

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 11 Σεπτεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 03.07.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ **1006/04.07.2023** του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «****» και το διακριτικό τίτλο «****» (στο εξής «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στις**** , επί της οδού ****, αρ. 4 και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

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

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της Διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής με αριθμό πρωτοκόλλου ****/06.06.2023 και ειδικότερα να ακυρωθεί ο προσβαλλόμενος όρος του Παραρτήματος Ι.Γ, που απαιτεί τα πιστοποιητικά ποιότητας και τα συστήματα διαχείρισης ISO να είναι σε ισχύ ήδη κατά την ημερομηνία δημοσιοποίησης της Διακήρυξης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 2.057,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ****).

2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, με αριθμό ****/06.06.2023 προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων των κτιρίων του Γενικού Νοσοκομείου **** συνολικής εκτιμώμενης αξίας 411.290,33 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 13.07.2023. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις **.**.2023 (ΑΔΑΜ: ***) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α ****.

3. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που το Υπουργείο Υποδομών και Μεταφορών ασκεί ως αναθέτουσα αρχή και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και μάλιστα του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 345 παρ. 1 και 379 παρ. 7 αυτού, όπως ισχύουν, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 03.07.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις **.**.2023 και η προσφεύγουσα αποδεδειγμένα έλαβε πλήρη γνώση αυτής στις 26.06.2026, οπότε και απέστειλε αίτημα επίσκεψης προς την αναθέτουσα αρχή (βλ. έγγραφο «Αίτημα Επίσκεψης_signed-1.pdf») β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

5. Με την Πράξη του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου με αριθμό 1207/2023 ορίσθηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής, ενώ στις

17.07.2023 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπρόθεσμα τις απόψεις της με αριθμό πρωτοκ. 18879/14.07.2023, με τις οποίες ζητά την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής.

6. Η προσφεύγουσα κατέθεσε εμπρόθεσμα στις 24.07.2023, την επόμενη εργάσιμη ημέρα μετά την εκπνοή της προβλεπόμενης πενήνθμερης προθεσμίας (η 23η/07/2023 ήταν αργία), το Υπόμνημά της με όμοια ημερομηνία για την αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

7. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής»*.

8. Κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 346 (παρ. 1 και 2) και 360 (παρ. 1) του ν. 4412/2016, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της σχετικής Διακήρυξης, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση με έννομο συμφέρον, σε περίπτωση που δεν υποβάλει προσφορά εντός της προθεσμίας υποβολής της, να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της Διακήρυξης ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του ανάδοχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΕΑ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον του για την προσβολή της Διακήρυξης με αίτηση ακύρωσης διατηρείται μόνον εφόσον προβάλλει, με ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, ότι η Διακήρυξη περιλαμβάνει όρο,

ο οποίος αποκλείει παρανόμως τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό ή καθιστά ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής (βλ. ΣτΕ 1259/2019, 4606/2012, 1987/2011). Η επίκληση δε τέτοιων ειδικών και συγκεκριμένων ισχυρισμών προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αιτούντος απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων της Διακήρυξης, όσο και κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητά της (ΣτΕ 2631/2020).

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

10. Όπως προκύπτει από το περιεχόμενο της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα προκειμένου να θεμελιώσει το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής ισχυρίζεται τα εξής: *«Η εταιρεία μας είναι επιχείρηση που δραστηριοποιείται στην παροχή υπηρεσιών συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων και ενδιαφέρεται να συμμετάσχει στον επίμαχο διαγωνισμό. Συγκεκριμένα, ο καταστατικός σκοπός της εταιρείας μας (άρθρο 2 παρ. 1 περ. α΄ υποπερ. ηη΄ του Καταστατικού) περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων, την παροχή υπηρεσιών τεχνικού χαρακτήρα, όπως ενδεικτικά την προληπτική και διορθωτική συντήρηση εγκαταστάσεων, τις επεκτάσεις υπάρχουσών εγκαταστάσεων, την παροχή υπηρεσιών μέσω εξειδικευμένου προσωπικού (αδειούχων τεχνικών), αλλά και εξοπλισμού, όπως επίσης την εκτέλεση οικοδομικών εργασιών (ανακαινίσεις εσωτερικών και εξωτερικών χώρων, υγραμονώσεις, επισκευές παραθύρων και πορτών, δάπεδα, διαμόρφωση εξωτερικών χώρων), ηλεκτρομηχανολογικών εργασιών (συντήρηση και ανακατασκευή εγκαταστάσεων κλιματισμού, ηλεκτρολογικές εγκαταστάσεις – ισχυρά, ηλεκτρολογικές εγκαταστάσεις – ασθενή ήτοι data / voice / μουσική /*

συστήματα / ανακοινώσεις, συντήρηση υποσταθμών Μ/Τα καθώς και ΓΠ, συντήρηση συστημάτων UPS, εγκαταστάσεις επαγγελματικής ψύξης, υδραυλικές εγκαταστάσεις (ύδρευση – αποχέτευση), τη συντήρηση ανελκυστήρων, την εγκατάσταση και συντήρηση κέντρου ελέγχου εισερχομένων (access control), τα συστήματα πυρανίχνευσης και πυροπροστασίας, τη συντήρηση BMS κλπ. Εξάλλου η εταιρεία μας έχει αναλάβει και εκτελεί πλήθος συναφών συμβάσεων σε όλη την Ελλάδα. Επιπλέον, η εταιρεία μας πληροί τα κριτήρια επιλογής του εν λόγω διαγωνισμού, όπως αυτά προβλέπονται στην επίμαχη Διακήρυξη. Παρόλα αυτά, λόγω του προσβαλλόμενου όρου που έχει περιληφθεί στην προσβαλλόμενη Διακήρυξη, εντελώς αναιτιολόγητα και μη νόμιμα από την προσβαλλόμενη Διακήρυξη, η εταιρεία μας εμποδίζεται να υποβάλει παραδεκτή προσφορά στον υπό κρίση διαγωνισμό, όπως αναλυτικά θα αναφερθεί παρακάτω». Επομένως, η προσφεύγουσα περιλαμβάνεται καταρχήν στον κύκλο των οικονομικών φορέων, που θεμελιώνουν εύλογο ενδιαφέρον να μετάσχουν στον επίμαχο διαγωνισμό.

11. Στη συνέχεια, η προσφεύγουσα κατά την ειδικότερη ανάπτυξη του λόγου προσφυγής, ο οποίος κατατείνει στην ακύρωση της απαίτησης του Παραρτήματος Ι Γ' της Διακήρυξης σχετικά με το χρόνο έκδοσης των ζητούμενων Πιστοποιητικών ISO, επικαλείται βλάβη της, η οποία συνίσταται στην παρεμπόδιση της συμμετοχής της στο διαγωνισμό λόγω του γεγονότος ότι «ενώ έχει την δυνατότητα να έχει σε ισχύ τα κρίσιμα πιστοποιητικά ISO κατά την προβλεπόμενη ημερομηνία υποβολής των προσφορών, δεν τα διέθετε όλα κατά την ημερομηνία δημοσίευσης της Διακήρυξης, ενώ εκκρεμεί και μια άνευ ουσίας τροποποίηση της διατύπωσης σε ένα από τα πιστοποιητικά, η οποία είχε προκαλέσει διαφωνία σε προηγούμενο διαγωνισμό και υποβολή προδικαστικής προσφυγής με αντικείμενο την διατύπωση του πιστοποιητικού αυτού (επί της οποίας εκκρεμεί απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ). Η τροποποίηση αυτή της διατύπωσης, προκειμένου να αποφευχθεί εν νέου προσβολή της ορθότητας του πιστοποιητικού απαιτεί την επανέκδοσή του, άρα σε αυτό θα φαίνεται πρόσφατη ημερομηνία έκδοσης, αλλά πάντως ημερομηνία πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών».

12. Η αναθέτουσα αρχή αμφισβητώντας το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας για την άσκηση της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, αντιτάσσει με τις απόψεις της επί των παραπάνω ότι η τελευταία «αποφεύγει επιμελώς να αναφέρει στο δικόγραφο της υπό κρίση Προσφυγής της, ποια συγκεκριμένα πιστοποιητικά δεν διέθετε εν ισχύ κατά τα χρόνο δημοσιοποίησης της Διακήρυξης και με ποιο τρόπο διασφαλίζεται η έκδοση και προσκόμισή τους από αυτή κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών, ώστε να θεμελιώνει ειδικώς το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της Προσφυγής της. (...) Όφειλε, δηλαδή, η προσφεύγουσα να αναφέρει ρητά (και να αποδείξει στη συνέχεια) αν διαθέτει και ποια από τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη τέσσερα (4) Πιστοποιητικά και για ποιο ή ποια εξ αυτών έχει ήδη εκκινήσει διαδικασίες έκδοσής του ώστε να δυνηθεί μετά βεβαιότητος να το προσκομίσει κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της».

13. Η προσφεύγουσα, με το Υπόμνημα που κατέθεσε επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, αντιπροβάλλει επί των παραπάνω ότι «εξέδωσε στις 12 Ιουλίου 2023 όλα τα επίμαχα πιστοποιητικά ISO με ρητή αναφορά στο πεδίο πιστοποίησης που απαιτεί η Διακήρυξη, δηλαδή στον τομέα «κατασκευής και συντήρησης Η/Μ εγκαταστάσεων και σε εξοπλισμό που περιέχουν φθοριούχα αέρια (κανονισμός ΕΕ 2015/2067)». Ως εκ τούτου, απορριπτέος ως αβάσιμος και αναληθής είναι και ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι η εταιρεία μας με την άσκηση της επίμαχης προσφυγής της αποσκοπεί σε σκόπιμη καθυστέρηση της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και ότι ήταν πρακτικά και ουσιαστικά αδύνατο να κατέχει τα κρίσιμα πιστοποιητικά κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών (13.07.2023), ενώ δεν τα διέθετε κατά τον χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης (06.06.2023)». Συνημμένα δε προς το παραπάνω Υπόμνημά της επισυνάπτει τα επίμαχα πιστοποιητικά, τα οποία πράγματι έχουν ημερομηνία έκδοσης 12.07.2023, ήτοι μετά την ημερομηνία δημοσίευσης της Διακήρυξης και πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών (βλ. ηλεκτρονικά αρχεία με τις ονομασίες «ΠΙΣΤ 9001 **** (ΕΠΕΚΤΑΣΗ).pdf», «ΠΙΣΤ 14001 **** ΑΝΩΝ.ΕΜΠΟΡ.ΕΤΑΙΡ. ΣΥΣΤ.pdf», «ΠΙΣΤ 45001 **** ΑΝΩΝ.ΕΜΠΟΡ.ΕΤΑΙΡ. ΣΥΣΤ.ΕΛΕΓΧΟΥ(ΕΠΕΚΤΑΣΗ).pdf», «ΠΙΣΤ 50001 ****ΑΝΩΝ.ΕΜΠΟΡ.ΕΤΑΙΡ.

ΣΥΣΤ.ΕΛΕΓΧΟΥ(ΕΠΕΚΤΑΣΗ).pdf»)). Επομένως, πράγματι η συμμετοχή της τελευταίας στο διαγωνισμό εμποδίζεται λόγω του γεγονότος ότι διαθέτει τα ζητούμενα πιστοποιητικά, τα οποία όμως δεν ήταν σε ισχύ κατά το χρόνο δημοσίευσης της Διακήρυξης και η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή ασκείται παραδεκτά, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής.

14. Με το μόνο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των οριζόμενων στο Παράρτημα Ι Γ' της Διακήρυξης με τίτλο «ΠΡΟΤΥΠΑ ΔΙΑΣΦΑΛΙΣΗΣ ΠΟΙΟΤΗΤΑΣ ΚΑΙ ΠΡΟΤΥΠΑ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΙΚΗΣ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ», στο οποίο προβλέπονται τα εξής «Οι οικονομικοί φορείς για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης οφείλουν να συμμορφώνονται με: *i Πιστοποιητικό ποιότητας ISO 9001:2015 στον τομέα κατασκευής και συντήρησης Η/Μ εγκαταστάσεων και σε εξοπλισμό που περιέχουν φθοριούχα αέρια (κανονισμός ΕΕ 2015/2067), το οποίο να είναι σε ισχύ κατά την ημερομηνία δημοσιοποίησης της διακήρυξης. ii Σύστημα περιβαλλοντικής διαχείρισης ISO 14001:2015 στον τομέα κατασκευής και συντήρησης Η/Μ εγκαταστάσεων και σε εξοπλισμό που περιέχουν φθοριούχα αέρια (κανονισμός ΕΕ 2015/2067), όπως ανωτέρω. iii Σύστημα διαχείρισης υγιεινής και ασφάλειας στην εργασία ISO 45001:2018 στον τομέα κατασκευής και συντήρησης Η/Μ εγκαταστάσεων και σε εξοπλισμό που περιέχουν φθοριούχα αέρια (κανονισμός ΕΕ 2015/2067), όπως ανωτέρω. iv Σύστημα διαχείρισης της ενέργειας ISO 50001:2018 στον τομέα κατασκευής και συντήρησης Η/Μ εγκαταστάσεων, όπως ανωτέρω. (Στην περίπτωση ένωσης ή κ/ξ εταιρειών, αρκεί τις παραπάνω πιστοποιήσεις να διαθέτει η μία εκ των εταιρειών). Αποδεικτικά Μέσα – Πιστοποιητικό ISO 9001:2015, πιστοποιητικό ISO 14001:2015, πιστοποιητικό ISO 45001:2018, πιστοποιητικό ISO 50001:2018».*

15. Ειδικότερα, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας η απαίτηση κατά την οποία όλα τα παραπάνω πιστοποιητικά θα πρέπει να είναι σε ισχύ ήδη κατά την ημερομηνία δημοσίευσης της Διακήρυξης δεν είναι νόμιμη, καθώς δεν αιτιολογείται από την φύση της σύμβασης ούτε από τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής. Μάλιστα, κατά τα προβαλλόμενα, τίθεται αδικαιολόγητη προϋπόθεση, τα πιστοποιητικά ISO να έχουν εκδοθεί πριν την ημερομηνία

δημοσίευσης της Διακήρυξης ερχόμενη σε ευθεία αντίθεση με το νόμο και τις γενικές αρχές που διέπουν τους δημόσιους διαγωνισμούς, καθώς όχι μόνο απαιτείται, οι οικονομικοί φορείς να έχουν προβλέψει τις απαιτήσεις της Διακήρυξης πριν αυτή καν δημοσιευτεί, όχι μόνο επαναλαμβάνεται όρος που έχει ακυρωθεί σε προηγούμενη διαγωνιστική διαδικασία με απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ που περιλάμβανε σαφή και ξεκάθαρη κρίση και αιτιολογία, αλλά προβλέπεται ποινή αποκλεισμού για κάθε οικονομικό φορέα, ο οποίος δεν είχε την πρόνοια να φανταστεί τις απαιτήσεις της νέας Διακήρυξης και το γεγονός ότι η Αναθέτουσα Αρχή θα αγνοήσει την κρίση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ επί του ίδιου όρου, και ο οποίος δεν έχει εκδώσει τα πιστοποιητικά αυτά πριν την (εκ των προτέρων άγνωστη στους συμμετέχοντες) ημερομηνία δημοσίευσης της Διακήρυξης. Επιπλέον, η επίμαχη απαίτηση, όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, δεν είναι ούτε πρόσφορη, ούτε κατάλληλη, ούτε αναγκαία για την απόδειξη της ικανότητας των υποψηφίων αναδόχων και άρα με τον όρο αυτό η αναθέτουσα αρχή δεν επιδιώκει, ούτε επιτυγχάνει την συμμετοχή ικανών οικονομικών φορέων που διαθέτουν τα κρίσιμα πιστοποιητικά κατά το χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού, αλλά αντίθετα επιτυγχάνει τον αποκλεισμό οικονομικών φορέων, όπως η ίδια, που, ενώ μπορούν να διαθέτουν τα κρίσιμα πιστοποιητικά ISO κατά το χρόνο υποβολής των προσφορών ή και κατά το χρόνο υπογραφής της σύμβασης, αποκλείονται από τη συμμετοχή τους στον διαγωνισμό επειδή δεν είχαν προβλέψει τους όρους της επίμαχης Διακήρυξης και δεν τα είχαν εκδώσει πριν την δημοσίευση της επίμαχης Διακήρυξης.

16. Επιπλέον, προς υποστήριξη του ισχυρισμού της η προσφεύγουσα επικαλείται προηγούμενη συναφή κρίση της ΕΑΔΗΣΥ με την απόφαση 302/2023, το σκεπτικό της οποίας έχει ως εξής *«Ομοίως ακυρωτέος είναι και ο όρος του Παραρτήματος Ι.Γ της διακήρυξης, σύμφωνα με τον οποίο οι συμμετέχοντες πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να έχουν εκδώσει τα ζητούμενα πιστοποιητικά ISO εντός του τελευταίου εξαμήνου από την δημοσίευση της διακήρυξης. Η εν λόγω απαίτηση της διακήρυξης δεν παρίσταται ανάλογη προς το σκοπό, που καλείται να εξυπηρετήσει, ούτε πρόσφορη, ούτε και αιτιολογείται ειδικώς από την αναθέτουσα αρχή σε σχέση με τις ειδικότερες*

ανάγκες της στο πλαίσιο της συγκεκριμένης σύμβασης. Όπως βασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα, κρίσιμο ζήτημα αποτελεί η κατοχή του πιστοποιητικού κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, ενώ η έκδοσή του σε συγκεκριμένο προσδιορισμένο χρονικό διάστημα προ της διακήρυξης εισάγει ανεπίτρεπτο περιορισμό του ανταγωνισμού και ούτε δύναται να θεωρηθεί ότι προσδίδει συγκεκριμένο συγκριτικό πλεονέκτημα. Ενόψει των ανωτέρω, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος και να ακυρωθεί ο πληττόμενος όρος του Παραρτήματος Ι.Γ, καθ' ο μέρος ζητείται η έκδοση των κρίσιμων πιστοποιητικών ISO εντός συγκεκριμένου χρονικού διαστήματος προ της δημοσίευσης της διακήρυξης». Μάλιστα, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο όρος που απαιτεί να έχει εκδοθεί το κρίσιμο πιστοποιητικό ISO έστω και μία ημέρα πριν την δημοσίευση της Διακήρυξης δεν έχει επί της ουσίας διαφορά με τον όρο που απαιτούσε την έκδοση του πιστοποιητικού εντός του τελευταίου εξαμήνου, αφού κρίσιμος δεν είναι ο χρόνος έκδοσης του πιστοποιητικού, αλλά η ισχύς του κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς.

17. Η αναθέτουσα αρχή αντικρούει με τις απόψεις της τα παραπάνω υποστηρίζοντας ότι «(...) η αξίωση της έκδοσης πιστοποιητικού σε συγκεκριμένο προσδιορισμένο χρονικό διάστημα (έξι (6) μήνες) πριν την ημερομηνία δημοσιοποίησης της διακήρυξης, που είχε τεθεί σε προηγούμενη Διακήρυξη, που κρίθηκε από την ΕΑΔΗΣΥ ότι περιορίζει υπέρμετρα τον ελεύθερο ανταγωνισμό και αντίκειται στις αρχές της ίσης μεταχείρισης, δεν έχει καμία ουσιαστική και τυπική σχέση, κακώς παραλληλίζεται και αλυσιστελώς επιχειρείται να ταυτιστεί με την αξίωση ο διαγωνιζόμενος να έχει εν ισχύ τα κρίσιμα πιστοποιητικά ISO «κατά την ημερομηνία δημοσιοποίησης της διακήρυξης», που τίθεται εν προκειμένω με την προσβαλλόμενη διακήρυξη. Είναι τελείως διαφορετικό να αξιώνεται από τον υποψήφιο οικονομικό φορέα να έχει εν ισχύ συγκεκριμένα πιστοποιητικά προς απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής του ικανότητας έξι (6) μήνες πριν τη δημοσιοποίηση της έναρξης της διαγωνιστικής διαδικασίας σε σχέση με τον όρο της προσβαλλόμενης Διακήρυξης του εν θέματι Διαγωνισμού που προβλέπει «τα πιστοποιητικά να είναι σε ισχύ κατά την ημερομηνία δημοσιοποίησης της

διακήρυξης». Ο συγκεκριμένος όρος που αποβλέπει στο να διαπιστώσει η Αναθέτουσα Αρχή, εάν ο συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης, έχει τεθεί σε εύλογο χρόνο («ημερομηνία δημοσιοποίησης της διακήρυξης») που πρακτικά και ουσιαστικά προσεγγίζει σε βαθμό ταύτισης με το χρόνο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων οικονομικών φορέων και επ' ουδενί μπορεί να θεωρηθεί ότι περιορίζει τον ανταγωνισμό ή προσβάλλει την αρχή της αναλογικότητας».

18. Η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της Διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης προμήθειας, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές με βάση τις ανάγκες της και την σκοπιμότητα χρήσης των υπό προμήθεια προϊόντων, η δε θέσπιση, με την Διακήρυξη, των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους γενικά απaráδεκτα αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας, η οποία συνίσταται στο ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί τα αναγκαία και κατάλληλα χαρακτηριστικά, για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς όμως να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό. Για τον σκοπό αυτόν η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αιτιολογεί τη σκοπιμότητα πληττόμενου όρου της Διακήρυξης, του οποίου η σκοπιμότητα αμφισβητείται από δυνητικό συμμετέχοντα στο διαγωνισμό και προβάλλεται ότι η θέσπισή του παραβιάζει τις αρχές της αναλογικότητας και του ελεύθερου ανταγωνισμού.

19. Κατόπιν των παραπάνω και μετά την εκτίμηση των εκατέρωθεν ισχυρισμών, γίνεται δεκτό ότι στην κρινόμενη περίπτωση βάσιμα η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η απαίτηση της Διακήρυξης για την ισχύ των ζητούμενων Πιστοποιητικών ISO ήδη κατά το χρόνο δημοσίευσης της Διακήρυξης βαίνει πέραν του αναγκαίου ορίου για την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου, ήτοι της επιτυχούς και επιμελούς παροχής της υπό ανάθεση υπηρεσίας, καθώς ο ακριβής χρόνος έκδοσης των Πιστοποιητικών Διασφάλισης ποιότητας, περιβαλλοντικής διαχείρισης, διαχείρισης υγιεινής και διαχείρισης ενέργειας δεν ασκεί επιρροή στο πραγματικό γεγονός της πιστοποίησης του οικονομικού φορέα, η οποία είναι κρίσιμο να πληρούται κατά την υποβολή της προσφοράς του και κατά την εκτέλεση της σύμβασης. Δηλαδή, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξασφαλίσει ότι οι συμμετέχοντες φορείς θα είναι προσηκόντως πιστοποιημένοι κατά το χρόνο της υποβολής της προσφοράς τους και ιδίως κατά το χρόνο εκτέλεσης της σύμβασης, ενώ η προηγούμενη κατοχή του οικείου Πιστοποιητικού δεν εξασφαλίζει την παροχή υπηρεσιών υψηλότερου επιπέδου, αφού και κατά τον όρο 2.2.9 της Διακήρυξης *«το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς δια του ΕΕΕΣ κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.9.1, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παραγράφου 2.2.9.2 και κατά τη σύναψη της σύμβασης δια της υπεύθυνης δήλωσης, της περ. δ' της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν. 4412/2016»*. Επομένως, στην εξεταζόμενη περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή υπερέβη τα άκρα όρια της διακριτικής της ευχέρειας επιλέγοντας να εισάγει υπέρμετρα περιοριστικές ρυθμίσεις σε βάρος των οικονομικών φορέων που επιθυμούν να συμμετάσχουν στον επίμαχο διαγωνισμό, αλλά δεν διαθέτουν ήδη εκδοθέντα Πιστοποιητικά ISO κατά το χρόνο δημοσίευσης της Διακήρυξης, απαίτηση η οποία μάλιστα δεν αιτιολογείται επαρκώς, καθώς η αναθέτουσα αρχή αναφέρει αόριστα ότι *«ο συγκεκριμένος όρος αποβλέπει στο να διαπιστώσει η Αναθέτουσα Αρχή, εάν ο συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης»* χωρίς να εξηγεί πώς ακριβώς η ισχύς των Πιστοποιητικών ήδη κατά το χρόνο δημοσίευσης της Διακήρυξης θα αποτελεί τεκμήριο αυξημένης

ικανότητας ανταπόκρισης στις υποχρεώσεις του αναδόχου και ποιο θα είναι το συγκριτικό -και απαιτούμενο- πλεονέκτημα του πληρούντος την παραπάνω απαίτηση. Αντίθετα, με την οικεία απαίτηση περιορίζεται ο αριθμός των δυνητικών/δυναμένων προσφερόντων οικονομικών φορέων και παραβιάζονται οι αρχές της ίσης μεταχείρισης, της αναλογικότητας και του ελεύθερου ανταγωνισμού, καθώς αποκλείεται η συμμετοχή διαγωνιζομένων οι οποίοι πληρούν τις προϋποθέσεις πιστοποίησης και κατ' επέκταση προσήκουσας συμμετοχής στο διαγωνισμό, πλην όμως δεν διαθέτουν τα πιστοποιητικά αυτά με ημερομηνία έκδοσης προγενέστερη της δημοσίευσης της Διακήρυξης. Τέλος, απορριπτέος είναι και ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής περί του ότι *«η αξίωση της έκδοσης πιστοποιητικού σε συγκεκριμένο προσδιορισμένο χρονικό διάστημα (έξι μήνες) πριν την ημερομηνία δημοσιοποίησης της διακήρυξης, που είχε τεθεί σε προηγούμενη Διακήρυξη, που κρίθηκε από την ΕΑΔΗΣΥ ότι περιορίζει υπέρμετρα τον ελεύθερο ανταγωνισμό και αντίκειται στις αρχές της ίσης μεταχείρισης, δεν έχει καμία ουσιαστική και τυπική σχέση με την κρινόμενη υπόθεση»*, καθώς και στην υπόθεση αυτή είχε κριθεί το θέμα της προηγούμενης κατοχής του οικείου πιστοποιητικού, η οποία, ανεξάρτητα από τον ακριβή χρόνο έκδοσής του, απαιτείται και στην προκειμένη περίπτωση.

20. Επομένως και κατόπιν όλων των παραπάνω θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος ο μοναδικός λόγος προσφυγής, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και θα πρέπει να διαγραφεί η απαίτηση που τίθεται στο Παράρτημα Ι Γ' της Διακήρυξης με τίτλο «ΠΡΟΤΥΠΑ ΔΙΑΣΦΑΛΙΣΗΣ ΠΟΙΟΤΗΤΑΣ ΚΑΙ ΠΡΟΤΥΠΑ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΙΚΗΣ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ», σύμφωνα με την οποία τα εκεί ζητούμενα Πιστοποιητικά θα πρέπει να «είναι σε ισχύ κατά την ημερομηνία δημοσιοποίησης της Διακήρυξης».

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

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός Απόφασης: 1335/2023

1. Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
2. Ακυρώνει την Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό πρωτοκόλλου ****/06.06.2023 κατά τα αναφερόμενα στη σκέψη 20.
3. Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 11 Σεπτεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 28 Σεπτεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ