

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 16 Ιανουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος, και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος-Εισηγήτρια.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 8/12/2022 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1757/9-12-2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στο ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά του ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί στο σύνολο της η Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό 11/2022 για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης για την «...» και επικουρικά, να ακυρωθούν οι επιμέρους πληττόμενοι με την προδικαστική προσφυγή όροι της Διακήρυξης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο, κατ' άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017, παράβολο ποσού 4.968,00 ευρώ, όπως αυτό υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ποσού 993.600,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).
2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό .../2022 προκηρύχθηκε διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης για την «...» διάρκειας δύο (2) ετών, εκτιμώμενης αξίας 993.600,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ 24%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 16/11/2022 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ενώ η Διακήρυξη

αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 21/11/2022 (ΑΔΑΜ: ...), καθώς επίσης και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α

3. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (υπηρεσία), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής, για την άσκηση της οποίας έχουν τηρηθεί οι προϋποθέσεις παραδεκτού.

4. Η προσφεύγουσα ασκεί την προδικαστική προσφυγή κατ' αρχήν με έννομο συμφέρον, καθόσον επικαλείται ότι, παρά το γεγονός ότι η ίδια δραστηριοποιείται επαγγελματικά στην αγορά που αφορά ο προκείμενος διαγωνισμός και ενδιαφέρεται να συμμετάσχει σε αυτόν, η συμμετοχή της εμποδίζεται εξαιτίας των πληττόμενων όρων που έχουν τεθεί κατά παράβαση της εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας.

5. Η αναθέτουσα αρχή ανάρτησε την προδικαστική προσφυγή στην αρχική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 13/12/2022 και υπέβαλε νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 23/12/2022 τις απόψεις της επ' αυτής, τις οποίες ανάρτησε αυθημερόν και στην αρχική σελίδα του διαγωνισμού.

6. Όπως έχει κριθεί (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 106/2021, 189/2015, 124/2015, 354/2014 κ.ά.), η αναθέτουσα αρχή είναι κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης παροχής υπηρεσιών, ως προς τα χαρακτηριστικά των υπό ανάθεση υπηρεσιών, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Η δε θέσπιση με τη διακήρυξη προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού για μόνο τον λόγο ότι επιτρέπει τη συμμετοχή ορισμένων ενδιαφερομένων και συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν άλλων οικονομικών φορέων, των οποίων οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές. Και τούτο, διότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές προσδιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους αμφισβητείται απαράδεκτα από τυχόν προτιθέμενους να

μετάσχουν στον διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς επίσης και της αρχής της αναλογικότητας (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Έτσι, οι ελάχιστες απαιτήσεις που ορίζονται με τα έγγραφα της σύμβασης πρέπει να σχετίζονται με το αντικείμενό της, ήτοι να τελούν σε σχέση αναλογίας και να είναι προσαρμοσμένα προς αυτό, χωρίς όμως, να βαίνουν πέραν του αναγκαίου μέτρου για την εξυπηρέτηση του κατά περίπτωση επιδιωκόμενου σκοπού (βλ. αντί άλλων ΕΑ ΣΤΕ 170/2021).

7. Ειδικότερα, σύμφωνα με την κατ' άρθρο 18 ν. 4412/2016 εφαρμοστέα στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων αρχή της αναλογικότητας, οι οριζόμενες από τη Διακήρυξη ελάχιστες απαιτήσεις πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίες και πρόσφορες για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού (πρβλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ).

8. Και ναι μεν, όπως έχει κριθεί, η Διακήρυξη, ως κανονιστική πράξη, δεν απαιτείται να φέρει αιτιολογία (ΣΤΕ 434/2021, 1463/2015), αλλά η επιλογή κατ' ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής των κατά τα άνω ελάχιστων απαιτήσεων συμμετοχής, είναι αιτιολογητέα, προκειμένου να καθίσταται εφικτός ο έλεγχος της νόμιμης άσκησης της διακριτικής ευχέρειας και της τήρησης των άκρων ορίων αυτής (πρβλ ΟΛΣΤΕ 721/1969), στην εξεταζόμενη δε υπόθεση, και της τήρησης της αρχής της αναλογικότητας από την αναθέτουσα αρχή. Στην περίπτωση δε αμφισβήτησης των κανονιστικών όρων Διακήρυξης ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, ενόψει του ότι η κανονιστικού χαρακτήρα Διακήρυξη δεν φέρει υποχρεωτικά αιτιολογία, η επιλογή των πληττόμενων απαιτήσεων, μπορεί να παρατίθεται με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής (πρβλ. ΔΕφΠειρ 44/2018) ή/και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου.

9. Περαιτέρω, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 ν. 4412/2016, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ο προσφεύγων βάλλει κατά συγκεκριμένου όρου της Διακήρυξης με έννομο συμφέρον, αυτός θα πρέπει να επικαλεστεί άμεση βλάβη προκαλούμενη από τον πληττόμενο όρο, ο οποίος παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, στη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή στα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την (λυσίτελή) συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΕΑ ΣτΕ 352/2018, 86/2018 κ.ά.). Συνεπώς, ως επίκληση βλάβης, υπό την έννοια αυτή, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παράβασης διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση και ανάδειξη των συγκεκριμένων και επαρκώς εξειδικευμένων στοιχείων, τα οποία αφορούν την νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος και εξαιτίας των οποίων είτε αποκλείεται, είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις σε βάρος του το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (πρβλ. ΕΑΣΤΕ 146-148/2016 Ολ., 1140, 1137, 977/2010, 1149, 1102-3, 1046-7/2009, 14/2006 κ.α.). Η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά διακήρυξης απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητά της όσο και κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων αυτής (βλ. Ε.Α. 352/2018, 86/2018).

10. Με τον πρώτο λόγο της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η Διακήρυξη είναι ακυρωτέα, διότι τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας τίθενται ταυτόχρονα και ως τεχνικές προδιαγραφές, με αποτέλεσμα οι πληττόμενοι όροι της Διακήρυξης να παρουσιάζουν ασάφεια, ιδίως δε να είναι ασαφής ο τρόπος απόδειξης της πλήρωσης του οικείου κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι στήριξη στην ικανότητα τρίτων είναι νόμιμη μόνο για την πλήρωση των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, και όχι των τεχνικών προδιαγραφών.

11. Η προσβαλλόμενη Διακήρυξη ορίζει με τους πληττόμενους όρους τα εξής:
«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, οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να συμμορφώνονται με τις αντίστοιχες απαιτήσεις που καθορίζονται στους όρους και τις Τεχνικές Προδιαγραφές της παρούσας Διακήρυξης και να προσκομίσουν όλα τα δικαιολογητικά και τα στοιχεία που αναφέρονται στο Παράρτημα II (Τεχνικές Προδιαγραφές) της παρούσας». Περαιτέρω, ως προς την απόδειξη των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας το άρθρο 2.2.9.2.B.4. ορίζει ότι «για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν όλα εκείνα τα στοιχεία που αποδεικνύουν ότι πληρούν τους όρους και τις Τεχνικές Προδιαγραφές της παρούσας διακήρυξης». Τέλος, στο Παράρτημα II της Διακήρυξης (σελ. 55 – 57) ορίζονται τα εξής: «Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα Αναδόχου. Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι διαγωνιζόμενοι απαιτείται:

1. Να καταθέσουν Πίνακα των κυριότερων έργων που εκτέλεσε ή συμμετείχε ο Υποψήφιος Ανάδοχος κατά τα τρία (3) τελευταία έτη ή για όσο χρόνο δραστηριοποιείται, εφόσον είναι μικρότερος των τριών (3) ετών και να είναι συναφή με το υπό ανάθεση Έργο (υπηρεσίες φύλαξης νοσοκομείων).
2. Να διαθέτουν : α) Σε ισχύ πιστοποιητικό ISO 9001:2015 (ή νεότερης έκδοσης) για τη διασφάλιση ποιότητας, που έχει εκδοθεί από διαπιστευμένο φορέα για τους διαγωνιζόμενους με εγκατάσταση στην Ελλάδα ή αντίστοιχο για τους διαγωνιζόμενους με εγκατάσταση στην αλλοδαπή και καλύπτει όλα τα αντικείμενα των δημοπρατούμενων εργασιών. β) Σε ισχύ πιστοποιητικό ISO 14001:2015 (ή νεότερης έκδοσης), για την εφαρμογή συστήματος περιβαλλοντικής διαχείρισης, που έχει εκδοθεί από διαπιστευμένο φορέα για τους διαγωνιζόμενους με εγκατάσταση στην Ελλάδα ή αντίστοιχο για τους διαγωνιζόμενους με εγκατάσταση στην αλλοδαπή και καλύπτει όλα τα αντικείμενα των δημοπρατούμενων εργασιών. γ) Σε ισχύ πιστοποιητικό ISO 45001:2018 για την ασφάλεια και την υγιεινή στην εργασία, που έχει εκδοθεί από διαπιστευμένο φορέα για τους διαγωνιζόμενους με εγκατάσταση στην Ελλάδα ή αντίστοιχο για τους διαγωνιζόμενους με εγκατάσταση στην αλλοδαπή και καλύπτει όλα τα αντικείμενα των δημοπρατούμενων εργασιών. δ) Σε ισχύ πιστοποιητικό ISO 27001:2013, για την διαχείριση ασφάλειας των πληροφοριών, που έχει εκδοθεί από διαπιστευμένο φορέα για τους διαγωνιζόμενους με εγκατάσταση στην Ελλάδα ή αντίστοιχο για τους

διαγωνιζόμενους με εγκατάσταση στην αλλοδαπή και καλύπτει όλα τα αντικείμενα των δημοπρατούμενων εργασιών. Τα πιστοποιητικά των περιπτώσεων α), β), γ) και δ) πρέπει να έχουν εκδοθεί από διαπιστευμένους προς τούτο φορείς πιστοποίησης, από το Εθνικό Σύστημα Διαπίστευσης Α.Ε. (ΕΣΥΔ) ή από φορέα διαπίστευσης μέλος της Ευρωπαϊκής Συνεργασίας για την Διαπίστευση και μάλιστα, μέλος της αντίστοιχης Συμφωνίας Αμοιβαίας Αναγνώρισης (M.L.A.) αυτής. ε) Βεβαίωση συμμόρφωσης σύμφωνα με τις κατευθυντήριες οδηγίες του διεθνούς προτύπου 26000:2010 η οποία θα πρέπει να έχει εκδοθεί πριν την ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης έτσι ώστε να αποτελεί απόδειξη της εμπειρίας στην εφαρμογή των προτύπων. 3. Οι διαγωνιζόμενοι να διαθέτουν ή να έχουν καταθέσει πριν την προσφορά τους εγκεκριμένο κανονισμό εργασίας από την αρμόδια αρχή ΣΕΠΕ εναρμονισμένο με το άρθρο 11 του Ν.4808/2021 ή την επιχειρησιακή ΣΣΕ η οποία περιλαμβάνει και τον κανονισμό λειτουργίας. 4. Να αποδείξουν την συμμόρφωση τους κατά τον Κανονισμό Προστασίας Προσωπικών Δεδομένων και την σχετική Εθνική νομοθεσία (να έχει ορίσει DPO στην αρμόδια αρχή). 5. Να έχουν έδρα ή υποκατάστημα στο Νομό ...».

12. Ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος ως προβαλλόμενος χωρίς έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας, διότι η τελευταία αρκείται στην επίκληση της ασάφειας των πληττόμενων όρων, χωρίς να κάνει καμία αναφορά στη βλάβη που τυχόν υφίσταται εξαιτίας τους, πολλώ δε μάλλον δεν προσδιορίζει, με ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, ότι η (κατά τους ισχυρισμούς της) ασάφεια καθιστά αδύνατη ή ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό (βλ. ανωτέρω σκέψη 9).

13. Εξάλλου, ενόψει της ευχέρειας που παρέχει το άρθρο 2.1.3 της Διακήρυξης στους διαγωνιζομένους να ζητούν διευκρινίσεις, προς άρση τυχόν αμφισβητήσεων ως προς την έννοια των τιθέμενων με αυτήν προδιαγραφών και όρων, δεν αρκεί η επίκληση από την εταιρεία της ασάφειας των ανωτέρω όρων για την ακύρωσή τους (βλ. ΣτΕ 1259/2019). Πολύ περισσότερο, στην προκείμενη περίπτωση που α) οι όροι του παραρτήματος της Διακήρυξης τέθηκαν σε διαβούλευση επί δεκαπενθήμερο από 3/6/2022 έως 18/6/2022, χωρίς η προσφεύγουσα να διατυπώσει οποιοδήποτε σχόλιο σχετικά, και β) το Παράρτημα ΙΙΙ της Διακήρυξης τιτλοφορείται μεν «Τεχνικές Προδιαγραφές»,

αλλά περιέχει διακριτές ενότητες σχετικά με τις εν γένει προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, μεταξύ των οποίων και η ενότητα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των διαγωνιζομένων (σελ. 55-57 της Διακήρυξης). Στην ενότητα αυτή, το περιεχόμενο της οποίας παρατέθηκε παραπάνω (βλ. σκέψη 11), αναφέρονται τόσο τα οικεία κριτήρια όσο και τα δικαιολογητικά για την απόδειξη τη πλήρωσής τους, γ) όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή έχει ήδη ανταποκριθεί σε ερωτήματα οικονομικών φορέων προς διευκρίνιση του τρόπου απόδειξης προϋποθέσεων συμμετοχής στον διαγωνισμό, ενώ η προσφεύγουσα δεν έχει υποβάλλει ερώτημα για τη διευκρίνιση των σημείων που της προκαλούν αμφιβολίες. Με τα δεδομένα αυτά, και ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι στην προκείμενη περίπτωση η αναθέτουσα αρχή δεν ακολούθησε πλήρως το πρότυπο διακήρυξης υπηρεσιών/προμηθειών της ΕΑΔΗΣΥ, η κατά τα άνω διαμόρφωση της δομής της Διακήρυξης δεν καθιστά αφεαυτής τους όρους της ασαφείς και ακυρωτέους.

14. Τέλος ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής, κατά το τελευταίο σκέλος του, ήτοι στο μέτρο που προβάλλεται παραβίαση των διατάξεων περί στήριξης στις ικανότητες τρίτου, είναι, επίσης, απορριπτέος ως απαράδεκτος λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος για την προβολή του, για τον ειδικότερο λόγο ότι η προσφεύγουσα δεν επικαλείται ότι προτίθεται να συμμετάσχει στον διαγωνισμό με επίκληση ικανότητας τρίτου, ώστε τυχόν παρανομία ή ασάφεια των οικείων όρων να εμποδίζει ή να δυσχεραίνει ουσιωδώς τη συμμετοχή της. Ελλείπει, δηλαδή, πλήρως από την προδικαστική προσφυγή η απαραίτητη για το παραδεκτό της προβολής του λόγου επίκληση συγκεκριμένης βλάβης προκαλούμενη από την προβαλλόμενη παρανομία. Για όλους τους ανωτέρω λόγους, ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό του.

15. Με τον δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο όρος της Διακήρυξης, σύμφωνα με τον οποίο *«το Νοσοκομείο δεν έχει καμία αστική ή ποινική ευθύνη για κάθε αξίωση εκ μέρους οποιουδήποτε μισθωτού του Αναδόχου και η υποχρέωσή του εξαντλείται πλήρως με την καταβολή της κατά μήνα αμοιβής του Αναδόχου»* είναι μη νόμιμος, διότι με αυτόν επιχειρείται, κατά τρόπο δυσανάλογο, η πλήρης απαλλαγή της αναθέτουσας αρχής από κάθε ποινική και αδιοπρακτική της

ευθύνη, ακόμη και σε περιπτώσεις βαρείας της αμέλειας της ή και δόλου της. Κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, με τον όρο αυτό επιχειρείται η πλήρης μετάθεση της ευθύνης επέλευσης εργατικού ατυχήματος στο προσωπικό του αναδόχου, ακόμα και για τις περιπτώσεις που δεν συντρέχει πταίσμα του, αλλά, αντίθετα, το ατύχημα οφείλεται σε αποκλειστική υπαιτιότητα της αναθέτουσας αρχής. Τέλος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο πληττόμενος όρος είναι μη νόμιμος, διότι η αναθέτουσα αρχή, ως προστήσασα, δεν μπορεί να απαλλαγεί πλήρως από την αδιοπρακτική ευθύνη.

16. Ενόψει όσων έγιναν δεκτά ανωτέρω, σύμφωνα με τα οποία προβάλλονται με έννομο συμφέρον λόγοι κατά των όρων της Διακήρυξης, όταν αυτοί εμποδίζουν ή καθιστούν ιδιαιτέρως δυσχερή την συμμετοχή των προσφευγόντων οικονομικών φορέων σε αυτή (βλ. σκέψη 9), και με δεδομένο ότι η εφαρμογή του πληττόμενου όρου της Διακήρυξης, αφού αυτός καταστεί συμβατικός όρος κατόπιν ανάθεσης της επίμαχης σύμβασης, ανάγεται στην εκτέλεση αυτής, ο προκείμενος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος. Και τούτο, διότι με αυτόν αμφισβητείται η νομιμότητα όρου της Διακήρυξης, ο οποίος δεν συνδέεται με την διαδικασία διεξαγωγής του διαγωνισμού και ανάθεσης της υπηρεσίας, ώστε να επηρεάζει καθ' οιονδήποτε τρόπο το δικαίωμα και τη δυνατότητα συμμετοχής της προσφεύγουσας σε αυτόν, αλλά αφορά στο μεταγενέστερο στάδιο της εκτέλεσης της σύμβασης. Κατά το στάδιο αυτό τυχόν διαφορές που θα ανακύψουν από την εφαρμογή των οικείων διατάξεων του νόμου και της Διακήρυξης από τα αρμόδια όργανα της αναθέτουσας αρχής επιλύονται, κατά περίπτωση, από την Διοίκηση, κατόπιν άσκησης της διοικητικής προσφυγής του άρθρου 205 Ν. 4412/2016 και, σε κάθε περίπτωση, από το αρμόδιο Δικαστήριο ουσίας, ενώπιον του οποίου θα είναι δυνατή και η επίκληση λόγων που αφορούν τους όρους εκτέλεσης της σύμβασης. Συναφώς, η επικαλούμενη από την προσφεύγουσα βλάβη από την εφαρμογή του πληττόμενου όρου της Διακήρυξης, δηλαδή τυχόν βλάβη που θα προκύψει σε περίπτωση έγερσης αξιώσεων εργαζομένων φύλαξης λόγω αδιοπραξίας, δεν ανάγεται στην δυνατότητα συμμετοχής στον διαγωνισμό, αλλά είναι μελλοντική και αφορά στο μεταγενέστερο στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, κατά το οποίο θα είναι δυνατή και η επίκλησή της ενώπιον των αρμοδίων

αρχών (βλ. ΕΑ ΣτΕ 113/2008, 1015/2007, 114/2007, 1257/2006, 952/2006, 236/2001, ΔΕφΘεσ/νικής 346/2012, ΕΑΔΗΣΥ 742,743/2022). Κατά συνέπεια, ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

17. Με τον τρίτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι είναι μη νόμιμη και δυσανάλογη η απαίτηση της Διακήρυξης να ελέγχεται η διέλευση των οχημάτων στο Νοσοκομείο από τους εργαζόμενους φύλαξης, διότι με τον τρόπο αυτό επιβάλλεται η διενέργεια ανακριτικών ή προληπτικών ανακριτικών πράξεων, οι οποίες ανάγονται εκ του νόμου σε καθήκοντα αστυνομικών και, γενικά, ανακριτικών υπαλλήλων. Κατ' αρχήν, ο λόγος αυτός είναι πρωτίστως απορριπτέος ως απαράδεκτος λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας για την προβολή του, διότι και σε αυτήν την περίπτωση ελλείπει πλήρως από την προδικαστική προσφυγή η απαραίτητη για το παραδεκτό της προβολής του λόγου επίκληση συγκεκριμένης βλάβης προκαλούμενης από την προβαλλόμενη παρανομία.

18. Επιπρόσθετα, ο προκείμενος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος ως ερειδόμενος σε εσφαλμένη προϋπόθεση. Ειδικότερα, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι ο όρος της Διακήρυξης, σύμφωνα με τον οποίο, μεταξύ των υποχρεώσεων του προσωπικού του αναδόχου, είναι και «να ελέγχει τα εισερχόμενα και εξερχόμενα αυτοκίνητα» συνεπάγεται την ανάθεση σε αυτό ανακριτικών αρμοδιοτήτων και ότι ο έλεγχος αυτός έχει την έννοια της «έρευνας» κατά την ποινική δικονομία, δεν βρίσκει κανένα έρεισμα στη Διακήρυξη. Ο επίμαχος όρος της Διακήρυξης αφορά, κατά τη γραμματική διατύπωσή του, τον έλεγχο της εισόδου και της εξόδου των οχημάτων στους χώρους του Νοσοκομείου και της ύπαρξης της απαιτούμενης άδειας, πράγμα που αποτελεί συνήθη και εύλογη υποχρέωση των παρόχων υπηρεσιών φύλαξης. Τούτο επιβεβαιώνει και η αναθέτουσα αρχή και με τις απόψεις της. Κατά συνέπεια, ο τρίτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

19. Με τον τέταρτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της απαίτησης της Διακήρυξης που προβλέπει ότι το προσωπικό του αναδόχου πρέπει να έχει εκπληρώσει τις στρατιωτικές του υποχρεώσεις. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η απαίτηση της Διακήρυξης είναι δυσανάλογη, διότι, σύμφωνα με τις οικείες διατάξεις του ν. 3707/2008 που διέπει τη λειτουργία ιδιωτικών επιχειρήσεων παροχής υπηρεσιών

ασφαλείας, η προϋπόθεση αυτή θα πρέπει να πληρούται μόνο στην περίπτωση προσωπικού που κατά την εκτέλεση των σχετικών υπηρεσιών φέρει όπλα, πράγμα που δεν προβλέπεται από τη Διακήρυξη στην προκείμενη περίπτωση. Ο λόγος αυτός είναι πρωτίστως απορριπτέος ως απαράδεκτος λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας για την προβολή του, διότι και σε αυτήν την περίπτωση ελλείπει πλήρως από την προδικαστική προσφυγή η απαραίτητη για το παραδεκτό της προβολής του λόγου επίκληση συγκεκριμένης βλάβης προκαλούμενη από την προβαλλόμενη παρανομία

20. Σε κάθε περίπτωση, ο προκείμενος λόγος είναι απορριπτέος, διότι η αναθέτουσα αρχή παραθέτει με τις απόψεις αιτιολογία της επιλογής της να θεσπίσει τη συγκεκριμένη απαίτηση, η οποία ανάγεται στην ανάγκη απασχόλησης κατά το δυνατόν σταθερού προσωπικού, το οποίο δεν εναλλάσσεται συχνά, πράγμα που μπορεί να συμβαίνει ιδίως όταν οι εργαζόμενοι δεν έχουν εκπληρώσει τις στρατιωτικές τους υποχρεώσεις και μπορεί ανά πάσα στιγμή να κληθούν για την εκπλήρωσή τους. Έτσι, η συγκεκριμένη απαίτηση ανάγεται στην ποιότητα των παρεχόμενων υπηρεσιών με την εξασφάλιση προσωπικού που αποκτά εμπειρία στον χώρο του Νοσοκομείου και δεν ανανεώνεται διαρκώς, ώστε να απαιτείται εκ νέου εξοικείωση με τις συνθήκες του συγκεκριμένου χώρου. Με τα δεδομένα αυτά, η επίμαχη απαίτηση κρίνεται ανάλογη προς τον επιδιωκόμενο σκοπό της εξασφάλισης παροχής ποιοτικών υπηρεσιών φύλαξης προς την αναθέτουσα αρχή, απορριπτομένου του τέταρτου λόγου της προδικαστικής προσφυγής.

21. Με τον πέμπτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα βάλλει κατά της απαίτησης της Διακήρυξης το προσωπικό του αναδόχου «*να διαθέτει την ικανότητα της καλής επικοινωνίας με το κοινό. Να είναι εύστροφο, να έχει την ικανότητα επιβολής, να είναι ευγενικό αλλά και αυστηρό και να μπορεί να διαχειριστεί με αποτελεσματικό και με ενδεδειγμένο τρόπο κάθε απλή ή σύνθετη κατάσταση*» προβάλλοντας ότι ο όρος αυτός είναι ασαφής, διότι δεν προσδιορίζεται πώς θα αποδεικνύεται ότι το προσωπικό του αναδόχου διαθέτει τις παραπάνω ικανότητες. Και ο προκείμενος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί, διότι η προσφεύγουσα αρκείται στην επίκληση της ασάφειας του πληττόμενου όρου, χωρίς να κάνει καμία αναφορά στη βλάβη που τυχόν υφίσταται εξαιτίας του, πολλώ δε

μάλλον δεν προσδιορίζει, με ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, ότι η (κατά τους ισχυρισμούς της) ασάφεια καθιστά αδύνατη ή ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό (βλ. ανωτέρω σκέψη 9). Και στην περίπτωση αυτή, ενόψει της ευχέρειας που παρέχει το άρθρο 2.1.3. της Διακήρυξης στους διαγωνιζομένους να ζητούν διευκρινίσεις, προς άρση τυχόν αμφισβητήσεων ως προς την έννοια των τιθέμενων με αυτήν προδιαγραφών και όρων, και συγκεκριμένα σχετικά με τον τρόπο απόδειξης της προαναφερθείσας τεχνικής προδιαγραφής, δεν αρκεί η επίκληση από την εταιρεία της ασάφειας του πληττόμενου όρου για την ακύρωσή του (βλ. ΣΤΕ 1259/2019).

22. Εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή παρέθεσε με τις απόψεις της, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στην προσφεύγουσα στις 23/12/2022, αιτιολογία σχετικά με την προβαλλόμενη ασάφεια ως προς το αποδεικτικό μέσο της επίμαχης απαίτησης, διευκρινίζοντας ότι μπορεί να αποδειχτεί με βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης ή/και με πιστοποιητικά εκπαίδευσης του προσωπικού. Η προσφεύγουσα δεν υπέβαλε υπόμνημα προβάλλοντας ισχυρισμούς σχετικά με τη νέα αυτή αιτιολογία, η οποία κατέστη πλέον οριστική και, συνακόλουθα, η ΕΑΔΗΣΥ στερείται εξουσίας να κρίνει αυτεπαγγέλτως σχετικά με το νόμιμο αυτής (βλ. ΣΤΕ 1000/2022, σκ. 17). Για όλους τους ανωτέρω λόγους, και ο πέμπτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

23. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της και να οριστεί η κατάπτωση του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 16 Ιανουαρίου 2023 και εκδόθηκε την 2^α Φεβρουαρίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ