

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5° ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 16 Δεκεμβρίου 2022, με την εξής σύνθεση : Ελένη Σβολοπούλου (δυνάμει της υπ' αριθ. 66/2022 Πράξης Προέδρου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.), Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Μαρία Βύρρα, Μέλη, Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Για να εξετάσει την με ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1565/10.11.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφ' εξής προσφεύγουσα), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Γ.Ν.Α «...» (εφ' εξής αναθέτουσα αρχή), νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προσφυγή επιδιώκεται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη με αριθμ. 170/2022 διακήρυξη του «Γ.Ν.Α. ...», ήτοι να ακυρωθούν οι, επί ποινή αποκλεισμού, τιθέμενοι όροι του άρθρου 2.2.5 αυτής.

Αφού άκουσε τον εισηγητή

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της ως άνω προσφυγής καταβλήθηκε το οφειλόμενο παράβολο ύψους 15.000,00 € {βλ. προσκομιζόμενα το με κωδικό ... ηλεκτρονικό παράβολο, εκτύπωση οθόνης από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (ΓΓΠΣ), στην οποία το ως άνω παράβολο εμφανίζεται με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ» και την εκτύπωση οθόνης από το ηλεκτρονικό σύστημα της οικείας Τράπεζας, στην οποία εμφανίζεται η πληρωμή του παραπάνω παραβόλου}.

2. Επειδή, η προσφυγή, εν όψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ.

1, 120 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα επιθυμεί να λάβει μέρος στον ανωτέρω διαγωνισμό του «Γ.Ν.Α. ...» που προκηρύχθηκε με την με αριθμ. 170/2022 διακήρυξη, καθώς ο σκοπός και το αντικείμενο εργασιών της συνάδουν με τις καταστατικές δραστηριότητες αυτής και ανταποκρίνονται στις ζητούμενες με τη διακήρυξη υπηρεσίες. Εν προκειμένω, η υπό κρίση διακήρυξη δημοσιεύτηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. την 13-10-2022 και έλαβε α/α Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.. Η αναθέτουσα Αρχή απέστειλε τις απόψεις της στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. επί της εξεταζόμενης προσφυγής στις 22/11/2022.

4. Επειδή, οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια κατά τον καθορισμό των ειδικότερων κριτηρίων και απαιτούμενων επιπέδων οικονομικής-χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας, ώστε να διασφαλίζεται η άρτια εκτέλεση της σύμβασης και δι' αυτής η επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού δημοσίου συμφέροντος, τηρώντας παράλληλα τις αρχές της ισότητας και της αναλογικότητας. Ειδικότερα, σύμφωνα με την κατ' άρθρο 18 Ν. 4412/2016 εφαρμοστέα στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων αρχή της αναλογικότητας, οι οριζόμενες από τη Διακήρυξη ελάχιστες απαιτήσεις συμμετοχής, οι οποίες, από την φύση τους, μειώνουν τον αριθμό των δυναμένων να υποβάλουν προσφορά, πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίες και πρόσφορες για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. Επιπροσθέτως, οι εν λόγω απαιτήσεις πρέπει να είναι συναφείς με το αντικείμενο της σύμβασης και να μην περιορίζουν την ελευθερία του ανταγωνισμού υπέρμετρα ή τεχνητά, με σκοπό την αδικαιολόγητα ευμενή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων (βλ. ΕΑΣΤΕ 117/2021, 335/2019, 203/2018, πρβλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ,

Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ). Και ναι μεν, όπως έχει κριθεί, η Διακήρυξη, ως κανονιστική πράξη, δεν απαιτείται να φέρει αιτιολογία (ΣΤΕ 434/2021, 1463/2015), πλην όμως, η κατ' ενάσκηση διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής επιλογή των κατά τα άνω ελάχιστων απαιτήσεων συμμετοχής είναι αιτιολογητέα, προκειμένου να καθίσταται εφικτός ο έλεγχος της νόμιμης άσκησης της διακριτικής ευχέρειας και της τήρησης των άκρων ορίων αυτής (πρβλ. ΟΛΣΤΕ 721/1969), εν προκειμένω δε και της τήρησης της αρχής της αναλογικότητας από την αναθέτουσα αρχή. Στην περίπτωση δε αμφισβήτησης των κανονιστικών όρων Διακήρυξης ενώπιον της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., εν όψει του ότι η κανονιστικού χαρακτήρα Διακήρυξη δεν φέρει υποχρεωτικά αιτιολογία, η επιλογή των πληττόμενων απαιτήσεων μπορεί να παρατίθεται με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής (πρβλ. ΔΕφΠειρ 44/2018). Η αρχή της αναλογικότητας, η οποία κατοχυρώνεται συνταγματικά στο άρθρο 25 παρ. 1 Συντ., αναλύεται στις αρχές της αναγκαιότητας, καταλληλότητας και αναλογικότητας με τη στενή έννοια και κατατάσσεται εντός των αρχών ενωσιακού δικαίου κατά την πάγια νομολογία ΔΕΕ. Έχει, δε, την έννοια ότι ένα κράτος μέλος οφείλει, κατά τη διαδικασία επιλογής των κατάλληλων προς λήψη μέτρων, να επιλέγει αυτά που προξενούν τα λιγότερα δυνατά προβλήματα στην άσκηση της διακριτικής του ευχέρειας, προκρίνοντας μεταξύ μέτρων που θεωρεί αναγκαία και πρόσφορα για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Αριθμός απόφασης : 91 /2022 14 Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ).

5. Επειδή, περαιτέρω, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 Ν. 4412/2016, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ο προσφεύγων βάλλει κατά όρου της

Διακήρυξης με έννομο συμφέρον, αυτός θα πρέπει να επικαλεστεί άμεση βλάβη προκαλούμενη από τον πληττόμενο όρο, ο οποίος παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, στη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή στα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την (λυσίτελή) συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. Ε.Α. 352/2018, 86/2018 κ.ά.). Συνεπώς, ως επίκληση βλάβης, υπό την έννοια αυτή, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παράβασης διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση και ανάδειξη των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευμένων στοιχείων, που αφορούν στην νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, και ως εκ των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (πρβλ. ΕΑΣΤΕ 146-148/2016 Ολ., 1140, 1137, 977/2010, 1149, 1102-3, 1046-7/2009, 14/2006 κ.α.). Η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος προς άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της διακήρυξης απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητά της όσο και κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων αυτής (βλ. Ε.Α.ΣΤΕ 352/2018, 86/2018).

6. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18§1 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή

μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων.».

7. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα βάλλει κατά του όρου 2.2.8.2 της διακήρυξης σύμφωνα με τον οποίο στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία δεν γίνεται δεκτή η υπεργολαβία, ως επιλογή συμμετοχής των διαγωνιζομένων υποψήφιων αναδόχων.

8. Επειδή, ως προς τον συγκεκριμένο λόγο γίνονται δεκτά τα κάτωθι: Όπως έχει κριθεί από την Α.Ε.Π.Π., ήδη Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., (βλ. Α.Ε.Π.Π. 827/2019 σκέψη 23 και 672/2019 σκέψη 25) σε περιπτώσεις υπεργολαβικής ανάθεσης μέρους της προκηρυχθείσας σύμβασης, το Δ.Ε.Ε. είχε την ευκαιρία στην Απόφαση της 18ης Μαρτίου 2004, υπόθεση C314/01, Siemens και ARGE Telekom & Partner, Συλλογή 2004, σ. Ι-02549 να υπογραμμίσει ότι, διάταξη της προκήρυξης διαγωνισμού η οποία απαγορεύει την υπεργολαβική ανάθεση σε τρίτους σημαντικών τμημάτων του αντικείμενου μιας σύμβασης, είναι αντίθετη προς την Οδηγία 92/50 όπως την ερμήνευσε το Δικαστήριο με την απόφασή του Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, Συλλογή της Νομολογίας, 1999, σελ. Ι-08607 (σκέψη 41). Περαιτέρω, είναι θεμιτό ο παρέχων υπηρεσίες που δεν πληροί ο ίδιος τις ελάχιστες απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών, να επικαλεστεί ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τις ικανότητες τρίτων στους οποίους προτίθεται να προσφύγει, αν του ανατεθεί το αντικείμενο της σύμβασης (σκέψη 43). Το Δ.Ε.Ε. με την προαναφερθείσα απόφασή του επανέλαβε τα πορίσματα της Απόφασης της 2ας Δεκεμβρίου 1999, υπόθεση Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, σκέψεις 24-31 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία, Συλλογή της Νομολογίας, 1999, σελ. Ι-08607, όπου τόνισε ότι εναπόκειται στον παρέχοντα τις υπηρεσίες, ο οποίος προτίθεται να προσφύγει στις ικανότητες οργανισμών ή επιχειρήσεων προς τους οποίους συνδέεται αμέσως ή εμμέσως προκειμένου να του επιτραπεί η συμμετοχή σε διαδικασία διαγωνισμού, να αποδείξει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των εν λόγω οργανισμών ή επιχειρήσεων,

που δεν του ανήκουν και που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης. Συναφώς, κρίθηκε ότι δεν αποκλείεται η επιβολή απαγόρευσης ή περιορισμού της υπεργολαβικής προσφυγής σε τρίτους για την εκτέλεση ουσιωδών τμημάτων της σύμβασης, στην περίπτωση ακριβώς που η αναθέτουσα αρχή δεν ήταν σε θέση να εξετάσει τις τεχνικές και οικονομικές ικανότητες των τρίτων υπεργολάβων στο πλαίσιο της εξέτασης των προσφορών και της επιλογής του διαγωνιζομένου που υπέβαλε την καλύτερη προσφορά (σκέψη 45), εφόσον διαπιστωθεί ότι με την επίμαχη διάταξη της διακήρυξης απαγορεύεται, στο στάδιο εξέτασης των προσφορών και επιλογής του διαγωνιζομένου, στον οποίο θα ανατεθεί το αντικείμενο της σύμβασης, η προσφυγή αυτού του διαγωνιζομένου στις υπηρεσίες τρίτων υπεργολάβων για σημαντικές παροχές από τις συνιστώσες το αντικείμενο της σύμβασης. Πράγματι, πρόσωπο το οποίο προβάλλει τεχνικές και οικονομικές ικανότητες τρίτων στους οποίους προτίθεται να προσφύγει, αν του ανατεθεί το αντικείμενο της σύμβασης, δεν μπορεί να αποκλειστεί παρά μόνον αν δεν μπορεί να αποδείξει ότι έχει πράγματι τη δυνατότητα χρησιμοποίησης αυτών των ικανοτήτων (σκέψη 46). Επιπλέον, το Δ.Ε.Ε. στην Απόφαση της 27ης Οκτωβρίου 2016, υπόθεση C-292/15, Hörmann Reisen ... κατά Stadt Augsburg, Landkreis Augsburg, EU:C:2016:817 έκρινε ότι το ενωσιακό δίκαιο δεν απαγορεύει στην αναθέτουσα αρχή να ορίσει ότι ο φορέας στον οποίο έχει ανατεθεί η διαχείριση και η λειτουργία δημόσιων υπηρεσιών πρέπει να εκπληρώσει ο ίδιος τη συμβατική παροχή σε ποσοστό 70% (βλ. σκέψεις 49-57). Συνεπώς, το Δ.Ε.Ε. επιτρέπει τη θέση περιορισμών εκ μέρους των αναθετουσών αρχών κατά τη διατύπωση των όρων μιας διακήρυξης για την προσφυγή στην επίκληση των ικανοτήτων τρίτων φορέων (είτε πρόκειται για υπεργολαβική ανάθεση μέρους της σύμβασης, όπως εν προκειμένω, είτε για στήριξη στις ικανότητες τρίτου φορέα, κατά την έννοια του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016), εφόσον αυτό δικαιολογείται βάσει του αντικειμένου της σύμβασης, της φύσης της, της σπουδαιότητάς της και τελεί σε εύλογη αναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό, χωρίς να οδηγεί σε αδικαιολόγητο περιορισμό του ανταγωνισμού, περιορίζοντας τον αριθμό των εν δυνάμει υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό (βλ. σχετικά και ΣΤΕ 421/2020).

[505/2021 ΑΕΠΠ]. Περαιτέρω, όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 78 της οδηγίας 2014/24, είναι προς το συμφέρον της Ένωσης, στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, να ενισχυθεί το άνοιγμα των διαγωνισμών δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. Η ανάθεση υπεργολαβίας, η οποία μπορεί να ευνοήσει την πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, συμβάλλει στην επίτευξη του σκοπού αυτού (πρβλ. απόφαση της 5ης Απριλίου 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, σκέψη 48 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία). Εν όψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη, πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι η εντελώς αναιτιολόγητη απαγόρευση της υπεργολαβικής ανάθεσης περιορίζει υπέρμετρα τον ανταγωνισμό, καθόσον ρητώς συνάγεται ότι ο περιορισμός αυτός δεν αφορά μόνο στην εκτέλεση ουσιωδών τμημάτων της σύμβασης αλλά αφορά στο σύνολο της υπό ανάθεση υπηρεσίας. Επιπλέον, δεν αποτελεί περίπτωση στην οποία η αναθέτουσα αρχή δεν ήταν σε θέση να εξετάσει τις τεχνικές και οικονομικές ικανότητες των τρίτων υπεργολάβων, στο πλαίσιο της εξέτασης των προσφορών και της επιλογής του διαγωνιζομένου που υπέβαλε την καλύτερη προσφορά, γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της προσφεύγουσας και απορριπτόμενων των ισχυρισμών της αναθέτουσας. Και ναι μεν το Δ.Ε.Ε., δεν απέκλεισε το ενδεχόμενο μια τέτοια επιδίωξη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, δηλαδή η ενθάρρυνση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων προκειμένου να συμμετέχουν σε μια δημόσια διαγωνιστική διαδικασία υπό την ιδιότητα των συνυποβαλλόντων προσφορά παρά υπό την ιδιότητα των υπεργολάβων, σε ορισμένες περιπτώσεις και υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις να συνιστά θεμιτό σκοπό μετουσιωθέντα μέσω της συλλήβδην απαγόρευσης της υπεργολαβίας (Βλ. Απόφαση της 5ης Απριλίου 2017, Υπόθεση C-298/15, Borta UAB, ECLI:EU:C:2017:266 σκέψη 59 και κατ' αναλογία, Απόφαση της 25ης Οκτωβρίου 2007, Υπόθεση C-464/05, Maria Geurts, Dennis Vogten, ECLI:EU:C:2007:631, Συλλογή της Νομολογίας 2007, σελ. I-09325, σκέψη 26.), πλην όμως εκ των πραγματικών περιστατικών της υπό κρίση περίπτωσης, δεν συνάγεται ταυτότητα των πραγματικών και νομικών περιστατικών με τα κριθέντα στην απόφαση του ΔΕΕ περιστατικά, ούτε

εξ άλλου η αναθέτουσα Αρχή προβάλλει κάποιον συναφή ισχυρισμό ως προδιελήφθη ανωτέρω στην επίμαχη απόφαση του Δ.Ε.Ε. Επομένως, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί ό ορος περί απαγόρευσης της υπεργολαβίας (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1372/2022).

9. Επειδή η εξέταση του δεύτερου λόγου, στο βαθμό που δεν σχετίζεται με τον εξετασθέντα όρο, θα πρέπει να διενεργηθεί στην ουσία του. Και τούτο διότι, σε αντίθετη περίπτωση, δοθέντος ότι η προσφεύγουσα επικαλείται βλάβη από τους προσβαλλόμενους όρους, σε σημείο που να αποκλείεται ή να καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή της στον διαγωνισμό, δεν αίρεται η βλάβη αυτή με την ακύρωση ενός μόνο από τους προσβαλλόμενους όρους της καθώς οι λοιποί όροι θα εξακολουθήσουν να υφίστανται σε περίπτωση συμμόρφωσης της αναθέτουσας αρχής με την παρούσα. Επομένως, με την ακύρωση ενός και μόνο όρου της, εν προκειμένω, δεν ικανοποιείται πλήρως το αίτημα της προσφεύγουσας να γίνει δεκτή η προσφυγή σε όλο της το περιεχόμενο και δη σχετικά με την ακύρωση της Διακήρυξης λόγω και των λοιπών φερόμενων ως παράνομων όρων της που δύνανται να της προκαλέσουν βλάβη αυτοτελώς, ακόμα και κατόπιν συμμορφώσεως της αναθέτουσας αρχής με την παρούσα και ενδεχόμενης τροποποίησης της διακήρυξης ή επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού με νέα Διακήρυξη που δεν θα περιλαμβάνει τον κριθέντα ως παράνομο όρο, με αποτέλεσμα η προσφεύγουσα να υποχρεωθεί να προσβάλει εκ νέου τους μη εξεταζόμενους όρους με νέα προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, προκειμένου να καταστεί εντέλει δυνατή η συμμετοχή της στον διαγωνισμό εις βάρος της ταχύτητας, της οικονομίας και της αποτελεσματικότητας της διαδικασίας.

10. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα βάλλει κατά του όρου 2.2.5 της διακήρυξης σχετικά με το κριτήριο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Ειδικότερα, διατείνεται, ότι η πρόβλεψη της απαίτησης να πληρούνται τα σ' αυτόν οριζόμενα επιμέρους κριτήρια μη εμφάνισης ζημιών, ύπαρξης μέσου γενικού και ύπαρξης μέσου ειδικού ετήσιου κύκλου εργασιών για τα έτη 2017, 2018, 2019, 2020 και 2021, καθιστά τον προκειμένο όρο μη νόμιμο και ακυρωτέο, ως αντίθετο στις

διατάξεις των άρθρων 75 και 80 του Ν. 4412/2016 και του Παραρτήματος, στο οποίο αυτές παραπέμπουν. Ισχυρίζεται δε περαιτέρω, ως προς το κριτήριο της μη εμφάνισης ζημιών, ότι δεν διευκρινίζεται από τη διακήρυξη εάν τα θετικά αποτελέσματα χρήσης λογίζονται μετά από την επιβολή φόρων ή προ φόρων.

11. Επειδή, ως προς τον εν θέματι λόγο γίνονται δεκτά τα κάτωθι. Εν προκειμένω, ουδεμία παραβίαση της διάταξης του άρθ. 75 του ν. 4412/2016 συντρέχει, διότι στην επίμαχη Διακήρυξη προσδιορίζονται η μέθοδος και τα κριτήρια που θα ληφθούν υπόψη με αναγωγή σε συγκεκριμένες διαχειριστικές χρήσεις και δη αυτές των ετών 2017, 2018, 2019, 2020 και 2021, τα οποία ισχύουν για όλους τους συμμετέχοντες. Το πρόσφορο ενός κριτηρίου ποιοτικής επιλογής, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνονται και τα διαλαμβανόμενα στον όρο 2.2.5 της Διακήρυξης, κρίνεται σε σχέση με τα χαρακτηριστικά της εκάστοτε σύμβασης και τον επιδιωκόμενο σκοπό της απαίτησης. Δηλαδή, συμβατή με την αρχή της αναλογικότητας δεν είναι η χρηματοοικονομική απαίτηση, η οποία ικανοποιείται από όλους τους οικονομικούς φορείς οι οποίοι δραστηριοποιούνται στο συγκεκριμένο αντικείμενο, αλλά εκείνη, η οποία διασφαλίζει την ομαλή υλοποίηση και ολοκλήρωση του αντικειμένου της σύμβασης, χωρίς να περιορίζει τεχνηέντως τον ανταγωνισμό. Ουδαμώς στο σώμα της, με αριθμό 170/2022, Διακήρυξης αναφέρεται η λέξη «τελευταία» κατά τον προσδιορισμό των ετών αναγωγής των οικονομικών και χρηματοοικονομικών κριτηρίων, ήτοι ουδόλως προσδιορίζονται τα έτη 2017, 2018, 2019, 2020 και 2021, τα οποία ορίζονται ως χρονικό εύρος για τις ανωτέρω απαιτήσεις ως τα πέντε «τελευταία» έτη προ της διενέργειας του διαγωνισμού. Συναφώς, ως βασίμως υποστηρίζει η αναθέτουσα Αρχή, όπου υπάρχει μνεία στα συγκεκριμένα έτη, αυτή είναι άνευ ετέρου χαρακτηρισμού τους, ώστε τυχόν εκ μέρους της προσφεύγουσας εκτίμηση, ότι εμμέσως πλην σαφώς τούτα νοούνται ως τα «τελευταία» πριν το 2022, που υλοποιείται ο επίμαχος διαγωνισμός, να ερείδεται προφανώς επί εσφαλμένης ουσιαστικής και νομικής προϋπόθεσης. Συνεπώς, βασίμως υποστηρίζει η αναθέτουσα Αρχή, ότι επέλεξε τα έτη 2017, 2018, 2019, 2020 και 2021 με το σκεπτικό ότι «α) τα όποια οικονομικά δεδομένα των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων έδει όπως

αντιστοιχίζονται σε χρονικά διαστήματα μη ιδιαίτερα χρονικά απομακρυσμένα από το έτος διενέργειας του διαγωνισμού, υπό την έννοια ότι η πενταετία δεν συνιστά υπέρμετρο χρονικό εύρος κατ' αντικειμενική κρίση και τα διδάγματα της κοινής πείρας, β) τα εξωτερικά συνεργεία καθαρισμού ως επιχειρήσεις έχουν διάγει μέρος του έτους 2020 υπό καθεστώς πλήρους lockdown με όλες τις εντεύθεν οικονομικές συνέπειες, γ) κατά τη διάρκεια μέρους του έτους 2020 και ολόκληρο το έτος 2021 ανά ποικίλα χρονικά διαστήματα επιβλήθηκαν κεντρικά ποικίλοι περιορισμοί σε μετακινήσεις, εκδηλώσεις κλπ, με συνακόλουθες επιπτώσεις στα οικονομικά δεδομένα όλων των επιχειρήσεων και δ) για το προσωπικό των εταιρειών παροχής υπηρεσιών καθαριότητας που απασχολείται σε δημόσιες δομές υγείας, επιβλήθηκε λόγω του COVID 19 κατά το τελευταίο τρίμηνο έτους 2020 και όλο το 2021 το ειδικό μέτρο του υποχρεωτικού εμβολιασμού, ενώ σε πλείστες περιπτώσεις τα κρούσματα νόσησης στο εν λόγω προσωπικό ήταν ιδιαίτερα αυξημένα, γεγονός που επηρεάζει την οικονομική κατάσταση των εν θέματι εταιρειών». Εκ των ανωτέρω αποδεικνύεται, ότι υφίστανται αυξημένες ανάγκες για παροχή υπηρεσιών καθαριότητας και δη εξειδικευμένων, ενώ ιδιαιτερότητες παρουσιάζουν οι λοιποί υπό καθαρισμό χώροι, ως έχει ήδη εκτεθεί ανωτέρω. Εκ των ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι - συνεκτιμώντας τους ειδικότερους όρους της προκηρυχθείσας σύμβασης, όπως αυτοί παρατέθηκαν ανωτέρω σε συνδυασμό με το ύψος της προϋπολογισθείσας δαπάνης της- οι απαιτήσεις του όρου 2.2.5 της Διακήρυξης, ως προς την χρηματοδοτική επάρκεια του αναδόχου και το χρονικό εύρος αναγωγής αυτών, είναι αναγκαίες και ανάλογες προκειμένου να εξασφαλιστεί η απρόσκοπτη χρηματοδότηση της υπόψη σύμβασης. Συνακόλουθα, οι εν θέματι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας σχετικώς με την προσφορότητα και αναγκαιότητα αναγωγής της πλήρωσης της απαίτησης των κριτηρίων του όρου 2.2.5 της Διακήρυξης επί πενταετία είναι απορριπτέοι διότι με βάση τις αιτιάσεις της προσφυγής γίνεται αντιληπτό ότι εκείνο, που επιχειρείται μ' αυτήν, είναι να τροποποιηθούν ή και να καταργηθούν οι πληττόμενοι όροι της διακήρυξης, ώστε, υπό τον εννοιολογικό μανδύα της ανάπτυξης ευρύτερου ανταγωνισμού, να προσαρμοστούν εν τέλει στις

εμπορικές επιδιώξεις και τα χρηματοοικονομικά δεδομένα της. Ως εκ τούτου, ο προσβαλλόμενος όρος 2.2.5 της Διακήρυξης παρίσταται σύμφωνος με τις αρχές της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του υγιούς ανταγωνισμού, απορριπτόμενων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Επέκεινα, κατά το σκέλος που αφορά στην επικαλούμενη από την προσφεύγουσα με αριθμό 180/2022 απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου, ότι -όπως προκύπτει από τα χωρία αυτής που παρατίθενται στο σώμα της προδικαστικής προσφυγής- αφορά όλως διαφορετικό θέμα με την άνω απόφαση, η οποία αφορά διαγωνισμό υλοποιούμενο εντός του έτους 2020 τίθεται ζήτημα μη συμπερίληψης του έτους 2019 ως εγγύτερου έτους στο χρόνο διεξαγωγής της διαγωνιστικής διαδικασίας για την διακρίβωση της καταλληλότητας των υποψηφίων ως προς οικονομικά τους δεδομένα, κάτι που δεν συντρέχει στην προκείμενη περίπτωση. Πέραν της γενικής αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών, η εν θέματι απόφαση ερείδεται επί διαφορετικών πραγματικών και νομικών δεδομένων, υπό την έννοια ότι το Ελεγκτικό Συνέδριο έχει εν προκειμένω κρίνει επί διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία δεν ενσωματώνει, ως προς το χρόνο αναγωγής των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των υποψήφιων οικονομικών φορέων, χρονικά διαστήματα υπό συνθήκες πανδημίας, ούτε αφορά την ανωτέρω προσβαλλόμενη πενταετία, ώστε να μη μπορεί να γίνει επίκληση της ως άνω νομολογίας στην εξεταζόμενη περίπτωση. Η ίδια ως άνω κρίση ισχύει σχετικά με την υπ' αριθμ. 1100,1101,1102/2022, απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., όπου το τεθέν ζήτημα αφορούσε μόνο τη μη συμπερίληψη του έτους 2021, ως εγγύτερου έτους του χρόνου διενέργειας του εκεί διαγωνισμού, στα κριτήρια μη εμφάνισης ζημιών, ύπαρξης δεικτών βιωσιμότητας και μέσου ειδικού ετήσιου κύκλου εργασιών. Συνεπώς, η πλήρωση των ως άνω απαιτήσεων χρηματοοικονομικής επάρκειας ταμειακής ρευστότητας και οικονομικής ευρωστίας, εκ μέρους των υποψηφίων οικονομικών φορέων, επί πενταετία καθίσταται επιβεβλημένη και όχι απρόσφορη και δυσανάλογη, όπως αβασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, λόγω του σύνθετου και απαιτητικού φυσικού αντικειμένου της προκείμενης σύμβασης, ως ανωτέρω έχει περιγραφεί, αλλά και

των συνθηκών που έχουν διαμορφωθεί τα τελευταία έτη λόγω εκτάκτων καταστάσεων. Περαιτέρω, κατά το σκέλος που αφορά στον ισχυρισμό της προσφεύγουσας περί ασάφειας της με αριθμό 170/2022 Διακήρυξης, διότι δήθεν δεν διασαφηνίζεται, εάν η απαίτηση της μη εμφάνισης ζημίας κατά τα έτη 2017, 2018, 2019, 2020 και 2021 αφορά στα θετικά αποτελέσματα ενός οικονομικού φορέα προ φόρων ή μετά φόρους, γίνονται τα εξής: Η ερμηνεία της προσφεύγουσας ότι εκ της διατύπωσης του επιμέρους κριτηρίου περί μη εμφάνισης ζημίας κατά τα ανωτέρω έτη, ανακύπτει αμφισημία, ερείδεται επί εσφαλμένης ουσιαστικής και νομικής προϋπόθεσης. Ειδικότερα, για την εκπλήρωση των συμβατικών υποχρεώσεων του αναδόχου απαιτείται, σύμφωνα με τη Διακήρυξη, η εκ μέρους του προμήθεια μηχανολογικού και λοιπού εξοπλισμού, ως αυτός περιγράφεται αναλυτικά στις τεχνικές προδιαγραφές (σελ. 55επ. της διακήρυξης). Εκ των ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι - συνεκτιμώντας τους ειδικότερους όρους της προκηρυχθείσας σύμβασης, όπως αυτοί παρατέθηκαν ανωτέρω, σε συνδυασμό με το ύψος της προϋπολογισθείσας δαπάνης της- η αναφορά των θετικών αποτελεσμάτων ενός οικονομικού φορέα προ φόρων και μετά φόρους κατά την ως άνω πενταετία, θα επιτρέψει την καλύτερη συνεκτίμηση των οικονομικών του δεδομένων, προκειμένου να εξασφαλιστεί η απρόσκοπτη χρηματοδότηση της υπόψη σύμβασης. Έτι περαιτέρω, ως προς το αρνητικό αποτέλεσμα/ζημία που εμφανίζει η προσφεύγουσα κατά το έτος 2019 ύψους - 51.405,63 ευρώ, ουδόλως προσδιορίζεται εάν οφείλεται σε εγγραφές φόρων κάθε είδους ή σε έτερα οικονομικά στοιχεία, ώστε ο σχετικός ισχυρισμός της περί ασάφειας του εν θέματι όρου να μην αποδεικνύεται, ως απαιτείται, ότι τελεί σε αιτιώδη συνάφεια με την πραγματική της κατάσταση. Πολλώ, δε, μάλλον όταν η ίδια η προσφεύγουσα, ακόμα και υπό την εκδοχή ότι υφίσταται αμφισημία επί του θέματος, ουδέποτε ζήτησε διευκρινίσεις από την αναθέτουσα Αρχή δια της αποστολής αντίστοιχου ερωτήματος σύμφωνα με τον όρο 2.1.3. της Διακήρυξης. Συνεπώς, ως επιμελής διαγωνιζόμενη, η προσφεύγουσα, εάν είχε όντως την οιαδήποτε αμφιβολία επί του προκειμένου ζητήματος, έπρεπε να είχε υποβάλει αίτημα παροχής διευκρινίσεων εμπροθέσμως και κατά την

προβλεπόμενη διαδικασία, όπερ δεν έπραξε, άλλως να υποβάλει προσφορά με επιφύλαξη ως προς το συγκεκριμένο όρο, όπερ επίσης δεν πράττει. Συνεπώς, το εν λόγω κριτήριο περί απουσίας ζημιών, τόσο προ όσο και μετά φόρους, κρίνεται ως πρόσφορο και αναλογικό, καθώς, όπως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή διά των απόψεων της, με την οικεία απαίτηση περί μη εμφάνισης ζημιών δεν επιδιώκεται απλά ένα προσόν σε επίπεδο επάρκειας ανάληψης χρηματοοικονομικών υποχρεώσεων προς εξυπηρέτηση των αναγκών εκτέλεσης ως και φερεγγυότητας, που δύναται να σχηματισθεί από το άθροισμα των πόρων και μεγεθών των συμμετεχόντων, αλλά ειδικώς μάλιστα όσον αφορά την απαίτηση για έλλειψη ζημιογόνων χρήσεων επιδιώκεται η απόδειξη απουσίας κινδύνου και η διασφάλιση της αναθέτουσας και της υπό εκτέλεση σύμβασης έναντι αθέτησης των υποχρεώσεων του αναδόχου. Περαιτέρω, ο παραπάνω όρος κρίνεται ως απολύτως σαφής στο μέτρο που απαιτήθηκε, ώστε οι συμμετέχοντες να μην εμφανίζουν ζημίες ούτε προ ούτε μετά φόρους. Αυτό ήταν το ακριβές περιεχόμενο του οικείου όρου της Διακήρυξης, που ευχερώς δύναται να κατανοήσει ο μέσος επιμελής υποψήφιος. Εν τέλει, και στην υποθετική εκδοχή της αμφισημίας του όρου, νομίμως διά των απόψεών της η αναθέτουσα αρχή προχώρησε στην συμπλήρωση της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης. Άρα, αφού, όπως αναπτύχθηκε, η οικεία απαίτηση περί μη εμφάνισης ζημιών αφορά στα αποτελέσματα τόσο προ όσο και μετά φόρους των υποψηφίων, η υπό εξέταση προσφυγή για την ακύρωση του οικείου όρου της διακήρυξης ασκείται αλυσιτελώς. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα συνομολογεί πως για το έτος 2019 εμφανίζει ζημίες, μετά από φόρους, και συνεπώς δεν δύναται να συμμετάσχει στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία, τούτο δε αδιάφορα από το εάν η ίδια χρήση (2019) είναι θετική προ φόρων. Ενόψει των ανωτέρω, ομοίως αλυσιτελής παρίσταται ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι τυγχάνει ανεπίτρεπτη η απαίτηση περί πλήρωσης του οικείου όρου την τελευταία πενταετία και ουχί τριετία. Και αυτό διότι, ακόμη και εάν ληφθούν υπ' όψιν τα έτη της τριετίας 2019, 2020 και 2021, όπως επιδιώκει η προσφεύγουσα (και ουχί τα έτη 2017, 2018, 2019, 2020 και 2021), τυχόν υποβληθείσα προσφορά της προσφεύγουσας θα τυγχάνει σε κάθε περίπτωση

απορριπτέα, αφού το παραπάνω (ζημιογόνο κατά τους ισχυρισμούς της) έτος 2019 θα ληφθεί οπωσδήποτε υπ' όψιν για την διαπίστωση της πλήρωσης του επίμαχου κριτηρίου. Δηλαδή, διαπιστώνεται ότι η προσφεύγουσα δεν δύναται να συμμετάσχει στον εν λόγω διαγωνισμό, όχι μόνον στην περίπτωση που ληφθεί υπόψη η περίοδος 2017-2021, αλλά και στην περίπτωση που ληφθεί υπόψη η περίοδος 2019-2021. Συνεπώς, ακόμη και αν ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης, κατ' αποδοχή των αιτιάσεων και ισχυρισμών της προσφυγής, και πάλι η προσφεύγουσα δεν θα δύναται να συμμετάσχει στον διαγωνισμό, καθώς και πάλι δεν θα πληροί τους σχετικούς όρους της διακήρυξης. Για τον λόγο αυτό, είναι απορριπτέος ο οικείος λόγος της προσφυγής ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος, καθόσον, και τούτου γενομένου δεκτού, ουδεμία ωφέλεια θέλει αποκομίσει η προσφεύγουσα. Εξάλλου, η προσφεύγουσα περιορίζεται να προβάλλει αιτιάσεις που σχετίζονται με την προσαπτόμενη ασάφεια του οικείου όρου περί μη εμφάνισης ζημιών. Περαιτέρω, προβάλλει αιτιάσεις που σχετίζονται με την έκταση του εν λόγω κριτηρίου στην τελευταία πενταετία και όχι τριετία. Αντίθετα, όμως, η προσφεύγουσα δεν υποστηρίζει ότι η απαίτηση της διακήρυξης περί μη εμφάνισης ζημιών τόσο προ όσο και μετά φόρους, κατά τη διάρκεια οποιασδήποτε χρήσης, είναι δυσανάλογη ή παράνομη. Συνεπώς, ενόψει των ανωτέρω, και δη αφενός του γεγονότος, ότι παραδεκτώς διευκρινίστηκε πως η οικεία απαίτηση περί μη εμφάνισης ζημιών έχει το μονοσήμαντο νόημα πως οι συμμετέχοντες δεν θα πρέπει να εμφανίζουν ζημίες είτε προ είτε μετά φόρους, και αφετέρου ότι το έτος 2019, κατά το οποίο η προσφεύγουσα, όπως συνομολογεί, εμφανίζει (μετά φόρους ζημίες) οπωσδήποτε θα ληφθεί υπ' όψιν για την πλήρωση του οικείου κριτηρίου, προκύπτει ότι η προσφεύγουσα σε κάθε περίπτωση δεν δύναται να συμμετάσχει στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία, και, συνεπώς, αλυσιτελώς και δίχως έννομο συμφέρον προβάλλει αιτιάσεις κατά του εδαφίου (ii) του άρθρου 2.2.5. της Διακήρυξης. Για τον ίδιο λόγο άλλωστε θα πρέπει να κριθούν αλυσιτελείς και άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενες, οι οικείες αιτιάσεις της προσφεύγουσας κατά των λοιπών όρων της διακήρυξης, οι αιτιάσεις κατά του όρου του πρώτου εδαφίου του άρθρου

2.2.5. της Διακήρυξης, σύμφωνα με τον οποίο «οι συμμετέχοντες θα πρέπει να διαθέτουν μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τα έτη 2017, 2018, 2019, 2020 και 2021 ίσο ή μεγαλύτερο από τον προϋπολογισμό της ετήσιας σύμβασης». Τούτο, διότι, ακόμη και αν ήθελε κριθεί αποδεκτό και βάσιμο το αίτημα της προσφυγής, ακόμη και αν πράγματι ήθελαν ακυρωθεί οι παραπάνω προσβαλλόμενοι όροι, και πάλι η προσφεύγουσα δεν θα ηδύνατο να συμμετάσχει στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία, αφού, όπως σημειώθηκε, εμφανίζει ζημίες, μετά από φόρους, κατά το έτος 2019. Συνεπώς, η προσβολή, πολλώ δε μάλλον η ακύρωση, των σχετικών όρων της διακήρυξης, σε καμία περίπτωση δεν δύναται να ωφελήσει την προσφεύγουσα (ad hoc ΑΕΠΠ 224/2021).

12. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτό να ακυρωθεί εν μέρει η προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό, καθώς η ακύρωση του σχετικού όρου περί υπεργολαβίας δεν δύναται παραδεκτώς να οδηγήσει στην συλλήβδην ακύρωση της διακήρυξης και να επιστραφεί το παράβολο της προσφεύγουσας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει εν μέρει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 16 Δεκεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 3 Ιανουαρίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Ελένη Σβολοπούλου

Ηλέκτρα Νικολακοπούλου