

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 9 Οκτωβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 01.09.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1210/02.09.2020 της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «*****» και τον διακριτικό τίτλο «****.» που εδρεύει στον ****, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του **** (εφεξής αναθέτων φορέας) και

της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «*****» που εδρεύει στον ***** όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. **** Διακήρυξη.

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα αιτείται να γίνει δεκτή η παρέμβασή της, να απορριφθεί η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή και να διατηρηθεί σε ισχύ η υπ' αριθμ. **** Διακήρυξη.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, ο ***** ως Αναθέτων Φορέας προκήρυξε Δημόσιο Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, με Αριθμό Διακήρυξης **** και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών

Αριθμός Απόφασης: 1354/2020

(Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)*****, η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 07.08.2020, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.)****, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την «ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΑΣΦΑΛΕΙΑΣ/ΦΥΛΑΞΗΣ*****» (CPV:*****), συνολικού προϋπολογισμού διακοσίων πενήντα οκτώ χιλιάδων σαράντα οκτώ ευρώ (258.048,00 €) πλέον Φ.Π.Α. 24%, διάρκειας δώδεκα (12) μηνών από την υπογραφή της σύμβασης ή μέχρι την εξάντληση του προϋπολογισθέντος ποσού, με αρχική καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 24^η Αυγούστου 2020, ημέρα Δευτέρα και ώρα 24:00 μ.μ. και ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών την 25^η Αυγούστου 2020, ημέρα Τρίτη και ώρα 12:00 π.μ. Ακολούθως, δυνάμει της υπ' αριθμ. 14/2020 (Απόσπασμα Πρακτικού υπ' αριθμ. *****) Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα (ΑΔΑ:*****), θέμα 1^ο, η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 21.08.2020, αποφασίστηκε κατά πλειοψηφία (5 υπέρ, 1 κατά) η μετάθεση της ημερομηνίας υποβολής ηλεκτρονικών φακέλων, μέχρι την καταληκτική ημερομηνία 14.09.2020, ημέρα Δευτέρα και ώρα 24:00 μ.μ. Εν συνεχεία, δυνάμει της υπ' αριθμ. ***** (Απόσπασμα Πρακτικού υπ' αριθμ. *****) Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα (ΑΔΑ:*****), θέμα 1^ο, η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 10.09.2020, αποφασίστηκε ομόφωνα (7 υπέρ & 1 αποχή) η παράταση του χρόνου υποβολής των προσφορών, κατά επτά (7) ημέρες και δη, μέχρι την καταληκτική ημερομηνία 21.09.2020, ημέρα Δευτέρα και ώρα 24:00 μ.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε την 01.09.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την υπό κρίση Προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. ***** διακήρυξης, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

Αριθμός Απόφασης: 1354/2020

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται: α) να γίνει δεκτή σε όλο της το περιεχόμενο η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, β) να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. ***** διακήρυξη, γ) άλλως να ακυρωθούν ή να τροποποιηθούν οι όροι που αναφέρονται στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή και προσβάλλονται με αυτήν, ώστε η διακήρυξη να συμμορφώνεται με την κείμενη νομοθεσία και τις αρχές της προστασίας του ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας.

4. Επειδή, η Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου*****), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 01.09.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος, ποσού χιλίων διακοσίων ενενήντα ευρώ και είκοσι τεσσάρων λεπτών (1.290,24 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, ο επίμαχος Διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

Αριθμός Απόφασης: 1354/2020

9. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 02.09.2020, ο Αναθέτων Φορέας προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

11. Επειδή, ο Αναθέτων Φορέας, προσκλήθηκε, από τον Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 1428/02.09.2020 Πράξης του «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Περί Απόψεων Επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία του κοινοποιήθηκε στις 02.09.2020 και υπέβαλε στις 02.09.2020, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις του, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

12. Επειδή, παραδεκτά και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στις 11.09.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., η από 11 Σεπτεμβρίου 2020 παρέμβαση της εταιρείας με την επωνυμία *****, όπως νόμιμα εκπροσωπείται, η δε παρεμβαίνουσα, έχει προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της ως άνω προδικαστικής προσφυγής, και τη διατήρηση του προσβαλλόμενου όρου ***** της διακήρυξης. Επομένως, η ασκηθείσα, κατά τα ανωτέρω παρέμβαση, πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

13. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω και στο ισχύον πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με τον νόμο σύστημα παροχής δικαστικής 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 εκ μέρους του Αναθέτοντος Φορέα, παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη 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 ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά την έννοια του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 κατά της Διακήρυξης ή των τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί, με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη από συγκεκριμένο όρο της Διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, 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. (ΣτΕ (Ασφ) 9/2015, ΔΕφΑθ (Αναστ.) 44/2015, ΔΕφΑθ (Ασφ) 561 /2013, ΣτΕ(Ασφ) 314/2013, ΣτΕ (Ασφ) 472/2012, ΣτΕ (Ασφ) 718/2012, ΣτΕ (Ασφ) 714/2012, ΣτΕ 890/2009, ΣτΕ 1415/2008 Ολομ., 881/2008, Ε.Α. 131/2003 κ.ά.).

14. Επειδή, στην κρινόμενη Προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της, λόγω του ότι η διατύπωση των επίμαχων όρων της προσβαλλόμενης με την προσφυγή διακήρυξης, αποκλείει κατά δήλωσή της, αθέμιτα τη συμμετοχή της από τον εν λόγω διαγωνισμό εις βάρος των συμφερόντων της και με ζημία της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν

βάσιμα, το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. **** διακήρυξης.

Νομίμως και παραδεκτώς φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

15. Επειδή, εφαρμοστέος στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ο Ν. 4412/2016 και ιδίως το άρθρο *****2 «Λιμένες και αερολιμένες» (άρθρο 12 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), το άρθρο 253 παρ. 1 «Αρχές που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 36 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), το άρθρο 281 παρ. 1 και 5 «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης», το άρθρο 305 «Χρήση των λόγων αποκλεισμού και των κριτηρίων επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι» (άρθρο 80 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), το άρθρο 306 «Αποκλεισμός Οικονομικού Φορέα», το άρθρο 308 παρ. 1 «Κανόνες που εφαρμόζονται σε περίπτωση χρήσης των κριτηρίων αποκλεισμού και ποιοτικής επιλογής του Βιβλίου Ι (παρ. 3 του άρθρου 80 και υποπαράγραφος 2 της παρ. 1, καθώς και υποπαράγραφος 2 της παρ. 2 του άρθρου 79 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)», το άρθρο 315 «Ειδικοί κανόνες διεξαγωγής της διαδικασίας» και το άρθρο 318 «Ανάθεση συμβάσεων για κοινωνικές και άλλες ειδικές υπηρεσίες» (άρθρο 91 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) του Ν. 4412/2016.

16. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο Α.11 της Διακήρυξης με τίτλο «Δικαιούμενοι συμμετοχής στο Διαγωνισμό» (σελ. 16), ορίζεται ότι: *«Δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό έχουν όλοι οι οικονομικοί φορείς (κάθε ατομική (ιδιωτική) επιχείρηση ή νομικό πρόσωπο ή δημόσιος φορέας ή ένωση αυτών των φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων επιχειρήσεων που προσφέρει στην αγορά παροχή υπηρεσιών ασφαλείας), που είναι εγκατεστημένοι και λειτουργούν νόμιμα σε κράτος – μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή σε κράτος – μέλος της Συμφωνίας για τον Ευρωπαϊκό Οικονομικό Χώρο ή σε κράτος – μέλος που έχει υπογράψει τη Συμφωνία περί Δημοσίων*

Συμβάσεων του Παγκόσμιου Οργανισμού Εμπορίου, η οποία κυρώθηκε από την Ελλάδα με το Ν. 2513/97 (ΦΕΚ 139/Α).

[...].

Οι συμμετέχοντες πρέπει να έχουν αποδεδειγμένη ενασχόληση και ικανότητες, εξειδικευμένες γνώσεις, σημαντική και τεκμηριωμένη εμπειρία στη φύλαξη Λιμενικών Εγκαταστάσεων ή Αερολιμένων ή μεγάλη επιχείρηση ή λοιπών εγκαταστάσεων του Δημόσιου τομέα ή Ο.Τ.Α, ώστε να συνάδουν με το περιεχόμενο του παρόντος έργου.» και στο άρθρο Α.12 με τίτλο «Προσωπική κατάσταση των Υποψηφίων – Λόγοι αποκλεισμού» (σελ. 16), ορίζεται ότι: «Στο διαγωνισμό δεν έχουν δικαίωμα συμμετοχής και επομένως δεν γίνονται δεκτοί και αποκλείονται, όσοι:

- δεν πληρούν τις προϋποθέσεις, του προηγούμενου Άρθρου*
- αποκλείσθηκαν τελεσίδικα από Δημόσια Υπηρεσία ή ΝΠΔΔ ή ΝΠΙΔ του δημοσίου τομέα, επειδή δεν εκπλήρωσαν τις συμβατικές τους υποχρεώσεις,*
- βρίσκονται σε πτώχευση, εκκαθάριση, παύση δραστηριοτήτων, αναγκαστική διαχείριση ή πτωχευτικό συμβιβασμό ή σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση που προκύπτει από παρόμοια διαδικασία προβλεπόμενη από τις εθνικές, νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις,*
- έχει κινηθεί εναντίον τους διαδικασία κήρυξης σε πτώχευση, εκκαθάριση, ή αναγκαστικής διαχείρισης, πτωχευτικού συμβιβασμού, ή οποιαδήποτε άλλη παρόμοια διαδικασία προβλεπόμενη από τις εθνικές, νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις,*
- έχουν καταδικασθεί για αδίκημα που αφορά την επαγγελματική διαγωγή τους, βάσει απόφασης η οποία έχει ισχύ δεδικασμένου,*
- έχουν διαπράξει επαγγελματικό παράπτωμα, που μπορεί να διαπιστωθεί με οποιοδήποτε μέσο από την Αναθέτουσα Αρχή,*
- δεν έχουν εκπληρώσει τις υποχρεώσεις τους, όσον αφορά την καταβολή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, σύμφωνα με τη νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκαταστημένοι ή σύμφωνα με τη νομοθεσία της χώρας της αναθέτουσας αρχής,*

- δεν έχουν εκπληρώσει τις υποχρεώσεις τους, τις σχετικές με την πληρωμή των φόρων και τελών, σύμφωνα με την ισχύουσα της χώρας της αναθέτουσας αρχής,
- έχουν υποστεί αντίστοιχες με τις παραπάνω κυρώσεις και είναι φυσικά ή νομικά πρόσωπα της αλλοδαπής.
- δεν ανταποκρίνονται σε όσα προβλέπονται στο Άρθρο 13 (Α.13) «**Προϋποθέσεις έγκυρης συμμετοχής – Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών**»

Σε περίπτωση σύμπραξης ή κοινοπραξίας συμμετεχόντων τα παραπάνω ισχύουν για κάθε μέλος της.», ενώ στο άρθρο ***** με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά».» (σελ. 19), ορίζεται ότι: «Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την **ΣΥΜΜΕΤΟΧΗ** των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν:

α) Το τυποποιημένο έντυπο υπεύθυνης δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 4 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016. Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό πρότυπο ΤΕΥΔ το οποίο έχει αναρτηθεί, και σε επεξεργάσιμη μορφή αρχείου doc, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης,

β) εγγύηση συμμετοχής, σύμφωνα με το άρθρο 72 του Ν.4412/2016, ποσού **5.160,96€**, που αντιστοιχεί σε ποσοστό 2% επί της συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, με χρονική ισχύ τουλάχιστον **επτά (7) μήνες** από την ημέρα της διενέργειας του διαγωνισμού.

Οι ενώσεις οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά, υποβάλλουν το Τ.Ε.Υ.Δ. για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση.

Η ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων υπηρεσιών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Κεφάλαιο.

Αριθμός Απόφασης: 1354/2020

Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν.

Οι ενώσεις οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά, υποβάλλουν το ΤΕΥΔ για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση.» και στο άρθρο με τίτλο «Ολοκλήρωση – Ακύρωση – Ανταγωνιστική Διαδικασία με Διαπραγμάτευση – Κατακύρωση» (σελ. 28), ορίζεται ότι: «Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο») να υποβάλει εντός προθεσμίας, που καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης, και δεν μπορεί να είναι μικρότερη των δέκα (10) ημερών ούτε μεγαλύτερη των είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του Ν. 4250/2014 (ΦΕΚ Α 74) όλων των δικαιολογητικών που αναφέρονται στην προκήρυξη και σύμφωνα με το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016

Διαφορετικά, θα αποκλεισθεί και θα εκπέσει η Εγγύηση Συμμετοχής στον Διαγωνισμό την οποία έχει καταθέσει με την Προσφορά του. Στην περίπτωση αυτή η Αναθέτουσα Αρχή θα έχει το δικαίωμα να καλέσει τον επόμενο κατά σειρά Διαγωνιζόμενο με τις ίδιες προϋποθέσεις, προκειμένου να συνάψει την Σύμβαση μαζί του.», στο άρθρο *****με τίτλο «Δικαιολογητικά κατακύρωσης μειοδότη» (σελ. 29), ορίζεται ότι: «Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, ο Διαγωνιζόμενος, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση, **εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών** από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σ' αυτόν, οφείλει να υποβάλει κατά περίπτωση (ανάλογα με τη νομική του μορφή), σε σφραγισμένο φάκελο, τα παρακάτω έγγραφα και δικαιολογητικά.

(Σημ.: Για όλες τις κατηγορίες τα απαιτούμενα πιστοποιητικά ποινικού μητρώου αναζητούνται αυτε-παγγέλτως από την Ε.Δ.Δ. (ν. 3242/04 -ΦΕΚ 102Α' και ν.3448/2006 -ΦΕΚ 57Α), με τη συνδρομή – εφόσον απαιτηθεί – των υποψηφίων).

[...].

7. Τεκμηρίωση ότι ο ανάδοχος οικονομικός φορέας έχει **αθροιστικά κύκλο εργασιών παροχής υπηρεσιών φύλαξης για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις (2016–2018)**, ο οποίος θα πρέπει να είναι μεγαλύτερος, από το **120%** του προϋπολογισμού του έργου χωρίς ΦΠΑ και ότι κάθε μια από τις ως άνω αναφερόμενες τελευταίες οικονομικές χρήσεις παρουσιάζει κέρδη μετά φόρων για κάθε έτος, **επί ποινή αποκλεισμού** και καλύπτει το δείκτη αποδόσεως και αποδοτικότητας: Αποτελέσματα προ φόρων/κύκλο εργασιών τουλάχιστον 0% .

[...].

****. Αποδεικτικά ότι δεν έχουν επιβληθεί στον κάθε συμμετέχοντα δύο (2) πρόστιμά υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας κατά την χρονική περίοδο 2018 έως και την καταληκτική ημερομηνία υπο-βολής των προσφορών (Αποδεικνύεται με την υποβολή ένορκης βεβαίωσης. Η Αναθέτουσα Αρχή γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα δύο (2) πρόστιμά υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας κατά την χρονική περίοδο 2018 έως και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών).

[...].».

17. Επειδή, έτι περαιτέρω, έχει κριθεί ότι ο αναθέτων φορέας είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερος να διαμορφώνει κατά την κρίση του τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης παροχής υπηρεσιών, ως προς τις παρασχετέες υπηρεσίες, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες του από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών του, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σε αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε

σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (πρβλ. ΣτΕ 189/2015, ΕΑ ΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Περαιτέρω, η θέσπιση όρων τεχνικής ικανότητας των προσφερόντων, ενόψει των περιορισμών που συνεπάγονται, πρέπει να δικαιολογείται από τη φύση, την ποσότητα, το μέγεθος, τη σπουδαιότητα, την πολυπλοκότητα και τις εξειδικευμένες απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, ώστε να μην παραβιάζεται ομοίως η γενική αρχή της αναλογικότητας που ορίζει κατά το ενωσιακό δίκαιο, ότι οι όροι αυτού δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου (βλ. ΕΛΣυν 2590/2016, ΔΕΕ C-213/07, Μηχανική Α.Ε. σκ. 44-48 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία, C-****4/03 CONTSE και τη 2η αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ). Ως εκ τούτου, τα κριτήρια και τα μέσα απόδειξης της ελάχιστης απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων που επιλέγονται από τις αναθέτουσες αρχές πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης και να μην άγουν σε υπέρμετρο περιορισμό του δικαιώματος πρόσβασης στον διαγωνισμό, ώστε να διασφαλίζεται η ανάπτυξη ανταγωνισμού και η επιλογή της βέλτιστης προσφοράς (ΕΛΣυν Τμ. Μείζονος – Επταμελούς Σύθεσης 3372/2011, 3065/2014, VI Τμ. 2484/2012, 558/2014, 3392/2015, 1759, 3329/2015).

18. Επειδή, ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 282 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, το οποίο ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, θα πρέπει οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και επιπλέον να μην θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού

μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα και της ενσωμάτωσης σε αυτές χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη ανταγωνισμού (βλ. απόφαση ΕΛΣυν, Τμήμα VI 2402/2010), καθώς επίσης, και συμφώνως με την αρχή της διαφάνειας, να μην περιλαμβάνουν ορολογία, η οποία θα μπορούσε να οδηγήσει σε απροσδιοριστία, ούτε στοιχεία που μειώνουν τον ανταγωνισμό ή δημιουργούν διακρίσεις (ΑΕΠΠ 206/2017). Εξάλλου είναι αδικαιολόγητος ο περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω τεχνικής προδιαγραφής που λειτουργεί ως κριτήριο αποκλεισμού από την ανάθεση, όταν μεταξύ άλλων δεν συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης (ΔΕΕ, Απόφαση της 17^{ης} Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99 Concordia, Συλλογή 2002, σ. I-7213, σκέψεις 59 και 65, Απόφαση της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01 Wienstrom, Συλλογή 2003, σ. I4527, σκέψη 34) ή παραβιάζει αρχές του ενωσιακού δικαίου, όπως της ίσης μεταχείρισης (ΔΕΕ, Απόφαση της 12^{ης} Μαρτίου 2015, C-538/13 eVigilo, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2015:166, σκέψη 33, Απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψη 110, Απόφαση 6^{ης} Νοεμβρίου 2014, C-42/13 Cartiera dell' Adda, Ηλεκτρ. Συλλογή EU:C:2014:****45, σκέψη 44, απόφαση της 10ης Μαΐου 2012, C-368/10 Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:284, σκέψη 87 και Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέως Kokkot στην ίδια υπόθεση, σημ. 104).

19. Επειδή, εξάλλου, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό τη μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 303/2007, 307/2007), ενώ ομοίως έχει παγίως κριθεί, ότι απαράδεκτως προβάλλονται ισχυρισμοί ως προς την σκοπιμότητα της θέσπισης συγκεκριμένης

προδιαγραφής (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 354/2014, 1140/2010 ΕΑ ΣΤΕ 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.).

20. Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται στις σελ. 6-18 της ασκηθείσας προσφυγής, υπό «III. Λόγοι προσφυγής», «1. Πρώτος λόγος προσφυγής: Μη νόμιμη η απαίτηση που εισάγει συγκεκριμένα ως λόγο αποκλεισμού την επιβολή αδιακρίτως δύο προστίμων σε βάρος των υποψηφίων αναδόχων για παραβάσεις υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας από το έτος 2018 έως την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών», η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η απαίτηση της περίπτωσης ***** του άρθρου ***** της διακήρυξης είναι μη νόμιμη και άρα ακυρωτέα. Συγκεκριμένα, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι ο επίμαχος όρος της διακήρυξης είναι ακυρωτέος, καθώς από τον συνδυασμό των επίμαχων διατάξεων (βλ. υπό «α. Όροι της διακήρυξης» και «β. Οι κρίσιμες διατάξεις), συνάγεται ότι είναι μη νόμιμη η εισαγωγή συγκεκριμένα νέου λόγου αποκλεισμού κατά παράβαση των αρχών της προστασίας του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (υπό γ. της προσφυγής, σελ. 14 επ.). Ειδικότερα, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι: «[...]. Με δεδομένο ότι οι λόγοι αποκλεισμού αποτελούν περιορισμό της οικονομικής ελευθερίας των διαγωνιζομένων, ο αναθέτων φορέας δεν μπορεί να προβλέψει νέους λόγους αποκλεισμού ή να διευρύνει τους λόγους αποκλεισμού πέραν εκείνων που ήδη προβλέπονται νομοθετικά. Περαιτέρω, με δεδομένο ότι η εισαγωγή νέων λόγων αποκλεισμού περιορίζει την πρόσβαση στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και, όπως είναι αυτονόητο, περιορίζει και τον ανταγωνισμό, μία διακήρυξη που αποκλείει εκ των προτέρων οικονομικούς φορείς, στο πρόσωπο των οποίων δεν συντρέχουν ούτε υποχρεωτικοί, ούτε δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού, δεν είναι νόμιμη και είναι ακυρωτέα (πρβλ. σχετικά Β. Γκέρσο, σε Ε.-Ε. Κουλουμπίνη, Η. Μάζος, Ι. Κίτσος, Δημόσιες Συμβάσεις – ν. 4412/2016 Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή, Νομική Βιβλιοθήκη 2019, σελ. 248 επ.).

Αριθμός Απόφασης: 1354/2020

Από τις αρχές του έτους 2018 έως σήμερα, στην εταιρεία μας έχουν επιβληθεί τα ακόλουθα πρόστιμα για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας (τα οποία μάλιστα προέρχονται από έναν έλεγχο):

ΣΟΒΑΡΟΤΗΤΑ	ΗΜ/ΝΙΑ ΕΠΙΒΟΛΗΣ ΠΡΟΣΤΙΜΟΥ	ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΕΛΕΓΧΟΥ
ΥΨΗΛΗ	21/05/2018	*****
ΠΟΛΥ ΥΨΗΛΗ	21/05/2018	*****

Σημειώνεται ότι η εταιρεία μας αμφισβητεί τη νομιμότητα των παραπάνω πράξεων επιβολής προστίμου και έχει προσβάλει με ένδικα βοηθήματα τις ανωτέρω πράξεις επιβολής τους ενώπιον του αρμόδιου Διοικητικού Πρωτοδικείου. Συγκεκριμένα τα πρόστιμα αυτά έχουν προσβληθεί με τις με αρ. καταχ. ***** και ***** προσφυγές ενώπιον του Μονομελούς Διοικητικού Πρωτοδικείου Αθηνών, ως προς τις οποίες αναμένεται προσδιορισμός δικασίμου.

Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι σε βάρος της εταιρείας μας δεν συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, αλλά και ούτε ο λόγος αποκλεισμού της περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, καθώς:

α) σε βάρος της εταιρείας μας μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς, δηλαδή κατά το χρονικό διάστημα από 14-09-2018 έως 14-09-2020, **δεν έχει εκδοθεί ουδεμία πράξη επιβολής προστίμου** από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας και

β) σε κάθε περίπτωση, σε βάρος της εταιρείας μας δεν έχουν επιβληθεί τρεις πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες να προκύπτουν αθροιστικά από **τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους,**

καθώς τα ανωτέρω δύο (2) πρόστιμα που μας επιβλήθηκαν το έτος 2018 έχουν προκύψει από τον ίδιο ακριβώς έλεγχο.

Παρ' όλα αυτά, η εταιρεία μας αποκλείεται από την υποβολή προσφοράς και την παραδεκτή συμμετοχή της στον επίμαχο διαγωνισμό, καθώς με τον προσβαλλόμενο όρο της Διακήρυξης εισάγεται, συγκεκαλυμμένα, στον όρο που αφορά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, ως λόγος αποκλεισμού η σε βάρος των υποψηφίων αναδόχων επιβολή δύο (2) προστίμων για παραβάσεις υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας από την 01/01/2018 έως και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ανεξαρτήτως άλλης προϋπόθεσης, ενώ τόσο το άρθρο 68 παρ. 2 περ. γ' του ν. 3863/2010 όσο και το άρθρο 73 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016 προβλέπουν ότι σχετικό λόγο αποκλεισμού συνιστά η επιβολή σε βάρος τους, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τριών (3) πράξεων (αντί για δύο (2) που προβλέπει η Διακήρυξη) επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β` 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες μάλιστα να προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους.

Αποδεικνύεται έτσι ότι με τον κρίσιμο, μη νόμιμο όρο, εισάγεται συγκαλυμμένος νέος λόγος αποκλεισμού, με πιο αυστηρές προϋποθέσεις από εκείνες που προβλέπει ο ν. 3683/2010 αλλά και το άρθρο 73 παρ. 2 περ γ του ν. 4412/2016: Δηλαδή, ένας οικονομικός φορέας μπορεί να αποκλειστεί ακόμα και αν δεν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα ή άλλη παράβαση της εργατικής νομοθεσίας, διότι, με τον όρο αυτό της διακήρυξης αυξάνεται το χρονικό διάστημα κατά το οποίο λαμβάνονται υπόψη τα πρόστιμα και προβλέπεται ότι για τον αποκλεισμό αρκούν τρία πρόστιμα, ανεξαρτήτως αριθμού ελέγχων.

Πέραν των όσων προαναφέρθηκαν, ο λόγος αυτός αποκλεισμού τελεί σε ευθεία αντίθεση προς τις προαναφερθείσες διατάξεις του νόμου και είναι και για τον λόγο αυτόν παράνομος. Σημειώνεται δε ότι, σύμφωνα με το άρθρο 305 του

ν. 4412/2016, «Ο λόγος αποκλεισμού της περίπτωσης γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 73 περιλαμβάνεται πάντοτε στους κανόνες και τα κριτήρια της παραγράφου 1», δηλαδή απαιτείται από το νόμο και ειδικά να μην υπάρχει παρέκκλιση. [...]». Επί του ίδιου ως άνω λόγου προσφυγής, ο αναθέτων φορέας, με τις με αριθμό πρωτοκόλλου ***** Απόψεις του, οι οποίες κοινοποιήθηκαν αυθημερόν μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., υποστηρίζει ότι: «[...]. **Β. Έλλειψη εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας ως προς τον α' λόγο της προδικαστικής προσφυγής**

Με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της, παραπονείται η προσφεύγουσα για την ασάφεια και την σε κάθε περίπτωση αντίθεση της απαίτησης της περ. ***** του όρου *****της ανωτέρω Διακήρυξης. Ωστόσο, ο Οργανισμός, ήδη προέβη στην παροχή Διευκρίνισης (αποσαφήνισης) σχετικά με την έννοια της ως άνω απαίτησης, διευκρινίζοντας ότι πράγματι η απαίτηση αυτή είναι εκείνη που νομοθετικά επιβάλλεται. Ειδικότερα, με την απόφαση του ***** με αριθμό πρακτικού *****, αποφασίστηκε η παροχή της κατωτέρω διευκρίνισης:

«...επί του όρου *****τη; Διακήρυξης ***** :Διευκρινίζεται ότι η απαίτηση της περίπτωσης ***** του όρου *****έχει την έννοια των δύο (2) πράξεων επιβολής προστίμου από τα αρμόδια όργανα του ΣΕΠΕ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την **αδήλωτη εργασία**, που προκύπτουν **αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους** κατά **το χρονικό διάστημα δύο ετών πριν από την λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς**, όπως τούτο ορίζεται στην οικεία νομοθεσία στην οποία αναφέρεται και η Διακήρυξη, ήτοι στο άρθρο 68 του Ν. 3863/2010»

Συγχρόνως δε, προκειμένου να μην θιγούν οι υποψήφιες εταιρείες, δόθηκε με την ίδια ως άνω απόφαση παράταση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών μέχρι και την 21-9-2020.

Να επισημανθεί, εξάλλου, ότι ακόμη και αν δεν ελάμβανε χώρα η ανωτέρω διευκρίνιση επί του όρου, δεδομένης της πρόβλεψης του άρθρου 68 Ν. 3863/2020, η προσφεύγουσα εταιρεία δεν αποκλείεται από την συμμετοχή της.

Ως εκ τούτου, εφόσον κατά την αληθή έννοια της ως άνω απαίτησης, δεν αποκλείεται συμμετέχουσα εταιρεία στην περίπτωση επιβολής δύο προστίμων

κατόπιν διενέργειας ενός ελέγχου, όπως τούτο διευκρινίστηκε, η προσφεύγουσα στερείται εννόμου συμφέροντος για την επίκληση του α' λόγου της προσφυγής της και κατά συνέπεια ο λόγος αυτός τυγχάνει απορριπτέος. [...]». Επί του ίδιου ως άνω πρώτου λόγου προσφυγής, η παρεμβαίνουσα ουδένα ισχυρισμό προβάλλει.

21. Επειδή, σχετικά με τον πρώτο λόγο προσφυγής, πρέπει να γίνουν οι ακόλουθες αναφορές. Όπως βάσιμα υποστηρίζει ο αναθέτων φορέας, δυνάμει της υπ' αριθμ. *****(Απόσπασμα Πρακτικού υπ' αριθμ. *****) Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα (ΑΔΑ:*****), θέμα 1^ο, η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 10.09.2020, αποφασίστηκε ομόφωνα (7 υπέρ & 1 αποχή) να παρασχεθεί στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς η ακόλουθη διευκρίνιση επί του προσβαλλόμενου όρου της περίπτωσης *****(του άρθρου *****(της διακήρυξης: **«Α) Παρέχει την ακόλουθη διευκρίνιση επί του όρου *****(της Διακήρυξης *****(**

*Διευκρινίζεται ότι η απαίτηση της περίπτωσης *****(του όρου *****(έχει την έννοια των δύο (2) πράξεων επιβολής προστίμου από τα αρμόδια όργανα του ΣΕΠΕ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, που προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους κατά το χρονικό διάστημα δύο ετών πριν από την λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, όπως τούτο ορίζεται στην οικεία νομοθεσία στην οποία αναφέρεται και η Διακήρυξη, ήτοι στο άρθρο 68 του Ν. 3863/2010.», ενώ συναφώς, αποφασίστηκε η παράταση του χρόνου υποβολής των προσφορών, κατά επτά (7) ημέρες και δη, μέχρι την καταληκτική ημερομηνία 21.09.2020, ημέρα Δευτέρα και ώρα 24:00 μ.μ., όπως αναφέρεται χαρακτηριστικά στην εν λόγω απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα: **«Β) Βάσει του άρθρου 60 του Ν. 4412/2016 και προκειμένου να δοθεί χρόνος στις υποψήφιες εταιρείες να συμμετάσχουν στον Διαγωνισμό μετά την ανωτέρω αποσαφήνιση, παρατείνει τον χρόνο υποβολής των προσφορών της Διακήρυξης *****(κατά επτά ημέρες και ορίζει ως καταληκτική ημερομηνία τη Δευτέρα 21/9/2020 και ειδικότερα: «Για την έγκυρη συμμετοχή στον διαγωνισμό, οι ενδιαφερόμενοι***

Αριθμός Απόφασης: 1354/2020

υποβάλλουν ΑΠΟΚΛΕΙΣΤΙΚΑ μέσω τη πύλης www.eprocurement.gov.gr του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. **μέχρι την καταληκτική ημερομηνία 21/9/2020, ημέρα Δευτέρα και ώρα 24:00**, στην Ελληνική γλώσσα, σε ηλεκτρονικό φάκελο, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο Ν.4412/16 (ΦΕΚ 147/Α/8-8-2016), στο άρθρο 11 της Υ.Α. Π1/****90/2013 (ΦΕΚ/Β/2677/21-102013) «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)».». Κατόπιν των όσων εκτέθηκαν ανωτέρω, όπως δέχεται η θεωρία και έχει κριθεί και από την Α.Ε.Π.Π. (βλ. ΑΕΠΠ 240/2017, 5/2018, 450, 45**** και 467/2020), οι βεβαιωτικές πράξεις εκδίδονται συνήθως μετά από αίτηση του διοικούμενου και επαναλαμβάνουν προηγούμενες πράξεις της διοίκησης, χωρίς να έχει μεσολαβήσει νέα ουσιαστική έρευνα από την πλευρά των διοικητικών οργάνων και αρχών. Οι πράξεις αυτές στερούνται εκτελεστότητας, με αποτέλεσμα ο διοικούμενος να μην μπορεί να τις προσβάλει δικαστικά ή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., αφού εκτελεστή είναι μόνον η αρχική πράξη επί της οποίας βασίστηκαν. Οι βεβαιωτικές πράξεις, απλώς επιβεβαιώνουν ήδη υπάρχουσα ρύθμιση και δεν προσβάλλονται ενώπιον των δικαστηρίων, δεδομένου ότι βασική προϋπόθεση του παραδεκτού της αίτησης ακύρωσης ή της προσφυγής κατά πράξεων της διοίκησης αποτελεί ο εκτελεστός χαρακτήρας της προσβαλλόμενης πράξης (Αν. Τάχου Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, σελ. 637). Περαιτέρω, κατά πάγια νομολογία, δεν έχουν εκτελεστό χαρακτήρα οι βεβαιωτικές πράξεις των διοικητικών οργάνων, ήτοι οι διοικητικές πράξεις οι οποίες εκδίδονται χωρίς νέα ουσιαστική έρευνα και αποτελούν επιβεβαίωση της αρχικής πράξεως της Διοικήσεως (βλ. ΣτΕ 1390/2012, 3201/2009, 575/2008, 4596/2006, 1117/2005, 3762/2003, 296/2001, 3217/2000, 1968/2000 κλπ.) και δηλώνουν εμμονή της Διοικήσεως σε προγενέστερη ρύθμιση (βλ. ΣτΕ 1718/1977, 340/83, 2619/1986, 2771/2011). Όπου η διοίκηση επιβεβαιώνει απλώς προηγούμενη ρύθμιση δεν πρόκειται για νέα πράξη, έστω και αν εκδόθηκε από προϊστάμενη αρχή της εκδούσας, κατόπιν άσκησης κοινής ιεραρχικής προσφυγής (βλ. Δαγτόγλου Π., Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, αρ. 522). Οι βεβαιωτικές πράξεις εκδίδονται συνήθως ύστερα από νέα αίτηση του διοικούμενου για το ίδιο θέμα ή άσκηση αίτησης

θεραπείας ή ιεραρχικής προσφυγής (βλ. Επ. Σπηλιωτόπουλου, «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», σελ. 125). Η προσβολή με προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 επ. του Ν. 4412/2016 των ως άνω μη εκτελεστών διοικητικών πράξεων είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη, καθώς οι ως άνω βεβαιωτικές πράξεις δεν έχουν τον χαρακτήρα διοικητικής πράξης. Ως εκ τούτου, εκτελεστή διοικητική πράξη, η οποία μπορεί να προσβληθεί αυτοτελώς δικαστικά και ενώπιον της Αρχής είναι μόνο η πράξη της αναθέτουσας, με την οποία τροποποιούνται ή εισάγονται για πρώτη φορά στοιχεία που δεν είχαν καταστεί γνωστά στους οικονομικούς φορείς με προηγούμενη πράξη της διοίκησης, διαφοροποιούν το περιεχόμενό της και κατά αυτή την έννοια, εισάγουν νέα στοιχεία ή/και αιτιολογία, βλαπτικά και άρα προσβλητέα εκ μέρους του οικονομικού φορέα (βλ. και ΑΕΠΠ ****).

22. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, πρέπει να γίνουν δεκτές οι ακόλουθες παραδοχές. Όπως έχει κριθεί και από τη νομολογία (βλ. και ΑΕΠΠ 195/2020), η πράξη περί παροχής διευκρινίσεων αποτελεί πράξη εκτελεστή, υποκείμενη σε προσφυγή του άρθρου 4 του Ν. 3886/2010 (σύμφωνα με το παλαιό νομοθετικό πλαίσιο) και πλέον σε προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 επ. του Ν. 4412/2016, εφόσον δε δεν αμφισβητηθεί η νομιμότητά της, οι παρεχόμενες με αυτήν διευκρινίσεις εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακήρυξης, στους οποίους αναφέρονται (ΕΑ ΣτΕ 190/2015, 108/2015, 55/2015, 44/2015, 92/2014, 254/2012, 45/2008, ΔΕφΑθ (αναστ.) 451/2014, 437/2013 αλλά και Δημήτριο Γ Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 340). Ως εκ τούτου, εκτελεστή διοικητική πράξη, η οποία μπορεί να προσβληθεί αυτοτελώς δικαστικά και ενώπιον της Αρχής είναι και η πράξη της αναθέτουσας αρχής, με την οποία τροποποιούνται όροι της διακήρυξης ή εισάγονται για πρώτη φορά στοιχεία που δεν είχαν καταστεί γνωστά στους οικονομικούς φορείς με το αρχικό κείμενο της διακήρυξης, διαφοροποιούν το περιεχόμενό της και κατά αυτή την έννοια, καθίστανται μέρος αυτής από την γνωστοποίηση των διευκρινίσεων στους οικονομικούς φορείς του διαγωνισμού,

οπότε και πλέον αποτελούν μέρος του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού (βλ. ΑΕΠΠ 240/2017, 5/2018, 450, 45***** και 467/2020). Περαιτέρω έχει κριθεί (βλ. και ΑΕΠΠ 202/2019 με εισηγήτρια Χρυσάνθη Ζαράρη) ότι, μόνο όταν με τις διευκρινίσεις αίρονται ανακρίβειες ή ασάφειες όρων ή μνημονευόμενων στη διακήρυξη στοιχείων αυτές συνιστούν πράξη εκτελεστή (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 473/2010, 758, 45/2008, 952/2007), καθώς οι εν θέματι διευκρινίσεις δεν επιβεβαιώνουν το περιεχόμενο της διακήρυξης, αλλά το αποσαφηνίζουν παρέχοντας κάποιο κρίσιμο νέο στοιχείο που επηρεάζει τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς των συμμετεχόντων (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 474/2005, 532/2004). Συνεπώς, όπως ήδη εκτέθηκε, εν προκειμένω, η παροχή διευκρινίσεων εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα, με το ανωτέρω περιεχόμενο, πράγματι αποτελεί πράξη εκτελεστή υποκείμενη αυτοτελώς σε προσφυγή του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και εφόσον δεν προσβληθεί επικαίρως από τους διαγωνιζόμενους, καθίσταται περιεχόμενο του διαγωνισμού. Όπως λοιπόν, προέκυψε από το ιστορικό της φερόμενης προς κρίση ενώπιον του οικείου Κλιμακίου υπόθεσης, ο αναθέτων φορέας, πράγματι τροποποίησε την επίμαχη διάταξη, υπό την έννοια της παροχής διευκρινίσεων, οι οποίες αίρουν τις διαπιστωθείσες ανακρίβειες ή ασάφειες, όπως είχαν διατυπωθεί στο αρχικό περιεχόμενο του προσβαλλόμενου με την προσφυγή όρου του διαγωνισμού, προσαρμόζοντας το περιεχόμενό του, σύμφωνα με το αιτητικό της προσφυγής σχετικά με την επιβολή προστίμων «υψηλής» και «πολύ υψηλής» σοβαρότητας σε βάρος του υποψήφιου οικονομικού φορέα, υποβάλλοντας μάλιστα τις εν λόγω τροποποιήσεις, σε καθεστώς πλήρους δημοσιότητας, τηρώντας για αυτές τις υποχρεώσεις δημοσιότητας που προβλέπονται για τους λοιπούς όρους της διακήρυξης, όπως αυτοί είχαν δημοσιευθεί αρχικά. Προσέτι, όπως επίσης προκύπτει από το ιστορικό της υπόθεσης, η προσφεύγουσα ουδέποτε αμφισβήτησε ή στράφηκε κατά των ανωτέρω διευκρινίσεων που παρείχε ο αναθέτων φορέας, ούτε υπέβαλε κάποιο υπόμνημα προς αντίκρουσή τους και έτσι, το οικείο Κλιμάκιο άγεται στο συμπέρασμα ότι ως προς τον επίμαχο όρο του διαγωνισμού που πλήττεται με τον πρώτο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα αποδέχθηκε το σύνολο των όρων της διακήρυξης, όπως αυτοί

διευκρινίστηκαν από τον αναθέτοντα φορέα. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο πρώτος λόγος της προσφυγής δεν εξετάζεται περαιτέρω ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος, εφόσον ο αναθέτων φορέας, διευκρίνισε σύμφωνα με το αίτημα της προσφυγής, το περιεχόμενο του προσβαλλόμενου όρου, δεχόμενος ουσιαστικά ότι υπήρχε πλημμέλεια στη διατύπωσή του, όπως προβλήθηκε από την προσφεύγουσα.

23. Επειδή, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο προσφυγής, όπως παρατίθεται στις σελ. 18-25 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «III. Λόγοι προσφυγής, «2. Δεύτερος λόγος προσφυγής: Μη νόμιμη η απαίτηση για τρεις κερδοφόρες χρήσεις», η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η απαίτηση της περίπτωσης 7 του άρθρου ***** της διακήρυξης είναι μη νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί, καθώς την εμποδίζει να υποβάλλει παραδεκτή προσφορά, κατά το μέρος, με το οποίο ορίζεται στην επίμαχη διάταξη ότι η υποβολή στο στάδιο της κατακύρωσης, δικαιολογητικών από τα οποία να αποδεικνύεται ότι κάθε μια από τις ως άνω οικονομικές χρήσεις των ετών 2016, 2017 και 2018 παρουσιάζει κέρδη μετά φόρων για κάθε έτος, επί ποινή αποκλεισμού και καλύπτει το δείκτη αποδόσεως και αποδοτικότητας: Αποτελέσματα προ φόρων/κύκλο εργασιών τουλάχιστον 0%. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι: «[...]. *Εν προκειμένω, με τον κρίσιμο όρο της διακήρυξης εισάγεται περιορισμός στην πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης, χωρίς ο περιορισμός αυτός, όπως διατυπώνεται, να τελεί σε σχέση με την «οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» των διαγωνιζόμενων, την οποία ο όρος αυτός επιδιώκει, σύμφωνα και με τον τίτλο του.*

Ειδικότερα, ο όρος αυτός, φαίνεται να ανάγει σε βασικό υποχρεωτικό στοιχείο για το παραδεκτό της προσφοράς του υποψηφίου την κερδοφορία σε κάθε μία από τις τρεις τελευταίες χρήσεις των ετών 2016 -2018 ή, άλλως, τη μη εμφάνιση ζημιών σε οποιαδήποτε από τις τρεις τελευταίες χρήσεις, αλλά και την πλήρωση, σε κάθε μια από τις αναφερθείσες χρήσεις, ενός δείκτη αποδόσεως και αποδοτικότητας (Αποτελέσματα προ φόρων/κύκλο εργασιών τουλάχιστον 0%), χωρίς τη στάθμιση άλλων στοιχείων που σχετίζονται με την οικονομική

κατάσταση του υποψηφίου, όπως αυτά προκύπτουν και από τους ισολογισμούς του. Όμως, ούτε η απλή έλλειψη ζημίας ούτε ο δείκτης αποδόσεως και αποδοτικότητας, όπως μάλιστα ορίζεται στη συγκεκριμένη διακήρυξη, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη τα ίδια κεφάλαια και όταν η ενδιαφερόμενη επιχείρηση είναι επιχείρηση παροχής υπηρεσιών ασφαλείας, φαίνεται να έχει οποιαδήποτε χρησιμότητα για τη διαπίστωση της χρηματοοικονομικής επάρκειας οποιουδήποτε οικονομικού φορέα.

Για παράδειγμα, φαίνεται να αποκλείονται επιχειρήσεις, όπως η εταιρεία μας, που, λόγω της κερδοφορίας τους σε πιο παλιές χρήσεις, διαθέτουν υψηλό ποσό αδιάθετων κερδών, τα οποία όχι μόνον ισοσκελίζουν οποιοδήποτε τυχόν αρνητικό αποτέλεσμα οποιασδήποτε από τις τρεις τελευταίες χρήσεις, αλλά και επιτρέπουν τη μεταφορά ιδιαίτερα μεγάλου υπολοίπου κερδών σε επόμενα έτη.

Όμως, η μη εμφάνιση κερδοφορίας για κάθε ένα από τα τρία τελευταία έτη δεν συνιστά από μόνη της κριτήριο, το οποίο θα δικαιολογούσε την παρεμπόδιση της συμμετοχής της σε διαγωνισμό για την ανάληψη σύμβασης παροχής υπηρεσιών ασφαλείας αποδεικνύεται και από το γεγονός ότι, παρά την παροδική απουσία κερδοφόρων χρήσεων κάθε έτος, μια εταιρεία μπορεί να χαρακτηριστεί αξιόχρηη, με δυνατότητα να ανταποκριθεί σε οποιοδήποτε σημαντικό έργο της ανατεθεί, εφόσον, εκτός από την τεχνογνωσία, διαθέτει και ισχυρά οικονομικά στοιχεία και χρηματοοικονομικό προφίλ ικανό να ανταποκριθεί σε ενδεχόμενες εξωγενείς δυσκολίες, όπως η εταιρεία μας. [...].

Η εκδοχή της Διακήρυξης ότι μία εταιρεία, με τα οικονομικά αυτά μεγέθη, δεν διαθέτει την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και ικανότητα για να εκτελέσει την προκηρυσσόμενη σύμβαση και πρέπει να αποκλείεται από το Διαγωνισμό, αντίκειται σε κάθε οικονομική ανάλυση, νομικό κανόνα, αλλά και την κοινή λογική. Ιδίως, δε, δεν αιτιολογείται.

Όπως έχει κριθεί από την ΑΕΠΠ (818/2020), «...επειδή, κατά πάγια νομολογία του ανώτατου ακυρωτικού δικαστηρίου της χώρας, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό

Δίκαιο, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004, αρ. περ. 642 Β). Επειδή ο προσδιορισμός των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας καθορίζεται: α) από το λογικό, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, περιεχόμενο της αόριστης αξιολογικής έννοιας σε συνδυασμό με την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης σε συνδυασμό προς τον επιδιωκόμενο από τον κανόνα αυτό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, β) από την ισότητα κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, δηλαδή, την ίση κρίση ομοειδών νομικών και πραγματικών καταστάσεων γ) από την αρχή της χρηστής διοίκησης και δ) από την αρχή της αναλογικότητας ή της αναλογίας, σύμφωνα με την οποία το επαχθές μέτρο που επιβάλλεται στον διοικούμενο με τη διοικητική πράξη πρέπει να είναι αναγκαίο, πρόσφορο και ανάλογο προς το εξυπηρετούμενο δημόσιο συμφέρον ή ιδιωτικό προστατευόμενο συμφέρον στο πλαίσιο του σκοπού που επιδιώκει ο νόμος (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., 2010, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 514)...».

Από τα πραγματικά περιστατικά που αναπτύσσονται παραπάνω και λαμβανομένου υπόψη του εξαιρετικά μικρού αντικειμένου της προκηρυσσόμενης σύμβασης, προκύπτει ότι ο επίμαχος όρος, ο οποίος θεσπίσθηκε κατ' ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής, πάσχει ακυρότητας, προεχόντως λόγω πλημμελούς αιτιολογίας και παράβασης της αρχής της αναλογικότητας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Ο επίμαχος όρος της Διακήρυξης, που αποκλείει από το διαγωνισμό κάθε ενδιαφερόμενη επιχείρηση, εφόσον δεν εμφανίζει κέρδη για κάθε μία από τις χρήσεις 2016, 2017 και 2018, χωρίς καμία περαιτέρω αξιολόγηση των κριτηρίων που προβλέπει το άρθρο 75 παρ. 3 του ν. 4412/2016 ή της οικονομικής της επάρκειας εν γένει, αλλά και αναιτιολόγητα χωρίς η θέσπιση του συγκεκριμένου κριτηρίου να τελεί σε αναλογία προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, είναι παράνομος. Με τον όρο αυτό αποκλείονται εταιρίες με πολλαπλάσιο κύκλο εργασιών σε σχέση με το οικονομικό αντικείμενο της σύμβασης, οι οποίες αποδεδειγμένα εκτελούν με επιτυχία ανάλογα ή και μεγαλύτερα έργα, και επομένως διαθέτουν την τεχνική,

οργανωτική και οικονομική επάρκεια να υλοποιήσουν με επιτυχία και τη συγκεκριμένη σύμβαση.

Μάλιστα, αν ληφθεί υπόψη η οικονομική κατάσταση την οποία αντιμετωπίζει η χώρα κατά την τελευταία δεκαετία, με συνέπεια, κατά τα κοινώς γνωστά, τη συρρίκνωση της οικονομικής δραστηριότητας αλλά και το σημαντικό περιορισμό της δημόσιας δαπάνης για συμβάσεις ανάθεσης υπηρεσιών όπως η προκείμενη, γεγονός το οποίο αναπόφευκτα επηρεάζει αρνητικά τα οικονομικά στοιχεία ιδιαίτερα μεγάλου αριθμού επιχειρήσεων παροχής υπηρεσιών που αναλαμβάνουν τέτοιες συμβάσεις, καθίστανται περισσότερο εμφανή τα εμπόδια που τίθενται με τον προαναφερθέντα όρο της Διακήρυξης στην ανάπτυξη του ανταγωνισμού, καθόσον αγνοούνται όλα τα ανωτέρω αντικειμενικά δεδομένα.

Συνεπώς, για όλους τους λόγους που προαναφέρθηκαν, η εταιρεία μας εμποδίζεται από τον επίμαχο όρο της Διακήρυξης να υποβάλει παραδεκτή προσφορά. [...]». Επί του ίδιου ως άνω λόγου προσφυγής, ο αναθέτων φορέας, με τις προαναφερθείσες απόψεις του, ισχυρίζεται ότι: «[...] **Γ. Αβασιμότητα του β' λόγου της προδικαστικής προσφυγής**

Με τον β' λόγο της προσφυγής της, παραπονείται η προσφεύγουσα ότι τάχα, θέτοντας **ως προϋπόθεση συμμετοχής** η *****, εκείνη της κερδοφορίας επί σειρά τριών χρήσεων, παρεμποδίζει την συμμετοχή πολλών ενδιαφερόμενων επιχειρήσεων αδικαιολόγητα και δυσανάλογα.

Σύμφωνα με το άρθρο 75 υπό τον τίτλο «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, **β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια...**, 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.»

Όπως έχει κριθεί, ενόψει του εξειδικευμένου χαρακτήρα των προς ανάθεση υπηρεσιών, με αντικείμενο την ασφάλεια και τον έλεγχο μεγάλου αριθμού προσώπων, πραγμάτων (αποσκευών, χειραποσκευών, μεταφερόμενων αντικειμένων) και οχημάτων, καθώς και τη φύλαξη των εγκαταστάσεων των χώρων ενός λιμένα, και μάλιστα υπό συνθήκες αυξημένης επιβατικής κίνησης λόγω κρουαζιέρας και ειδικά κατά την διάρκεια των θερινών μηνών, η οποία αναμένεται να αυξηθεί και έτι περαιτέρω τα επόμενα έτη, για μεγάλα χρονικά διαστήματα, το κριτήριο της οικονομικής ευρωστίας παρίσταται, υπό τις συγκεκριμένες συνθήκες, **πρόσφορο τόσο για τον έλεγχο της καταλληλότητας των υποψηφίων, θα ήταν δε πρόσφορο ακόμη και για την αξιολόγηση των παρασχεθόμενων υπηρεσιών [ορ. ΕλΣυν Τμ. Μειζ-επταμ. Συνθ 866/2018].**

Συνεπώς, και ο λόγος αυτός της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.». Ομοίως, επί του δεύτερου λόγου προφυγής, η παρεμβαίνουσα εταιρεία υποστηρίζει στις σελ. 3-9, υπό «3». Ο ΜΟΝΟΣ ΛΟΓΟΣ ΤΗΣ ΠΑΡΟΥΣΑΣ ΠΑΡΕΜΒΑΣΗΣ» ότι: «[...]. Όλα τ' ανωτέρω προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα πρέπει ν' απορριφθούν, καθώς το «ότι η οικονομική ευρωστία μιας επιχείρησης είναι δυνατόν να συνάγεται από τη συνεκτίμηση πλειάδας άλλων παραμέτρων, τις οποίες παραθέτει η αιτούσα στο δικόγραφο, ισχυριζόμενη ότι αποδεικνύουν και τη δική της καλή οικονομική κατάσταση, δεν αποκλείει, πάντως, τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να επιλέγει εκείνη τα στοιχεία που κρίνει πρόσφορα για την εξασφάλιση του ελάχιστου επιθυμητού επιπέδου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των διαγωνιζομένων.» (βλ. ΣτΕ 2203/2017 Τ.Ν.Π. Νόμος, καθώς και C-218/11, Edukonizig και Hochtief

Construction AG Magyarorszagi Fiolktelepe) και *ad hoc* την ΣΤΕ ΕΑ 335/2019 (συν. 1) με την οποία κρίθηκε (κατά πιστή αντιγραφή με πλάγια στοιχεία) ότι

«9. Επειδή, στο άρθρο 75 του ν. 4412/2016 (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), στις διατάξεις του οποίου παραπέμπει το άρθρο 305 παρ.2 του ίδιου νόμου (άρθρο 80 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) ορίζονται τα εξής: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α),..β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ).... 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 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 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 ...5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτήσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος». Περαιτέρω, στο κεφάλαιο 2 της Διακήρυξης με τίτλο «ΓΕΝΙΚΟΙ ΚΑΙ ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ

ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ», άρθρο 2.2 με τίτλο «Δικαίωμα Συμμετοχής-Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής», παρ. 2,2.5 με τίτλο «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια», ορίζεται ότι: «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού να καταθέτουν στον Φάκελο Δικαιολογητικών Συμμετοχής - Τεχνικής Προσφοράς τα εξής: VI. Δημοσιευμένες εγκεκριμένες χρηματοοικονομικές καταστάσεις σύμφωνα με τον νόμο για τις διαχειριστικές χρήσεις 1.1.2015 - 31.12.2015, 1.1.2016 -31.12.2016 και 1.1.2017 - 31.12.2017 (με συνημμένες σε καθεμιά από αυτές την σχετική ανακοίνωση του Γενικού Εμπορικού Μητρώου), από τις οποίες χρηματοοικονομικές καταστάσεις να προκύπτουν τα μεγέθη των αποτελεσμάτων προ και μετά φόρων και ο κύκλος εργασιών από τα οποία θα αποδεικνύεται ότι *ί. κάθε μια από τις αναφερθείσες χρήσεις παρουσιάζει κέρδη μετά φόρων για κάθε έτος, επί ποινή αποκλεισμού και II κάθε μια από τις αναφερθείσες χρήσεις καλύπτει το δείκτη αποδόσεως και αποδοκότητας: Αποτελέσματα προ φόρων/κύκλο εργασιών τουλάχιστον 1%. Στις περιπτώσεις όπου η δημοσίευσή τους είναι υποχρεωτική σύμφωνα με την περί εταιρειών νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο υποψήφιος Ανάδοχος. Για τις εταιρείες που δεν υποχρεούνται από το νόμο στην έκδοση Ισολογισμών, απαιτείται Δήλωση του συνολικού ύψους του ετήσιου κύκλου εργασιών και των κερδών για τις χρήσεις 2015 - 2017. [...].».*

10. Επειδή, με την 1218/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ κρίθηκε, κατ' αποδοχή σχετικής αιτιάσεως της ήδη παρεμβαίνουσας εταιρείας, ότι ο αναθέτων φορέας δεν απέδειξε πέραν πάσης αμφιβολίας ότι η απαίτηση που εισάγει ο επίμαχος όρος, ήτοι η επί τριετία κερδοφορία του υποψηφίου αναδόχου, είναι το μόνο πρόσφορο μέσο για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειάς του, ότι, δηλαδή, είναι το μόνο κατάλληλο μέσο και, επιπλέον, τελεί σε εύλογη σχέση αναλογίας επιλεγέντος μέσου και επιδιωκόμενου σκοπού. Κρίθηκε, επίσης, ότι, εν πάση περιπτώσει, σε συνδυασμό με τον όρο που αποκλείει τη δυνατότητα προσφυγής στις ικανότητες τρίτου φορέα για την πλήρωση των κριτηρίων καταλληλότητας, ο επίμαχος όρος περιορίζει δυσανάλογα το άνοιγμα του διαγωνισμού σε ευρύτερο ανταγωνισμό, ιδίως δε σε

βάρος των ενδιαφερομένων να μετάσχουν Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων. Με την κρινόμενη αίτηση η αιτούσα πλήττει την εν λόγω κρίση της ΑΕΠΠ και προβάλλει ότι ο εξειδικευμένος χαρακτήρας των προς ανάθεση υπηρεσιών και η ανάγκη απρόσκοπτης παροχής τους, επέβαλλε την πρόβλεψη στη διακήρυξη του επίμαχου όρου, ο οποίος παρέχει ισχυρότατη ένδειξη ορθολογικής οικονομικής δραστηριότητας από τους φορείς και δυνατότητας να φέρουν εις πέρας το αντικείμενο του διαγωνισμού.

11. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις που παρατίθενται στη σκέψη 9, οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια να θέτουν στη διακήρυξη κριτήρια συμμετοχής που διασφαλίζουν, μεταξύ άλλων, ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν ένα ελάχιστο επίπεδο οικονομικής-χρηματοοικονομικής επάρκειας, μεταξύ δε των κριτηρίων αυτών συγκαταλέγεται και η αναλογία στοιχείων ενεργητικού και παθητικού, όπως προκύπτει από τους ετήσιους λογαριασμούς. Όπως έχει κριθεί (πρβλ. απόφ. ΔΕΕ της 13-7-2017, *INGSTEEL spol. sro* και *Metrostav as* κατά *Urad pre verejne obstaravanie*, C-76/16, σκ. 32-33, απόφ. ΔΕΕ της 18-10-2012, *Edukonizig* και *Hochtief Construction*, C-218/11, σκ. 29, ΕΑ 203/2018, ΣτΕ 2203/2017) το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για μια συγκεκριμένη σύμβαση πρέπει να σχετίζεται με το αντικείμενό της, ήτοι να τελεί σε σχέση αναλογίας και να είναι προσαρμοσμένο προς αυτό, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσεως για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς όμως, να βαίνει πέραν του αναγκαίου προς τον σκοπό αυτό μέτρου.

12. Επειδή, εν προκειμένω, η απαίτηση της περιπτώσεως VI υποπερ. ι) του άρθρου 2.2.5 της διακηρύξεως, σύμφωνα με την οποία οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς πρέπει να παρουσιάζουν κέρδη μετά φόρων κατά τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις, χωρίς να προβλέπεται συγκεκριμένο ύψος κερδών, δεν πιθανολογείται σοβαρώς ότι έχει τεθεί κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας, όπως κρίθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση της ΑΕΠΠ. Τούτο, διότι ο επίμαχος όρος παρίσταται πρόσφορος εν σχέσει προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, ήτοι να παράσχει ένδειξη για την οικονομική φερεγγυότητα

και την επάρκεια της οικονομικής βάσης του ενδιαφερομένου να αναλάβει και να εκτελέσει επιτυχώς τη συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση, εφ' όσον πρόκειται περί απαιτήσεως από την οποία μπορεί αντικειμενικά να προκύψει η σχετική ικανότητα των διαγωνιζομένων γενικώς. Εξ άλλου, η εν λόγω απαίτηση [...] δεν βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου για την επίτευξη του σκοπού αυτού, λαμβανομένου υπ' όψιν του σημαντικού φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της συμβάσεως, η οποία αφορά την παροχή υπηρεσιών φυλάξεως και ασφάλειας, για χρονικό διάστημα δύο ετών, με δυνατότητα παρατάσεως ενός έτους, λιμενικής εγκαταστάσεως, η οποία, σύμφωνα με τα στοιχεία της διακηρύξεως, παρουσιάζει υψηλή κίνηση κινήσεως κρουαζιερόπλοιων καθώς και επιβατικών-οχηματαγωγών από και προς Ιταλία και Αλβανία, προϋπολογιζομένης δαπάνης 1.763.994,45 ευρώ, πλέον του αναλογούντος Φ.Π.Α., για τα δύο έτη. Το γεγονός δε ότι η οικονομική-χρηματοοικονομική ευρωστία ενός οικονομικού φορέα είναι δυνατόν να συνάγεται από τη συνεκτίμηση και άλλων παραμέτρων, όπως εκθέτει η παρεμβαίνουσα στο δικόγραφο της, ισχυριζόμενη ότι αποδεικνύουν και τη δική της καλή οικονομική κατάσταση, παρά την έλλειψη κερδοφορίας, δεν περιορίζει, πάντως, την ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να επιλέγει εκείνη τα στοιχεία που κρίνει πρόσφορα για την εξασφάλιση του ελάχιστου επιθυμητού επιπέδου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των διαγωνιζομένων, εν προκειμένω δε τα αναφερόμενα στην παράγραφο VI του άρθρου 2.2.5, ούτε απαιτείται να αποδεικνύει κάθε φορά ότι τα στοιχεία αυτά είναι τα μόνα πρόσφορα, όπως κρίθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση της ΑΕΠΠ. Δεδομένου δε ότι το επίμαχο κριτήριο αναφέρεται στην κερδοφορία των οικονομικών φορέων, και όχι λ.χ στον κύκλο εργασιών τους, δεν προκύπτει, εν πάση περιπτώσει, ότι δια του όρου αυτού δύναται να πληγούν οι μικρομεσαίες επιχειρήσεις, όπως αναφέρεται στην προσβαλλόμενη απόφαση.».

Για τους λόγους αυτούς, κατά παραδοχή του παρόντος μόνου λόγου παρέμβασής μας, πρέπει ν' απορριφθεί ο Δεύτερος Λόγος προδικαστικής προσφυγής της ***και να κριθεί νόμιμη και επιτρεπτή η διάταξη του όρου *****της υπ' αρ. ***** διακήρυξης του *****».**

24. Επειδή, σχετικά με τον δεύτερο λόγο προσφυγής, πρέπει να γίνουν οι εξής αναφορές. Όπως έχει κριθεί και από την Α.Ε.Π.Π. (ΑΕΠΠ 211/2017 και 1218/2019), οι αναθέτοντες φορείς, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, έχουν τη δυνατότητα να ελέγχουν την «καταλληλότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικού ελέγχου του υποψηφίου. Η διαδικασία ποιοτικού ελέγχου περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων και τον έλεγχο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, αλλά και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου αναδόχου. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας, εάν ο εκάστοτε προσφέρων/αιτών οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις καταλληλότητας των υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις διατάξεις της διακήρυξης και του νόμου, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο αυτής. Για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του. Κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων καταλληλότητας των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων (πρβλ. και τη με αριθμό πρωτοκόλλου 1111/04.03.2016 Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, απόφαση 303/2015, με θέμα «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής δημοσίων συμβάσεων και έλεγχος καταλληλότητας: ειδικά η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα»). Ενδεικτικά, τα κριτήρια επιλογής πρέπει να σχεδιάζονται κατά τρόπο ώστε να μην περιορίζεται δυσανάλογα η συμμετοχή οικονομικών φορέων

και ειδικά η πρόσβαση των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων στις δημόσιες Συμβάσεις, όπως περιγράφεται και στον «Ευρωπαϊκό Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις» (πρβλ. τη με αριθμό πρωτοκόλλου 6510/28.12.2016 Κατευθυντήρια Οδηγία 17 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, απόφαση 181/2016, με θέμα «Ενίσχυση συμμετοχής των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων»). Στο πεδίο 4 του εν λόγω Κώδικα και δη στην παρ. 4.1 με τίτλο «Διατήρηση της αναλογικότητας των κριτηρίων επιλογής» διευκρινίζεται ότι οι οδηγίες της ΕΚ για τις δημόσιες συμβάσεις επαναδιακηρύσσουν ρητά τη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, σύμφωνα με την οποία τα κριτήρια χρηματοοικονομικών και οικονομικών δυνατοτήτων και τεχνικών ικανοτήτων πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης. Όλα τα κριτήρια επιλογής πρέπει να είναι σαφή και αναλογικά προς τη συγκεκριμένη σύμβαση και να μην εισάγουν διακρίσεις. Επιπλέον, τα κριτήρια επιλογής δεν πρέπει να είναι διατυπωμένα κατά τρόπο που να περιορίζουν το πεδίο του ανταγωνισμού λαμβάνοντας υπόψη θέματα ήσσονος σημασίας. Επιπρόσθετα, οι δυσανάλογες χρηματοοικονομικές απαιτήσεις των αναθετουσών αρχών (π.χ. τραπεζικές εγγυήσεις για την κάλυψη των κινδύνων που συνδέονται με τη διαδικασία ανάθεσης και την εκτέλεση μιας σύμβασης, ακόμη και εκείνων που εκφεύγουν του ελέγχου της επιχείρησης) αποτελούν εμπόδιο στη συμμετοχή των Μ.Μ.Ε. σε δημόσιες συμβάσεις. Επιπλέον, η αδικαιολόγητη και παρατεταμένη παρακράτηση των πόρων (π.χ. εγγύηση συμμετοχής) των οικονομικών φορέων πρέπει να αποφεύγεται και αντιθέτως πρέπει να ενθαρρύνεται η μείωση των οικονομικών εγγυήσεων κατ' αναλογία προς την εκτέλεση της σύμβασης. Το Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016 απαριθμεί εξαντλητικά τα στοιχεία βάσει των οποίων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αξιολογεί και να ελέγχει την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των διαγωνιζομένων και επομένως καθιερώνει ένα κλειστό σύστημα περιορίζοντας τους τρόπους αξιολόγησης και ελέγχου που διαθέτουν οι ως άνω

αρχές (πρβλ. και Απόφαση της 10^{ης} Μαΐου 2012, Υπόθεση C-368/10, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, EU:C:2012:284, σκέψεις 105-108). Αυτό δεν σημαίνει, πάντως, ότι οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να απαιτούν πιο εξειδικευμένα τα αποδεικτικά μέσα που ορίζονται στα άρθρα αυτά. Σε κάθε περίπτωση, οι απαιτήσεις τόσο των κριτηρίων όσο και των αποδεικτικών μέσων αυτών κρίνονται με βάση την αρχή της αναλογικότητας. Επίσης, είναι σαφές ότι όλες οι πληροφορίες πρέπει να συνδέονται με τα στοιχεία και τα κριτήρια που απαριθμούνται στα σχετικά άρθρα της Οδηγίας (βλ. Sue Arrowsmith “The Law of Public and Utilities Procurement”, παρ 12-48 και 12-49. σελ. 1220-1221). Με άλλα λόγια, σύμφωνα και με την αρχή της αναλογικότητας, θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις και τα ζητούμενα δικαιολογητικά να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης, υπό δύο βασικές προϋποθέσεις. Πρώτον, από το στοιχείο ή από τα στοιχεία που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή για να αποδειχθεί το ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας, πρέπει να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα. Δεύτερον, το κατώτατο όριο που θα καθοριστεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό (βλ. την ανωτέρω κατευθυντήρια Οδηγία 13).

25. Επειδή, περαιτέρω, έχει κριθεί από το ΔΕΕ (βλ. Απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2012, Υπόθεση C-218/11, *Édukönizig* και *Hochtief Construction*, EU:C:2012:643, σκέψεις 26-29) ότι δυνάμει του άρθρου 44, παράγραφος 2, πρώτο εδάφιο, της Οδηγίας 2004/18, η αναθέτουσα αρχή επιτρέπεται να απαιτεί ένα ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 47 της εν λόγω Οδηγίας. Το άρθρο αυτό ορίζει, στην παράγραφο 1, στοιχείο β΄, ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί μεταξύ άλλων να ζητήσει από τους υποψηφίους και τους προσφέροντες να αποδείξουν

την επάρκειά τους προσκομίζοντας τον ισολογισμό τους. Εντούτοις, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι το ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας δεν μπορεί να καθορίζεται με κριτήριο τον ισολογισμό εν γένει. Εξ αυτού έπεται ότι η παρεχόμενη με το άρθρο 44, παράγραφος 2, πρώτο εδάφιο, της Οδηγίας 2004/18 δυνατότητα μπορεί να χρησιμοποιείται, σε σχέση με το προαναφερθέν άρθρο 47, παράγραφος 1, στοιχείο β', μόνο με αναφορά σε ένα ή σε περισσότερα ειδικά στοιχεία του ισολογισμού. Όσον αφορά την επιλογή αυτών των στοιχείων, το άρθρο 47 της Οδηγίας 2004/18 παρέχει σχετικά μεγάλη ελευθερία στις αναθέτουσες αρχές. Ειδικότερα, σε αντίθεση με το άρθρο 48 της εν λόγω Οδηγίας, το οποίο, όσον αφορά τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες, καθιερώνει ένα κλειστό σύστημα περιορίζοντας τους τρόπους αξιολογήσεως και ελέγχου που διαθέτουν οι ως άνω αρχές και, ως εκ τούτου, τις δυνατότητές τους να καθορίζουν τις αντίστοιχες απαιτήσεις (βλ., όσον αφορά τις αντίστοιχες διατάξεις των οδηγιών που προηγήθηκαν της Οδηγίας 2004/18, απόφαση της 10^{ης} Φεβρουαρίου 1982, 76/81, Transporoute et travaux, Συλλογή 1982, σ. 417, σκέψεις 8 έως 10 και 15), η παράγραφος 4 του άρθρου 47 επιτρέπει ρητώς στις αναθέτουσες αρχές να επιλέγουν τα δικαιολογητικά που πρέπει να προσκομίσουν οι υποψήφιοι ή οι προσφέροντες για να αποδείξουν την οικονομική και χρηματοοικονομική τους επάρκεια. Δεδομένου ότι το άρθρο 44, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18 κάνει μνεία του προαναφερθέντος άρθρου 47, η ίδια ελευθερία επιλογής πρέπει να υφίσταται και για τα ελάχιστα επίπεδα οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Πάντως, η ελευθερία αυτή δεν είναι απεριόριστη. Ειδικότερα, κατά το άρθρο 44, παράγραφος 2, δεύτερο εδάφιο, της Οδηγίας 2004/18, το ελάχιστο επίπεδο ικανότητας πρέπει να συνδέεται και να τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της συμβάσεως. Επομένως, πρώτον, από το στοιχείο ή από τα στοιχεία του ισολογισμού που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή για να καθορίσει το ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας πρέπει να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα και, δεύτερον, το κατώτατο όριο που έχει καθοριστεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας συμβάσεως υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια

αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσεως για την καλή εκτέλεση της συμβάσεως, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό. Ο καθορισμός απαιτήσεως περί ορισμένου ελαχίστου επιπέδου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας δεν μπορεί καταρχήν να αποκλείεται για τον λόγο και μόνο ότι το επίπεδο αυτό αφορά συγκεκριμένο στοιχείο του ισολογισμού σε σχέση με το οποίο ενδέχεται να υφίστανται διαφορές μεταξύ των νομοθεσιών των κρατών μελών. Τα ανωτέρω επιβεβαιώθηκαν και με πρόσφατες αποφάσεις του ΔΕΕ (βλ. Απόφαση της 29^{ης} Ιουλίου 2019, Υπόθεση C-620/17, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe, EU:C:2019:630, σκέψη 13 και Απόφαση της 13^{ης} Ιουλίου 2017, Υπόθεση C-76/16, INGSTEEL και Metrostav, EU:C:2017:549, σκέψεις 32-34), όπου αναφέρεται χαρακτηριστικά ότι συναφώς, υπενθυμίζεται ότι το άρθρο 47 της Οδηγίας 2004/18 παρέχει ευρεία διακριτική ευχέρεια στις αναθέτουσες αρχές, όπως προκύπτει από τη φράση «κατά κανόνα» που χρησιμοποιείται στη διάταξη αυτή. Από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι, σε αντίθεση με το άρθρο 48 της εν λόγω Οδηγίας, το οποίο καθιερώνει ένα κλειστό σύστημα περιορίζοντας τους τρόπους αξιολόγησης και ελέγχου που διαθέτουν οι ως άνω αρχές και, ως εκ τούτου, τις δυνατότητές τους να καθορίζουν τις αντίστοιχες απαιτήσεις, η παράγραφος 4 του άρθρου 47 επιτρέπει ρητώς στις αναθέτουσες αρχές να επιλέγουν τα δικαιολογητικά που πρέπει να προσκομίσουν οι υποψήφιοι ή οι προσφέροντες για να αποδείξουν την οικονομική και χρηματοοικονομική τους επάρκεια. Δεδομένου ότι το άρθρο 44, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18 κάνει μνεία του προαναφερθέντος άρθρου 47, η ίδια ελευθερία επιλογής πρέπει να υφίσταται και για τα ελάχιστα επίπεδα οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (βλ., συναφώς, απόφαση της 18^{ης} Οκτωβρίου 2012, Édukönizig και Hochtief Construction, C-218/11, EU:C:2012:643, σκέψη 28). Τούτων δοθέντων, από το άρθρο 44, παράγραφος 2, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 2004/18 προκύπτει ρητώς ότι τα ελάχιστα επίπεδα των ικανοτήτων που απαιτούνται για μια συγκεκριμένη σύμβαση πρέπει να σχετίζονται με το αντικείμενο της σύμβασης και να είναι ανάλογα προς αυτό. Επομένως, τα

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

26. Επειδή, όπως προέκυψε από την ανωτέρω ανάπτυξη, αλλά και τους εκατέρωθεν ισχυρισμούς, ο αναθέτων φορέας, κατά την κρίση του Κλίμακιου, δεν απέδειξε, πέραν πάσης αμφιβολίας, ότι η απαίτηση του επίμαχου όρου της διακήρυξης, πράγματι είναι το μόνο πρόσφορο μέσο για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου αναδόχου, υπό την έννοια ότι είναι το μόνο κατάλληλο μέσο, αλλά και τελεί σε εύλογη σχέση αναλογίας επιλεγέντος μέσου και επιδιωκόμενου σκοπού, χωρίς να αποκλείονται και έτεροι τρόποι απόδειξης της οικονομικής ευρωστίας και σταθερότητας ενός οικονομικού φορέα, όπως βάσιμα διατείνεται η προσφεύγουσα. Η ανωτέρω παραδοχή επιρρωνύεται έτι περαιτέρω, από τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η οποία βάσιμα υποστηρίζει και προσάγει απτές αποδείξεις, προκειμένου να στηρίξει τους ισχυρισμούς της, ότι η ύπαρξη κερδοφορίας για τρεις (3) συναπτές χρήσεις δεν αποτελεί το μοναδικό αποδεικτικό μέσο για τη διαπίστωση οικονομικής ευρωστίας και σταθερότητας του συμμετέχοντος στον διαγωνισμό οικονομικού φορέα. Συναφώς, είναι κατ' αρχήν γεγονός, όπως ορθά εκθέτει η προσφεύγουσα ότι η οικονομική-χρηματοοικονομική ευρωστία ενός οικονομικού φορέα είναι δυνατόν να συνάγεται από τη συνεκτίμηση και άλλων παραμέτρων, υποστηρίζοντας ότι τα επικαλούμενα από εκείνη οικονομικά στοιχεία της, αποδεικνύουν και τη δική της καλή οικονομική κατάσταση, παρά την έλλειψη κερδοφορίας. Συγκεκριμένα, η ίδια επικαλείται βάσιμα ότι ασχέτως της ύπαρξης κερδών κατά το κρίσιμο

χρονικό διάστημα που απαιτεί ο επίμαχος όρος της διακήρυξης, η ίδια στηρίζει πάντως την οικονομική ευρωστία της, στην κερδοφορία της σε παλαιότερες χρήσεις, η οποία της επιτρέπει να διαθέτει υψηλό ποσό αδιάθετων κερδών, ισοσκελίζοντας έτσι, όχι μόνο οποιοδήποτε τυχόν αρνητικό αποτέλεσμα οποιασδήποτε από τις τρεις τελευταίες χρήσεις, αλλά και επιτρέποντας τη μεταφορά ιδιαίτερα μεγάλου υπολοίπου κερδών σε επόμενα έτη. Με διαφορετική αφετηρία ιδωμένος ο προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης, ακόμα και στην περίπτωση που μπορούσε να υποστηριχθεί βάσιμα ότι κατ' αρχήν, είναι κατάλληλος για την αξιολόγηση της επάρκειας του οικονομικού φορέα και, επιπλέον, ότι είναι πράγματι προσαρμοσμένος, στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη (απόδειξη κατά τον αναθέτοντα φορέα) ως προς την ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσης για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, υπό τον όρο της αναλογικότητας, σύμφωνα με τα κριτήρια που έθεσε η προπαρατεθείσα νομολογία του ΔΕΕ, είναι βέβαιο, ενόψει και των προβαλλόμενων ισχυρισμών της προσφεύγουσας, ότι η επιλογή τόσο αυστηρών κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, εν τέλει, δεν αποτελεί το μοναδικό πρόσφορο μέσο απόδειξης της οικονομικής ευρωστίας ενός οικονομικού φορέα και ταυτόχρονα περιορίζει δυσανάλογα το άνοιγμα του διαγωνισμού σε ευρύτερο ανταγωνισμό, σε βάρος των εν δυνάμει ενδιαφερομένων να μετάσχουν ΜΜΕ, όπως άλλωστε αποδεικνύεται και από την υποβολή μόλις δύο προσφορών. Εντούτοις, είναι εξίσου σαφές ότι η ανωτέρω παραδοχή, δεν περιορίζει πάντως, την ευχέρεια του αναθέτοντος φορέα να επιλέγει εκείνος τα στοιχεία που κρίνει πρόσφορα για την εξασφάλιση του ελάχιστου επιθυμητού επιπέδου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των διαγωνιζομένων, εν προκειμένω δε τα αναφερόμενα στην περίπτωση 7 του άρθρου ***** της διακήρυξης, ούτε απαιτείται να αποδεικνύει κάθε φορά ο αναθέτων φορέας ότι τα στοιχεία αυτά είναι τα μόνα πρόσφορα, όπως έκρινε η ΕΑ ΣΤΕ 335/2019. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο δεύτερος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος, ενώ

κρίνονται απορριπτέοι οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί του αναθέτοντος φορέα και της παρεμβαίνουσας.

27. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή.

28. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

29. Επειδή, πρέπει να απορριφθεί η ασκηθείσα παρέμβαση.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τη υπ' αριθμ***** Διακήρυξη, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Απορρίπτει την ασκηθείσα παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού χιλίων διακοσίων ενενήντα ευρώ και είκοσι τεσσάρων λεπτών (1.290,24 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 9 Οκτωβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 27 Οκτωβρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχάλης Π. Σειραδάκης

Ελένη Λεπίδα