

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

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

Για να εξετάσει την, από 02.05.2023, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 661/08.05.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής αναθέτων φορέας), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθούν συγκεκριμένοι όροι της με αριθμ. πρωτ. .../12.04.2023 διακήρυξης του αναθέτοντος φορέα, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «ΠΑΡΟΧΗ ΣΥΜΒΟΥΛΕΥΤΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ...», εκτιμώμενης αξίας 38.000,00 € μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, Κωδικός CPV: ...-7, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (ΑΔΑΜ: ...12.04.2023, συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

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

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ., ποσού εξακοσίων (600,00) € αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 02.05.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 661/08.05.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω διακήρυξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής αναρτήθηκε στο σύστημα ΚΗ.Μ.ΔΗΣ και στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 12.04.2023.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, η οποία δραστηριοποιείται στο υπό ανάθεση αντικείμενο, στρέφεται κατά συγκεκριμένων άρθρων της διακήρυξης (βλ. άρθρ. 2.2.4., 2.2.5. και 2.2.9.2 παρ. Β.2.), τα οποία, ως ισχυρίζεται, παρεμποδίζουν τη συμμετοχή της στον υπόψη διαγωνισμό και επομένως, θεμελιώνει καταρχάς έννομο συμφέρον για την άσκηση της παρούσας προσφυγής. Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον: i) ως κριτήριο καταλληλότητας άσκησης της επαγγελματικής δραστηριότητας, ζητείται, γενικώς και αορίστως, η άσκηση εμπορικής δραστηριότητας συναφούς με το αντικείμενο της παρούσας σύμβασης, χωρίς να προβλέπεται κάποια περαιτέρω εξειδίκευση του υποψηφίου και πιο συγκεκριμένα, η ιδιότητα του «μεσίτη ασφαλίσεων» (βλ. άρθρ. 2.2.4.), ii) προς απόδειξη της χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου, ζητείται μη νομίμως η υποβολή των ισολογισμών των ετών 2019, 2020 και 2021 και όχι των ισολογισμών της διαχειριστικής χρήσης του έτους 2022, παρότι η διακήρυξη δημοσιεύθηκε το έτος 2023 (βλ. άρθρ. 2.2.5.) και iii) προς απόδειξη της καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, ζητείται η υποβολή εν ισχύ άδειας λειτουργίας επιχείρησης παροχής υπηρεσιών υγείας, μολονότι η ζητούμενη άδεια ουδόλως σχετίζεται με τις υπό ανάθεση συμβουλευτικές υπηρεσίες ασφαλίσεων (βλ. άρθρ. 2.2.9.2. παρ. Β.2.). Επισημαίνεται στο σημείο αυτό, ότι το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την

οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, «Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης», Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων θα πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον 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 στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», Β' έκδοση, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Επισημαίνεται, επίσης, ότι ως επίκληση βλάβης, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων (και τεκμηριωμένων, ενόψει των συνθηκών) στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου ενδιαφερόμενου, εκ των οποίων, είτε αποκλείεται, είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του, λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, ανεξαρτήτως της μη συμμετοχής της στην ένδικη διαδικασία (ΣτΕ 1259/2019), ενώ περαιτέρω, εάν, εν συνεχεία, λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στο διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται (βλ. Ε.Α. 352/2018, 86/2018, ΔΕφΑΘ (Αναστ.) 44/2015, (Ασφ) 561/2013, ΣτΕ(ΕΑ) 314/2013, ΣτΕ (ΕΑ) 472/2012, ΣτΕ 1415/2008 Ολομ. κλπ, πρβλ., επίσης, αποφάσεις Α.Ε.Π.Π 578/2018, Α370/2019. Α129/2021 κλπ). Περαιτέρω, ως ομοίως έχει κριθεί, κατά την έννοια των διατάξεων του ν. 4412/2016, εάν η ταχθείσα με τη διακήρυξη προθεσμία για την υποβολή προσφοράς ή αιτήσεως συμμετοχής έχει λήξει, προτού εκδικασθεί η αίτηση παροχής προσωρινής προστασίας και ο αιτών δεν έχει λάβει μέρος στον διαγωνισμό, έστω με επιφύλαξη, το έννομο συμφέρον του προς άσκηση αιτήσεως αναστολής κατά της διακηρύξεως

διατηρείται μόνον εφ' όσον προβάλλει ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει όρο, ο οποίος αποκλείει παρανόμως τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό ή καθιστά ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς ή αιτήσεως συμμετοχής (βλ. ΣΤΕ 1259/2019, 4606/2012, 1987/2011).

5. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του ν. 3886/2010, η οποία δεν έχει μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με τον νόμο αυτόν σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους του αναθέτουσας αρχής παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης ή τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατά την άποψή του, τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, στην διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή στα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΕΑ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013. 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α.). Σε περίπτωση, δε, που ο αιτών τελικώς μετάσχει στο διαγωνισμό με επιφύλαξη και προσβάλλει με την προδικαστική του προσφυγή συγκεκριμένο όρο της διακηρύξεως, προβάλλοντας ότι ο όρος αυτός είναι παράνομος, διότι τον αποκλείει ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό, έχει έννομο συμφέρον για προσβολή του εν λόγω όρου, μόνον εφόσον προβάλλει ειδικούς ισχυρισμούς ότι, παρά το γεγονός ότι υπέβαλε προσφορά στον διαγωνισμό, ενδέχεται να υποστεί ζημία από τον όρο αυτό της διακηρύξεως (ΣΤΕ (Ασφ) 124/2015, ΕΑ 16/2015, 415/2014, 718, 616/2012 κá). Με βάση τα ως άνω, σε περίπτωση που κάποιος προτίθεται να στραφεί κατά όρων διακήρυξης, θεωρώντας ότι την καθιστούν πλημμελή, θα πρέπει να επικαλεσθεί και να

αποδείξει τη συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον όρο τον οποίο θεωρεί μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων.

6. Επειδή, ο οικείος αναθέτων φορέας απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. .../17.05.2023 έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

7. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής: • 1^{ος} λόγος προσφυγής: θέσπιση κριτηρίου καταλληλότητας που καταστρατηγεί την απαίτηση παροχής υπηρεσιών από ανεξάρτητο εξειδικευμένο ασφαλιστικό σύμβουλο. Α) Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι παρεμποδίζεται η συμμετοχή της στον εν θέματι διαγωνισμό, άλλως, *«καθίσταται ανέφικτη η σύνταξη λυσιτελούς προσφοράς»*, διότι στον όρο 2.2.4. της διακήρυξης προβλέπεται ότι δικαίωμα συμμετοχής έχουν οι οικονομικοί φορείς που λειτουργούν - γενικώς και αδιακρίτως - ως σύμβουλοι παροχής ασφαλιστικών υπηρεσιών, σύμφωνα με τα οριζόμενα στον ν. 4583/2018 και τη λοιπή σχετική νομοθεσία, χωρίς να γίνεται ειδικότερη αναφορά στην κατηγορία του «μεσίτη ασφαλίσεων» του ως άνω νόμου. Κατά την άποψη της προσφεύγουσας, η παράλειψη μνείας της ως άνω εξειδίκευσης, επιτρέπει τη συμμετοχή στον διαγωνισμό επιχειρήσεων που ασκούν δραστηριότητα, η οποία αντιβαίνει στις απαιτήσεις που ο ίδιος ο αναθέτων φορέας έθεσε εν προκειμένω. Προς τεκμηρίωση των σχετικών ισχυρισμών της, η προσφεύγουσα παραπέμπει στον ν. 4583/2018, ο οποίος ενσωμάτωσε στην ελληνική έννομη τάξη την οδηγία 2016/97/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 20ης Ιανουαρίου 2016 (ΕΕ L 26), σχετικά με τη διανομή ασφαλιστικών προϊόντων, με τον οποίο θεσπίζονται οι κανόνες σχετικά με την άσκηση των δραστηριοτήτων διανομής ασφαλιστικών και αντασφαλιστικών προϊόντων από φυσικά και νομικά πρόσωπα που είναι εγκατεστημένα ή επιθυμούν να εγκατασταθούν στην Ελλάδα, τα οποία καλούνται «ασφαλιστικός διαμεσολαβητής» και διακρίνονται στις κάτωθι τρεις (3) κατηγορίες: α) ασφαλιστικοί πράκτορες, β) συντονιστές ασφαλιστικών πρακτόρων και γ) μεσίτες ασφαλίσεων. Τέλος, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι δια του άρθρου 2.2.4., ως έχει διατυπωθεί στη διακήρυξη, αυξάνεται ο κίνδυνος να καταταγεί σε δυσμενέστερη θέση και ενδεχομένως, να απωλέσει την ευκαιρία να αναδειχθεί ανάδοχος του υπόψη

έργου, αφού παρέχεται δικαίωμα συμμετοχής σε συνδιαγωνιζόμενο «...που ενώ πληροί το εν λόγω κριτήριο που παρανόμως θέτει η διακήρυξη, προδήλως απαγορεύεται να υλοποιήσει το περιγραφόμενο από αυτήν αντικείμενο παροχής υπηρεσιών...».

- Ο αναθέτων φορέας ισχυρίζεται ότι η θέσπιση του ανωτέρω όρου, στον οποίο δεν γίνεται ρητή αναφορά σε «μεσίτη ασφαλίσεων», ως υποδεικνύει η προσφεύγουσα, αλλά σε οικονομικούς φορείς που «... ασκούν εμπορική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της παρούσας σύμβασης ... σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Ν. 4583/2018 και τη λοιπή σχετική νομοθεσία», ουδόλως παρεμποδίζει την ανάπτυξη συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού στον υπόψη διαγωνισμό, τουναντίον, συμβάλλει στην ενίσχυση και στην ανάπτυξή του, αφού επιτρέπει τη συμμετοχή μεγαλύτερου αριθμού οικονομικών φορέων που δραστηριοποιούνται στο προς ανάθεση αντικείμενο, ενώ η προσφεύγουσα – η οποία διαθέτει τη ζητούμενη εμπειρία, αφού είναι εγγεγραμμένη στο ειδικό μητρώο διαμεσολαβητών ασφάλισης του άρθρου 19 του ν. 4583/2018, στην κατηγορία του μεσίτη ασφαλίσεων – ουδόλως εμποδίζεται να συμμετάσχει στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία.

Β) Στο άρθρο Παράρτημα ΙΙ («ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ») της διακήρυξης, ορίζεται ότι: «... Οι υπηρεσίες που θα παρέχει ο ασφαλιστικός σύμβουλος ενδεικτικά και όχι περιοριστικά αφορούν στις ασφαλίσεις Γενικής Αστικής Ευθύνης, Εργοδοτικής Ευθύνης και Αστικής Ευθύνης Προϊόντος, Ευθύνης Στελεχών (D&O), Κατά Παντός Κινδύνου περιουσίας, Πυρός και στις Ασφαλιστικές Προδιαγραφές Διακήρυξης Οχημάτων. Επίσης, συνδρομή, διαμόρφωση, έλεγχο του πλαισίου ασφάλισης Έργων (Κατά Παντός Κινδύνου) για τις εργολαβίες που αναθέτει η ... σε Τρίτους και στην έρευνα και υποστήριξή του σε θέματα ασφαλιστικής κάλυψης περιβαλλοντικής ευθύνης της Οι υπηρεσίες έχουν ως κάτωθι: Μελέτη και αξιολόγηση των υφιστάμενων ασφαλισμένων κινδύνων που απορρέουν από τις εγκαταστάσεις και την εν γένει δραστηριότητα της ... σε συνδυασμό με τις υφιστάμενες ασφαλιζόμενες αξίες και το ύψος των ασφαλιζόμενων κεφαλαίων / ανωτάτων ορίων ευθύνης. Ειδικότερα: 1. Καταγραφή, ανάλυση και αξιολόγηση των υφιστάμενων ασφαλιστικών αναγκών της ... με βάση τα παρεχόμενα από την ίδια στοιχεία. 2. Διαμόρφωση εναλλακτικών ασφαλιστικών προτάσεων για τους τομείς ασφάλισης που έχουν ανατεθεί στο Σύμβουλο. 3. Παρουσίαση και

υπόδειξη τελικής ασφαλιστικής πρότασης στην ... 4. Επίβλεψη, συνδρομή και υλοποίηση των ασφαλιστικών καλύψεων της ... προς τις ασφαλιστικές ή / και αντασφαλιστικές εταιρείες, μετά από έγκριση των αρμοδίων οργάνων της 5. Προτάσεις για τη διαμόρφωση των όρων των διαγωνισμών που αφορούν σε πάσης φύσεως ασφαλίσεις σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία, τις πρακτικές και τις διαδικασίες που απαιτεί η ασφαλιστική αγορά ώστε να διασφαλίζεται η γονιμότητα και η νομιμότητα της διαγωνιστικής διαδικασίας. 6. Υποστήριξη επί της διαδικασίας συντάξεως προδιαγραφών/τευχών διακηρύξεων σχετικών διαγωνισμών για τη διαχείριση ασφαλισμένων κινδύνων της ..., όπου αυτό απαιτείται. 7. Παροχή τεχνικής υποστήριξης καθ' όλη τη διάρκεια του διαγωνισμού μέχρι και τη φάση της αξιολόγησης των αποτελεσμάτων του, επιλογής της αναδόχου ασφαλιστικής εταιρείας και παράδοση από αυτήν του ασφαλιστηρίου συμβολαίου. 8. Έλεγχος συμμόρφωσης των ασφαλιστικών συμβάσεων και ασφαλιστηρίων συμβολαίων που θα παραδοθούν από την ανάδοχο ασφαλιστική εταιρεία στην ... με στόχο την αποφυγή λαθών, παρερμηνειών ή παραλείψεων στις ασφαλιστικές συμβάσεις. 9. Συνδρομή στην κατάρτιση των όρων των ασφαλιστηρίων συμβολαίων που θα συνάπτει η [...]». Περαιτέρω, στο προσβαλλόμενο άρθρο 2.2.4 («Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας») της διακήρυξης, προβλέπεται ότι: «Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν εμπορική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της παρούσας σύμβασης [...] Ειδικότερα απαιτείται να αποδείξουν ότι λειτουργούν νόμιμα ως σύμβουλοι παροχής υπηρεσιών, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Ν. 4583/2018 και τη λοιπή σχετική νομοθεσία.». Επίσης, στο άρθρο 4 του ν. 4583/2018 δίδονται οι κάτωθι ορισμοί: «4. Ασφαλιστικός Πράκτορας»: το φυσικό ή νομικό πρόσωπο που ασκεί τη δραστηριότητα της διανομής ασφαλιστικών προϊόντων στο όνομα και για λογαριασμό μίας ή περισσότερων ασφαλιστικών επιχειρήσεων. Στους ασφαλιστικούς πράκτορες εντάσσονται τα πιστωτικά ιδρύματα, οι επιχειρήσεις επενδύσεων και οι αγροτικοί συνεταιρισμοί, όταν ασκούν τη δραστηριότητα διανομής ασφαλιστικών προϊόντων.», «5. Συντονιστής ασφαλιστικών πρακτόρων»: το φυσικό ή νομικό πρόσωπο που ασκεί τη δραστηριότητα της διανομής ασφαλιστικών προϊόντων μέσω ομάδας ασφαλιστικών πρακτόρων, τους

οποίους επιλέγει και προτείνει στις ασφαλιστικές επιχειρήσεις για συνεργασία, και στη συνέχεια εκπαιδεύει και επιβλέπει το έργο τους, με σκοπό να διασφαλίσει την εκ μέρους τους εφαρμογή των σχετικών με τη διανομή πολιτικών και διαδικασιών των ασφαλιστικών επιχειρήσεων με τις οποίες συνεργάζεται, χωρίς να συμβάλλεται ο ίδιος με αυτούς» και «6. Μεσίτης ασφαλίσεων»: το φυσικό ή νομικό πρόσωπο που, με γραπτή εντολή του πελάτη, ασκεί τη δραστηριότητα της διανομής ασφαλιστικών προϊόντων με βάση την ανάλυση επαρκούς αριθμού ασφαλιστικών συμβάσεων που διατίθενται στην αγορά, χωρίς να δεσμεύεται ως προς την επιλογή της ασφαλιστικής επιχείρησης.».

Επειδή, οι ζητούμενες υπηρεσίες συνίστανται, μεταξύ άλλων, στην καταγραφή και ανάλυση των ασφαλιστικών απαιτήσεων του αναθέτοντος φορέα, στην επίβλεψη τήρησης των ασφαλιστήριων συμβολαίων, στη δημιουργία νέων προϊόντων, στην υποστήριξη σύνταξης προδιαγραφών και τευχών διακηρύξεων σχετικών διαγωνισμών για τη διαχείριση ασφαλίσιμων κινδύνων κλπ (βλ. άρθρ. 1.3. της διακήρυξης και Παράρτημα II), καθίσταται σαφές ότι οι υπηρεσίες αυτές μπορούν να παρασχεθούν μόνο από έναν «μεσίτη ασφαλίσεων», υπό την έννοια του ν. 4583/2019 και όχι από έναν πράκτορα ασφαλίσεων, αλλά ούτε και από έναν συντονιστή ασφαλιστικής σύμβασης. Συνεπώς, το γεγονός ότι ο αναθέτων φορέας δεν απέκλεισε τη συμμετοχή των λοιπών «ασφαλιστικών διαμεσολαβητών» στον υπόψη διαγωνισμό, οι οποίοι, κατά τους ορισμούς του ν. 4583/2018, δεν είναι «μεσίτες ασφαλίσεων», αλλά ασφαλιστικοί πράκτορες, οι οποίοι δεν πληρούν την απαίτηση για παροχή ανεξάρτητων υπηρεσιών, έχει ως συνέπεια να επιτρέπεται, ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η υποβολή προσφοράς από φυσικά ή νομικά πρόσωπα που δεν νομιμοποιούνται να παρέχουν τις απαιτούμενες από τη διακήρυξη υπηρεσίες, σύμφωνα με την ειδική νομοθεσία περί ασφαλιστικής διαμεσολάβησης και δη, σε βάρος της προσφεύγουσας που είναι εγγεγραμμένη στην κατηγορία του «μεσίτη ασφαλίσεων», ήτοι, μπορεί να εκτελέσει τις υπό ανάθεση υπηρεσίες (νόθευση του ανταγωνισμού). Με βάση τα προλεχθέντα και δοθέντος ότι η προσφεύγουσα απέδειξε τη συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον επίμαχο όρο, μετ' εννόμου συμφέροντος στρέφεται κατά αυτού, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της «...». Επομένως, ο

1^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός και ο επίμαχος όρος, που, κατά τα ανωτέρω, παραβιάζει την αρχή του ανόθευτου ανταγωνισμού, θα πρέπει να ακυρωθεί.

• 2^{ος} λόγος προσφυγής: θέσπιση μη νόμιμων απαιτήσεων οικονομικής επάρκειας. Α) Η προσφεύγουσα βάλλει, επίσης, κατά του όρου 2.2.5. της διακήρυξης, ισχυριζόμενη ότι προς απόδειξη της οικονομικής επάρκειας του υποψηφίου, ζητείται μη νομίμως η υποβολή των θετικών αποτελεσμάτων χρήσεως μόνο για τα έτη 2019, 2020 και 2021 και όχι για το έτος 2022, παρά το γεγονός ότι η διακήρυξη δημοσιεύθηκε το 2023. Ως μάλιστα χαρακτηριστικά αναφέρει η προσφεύγουσα: «... Όπως παγίως έχει κριθεί από το Ελεγκτικό Συνέδριο, κατά παράβαση των ανωτέρω διατάξεων του ν. 4412/2016, τίθεται με την παράγραφο 2.2.5 της Διακήρυξης, ως κριτήριο καταλληλότητας να έχουν καθαρά αποτελέσματα χρήσεως θετικά για τα έτη 2019, 2020 και 2021 και ζητείται η προσκόμιση των αντίστοιχων ισολογισμών, που εκφεύγουν του ανωτάτου χρονικού πλαισίου, ήτοι τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις, οι οποίες εν προκειμένω αντιστοιχούν στις χρήσεις 2020, 2021 και 2022, όπως τίθενται με τις διατάξεις του Παραρτήματος XII «Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής» του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη δημοσιεύτηκε το έτος 2023. Αδιάφορη δε είναι η τυχόν μη ύπαρξη, κατά τον χρόνο έναρξης της διαδικασίας σύναψης σύμβασης δημοσιευμένων οικονομικών καταστάσεων για το έτος 2022, καθώς τα απαιτούμενα από τις οικονομικές καταστάσεις στοιχεία θα μπορούσαν να αποδειχθούν με σχετικές δηλώσεις των προσφερόντων ή οποιοδήποτε άλλο έγγραφο έκρινε κατάλληλο η Αναθέτουσα Αρχή. (βλ. ΕΣ Τμ. VII 16/2023 σκ. 14, 949/2022 σκ. 12, ΕΣ Ολ. 1403/2022 σκ. 16) [...]».

• Ο αναθέτων φορέας ισχυρίζεται ότι η μη συμπερίληψη του έτους 2022 στο κριτήριο της χρηματοοικονομικής επάρκειας οφείλεται στο γεγονός ότι οι ισολογισμοί της διαχειριστικής χρήσης του 2022 μπορεί να μην έχουν εισέτι δημοσιευτεί, σε κάθε δε περίπτωση, η επίμαχη παράλειψη ουδόλως παρεμποδίζει τη συμμετοχή της προσφεύγουσας στην εν θέματι διαδικασία. Β) Στο άρθρο 2.2.5 («Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια») της επίμαχης διακήρυξης, ορίζεται ότι: «Α1) Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να έχουν καθαρά αποτελέσματα χρήσεως

θετικά για δυο τουλάχιστον από τις τρεις τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις (2019, 2020, 2021).». Επίσης, στο άρθρο 2.2.9.2 («Αποδεικτικά μέσα») παρ. Β.3. της διακήρυξης, προβλέπεται ότι: «Β.3 Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5Α οι οικονομικοί φορείς, σύμφωνα με την περί εταιρειών νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένοι, υποβάλλουν Ισολογισμούς των τελευταίων τριών (3) διαχειριστικών χρήσεων (2019, 2020 και 2021), σε περίπτωση που υποχρεούνται στην έκδοση Ισολογισμών ή Δήλωση του συνολικού ύψους του ετήσιου κύκλου εργασιών, σε περίπτωση που δεν υποχρεούνται στην έκδοση Ισολογισμών. 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. Η καταλληλότητα του προσκομιζόμενου από τον οικονομικό φορέα εγγράφου για την απόδειξη της χρηματοοικονομικής του επάρκειας εναπόκειται στην κρίση της Εάν ο φορέας λειτουργεί για χρόνο μικρότερο της τριετίας δα υποβάλλει ισολογισμούς ή φορολογικές δηλώσεις για όσο χρόνο λειτουργεί.»

Εν προκειμένω οι προσβαλλόμενες απαιτήσεις των άρθρων 2.2.5. και 2.2.9.2. παρ. Β.3. της διακήρυξης, αντίκεινται στις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και του ελεύθερου ανταγωνισμού, κατά το μέρος που εξαιρούν το έτος 2022 από τη χρονική περίοδο αναφοράς των δικαιολογητικών που ζητούνται για την τεκμηρίωση της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των προσφερόντων. Και τούτο, διότι με τη θέσπιση των επίμαχων όρων περιορίστηκε αθέμιτα ο αριθμός των δυνητικά ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων αποκλειστικά σε εκείνους τους φορείς που πληρούν το εν λόγω κριτήριο επιλογής για τα έτη 2019, 2020 και 2021, κατ' αποκλεισμό εκείνων που ενδεχομένως πληρούν το κριτήριο αυτό για το έτος 2022, το οποίο είναι χρονικά εγγύτερο του χρόνου διεξαγωγής του υπόψη διαγωνισμού και ως εκ τούτου, πλέον πρόσφορο για τη διακρίβωση της ευμετάβλητης χρηματοοικονομικής καταλληλότητας των υποψηφίων (βλ. ΕΣ Τμ. VII16/2023 σκ. 14, Ελ. Συν Ολ. 1716/2022 σκ. 29, 1403/2022 σκ. 16, 180/2022 σκ. 20,21,1832/2021 σκ. 26, Ελ Συν Τμ. VII 949/2022 σκ. 12). Για τους ανωτέρω λόγους, η προσβαλλόμενη διακήρυξη καταστρατηγεί τον ανταγωνισμό, αφού, κατ' ουσίαν, ευνοεί ανεπίτρεπτα τους οικονομικούς

φορείς που διαθέτουν ισολογισμούς ή άλλα κατάλληλα οικονομικά έγγραφα μόνο για τα έτη 2019, 2020 και 2021 και ουχί για το έτος 2022, παρότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη δημοσιεύθηκε το έτος 2023. Συνεπώς, οι ζητούμενοι ισολογισμοί εκφεύγουν των τριών τελευταίων οικονομικών χρήσεων, ως αυτές ορίζονται στις διατάξεις του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, οι οποίες, εν προκειμένω, αντιστοιχούν στις χρήσεις των ετών 2020, 2021 και 2022.

Περαιτέρω, δοθέντος ότι η προσφεύγουσα κινδυνεύει να καταταγεί σε δυσμενέστερη θέση ή/και να απωλέσει τη δυνατότητα να της ανατεθεί το υπόψη έργο (παρότι η ίδια πληροί το επίμαχο κριτήριο και για το εγγύτερο της διεξαγωγής του διαγωνισμού έτος 2022) αφού -κατά τα ανωτέρω- επιτρέπεται η συμμετοχή οικονομικών φορέων που πληρούν το εν λόγω κριτήριο μόνο για την τριετία 2019-2020-2021, θεμελιώνεται στην προκείμενη περίπτωση η άμεση βλάβη της από τη θέσπιση του επίμαχου όρου και συνεπακόλουθα, το ειδικό έννομο συμφέρον της για την προσβολή του, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών του αναθέτοντος φορέα. Με βάση τα προλεχθέντα και λαμβανομένου υπόψη ότι η προσφεύγουσα αναφέρει στην προσφυγή της συγκεκριμένα τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος της από τη θέσπιση των επίμαχων απαιτήσεων οικονομικής επάρκειας (βλ. ΣΤΕ 3905/2004), οι οποίες, ως προελέχθη, παραβιάζουν τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, στη διαδικασία επιλογής του αναδόχου και στα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιαδώς δυσχερή την συμμετοχή της στον υπόψη διαγωνισμό (ΕΑ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013. 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α.), ο 2^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός.

- 3^{ος} λόγος προσφυγής: θέσπιση εσφαλμένου αποδεικτικού μέσου για το κριτήριο επιλογής του άρθρου 2.2.4 της διακήρυξης. Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι παρεμποδίζεται η συμμετοχή της στον υπόψη διαγωνισμό, διότι στο άρθρο 2.2.9.2 («Αποδεικτικά μέσα») παρ. Β.2. της διακήρυξης, προβλέπεται η υποχρέωση υποβολής αντιγράφου της εν ισχύ άδειας λειτουργίας επιχείρησης υγείας, ήτοι, ζητείται η κατοχή και η υποβολή άδειας επιχείρησης, η οποία παρέχει εντελώς διαφορετικές υπηρεσίες (υγείας) από τις προβλεπόμενες στη διακήρυξη (συμβουλευτικές ασφαλιστικές υπηρεσίες).

Ως ειδικότερα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, παρά το γεγονός ότι δραστηριοποιείται επί σειρά ετών στην παροχή ανεξάρτητων συμβουλευτικών υπηρεσιών ασφαλιστικής κάλυψης, αδυνατεί να υποβάλει λυσιτελή προσφορά, κατατείνουσα στην ανάθεση της οικείας σύμβασης, καθώς δεν διαθέτει (ούτε και όφειλε να διαθέτει) τη ζητούμενη άδεια για τη συμμετοχή της στον συγκεκριμένο διαγωνισμό.

• Ο αναθέτων φορέας ισχυρίζεται ότι στο 2.2.9.2 παρ. Β.2. της διακήρυξης έχει εμφολωρήσει εκ παραδρομής η απαίτηση υποβολής αντιγράφου της εν ισχύ άδειας λειτουργίας επιχείρησης παροχής υπηρεσιών υγείας, σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία. Μάλιστα, κατά την άποψή του, το σφάλμα αυτό ουδόλως θίγει την εν γένει νομιμότητα του όρου 2.2.9.2. παρ. Β.2 της διακήρυξης, ούτε επιδρά στο κύρος του, αφού ουδεμία αντίστοιχη αναφορά υφίσταται στο άρθρο 2.2.4 και επομένως, ο προσβαλλόμενος όρος καθίσταται εν τέλει άνευ αντικειμένου. Ως χαρακτηριστικά αναφέρει στο σχετικό έγγραφο απόψεών του προς την Αρχή: «... η μη προσκόμισή του από τον προσωρινό ανάδοχο στερείται εννόμων συνεπειών, εφόσον σε καμία περίπτωση δεν θα ηδύνατο να οδηγήσει στον αποκλεισμό του (εφόσον δεν προεβλέπετο ως στοιχείο της καταλληλότητός του)». Β) Στο άρθρο 2.2.9.2 («Αποδεικτικά μέσα») παρ. Β.2 της διακήρυξης, προβλέπεται ότι: «Για την απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 2.2.4. (απόδειξη καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας), προσκομίζουν πιστοποιητικό / βεβαίωση του οικείου επαγγελματικού (ή εμπορικού) μητρώου του κράτους εγκατάστασης. Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης, προσκομίζουν πιστοποιητικό / βεβαίωση του αντίστοιχου επαγγελματικού (ή εμπορικού) μητρώου του Παραρτήματος XI του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, με το οποίο πιστοποιείται αφενός η εγγραφή τους σε αυτό και αφετέρου το ειδικό επάγγελμά τους. Στην περίπτωση που χώρα δεν τηρεί τέτοιο μητρώο, το έγγραφο ή το πιστοποιητικό μπορεί να αντικαθίσταται από ένορκη βεβαίωση ή, στα κράτη - μέλη ή στις χώρες όπου δεν προβλέπεται ένορκη βεβαίωση, από υπεύθυνη δήλωση του ενδιαφερομένου ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού οργανισμού της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας [...]

Β) Αντίγραφο της εν ισχύ άδειας λειτουργίας επιχείρησης παροχής υπηρεσιών υγείας σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία.».

Στην κρινόμενη υπόθεση η επιλοχώρηση του επίμαχου σφάλματος έγινε μεν εκ προφανούς παραδρομής του αναθέτοντος φορέα, ωστόσο, δοθέντος ο τελευταίος δεν προέβη στην απαλοιφή της εν λόγω απαίτησης μετά την άσκηση της παρούσας προσφυγής, αλλά ούτε στην έκδοση σχετικής (επίσημης) διευκρίνισης προς αποσαφήνιση του ζητήματος, ο προσβαλλόμενος όρος θα πρέπει να ακυρωθεί, ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, καθότι δεν σχετίζεται με το προς ανάθεση αντικείμενο, είναι δυσανάλογος και τέθηκε, εν προκειμένω, καταχρηστικά, αλλά και διότι πλήττει τη σαφήνεια των εγγράφων της σύμβασης, κατά παράβαση της θεμελιώδους αρχής της διαφάνειας που διέπει τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Τέλος, σημειώνεται ότι αλυσιτελώς προβάλλεται από τον αναθέτοντα φορέα, ότι στο, από 21.04.2023, αίτημα παροχής διευκρινίσεων που υπέβαλε η προσφεύγουσα ενώπιόν του, ουδέν ανέφερε επί του άρθρου 2.2.9.2. παρ. Β.2. της διακήρυξης, αφού η παράλειψη υποβολής αιτήματος παροχής διευκρινίσεων επί του ως άνω όρου, ουδόλως αποστερεί την εταιρεία από το δικαίωμά της να ασκήσει εν συνεχεία προδικαστική προσφυγή, στρεφόμενη κατά του κύρους του όρου αυτού. Ενόψει των ανωτέρω, ο 3^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός.

8. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή.

9. Επειδή, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση, όπως η παρούσα, ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης, που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, όπως στην επίμαχη διακήρυξη, θα πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (πρβλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΕ της 4^{ης} Δεκεμβρίου 2003, υπόθεση C-448/2001, ENV AG Wienstrom GmbH κλπ., σκέψη 92-95). Συνεπώς, εφόσον είναι ακυρωτέοι ουσιώδεις όροι της επίμαχης διακήρυξης, οι οποίοι ρητώς και σαφώς έχουν τεθεί επί ποινή αποκλεισμού, σύμφωνα με τα ως άνω προεκτεθέντα, η προσβαλλόμενη διακήρυξη θα πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της.

10. Επειδή, ύστερα από τις προηγούμενες σκέψεις, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει εν συνόλω την με αριθμ. πρωτ. ...12.04.2023 διακήρυξη (ΑΔΑΜ: .../12.04.2023) του αναθέτοντος φορέα, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «ΠΑΡΟΧΗ ΣΥΜΒΟΥΛΕΥΤΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ...», κατά το σκεπτικό της παρούσας απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού εξακοσίων (600,00) €.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 9^η Ιουνίου 2023 και εκδόθηκε την 29^η Ιουνίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ