

**Η**  
**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**  
**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 25 Ιουνίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου-Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη-Εισηγήτρια και Ευαγγελία Μιχολίτση, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 13.06.2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 540/13.06.2018 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», και το διακριτικό τίτλο «....» που εδρεύει στην....., επί της οδού .....αρ., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου Βόλου «Αχιλλοπούλειο» όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή στην οποία σωρεύει και αίτημα προσωρινών μέτρων ο προσφεύγων επιδιώκει: α) την ακύρωση του όρου που περιλαμβάνεται στη σελ. 15, παρ. 2.2.5 «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» της Διακήρυξης και την αναπομπή της προσβαλλόμενης Διακήρυξης ως προς αυτό το σκέλος, στην Αναθέτουσα Αρχή, προκειμένου αυτή, εφόσον εξακολουθεί να κρίνει σκόπιμη την παρουσία ειδικού κριτηρίου περί την οικονομική επάρκεια, να προσδιορίσει νέο όρο, απαλείφοντας όμως την ειδική απαίτηση για ύψος του συνολικού ειδικού ετήσιου κύκλου εργασιών της επιχείρησης κατά έτος, ίσο ή μεγαλύτερο με το 1/2 της προϋπολογισθείσας δαπάνης της διακήρυξης και περιορίζοντας την ελάχιστη αυτή απαίτηση σε ένα έτος από τα τρία που προηγούνται της διενέργειας του διαγωνισμού ή εναλλακτικά προσδιορίζοντας ότι αρκεί ο συμμετέχων να συγκεντρώνει αθροιστικά, τα τρία προ της διακηρύξεως έτη, ειδικό κύκλο εργασιών που να είναι ίσο ή μεγαλύτερο με το 1/2 της προϋπολογισθείσας δαπάνης της διακήρυξης.

β) την ακύρωση του όρου που περιλαμβάνεται στη σελ. 16, παρ. 2.2.6

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

«Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» της Διακήρυξης και την αναπομπή ως προς το σκέλος της αυτό της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, στην Αναθέτουσα Αρχή, προκειμένου αυτή, εφόσον εξακολουθεί να κρίνει σκόπιμη, την παρουσία ειδικού κριτηρίου περί την πρότερη εμπειρία, να προσδιορίσει νέο όρο περί εμπειρίας, απαλείφοντας όμως την ειδική απαίτηση για εν ισχύ συμβάσεις αποκλειστικά με Νοσοκομεία (δημόσια ή ιδιωτικά), αρκούμενη δηλαδή σε συμβάσεις παρόμοιου με τη Διακήρυξη αντικειμένου, με οιονδήποτε φορέα ή ίδρυμα, και

γ) την ματαίωση του επιδικίου Διαγωνισμού και την επαναπροκήρυξή του σύμφωνα με τα ανωτέρω.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 1.841,50 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 218768911958 0813 0062, αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής της Τράπεζας Πειραιώς της 13.06.2018, εκτύπωση του e-παραβόλου από την ιστοσελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων με την ένδειξη «δεσμευμένο»).

2.Επειδή με την υπ' αριθμ. 15/2018 Διακήρυξη με αρ. πρωτ. 12244/23.05.2018 η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό Άνω των Ορίων για τις «Υπηρεσίες Καθαρισμού του Γενικού Νοσοκομείου Βόλου (90911200-8)», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 456.682,60 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά, βάσει μόνο της τιμής (χαμηλότερη τιμή). Η δε καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίσθηκε η 2 Ιουλίου 2017 και ώρα 15:00.

3. Επειδή η διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της ΕΕ στις 23-5-2018, όπου έλαβε αριθμό 2018/S 097-222437 και το πλήρες κείμενο αυτής καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. 18PROC003145176 23-05-2018,

## **Αριθμός απόφασης: Α288/2018**

καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό 59031.

4. Επειδή η προσφεύγουσα κατέθεσε στις 13-06-2018 στον διαδικτυακό τόπο διαγωνισμού την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, νομίμως υπογεγραμμένη, έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017 την οποία κοινοποίησε αυθημερόν στην Αρχή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

5. Επειδή η προσβαλλόμενη διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής (Ν.Π.Δ.Δ.) η οποία ανήκει στη Γενική Κυβέρνηση, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας δαπάνης αλλά και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 9 του π.δ 39/2017 προέβη στις 14.6.2018 σε ανάρτηση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής προκειμένου να λάβει γνώση κάθε ενδιαφερόμενος τρίτος, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής.

7. Επειδή ο προσφεύγων θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής καθώς αφενός δραστηριοποιείται στη σχετική με τον διαγωνισμό αγορά παροχής υπηρεσιών και αφετέρου διότι η διατήρηση της ισχύος των προσβαλλόμενων με την παρούσα όρων, καθιστά αδύνατη τη συμμετοχή του στη διαγωνιστική διαδικασία λόγω μη πλήρωσης εκ μέρους του των επιβαλλόμενων με τους εν λόγω όρους, κριτηρίων επιλογής.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπροθέσμως σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016 το με αρ. πρωτ. 13999/18.06.2018 έγγραφο της σχετικά με τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, χωρίς ωστόσο να συμπεριλάβει σε αυτές ουδεμία γενική ή ειδική αιτίαση επί του αιτήματος προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος.

9. Επομένως, σε συνέχεια των ανωτέρω παραδεκτώς ασκείται η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στην οποία ο προσφεύγων ενσωματώνει

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

και αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων και νομίμως φέρεται προς εξέταση ενώπιων του 1<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

10. Επειδή με το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων ο προσφεύγων αναφέρει ότι επειδή: α) δεν καλύπτει τον όρο που αφορά την οικονομική επάρκεια, διότι δεν παρουσιάζει για κάθε μεμονωμένο έτος της τελευταίας τριετίας (2015, 2016 και 2017) ειδικό κύκλο εργασιών που να είναι ίσο ή μεγαλύτερο με το ελάχιστο ύψος που θέτει η προσβαλλόμενη Διακήρυξη ενώ και β) σε σχέση με τον όρο της Διακήρυξης που αφορά την τεχνική επάρκεια, δεν διαθέτει, δύο (2) παρόμοιου είδους και μεγέθους έργα, Δημόσιων ή Ιδιωτικών Νοσοκομείων διάρκειας τουλάχιστον ενός (1) έτους που να είναι σε ισχύ. Αντιθέτως, διαθέτει σε ισχύ παρόμοιου είδους και μεγέθους έργα με αντισυμβαλλόμενους άλλους φορείς του δημοσίου και ιδιωτικού τομέα. Επομένως, η συμμετοχή του στη διαγωνιστική διαδικασία καθίσταται αδύνατη εξ αυτού του λόγου. Ούτως, ακόμη και αν υποβάλει προσφορά, αυτή δεν είναι δυνατό να συμμορφώνεται με τη διακήρυξη και η υποβολή αυτή θα είναι άσκοπη, με πρόδηλη οικονομική ζημία του. Συνεπώς, το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων συνίσταται: α) στην αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης Διακήρυξης του διαγωνισμού μέχρι και την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής και β) στη μη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι και την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

11. Επειδή ο προσφεύγων με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ισχυρίζεται τα εξής *«Με την παρούσα στρεφόμεστε κατά συγκεκριμένων όρων της υπ. αριθμ. 15/2018 Διακήρυξης του Γενικού Νοσοκομείου Βόλου με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών καθαρισμού και συγκεκριμένα:*

*α) του όρου που περιλαμβάνεται στη σελ. 15, παρ. 2.2.5 «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» της Διακήρυξης σύμφωνα με τον οποίον: «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς δηλώνουν ότι διαθέτουν/παρέχουν ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τα ακόλουθα έτη (τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις). Από τις πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών, να προκύπτει ότι το ύψος του συνολικού ειδικού ετήσιου κύκλου εργασιών*

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

της επιχείρησης κατά έτος, είναι ίσο ή μεγαλύτερο με το 1/2 της προϋπολογισθείσας δαπάνης της διακήρυξης» και

β) του όρου που περιλαμβάνεται στη σελ. 16, παρ. 2.2.6 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» της Διακήρυξης, σύμφωνα με τον οποίο «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: να προσκομίσουν κατάλογο των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνία και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Απαιτούνται τουλάχιστον δύο (2) παρόμοιου είδους και μεγέθους έργα, Δημόσιων ή Ιδιωτικών Νοσοκομείων διάρκειας τουλάχιστον ενός (1) έτους που είναι σε ισχύ». Αμφότεροι οι εν λόγω όροι, ως κατωτέρω αναπτύσσεται, περιορίζουν με τρόπο αθέμιτο και δυσανάλογο των κύκλο των δυνητικώς συμμετεχόντων στην παρούσα διαγωνιστική διαδικασία, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται και η Εταιρεία μας «φωτογραφίζουν» κατά τη γνώμη μας συμμετέχοντες με ιδιαίτερα προσόντα, και δεν συνδέονται αντικειμενικά και κατ' ανάλογο τρόπο με το ζητούμενο στην Διακήρυξη αντικείμενο, δημιουργούν αναιτιολόγητο αποκλεισμό, νοθεύουν τον υγιή ανταγωνισμό και εν γένει πλήττουν την αρχή της αναλογικότητας της διαφάνειας και της ισότιμης πρόσβασης στον διαγωνισμό, εφόσον δεν συνιστούν αναγκαίους όρους για την παροχή των αιτούμενων υπηρεσιών αντίθετα είναι αυθαίρετοι και αδικαιολόγητοι, καθώς και αλυσιτελείς».

Περαιτέρω θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του, ως άνωθι και αναφέρεται συγκεκριμένα στον ειδικό κύκλο εργασιών του:

«ΚΥΚΛΟΣ ΕΡΓΑΣΙΩΝ

για το έτος 2015 ανέρχεται στα 95.050,12€

για το έτος 2016 ανέρχεται στα 31.531,13€

για το έτος 2017 ανέρχεται στα 387.499,12€

για το χρονικό διάστημα από Ιανουάριο μέχρι και Μάιο 2018 ανέρχεται στα 892.471,87 €», ενώ β) σε σχέση με τον όρο της Διακήρυξης που αφορά την τεχνική επάρκεια, δεν διαθέτει, όπως προκύπτει από το συνυποβαλλόμενο κατάλογο έργων (ορ. Σχετικό 2) που έχουν ολοκληρωθεί και έργων που είναι σε εξέλιξη, δύο (2) παρόμοιου είδους και μεγέθους έργα, Δημόσιων ή Ιδιωτικών Νοσοκομείων διάρκειας τουλάχιστον ενός (1) έτους που να είναι σε

ισχύ.

Επομένως δεν καλύπτουμε δύο κριτήρια επιλογής (μη σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, κατά την ανάλυση που έπεται) και άρα η συμμετοχή μας στη διαγωνιστική διαδικασία καθίσταται αδύνατη εξ αυτού του λόγου. Ούτως, ακόμη και αν η Εταιρεία μας υποβάλει προσφορά, αυτή δεν είναι δυνατό να συμμορφώνεται με τη διακήρυξη και η υποβολή αυτή θα είναι άσκοπη, με πρόδηλη οικονομική ζημία μας.

Στη συνέχεια επικαλείται τα άρθρα 18 παρ. 1, 75 και 80 του ν. 4412/2016 καθώς και την αιτιολογική σκέψη 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και αναφέρει ότι «Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, έχουν τη δυνατότητα να ελέγχουν την "καταλληλότητα" των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικού ελέγχου του υποψηφίου. Η διαδικασία ποιοτικού ελέγχου περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων και τον έλεγχο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, αλλά και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου αναδόχου. Κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων καταλληλότητας των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε προσφέρων/αιτών οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις καταλληλότητας των υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο αυτής. Για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων είναι ανάλογα 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 (πρβλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13-απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων),

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

χωρίς πάντως αδικαιολόγητα να περιορίζεται ο ανταγωνισμός και ειδικά η πρόσβαση των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων στις δημόσιες Συμβάσεις, όπως περιγράφεται και στον "Ευρωπαϊκό Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις" (πρβλ. κατευθυντήρια Οδηγία 17- απόφαση 181/2016 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων). Στο πεδίο 4 του εν λόγω Κώδικα και δη 4.1 με τίτλο "Διατήρηση της αναλογικότητας των κριτηρίων επιλογής" διευκρινίζεται ότι οι οδηγίες της ΕΚ για τις δημόσιες συμβάσεις επαναδιακηρύσσουν ρητά τη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, σύμφωνα με την οποία τα κριτήρια χρηματοοικονομικών και οικονομικών δυνατοτήτων και τεχνικών ικανοτήτων πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης. Όλα τα κριτήρια επιλογής πρέπει να είναι σαφή και αναλογικά προς τη συγκεκριμένη σύμβαση και να μην εισάγουν διακρίσεις. Για παράδειγμα οι δυσανάλογες χρηματοοικονομικές απαιτήσεις των αναθετουσών αρχών (π.χ. τραπεζικές εγγυήσεις για την κάλυψη των κινδύνων που συνδέονται με τη διαδικασία ανάθεσης και την εκτέλεση μιας σύμβασης, ακόμη και εκείνων που εκφεύγουν του ελέγχου της επιχείρησης) αποτελούν εμπόδιο στη συμμετοχή των ΜΜΕ σε δημόσιες συμβάσεις. Επιπλέον, η αδικαιολόγητη και παρατεταμένη παρακράτηση των πόρων (π.χ. εγγύηση συμμετοχής) των οικονομικών φορέων πρέπει να αποφεύγεται και αντιθέτως πρέπει να ενθαρρύνεται η μείωση των οικονομικών εγγυήσεων κατ' αναλογία προς την εκτέλεση της σύμβασης.

Το Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/16 απαριθμεί εξαντλητικά τα στοιχεία βάσει των οποίων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αξιολογεί και να ελέγχει την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των διαγωνιζομένων. Σε κάθε περίπτωση, οι απαιτήσεις τόσο των κριτηρίων όσο και των αποδεικτικών μέσων αυτών κρίνονται **με βάση την αρχή της αναλογικότητας**. Επίσης, είναι σαφές ότι όλες οι πληροφορίες πρέπει να συνδέονται με τα στοιχεία και τα κριτήρια που απαριθμούνται στα σχετικά άρθρα της Οδηγίας. **Και στις δύο περιπτώσεις, οι πληροφορίες που ζητούνται πρέπει να είναι συνδεδεμένες και ανάλογες προς το αντικείμενο της σύμβασης.**

Με άλλα λόγια, σύμφωνα και με την αρχή της αναλογικότητας, θα πρέπει να λαμβάνεται **μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις και τα ζητούμενα δικαιολογητικά να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης**. Από το στοιχείο ή από τα στοιχεία δε που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή για να αποδειχθεί το ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, πρέπει να μπορεί **αντικειμενικά να** προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα. Επίσης το κατώτατο όριο που θα καθοριστεί **πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης**, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη οικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό. (βλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13- απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων).

Από τα εθνικά δικαστήρια έχει κριθεί ότι τα προσόντα που σχετίζονται με την οικονομική επάρκεια και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες πρέπει να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και ανάλογα με το σκοπό της, αλλά και **να είναι πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της ικανότητας των υποψηφίων**. (Βλ. ΣΤΕ ΕπΑν 660/2002, 528/2002, 990/2003). Η δε έλλειψη των σχετικών ικανοτήτων του συμμετέχοντος προς εκτέλεση της σύμβασης πρέπει να κρίνεται (κατά την εξέταση του φακέλου) με βάση τη συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση και όχι αφηρημένα (βλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13- απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων).

Βασικό επίσης κριτήριο ερμηνείας της προσφορότητας και καταλληλότητας των ποιοτικών κριτηρίων για την αντικειμενική διακρίβωση των ικανοτήτων των υποψηφίων αναδοχών είναι η **αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού**, σύμφωνα εξάλλου και του άρ. 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016, η οποία εντός του πλαισίου του ενωσιακού δικαίου συνιστά πρωταρχικό πυλώνα της ασκούμενης δια των δημοσίων συμβάσεων οικονομικής δραστηριότητας και θεμελιακή αξία για τις διαδικασίες ανάθεσής τους. Τούτο προκύπτει εξάλλου, αφενός από τη θέση των άρ. 101 επ. ΣΛΕΕ στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, αφετέρου από σωρεία προβλέψεων της οικείας Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι οποίες θέτουν τον

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

όχι απλώς ονομαστικό και θεωρητικό, αλλά αποτελεσματικό, βιώσιμο και ουσιώδη ανταγωνισμό (βλ. εν γένει περί «βιώσιμου» ανταγωνισμού ενδεικτικά σε ΔΕΕ, Απόφαση της 19ης Απριλίου 2012, C-549/10P TOMRA, Ψηφ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:221, ΠΕΚ Απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2007, T-201/04 Microsoft, Συλλογή 2007, σ. II- 3601, παρ. 436, Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Απόφαση της 13ης Αυγούστου 2003, 2003/741/EK στην Υπόθεση COMP D3/38.044-NDC Health/IMS Health: Interim Measures C(2003)2920, παρ. 15 περί βιώσιμου ανταγωνισμού) στο επίκεντρο και ως συστατικό του πυρήνα κάθε ειδικότερου κανόνα επί των δημοσίων συμβάσεων, άρα κάθε επιμέρους διαδικασίας και διάταξης (βλ. παρ. 1,7, 31, 32, 33, 36, 49, 50, 59, 61, 63, 69, 74, 78, 79, 90, 92 96 Προοιμίου και άρ. 24, 30, 32, 40, 41, 49, 57, 66, 67 Οδηγίας). Ειδικότερα, αυτό σημαίνει ότι η ως άνω αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού θα πρέπει να διέπει την κατά τα ως άνω συνδυασμένη εφαρμογή των παρ. 1 και 4 του άρ. 75 Ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα ότι τα όποια κριτήρια επιλογής περί τεχνικής επάρκειας δεν θα πρέπει να φθάνουν τέτοιο επίπεδο, ώστε να περιορίζουν δραστικά τον ανταγωνισμό, ακόμη και αν αφήνουν κάποιο έστω περιθώριο περιορισμένης εμφάνισής του, χωρίς τούτος ο περιορισμός να είναι απόλυτα αναγκαίος για τη διασφάλιση ομαλής εκτέλεσης του αντικειμένου της σύμβασης. Οι δε αρχές της σχετικότητας, αναλογικότητας και αντικειμενικής σύνδεσης των κριτηρίων αυτών με το αντικείμενο και τον σκοπό της σύμβασης πρέπει ομοίως να ερμηνεύονται υπό το ως άνω πρίσμα. Αυτά έχουν ως συνέπεια ότι μεταξύ άλλων τα όποια κριτήρια επιλογής, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δεν θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι υπό άλλη, ομοίως επαρκή για τη διασφάλιση της απαιτούμενης ικανότητας, θα μετείχαν, τονώνοντας ούτως τον ανταγωνισμό (ορ. Σκέψη 18 της 120/2017 Απόφασης της Αρχής Σας).

Επισημαίνεται δε ότι ο περιορισμός του ανταγωνισμού, θα πρέπει να ελέγχεται ακόμη περισσότερο σε σχέση με τον αποκλεισμό νεοσύστατων ή νεοεισερχόμενων σε έναν κλάδο επιχειρήσεων, ήτοι εκείνης της ομάδας οικονομικών φορέων που δύνανται να μεταβάλουν δυναμικά τον ανταγωνισμό

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

εντός μιας δεδομένης αγοράς.

Το σύνολο των ανωτέρω αρχών έχει παραβιάσει ευθέως η Αναθέτουσα Αρχή, με τη συμπερίληψη στη Διακήρυξη του υπό κρίση διαγωνισμού των δύο παράνομων, περιοριστικών του ανταγωνισμού και δυσανάλογων σε σχέση με την έκταση, τη φύση και τον προϋπολογισμό της υπό ανάθεση υπηρεσίας, όρων και δη :

α) του όρου που περιλαμβάνεται στη σελ. 15, παρ. 2.2.5 «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» της Διακήρυξης σύμφωνα με τον οποίο: «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς δηλώνουν ότι διαθέτουν/παρέχουν: ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τα ακόλουθα έτη (τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις). Από τις πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών, να προκύπτει ότι το ύψος του συνολικού ειδικού ετήσιου κύκλου εργασιών της επιχείρησης κατά έτος, είναι ίσο ή μεγαλύτερο με το 1/2 της προϋπολογισθείσας δαπάνης της διακήρυξης» και

β) του όρου που περιλαμβάνεται στη σελ. 16, παρ. 2.2.6 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» της Διακήρυξης, σύμφωνα με τον οποίο: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: να προσκομίσουν κατάλογο των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνία και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Απαιτούνται τουλάχιστον δύο (2) παρόμοιου είδους και μεγέθους έργα, Δημόσιων ή Ιδιωτικών Νοσοκομείων διάρκειας τουλάχιστον ενός (1) έτους που είναι σε ισχύ».

Με τους εν λόγω όρους δήθεν επιχειρείται η διακρίβωση της οικονομικής ευρωστίας των υποψηφίων και οικονομικής επάρκειας ως προς την εκτέλεση των υπό ανάθεση υπηρεσιών, ως και η διακρίβωση της εμπειρίας τους στην εκτέλεση παρόμοιων έργων που δήθεν διασφαλίζει στην Αναθέτουσα Αρχή την ομαλή εκτέλεση της σύμβασης, ενώ κατ' ουσίαν παραβιάζεται κατάφωρα ο υγιής ανταγωνισμός, χωρίς εμφανή δικαιολογητικό λόγο κατά τα ανωτέρω αναλυτικώς εκτεθεισόμενα.

Επί του όρου της διακήρυξης που αναφέρεται στην χρηματοοικονομική επάρκεια

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

Η εισαγωγή σε μια Διακήρυξη απαίτησης για τη διακρίβωση ενός ελάχιστου κύκλου εργασιών είτε γενικού είτε ειδικού εξυπηρετεί συγκεκριμένους σκοπούς και δη διασφαλίζει στην Αναθέτουσα Αρχή ότι οι υποψήφιοι ανάδοχοι αφενός μπορούν να εκτελέσουν τη σύμβαση, μαζί με τις άλλες οικονομικές υποχρεώσεις και δεσμεύσεις τους κατά την ίδια χρονική περίοδο, και αφετέρου είναι ικανοί να αντιμετωπίσουν τυχόν νομικές ευθύνες που θα προκύψουν από την εκτέλεση της σύμβασης (για παράδειγμα, παράβαση συμβατικής υποχρέωσης).

Ερευνητέο είναι λοιπόν, με βάση και τα όσα αναφέρθηκαν στο γενικό μέρος της παρούσας, αν το συγκεκριμένο κριτήριο διακρίβωσης της οικονομικής ικανότητας των υποψηφίων για την ανάθεση της συγκεκριμένης σύμβασης, που θέτει η προσβαλλόμενη Διακήρυξη (περί του ύψους του συνολικού ειδικού ετήσιου κύκλου εργασιών της επιχείρησης κατά έτος (για τα έτη 2015, 2016 και 2017), που πρέπει να είναι ίσο ή μεγαλύτερο με το 1/2 της προϋπολογισθείσας δαπάνης της διακήρυξης) συνιστά :

α) μια εύλογη προϋπόθεση διακρίβωσης της οικονομικής καταλληλότητας των υποψηφίων αναδοχών, β) ένα ανάλογο σε σχέση με την έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του κριτήριο και γ) ένα κριτήριο που δεν υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης, δηλαδή είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης υπό την έννοια ότι αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσεως για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό.

Η απάντηση που προσήκει στα ως άνω ερωτήματα, είναι, κατά τη γνώμη μας, αρνητική, εφόσον το παραπάνω κριτήριο, ως είναι διατυπωμένο, ούτε πρόσφορο, ούτε κατάλληλο είναι, αντίθετα παρίσταται ως ιδιαίτερα αυστηρό, δοθέντος άλλωστε ότι δεν επιτρέπει ισοδύναμες ή/και πιο ευέλικτες λύσεις.

Παρίσταται δηλαδή αδικαιολόγητη, υπερβολική και δυσανάλογη η απαίτηση της Διακήρυξης για ειδικό κύκλο εργασιών που θα είναι τουλάχιστον ίσος, κάθε έτος της τελευταίας τριετίας, δηλαδή και το έτος 2015 και το έτος 2016 και το έτος 2017 με το 1/2 της προϋπολογισθείσας δαπάνης της σύμβασης, ενώ μία εξίσου αποτελεσματική αλλά ηπιότερα διατυπωμένη απαίτηση θα αρκείτο στο

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

να παρουσιάζει ο οικονομικός φορέας όχι κάθε έτος της τελευταίας τριετίας αλλά ένα από τα έτη της τελευταίας τριετίας ειδικό κύκλο εργασιών που θα είναι τουλάχιστον ίσος, με το % της προϋπολογισθείσας δαπάνης της σύμβασης. Εναλλακτικά η Διακήρυξη θα μπορούσε να ζητά αθροιστικά (συνολικά δηλαδή) ο ειδικός κύκλος εργασιών των τριών τελευταίων πριν την προκήρυξη του διαγωνισμού ετών να είναι τουλάχιστον ίσος, με το 1/2 της προϋπολογισθείσας δαπάνης της σύμβασης.

Και τούτο διότι αυτό που επιδιώκει τελικά να διασφαλίσει η Αναθέτουσα Αρχή με τον εν λόγω όρο είναι ότι ο ανάδοχος θα μπορεί επαρκώς και καταλλήλως να καλύψει τις οικονομικές του υποχρεώσεις, διασφάλιση που του την προσφέρει εξίσου **επαρκώς** η κάλυψη της προϋπόθεσης που θέτει η Διακήρυξη έστω και για ένα έτος σε βάθος τριετίας πριν από τη διενέργεια του διαγωνισμού ή ο συνολικός υπολογισμός του ειδικού κύκλου εργασιών σε βάθος τριετίας, προϋποθέσει που καλύπτει η Εταιρεία μας η οποία εμφανίζει τον κάτωθι ειδικό κύκλο εργασιών:

### **ΕΙΔΙΚΟΣ ΚΥΚΛΟΣ ΕΡΓΑΣΙΩΝ**

για το έτος 2015 ανέρχεται στα 95.050,12€

για το έτος 2016 ανέρχεται στα 31.531,13€

για το έτος 2017 ανέρχεται στα 387.499,12€

για το χρονικό διάστημα από Ιανουάριο μέχρι και Μάιο 2018 ανέρχεται στα 892.471,87 €

**ΣΥΝΟΛΟ**                    1.406.552,24 €

Από τα ανωτέρω οικονομικά στοιχεία συνάγεται ότι η Εταιρεία μας σημειώνει ανοδική και δυναμική εξέλιξη στο αντικείμενο της Διακήρυξης με τον ειδικό κύκλο εργασιών της το έτος 2017 και 2018 να ξεπερνά κατά πολύ τον ελάχιστο κύκλο εργασιών που απαιτεί η Διακήρυξη. Μάλιστα ειδικώς το γεγονός ότι διαθέτει τέτοιο κύκλο εργασιών, το τελευταίο πριν τη διεξαγωγή του διαγωνισμού έτος, παρέχει πρόσθετες εξασφαλίσεις στην Αναθέτουσα για την οικονομική της ευρωστία και ικανότητα να ανταπεξέλθει στις απαιτήσεις της Διακήρυξης, δοθέντος ότι υπερκαλύπτει πολλαπλάσια τις απαιτήσεις οικονομικής επάρκειας που έθεσε για τους υποψηφίους η οικεία Διακήρυξη και αποδεικνύει ότι ο συμμετέχων οικονομικός φορέας, εν προκειμένω η Εταιρεία μας, έχει επαρκή πρόσφατο κύκλο εργασιών, άρα και τακτική ανακύκλωση των

διαθεσίμων της.

Μάλιστα το γεγονός ότι η Αναθέτουσα Αρχή ζητά από τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα, προς απόδειξη της τεχνικής του επάρκειας, να διαθέτει κατά την ημεροχρονολογία υποβολής της προσφοράς του δύο τουλάχιστον παρόμοιες συμβάσεις εν ισχύ, (δηλαδή εργολαβίες που να «τρέχουν» παράλληλα), γεγονός που από μόνο του αποδεικνύει την εξασφάλιση χρηματοροών και από άλλες πηγές για τον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, πιστοποιεί ότι ο εν λόγω όρος, τόσο ανεξάρτητα ιδωμένος, όσο και σε συνδυασμό με εκείνον της τεχνικής επάρκειας, θέτει ιδιαίτερος αυστηρές και σωρευτικά απαιτούμενες προϋποθέσεις ελάχιστης χρηματοοικονομικής επάρκειας σε σύνθετες έργα καθαρισμού κτηρίων, που παρίστανται δυσανάλογες σε σχέση με το αντικείμενο της επίμαχης σύμβασης και παρακωλύουν υπέρμετρα την πρόσβαση των ενδιαφερομένων στον διαγωνισμό.

Η συγκεκριμένη επιλογή της Αναθέτουσας Αρχής, πρακτικά συνεπάγεται ότι αν ένας οικονομικός φορέας σε βάθος τριετίας πριν τη διενέργεια του διαγωνισμού είχε μια κακή επιχειρηματική χρονιά, αλλά στο μεταξύ ανέκαμψε και ανέλαβε έργα που υπερκαλύπτουν τον προϋπολογισμό της εξεταζόμενης σύμβασης, *a priori* αποκλείεται από τη διαγωνιστική διαδικασία, χωρίς όμως να μπορεί επαρκώς να υποστηριχθεί ότι αδυνατεί να ανταποκριθεί στις ανάγκες των αιτούμενων υπηρεσιών, με τρανότερο παράδειγμα της περίπτωση της Εταιρείας μας η οποία αν και εμφανίζει κύκλο εργασιών το έτος 2017 που υπερκαλύπτει τον ελάχιστο ετήσιο που ζητά η Διακήρυξη, (ενώ παράλληλα το τελευταίο επτάμηνο πριν την δημοσίευση της Προκήρυξης έχει εκτελέσει έργα καθαρισμού που ξεπερνούν τον προϋπολογισμό της παρούσας Διακήρυξης), όπερ επιβεβαιώνει την ταχύτητα ανοδική και επιτυχημένη πορεία της στη συγκεκριμένη αγορά, εντούτοις αδυνατεί να συμμετάσχει στη συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία.

Σε κάθε περίπτωση τονίζεται ότι η Εταιρεία μας δραστηριοποιείται κατ' ουσίαν στη συγκεκριμένη αγορά της παροχής υπηρεσιών καθαρισμού από το έτος 2014. Κι ενώ αν ήταν παντελώς νεοσύστατη ή νεοεισερχόμενη επιχείρηση στο χώρο και δεν εμφάνιζε καθόλου κύκλο εργασιών για τα έτη 2015 και 2016 και εμφάνιζε μόνο κύκλο εργασιών για το έτος 2017 (ύψους 387.499,12€), θα

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

μπορούσε να συμμετάσχει στον κρινόμενο διαγωνισμό (κατά την πάγια νομολογία που ορίζει ότι οι ενδιαφερόμενες να μετάσχουν στον διαγωνισμό επιχειρήσεις, οι οποίες έχουν λιγότερο από τρία έτη λειτουργίας, δεν αποκλείονται εκ του λόγου τούτου από την συμμετοχή στον διαγωνισμό, αλλά δύνανται να προσκομίσουν κατάλογο μόνο για το αντίστοιχο διάστημα που λειτουργούν ή που έχουν εισέλθει στη συγκεκριμένη αγορά [πρβλ. ΕΑ 1239/2009, 491/2006, 1241/2006, 300/1999, ΣτΕ 3899/2005], δυνατότητα που άλλωστε χορηγεί και η κρινόμενη Διακήρυξη (ορ. Παρ. 2.2.9.2. περ, Β.3). που υποχρεώνει σε προσκόμιση δήλωσης περί του κύκλου εργασιών συναρτήσει της έναρξης δραστηριοτήτων του οικονομικού φορέα] η «ατυχία» της Εταιρείας μας να δραστηριοποιείται για όλη την τριετία πριν τη διενέργεια του διαγωνισμού, την εμποδίζει τελικώς από το να υποβάλει παραδεκτή προσφορά.

Εκ των ανωτέρω καθίσταται προφανής η αδικία του εν λόγω όρου, δοθέντος ότι η Αναθέτουσα Αρχή θα ήτο υποχρεωμένη να δεχθεί επιχείρηση που μόλις έχει δραστηριοποιηθεί στην αγορά, αλλά διαθέτει σχετική οικονομική ευρωστία (που υπερβαίνει το 1/2 του προϋπολογισμού της Διακήρυξης) , ενώ αντίθετα θα αρνηθεί τη συμμετοχή στο διαγωνισμό άλλης Εταιρείας, με ανάλογη οικονομική ευρωστία επειδή «έτυχε» να δραστηριοποιείται στο χώρο περισσότερο από τρία έτη (εν προκειμένω τέσσερα).

Παρέπεται εκ των ανωτέρω ότι μια ορθά διατυπούμενη απαίτηση για την κάλυψη της ελάχιστης οικονομικής επάρκειας θα ήτο να εμφανίζει ο υποψήφιος οικονομικός φορέας σε ένα από τα τρία έτη σε βάθος τριετίας ελάχιστο ύψος ειδικού ετήσιου κύκλου εργασιών, ίσο ή μεγαλύτερο με το 1/2 της προϋπολογισθείσας δαπάνης της διακήρυξης ή εναλλακτικά αθροιστικά για τα τρία έτη, κριτήρια που και συνεκτιμούν τη συνολική πορεία του οικονομικού φορέα σε βάθος τριετίας, αλλά από την άλλη συνιστούν λιγότερο επαχθή και περιοριστικά του ανταγωνισμού μέτρα, αφού διευρύνουν τον κύκλο των δυνητικών συμμετεχόντων και οπωσδήποτε δίνουν «ευκαιρία» για μεγαλύτερη συμμετοχή, από τον εξεταζόμενο όρο που θέτει ελάχιστα όρια ειδικού κύκλου εργασιών για κάθε έτος της τριετίας.

Λαμβανομένου δε υπόψη, ότι η σύμβαση δεν θα είναι πολυετής και ιδιαίτερα μακροχρόνια, αλλά θα έχει διάρκεια καταρχήν 1 έτους με μονομερές δικαίωμα

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

τρίμηνης παράτασης, το ως άνω κριτήριο καθίσταται έτι προφανέστερα δυσανάλογο και υπερβολικά αυστηρό.

Παρέπεται δε ότι σε κανένα σημείο του ν. 4412/2016 δεν αναφέρεται ως νόμιμη απαίτηση η διακρίβωση ελάχιστης οικονομικής επάρκειας, η δυνατότητα της Αναθέτουσας Αρχής να υποχρεώνει έναν φορέα να καλύπτει ένα ελάχιστο ύψος ειδικού κύκλου εργασιών, συνεχόμενα για τα τρία τελευταία έτη πριν τη διενέργεια του διαγωνισμού .

Πολύ χρήσιμες σε σχέση με το θέμα που εξετάζουμε είναι και οι σκέψεις της πλέον πρόσφατης Απόφασης του Ελεγκτικού Συνεδρίου Έκλιμακίου (151/2018), που απαντά και σε μια σειρά από επιχειρήματα που είθισται να προβάλλουν οι Αναθέτουσες Αρχές για να δικαιολογήσουν τις δυσανάλογες και ανατιολόγητα περιοριστικές του ανταγωνισμού απαιτήσεις, που εμποδίζουν την ισότιμη αξίωση για ανάληψη συμβάσεων από μικρές και μεσαίες επιχειρήσεις, ως είναι και η δική μας. Σύμφωνα με τις σκέψεις της εν λόγω Απόφασης του Ελεγκτικού Συνεδρίου : « Ειδικά οι όροι που αφορούν στον απαιτούμενο ελάχιστο γενικό και ειδικό κύκλο εργασιών δεν καθίστανται ανάλογοι εκ μόνου του γεγονότος ότι δεν υπερβαίνουν αυτοτελώς το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, αφού τούτο συνιστά ανώτατο (καταρχήν) επιτρεπτό όριο που προβλέπεται στο άρθρο 75 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και όχι όριο στο οποίο δύναται άνευ ετέρου να προσφύγει η αναθέτουσα αρχή. Ούτε ασκεί έννομη επιρροή η δυνατότητα του υποψηφίου να καλύψει τις σχετικές απαιτήσεις στηριζόμενος στις ικανότητες άλλων φορέων (άρθρο 78 ν. 4412/2016) ή συμμετέχοντας σε ένωση οικονομικών φορέων (άρθρο 19 παρ. 2 ν. 4412/2016), καθόσον τούτο συνιστά δικαίωμα των ίδιων των υποψηφίων που κατοχυρώνεται σε όλους τους διαγωνισμούς και όχι βάση υπέρ της αναθέτουσας αρχής για την εισαγωγή όρων καταλληλότητας που δεν δικαιολογούνται ευλόγως από το αντικείμενο της σύμβασης καθ' εαυτό (C-76/16, σκ.33, C -218/11 σκ.29, E Κλιμάκιο 116/2018, 119/201, 212/2017,237/2017,240/2017, 181,322,372,462/2017 κ.α).Για το λόγο αυτό καθίσταται μη σύνομη η ελεγχόμενη διαδικασία και επομένως κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης.

Σημειωτέον ότι τις ίδιες σκέψεις έχει διατυπώσει και η αρχή σας στην υπ. αριθμ. 39/2017 Απόφασή της (σκέψη 7), σύμφωνα με την οποία : «Πλην όμως, παρότι η ως άνω ευχέρεια θα πρέπει καταρχήν να λαμβάνεται υπόψη όταν κρίνεται η

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

τυχόν δυσαναλογία ενός κριτηρίου επιλογής, δεν δύναται να νομιμοποιήσει κάθε είδους και μεγέθους περιορισμό στον ανταγωνισμό, θα πρέπει δε να συνεκτιμάται μετά του ανά περίπτωση κινδύνου δραστικού περιορισμού του και δη σε σχέση με τη φύση της προκειμένης αγοράς. Τούτο, διότι η ως άνω στήριξη δεν παρέχεται κατά κανόνα ατελώς από τους στηρίζοντες φορείς, οι οποίοι σε κάθε περίπτωση άμεσα ή έμμεσα συνήθως μετέχουν στο επιχειρηματικό κέρδος από την τυχόν ανάθεση της σύμβασης, προκειμένου να συμπράξουν. Αυτό έχει ως αποτέλεσμα να μην οι στηριζόμενοι φορείς να επιλύουν το θέμα απόκρισής τους στους όρους της διακήρυξης, χωρίς να δύναται να ανταγωνιστούν επί ίσοις όροις στο δικό τους κόστος συμμετοχής στον διαγωνισμό ως και το μέγεθος της οικονομικής τους προσφοράς θα πρέπει να συνυπολογίσουν και το ειδικότερο κόστος που επάγεται η στήριξη από τους έτερους φορείς. Τα παραπάνω έχουν ιδιαίτερα μάλιστα σημασία, όταν ο διαγωνισμός διενεργείται με κριτήριο ανάθεσης τη συμφερότερη προσφορά βάσει αποκλειστικά τιμής, όπως εν προκειμένω, όπου δηλαδή η επιλογή θα λάβει αποκλειστικά χώρα βάσει οικονομικής προσφοράς, άρα το κόστος της τελευταίας έχει καίρια σημασία για την ανταγωνιστικότητα της συμμετοχής του υποψηφίου αναδόχου και την εκ μέρους του δυνατότητα επίτευξης ανακήρυξης του σε ανάδοχο. Και αυτό, αφού τα κριτήρια επιλογής που, περιορίζοντας τις δυνατότητες συμμετοχής, υποχρεώνουν τον υποψήφιο να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, του επιρρίπτουν έτσι ένα μη αμελητέο κόστος με το οποίο επιβαρύνεται η προσφορά του, άρα και η δυνατότητα εκ μέρους του υποβολής της προσφοράς με τη χαμηλότερη τιμή, στην ουσία θέτουν δυσμενή εις βάρος του διάκριση, αίρουν την ισότιμη μεταχείρισή του και σε κάθε περίπτωση μειώνουν την αποτελεσματικότητα του εκ μέρους του ασκούμενου ανταγωνισμού, αφού η δική του δυνατότητα διαμόρφωσης χαμηλής τιμής τελεί υπό σοβαρό περιορισμό, η δε ευχέρεια στήριξης στις ικανότητες άλλων φορέων, δεν αίρει κατ' αποτέλεσμα το ανταγωνιστικό αντικίνητρο. Άρα η ευχέρεια αυτή δεν αποκλείει τον κατά τα ως άνω έλεγχο των κριτηρίων επιλογής βάσει της σύνδεσης τους με το αντικείμενο της σύμβασης, του απαραίτητου, κατάλληλου και ανάλογου ως προς το περιεχόμενό της χαρακτήρα τους και του περιορισμού του ανταγωνισμού. Αυτά ισχύουν περισσότερο, ιδίως σε μια αγορά όπως η προκειμένη, όπου ο ανταγωνισμός είναι ήδη περιορισμένος (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 9ης Νοεμβρίου 1983, C322/81 *Michellin I*, Συλλογή 1983, σ. 3461, σκ. 57, Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέα, σε Συνεκδ. Υποδ. C-395-396/96P *Compagnie Maritime Beige*, Συλλογή 2000, σ. 1-1365, σκ.

## **Αριθμός απόφασης: Α288/2018**

137, Απόφαση της 14ης Νοεμβρίου 1996, C-333/94P Tetra Pak it, Συλλογή 1996, σ. 1-5951, σκ. 28, 31, 48, 7 ΠΕΚ, Απόφαση της 7ης Οκτωβρίου 1999, T-228/97, Irish Sugar κατά Επιτροπής Συλλογή 1999, σ. 11-2969, σκ. 185 και ΠΕΚ, Απόφαση της 8ης Οκτωβρίου 1996, Συνεκδ. Υποδ. T-24-26 & 28/93 Compagnie Maritime Beige, Συλλογή 1996, σ. 11-1201, σκ. 106-107, περί της επιταμένης ανάγκης προστασίας του ανταγωνισμού σε αγορές με ήδη υψηλή συγκέντρωση και εν γένει περιορισμένο ανταγωνισμό), άρα η όποια στήριξη από τρίτους φορείς αφενός δεν είναι ευχερής, αφετέρου κατά τεκμήριο τείνει, λόγω περιορισμένου αριθμού δυνάμενων να στηρίξουν φορέων, προς υψηλό κόστος».

Εν κατακλείδι, η προσβαλλόμενη απαίτηση είναι, κατά τη γνώμη μας, πρόδηλα δυσβάσταχτη, εντελώς δυσανάλογη σε σχέση με την έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, τον προϋπολογισμό του και εν γένει τη σπουδαιότητά του που προφανώς υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεσης σύμβασης, αποκλείοντας ομοίως προδήλως τη συμμετοχή σε αυτόν των μικρομεσαίων επιχειρήσεων, οι οποίες σε διαφορετική περίπτωση θα μπορούσαν λόγω της έκτασης έκτασης και του προϋπολογισμού του έργου να συμμετάσχουν στην πρόσκληση του φορέα σας, μεταξύ δε των αναίτια αποκλεισμένων επιχειρήσεων ένεκα του συγκεκριμένου εντελώς παράνομου όρου, περιλαμβάνεται και η εταιρεία μας.

Επομένως ο εν λόγω όρος είναι παράνομος, αντίθετος στον ενωσιακό και εθνικό δίκαιο και θα πρέπει να ακυρωθεί από την Αρχή Σας.

### **ΕΠΙ ΤΟΥ ΟΡΟΥ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΠΟΥ ΑΝΑΦΕΡΕΤΑΙ ΣΤΗΝ ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΠΑΓΓΛΕΜΑΤΙΚΗ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ ΤΩΝ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ**

Από το λεκτικό της Οδηγίας 2014/24/EK (άρθρο 58 παρ. 5 που ορίζει ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τα απαιτούμενα κριτήρια συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, ...» προκύπτει, ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί για παράδειγμα να προσδιορίζει τις ελάχιστες απαιτήσεις της για την τεκμηρίωση της επαγγελματικής και τεχνικής επάρκειας των υποψήφιων/προσφερόντων οικονομικών φορέων, με αναφορά π.χ. στην προηγούμενη υλοποίηση συναφούς αντικειμένου συμβάσεων - στο είδος των έργων, των υπηρεσιών ή των προμηθειών για τις οποίες απαιτείται η ύπαρξη εμπειρίας, - στον απαιτούμενο αριθμό ολοκληρωμένων συμβάσεων εντός ορισμένου διαστήματος συνοδευόμενο από πιστοποιητικά καλής εκτέλεσης-

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

στον απαιτούμενο προϋπολογισμό των αναφερόμενων συμβάσεων.

Σύμφωνα όμως και με όσα αναπτύχθηκαν στο γενικό μέρος της παρούσας, δεν επιτρέπεται οι απαιτήσεις τεχνικής ικανότητας να εισάγουν δυσανάλογους και ανατιολόγητους περιορισμούς σε σχέση με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης κατά παράβαση της αρχής της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων.

Εν προκειμένω όμως και σε αντίθεση με όλα τα παραπάνω, ο συγκεκριμένος όρος της Διακήρυξης, περιέχει παραβίαση των ανωτέρω αρχών που εκφράζεται με την εισαγωγή αθέμιτου περιορισμού των δυνητικώς συμμετεχόντων στο διαγωνισμό μεταξύ των οποίων και η Εταιρεία μας, δοθέντος ότι αξιώνει την απόδειξη της εμπειρίας μόνο δια της προσκόμισης εν ισχύ συμβάσεων καθαρισμού **αποκλειστικά σε άλλα δημόσια ή ιδιωτικά Νοσοκομεία**, δηλαδή αποκλείει την εμπειρία που αποκτήθηκε σε άλλους φορείς και Ιδρύματα πλην των Νοσοκομειακών Ιδρυμάτων.

Η εν λόγω απαίτηση, ως είναι διατυπωμένη, προδήλως αποκλείει ανατιολόγητα φορείς που διαθέτουν μεγάλη εμπειρία στον καθαρισμό κτηρίων διαφόρων υπηρεσιών, που όμως δεν είναι αποκλειστικά Νοσοκομεία, ως είναι και η Εταιρεία μας, η οποία τυγχάνει την στιγμή της διενέργειας του διαγωνισμού, να διαθέτει εν ισχύ συμβάσεις με άλλες δημόσιες υπηρεσίες ως φυσικά και με ιδιωτικούς φορείς (ορ. Τον συνυποβαλλόμενο με την παρούσα, ως Σχετικό 2 κατάλογο που περιλαμβάνει τόσο τα ολοκληρωμένα έργα που έχει εκτελέσει η Εταιρεία μας με βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης όσο και με τα εν ισχύ έργα), αλλά όχι με Νοσηλευτικά Ιδρύματα.

Την ανωτέρω παραδοχή, περί αθέμιτου εξ αυτού του λόγου όρου, που θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό, έχει ήδη υιοθετήσει η Αρχή Σας [ορ. Απόφαση ΑΕΠΠ 21/2017 (σκέψη 13)], όπου προς τεκμηρίωση της κρίσης της περί εισαγωγής αθέμιτων κριτηρίων τεχνικής επάρκειας σε Διακήρυξη, παραπέμπει στην Απόφαση 399/2012 Ζ Κλιμακίου Ελεγκτικού Συνεδρίου με την οποία κρίθηκε ότι :

Ομοίως περιοριστικοί του ανταγωνισμού και του δικαιώματος προσβάσεως στον διαγωνισμό όλων των οικονομικών φορέων, που δραστηριοποιούνται νομίμως στο συγκεκριμένο οικονομικό κλάδο είναι η απαίτηση της διακηρύξεως να έχουν οι υποψήφιοι εμπειρία σε παροχή υπηρεσιών

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

εστίασεως νοσοκομειακών και μόνο μονάδων η δε σίτιση ευπαθών εν γένει πληθυσμών, παρά την εννοιολογική αοριστία της, προσμετράται μόνο βαθμολογικώς και όχι επί ποινή αποκλεισμού των υποψηφίων. Ειδικότερα, από το συνδυασμό των άρθρων 8 α παρ.1 και 8 παρ. 2 του π.δ/τος 118/2007 συνάγεται ότι για την απόδειξη της επαγγελματικής και τεχνικής επάρκειας των υποψηφίων απαιτείται η προσκόμιση δικαιολογητικών αφορώντων, μεταξύ άλλων, στον τεχνικό εξοπλισμό, το προσωπικό, την παραγωγική δυνατότητα της επιχειρήσεως και τα δείγματα των προσφερόμενων από αυτήν προϊόντων, από τα οποία η αναθέτουσα αρχή οφείλει να συναγάγει την καταλληλότητα των υποψηφίων και να ελέγξει εάν εντάσσονται στις ελάχιστες απαιτήσεις της. Επομένως, η προσθήκη ως πρόσθετου όρου ότι η σχετική εμπειρία πρέπει να έχει αποκτηθεί σε νοσοκομειακές μονάδες και μόνο, χωρίς να αρκεί η εμπειρία σε δραστηριότητες μαζικής εστίασεως συγκεκριμένου αριθμού ατόμων σε άλλου τύπου ιδρύματα, ο τεχνικός εξοπλισμός, το προσωπικό και η αποδεδειγμένη παρασκευή των μερίδων βάσει των τεχνικών προδιαγραφών της διακηρύξεως με την προσκόμιση δείγματος, συνιστά περιορισμό τέτοιο που υπερακοντίζει τον επιδιωκόμενο σκοπό αφού περιορίζει στην πρόσβαση στο αντικείμενο της αναθέσεως μόνο σε επιχειρήσεις δραστηριοποιούμενες στον τομέα της εστίασεως σε νοσοκομεία, χωρίς αποχρώντα δικαιολογητικό λόγο. Και τούτο, διότι η ανταπόκριση του υποψηφίου στις ειδικές προδιαγραφές και ανάγκες σίτισεως ασθενών και προσωπικού των νοσοκομείων θα μπορούσε να ελεγχθεί προσηκόντως με ηπιότερες ελάχιστες προϋποθέσεις, βάσει της εμπειρίας σε υπηρεσίες μαζικής εστίασεως σε ημερήσια βάση και σύμφωνα με δεδομένα αριθμητικά κριτήρια ανταποκρινόμενα στις ποσοτικές ανάγκες της αναθέσεως, η δε ποιότητα των τροφίμων διά της δοκιμής δείγματος από τους υποψηφίους.

Πράγματι, η διατύπωση του κριτηρίου εμπειρίας βάσει αποκλειστικά της φύσης του φορέα στον οποίο θα παρασχεθούν οι υπηρεσίες καθαρισμού, πάσχει, διότι εξαρτά την προσμέτρηση της εμπειρίας αποκλειστικά από το αν πρόκειται για παροχή υπηρεσιών καθαριότητας σε **Νοσοκομείο**, χωρίς να εξηγείται πειστικά γιατί η εμπειρία του αναδόχου σε οιασδήποτε φύσης άλλες Μονάδες, όπως Αερολιμένες, Κέντρα Αποκατάστασης κλπ, Δικαστήρια κλπ, δεν επαρκούν για να του προσδώσουν την αναγκαία εκ της Διακηρύξεως

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

καταλληλότητα, αλλά η τελευταία συνέχεται αναγκαστικά με χώρους Νοσοκομείων. Δοθέντος ότι η ικανότητα ενός οικονομικού φορέα να ανταποκριθεί ικανοποιητικά στον καθαρισμό εντός χώρου συνέχεται με ζητήματα όπως: α) η έκταση του κτηρίου (δηλαδή αν διαθέτει την υλικοτεχνική υποδομή και το προσωπικό να ανταποκριθεί σε καθαρισμό κτηρίων πολλών τετραγωνικών μέτρων), β) οι ώρες λειτουργίας του φορέα και οι ανάγκες του ανά 24ωρο για καθαρισμό (π.χ. απαιτείται ή όχι διαρκής καθαρισμός των χώρων με εναλλασσόμενες βάρδιες προσωπικού) κλπ, το κρίσιμο εν προκειμένω στοιχείο, δεν είναι αν ο φορέας στον οποίο έχουν παρασχεθεί υπηρεσίες καθαριότητας είναι αποκλειστικά Νοσοκομείο, αλλά αν έχουν παρασχεθεί υπηρεσίες καθαριότητας σε φορείς με αντίστοιχες ανάγκες (είτε σε έκταση χώρων, είτε σε χρόνους λειτουργίας) με αυτές ενός Νοσοκομείου.

Άλλοις λόγοις, το όλως περιοριστικό κριτήριο που θέτει η Διακήρυξη, δηλαδή εμπειρία και μάλιστα όχι προηγούμενη αλλά ταυτόχρονη ειδικώς και αποκλειστικώς με Νοσηλευτικά Ιδρύματα, δεν είναι πρόσφορο για να διακριβώσει την εμπειρία του αναδόχου, σε αυτό καθαυτό το αντικείμενο που θα έπρεπε να είναι κρίσιμο για την αιτούμενη εμπειρία, που είναι τελικά ο αποδοτικός και επαρκής καθαρισμός των κτηρίων που θα παρασχεθούν οι υπηρεσίες».

Ένας ορθός και δικαιολογημένης δείκτης εμπειρίας δεν θα πρέπει να εκφράζεται έμμεσα μέσω της μορφής των αντισυμβαλλόμενων δια των οποίων επετεύχθη (ειδικώς Νοσηλευτικά Ιδρύματα), αλλά άμεσα βάσει του ίδιου του εκτελεσμένου όντως αντικείμενου. Συνεπώς, ένα δικαιολογημένο κριτήριο εμπειρίας επί της προκείμενης διακήρυξης, το οποίο θα δύνατο να εξασφαλίσει ικανοποιητική εμπειρία στο οικείο αντικείμενο, άνευ άσκοπης και άνισης απώλειας εμπειρίας προς προσμέτρηση, θα ήταν η εκτέλεση παρόμοιου αντικείμενου και προϋπολογισμού συμβάσεις με δημόσιους και ιδιωτικούς φορείς, χωρίς αποκλειστική αναφορά σε Νοσηλευτικά Ιδρύματα.

Δεν πρέπει άλλωστε να παραγνωρισθεί, ότι η προκήρυξη με κριτήριο ανάθεσης τη συμφερότερη προσφορά βάσει χαμηλότερης τιμής προσιδιάζει σε διαγωνισμούς, όπου η αναθέτουσα καθορίζει μεν ένα ελάχιστο αποδεκτό όριο επάρκειας, ώστε να μην είναι δυνατό να προχωρήσει προσφορά ακατάλληλη, αλλά, αρκούμενη σε αυτή την ελάχιστη επάρκεια, επικεντρώνει περαιτέρω στη

## **Αριθμός απόφασης: Α288/2018**

μείωση του κόστους. Και ναι μεν, ανάγεται στην αναθέτουσα και την ειδική ανά περίπτωση στόχευσή της να επιλέξει το κριτήριο ανάθεσης, πλην όμως ο συνδυασμός της επιλογής ως κριτηρίου ανάθεσης της χαμηλότερης τιμής με ιδιαίτερα περιοριστικές απαιτήσεις, αναγόμενες στην τεχνική ικανότητα, καταλήγει τελικώς σε ένα κριτήριο που διακινδυνεύει στρεβλώσεις του ανταγωνισμού.

Μετά των ανωτέρω, πρέπει να συνεκτιμηθεί εξάλλου, ότι στην προκειμένη διακήρυξη τίθεται σωρεία επιμέρους τεχνικών όρων, προδιαγραφών, κριτηρίων και εν γένει προβλέψεων, οι οποίες αφενός, αν μη τι άλλο, αποσκοπούν στη διασφάλιση τεχνικής επάρκειας και ικανότητας, αφετέρου, κατ' αποτέλεσμα περιορίζουν τον κύκλο των υποψηφίων αναδοχών. Και αυτό αιτιολογείται προφανώς ως εκ του αντικειμένου της σύμβασης, του οποίου η νόμιμη εκτέλεση ούτως ή άλλως απαιτεί τη συμμόρφωση με πλήθος ρυθμιστικά τιθέμενων τεχνικών προδιαγραφών, όπως αποτυπώνονται στο σύνολο του Παραρτήματος IV - ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ και αναφέρονται σε ένα σύνολο εξοπλισμού και μέσων που περιγράφονται αναλυτικά στο ως άνω Παράρτημα και συνιστούν απαραίτητο στοιχείο για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων. Επομένως, υπό όλα τα ως άνω στοιχεία και δεδομένα δεν μπορεί βάσιμα να αιτιολογηθεί για ποιο λόγο, το στοιχείο των δύο εν ισχύ συμβάσεων είναι απαραίτητο για να εξασφαλίσει την, κατά τα ανωτέρω εντός πλαισίου διαγωνισμού με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή, ελάχιστη απαιτούμενη επάρκεια, ως να μην μπορεί να διασφαλισθεί από όλα τα υπόλοιπα απαιτούμενα πιστοποιητικά, μέσα, εξοπλισμό, πρότυπα και άδειες.

Το γεγονός ότι ο όρος αυτός εισάγει αθέμιτη διάκριση, πιθανότατα προς όφελος μεμονωμένων υποψηφίων, έχει κριθεί και από τη νομολογία των Δικαστηρίων, όπως η νομολογία αυτή παρατίθεται και στην Κατευθυντήρια οδηγία 13 της ΕΑΑΔΗΣΥ, στο πλαίσιο χορήγησης παραδειγμάτων ανεπίτρεπτων και παρανόμων κριτηρίων τεχνικής ικανότητας που τέθηκαν από Αναθέτουσες Αρχές σε Διακηρύξεις. Σύμφωνα με την διατύπωση της εν λόγω Οδηγίας για το επίμαχο ζήτημα : «Ακολούθως, τα εθνικά δικαστήρια έκριναν (σ. Με παραπομπή στη Σ.τ.Ε. 1135/2010) ότι λ.χ. η προβλεπόμενη στην διακήρυξη απαίτηση να υποβληθεί, επί ποινή απαράδεκτου, από τον ενδιαφερόμενο προμηθευτή

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

πελατολόγιο νοσοκομείων, στα οποία είναι εγκατεστημένο το προσφερόμενο μηχάνημα, δεν βρίσκει έρεισμα στο άρθρο 46 του π. δ. 60/2007, το οποίο δεν προβλέπει τέτοιο κατάλογο αλλά «την υποβολή καταλόγου των κυριότερων παραδόσεων ή υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν κατά την προηγούμενη τριετία, με αναφορά του **αντίστοιχου** ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη». Επίσης, έχει κριθεί ότι η απαίτηση να έχει καταστεί το προσφερόμενο μηχάνημα αντικείμενο προμήθειας σε δημόσια ή πανεπιστημιακά νοσοκομεία δημιουργεί αδικαιολόγητα εμπόδια στον ελεύθερο ανταγωνισμό και αντίκειται στην αρχή της ίσης μεταχείρισης.... Τέλος, έχει κριθεί (με παραπομπή **στις** 491/2009 ΕΑ ΣΤΕ και 573/2009 ΕΑ ΣΤΕ) ότι, όταν οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με παραπομπή σε τεχνικές εγκρίσεις ή τεχνικά συστήματα αναφοράς που εκπονούνται από οργανισμούς τυποποίησης, η επιπρόσθετη απαίτηση της διακηρύξεως να κατατεθεί επί ποινή αποκλεισμού κατάλογος πελατολογίου του συγκεκριμένου αυτού είδους, και **Μάλιστα** μόνον σε δημόσια Νοσοκομεία προκαλεί αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό, εφόσον με αυτήν αποκλείονται φορείς που προσφέρουν είδη πληρούντα όλες τις τεχνικές προδιαγραφές, επειδή δεν έχουν ακόμη αποκτήσει πελατολόγιο σε δημόσια νοσοκομεία».

Με δεδομένα αυτά και σύμφωνα με όσα έγιναν ανωτέρω δεκτά, το προβλεπόμενο στη διακήρυξη του ως άνω διαγωνισμού κριτήριο για τον έλεγχο της καταλληλότητας των υποψηφίων αναδοχών, δεν παρίσταται, εν προκειμένω, λαμβανομένων υπόψη της φύσης και της έκτασης του αντικειμένου, της χρονικής διάρκειας και της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της επίμαχης σύμβασης, εύλογο, πρόσφορο και αναγκαίο, καθόσον η απαίτηση της συνδρομής εμπειρίας με συμβάσεις εν ισχύ με Νοσηλευτικά Ιδρύματα και μόνο, δεν τελεί σε σχέση αναλογίας, προσφορότητας και αναγκαιότητας προς τον επιδιωκόμενο σκοπό της επιλογής αναδόχου ικανού να εκτελέσει επιτυχώς τις υπό ανάθεση υπηρεσίες, δοθέντος άλλωστε ότι δεν υφίσταται, ούτε, εξάλλου, γίνεται τέτοια επίκληση στα συμβατικά τεύχη ή τις οικείες αποφάσεις της διαδικασίας ανάθεσης, αποχρών λόγος σχετικά με τη φύση ή την πολυπλοκότητα των ανατεθεισών υπηρεσιών που να δικαιολογεί αποκλειστικά τη συγκεκριμένη εμπειρία. Έτσι, περιορίζεται αδικαιολόγητα ο κύκλος των ανταγωνιζόμενων οικονομικών φορέων και εντεύθεν προσδιορίζονται έμμεσα επιχειρήσεις που μόνες αυτές, κατά περιορισμό του ελεύθερου ανταγωνισμού

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

στον οικείο κλάδο, δύνανται να αναλάβουν τη συγκεκριμένη σύμβαση.

Επομένως ο εν λόγω όρος είναι παράνομος, αντίθετος στον ενωσιακό και εθνικό δίκαιο και θα πρέπει να ακυρωθεί από την Αρχή Σας».

12. Επειδή στις απόψεις της αναθέτουσα αρχή αναφέρει αυτολεξεί τα εξής : «Σύμφωνα με το κείμενο της προσφυγής η εταιρεία .....στρέφεται μέσω αυτής κατά:

α) του όρου 2.2.5 «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» (σελ.15 της διακήρυξης) σύμφωνα με τον οποίο: «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς δηλώνουν ότι διαθέτουν/ παρέχουν:

"ειδικό" ετήσιο κύκλο εργασιών για τα ακόλουθα έτη (τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις):

έτος ( ..... ) κύκλος εργασιών (..... ) νόμισμα ( ..... )

έτος ( ..... ) κύκλος εργασιών (..... ) νόμισμα ( ..... )

έτος ( ..... ) κύκλος εργασιών (..... ) νόμισμα ( ..... )

Από τις πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών, θα προκύπτει ότι το ύψος του συνολικού ειδικού ετήσιου κύκλου εργασιών της επιχείρησης κατά έτος, είναι ίσο ή μεγαλύτερο με το 1/2 της προϋπολογισθείσας δαπάνης της διακήρυξης. Αν ο οικονομικός φορέας λειτουργεί για χρόνο μικρότερο της τριετίας θα υποβάλει Δήλωση για όσο χρόνο λειτουργεί.

Οι ενώσεις οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά, υποβάλλουν τα παραπάνω, κατά περίπτωση δικαιολογητικά, για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 19 του Ν. 4412/2016».

Η εν λόγω απαίτηση είναι πλήρως εναρμονισμένη με το άρθρο 75 Κριτήρια επιλογής (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/16 ο οποίος ορίζει τα εξής: «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

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

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 όπως περιγράφεται στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α'. ...

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 εν λόγω απαίτηση συνηθίζεται από τα περισσότερα Νοσοκομεία της χώρας μας ως ελάχιστο επίπεδο οικονομικής επάρκειας προκειμένου να διασφαλίζεται ότι ο προσφέρων διαθέτει τις νομικές και χρηματοοικονομικές δυνατότητες για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης λαμβάνοντας υπόψη την έκταση του φυσικού αντικείμενου (εγκαταστάσεις που πρόκειται να καθαρίζονται), τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του.

β) του όρου 2.2.6 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» (σελ. 16 της διακήρυξης) σύμφωνα με τον οποίο: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: να προσκομίσουν κατάλογο των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Απαιτούνται τουλάχιστον δύο (2) παρόμοιου είδους και μεγέθους έργα, Δημοσίων ή Ιδιωτικών Νοσοκομείων διάρκειας τουλάχιστον ενός έτους που είναι σε ισχύ».

## **Αριθμός απόφασης: Α288/2018**

Η εν λόγω απαίτηση είναι πλήρως εναρμονισμένη με το άρθρο 75 Κριτήρια επιλογής (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/16 ο οποίος ορίζει τα εξής: «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. .. 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους. 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος».

Το άρθρο 80 εξάλλου, (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/16 ορίζει ότι: «.... 5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

ή των υπηρεσιών. [...] 9. Τα αποδεικτικά έγγραφα του παρόντος άρθρου και του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', μπορεί να εξειδικεύονται στα πρότυπα έγγραφα σύμβασης που εκδίδει η Αρχή, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 53. ...»

Οι εν λόγω οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης όπως περιγράφονται στο Μέρος II, Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/16: «Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα που αναφέρονται στο άρθρο 75: α)..  
ι) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Όταν κριθεί απαραίτητο για την διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία τριετία».

Η απαίτηση «...Απαιτούνται τουλάχιστον δύο (2) παρόμοιου είδους και μεγέθους έργα, Δημοσίων ή Ιδιωτικών Νοσοκομείων διάρκειας τουλάχιστον ενός έτους που είμαι σε ισχύ» τέθηκε προκειμένου να διασφαλιστεί κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων, λαμβανομένου υπόψη του ευαίσθητου και εξειδικευμένου χώρου εργασίας του Νοσοκομείου (καθαρισμός χειρουργείων, κλινικών, ιατρείων κτλ.), των επιμολύνσεων που μπορούν να προκληθούν από λάθος χειρισμούς, για την αποτροπή νοσοκομειακών λοιμώξεων προς διασφάλιση της δημόσιας υγείας και γενικότερα προς εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος. Τα νοσοκομεία αποτελούν ιδιαίτερη κατηγορία, με αυξημένες ανάγκες συνθηκών υγιεινής διότι είναι βεβαρυμμένα με μικροβιακά φορτία. Το προσωπικό που χρησιμοποιείται για τον καθαρισμό των χώρων πρέπει να κατανοεί τη διάκριση σηπτικών και άσηπτων χώρων και τις ιδιαιτερότητες των κινδύνων από λοιμώξεις, ενδοноσοκομειακές και μη, καθώς επίσης να μπορούν να αυτοπροστατεύονται. Γι' αυτό χρειάζεται εξειδίκευση και εμπειρία των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό.

Επίσης, προς διευκόλυνση πρόσβασης των μικρομεσαίων επιχειρήσεων

## **Αριθμός απόφασης: Α288/2018**

(ΜΜΕ) στην σύμβαση, στο άρθρο 2.2.8 «Στήριξη στην ικανότητα τρίτων» (σελ. 16 της διακήρυξης) προβλέπεται : «Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται.

Όταν οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.

Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων».

Επιπρόσθετα, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 47 του π.δ/τος 18/1989, ερμηνευομένων σε συνδυασμό με τις ισχύσαντες διατάξεις του Ν.4412/2016 , η Διοίκηση είναι κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη/υπηρεσίες, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών και όρων της διακήρυξης 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 στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ' αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα προϊόντα/υπηρεσίες δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές δεδομένου ότι από τη φύση τους οι τιθέμενες προδιαγραφές κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θεσπίσεώς τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό. Εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάληψη προμήθειας/υπηρεσίας

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

ασκήσει προσφυγή κατά της σχετικής διακήρυξης, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεστεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό. Λόγοι προσφυγής ή αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό τη μορφή της αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προδιαγράψει αυτός, κατά τις επαγγελματικές του ανάγκες και δυνατότητες, την υπό ανάθεση υπηρεσία, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι. Ενόψει αυτών, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι κατά το μέρος, που αυτή αμφισβητεί τη σκοπιμότητα της επιλογής από την αναθέτουσα αρχή των επίμαχων όρων της διακήρυξης και προσπαθεί να καθορίσει τους δικούς της όρους, με βάση της δικές της επαγγελματικές ανάγκες και με δικά της κριτήρια διαφορετικά από εκείνα που η ως άνω αρχή, κατ' εκτίμηση των αναγκών της υπηρεσίας, προσδιόρισε ως αναγκαία.

Επίσης, όπως έχει κριθεί με την με αριθμ.381/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ (5ο Κλιμάκιο), παρ.14, «Η Διοίκηση είναι ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης σχετικά με τα προς προμήθεια είδη, υπηρεσίες ή έργα, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της Υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, έχοντας ευρύτατο περιθώριο ως προς την επιβολή του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης.....

Τέλος, θεωρούμε ότι θα υπάρξει επαρκής συμμετοχή στον διαγωνισμό, όπως έχει συμβεί και στο παρελθόν σε προηγούμενες διαγωνιστικές διαδικασίες του Νοσοκομείου μας (π.χ. στον προηγούμενο τακτικό διαγωνισμό υπήρξε συμμετοχή τεσσάρων (4) εταιρειών» .

13. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. 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

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. [...] 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.[...].

14.Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν. 4412/2016 ορίζεται:

«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.

2. Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος - μέλος εγκατάστασής τους, όπως περιγράφεται στο Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α' ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα αυτό. [...].

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. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων.

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.

Η αναλογία, ενδεικτικά, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού μπορεί να λαμβάνεται υπόψη όταν η αναθέτουσα αρχή προσδιορίζει τις μεθόδους και τα κριτήρια της συνεκτίμησης αυτής στα έγγραφα της σύμβασης. Οι μέθοδοι και τα κριτήρια αυτά χαρακτηρίζονται από διαφάνεια, αντικειμενικότητα και αποφυγή διακρίσεων.

Όταν μια σύμβαση υποδιαιρείται σε τμήματα, το παρόν άρθρο εφαρμόζεται σε σχέση με κάθε επιμέρους τμήμα. Εντούτοις, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καθορίζει τον ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών που πρέπει να έχουν οι οικονομικοί φορείς ανά ομάδες τμημάτων, αν ανατεθούν στον ανάδοχο περισσότερα τμήματα που πρέπει να εκτελεστούν ταυτοχρόνως.[...].

4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας.

Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης.

## **Αριθμός απόφασης: Α288/2018**

Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους.

5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος.

15. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 78 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς.

Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν ωστόσο να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.

Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό.

Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί

## **Αριθμός απόφασης: Α288/2018**

σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2. του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74.

Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τους ίδιους όρους, μία ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων.

2. Στην περίπτωση συμβάσεων έργων ή συμβάσεων υπηρεσιών ή στην περίπτωση εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης προμηθειών, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή.

3. Το παρόν άρθρο δεν εφαρμόζεται στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών κάτω των ορίων.

16. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 80 «Αποδεικτικά μέσα» (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76.

Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82. Όσον αφορά το άρθρο 78, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να στηρίζονται σε οποιοδήποτε κατάλληλο

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

μέσο προκειμένου να αποδείξουν στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχουν τους αναγκαίους πόρους στη διάθεσή τους. [...].

17. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 91 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102 [...]».

18. Επειδή οι σχετικοί όροι της διακήρυξης ορίζουν τα εξής :

### 2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια

Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς δηλώνουν ότι διαθέτουν/ παρέχουν:

ειδικό" ετήσιο κύκλο εργασιών για τα ακόλουθα έτη (τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις):

1. έτος (.....) κύκλος εργασιών ..... ( ) νόμισμα ..... ( )
2. έτος (.....) κύκλος εργασιών ..... ( ) νόμισμα ..... ( )
3. έτος (.....) κύκλος εργασιών ..... ( ) νόμισμα ..... ( )

Από τις πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών, θα προκύπτει ότι το ύψος του συνολικού ειδικού ετήσιου κύκλου εργασιών της επιχείρησης κατά έτος, είναι ίσο ή μεγαλύτερο με το 1/2 της προϋπολογισθείσας δαπάνης της διακήρυξης. Αν ο οικονομικός φορέας λειτουργεί για χρόνο μικρότερο της τριετίας θα υποβάλει Δήλωση για όσο χρόνο λειτουργεί.

Οι ενώσεις οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά, υποβάλλουν τα παραπάνω, κατά περίπτωση δικαιολογητικά, για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 19 του Ν. 4412/2016.

### 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα

## **Αριθμός απόφασης: Α288/2018**

διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: να προσκομίσουν κατάλογο των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Απαιτούνται τουλάχιστον δύο (2) παρόμοιου είδους και μεγέθους έργα, Δημοσίων ή Ιδιωτικών Νοσοκομείων διάρκειας τουλάχιστον ενός έτους που είναι σε ισχύ.

### **2.2.8 Στήριξη στην ικανότητα τρίτων**

Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται.

Όταν οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.

Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων.

### **2.2.9.1 Αποδεικτικά μέσα**

A. 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, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016.

B.3. Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν δήλωση περί του κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις κατ' ανώτατο όριο, συναρτήσει της ημερομηνίας σύστασης του οικονομικού φορέα ή έναρξης των

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

δραστηριοτήτων του, εφόσον είναι διαθέσιμες οι πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών.

Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα ανωτέρω δικαιολογητικά, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο έγγραφο

B.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν κατάλογο των κυριότερων υπηρεσιών που παρασχέθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη.

### 2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών

Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:

α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) , 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας,

β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας διακήρυξης,

γ) για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας και το άρθρο 102 του ν. 4412/2016,

[...]

θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσας διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους

όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης.

19.Επειδή σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη με αρ. 83 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζεται 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. Σε αυτές τις δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να παραμένουν ελεύθερες να αποφασίσουν αυτόνομα αν είναι σκόπιμο και κατάλληλο να προβλεφθούν υψηλότερες ελάχιστες απαιτήσεις κύκλου εργασιών χωρίς διοικητική ή δικαστική εποπτεία. Όταν πρόκειται να εφαρμοστούν υψηλότερες ελάχιστες απαιτήσεις κύκλου εργασιών, οι αναθέτουσες αρχές παραμένουν ελεύθερες να ορίσουν το επίπεδο, εφόσον είναι συναφές και ανάλογο με το αντικείμενο της σύμβασης. Όταν η αναθέτουσα αρχή αποφασίσει ότι η ελάχιστη απαίτηση κύκλου εργασιών θα πρέπει να ορισθεί σε επίπεδο άνω του διπλασίου της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, οι βασικοί λόγοι της επιλογής της αναθέτουσας αρχής θα πρέπει να αναφέρονται στη χωριστή έκθεση ή τα έγγραφα της προμήθειας. Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να μπορούν επίσης να ζητήσουν πληροφορίες σχετικά με την αναλογία, φερ' ειπείν, ενεργητικού και παθητικού στους ετήσιους λογαριασμούς. Η θετική αναλογία από την οποία προκύπτουν επίπεδα ενεργητικού υψηλότερα από του παθητικού θα μπορούσε να παράσχει πρόσθετα αποδεικτικά στοιχεία για την οικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα».

20. Επειδή κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) της διακήρυξης, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

21. Επειδή τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής διαμορφώνονται με γνώμονα τις αρχές της αναλογικότητας και της χρηστής δημοσιονομικής διοίκησης στα πλαίσια του ελεύθερου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. και Α.Σ. Graelis, “Public Procurement and the EU Competition Rules” (Hart 2015, 2η εκδ.) 6.II.A.vii) και κρίνονται με βάση την συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση και όχι *in abstracto* (βλ.κατ’ αναλογία Δ. Ράικο, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 410 επ.) .

22. Επειδή, κατά την επιλογή σε επίπεδο κατάρτισης διακήρυξης των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που της επιτρέπουν να καθορίσει κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων (βλ. ειδικά την παρ. 4.1 του «Ευρωπαϊκού Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις» καθώς και την Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ με θέμα «*Κριτήρια ποιοτικής επιλογής δημοσίων συμβάσεων και έλεγχος καταλληλότητας*»).

23. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

24. Επειδή, όπως αναφέρεται ρητώς στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 και παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία (ΕΑ ΣτΕ Β΄ Τμ. 1135/2010), οι όροι διακήρυξης διαγωνισμού για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης πρέπει να μην παραβιάζουν τις θεμελιώδεις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των επιχειρηματιών (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, *Επιτροπή κατά Δανίας*, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική*, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, *MT Højgaard και Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *Universale-Bau*, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

25. Επειδή λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣτΕ 307/2007). Κατ' αναλογία το όμοιο ισχύει και για τις συμβάσεις ανάθεσης υπηρεσιών αναφορικά με τον προσδιορισμό των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής.

26. Επειδή, ωστόσο, τα ελάχιστα επίπεδα των ικανοτήτων που απαιτούνται για μια συγκεκριμένη σύμβαση πρέπει να σχετίζονται με το

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

αντικείμενο της σύμβασης και να είναι ανάλογα προς αυτό. Επομένως, τα στοιχεία που απαιτούνται όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια πρέπει, αφενός, να είναι κατάλληλα για την αξιολόγηση της επάρκειας αυτής του οικονομικού φορέα και, αφετέρου, να είναι προσαρμοσμένα στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελούν μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσης για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς όμως να ζητούνται στοιχεία πέραν των ευλόγως αναγκαίων για τον σκοπό αυτό (βλ., C-76/16, ECLI:EU:C:2017:549 Ingsteel spol. s r. o., Metrostav a.s σκ.33 συναφώς, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2012, Édukönizig και Hochtief Construction, C-218/11, EU:C:2012:643, σκέψη 29).

27. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι *«Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368»*.

28. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : *«1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία*

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

29. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας». Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των - κατ' ελάχιστον - αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

30. Επειδή για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού αλλά και της βασιμότητας των ισχυρισμών του προσφεύγοντος, οι οποίοι δεν πιθανολογούνται ως προδήλως απαράδεκτοι και αβάσιμοι, απαιτείται ενδελεχής εξέταση του σχηματισθέντος φακέλου σε σχέση με την κείμενη νομολογία προκειμένου να κριθεί εάν εν προκειμένω τα ελάχιστα επίπεδα των ικανοτήτων που απαιτούνται για την επίμαχη διαδικασία ανάθεσης είναι ανάλογα προς το αντικείμενο το σύμβασης, ήτοι ότι δεν ζητούνται στοιχεία πέραν των ευλόγως αναγκαίων ή ότι δεν δύναται να αποδειχθούν με έτερα αποδεικτικά μέσα.

31. Επειδή, εν προκειμένω, προϋπόθεση παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της

## Αριθμός απόφασης: Α288/2018

αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα της αιτούσας ως προτιθέμενης να συμμετάσχει πλην όμως αποκλειόμενης λόγω των όρων της Διακήρυξης - και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

32. Επειδή α) η υπό κρίση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη β) υφίσταται βλάβη της αιτούσας από τους όρους της Διακήρυξης γ) οι λόγοι της υπό κρίση προσφυγής δεν παρίστανται καταρχήν και στο σύνολο τους ως προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησης δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης κατά τα ανωτέρω και δ) δεν υφίσταται, από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής επίκληση συγκεκριμένης ζημίας, που ανάγεται στο πεδίο του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος ως προς την ανάγκη έγκαιρης ολοκλήρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας. Περαιτέρω, δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από κάποιον τρίτο που να αποδεικνύει έννομο συμφέρον, ως προς την *ad hoc* προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του, ήτοι σε σχέση περιοριστικώς με την χορήγηση προσωρινών μέτρων.

33. Επειδή, επομένως, από τη στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του υπέρτερου δημόσιου συμφέροντος, προκύπτει αναμφίβολα ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων δεν είναι περισσότερες από τα οφέλη της προσφεύγουσας.

34. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο κατά τα ως άνω, είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό κρίσης προσφυγής από την ΑΕΠΠ. Η αναστολή αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας για τους τρίτους ενδιαφερόμενους, την πληροφόρηση των διαδίκων και τον προγραμματισμό

**Αριθμός απόφασης: Α288/2018**

της αναθέτουσας δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία.

35. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

36. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να δίνει δεκτό.

**Για τους λόγους αυτούς**

Αναστέλλει την διαγωνιστική διαδικασία έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 25 Ιουνίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Ειρήνη Ε. Αποκάρδου**

**Η Γραμματέας**

**Μαρία Μανώλογλου**