

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 09^η Οκτωβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να συνεξετάσει προς αποφυγή έκδοσης αντιφατικών αποφάσεων:
α) την, από 14.08.2023, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1247/14.08.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «Ι.... ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΙΔΙΩΤΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ...» και τον διακριτικό τίτλο «Ι. SA», όπως εκπροσωπείται νόμιμα και β) την, από 17.08.2023, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1267/18.08.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ν.π.δ.δ. με την επωνυμία ΓΕΝΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ» (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με τις υπό εξέταση προδικαστικές προσφυγές, οι προσφεύγουσες αιτούνται όπως ακυρωθούν οι όροι 2.2.6. περ. β), 2.2.5. περ. α), β) και γ), καθώς και οι όροι 2.2.10.2. παρ. Β.3. και Β.4. της με αριθμ. πρωτ. .../25.07.2023 πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «Παροχή υπηρεσιών καθαριότητας στο ΓΝ.... και στις Αποκεντρωμένες Δομές)», εκτιμώμενης αξίας 463.710,00 €, πλέον Φ.Π.Α 24%, κωδικός CPV: 90911200-8, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, σύμφωνα με τα άρθρα 27 και 264 του ν. 4412/2016 (συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή, για την άσκηση της 1^{ης} προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού δύο χιλιάδων τριακοσίων δεκαεννέα (2.319,00) € αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός. Επειδή, για την άσκηση της 2^{ης} προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού δύο χιλιάδων τριακοσίων δεκαεννέα (2.319,00) € αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η 1^η προσφεύγουσα άσκησε την, από 14.08.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 1247/14.08.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού. Επειδή, περαιτέρω, η 2η προσφεύγουσα άσκησε την, από 17.08.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 1267/18.08.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα οι ως άνω προσφεύγουσες προσβάλλουν την ως άνω πρόσκληση, καθόσον οι κατ' αυτής προδικαστικές προσφυγές έχουν κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη με αριθμ. πρωτ. .../25.07.2023 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής αναρτήθηκε στο σύστημα Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ και στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 08.08.2023.

4. Επειδή, η 1^η προσφεύγουσα η οποία δραστηριοποιείται στο υπό ανάθεση αντικείμενο (παροχή υπηρεσιών καθαρισμού νοσοκομείων), στρέφεται κατά των όρων 2.2.5. περ. α), β) και γ) και 2.2.10.2. παρ. Β.3. της διακήρυξης, οι οποίοι, όπως ισχυρίζεται, είναι δυσανάλογοι, καταχρηστικοί και περιοριστικοί του ανταγωνισμού. Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα

ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον, λόγω της θέσπισης των προσβαλλόμενων όρων οικονομικής επάρκειας παρεμποδίζεται η συμμετοχή της στον υπόψη διαγωνισμό και παραβιάζεται η αρχή της αναλογικότητας που προβλέπεται στο άρθρ. 75 παρ. 3 του ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η 2^η προσφεύγουσα η οποία δραστηριοποιείται στο υπό ανάθεση αντικείμενο (παροχή υπηρεσιών καθαρισμού νοσοκομείων), στρέφεται κατά των όρων 2.2.5. περ. α), β) και γ), 2.2.6. περ. β) και 2.2.10.2. παρ. Β.3. και παρ. Β.4. της διακήρυξης, οι οποίοι παρεμποδίζουν την παραδεκτή συμμετοχή της στον υπόψη διαγωνισμό. Πιο συγκεκριμένα, η 2^η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, επειδή: α) στους όρους 2.2.5. περ. α), β) και γ) και 2.2.10.2. παρ. Β.3. της διακήρυξης θεσπίστηκαν δυσανάλογοι και καταχρηστικοί όροι οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, που θα πρέπει να πληρούνται σωρευτικά από τους υποψηφίους, χωρίς τούτο να αιτιολογείται επαρκώς από το Νοσοκομείο, ως προβλέπεται στο άρθρ. 75 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και β) η απαίτηση τεχνικής ικανότητας του άρθρου 2.2.6. περίπτωση β) της διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία οι υποψήφιοι θα πρέπει να διαθέτουν κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς τους κατ' ελάχιστον εκατό (100) άτομα προσωπικό καθαριότητας πλήρους απασχόλησης αντιβαίνει στις ενωσιακές διατάξεις και περιορίζει ανεπίτρεπτα τον κύκλο των δυνητικών συμμετεχόντων, κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας. Επίσης, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η απαίτηση προσκόμισης του τελευταίου ετήσιου πίνακα προσωπικού στο στάδιο της κατακύρωσης, δεν αποδεικνύει προσηκόντως την πλήρωση του εν λόγω κριτηρίου επιλογής (βλ. άρθρ. 2.2.10.2. παρ. Β.4.).

6. Επειδή, όσον αφορά στην προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, στη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή στα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», Β' έκδοση, Εκδόσεις

Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Ως επίκληση βλάβης, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων (και τεκμηριωμένων, ενόψει των συνθηκών) στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου ενδιαφερόμενου, 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, ανεξαρτήτως της μη συμμετοχής της στην ένδικη διαδικασία (ΣτΕ 1259/2019). ενώ περαιτέρω, εάν, εν συνεχεία, λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στο διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται (βλ. Ε.Α. 352/2018, 86/2018, ΔΕφ Αθ (Αναστ) 44/2015, (Ασφ) 561/2013, ΣτΕ (ΕΑ) 314/2013, ΣτΕ (ΕΑ) 472/2012, ΣτΕ 1415/2008 Ολομ. κ.ά και, μεταξύ άλλων, αποφάσεις Α.Ε.Π.Π 578/2018, Α370/2019. Α129/2021 κλπ). Περαιτέρω, όπως ομοίως έχει κριθεί, κατά την έννοια των διατάξεων του ν. 4412/2016, εάν η ταχθείσα με τη διακήρυξη προθεσμία για την υποβολή προσφοράς ή αιτήσεως συμμετοχής έχει λήξει, προτού εκδικασθεί η αίτηση παροχής προσωρινής προστασίας και ο αιτών δεν έχει λάβει μέρος στον διαγωνισμό, έστω με επιφύλαξη, το έννομο συμφέρον του προς άσκηση αιτήσεως αναστολής κατά της διακηρύξεως διατηρείται μόνον εφ' όσον προβάλλει 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 αιτήσεως συμμετοχής (βλ. ΣτΕ 1259/2019, 4606/2012, 1987/2011).

7. Επειδή, στο άρθρο 1.3. («Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης») της επίμαχης πρόσκλησης ορίζεται ότι: *«Η συνολική εκτιμώμενη αξία της σύμβασης για τρεις (3) μήνες ανέρχεται στο ποσό των 463.710,00€ πλέον ΦΠΑ ήτοι 575.000,00 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ με δικαίωμα προαίρεσης επιπλέον τριών (3) μηνών προϋπολογιζόμενης δαπάνης 463.710,00€ πλέον ΦΠΑ. [...]* Προσαύξηση φυσικού και οικονομικού αντικείμενου- Δικαίωμα προαίρεσης

(παράτασης σύμβασης) Η Αναθέτουσα Αρχή διατηρεί το δικαίωμα να παρατείνει τη διάρκεια της σύμβασης, με μονομερή της δήλωση (απόφαση) που ασκείται πριν από τη λήξη αυτής, για τρεις (3) επιπλέον μήνες, με έναρξη την επομένη της ημερομηνίας λήξης, με τους ίδιους όρους της αρχικής σύμβασης (τροποποίηση της αρχικής σύμβασης κατά τη διάρκειά της σύμφωνα με την περ. α) της παρ. 1 του άρθρου 132 του ν. 4412/2016) [...]».

8. Επειδή, στο άρθρο 2.2.5. («Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια») της ένδικης πρόσκλησης, προβλέπεται ότι: «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού να διαθέτουν σωρευτικά, τα κάτωθι: α) Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στο διαγωνισμό θα πρέπει να διαθέτουν γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για κάθε χρήση κατά την 5ετία (2018, 2019, 2020, 2021, 2022), τουλάχιστον ποσού ίσου ή μεγαλύτερου με το 200% της ετήσιας συνολικής προϋπολογιζόμενης αξίας της σύμβασης πλέον ΦΠΑ. Στην περίπτωση που ο ισολογισμός του 2022 δεν έχει δημοσιευτεί νομίμως έως την υποβολή της προσφοράς, υποβάλλεται το ισοζύγιο του μηνός Δεκεμβρίου 2022 συνοδευμένο από δήλωση του ν. 1599/86 όπου δηλώνεται το ύψος του γενικού ετήσιου κύκλου εργασιών για το έτος 2022. β) Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στο διαγωνισμό θα πρέπει να διαθέτουν ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών (Υπηρεσίες Καθαριότητας) για κάθε χρήση που αφορά στην εκτέλεση έργων συναφών προς το αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης κατά την 5ετία (2018, 2019, 2020, 2021, 2022), τουλάχιστον ποσού ίσου ή μεγαλύτερου με το 100% της ετήσιας συνολικής προϋπολογιζόμενης αξίας της σύμβασης πλέον ΦΠΑ. Στην περίπτωση που ο ισολογισμός του 2022 δεν έχει δημοσιευτεί νομίμως έως την υποβολή της προσφοράς, υποβάλλεται το ισοζύγιο του μηνός Δεκεμβρίου 2022 συνοδευμένο από δήλωση του ν. 1599/86 όπου δηλώνεται το ύψος του ειδικού ετήσιου κύκλου εργασιών για το έτος 2022. γ) Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στο διαγωνισμό θα πρέπει να διαθέτουν πιστοληπτική ικανότητα τουλάχιστον ίση με το 100% της ετήσιας συνολικής προϋπολογιζόμενης αξίας της σύμβασης πλέον ΦΠΑ. Από το ποσό αυτό, τουλάχιστον το ποσό των 1.500.000,00€ θα αφορά χρηματοδοτήσεις – κεφάλαιο κίνησης. δ) Οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς θα πρέπει να μην εμφανίζουν ζημίες κατά τα πέντε τελευταία έτη (2018,2019,

2020, 2021 και 2022), ήτοι θα πρέπει τα αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους για κάθε έτος να είναι θετικά. Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι ελάχιστες απαιτήσεις στα σημεία α, β και γ θα πρέπει καλύπτονται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης ενώ η απαίτηση που αναφέρεται στο σημείο δ θα πρέπει να καλύπτεται για κάθε μέλος που συμμετέχει στην ένωση.»

9. Επειδή, στο άρθρο 2.2.10.2. («Αποδεικτικά μέσα») παρ. Β.3. της ένδικης πρόσκλησης προβλέπεται ότι: «Β.3. Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: α) Δημοσιευμένους ισολογισμούς ή αποσπάσματα δημοσιευμένων ισολογισμών από τους οποίους να προκύπτει ότι διαθέτουν γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για κάθε χρήση κατά την 3ετία (2019, 2020, 2021), τουλάχιστον ποσού ίσου ή μεγαλύτερου με το 200% της ετήσιας συνολικής προϋπολογιζόμενης αξίας της σύμβασης πλέον ΦΠΑ. Στην περίπτωση που ο ισολογισμός του 2021 δεν έχει δημοσιευτεί νομίμως έως την υποβολή της προσφοράς, υποβάλλεται το ισοζύγιο του μηνός Δεκεμβρίου 2021 συνοδευμένο από δήλωση του ν. 1599/86 όπου δηλώνεται το ύψος του γενικού ετήσιου κύκλου εργασιών για το έτος 2021. β) Δημοσιευμένους ισολογισμούς ή αποσπάσματα δημοσιευμένων ισολογισμών από τους οποίους να προκύπτει ότι διαθέτουν ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών (Υπηρεσίες Καθαριότητας) για κάθε χρήση που αφορά στην εκτέλεση έργων συναφών προς το αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης κατά την 3ετία (2020, 2021, 2022), τουλάχιστον ποσού ίσου ή μεγαλύτερου με το 100% της ετήσιας συνολικής προϋπολογιζόμενης αξίας της σύμβασης πλέον ΦΠΑ. Επιπλέον, υποβάλλουν και υπεύθυνη δήλωση με την οποία δηλώνουν τον ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών (Υπηρεσίες Καθαριότητας) για κάθε χρήση που αφορά στην εκτέλεση έργων συναφών προς το αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης κατά την 3ετία (2020, 2021, 2022). Στην περίπτωση που ο ισολογισμός του 2022 δεν έχει δημοσιευτεί νομίμως έως την υποβολή της προσφοράς, υποβάλλεται το ισοζύγιο του μηνός Δεκεμβρίου 2022 συνοδευμένο από δήλωση του ν. 1599/86 όπου δηλώνεται το ύψος του ειδικού ετήσιου κύκλου εργασιών για το έτος 2022. γ) Κατάλληλες τραπεζικές βεβαιώσεις (μία ή περισσότερες) από τις οποίες θα προκύπτει ότι διαθέτουν πιστοληπτική ικανότητα τουλάχιστον ίση με το 100% της ετήσιας συνολικής προϋπολογιζόμενης αξίας της σύμβασης

πλέον ΦΠΑ. Από το ποσό αυτό, τουλάχιστον το ποσό των 1.500.000,00€ θα αφορά χρηματοδοτήσεις – κεφάλαιο κίνησης. δ) Δημοσιευμένους ισολογισμούς ή αποσπάσματα δημοσιευμένων ισολογισμών από τους οποίους να προκύπτει ότι δεν εμφανίζουν ζημίες κατά τα τρία τελευταία έτη (2020, 2021 και 2022), ήτοι ότι τα αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους για κάθε έτος είναι θετικά. Στην περίπτωση που ο ισολογισμός του 2022 δεν έχει δημοσιευτεί νομίμως έως την υποβολή της προσφοράς, υποβάλλεται το ισοζύγιο του μηνός Δεκεμβρίου 2022 συνοδευμένο από δήλωση του ν. 1599/86 όπου δηλώνονται τα αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους για το έτος 2022. Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι ελάχιστες απαιτήσεις στα σημεία α, β και γ θα πρέπει καλύπτονται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης ενώ η απαίτηση που αναφέρεται στο σημείο δ θα πρέπει να καλύπτεται για κάθε μέλος που συμμετέχει στην ένωση.».

10. Στο άρθρο 2.2.6. («Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα») της διακήρυξης, προβλέπεται ότι: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) Να έχουν εκτελέσει κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων ετών (2019, 2020 και 2021) ή και να εκτελούν κατά το χρόνο υποβολής των προσφορών τουλάχιστον τρεις (3) διαφορετικές συμβάσεις παροχής υπηρεσιών συναφών με το αντικείμενο της παρούσας σύμβασης [...] β) να δηλώνουν ότι κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς διαθέτουν κατ' ελάχιστον εκατό (100) άτομα προσωπικό καθαριότητας πλήρους απασχόλησης. [...]».

11. Επειδή, στο άρθρο 2.2.10.2. («Αποδεικτικά μέσα») παρ. Β.4. της ένδικης πρόσκλησης, προβλέπεται ότι: «Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: α) [...] β) αποδεικτικό από Δημόσιο Φορέα (τελευταίος ετήσιος πίνακας προσωπικού) από τον οποίο να προκύπτει ότι διαθέτουν κατά την υποβολή της προσφοράς κατ' ελάχιστον 100 άτομα προσωπικό καθαριότητας πλήρους απασχόλησης.».

12. Επειδή, στο άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν. 4412/16, ορίζεται ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την

τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. [...] 3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση [...] Ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει τους βασικούς λόγους για την απαίτηση αυτή στα έγγραφα της σύμβασης ή στη χωριστή έκθεση που προβλέπεται στο άρθρο 341 [...] Οι μέθοδοι και τα κριτήρια αυτά χαρακτηρίζονται από διαφάνεια ...».

13. Επειδή, στην αιτιολογική σκέψη 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ L 94, σελ. 65), προβλέπεται ότι: «[...] οι ισχύοντες κανόνες για τις δημόσιες προμήθειες που εγκρίθηκαν δυνάμει [...] της Οδηγίας [...] 2004/18/ΕΚ [...], θα πρέπει να αναθεωρηθούν και να εκσυγχρονιστούν, για να αυξηθεί η αποδοτικότητα των δημόσιων δαπανών, με τη διευκόλυνση ιδίως της συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες προμήθειες [...]. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις

παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες προϋποθέσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες, ώστε να εξασφαλίζεται ότι ένας υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις νομικές και χρηματοοικονομικές δυνατότητες και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης [...]». Ομοίως, στην αιτιολογική σκέψη 83 της ως άνω οδηγίας, προβλέπεται ότι: «Οι υπερβολικά αυστηρές απαιτήσεις όσον αφορά την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητα συχνά αποτελούν αδικαιολόγητο εμπόδιο στη συμμετοχή ΜΜΕ σε δημόσιες προμήθειες. Ενδεχόμενες τέτοιες απαιτήσεις θα πρέπει να είναι συναφείς και ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. Ειδικότερα, δεν θα πρέπει να επιτρέπεται στις αναθέτουσες αρχές να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να έχουν έναν ελάχιστο κύκλο εργασιών ο οποίος θα είναι δυσανάλογος προς το αντικείμενο της σύμβασης· η σχετική απαίτηση δεν θα πρέπει κανονικά να υπερβαίνει κατ' ανώτατο όριο το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης. Ωστόσο, σε δεόντως δικαιολογημένες περιστάσεις, θα πρέπει να μπορούν να εφαρμόζονται υψηλότερες απαιτήσεις. Οι εν λόγω περιστάσεις μπορεί να σχετίζονται με τους υψηλούς κινδύνους που συνεπάγεται η εκτέλεση της σύμβασης ή με το γεγονός ότι η έγκαιρη και ορθή εκτέλεσή της είναι κρίσιμης σημασίας, παραδείγματος χάρη γιατί αποτελεί απαραίτητη προκαταρκτική προϋπόθεση για την εκτέλεση άλλων συμβάσεων [...]».

14. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. .../24.08.2023 έγγραφο απόψεων σε σχέση μόνο με την υπό κρίση 2^η προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

15. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της προσβαλλόμενης πρόσκλησης, προκύπτουν τα εξής: • 1^{ος} κοινός λόγος προσφυγής: θέσπιση δυσανάλογων απαιτήσεων στους όρους 2.2.5. περ. α), β) και γ) και 2.2.10.2. παρ. Β.3. της διακήρυξης.

Α) Τόσο ο 1^{ος}, όσο και ο 2^{ος} προσφεύγων ισχυρίζονται ότι στους ως άνω όρους της οικείας πρόσκλησης έχουν τεθεί δυσβάσταχτοι και δυσανάλογοι όροι οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που θα πρέπει να ακυρωθούν, ώστε να μπορέσει να συμμετάσχει μεγαλύτερος αριθμός οικονομικών φορέων στον υπόψη διαγωνισμό. Κατά την άποψη της

αναθέτουσας αρχής (η οποία, όπως προαναφέρθηκε, απέστειλε απόψεις μόνο σε σχέση με την 2^η προσφυγή και όχι σε σχέση με την 1^η προσφυγή), ορθώς ορίστηκαν τα επίμαχα στοιχεία οικονομικής επάρκειας, τα οποία μάλιστα θα πρέπει να πληρούνται σωρευτικά και τούτο, διότι σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 75 παρ. 3 του ν. 4412/2016, καταλείπεται ευρεία διακριτική ευχέρεια στην αναθέτουσα αρχή να επιλέξει τα στοιχεία που κρίνει ως πρόσφορα για την εξασφάλιση του ελάχιστου επιθυμητού επιπέδου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι οι ισχυρισμοί της 2^{ης} προσφεύγουσας θα πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτοι, διότι ακόμη και η θέσπιση μη νόμιμων όρων σε μία διακήρυξη δεν θεμελιώνει, άνευ ετέρου, έννομο συμφέρον για την παραδεκτή προσβολή τους. Όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται στο σχετικό έγγραφο απόψεων προς την Αρχή: «... Η Προσφεύγουσα δεν συνδέει με εξειδικευμένους και αποδεδειγμένους ισχυρισμούς συγκεκριμένα στοιχεία, που αφορούν τη νομική και την πραγματική κατάστασή της με τις αντίστοιχες πλημμέλειες που προβάλλει κατά της προκήρυξης. Απλώς αρκείται να προβάλλει γενικούς και αφηρημένους ισχυρισμούς. [...]».

Β) Από τις προπαρατεθείσες σκέψεις 8, 9, 12 και 13 της παρούσας απόφασης (βλ. και υπ' αριθμ. 528/2018, 123/2020 αποφάσεις της Αρχής), συνάγεται ότι πριν την ανάθεση μιας δημόσιας σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές ελέγχουν την «καταλληλότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικού ελέγχου των υποψηφίων. Ωστόσο, κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων καταλληλότητας των υποψηφίων θα πρέπει να τηρούνται βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο και ιδίως οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του ανόθευτου ανταγωνισμού. Υπό τα ανωτέρω δεδομένα, το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για την εκτέλεση της σύμβασης, θα πρέπει να είναι συνδεδεμένο και ανάλογο προς το αντικείμενο αυτής, ενώ προκειμένου να διαπιστωθεί εάν το κριτήριο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας είναι ανάλογο προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται, κατά περίπτωση, αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του (βλ. κατευθυντήρια οδηγία 13/2015 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ), χωρίς πάντως να περιορίζεται αδικαιολόγητα ο

ανταγωνισμός και ειδικότερα, η πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις (βλ. «Ευρωπαϊκό Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις» και κατευθυντήρια οδηγία 17/2016 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ).

Περαιτέρω, επειδή στο Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/16 απαριθμούνται τα στοιχεία και τα κριτήρια, βάσει των οποίων η αναθέτουσες αρχές μπορούν να αξιολογούν και να ελέγχουν την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των υποψηφίων (βλ. Παράρτημα XII, Μέρος Ι, όπου ορίζεται ότι: *«Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα είναι δυνατόν, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα δικαιολογητικά:...»*), συνάγεται σαφώς ότι ο τρόπος αξιολόγησης και ελέγχου του ως άνω κριτηρίου επιλογής θα πρέπει καταρχάς να περιορίζεται στα εκ του νόμου προβλεπόμενα στοιχεία. Θα πρέπει, όμως, να σημειωθεί ότι ο ανωτέρω «περιορισμός» δεν συνεπάγεται αυτομάτως ότι οι αναθέτουσες αρχές δεν δύνανται να απαιτούν πιο εξειδικευμένα μέσα απόδειξης της οικονομικής επάρκειας των υποψηφίων, ωστόσο, στην περίπτωση αυτή οι απαιτήσεις που θα τεθούν στη διακήρυξη θα κριθούν υπό το πρίσμα της θεμελιώδους αρχής της αναλογικότητας, σε κάθε δε περίπτωση, τα εξειδικευμένα αυτά στοιχεία που θα υποχρεωθεί να προσκομίσει ο υποψήφιος, θα πρέπει να σχετίζονται με αυτά που απαριθμούνται στην οδηγία 2014/24/ΕΕ, αλλά και να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης. Επομένως, κατ' εφαρμογή της θεμελιώδους αρχής της αναλογικότητας, θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις οικονομικής επάρκειας να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες εκάστης σύμβασης, αλλά και να είναι πρόσφορες, υπό την έννοια ότι θα πρέπει να αποτελούν αντικειμενική ένδειξη για το ότι ο υποψήφιος διαθέτει την οικονομική δυνατότητα να εκτελέσει αποτελεσματικά την συγκεκριμένη σύμβαση, πολλώ δε μάλλον, να μην βαίνουν πέραν του αναγκαίου προς τον ως άνω σκοπό μέτρου (βλ. ΔΕΕ απόφαση της 13^{ης}.07.2017, υπόθεση C-76/16 σκ. 32 και επ., της 18^{ης}.10.2012, υπόθεση C-218/11, Edukowitzig και Hochtief Construction, σκ. 26 και επ.). Ομοίως, έχει κριθεί από τα εθνικά δικαστήρια, ότι τα προσόντα που σχετίζονται με την οικονομική επάρκεια θα πρέπει να είναι πρόσφορα να οδηγήσουν σε

διακρίβωση της ικανότητας των υποψηφίων, αλλά και συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και ανάλογα προς τον σκοπό της (βλ. ΣΤΕΕΠΑν 660/2002, 528/2002, 990/2003)

Γ) Από την επισκόπηση των προσβαλλόμενων όρων, γίνεται ευχερώς αντιληπτό ότι, ως βασίμως ισχυρίζονται οι δύο προσφεύγοντες, η αναθέτουσα αρχή, κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας που διέπει τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, έθεσε ως αντιπαραβαλλόμενο μέγεθος για το κριτήριο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας το διπλάσιο της ετήσιας συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης πλέον Φ.Π.Α (463.710,00 ευρώ), τόσο για τον γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών, όσο και για τον ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών [βλ. κριτήρια υπό α) και β) του άρθρου 2.2.5.]. Ωστόσο, το άρθρο 75 παρ. 3 του ν. 4412/2016 αναφέρεται στον γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών και όχι στον ειδικό, σε κάθε δε περίπτωση, το ως άνω άρθρο συναρτά μεν την απαίτηση της οικονομικής επάρκειας με την συνολική εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεση σύμβασης πλέον Φ.Π.Α, εντούτοις, θεσπίζει συγχρόνως ένα ανώτατο όριο, που είναι το διπλάσιο της αξίας της σύμβασης, το οποίο δεν θα πρέπει να υπερβαίνουν οι αναθέτουσες αρχές, πλην δεόντως αιτιολογημένων περιπτώσεων.

Εν όψει των ανωτέρω, στην ένδικη διακήρυξη τέθηκαν δυσανάλογες απαιτήσεις ως προς το επίμαχο κριτήριο ποιοτικής επιλογής, αφού τόσο για τον γενικό, όσο και για τον ειδικό (ελάχιστο) κύκλο εργασιών, ζητείται (σωρευτικά) κύκλος εργασιών ίσος ή μεγαλύτερος του 200% της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης πλέον Φ.Π.Α, χωρίς τούτο να τεκμηριώνεται ειδικώς από την αναθέτουσα αρχή, με αποτέλεσμα, οι τιθέμενες απαιτήσεις να παρίστανται όχι μόνο δυσανάλογες σε σχέση με το υπό ανάθεση αντικείμενο, αλλά και περιοριστικές του ανταγωνισμού και εν τέλει δυσβάσταχτες για μεγάλο αριθμό ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων. Πιο συγκεκριμένα, παρόλο που στο άρθρο 75 παρ. 3 του ν. 4412/2016, προβλέπεται ρητώς ότι ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών δεν θα πρέπει να υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης πλέον Φ.Π.Α, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις (π.χ. εάν συντρέχουν ειδικοί κίνδυνοι που σχετίζονται με τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών κλπ), οι οποίες και θα πρέπει να μνημονεύονται ρητώς στα έγγραφα της σύμβασης ή στην χωριστή έκθεση που προβλέπεται στο άρθρο 341 του ν. 4412/2016,

εντούτοις, στην εξεταζόμενη υπόθεση ουδόλως αιτιολογήθηκε στα έγγραφα της σύμβασης ή στο έγγραφο απόψεων της αναθέτουσας προς την ΕΑΔΗΣΥ, πολλώ δε μάλλον, στην ειδική έκθεση που προβλέπει ο ανωτέρω νόμος, η θέσπιση της επίμαχης απαίτησης, βάσει της οποίας ο υποψήφιος θα πρέπει να διαθέτει τόσο γενικό, όσο και ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών *«τουλάχιστον ποσού ίσου ή μεγαλύτερου με το 200% της ετήσιας συνολικής προϋπολογιζόμενης αξίας της σύμβασης πλέον ΦΠΑ»*.

Ως προς την περίπτωση γ) του προσβαλλόμενου άρθρου 2.2.5. της διακήρυξης, σημειώνεται ότι ο σκοπός της υποβολής της βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας είναι η διασφάλιση της αναθέτουσας αρχής για το ότι ο διαγωνιζόμενος διαθέτει τη δυνατότητα να χρηματοδοτηθεί στο απαιτούμενο από τον οικείο όρο της διακήρυξης ύψος, η έκδοση δε της εν λόγω βεβαίωσης εδράζεται στα στοιχεία που έχει ήδη στη διάθεσή του το τραπεζικό ίδρυμα (π.χ συνεργασία με τον οικονομικό φορέα, συναλλακτική συμπεριφορά, φερεγγυότητα, οικονομική και περιουσιακή κατάσταση, οργάνωση επιχείρησης κλπ, βλ. και υπ' αριθμ. 561/2018, 438/2022 αποφάσεις της Αρχής). Επομένως, η πιστοληπτική ικανότητα του οικονομικού φορέα δεν αποκτάται με την έκδοση της τραπεζικής βεβαίωσης, αλλά υφίσταται (ή όχι) βάσει των οικονομικών στοιχείων της διαγωνιζόμενης επιχείρησης, το δε τραπεζικό έγγραφο που εκδίδεται είναι αποδεικτικού χαρακτήρα. Στην προκείμενη περίπτωση, οι προαναφερόμενες απαιτήσεις οικονομικής επάρκειας καθίστανται έτι περαιτέρω δυσανάλογες, διότι ζητείται σωρευτικά από τους υποψηφίους *«πιστοληπτική ικανότητα τουλάχιστον ίση με το 100% της ετήσιας συνολικής προϋπολογιζόμενης αξίας της σύμβασης πλέον ΦΠΑ. Από το ποσό αυτό, τουλάχιστον το ποσό των 1.500.000,00 € θα αφορά χρηματοδοτήσεις – κεφάλαιο κίνησης.»*, ενώ ως βασίμως ισχυρίζεται η 2^η προσφεύγουσα, η ζητούμενη φερεγγυότητα θα πρέπει να μπορεί να καλύπτει το αντικείμενο που ανατίθεται δια της παρούσας διακήρυξης και όχι ένα υποθετικό αντικείμενο που δεν σχετίζεται με τις αληθείς υποχρεώσεις που θα αναλάβει ο ανάδοχος. Επομένως, παρά το γεγονός ότι στον νόμο δεν θεσπίζεται συγκεκριμένο όριο πιστοληπτικής ικανότητας, η ζητούμενη φερεγγυότητα (σε συνδυασμό και με τις λοιπές απαιτήσεις που τέθηκαν, εν προκειμένω, για τον ετήσιο γενικό και ειδικό κύκλο εργασιών), παρίσταται

προδήλως αδικαιολόγητη, δυσανάλογη και ασύνδετη με το υπό δημοπράτηση φυσικό και οικονομικό αντικείμενο.

Εν όψει των ανωτέρω και λαμβανομένου υπόψη ότι στην οδηγία 2014/24/ΕΕ προβλέπεται ότι η τιθέμενη περί του κύκλου εργασιών απαίτηση *«δεν θα πρέπει κανονικά να υπερβαίνει κατ' ανώτατο όριο το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης...»*, οι προσβαλλόμενοι όροι 2.2.5. περ. α), β) και γ) και 2.2.10.2. παρ. Β.3 της διακήρυξης κρίνονται απορριπτέοι (αυτοτελώς και συνδυαστικά) ως δυσανάλογοι, ως περιοριστικοί του ελεύθερου ανταγωνισμού, αλλά και ως μη δεόντως αιτιολογημένοι. Καταληκτικά και δοθέντος ότι στην οικεία πρόσκληση τέθηκαν σωρευτικές απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, που υπερβαίνουν δυσανάλογα και χωρίς σπουδαίο και τεκμηριωμένο λόγο την ετήσια συνολική προϋπολογισθείσα αξία της προς ανάθεση σύμβασης πλέον Φ.Π.Α, ο σχετικός λόγος προσφυγής που προβάλλεται από αμφοτέρους τους προσφεύγοντες θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

- 2^{ος} λόγος προσφυγής: θέσπιση δυσανάλογης απαίτησης στον όρο 2.2.6. περ. β) της διακήρυξης – θέσπιση μη πρόσφορου αποδεικτικού μέσου στον όρο 2.2.10.2. παρ. Β.4. της διακήρυξης.

Α) Κατά την 2η προσφεύγουσα, η απαίτηση της περίπτωσης β) του άρθρου 2.2.6. διακήρυξης, κατά την οποία ο υποψήφιος θα πρέπει να διαθέτει *«κατ' ελάχιστον εκατό (100) άτομα προσωπικό καθαριότητας πλήρους απασχόλησης»*, κατά τον χρόνο υποβολής προσφορών στον υπόψη διαγωνισμό (22.06.2023), παρεμποδίζει ανεπίτρεπτα τον αριθμό των οικονομικών φορέων που δύνανται να υποβάλλουν παραδεκτή προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό, η δε θέσπιση απαίτησης στον όρο 2.2.10.2. παρ. Β.4. περί υποβολής του τελευταίου ετήσιου πίνακα προσωπικού στο στάδιο της κατακύρωσης, είναι εσφαλμένη, διότι δεν εξασφαλίζει τον επιδιωκόμενο σκοπό. Και τούτο, διότι δυνάμει της υπ' αριθμ. 103083/2022 απόφασης του Υπουργού Εργασίας και Κοινωνικών Υποθέσεων (ΦΕΚ Β' 5648/4.11.2022), στον ως άνω πίνακα - που σημειωτέον υποβάλλεται ως τις 15.11.2022- αποτυπώνεται μόνο ο αριθμός των ατόμων που απασχολούνταν στην επιχείρηση, ως προσωπικό καθαριότητας, κατά τον χρόνο που υποβλήθηκε ο εν λόγω πίνακας. Επομένως, δια της υποβολής του ζητούμενου πίνακα δεν

δύναται να αποδειχθεί ότι τα άτομα που αναφέρονται σε αυτόν (ως προσωπικό), εξακολουθούν να απασχολούνται στην συγκεκριμένη επιχείρηση και κατά τον χρόνο υποβολής προσφορών στον υπόψη διαγωνισμό (22.06.2023).

- Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η 2^η προσφεύγουσα στερείται εννόμου συμφέροντος προς άσκηση προσφυγής κατά της παρούσας διακήρυξης, διότι δεν προσδιορίζει κατά τρόπο συγκεκριμένο ότι από τους πληττόμενους όρους υφίσταται βλάβη που φθάνει μέχρι του σημείου αδυναμίας ή ουσιώδους δυσχέρειας υποβολής προσφοράς, έστω με επιφύλαξη (ΣτΕ 1259/2019, ΕΑ 31/2019, ΕΑ 353/2018, ΕΑ 86/2018 κλπ). Μάλιστα, η αναθέτουσα αρχή καταλήγει στο συμπέρασμα ότι, ακόμη και εάν είχαν τεθεί πιο ελαστικές απαιτήσεις τεχνικής ικανότητας, η 2^η προσφεύγουσα δεν θα μπορούσε να συμμετάσχει αυτοτελώς στον υπόψη διαγωνισμό, διότι δεν διαθέτει τα απαιτούμενα προσόντα και επομένως, οι ισχυρισμοί της θα πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτοι. Τέλος, η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι η προσφεύγουσα δεν επικαλείται (ούτε αποδεικνύει), ότι προτίθεται να προσφύγει στις ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων, ώστε να θεμελιώσει το έννομο συμφέρον της (βλ. ΕΑ ΣτΕ 646/2002).

Β) Σημειώνεται καταρχάς ότι η διάθεση των αναγκαίων ανθρώπινων πόρων για την εκτέλεση της σύμβασης σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας, συνιστά απαίτηση την οποία οι αναθέτουσες αρχές δύνανται, σύμφωνα με το άρθρο 75 του ν. 4412/2016, να επιβάλλουν για την εξασφάλιση του ελάχιστου επιθυμητού επιπέδου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Ομοίως, το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών και ο αριθμός των στελεχών της επιχείρησής του κατά τα τελευταία τρία χρόνια, αποτελεί, σύμφωνα με το Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α΄ του ν.4412/2016, ένα εκ των μέσων που μπορούν να επιλέξουν οι αναθέτουσες αρχές προς απόδειξη της ζητούμενης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Από το σαφές περιεχόμενο του όρου 2.2.6. περ. β) της εν θέματι διακήρυξης, προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή θέσπισε, μεταξύ άλλων απαιτήσεων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, την υποχρέωση του υποψηφίου να απασχολεί ήδη κατά τον χρόνο υποβολής προσφορών στον διαγωνισμό, κατ' ελάχιστον 100 άτομα πλήρους απασχόλησης, ως προσωπικό καθαριότητας. Συνεπώς, ως βασίμως

ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, δια της θέσπισης της επίμαχης απαίτησης παρεμποδίζονται όπως συμμετάσχουν στον υπόψη διαγωνισμό οικονομικοί φορείς που πληρούν μεν τις λοιπές απαιτήσεις επαγγελματικής ικανότητας, πλην, όμως, δεν διαθέτουν 100 άτομα υπό καθεστώς πλήρους απασχόλησης, διότι για παράδειγμα, απασχολούν 100 άτομα, εκ των οποίων κάποια εργάζονται υπό καθεστώς μερικής απασχόλησης, ενώ κάποια άλλα εργάζονται υπό καθεστώς αποκλειστικής απασχόλησης.

Εν όψει των ανωτέρω, δια της επίμαχης απαίτησης του όρου 2.2.6. περ. β) της διακήρυξης (η οποία σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.10.2 παρ. Β.4 αποδεικνύεται από τον τελευταίο ετήσιο πίνακα προσωπικού), επιρρίπτεται στους υποψηφίους το πρόσθετο βάρος να έχουν ήδη συνάψει και να διατηρούν ενεργές 100 συμβάσεις εργασίας αποκλειστικά πλήρους απασχόλησης από την 15^η Νοεμβρίου 2022 (αφού η ανωτέρω ημερομηνία συμπίπτει με την υποβολή του τελευταίου ετήσιου πίνακα προσωπικού για το έτος 2022), έως τον χρόνο υποβολής προσφορών στην παρούσα διαδικασία (22.06.2023). Πιο συγκεκριμένα, ως ορθώς επισημαίνει ο προσφεύγων, επειδή από τις 15.11.2022 έως και τις 22.06.2023 είναι δυνατόν να έχει μεταβληθεί (δηλαδή, είτε να έχει μειωθεί είτε και να έχει αυξηθεί), το απασχολούμενο προσωπικό, θα έπρεπε να ζητείται ένα προσφορότερο ασφαλιστικό στοιχείο, όπως είναι για παράδειγμα η αναλυτική περιοδική δήλωση (ΑΠΔ) του τελευταίου μηνός, από την οποία αποδεικνύεται το πλήθος των απασχολούμενων ατόμων, καθώς και το είδος της απασχόλησής τους. Τέλος, δοθέντος ότι από τις διατάξεις της διακήρυξης προκύπτει ότι για το υπό ανάθεση έργο απαιτούνται 81,6 άτομα εκ των οποίων τα 4 άτομα είναι μερικής απασχόλησης, η επίμαχη απαίτηση (απασχόληση 100 ατόμων υπό καθεστώς πλήρους απασχόλησης), θα έπρεπε να αφορά μόνο το στάδιο της κατακύρωσης, ώστε να δοθεί η δυνατότητα συμμετοχής σε πλείονες οικονομικούς φορείς (βλ. υπ' αριθμ. 896/2022 απόφαση της Αρχής, σκέψη 10, υπ' αριθμ. 1372/2022 απόφαση της Αρχής, σκέψη 23, υπ' αριθμ. Σ1109/2022 απόφαση της Αρχής, σκέψη 39 κλπ).

Καταληκτικά, η θέσπιση απαίτησης περί απασχόλησης κατά τον χρόνο υποβολής προσφορών συγκεκριμένου αριθμού εργαζομένων και δη υπό συγκεκριμένο καθεστώς εργασιακής σχέσης (αποκλειστική απασχόληση), επιβαρύνει υπέρμετρα τους υποψηφίους με τις οικονομικές υποχρεώσεις των

συμβάσεων (το δε προσωπικό βρίσκεται σε αναμονή) και επομένως, περιορίζει τον κύκλο των υποψηφίων αναδοχών σε βάρος του δημοσίου συμφέροντος, κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαγωνιστικής διαδικασίας. Τουναντίον, η θέσπιση της υποχρέωσης ικανοποίησης της επίμαχης απαίτησης κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, θα έδινε τη δυνατότητα σε περισσότερους οικονομικούς φορείς να υποβάλουν προσφορά στην εν θέματι διαδικασία.

Με βάση τα προαναφερόμενα, οι προσβαλλόμενοι όροι 2.2.6. περ. β) και 2.2.10.1. παρ. Β.4. της διακήρυξης κρίνονται δυσανάλογοι, περιοριστικοί του ανταγωνισμού και συνεπώς, ακυρωτέοι. Συνεπώς, ο 2^{ος} λόγος της υπό κρίση 2^{ης} προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος, απορριπτομένων των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής περί έλλειψης εννόμου συμφέροντος της εταιρείας «..» προς άσκηση της παρούσας προσφυγής, αφού, όπως προαναφέρθηκε, η θέσπιση κριτηρίων καταλληλότητας των υποψηφίων ελέγχεται υπό το πρίσμα των ενωσιακών αρχών της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και του ανόθευτου ανταγωνισμού.

16. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, τόσο η υπό κρίση 1^η, όσο και η υπό κρίση 2^η προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνουν δεκτές.

17. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσαν οι εν λόγω προσφεύγουσες (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

18. Επειδή, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, όπως στην υπό κρίση διακήρυξη, θα πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΣΤΕ ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004, ΔΕΕ, απόφαση της 4^{ης}.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, ENVAG WienstromGmbHκλπ, σκέψεις 92-95), ώστε να δοθεί η δυνατότητα σε οικονομικούς φορείς που δεν είχαν επιδείξει ενδιαφέρον εξαιτίας της αρχικής της μορφής, να υποβάλουν προσφορές κατόπιν της τροποποίησής της. Συνεπώς, σύμφωνα με τα ως

άνω προεκτεθέντα, η εν θέματι διακήρυξη θα πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την 1^η προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την 2^η προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την με αριθμ. πρωτ. .../25.07.2023 πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου διαγωνισμού με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ..., κατά το σκεπτικό της παρούσας απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή σε εκάστη εκ των δύο προσφευγουσών του προσκομισθέντος από αυτή παραβόλου, ποσού δύο χιλιάδων τριακοσίων δεκαεννέα (2.319,00) €.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 09^η Οκτωβρίου 2023 και εκδόθηκε την 30^η Οκτωβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ