδικό και συγκεκριμένο κωδικό δραστηριότητας, ούτε προβλέπει οτιδήποτε περί όρων σχετικά με τη διαπίστευση του φορέα πιστοποίησης και οτιδήποτε περί προσόντων του φορέα πιστοποίησης. Ως προελέχθη, η προσφεύγουσα κατόπιν κλήσης του αναθέτοντος φορέα προσκόμισε προς απόδειξη πλήρωσης της άνω απαίτησης **α)** το πιστοποιητικό ISO 9001:2015 του φορέα πιστοποίησης «...» με ημερομηνία ισχύος από 13-11-2020 έως 8-11-2023 και **β)** το πιστοποιητικό ISO/IEC 27001:2013 του φορέα πιστοποίησης «...» με ημερομηνία ισχύος από 13-11-2020 έως 8-11-2023. Επί των υπόψη

Αριθμός απόφασης: 685/2022

υποβληθέντων πιστοποιητικών, ο αναθέτων φορέας αιτήθηκε, ως ανωτέρω αναφέρθηκε, εκ νέου διευκρινίσεις αφορώσες, πέραν της προσκόμισης μετάφρασης των υποβληθέντων πιστοποιητικών, και βεβαίωση του Εθνικού Συστήματος Διαπίστευσης (Ε.ΣΥ.Δ.) ή άλλα αποδεικτικά έγγραφα περί πλήρωσης των προϋποθέσεων του άρθρ. 82 του Ν. 4412/2016, αναφέροντας παράλληλα ότι κατά το άνω άρθρο αναγνωρίζονται ισοδύναμα πιστοποιητικά από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη – μέλη. Η προσφεύγουσα προσκόμισε τις αιτηθείσες μεταφράσεις των εγγράφων καθώς και τεκμηριωτικό υλικό, προκειμένου να αποδείξει την πλήρωση του ισοδυνάμου των μέτρων διασφάλισης των απαιτούμενων προτύπων κατά το εδ. γ' της παρ. 1 του άρθρ. 82 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, προσκόμισε **1)** την από 20-1-2022 Επιστολή εκ μέρους του φορέα πιστοποίησης ««...», υπογραφήμενη από τον κο ..., στην οποία μεταξύ άλλων αναφέρεται ότι «Ο φορέας μας ... είναι διαπιστευμένος Φορέας κατά 17021 από το Εθνικό Σύστημα διαπίστευσης ΕΣΥΔ με έδρα στην Ελλάδα και τον Διεθνή φορέα Διαπιστεύσεων IAS με έδρα τις ΗΠΑ. Και οι δύο φορείς είναι μέλη του IAF MLA. Οι διαπιστεύσεις που χορηγούνται από τους υπογράφοντες της IAF MLA αναγνωρίζονται παγκοσμίως βάσει των αντίστοιχων προγραμμάτων διαπίστευσης. Η άμεση συνέπεια της υπογραφής του MLA είναι ότι τα όργανα διαπίστευσης όλων των ανεπτυγμένων χωρών αναγνωρίζουν το πιστοποιητικό του άλλου ως ισότιμα και a priori. Ως εκ τούτου, η άμεση συνέπεια της υπογραφής του MLA είναι ότι οι εθνικοί οργανισμοί διαπίστευσης όλων των χωρών υποστηρίζουν την αποδοχή στη χώρα τους των εκθέσεων δοκιμών, των πιστοποιητικών και των πιστοποιητικών που εκδίδονται από τους αναγνωρισμένους οργανισμούς και τα εργαστήρια της IAS και να τα αναγνωρίσει ως ισοδύναμα με τις εκθέσεις που ο εθνικός οργανισμός έχει εκδώσει», **2)** Πιστοποιητικό Διαπίστευσης του φορέα ... από την Διεθνή Υπηρεσία Πιστοποίησης «IAS» (Certificate of Accreditation), **3)** Την από 9-8-2018 διευκρινιστική Επιστολή της Διεθνούς Υπηρεσίας Πιστοποίησης (IAS), **4)** Πιστοποιητικό μέλους της IAF **5)** Παράρτημα εκ του οποίου προκύπτει ότι τόσο το Ε.ΣΥ.Δ. όσο και το IAS είναι μέλη του Διεθνούς Φόρουμ Πιστοποίησης IAF. Σε συνέχεια των άνω διευκρινίσεων, ο αναθέτων φορέας με την προσβαλλόμενη απόφασή του και κατ' αποδοχή της αιτιολογίας του 4^{ου} Πρακτικού, απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας εκτιμώντας πως τα

Αριθμός απόφασης: 685/2022

υποβληθέντα πιστοποιητικά ISO δεν καλύπτουν τις απαιτήσεις του άρθρ. 82 του Ν. 4412/2016 καθώς δεν προέρχονται από φορέα πιστοποίησης που να εδρεύει σε άλλο κράτος – μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ενώ, δεν αναγνωρίζονται και ως ισοδύναμα προς τα εκδιδόμενα από το ΕΣΥΔ πιστοποιητικά, καθώς, σύμφωνα με τη διευκρινιστική επιστολή που έλαβε από το ΕΣΥΔ, ο φορέας διαπίστευσής τους (IAS) είναι Αμερικάνικος φορέας διαπίστευσης και οι ΗΠΑ δεν ανήκει στα κράτη που έχουν υπογράψει τη σύμβαση του EA MLA/BLA ή κάποια άλλη συμφωνία με την Ευρωπαϊκή Ένωση περί αμοιβαίας αναγνώρισης των πιστοποιητικών.

20. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω επί των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών λεκτέα τα εξής: Καταρχάς, όπως προκύπτει από τα προπαρατεθέντα άρθρ. 2.2.7 και 2.2.9.2 Β5 της Διακήρυξης έχει τεθεί ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής η κατοχή των ζητούμενων πιστοποιητικών κατά ISO. Και ναι μεν ο κρίσιμος όρος που περιέχεται στο άρθρ. 2.2.7 της Διακήρυξης δεν διαλαμβάνει την ακριβή διατύπωση του άρθρου 82 ή εν προκειμένω 309 του Ν. 4412/2016, και την απαίτηση τα πιστοποιητικά να έχουν εκδοθεί από φορέα διαπιστευμένο από το ΕΣΥΔ ή από φορέα διαπίστευσης μέλος της Ευρωπαϊκής Συνεργασίας για τη Διαπίστευση (EA) και μάλιστα μέλος αντίστοιχης συμφωνίας Αμοιβαίας Αναγνώρισης, πλην όμως η εφαρμογή του άρθρου 82/309 για το Βιβλίο II του Ν. 4412/2016, προκύπτει από το ίδιο το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού. Άλλωστε, ουδόλως η διακήρυξη τυχόν προέβλεψε τη δυνατότητα υποβολής κάθε είδους πιστοποιητικού από οιονδήποτε εκδότη, ενώ επίσης, ουδόλως περιλαμβάνει κάποια ειδική πρόβλεψη, αντίθετη με τα εκ του άρθρ. 82 Ν. 4412/2016 οριζόμενα. Συνεπώς, ο Ν. 4412/2016 και οι εφαρμοστέες εν προκειμένω διατάξεις τους ως παραπεμπόμενες από τις επίμαχες διατάξεις της Διακήρυξης, αλλά και ως κανονιστικό πλαίσιο της διαδικασίας και ως ο ειδικός περί δημοσίων συμβάσεων νόμος, ρυθμίζει οτιδήποτε δεν προβλέπει ρητώς και ειδικώς η εκάστοτε και η νυν διακήρυξη, ενώ οτιδήποτε απλώς δεν αναφέρεται (και δεν ρυθμίζεται όμως με αντίθετο τρόπο) από τη διακήρυξη, προκύπτει απευθείας εκ του νόμου. Συνεπώς, αλυσιτελώς η προσφεύγουσα προβάλλει έλλειψη πανηγυρικής διατύπωσης στα επίμαχα άρθρα της Διακήρυξης της απαίτησης τα πιστοποιητικά να έχουν εκδοθεί από φορέα διαπιστευμένο από το ΕΣΥΔ/ή από φορέα διαπίστευσης μέλος της

Αριθμός απόφασης: 685/2022

Ευρωπαϊκής Συνεργασίας για τη Διαπίστευση/μέλος αντίστοιχης συμφωνίας Αμοιβαίας Αναγνώρισης (MLA), καθώς η απαίτηση αυτή πηγάζει εκ του νόμου και ουδόλως δημιουργείται το πρώτον νέα απαίτηση από τον αναθέτοντα φορέα, απορριπτομένου του οικείου ισχυρισμού της. Και τούτο διότι κατά την έννοια του Ν. 4412/2016 οι αναγνωρισμένοι και επίσημοι πάροχοι των οικείων υπηρεσιών πιστοποίησης είναι οι διαπιστευμένοι από τον μόνο, επίσημο και συμφώνως ως προς την ενωσιακή και εθνική νομοθεσία, προβλεπόμενο φορέα διαπίστευσης. Εξάλλου (πρβλ. ΑΕΠΠ 744/2018) και παρά τα περί αντιθέτου ισχυριζόμενα εκ της προσφεύγουσας, κατ' άρθρ. 82/309 παρ. 1 Ν. 4412/2016 τα πιστοποιητικά λαμβάνονται υπόψη όταν πληρούν τις κατά νόμο προϋποθέσεις και έχουν εκδοθεί από οργανισμό διαπίστευσης εδρεύοντος σε κράτος-μέλος της Ένωσης και ανεξαρτήτως κράτους-μέλους στο οποίο εδρεύουν, σε κάθε όμως περίπτωση ο οργανισμός πρέπει να είναι διαπιστευμένος στο κράτος-μέλος της έδρας του για την άσκηση της οικείας δραστηριότητας πιστοποίησης έτερων φορέων. Αντίθετη δε ερμηνεία, ότι ακόμη και επί απλής σιγής της Διακήρυξης, ήτοι μη ρητής προβλέψεως αυτής περί προέλευσης των πιστοποιητικών από οργανισμό αξιολόγησης συμμόρφωσης, , θα παραμέριζε και θα οδηγούσε σε πλήρη καταστρατήγηση όχι μόνο του άρθρ. 82/309 του Ν. 4412/2016, αλλά και των κανόνων άμεσης και γενικής δεσμευτικής ισχύος (άρ. 288 ΣΛΕΕ) του ενωσιακού δικαίου, ήτοι του Κανονισμού (ΕΚ) 765/2008 περί της διαπίστευσης οργανισμών αξιολόγησης συμμόρφωσης από τον εθνικό οργανισμό διαπίστευσης, και το εκεί ιδρυόμενο ενωσιακό πλαίσιο που διέπει τις πιστοποιήσεις στο σύνολο των κρατών-μελών της ΕΕ. Επομένως, βασίμως κρίθηκε ότι τα υποβληθέντα εκ της προσφεύγουσας πιστοποιητικά, δεν πληρούσαν τις προϋποθέσεις της διακήρυξης και του άρθρ. 82 παρ. 1 εδ. α και β, εν προκειμένω 309, του Ν. 4412/2016, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας περί έλλειψης πανηγυρικής διατύπωσης της Διακήρυξης και ρητής παραπομπής στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 (πρβλ και ΑΕΠΠ 217/2022). Περαιτέρω, ωστόσο πρέπει να σημειωθεί ότι η προσφεύγουσα ως ανωτέρω αναφέρθηκε (βλ. ανωτέρω σκ. 19) προσκόμισε πλήρη φάκελο δικαιολογητικών εγγράφων/ τεκμηριωτικού υλικού προς απόδειξη του ισοδυνάμου των προσκομισθέντων πιστοποιήσεων. Σύμφωνα με τα προρρηθέντα το εδ. γ' της παρ. 1 του άρθρ. 82 και 309 του Ν. 4412/2016

Αριθμός απόφασης: 685/2022

συνιστά αυτοτελή, επαρκή και επικουρική βάση αποδοχής της προσφοράς, σε περίπτωση που αυτή δεν πληροί τις προϋποθέσεις των εδ. α'- β' της άνω διάταξης. Συναφώς, παρέχεται στον προσφέροντα που δεν πληροί τις προϋποθέσεις των δύο πρώτων εδαφίων, υπό την έννοια ότι δεν κατέχει καθόλου τα οικεία πιστοποιητικά ή κατέχει πιστοποιητικά που δεν πληρούν τις προϋποθέσεις των ως άνω δύο πρώτων εδαφίων, όπως, όταν το εξ αυτού προσκομισθέν πιστοποιητικό δεν προέρχεται από οργανισμό αξιολόγησης διαπιστευμένο από τον οικείο εθνικό οργανισμό διαπίστευσης του κράτους-μέλους της εγκατάστασής του οργανισμού αξιολόγησης ή κράτους με το οποίο η Ελληνική Δημοκρατία διατηρεί διμερή ή πολυμερή συμφωνία αναγνώρισης όπου τυχόν ο οργανισμός αξιολόγησης είναι εγκατεστημένος, να επικαλεσθεί όποια μέτρα κρίνει ως ισοδύναμα με το καταρχήν ζητούμενο πιστοποιητικό, δηλαδή ως πληρούντα το αποδεικτικό αντικείμενο του τελευταίου. Εξυπακούεται δε ότι στην ειδικότερη περίπτωση που ο προσφέρων κατέχει μεν πιστοποιητικά, τα οποία όμως, κατά τα ανωτέρω, δεν πληρούν τις προϋποθέσεις των δύο πρώτων εδαφίων και για την ταυτότητα του νομικού λόγου, παραδεκτώς η αναθέτουσα προχωρά στην αξιολόγηση των όποιων προσκομισθεισών πιστοποιήσεων, μαζί με όποιο υλικό, ελέγχους και φάκελο επί των οποίων αυτές ερείδονται και εκ των οποίων προκύπτουν τα λαμβανόμενα μέτρα ποιότητας, ώστε να κρίνει αυτά, στο πλαίσιο του εδ. γ', ήτοι να αξιολογήσει την τυχόν εν τοις πράγμασι αποδεικτική ισοδυναμία και επάρκειά τους για την κάλυψη του αποδεικτικού αντικειμένου του καταρχήν ζητούμενου προτύπου και πιστοποιητικού. Περαιτέρω, όπως βάσιμα πάντως προβάλλει η προσφεύγουσα, ουδόλως προκύπτει από την προσβαλλομένη, ότι ο αναθέτων φορέας πριν κρίνει ως άνευ ετέρου απορριπτικά την προσφεύγουσα, τυχόν έλαβε υπόψη του τα πιστοποιητικά της ως ναι μεν, μη πληρούντα καταρχήν τις προϋποθέσεις του άρ. 82 παρ. 1 εδ. α'-β' Ν. 4412/2016, πλην όμως, περαιτέρω εξετάζοντας αυτά περί της τυχόν ισοδυναμίας τους με τα καταρχήν ζητούμενα και πληρούντα τις νόμιμες προϋποθέσεις πιστοποιητικά. Εξάλλου στον όρο 2.2.7 της Διακήρυξης γίνεται ρητή αναφορά και σε «άλλο ισοδύναμο πρότυπο σε ισχύ». Επιπλέον, δεν προκύπτει πως υπαίτιως η προσφεύγουσα παρέλειψε να υποβάλει τέτοιο πιστοποιητικό από διαπιστευμένο φορέα πιστοποίησης από το ΕΣΥΔ/ή από άλλο φορέα διαπίστευσης μέλος της ΕΑ/ή φορέα μέλος αντίστοιχης

Αριθμός απόφασης: 685/2022

συμφωνίας αμοιβαίας αναγνώρισης, αλλά ακριβώς η εκ μέρους της υποβολή πιστοποιητικών από φορέα που εν τέλει προκύπτει ως μη διαπιστευμένος κατά ΕΣΥΔ, στοιχειοθετεί εκ της προσφεύγουσας ανυπαίτια εν τέλει αδυναμία υποβολή σχετικού πιστοποιητικού, αφού δεδομένων των επίμαχων πραγματικών περιστατικών, ευλόγως φρονούσε πως πληροί τη σχετική απαίτηση και αυτό, χωρίς πάντως η προσφεύγουσα να προσπάθησε να αποκρύψει τούτο ή να προκύπτει πως είχε σαφή γνώση της σχετικής μη διαπίστευσής του από το ΕΣΥΔ ή από φορέα διαπίστευσης μέλος της Ευρωπαϊκής Συνεργασίας για τη Διαπίστευση ή μέλος συμφωνίας Αμοιβαίας Αναγνώρισης (MLA). Συνεπώς, ο ισχυρισμός του αναθέτοντος φορέας ότι δεν εξέτασε την ισοδυναμία των υποβληθέντων πιστοποιήσεων καθότι δεν επικαλέστηκε η προσφεύγουσα αδυναμία κτήσης των πιστοποιητικών κατά το εδ. γ' της παρ. 1 του άρθρ. 82 του Ν. 4412/2016 είναι απορριπτέος. Επιτρεπτά δε ο αναθέτων φορέας θα δύνατο καταρχήν να αξιολογήσει όποια αποδεικτικά μέτρα διασφάλισης ποιότητας παρουσιάζει η προσφεύγουσα περί της τυχόν ισοδυναμίας τους με το αποδεικτικό αντικείμενο των ζητούμενων πιστοποιητικών, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα και τούτο ιδίως, αφού ουδόλως μπορεί να θεωρηθεί ως ζήτημα αναγόμενο στην υπαιτιότητα της ίδιας και δυνάμενο να προληφθεί ακόμη και με μέτρα επιμέλειας, το γεγονός ότι τα υποβληθέντα πάντως εκ μέρους της πιστοποιητικά δεν πληρούν τις απαιτήσεις του άρθρ. 82. Πλην όμως δεν προκύπτει ότι ο αναθέτων φορέας όντως αξιολόγησε ή έλαβε υπόψη της τέτοια μέτρα ή αξιολόγησε τα προσκομισθέντα πιστοποιητικά και τον όποιο τυχόν φάκελο ελέγχου επί των οποίων έχουν εκδοθεί από τον ως άνω φορέα πιστοποίησης, ως τέτοια πιθανώς ισοδύναμα) με βάση τα οριζόμενα στο άρθρ. 82 παρ. 1 εδ. γ' Ν. 4412/2016. Συνεπώς, η προσβαλλομένη έσφαλε και είναι ακυρωτέα μεν καθ' ο μέρος άνευ ετέρου έκρινε τα προσκομισθέντα πιστοποιητικά και την προσφορά της προσφεύγουσας ως απαράδεκτη, αφού εκδόθηκε κατά παράλειψη του αναθέτοντος φορέα να αξιολογήσει αυτά ως κατ' άρθρ. 82 παρ. 1 εδ. γ' Ν. 4412/2016 «αποδεικτικά στοιχεία για ισοδύναμα μέτρα διασφάλισης ποιότητας» και συγκεκριμένα να αξιολογήσει αυτά και τον υποστηρικτικό φάκελο ελέγχων επί των οποίων εκδόθηκαν περί του αν τα εκ της προσφεύγουσας υποβληθέντα πιστοποιητικά επιτυγχάνουν ισοδύναμο αποτέλεσμα με τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη πρότυπα. Συνεπεία των

Αριθμός απόφασης: 685/2022

ανωτέρω, ο σχετικός λόγος της προσφυγής περί ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής λόγω ελλιπούς αιτιολογίας αυτής, καθόσον όφειλε προτού απορρίψει τα πιστοποιητικά να εξετάσει τον υποβληθέντα από την προσφεύγουσα υποστηρικτικό φάκελο ελέγχων περί επίτευξης ισοδύναμου αποτελέσματος με τα απαιτούμενα από τη Διακήρυξη πρότυπα, πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος. Κατ' αποδοχή του υπόψη λόγου, η προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση του αναθέτοντος φορέα, να αναπεμφθεί δε η υπόθεση στη Διοίκηση προκειμένου να διακριβωθεί η τυχόν ισοδυναμία ή μη των μέτρων ποιότητας, εφ' ων εκδόθηκαν τα προσκομισθέντα πιστοποιητικά της προσφεύγουσας.

21. Επειδή σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, πρέπει να αποδοθεί το καταβληθέν από την προσφεύγουσα παράβολο κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη με αριθμ. 31/2022 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 18 Απριλίου 2022 και εκδόθηκε στις 6 Μαΐου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

ΣΩΚΡΑΤΗΣ ΤΣΑΠΑΛΙΑΡΗΣ