

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 27 Αυγούστου 2020 με την εξής σύνθεση:
Ιωάννα Θεμελή Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Ειρήνη Αφοκάρδου Μέλη.

Για να εξετάσει την από 22.07.2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 962/23.07.2020 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που κατοικεί στην ..., επί της οδού ..., αρ.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. ... Διακήρυξης με την οποία προκηρύχθηκε δημόσιος ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την «Παροχή υπηρεσιών φύλαξης στις κτιριακές εγκαταστάσεις της εταιρείας για δύο έτη με δικαίωμα προαίρεσης για ένα έτος» (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη αναφορικά με το κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παρ. 2 του όρου 2.2.5 με τον οποίο απαιτείται οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν ασφαλιστήριο συμβόλαιο επαγγελματικής και αστικής ευθύνης έναντι επαγγελματικών κινδύνων με ποσό ασφάλισης 10.000.000€.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 13.870 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 22.07.2020 πληρωμή στην ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της

Αριθμός απόφασης: 1094/2020

Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης εκτιμώμενης αξίας 2.773.557,66 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή με την υπ' αριθμό πρωτ. ... διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ηλεκτρονικό διεθνή δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την «Παροχή υπηρεσιών φύλαξης στις κτιριακές εγκαταστάσεις της εταιρείας για δύο έτη με δικαίωμα προαίρεσης για ένα έτος», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Οι κτιριακές εγκαταστάσεις της αναθέτουσας αρχής που αποτελούν αντικείμενο της σύμβασης είναι το Κεντρικό Κεντρικής Διοίκησης, το Συγκρότημα Εργοστασίου ..., το Συγκρότημα Εργοστασίου ..., το Συγκρότημα Εργοστασίου ..., οι Αποθήκες ..., το Συγκρότημα Εργοστασίου ... και το Συγκρότημα

3. Επειδή η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «...» συστάθηκε δια της συγχώνευσης των εταιρειών « ...» και «... δυνάμει του άρθρου 1 του ν. 3195/2003. Σύμφωνα δε με τη διάταξη της παρ. 4 του άρθρου 3 του ως άνω νόμου η εταιρεία εξυπηρετεί σκοπούς δημοσίου συμφέροντος και κάθε διάταξη νόμου, διατάγματος ή υπουργικής απόφασης υπέρ κάποιας από τις εταιρείες που συγχωνεύονται ισχύει υπέρ και του νέου νομικού προσώπου, ενώ το Ελληνικό Δημόσιο κατέχει το 99% του μετοχικού κεφαλαίου της εταιρείας. Ως εκ τούτου, η εταιρεία με την επωνυμία «...» συνιστά αναθέτουσα αρχή κατά την έννοια του ν. 4412/2016 (Πρβλ. ΑΠ 1693/2006 και Γνωμ. ΝΣΚ 345/2006), οι δε συμβάσεις που συνάπτεται διέπονται από τις διατάξεις του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016 (βλ. και υπό το προϊσχύον καθεστώς, το οποίο δεν διαφοροποιείται ως προς το εφαρμοστέο δίκαιο ΔΕφΑθ Ασφ. 850/2012, 438/2015).

4. Επειδή η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 24.06.2020 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ με ΑΔΑΜ ... στις 3.07.2020, καθώς και στη

Αριθμός απόφασης: 1094/2020

διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

6. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016

7. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε την 22.07.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 3.07.2020, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. γ) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, κατά την πλειοψηφούσα γνώμη των Μελών του Κλιμακίου Ι. Θεμελή και Μ. Κανάβα, ο προσφεύγων έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής ως βλαπτόμενος από την προσβαλλόμενη Διακήρυξη εφόσον, όπως δηλώνει στην προσφυγή του, είναι εξειδικευμένος στο χώρο του αντικειμένου της διακήρυξης *«...καθώς δραστηριοποιείται στον τομέα παροχής υπηρεσιών φύλαξης από το έτος 1994, ήτοι είκοσι έξι συναπτά έτη μέχρι σήμερα, έχει ήδη αναλάβει, εκτελεί και έχει εκτελέσει με απόλυτη επιτυχία ανάλογες με τις δημοπρατούμενες υπηρεσίες, με αποτέλεσμα να διαθέτουμε εξαιρετική τεχνογνωσία και δεδομένη ικανότητα στην παροχή των απαιτούμενων από την διακήρυξη υπηρεσιών και επιθυμούμε την συμμετοχή μας στον εν λόγω διαγωνισμό»*, ωστόσο *«οι μη νόμιμοι και δυσανάλογοι όροι της διακήρυξης, νοθεύουν τον υγιή ανταγωνισμό και μας στερούν μη νόμιμα το δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό, με άμεση βλάβη των οικονομικών μας συμφερόντων, δεδομένου ότι η επιχείρησή μας παρέχει επιτυχημένα υπηρεσίες ασφάλειας αυξημένων απαιτήσεων σε όλη την Ελληνική Επικράτεια, και μάλιστα σε Πελάτες με αυξημένες απαιτήσεις και ως εκ τούτου*

Αριθμός απόφασης: 1094/2020

οι τεθέντες όροι της διακηρύξεως εμποδίζουν την επιχείρησή μας να συμμετάσχει στη διαγωνιστική διαδικασία της εταιρείας ...».

Επειδή σύμφωνα με τη μειοψηφούσα γνώμη του Μέλους Ε. Αφοκάρδου, όσον αφορά τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτήν 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 στον διαγωνισμό και, σε κάθε περίπτωση, δεν αρκεί η απλή επίκληση παρανομίας ή παράβασης διατάξεων που διέπουν τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ΣΤΕ . 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, και ατομικό /προσωπικό, με την έννοια ότι πρέπει να αφορά τον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων. Όσον αφορά τις κανονιστικές πράξεις *«η προϋπόθεση για τη συνδρομή του προσωπικού εννόμου συμφέροντος συντρέχει όταν η προσβαλλόμενη κανονιστική ρύθμιση, θίγει συγκεκριμένες ελευθερίες ή δικαιώματα του αιτούντος, τα οποία κατοχυρώνονται από το Σύνταγμα και τους νόμους και των οποίων την πραγμάτωση επιδιώκει να αποκαταστήσει ο αιτών με την έκδοση της ακυρωτικής απόφασης»* (Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», *ΔιοικΔ*, 2010, τ. 4, σελ. 847). Επιπλέον, κατά τη θεωρία και νομολογία, το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη,

Αριθμός απόφασης: 1094/2020

υλική ή ηθική και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενη πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣτΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, *Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα*, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, 2017, σελ. 745 επ.) άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣτΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989), άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σ' αυτήν, αλλά αποκλεισμένου δυνάμει ρήτρας της προκηρύξεως (ΣτΕ 4606/2012, 1982-1985, 1987/2011) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύνομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, δέον είναι το έννομο συμφέρον να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣτΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣτΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣτΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔτΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», *ΔιοικΔ*, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Επιπλέον, η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣτΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣτΕ 3905/2004). Σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής της έλλειψής του από την αναθέτουσα αρχή ή τον παρεμβαίνοντα, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣτΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κ). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους

Αριθμός απόφασης: 1094/2020

προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής). Εξάλλου, η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερόμενου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος) ούτε δημιουργεί (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017) αντίθεση προς το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ΣΤΕ 2980/2013). Μόνη, δε, εξαίρεση στην ανωτέρω αναφερθείσα υποχρέωση προαπόδειξης είναι να προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις *ad hoc* ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του προσφεύγοντος (ΣΤΕ 2521/2004). Το δε 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).

Επομένως, σύμφωνα και με τα ως άνω αναλυθέντα ο προσφεύγων δεν εξειδικεύει τη βλάβη του αναφορικά με τον όρο 2.2.5 της Διακήρυξης ο οποίος, μεταξύ άλλων, απαιτεί ως κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των διαγωνιζομένων ασφαλιστήριο συμβόλαιο επαγγελματικής και αστικής ευθύνης έναντι επαγγελματικών κινδύνων με ποσό ασφάλισης 10.000.000,00€ και της υποτιθέμενης δυσαναλογίας του όρου με τον προϋπολογισμό της σύμβασης. Ειδικότερα, ο προσφεύγων επικαλείται παραβίαση του ενωσιακού και εθνικού δικαίου, τις συνθήκες διεθνούς κρίσης και σαφούς έλλειψης ρευστότητας στην αγορά και την εύνοια σε ορισμένους οικονομικούς φορείς που ουδόλως κατονομάζει αναφέροντας, παράλληλα, γενικώς και αορίστως υποστηρίζει ότι εμποδίζεται η συμμετοχή

Αριθμός απόφασης: 1094/2020

του στον διαγωνισμό χωρίς, ωστόσο, να αναφέρει ότι με ποιον τρόπο συμβαίνει αυτό, για ποιους λόγους δεν δύναται να συνάψει, εφόσον υποθέσουμε ότι δεν διαθέτει, και να προσκομίσει ασφαλιστήριο συμβόλαιο επαγγελματικής και αστικής ευθύνης έναντι επαγγελματικών κινδύνων του απαιτούμενου ποσού, ώστε να αποκλείεται η συμμετοχή του στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία. Η δε επίκληση του προσφεύγοντος ότι δραστηριοποιείται στην αγορά φύλαξης και γενική και αόριστη αναφορά της στο γεγονός ότι εμποδίζεται να συμμετάσχει στην εν θέματι διαγωνιστική διαδικασία δεν δύναται να θεμελιώσουν επαρκώς το έννομο συμφέρον της να προσβάλλει τον επίμαχο όρο της Διακήρυξης. Ως εκ τούτου, η υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

9. Επειδή την 22.07.2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό κρίση προσφυγής σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς μέσω της κεντρικής σελίδας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

10. Επειδή με την με αριθμό 1190/2020 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

11. Επειδή με την από 24.07.2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής μετατέθηκε η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών έως την 22.09.2020.

12. Επειδή η αναθέτουσα αρχή την 5.08.2020 απέστειλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού την 17.08.2020.

13. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

14. Επειδή ο προσφεύγων με την υπό κρίση προσφυγή του, επικαλούμενος το άρθρο 18 του ν. 4412/2016 και τον όρο 2.2.5 της

Αριθμός απόφασης: 1094/2020

διακήρυξης αναφέρει τα εξής: « [...] ο ως άνω όρος της διακήρυξης απαιτεί, ως απόδειξη οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των διαγωνιζομένων εταιρειών, ασφαλιστήριο συμβόλαιο επαγγελματικής και αστικής ευθύνης έναντι επαγγελματικών κινδύνων με ποσό ασφάλισης 10.000.000,00€, δηλαδή απαιτεί ασφαλιστική κάλυψη ανώτερη του ποσοστού των 300% του προϋπολογισμού, δεδομένου ότι ο προϋπολογισμός του έργου ανέρχεται στο ποσό των 2.773.557,66€ πλέον ΦΠΑ. Ο παραπάνω όρος της διακήρυξης είναι μη νόμιμος, αλλά και νοθεύει τον υγιή ανταγωνισμό και στερεί από την εταιρεία μας το νόμιμο δικαίωμα συμμετοχής της στο διαγωνισμό, διότι περιορίζει αδικαιολόγητα τον κύκλο των συμμετεχόντων, αποκλείοντας εταιρείες που θα μπορούσαν να συμμετέχουν, και τούτο διότι ο ως άνω όρος ασφαλιστικής κάλυψης ανώτερης του ποσοστού των 300% του προϋπολογισμού δεν είναι σύμφωνος με τις ρητά προβλεπόμενες διατάξεις του άρθρου 18 Ν. 4412/2016, καθώς και του άρθρου 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Μάλιστα, η εν λόγω απαίτηση ασφαλιστικής κάλυψης ποσού ανώτερου των 300% του προϋπολογισμού του διαγωνισμού παραβιάζει καταφανώς την αρχή της αναλογικότητας, την αρχή του υγιούς ανταγωνισμού, καθώς και την αρχή της διαφάνειας προς διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων στους δημόσιους διαγωνισμούς, καθόσον η εν λόγω προϋπόθεση εισάγει απαγόρευση, περιορισμό και διάκριση, που είναι αθέμιτη, αφού νοθεύει μη νόμιμα τον ανταγωνισμό. Εξάλλου, το ως άνω απαιτούμενο ποσό ασφαλιστικής κάλυψης δεν έχει απολύτως καμιά αναλογία ούτε οιαδήποτε αιτιώδη συνάφεια με το δημοπρατούμενο έργο, καθώς οι προκηρυσσόμενες υπηρεσίες αφορούν μόνο υπηρεσίες ασφάλειας των κτιριακών εγκαταστάσεων των ... που σχετίζονται αποκλειστικά και μόνο με την εύρυθμη λειτουργία τους. Σε κάθε περίπτωση, ουδόλως δικαιολογείται απαίτηση ασφαλιστηρίου συμβολαίου ποσού ανώτερου των 300% του προϋπολογισμού των προκηρυσσομένων υπηρεσιών. Εξάλλου, ο εν λόγω περιορισμός και σε συνθήκες διεθνούς κρίσης και σαφούς έλλειψης ρευστότητας στην αγορά περιορίζει, δυσανάλογα προς τον επιδιωκόμενο σκοπό του, τον αριθμό των διαγωνιζομένων εταιρειών, σαφώς ευνοεί μη

Αριθμός απόφασης: 1094/2020

νόμιμα ελάχιστες εταιρείες υποψηφίους αναδόχους, χωρίς όμως ο εν λόγω περιορισμός να συνδέεται καθ' οιονδήποτε τρόπο με την φύση του έργου, την επιτυχή ολοκλήρωσή του καθώς και την ποιότητα των προσφερόμενων υπηρεσιών ασφάλειας και για αυτό το λόγο ο περιορισμός είναι μη νόμιμος, δυσανάλογος προς το δημοπρατούμενο έργο και νοθεύει τον υγιή ανταγωνισμό. Είναι πρόδηλο λοιπόν, ότι πρόκειται για έναν «φωτογραφικό» όρο ο οποίος αποκλείει a priori οποιαδήποτε εταιρεία δεν το πληροί, ευνοώντας – μη νόμιμα με το υπερβολικό αυτό όριο (άνω των 300% του προϋπολογισμού) – μόνο όσες εταιρείες διαθέτουν ασφαλιστήριο συμβόλαιο 10.000.000€. Επειδή μάλιστα το ποσό αυτό της ασφαλιστικής κάλυψης άνω των 300% του προϋπολογισμού αποτελεί δυσανάλογη και μη νόμιμη απαίτηση ακόμη και για διαγωνισμούς και δημοπρατήσεις δημοσίων έργων με ιδιαίτερες τεχνικές απαιτήσεις, πολλώ δε μάλλον για διαγωνισμό υπηρεσιών ασφάλειας. Η επίμαχη διάταξη, επομένως, της διακήρυξης όχι μόνο περιορίζει δραστικά και δυσανάλογα προς τον επιδιωκόμενο μέσω αυτών στόχο τον αριθμό των εργοληπτικών επιχειρήσεων που δύνανται να συμμετάσχουν στην προκείμενη δημοπρασία, αλλά κατ' ουσία προκαθορίζει και ταυτοποιεί τις κατ' ιδίαν επιχειρήσεις, που θα γίνουν δεκτές στον διαγωνισμό, μέσω του μη νόμιμου «φωτογραφικού» όρου της διακήρυξης. Συνεπώς, με την μη νόμιμη απαίτηση της υπό κρίση διακήρυξης στον όρο 2.2.5 «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» στην παράγραφο 2, είναι σαφής και αναμφισβήτητη η παραβίαση των αρχών του υγιούς ανταγωνισμού, της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και γι' αυτό το λόγο θα πρέπει να απαλειφθεί-ακυρωθεί ο εν λόγω όρος, άλλως τροποποιηθεί η διακήρυξη κατά το μέρος, που μη νόμιμα απαιτεί ασφαλιστήριο συμβόλαιο επαγγελματικής και αστικής ευθύνης έναντι επαγγελματικών κινδύνων με ποσό ασφάλισης 10.000.000€ (ανώτερο των 300% του προϋπολογισμού των υπό ανάθεση υπηρεσιών), προκειμένου να μην προβλέπεται η ως άνω μη νόμιμη και πρόδηλα δυσανάλογη, προς τις προκηρυχθείσες υπηρεσίες ασφάλειας, απαίτηση της Διακήρυξης».

Αριθμός απόφασης: 1094/2020

15. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ισχυρίζεται ότι : «II.- Στην εν θέματι Προσφυγή ρητώς αναφέρεται ο όρος 2.2.5 βάση του οποίου απαιτείται ασφαλιστική κάλυψη ανώτερη του ποσοστού των 300% του προϋπολογισμού αφού ζητείται από τους οικονομικούς φορείς να διαθέτουν ασφαλιστήριο συμβόλαιο με ποσό ασφάλισης 10.000.000 ευρώ (προϋπολογιζόμενη δαπάνη σύμφωνα με τη σύμβαση: 2.773.557,66€ πλέον ΦΠΑ). Γίνεται επίκληση του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 υπό την έννοια της μη παραβίασης των θεμελιωδών αρχών του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των επιχειρηματιών. Η προσφεύγουσα εταιρεία κακώς επικαλείται το ανωτέρω άρθρο και ουδεμία σχέση έχει ο συγκεκριμένος όρος του διαγωνισμού με τα διαλαμβανόμενα σε αυτό το άρθρο. Μάλιστα η εταιρεία μας έχει κάθε δικαίωμα συνεκτιμώντας τους κινδύνους για τους οποίους απαιτείται να υφίσταται ασφαλιστική κάλυψη, να προσδιορίζει με βάση αυτούς το ποσό της ασφαλιστικής κάλυψης. Σε καμία περίπτωση το δικαίωμά της αυτό δεν συνιστά παραβίαση των αρχών του υγιούς ανταγωνισμού, της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Άλλωστε οι προκηρυχθείσες υπηρεσίες φύλαξης στις κτιριακές εγκαταστάσεις απαιτούν με το ασφαλιστήριο συμβόλαιο κάλυψη ζημιών ή βλαβών που τυχόν θα προκληθούν στο κτιριακό συγκρότημα ή στις εγκαταστάσεις της εταιρείας, στο εργαζόμενο σε αυτήν προσωπικό ή σε οποιονδήποτε τρίτο, από υπαιτιότητα του αναδόχου ή των υπαλλήλων του ή των προστηθέντων του, ανεξάρτητα από τον αριθμό των παθόντων, οι οποίοι τυχόν θα εγείρουν αξίωση αποζημίωσης κατά τη διάρκεια της ασφαλιστικής περιόδου. Κατά συνέπεια καθίσταται σαφές ότι το ασφαλιστήριο συμβόλαιο εκ των πραγμάτων θα πρέπει να καλύψει ζημίες ή βλάβες μεγάλης έκτασης που τυχόν θα προκληθούν τόσο σε επίπεδο κτιριακών εγκαταστάσεων, όσο και στο ανθρώπινο δυναμικό. Σημειωτέον δε ότι είμεθα αμιγώς η μοναδική αμυντική βιομηχανία στον ευρύτερο δημόσιο τομέα ο δε σκοπός της κατά τα προβλεπόμενα στη σύστασή της είναι: «1. Σκοπός της Εταιρείας είναι: 2(α)η βιομηχανική κατασκευή, παραγωγή, συναρμολόγηση, συντήρηση, διάθεση, προμήθεια και γενικά η εμπορία κάθε είδους εξοπλιστικών συστημάτων

Αριθμός απόφασης: 1094/2020

άμυνας, ασφάλειας και προστασίας καθώς και συναφών προς αυτά προϊόντων, ήτοι όπλων, οπλικών συστημάτων, πυροσωλήνων, πυρομαχικών, ή μέρη πυρομαχικών διαφόρων τύπων, πυρίτιδων, προωθητικών γεμισμάτων και εκρηκτικών γομώσεων, μεταλλικών μερών, πυρομαχικών (κορμοί, κάλυκες κλπ) και γενικά κάθε είδους πολεμοφοδίων, υλικού και εξοπλισμού στον τομέα της άμυνας, ασφάλειας και προστασίας, (β) ο σχεδιασμός, μελέτη, έρευνα, ανάπτυξη, κατασκευή, προμήθεια, διάθεση και εν γένει εμπορία και εκμετάλλευση κάθε είδους συστημάτων, ενδεικτικώς πληροφοριακών, ηλεκτρονικών, ψηφιακών ή επικοινωνίας, εργαλείων, μηχανημάτων, εξαρτημάτων, συσκευών ελέγχου και διακρίβωσης στον τομέα της άμυνας, ασφάλειας και προστασίας, (γ) η παροχή υπηρεσιών προς τρίτους σχεδιασμού, μελέτης, έρευνας και ανάπτυξης συστημάτων άμυνας, ασφάλειας και προστασίας καθώς και διεξαγωγής ποιοτικού ελέγχου, διακριβώσεων, εργαστηριακών και βλητικών δοκιμών, (δ) η ανάληψη και εκπόνηση εξοπλιστικών προγραμμάτων και μελετών, καθώς και η συμμετοχή και διεξαγωγή ερευνητικών προγραμμάτων για αμυντικούς σκοπούς, η ανάπτυξη, αναβάθμιση και συντήρηση εξοπλιστικών συστημάτων, υλικών και προϊόντων στον τομέα της άμυνας, ασφάλειας και προστασίας, καθώς και καταστροφής πυρομαχικών.» Σε κάθε περίπτωση επειδή η εταιρεία μας είναι Δημόσια Επιχείρηση εξυπηρετούσα σκοπούς δημοσίου συμφέροντος έχει ιδιαίτερο καθήκον-υποχρέωση να εξαντλεί τα όρια διασφάλισής του και υπ' αυτή την έννοια έτι περαιτέρω ορθώς ετέθη ο όρος 2.2.5. παρ.2 ».

16. Επειδή το άρθρο 18 του ν. 4412/2016 ορίζει 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 του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης[...].»

17. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να

Αριθμός απόφασης: 1094/2020

επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης [...] περιέχουν ιδίως : [...] ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων [...].».

18. Επειδή το άρθρο 75 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. [...] 3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να 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

Αριθμός απόφασης: 1094/2020

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. [...]

19. Επειδή το άρθρο 80 του ν. 4412/2016 ορίζει 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 μέσο προκειμένου να αποδείξουν στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχουν τους αναγκαίους πόρους στη διάθεσή τους [...] Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα μπορεί, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα δικαιολογητικά που αναφέρονται στο Μέρος I του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄. Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που ζητεί η αναθέτουσα αρχή, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο έγγραφο, το οποίο η αναθέτουσα αρχή κρίνει κατάλληλο».

20. Επειδή στο Μέρος I του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄ της διακήρυξης ορίζεται ότι : «Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα είναι δυνατόν, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται

Αριθμός απόφασης: 1094/2020

με ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα δικαιολογητικά: α) κατάλληλες τραπεζικές βεβαιώσεις ή, όπου ενδείκνυται, πιστοποιητικό ασφαλιστικής κάλυψης επαγγελματικών κινδύνων· β) οικονομικές καταστάσεις ή αποσπάσματα οικονομικών καταστάσεων, στην περίπτωση που η δημοσίευση των οικονομικών καταστάσεων απαιτείται από τη νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας· γ) δήλωση περί του ολικού ύψους του κύκλου εργασιών και, κατά περίπτωση 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 δραστηριοτήτων του, εφόσον είναι διαθέσιμες οι πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών».

21. Επειδή το άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζει 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».

22. Επειδή το άρθρο 360 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής [...]».

Αριθμός απόφασης: 1094/2020

23. Επειδή στην επίμαχη Διακήρυξη προβλέπεται ότι: « 1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης
Αντικείμενο της Παρούσας Πρόσκλησης Κατάθεσης Προσφοράς είναι η παροχή υπηρεσιών φύλαξης στις εγκαταστάσεις των ..., για δύο έτη(2) με δικαίωμα προαίρεσης για ένα (1) έτος.

Ενδεικτικός Προϋπολογισμός του έργου : 2.773.557,66€ πλέον ΦΠΑ [...]

Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης δίδεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της παρούσας διακήρυξης. Οι παρεχόμενες υπηρεσίες κατατάσσονται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) : ... «Υπηρεσίες φύλαξης»

Το αντικείμενο της σύμβασης αναλύεται ως εξής:

ΕΚΤΙΜΩΜΕΝΟ ΚΟΣΤΟΣ ΦΥΛΑΞΗΣ ΣΕ ΕΥΡΩ	ΕΤΗΣΙΟ(€)	ΔΙΕΤΕΣ(€)
Κτίριο Κεντρικής Διοίκησης (ΚΔ), και Συγκρότημα Εργοστασίου ... (...)	394.777,71	789.555,43
Συγκρότημα Εργοστασίου ... (...)	346.982,61	693.965,22
Συγκρότημα Εργοστασίου ... (...)	86.745,65	173.491,3
Αποθήκες ...	173.491,30	346.982,60
Συγκρότημα Εργοστασίου ...	211.290,25	422.580,49
Συγκρότημα ...	173.491,30	346.982,60
ΣΥΝΟΛΟ	1.386.778,83	2.773.557,66

Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). [...]

2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια

Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν κατ' ελάχιστον, τα κάτωθι:

1. Μέσο όρο γενικού κύκλου εργασιών, των τριών (3) τελευταίων διαχειριστικών χρήσεων (έτη 2016, 2017, 2018) , μεγαλύτερο ή ίσο του 50% της προϋπολογισθείσας δαπάνης, χωρίς ΦΠΑ, (άρθρο 75 παρ.3 ν.4412/2016). Σε περίπτωση που οι οικονομικοί φορείς δραστηριοποιούνται για χρονικό διάστημα μικρότερο των τριών διαχειριστικών χρήσεων, τότε για τα

Αριθμός απόφασης: 1094/2020

ανωτέρω κριτήρια λαμβάνεται υπόψη ο μέσος γενικός κύκλος εργασιών τους για όσες διαχειριστικές χρήσεις δραστηριοποιούνται από την ημερομηνία σύστασης τους έως και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στο διαγωνισμό. Σε περίπτωση δε Ένωσης εταιρειών/Κοινοπραξίας η συγκεκριμένη ελάχιστη προϋπόθεση μπορεί να καλύπτεται αθροιστικά από όλα τα μέλη της Ένωσης-Κοινοπραξίας.

2. Οι οικονομικοί φορείς θα διαθέτουν ασφαλιστήριο συμβόλαιο επαγγελματικής και αστικής ευθύνης έναντι επαγγελματικών κινδύνων με ποσό ασφάλισης 10.000.000,00€ και με χρόνο ισχύος αντίστοιχο με το χρόνο διάρκειας της σύμβασης που θα υπογραφεί. Με το συμβόλαιο θα καλύπτονται ζημιές ή βλάβες που τυχόν θα προκληθούν στο κτηριακό συγκρότημα ή στις εγκαταστάσεις της εταιρείας, στο εργαζόμενο σε αυτήν προσωπικό ή σε οποιοδήποτε τρίτο, από υπαιτιότητα του αναδόχου ή των υπαλλήλων του ή των προστηθέντων του, ανεξάρτητα από τον αριθμό των παθόντων, οι οποίοι τυχόν θα εγείρουν αξίωση αποζημίωσης κατά τη διάρκεια της ασφαλιστικής περιόδου. Σε περίπτωση που στο ασφαλιστήριο συμβόλαιο προβλέπεται απαλλαγή πρέπει να υποβληθεί υπεύθυνη δήλωση του ν.1599/1986 όπως εκάστοτε ισχύει, στην οποία θα δηλώνεται ότι ο οικονομικός φορέας θα καλύψει εξ ιδίων πόρων μέχρι το ποσό της απαλλαγής τον ασφαλιστικό κίνδυνο και τις όποιες υλικές ζημιές και σωματικές βλάβες προκύψουν. Η υπεύθυνη δήλωση υπογράφεται ψηφιακά από τον προσφέροντα [...]

2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα

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 παραγράφου και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016 [...] Όλα τα αποδεικτικά μέσα που αποδεικνύουν ότι οι οικονομικοί φορείς πληρούν τα κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 πρέπει να υποβληθούν, επί ποινή αποκλεισμού, και στο φάκελο των

δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών κατά το στάδιο υποβολής προσφοράς [...]

2.4.3 Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά»

2.4.3.1 Δικαιολογητικά

στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν:

α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 και β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και στα άρθρα 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης.

γ) Όλα τα αποδεικτικά μέσα που αποδεικνύουν ότι οι οικονομικοί φορείς πληρούν τα κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 [...]

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 στην παρούσα διακήρυξη, 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 [...] θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης[...]

3.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου - Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου

Α.Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση μέσω του συστήματος στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις

Αριθμός απόφασης: 1094/2020

διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 -2.2.8 αυτής., όπως περιγράφονται αναλυτικά κατωτέρω [...]

B.2. Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν:

- ασφαλιστήριο συμβόλαιο επαγγελματικού κινδύνου ύψους 10.000.000 €
- σύμφωνα με την περί εταιρειών νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένοι, ισολογισμούς των τελευταίων τριών (3) κλεισμένων διαχειριστικών χρήσεων, σε περίπτωση που υποχρεούται στην έκδοση Ισολογισμών ή Ένορκη Βεβαίωση του συνολικού ύψους του ετήσιου κύκλου εργασιών, σε περίπτωση που δεν υποχρεούται στην έκδοση Ισολογισμών. Σε περίπτωση οικονομικού φορέα που λειτουργεί λιγότερο από τρία (3) έτη, προσκομίζονται ισολογισμοί για τις ολοκληρωμένες διαχειριστικές χρήσεις που δραστηριοποιούνται οι οικονομικοί φορείς, καθώς και υπεύθυνη δήλωση με τον κύκλο εργασιών των οικονομικών φορέων έως και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών.[...]

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι –Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης

ΜΕΡΟΣ Α -ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΦΥΣΙΚΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ

Οι εγκαταστάσεις της ..., επιβάλλεται να φυλάσσονται λόγω του περιεχομένου τους και των κινδύνων που αυτό συνεπάγεται για την ασφάλειά τους.

Η παρούσα σύμβαση αφορά την επιλογή εταιρείας, η οποία θα αναλάβει την παροχή υπηρεσιών φύλαξης στις εγκαταστάσεις των ..., για εικοσιτέσσερις (24) μήνες

Περιγραφή έργου

Οι υπηρεσίες φύλαξης προσδιορίζονται στα εξής:

1.1 Έλεγχο προσωπικού και επισκεπτών κατά την είσοδο και την έξοδό τους από τις φυλασσόμενες εγκαταστάσεις, για αποτροπή παράνομης εισόδου προσώπων στην εταιρεία.

Αριθμός απόφασης: 1094/2020

1.2 Έλεγχο στα εισερχόμενα και εξερχόμενα υλικά.

1.3 Έλεγχο αυτοκινήτων κατά την είσοδο και έξοδό τους από τις εγκαταστάσεις.

1.4 Έλεγχο περιφερειακά των εγκαταστάσεων (σκοπιές) για αποφυγή δολιοφθορών, εμπρησμών ή παράνομη είσοδο προσώπων στην εταιρεία.

1.5 Έλεγχο στο εσωτερικό των φυλασσόμενων εγκαταστάσεων κατά την περιπολία που θα γίνεται. [...]

2.3 Ο «Ανάδοχος» θα προσκομίσει εντός 10 ημερών από την υπογραφή της σύμβασης πιστοποιητικό Ασφαλιστικής εταιρείας που λειτουργεί νόμιμα στην Ελλάδα και έχει άδεια από το Υπουργείο Οικονομίας, Υποδομών, Ναυτιλίας & Τουρισμού, από το οποίο θα προκύπτει ότι είναι ασφαλισμένος για κάλυψη Αστικής Ευθύνης έναντι τρίτων για πράξεις ή παραλείψεις του προσωπικού φύλαξης των εγκαταστάσεων της «...» με όρια αποζημίωσης τουλάχιστον # 10.000.000€ # συνολικά για όλη τη διάρκεια της ασφάλισης και τη διάρκεια της σύμβασης φύλαξης των εγκαταστάσεων της «...».

Θέσεις φύλαξης ανά εγκατάσταση:

Κτίριο Κεντρικής Διοίκησης (ΚΔ), που ευρίσκεται επί της οδού ..., στον ... και στο Συγκρότημα Εργοστασίου ... (...), που ευρίσκεται επί της οδού ..., στον ...

→ Τρεις (3) θέσεις φύλαξης 12ωρες από 06:00 έως 18:00 όλες τις ημέρες της εβδομάδας

→ Τέσσερις (4) θέσεις φύλαξης 12ώρο βραδινά από 18:00 έως 06:00 της επόμενης, όλες τις ημέρες της εβδομάδας.

→ Μία (1) θέση φύλαξης 24ωρη όλες τις ημέρες της εβδομάδας.

Συγκρότημα Εργοστασίου ... (...), που ευρίσκεται στις θέσεις... και ... στο ...:

Συγκρότημα Εργοστασίου ... (...), που ευρίσκεται στο ... της ... στη ...:

→ Μία (1) θέση φύλαξης καθ' όλο το 24ωρο και όλες τις ημέρες της εβδομάδας

Αποθήκες ..., που ευρίσκονται στην Πύλη ... Νομού ...:

→ Δύο (2) θέσεις φύλαξης καθ' όλο το 24ωρο και όλες τις ημέρες της εβδομάδας

Συγκρότημα Εργοστασίου ... που ευρίσκεται στη ... στο ...:

→ Μία (1) θέση φύλαξης καθ' όλο το 24ωρο και όλες τις ημέρες της εβδομάδας.

Αριθμός απόφασης: 1094/2020

–Δύο(2) θέσεις φύλαξης 8ωρη από 22:00 έως 06:00 της επομένης, όλες τις ημέρες της εβδομάδας.

–Μία (1) θέση φύλαξης 16ωρη από 06:00 έως 22:00, όλες τις ημέρες της εβδομάδας.

Συγκρότημα Εργοστασίου ... (...),στο ... στην ...:

–Δύο (2) θέσεις φύλαξης όλο το 24ωρο και όλες τις ημέρες της εβδομάδας [...]».

24. 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. Κατά συνέπεια η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Ομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

25. Επειδή, σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, δύνανται να ελέγχουν την «ικανότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη τα περιοριστικώς αναφερομένα στην εν λόγω διάταξη κριτήρια επιλογής αυτών, ήτοι σε σχέση με: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Περαιτέρω, κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων επιλογής των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται οι 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 συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την

Αριθμός απόφασης: 1094/2020

ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις συμμετοχής αυτών. 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 τελούν σε σύνδεση και αναλογία προς το αντικείμενο της. Εν προκειμένω, για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, καθώς και τον προϋπολογισμό της και όχι *in abstracto* (βλ. κατ' αναλογία Δ. Ράικο, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 410 επ.).

26. Επειδή, κατά τη νομολογία του ..., 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, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2012, *Édukönizig και Hochtief Construction*, C218/11, EU:C:2012:643, σκέψη 29).

27. Επειδή, περαιτέρω, από τα εθνικά δικαστήρια έχει κριθεί ότι τα προσόντα που σχετίζονται με την οικονομική επάρκεια 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). Δεν ασκεί δε 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 (βλ. Ελ. Συν Ε' Κλιμάκιο 151/2018, και σχετικά με τη σύνδεση των κριτηρίων επιλογής με το αντικείμενο της σύμβασης βλ. C-76/16, σκ.33, C -218/11 σκ.29, Ελ.Συν Ε Κλιμάκιο 116/2018, 212/2017, 237/2017 κ.α).

28. Επειδή οι υπερβολικά αυστηρές απαιτήσεις, όσον αφορά την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητα συχνά αποτελούν αδικαιολόγητο εμπόδιο στη συμμετοχή μικρομεσαίων επιχειρήσεων σε δημόσιες συμβάσεις. Σε δεόντως όμως δικαιολογημένες περιστάσεις, θα πρέπει να μπορούν να εφαρμόζονται υψηλότερες απαιτήσεις, που μπορεί να σχετίζονται με τους υψηλούς κινδύνους που συνεπάγεται η εκτέλεση της σύμβασης (βλ. Δημήτριος Γ. Ράικος, Ευαγγελία Γ. Βλάχου, Ευανθία Κ. Σαββίδη, *Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Ερμηνεία κατ' άρθρο*, Τόμος Ι, εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, παρ. 710 επ.).

29. Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ,).

30. Επειδή ως διδάγματα της κοινής πείρας θεωρούνται γενικές αρχές που συνάγονται επαγωγικά από την καθημερινή παρατήρηση της εμπειρικής πραγματικότητας, τη συμμετοχή στις συναλλαγές και τις γενικές τεχνικές ή επιστημονικές γνώσεις, οι οποίες έχουν γίνει κοινό κτήμα και χρησιμοποιούνται για την εξειδίκευση των αορίστων νομικών εννοιών και για έμμεση απόδειξη κρίσιμων γεγονότων (ΟΛΑΠ 8/2005, ΣτΕ 414/2006, ΔεΦ Θεσ. 2632/2015).

Αριθμός απόφασης: 1094/2020

31. 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 και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 307/2007). Επομένως, το αδύνατο της συμμετοχής ενδιαφερομένου σε διαγωνιστική διαδικασία πρέπει να οφείλεται στην προβαλλόμενη παρανομία της

32. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί, προκειμένου να είναι ορισμένος ισχυρισμός περί φωτογραφικού όρου διακήρυξης πρέπει να κατονομάζεται ο οικονομικός φορέας που είναι ο μόνος δυνάμενος να συμμετάσχει ως συνέπεια της εν θέματι προδιαγραφής (ΣΤΕ (Ασφ) 314/2013, ΕΑ ΣΤΕ 474, 829, 1354/2009). Περαιτέρω, ισχυρισμοί περί «φωτογραφικής» περιγραφής των απαιτήσεων της διακήρυξης και ίδια το γεγονός της ταύτισης των τεχνικών προδιαγραφών με προϊόντα μιας εταιρείας δεν αρκούν για να θεωρηθεί ότι οι απαιτήσεις είναι «φωτογραφικές» (ΔΕφΘεσ/κης 126/2018, ΣΤΕ 1140/2010, 1024-25/2010)

33. Επειδή ο προσφεύγων με το μοναδικό λόγο της προσφυγής του ισχυρίζεται ότι η απαίτηση ως προς την πλήρωση του κριτηρίου της χρηματοοικονομικής επάρκειας να διαθέτει ο διαγωνιζόμενος ασφαλιστήριο συμβόλαιο επαγγελματικής και αστικής ευθύνης έναντι επαγγελματικών κινδύνων με ασφαλιστέο ποσό 10.000.000€ υπερβαίνει κατά ποσοστό 300% τον προϋπολογισμό του διαγωνισμού, νοθεύει τον ανταγωνισμό και αντίκειται στις αρχές της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης. Επίσης, συνιστά περιορισμό που δεν συνδέεται με την φύση του διαγωνισμού, ούτε με την επιτυχή ολοκλήρωση και την ποιότητα των προς παροχή υπηρεσιών αλλά πρόκειται για «φωτογραφικό» όρο που προκαθορίζει τις επιχειρήσεις που θα συμμετέχουν στη διαγωνιστική διαδικασία.

34. Επειδή από τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, προκύπτει ότι είναι σύνομη η απαίτηση ως κριτηρίου χρηματοοικονομικής επάρκειας κατάλληλου επιπέδου ασφαλιστικής κάλυψης

Αριθμός απόφασης: 1094/2020

έναντι επαγγελματικών κινδύνων. Επίσης, στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α του εν λόγω νόμου προβλέπεται ρητώς, ως αποδεικτικό μέσο για την ανωτέρω απαίτηση, η προσκόμιση πιστοποιητικού ασφαλιστικής κάλυψης επαγγελματικών κινδύνων, εφόσον τούτο ενδείκνυται από το αντικείμενο της σύμβασης.

35. Επειδή, με τον όρο 2.2.5 της προσβαλλόμενης διακήρυξης θεσπίζεται ως κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, μεταξύ άλλων, ο οικονομικός φορέας να διαθέτει ασφαλιστήριο συμβόλαιο επαγγελματικής και αστικής ευθύνης έναντι επαγγελματικών κινδύνων με ποσό ασφάλισης 10.000.000€, διετούς ισχύος, το οποίο θα καλύπτει ζημίες ή βλάβες που τυχόν θα προκληθούν στο κτηριακά συγκροτήματα ή στις εγκαταστάσεις της αναθέτουσας αρχής, στο προσωπικό της ή σε οποιονδήποτε τρίτο, από υπαιτιότητα του αναδόχου ή των υπαλλήλων του ή των προστηθέντων του, ανεξάρτητα από τον αριθμό των παθόντων, οι οποίοι τυχόν θα εγείρουν αξίωση αποζημίωσης κατά τη διάρκεια της ασφαλιστικής περιόδου. Σύμφωνα δε με τα προβλεπόμενα στους όρους 2.2.9.2, 2.4.6 και 3.2B2 της διακήρυξης, το αποδεικτικό μέσο της πλήρωσης του εν λόγω κριτηρίου, ήτοι το ασφαλιστήριο συμβόλαιο, πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να προσκομιστεί και κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς και ως δικαιολογητικό κατακύρωσης από τον προσωρινό ανάδοχο.

36. Επειδή περαιτέρω, κατόπιν σχετικών ερωτημάτων των διαγωνιζομένων, η αναθέτουσα αρχή με το με αριθμ. πρωτ. ΕΞΕ 1552/23.07.2020 έγγραφό της, που αναρτήθηκε στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, αφενός μεν διευκρίνισε ότι δεν γίνεται αποδεκτό ασφαλιστήριο συμβόλαιο ισχύος ενός έτους με δυνατότητα ετήσιας ανανέωσης και αφετέρου επανέλαβε ότι οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να προσκομίσουν ασφαλιστήριο συμβόλαιο επαγγελματικού κινδύνου ύψους 10.000.000€ τόσο κατά την υποβολή της προσφοράς όσο και στο φάκελο των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου. Συνεπώς, με τις ως άνω διευκρινίσεις η αναθέτουσα αρχή επιβεβαίωσε το κανονιστικό περιεχόμενο της διάταξης του όρου 2.2.5 της διακήρυξης.

37. Επειδή, όπως περιγράφεται στον όρο 1.3. της διακήρυξης, ο επίμαχος διαγωνισμός αφορά την παροχή υπηρεσιών φύλαξης για δύο έτη στις εγκαταστάσεις της αναθέτουσας αρχής που περιλαμβάνουν το κτίριο κεντρικής διοίκησης, εργοστάσια και αποθήκες, ενώ το συνολικό εκτιμώμενο κόστος των παρεχόμενων υπηρεσιών ανέρχεται σε 2.773.557,66€. Θα πρέπει να επισημανθεί ότι κύρια δραστηριότητα της αναθέτουσας αρχής είναι η κατασκευή, παραγωγή, συντήρηση και εμπορία εξοπλιστικών συστημάτων και συναφών προϊόντων, ήτοι όπλων πυρομαχικών, πολεμοφοδίων και κάθε είδους υλικού και εξοπλισμού στον τομέα της άμυνας και της ασφάλειας, η μελέτη, έρευνα και ανάπτυξη αμυντικών συστημάτων καθώς και η ανάληψη και εκπόνηση εξοπλιστικών προγραμμάτων. Κατόπιν δε ερωτήματος της Εισηγήτριας, η αναθέτουσα αρχή διευκρίνισε ότι οι χώροι που αποτελούν αντικείμενο της σύμβασης, στους οποίους σημειωτέον τηρούνται και φυλάσσονται αρχεία με διαβαθμισμένο απόρρητο υλικό χρησιμοποιούνται για την υλοποίηση των ως άνω σκοπών της.

38. Επειδή, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 25-27, η εισαγωγή στη διακήρυξη απαίτησης για τη διακρίβωση της χρηματοοικονομικής επάρκειας των διαγωνιζομένων εξυπηρετεί συγκεκριμένους σκοπούς και δη διασφαλίζει στην αναθέτουσα αρχή ότι οι υποψήφιοι ανάδοχοι μπορούν να εκτελέσουν τη σύμβαση, μαζί με τις άλλες οικονομικές υποχρεώσεις και δεσμεύσεις τους κατά την ίδια χρονική περίοδο.

39. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι για τον προσδιορισμό του ύψους του ποσού της ασφαλιστικής κάλυψης συνεκτίμησε τους κινδύνους για τους οποίους απαιτείται να παρασχεθεί η κάλυψη, χωρίς ωστόσο να παραθέτει και να εξειδικεύει επαρκώς τους συγκεκριμένους επαγγελματικούς κινδύνους οι οποίοι συνδέονται με την εκτέλεση της επίμαχης σύμβασης, ήτοι την παροχή υπηρεσιών φύλαξης στις εγκαταστάσεις της και οι οποίοι επιβάλλεται να καλυφθούν με ασφάλιση ύψους 10.000.000€ ώστε να δύναται να συναχθεί ότι το εν λόγω ύψος του ασφαλιστηρίου συμβολαίου είναι ανάλογο, αναγκαίο και προσήκον προκειμένου να επιτευχθεί ο επιδιωκόμενος σκοπός. Επιπροσθέτως, η αναθέτουσα αρχή ουδόλως

Αριθμός απόφασης: 1094/2020

αιτιολογεί με τις απόψεις της ότι το ποσό της ασφαλιστικής κάλυψης προσδιορίστηκε στο ύψος των 10.000.000€ προκειμένου να είναι κατάλληλο να ανταποκριθεί στις ανάγκες ασφαλιστικής κάλυψης που απαιτεί το αντικείμενο του επίμαχου διαγωνισμού και οι οποίες ανέρχονται στο συγκεκριμένο ποσό. Η δε γενική και αόριστη αναφορά στις απόψεις ότι το ασφαλιστήριο συμβόλαιο θα πρέπει να καλύπτει ζημιές μεγάλης έκτασης που τυχόν προκληθούν σε ανθρώπινο δυναμικό και εγκαταστάσεις δεν συνιστά πλήρη και επαρκή αιτιολογία της θέσπισης απαίτησης προσκόμισης ασφαλιστηρίου συμβολαίου ύψους 10.000.000€ καθώς οι όποιες ζημιές που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή δεν εξειδικεύονται και, σε κάθε περίπτωση, θα πρέπει να τελούν σε αιτιώδη συνάφεια με την παροχή των υπηρεσιών φύλαξης από τον ανάδοχο και να οφείλονται σε υπαιτιότητά του, ενώ η χρήση του επιθετικού προσδιορισμού «μεγάλης έκτασης», πέραν της αοριστίας του, δεν δύναται να ερμηνευθεί ότι αφορά ζημιές οι οποίες έχουν εκτιμηθεί σε ύψος 10.000.000€. Ομοίως, η κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας, ιδιάζουσα φύση των σκοπών της αναθέτουσας αρχής δεν αρκεί και μόνον για να θεμελιώσει την καταλληλότητα και το εύλογον της απαίτησης ασφαλιστηρίου συμβολαίου ύψους 10.000.000€ σε σχέση με σύμβαση παροχής υπηρεσιών φύλαξης. Άλλωστε, όπως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 28, προκειμένου να είναι νόμιμη από την αναθέτουσα αρχή η επιλογή υψηλών απαιτήσεων χρηματοοικονομικής επάρκειας συνδεδεμένων με τους υψηλούς κινδύνους που συνεπάγεται η εκτέλεση της σύμβασης θα πρέπει να δικαιολογείται ειδικώς. Πέραν των ανωτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 75 του ν. 4412/2015 και όπως έχει εκτεθεί υπό σκέψη 38, η επιβολή κριτηρίου χρηματοοικονομικής επάρκειας αποσκοπεί στη διαπίστωση ότι ο διαγωνιζόμενος διαθέτει τις οικονομικές δυνατότητες να εκτελέσει την σύμβαση, ήτοι να ανταπεξέλθει στις δαπάνες εκτέλεσης της σύμβασης και δεν συσχετίζεται με την αντιμετώπιση τυχαίων κινδύνων. Εάν, κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής στην προκειμένη περίπτωση η εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης απαιτεί μεγάλη ασφαλιστική κάλυψη, η σχετική απαίτηση θα έπρεπε να περιληφθεί μόνον στους όρους της σύμβασης, όπως άλλωστε προβλέπεται στον όρο 2.3

Αριθμός απόφασης: 1094/2020

του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης και όχι συγχρόνως και ως ποιοτικό κριτήριο ανάθεσης, το οποίο θα πρέπει να συσχετίζεται αναλογικά με το ύψος της παρεχόμενης υπηρεσίας καθώς καταδεικνύει την χρηματοοικονομική δραστηριοποίηση του διαγωνιζόμενου.

40. Επειδή, εν προκειμένω, ο προϋπολογισμός της σύμβασης, ήτοι το εκτιμώμενο κόστος της φύλαξης των εγκαταστάσεων της αναθέτουσας αρχής για δύο έτη ανέρχεται σε 2.773.557,66€. Το δε ως άνω ποσό υπολογίστηκε με βάση τις συγκεκριμένες απαιτήσεις σε ανθρώπινο δυναμικό και χρόνο φύλαξης που η ίδια η αναθέτουσα αρχή έχει εξειδικεύσει στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης ως ανταποκρινόμενες στις ανάγκες των εγκαταστάσεων που αποτελούν αντικείμενο της σύμβασης, λαμβάνοντας υποψη την έκταση των χώρων αλλά και τους σκοπούς που εξυπηρετούν. Επομένως, και δοθέντος ότι, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων η θέσπιση κριτηρίου χρηματοοικονομικής επάρκειας αποσκοπεί στην εξασφάλιση της επιτυχούς ολοκλήρωσης της σύμβασης, η απαίτηση της προσβαλλόμενης περί διάθεσης ασφαλιστικής κάλυψης επαγγελματικών κινδύνων 10.000.000€ είναι υπερβολικά υψηλή σε σχέση με τον προϋπολογισμό της σύμβασης και δεν εξυπηρετεί τον σκοπό για τον οποίο έχει θεσπιστεί.

41. Επειδή αβασίμως η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η προστασία των αρχών της ισότητας, της αναλογικότητας και του ελεύθερου ανταγωνισμού που κατοχυρώνονται στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 δεν σχετίζονται με την θέσπιση απαιτήσεων χρηματοοικονομικής επάρκειας στη διακήρυξη. Πολλώ μάλλον, ενόψει και των εκτεθέντων υπό σκέψεις 26-29, το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεν επιβάλλει στην αναθέτουσα αρχή το ιδιαίτερο καθήκον να εξαντλεί τα όρια διασφάλισής της ως προς τα κριτήρια επιλογής. Ως εκ τούτου, το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή εξυπηρετεί σκοπούς δημοσίου συμφέροντος, όπως άλλωστε κάθε δημόσια αρχή, δεν συνεπάγεται την ορθότητα της απαίτησης του όρου 2.2.5 της διακήρυξης περί ασφαλιστικής κάλυψης 10.000.000€.

42. Επειδή, αναποδείκτως και άρα αβασίμως ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ο επίμαχος όρος είναι «φωτογραφικός» καθώς ταυτοποιεί τους

Αριθμός απόφασης: 1094/2020

οικονομικούς φορείς που μπορούν να συμμετέχουν στον διαγωνισμό, αποκλείοντας όλους τους υπόλοιπους.

43. Επειδή, εκ των προαναφερθέντων συνάγεται ότι η απαίτηση της παρ. 2 του όρου 2.2.5 της διακήρυξης να διαθέτει ο διαγωνιζόμενος ασφαλιστήριο συμβόλαιο επαγγελματικής και αστικής ευθύνης έναντι επαγγελματικών κινδύνων με ασφαλιστέο ποσό 10.000.000€ είναι ασύνδετη και δυσανάλογη προς το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του ύψους του προϋπολογισμού της και έχει τεθεί κατά παράβαση των αρχών του ελεύθερου ανταγωνισμού, της ισότητας και της αναλογικότητας. Επομένως, ο μόνος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

44. Επειδή, τέλος, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της Διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, όπως στην υπό κρίση Διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣΤΕ 1135/2010· ΣΤΕ ΕΑ 1089/2009· ΣΤΕ 2951- 52/2004· ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, ENV AG Wienstrom GmbH κ.λ.π, σκέψεις 92-95).

45. Επειδή, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 8, γίνεται εν μέρει δεκτή η εισήγηση.

46. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει κατά πλειοψηφία δεκτή.

47. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται κατά πλειοψηφία την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη, κατά τα οριζόμενα στο σκεπτικό της παρούσας

Αριθμός απόφασης: 1094/2020

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ποσού 13.870 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 27 Αυγούστου 2020 και εκδόθηκε στις 14 Σεπτεμβρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, υπογραφόμενη για την έκδοση αυτής, από την προεδρεύουσα του 6ου Κλιμακίου κατά τον χρόνο της έκδοσης, δυνάμει του άρθ. 365 παρ. 7 του ν. 4412/2016, του άρθ. 18 παρ. 3 του ΠΔ 39/2017, σε συνδ. με τις υπ' αριθ. 79/8-9-2020 και 84/11-09-2020 Πράξεις Προέδρου ΑΕΠΠ.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΑ ΔΟΥΓΚΑ
α/α Αλεξάνδρα Παπαχρήστου