

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 17 Φεβρουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Εισηγήτρια και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 14.01.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 76/17.01.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «...», (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στ.. ... (...), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «ΔΗΜΟΥ ...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), που εδρεύει στ.. ... (...), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η προσφυγή της και να ακυρωθεί η με ΑΔΑΜ ... Διακήρυξη (εφεξής η «προσβαλλόμενη» ή «προσβαλλόμενη διακήρυξη») του Δήμου ... και συγκεκριμένα ο υπ' αριθμό 2.2.5 όρος αυτής (σημείο 3 σχετικά με τον δείκτη φερεγγυότητας), αλλά και κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια,

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1.Επειδή, με την υπ' αριθμό ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε Ανοικτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός άνω των ορίων με αντικείμενο την «ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΗ ΚΑΛΥΨΗ ΚΙΝΗΤΗΣ ΚΑΙ ΑΚΙΝΗΤΗΣ ΠΕΡΙΟΥΣΙΑΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...» προϋπολογιζόμενης δαπάνης 211.680,50€ συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης 15%, 27.610,50€, ήτοι 184.070,00€ άνευ του δικαιώματος προαίρεσης. Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις

29-12-2021 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός ...).

2.Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), ύψους 1.059,00€, το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης για την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 184.070,00€ μη συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης. Ως εκ τούτου το νόμιμο παράβολο αντιστοιχεί στο ποσό των 920,35€. Συνεπώς, το ανωτέρω παράβολο κατά το υπερβάλλον μέρος του (138,65€) πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα, ανεξάρτητα με την έκβαση της προσφυγής της.

3.Επειδή, η υπό εξέταση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4.Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως στις 14.01.2022, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, δεδομένου ότι ημερομηνία ανάρτησης της προσβαλλομένης διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ ήταν η 29/12/2021. Εξάλλου, ειδικώς επί διακήρυξης, κατά το άρθρο 361 Ν. 4412/2016, η πλήρης γνώση, που αποτελεί αφετηρία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, τεκμαίρεται από μόνη την πάροδο 15 ημερών από της δημοσίευσής στο ΚΗΜΔΗΣ, εάν από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει τέτοια πλήρης γνώση σε προγενέστερο χρόνο (ΕΑ ΣτΕ 56/2020). Εν προκειμένω, η επίμαχη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 29.12.2021 και ως εκ τούτου βάσει του προαναφερθέντος άρθρου, η τεκμαιρόμενη γνώση αυτής επήλθε την 13.01.2022. Από τις 14.01.2022

εκκίνησε η 10ήμερη προθεσμία για την υποβολή προδικαστικής προσφυγής κατά της διακήρυξης, που έληγε στις 24.01.2022.

5. Επειδή, κατά τα παγίως γεινόμενα δεκτά το ισχύον σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, παράβαση των κανόνων ανάθεσης τους. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π κατά την έννοια 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 τις νόμιμες διατάξεις, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη (λυσίτελή) συμμετοχή του στον διαγωνισμό (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.). Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα, η οποία δραστηριοποιείται στη σχετική με το αντικείμενο της διακήρυξης αγορά, αναφέρει τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της, λόγω του ότι η διατύπωση των προσβαλλόμενων με την κρινόμενη προσφυγή όρων της διακήρυξης, στην οποία προτίθεται να συμμετάσχει, αποκλείει, κατά δήλωσή της, αθέμιτα τη συμμετοχή της από τον εν λόγω διαγωνισμό εις βάρος των συμφερόντων της και με ζημία της.

6.Επειδή, με το από 20/01/2022 έγγραφό της η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής. Τις ως άνω απόψεις η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε αφενός στην ΑΕΠΠ και αφετέρου στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 20/01/2022.

7.Επειδή, η προσφεύγουσα εμπροθέσμως στις 25/01/2022 κατέθεσε υπόμνημα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

8.Επειδή η προσφεύγουσα με την προδικαστική προσφυγή της επικαλείται: «...ΙV.Λόγοι ακύρωσης της προσβαλλόμενης διακήρυξης.

A. Παραβίαση της διάταξης των άρθρων 18 και 75 του ν. 4412/2016-Μη νόμιμη η απαίτηση της διάταξης του άρθρου 2.2.5 της διακήρυξης-Παραβίαση της αρχής της απαγόρευσης διακρίσεων, της αντικειμενικότητας, της αναλογικότητας και της αρχής του ελεύθερου ανταγωνισμού-Παντελής έλλειψη αιτιολογίας του αναγκαίου της επίμαχης απαίτησης[...] 4. Εν προκειμένω, στον υπ' αριθμόν 2.2.5 όρο της διακήρυξης «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» προβλέπεται ότι: «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται:

-Να διαθέτουν ίδια κεφάλαια (Μετοχικό κεφάλαιο+Αποθεματικά+Αποτέλεσμα εις Νέον) άνω των πενήντα εκατομμυρίων ευρώ (50.000.000,00€).

-Ο μέγιστος χρόνος αποζημίωσης να μην υπερβαίνει το χρόνο που ορίζει η Εποπτεύουσα Αρχή δηλαδή η Τράπεζα της Ελλάδος

-Ο Δείκτης Φερεγγυότητας (SCR), κατά την τελευταία χρήση 2020 να είναι μεγαλύτερος ή ίσος από 220%.

5. Η ανωτέρω απαίτηση της διακήρυξης, όπως αποτυπώνεται στον υπ' αριθμόν 2.2.5 όρο αυτής, παραβιάζει ευθέως την αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και την αρχή της αναλογικότητας, δεδομένου ότι ο Δείκτης Φερεγγυότητας δεν αποτελεί ένα συγκεκριμένο αντικειμενικό μετρήσιμο κριτήριο, ώστε να αποτελέσει αντικειμενική βάση για την αξιολόγηση της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των υποψηφίων. Δεν αποτελεί, λοιπόν, πρόσφορο όρο για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ενός οικονομικού φορέα και συγκεκριμένα μίας

ασφαλιστικής εταιρίας. Ειδικότερα, ο Δείκτης Φερεγγυότητας (SCR ratio) είναι η αναλογία μεταξύ Επιλέξιμων Ιδίων Κεφαλαίων και της Κεφαλαιακής Φερεγγυότητας κάθε εταιρίας. Τούτο δε, σημαίνει ότι η τιμή του ως άνω Δείκτη προκύπτει από το κλάσμα που έχει ως αριθμητή τα κεφάλαια της επιχείρησης (Επιλέξιμα Ιδία Κεφάλαια) και ως παρονομαστή την Κεφαλαιακή Απαίτηση Φερεγγυότητας (SCR). Όπως προκύπτει από τον νόμο 4364/2016, ο παρονομαστής του ως άνω κλάσματος, η Κεφαλαιακή Απαίτηση Φερεγγυότητας (SCR), συνιστά το αναγκαίο κεφάλαιο φερεγγυότητας, το οποίο θα πρέπει να κατέχει μία ασφαλιστική εταιρία, λαμβάνοντας υπόψη όλους τους χρηματοοικονομικούς κινδύνους στους οποίους εκτίθεται. Το «SCR» αντιστοιχεί σε εκείνο το κεφάλαιο, το οποίο επιτρέπει στην εταιρία να απορροφήσει απρόβλεπτες ζημιές και να ανταπεξέρχεται στις υποχρεώσεις της σε ασφαλισμένους και δικαιούχους. Από τη συνδυαστική θεώρηση των ανωτέρω και του ισχύοντος νομοθετικού πλαισίου, συνάγεται ότι το ύψος της Κεφαλαιακής Απαίτησης Φερεγγυότητας διαφέρει σημαντικά από εταιρία σε εταιρία αναλόγως του μεγέθους της, της διάρθρωσης του προϊοντικού της χαρτοφυλακίου, του ευρύτερου προφίλ κινδύνου που έχει υιοθετήσει. Συνεπώς, η Κεφαλαιακή Απαίτηση Φερεγγυότητας, δεν μπορεί να αποτελέσει προϊόν άμεσης σύγκρισης της φερεγγυότητας των εν λόγω εταιριών, γιατί η Κεφαλαιακή Απαίτηση Φερεγγυότητας δεν εκφράζεται με τον ίδιο απόλυτο αριθμό. (βλ. Χαμπάκη, Μ.(2015), Solvency II, η «Μεγάλη Εικόνα», Ένας Οδηγός για τον νέο Ευρωπαϊκό Πλαίσιο Φερεγγυότητας των Ασφαλιστικών Επιχειρήσεων, Εκδόσεις IWRITE, σελ. 92). [...] Ωστόσο, η φερεγγυότητα μιας εταιρίας κρίνεται από έναν συνδυασμό δεικτών και παραγόντων, όπως προκύπτει από τον νόμο 4364/2016, ο οποίος περιλαμβάνεται και στο θεσμικό πλαίσιο της διακήρυξης (άρθρο 1.4 σελ. 8). [...] Άλλωστε, από το ίδιο το θεσμικό πλαίσιο ήτοι το ν. 4364/20216, στον οποίο η διακήρυξη ρητά παραπέμπει (βλ. άρθρο 1.4), ευχερώς προκύπτουν, τόσο οι απαιτήσεις φερεγγυότητας των ασφαλιστικών εταιρειών όσο και το καθεστώς εποπτείας των ασφαλιστικών εταιρειών δια της Τράπεζας της Ελλάδας, αλλά και ο τρόπος διασφάλισης της φερεγγυότητας και πρόληψης δια τακτικών περιοδικών διαφόρων τύπου ελέγχων [...] Ως εκ τούτου, συνάγεται ότι ο βαθμός φερεγγυότητας μίας επιχείρησης δεν μπορεί να προκύψει αποκλειστικά και μόνο από τον Δείκτη Φερεγγυότητας, δεδομένου ότι πρέπει

να συνυπολογιστεί και ο δείκτης του Ελαχίστου Κεφαλαίου Φερεγγυότητας (*Minimum Capital Requirement-MCR*). [...] 9. Η εν λόγω απαίτηση της προσβαλλόμενης διακήρυξης καθιστά αδύνατη, άλλως ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή μας στον επίμαχο διαγωνισμό, παρά το γεγονός ότι η εταιρία μας διαθέτει την πραγματικά αναγκαία οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την εκτέλεση της επίμαχης σύμβασης, όχι όμως τη μη νόμιμη, εικονική και δυσανάλογη απαίτηση. Πιο συγκεκριμένα, η εταιρεία μας, όπως προκύπτει από την Έκθεση Φερεγγυότητας και Χρηματοοικονομικής Κατάστασης (SFCR) της με ημερομηνία αναφοράς την 31-12-2020, διαθέτει Δείκτη Φερεγγυότητας 178%, με αποτέλεσμα να καθίσταται αδύνατη, άλλως ουσιωδώς δυσχερής η λυσιτελής συμμετοχής της στον διαγωνισμό.[...]

B. Παραβίαση των διατάξεων των άρθρων 18 και 75 του ν. 4412/2016- Παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας-Μη νόμιμος ο καθορισμός του ύψους της απαίτησης του δείκτη φερεγγυότητας

Σε κάθε περίπτωση, η ανωτέρω απαίτηση της διακήρυξης, όπως αποτυπώνεται στον υπ' αριθμόν 2.2.5 όρο αυτής, παραβιάζει ευθέως την αρχή της αναλογικότητας και τις διατάξεις των άρθρων 18 και 75 του ν. 4412/2016, δεδομένου ότι αποτελεί μια απαίτηση δυσανάλογη και υπερβολική που υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, 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. Ειδικότερα, στην προκειμένη περίπτωση, το φυσικό και οικονομικό αντικείμενο της σύμβασης είναι η ασφάλιση κινητής και ακίνητης περιουσίας του Δήμου προϋπολογιζόμενης δαπάνης 211.680,50 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης, ώστε είναι άκρως υπερβολικό για μια τέτοια σύμβαση να ζητείται να διαθέτουν οι συμμετέχοντες Δείκτη Φερεγγυότητας ίσο ή μεγαλύτερο του 220% για το έτος χρήσης 2020. Η παραπάνω απαίτηση είναι δυσανάλογη και υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο, λαμβανομένου υπόψη ότι μια εταιρία για να είναι φερέγγυα, αρκεί να διαθέτει Δείκτη Φερεγγυότητας ανώτερο του 100%, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 109 και 110 του ν. 4364/2016, εφόσον πληρούνται ταυτόχρονα οι λοιπές απαιτήσεις του ίδιου ως αν νόμου. Ο δε Δείκτης Φερεγγυότητας διαμορφώνεται και αυξάνεται άνω του ποσοστού

100% ανάλογα με τη μερισματική πολιτική που ακολουθεί κάθε εταιρία (η οποία επηρεάζει το ύψος των επιλέξιμων ιδίων κεφαλαίων της) και τους κινδύνους που η ίδια αναλαμβάνει (οι οποίοι επηρεάζουν το ύψος αναγκαίων κεφαλαιακών της απαιτήσεων). [...] Σημειωτέον ότι η εν λόγω απαίτηση δεν είναι η μόνη που τίθεται στον υπ' αριθμόν 2.2.5. όρο της διακήρυξης, σύμφωνα με τον οποίο για την αξιολόγηση της οικονομικής επάρκειας θα πρέπει ο οικονομικός φορέας να διαθέτει ίδια κεφάλαια 50.000.000 ευρώ. Η απαίτηση, λοιπόν, να διαθέτει και δείκτη φερεγγυότητας σε τόσο αυξημένο ποσοστό, ενώ ήδη προκύπτει από την απαίτηση περί ιδίων κεφαλαίων ότι η ασφαλιστική εταιρία διαθέτει την ικανότητα να εκτελέσει τη σύμβαση παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας.[...].».

9.Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, με τις απόψεις της υποστηρίζει τα εξής: «...Κατά πάγια νομολογία η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη, να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, η δε θέσπιση με την διακήρυξη των προδιαγραφών, που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προπιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων και της αρχής της αναλογικότητας [...] Υπενθυμίζεται ότι με βάση τους κανόνες του Solvency, δηλαδή του κανονιστικού πλαισίου που ισχύει για τον ασφαλιστικό κλάδο σε όλη την Ευρώπη, οι εταιρείες δεν μπορούν να έχουν δείκτη φερεγγυότητας κατώτερο του 100%, καθώς κάτι τέτοιο θα οδηγούσε στη λήψη προληπτικών μέτρων από την πλευρά των εποπτικών αρχών, που θα μπορούσαν να φτάσουν σε ανάκληση της άδειας λειτουργίας της. Για τον υπολογισμό του δείκτη φερεγγυότητας λαμβάνονται υπόψη τα επιλέξιμα ίδια κεφάλαια του

κλάδου[...]. Η εν λόγω απαίτηση ($\geq 220\%$) είναι πλήρως εναρμονισμένη με το άρθρο 75 Κριτήρια Επιλογής (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν. 4412/2016. Είναι δε εύλογη δε η τεθείσα απαίτηση λόγω της φύσης των ασφαλιστικών συμβάσεων και της ιδιαίτερης ανάγκης ύπαρξης απόλυτης ασφάλειας, κάτι που εξαρτάται άμεσα, τον δείκτη φερεγγυότητας του όπως προκύπτει από την ετήσια έκθεση της Τράπεζας της Ελλάδας.[...] Εξάλλου το 40% των ασφαλιστικών επιχειρήσεων που λειτουργούν στην Ελλάδα έχουν δείκτη φερεγγυότητας 220% και άνω σύμφωνα με τα στοιχεία της τραπεζής της Ελλάδος (που επισυνάπτουμε στην παρούσα) κατά συνέπεια κανένας περιορισμός του ανταγωνισμού και καμία παράβαση της αρχής της αναλογικότητας από μέρους της αναθέτουσας αρχής όπως αβάνισμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα.[...] Ο τεθείς επίμαχος από εμάς όρος ωστόσο, λαμβανομένων υπόψη των οικονομικών μεγεθών των Ασφαλιστικών Επιχειρήσεων, δεν αποτελεί υπερβολικά αυστηρή απαίτηση. Τουναντίον, μέσω αυτού, εξασφαλίζεται η βεβαιότητα της απρόσκοπτης και ασφαλούς εξυπηρέτησης της δημόσιας σύμβασης. Εξάλλου η γενικότερη οικονομική ανασφάλεια, οι ιδιαίτερες συνθήκες που δημιουργήθηκαν εν μέσω της πανδημίας που μας ταλαιπωρεί ήδη δύο έτη, η μετά βεβαιότητας οικονομική ύφεση που θα ακολουθήσει, οι αυξημένες, σε σχέση με το προηγούμενο χρονικό διάστημα, απαιτήσεις του εποπτικού φορέα των ασφαλιστικών επιχειρήσεων για την κεφαλαιουχική τους επάρκεια, οδηγούν όλες τις δραστηριότητες σε μία επιπλέον ανασφάλεια και απαιτούν αυξημένες απαιτήσεις φερεγγυότητας. Κρίνεται απαραίτητο λοιπόν η Αναθέτουσα Αρχή να διασφαλιστεί έτι περαιτέρω σχετικά με την φερεγγυότητα των ασφαλιστικών εταιριών με βάση το δείκτη φερεγγυότητας μέσα σε ένα δύσκολο περιβάλλον που διανύουμε και συγκεκριμένα να διασφαλίσει ότι η ανάδοχος ασφαλιστική εταιρία θα συνεχίσει αδιάκοπτα και χωρίς πρόσθετες κεφαλαιακές απαιτήσεις την δραστηριότητά της μέσα σε ένα περιβάλλον που όλες οι εταιρίες θα πρέπει να διαχειριστούν και τις επιπτώσεις του covid 19. Εξάλλου οι συμμετέχουσες εταιρίες, λόγω της φύσης του αντικειμένου τους, οφείλουν να διαθέτουν υπερπολλαπλάσια κεφάλαια, όχι λαμβάνοντας υπόψιν μόνον μια ασφαλιστική σύμβαση, όπως η συγκεκριμένη, αλλά το σύνολο των ασφαλιστικών τους συμβάσεων. [...]».

10.Επειδή (βλ. αποφάσεις ΑΕΠΠ 39, 120, 209/2017), συνιστά ενωσιακή αρχή του δικαίου δημοσίων συμβάσεων και δη μείζονος σημασίας, η αποφυγή κάθε ανοικτής ή και συγκεκριμένης διάκρισης και περιορισμού της ελευθερίας ισότιμης συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εις βάρος ομάδας προμηθευτών ή έστω και μεμονωμένου προμηθευτή (πρβλ. ενδεικτικά ΔΕΕ, Απόφαση της 5ης Δεκεμβρίου 1989, C-3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1989, σ. 4035, σκ. 8 και Απόφαση της 3ης Ιουνίου 1992, C360/89 Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή I-1992, σ. 3401, σκ. 11). Ως εκ τούτου, το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής επάρκειας του υπό προμήθεια προϊόντος, όπως αυτή επιτυγχάνεται και προσδιορίζεται δια των τεχνικών προδιαγραφών και που απαιτείται για μια δεδομένη σύμβαση πρέπει να είναι συνδεδεμένο και ανάλογο προς το αντικείμενο της σύμβασης. Τούτο σημαίνει πως θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης. Επομένως, προκύπτει ότι το κατώτατο όριο της τεχνικής αυτής καταλληλότητας, άρα το περιεχόμενο των τεχνικών προδιαγραφών πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να συνίσταται στα αναγκαία και κατάλληλα εκείνα χαρακτηριστικά, για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό (Βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ, Κατευθυντήρια Οδηγία 13). Τα παραπάνω προκύπτουν και από το ότι η παραπάνω διάταξη του άρ. 5 Ν. 4412/2016 θα πρέπει πάντα να εφαρμόζεται και να ερμηνεύεται υπό το πρίσμα της γενικής ρήτηρας της αναλογικότητας και της σχετικότητας των εν γένει κριτηρίων μιας διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης επιλογής με το αντικείμενο της σύμβασης, σε αντιστοιχία εξάλλου και με όσα αναλόγως ορίζει το άρ. 75 παρ. 1 περί κριτηρίων ποιοτικής επιλογής κατά το οποίο “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.” και ιδίως “Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης.”, ενώ τα ίδια εξάλλου προκύπτουν και από τη συνδυαστική θεώρηση του άρ. 18

παρ. 1 Ν. 4412/2016 (βλ. και A.S. Graelis, Public Procurement and the EU Competition Rules (Hart 2015, 2η εκδ.) 6.II.A.vii).

11. Επειδή, όμως, όλα τα ως άνω θα πρέπει πάντα να ερμηνεύονται με γνώμονα την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού, σύμφωνα εξάλλου και του άρ. 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016, η οποία εντός του πλαισίου του ενωσιακού δικαίου συνιστά πρωταρχικό πυλώνα της ασκούμενης δια των δημοσίων συμβάσεων οικονομικής δραστηριότητας και θεμελιακή αξία για τις διαδικασίες ανάθεσής τους. Τούτο προκύπτει εξάλλου, αφενός από τη θέση των άρ. 101 επ. ΣΛΕΕ στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, αφετέρου από σωρεία προβλέψεων της οικείας Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι οποίες θέτουν τον όχι απλώς ονομαστικό και θεωρητικό, αλλά αποτελεσματικό, βιώσιμο και ουσιώδη ανταγωνισμό (βλ. εν γένει περί «βιώσιμου» ανταγωνισμού ενδεικτικά σε ΔΕΕ, Απόφαση της 19ης Απριλίου 2012, C-549/10P TOMRA, Ψηφ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:221, ΠΕΚ Απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2007, T201/04 Microsoft, Συλλογή 2007, σ. II-3601, παρ. 436, Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Απόφαση της 13ης Αυγούστου 2003, 2003/741/ΕΚ στην Υπόθεση COMP Αριθμός Απόφασης: 29/2018 12 D3/38.044-NDC Health/IMS Health: Interim Measures C(2003)2920, παρ. 15 περί βιώσιμου ανταγωνισμού) στο επίκεντρο και ως συστατικό του πυρήνα κάθε ειδικότερου κανόνα επί των δημοσίων συμβάσεων, άρα κάθε επιμέρους διαδικασίας και διάταξης (βλ. παρ. 1,7, 31, 32, 33, 36, 49, 50, 59, 61, 63, 69, 74, 78, 79, 90, 92 96 Προοιμίου και άρ. 24, 30, 32, 40, 41, 49, 57, 66, 67 Οδηγίας). Ειδικότερα, αυτό σημαίνει ότι η ως άνω αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού θα πρέπει να διέπει την κατά τα ως άνω εφαρμογή του άρ. 54 και συγκεκριμένα ότι οι όποιες τεχνικές προδιαγραφές δεν θα πρέπει να φθάνουν τέτοιο επίπεδο, ώστε να περιορίζουν δραστικά τον ανταγωνισμό, ακόμη και αν αφήνουν κάποιο έστω περιθώριο περιορισμένης εμφάνισής του, χωρίς τούτος ο περιορισμός να είναι απόλυτα αναγκαίος για τη διασφάλιση ομαλής εκτέλεσης του αντικείμενου της σύμβασης και συγκεκριμένα την κατάλληλη χρήση του προϊόντος για τον συμβατικό σκοπό. Οι δε αρχές της σχετικότητας, αναλογικότητας και αντικειμενικής σύνδεσης των τεχνικών προδιαγραφών με το αντικείμενο και τον σκοπό της σύμβασης πρέπει ομοίως να ερμηνεύονται υπό το ως άνω πρίσμα. Αυτά έχουν ως συνέπεια ότι μεταξύ άλλων τα όποια

στοιχεία των τεχνικών προδιαγραφών, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δεν θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι υπό άλλη, ομοίως επαρκή για τη διασφάλιση της απαιτούμενης καταλληλότητας, διατύπωση, θα μετείχαν, τονώνοντας ούτως τον ανταγωνισμό. Ούτως, θα πρέπει οι προδιαγραφές, εφόσον και εκ της φύσεώς τους ανά περίπτωση τούτο είναι δυνατό, να διατυπώνονται με γνώμονα τον συγκερασμό της επίτευξης του επιδιωκόμενου από αυτές αποτελέσματος με το μέγιστο άνοιγμα της διαδικασίας στον ανταγωνισμό. Δηλαδή να εκφράζονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να μην να διασφαλίζεται ότι ο σκοπός θα επιτευχθεί, πλην όμως με μέριμνα για την αποφυγή προπεριγραφής μιας μόνο συγκεκριμένης μεταξύ περισσοτέρων διαθέσιμων τεχνικής που τυχόν ενσωματώνεται σε μέρος μόνο των κατά τα άλλα κατάλληλων προϊόντων και έτσι να αποκλείεται κάθε ισοδύναμο επιμέρους τυχόν χαρακτηριστικό (άρα και κάθε προϊόν που το ενσωματώνει), το οποίο συνιστά εναλλακτικό μεν, κατάλληλο και επαρκές δε για την επίτευξη του σκοπού αυτού μέσο (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 39/2017). Ειδάλλως, η προδιαγραφή παρίσταται δυσανάλογη και μη αντικειμενικώς δικαιολογημένη.

12. Επειδή περαιτέρω, η αναθέτουσα καταρχήν διαθέτει ελευθερία, ήτοι διακριτική ευχέρεια περί τη θέσπιση των τεχνικών προδιαγραφών των υπό προμήθεια αγαθών σύμφωνα με την εκ μέρους της κρίση περί των επιθυμητών επιπέδων καταλληλότητας και του ειδικότερου, ήτοι δια επιμέρους τεχνικών προδιαγραφών, τρόπο επίτευξής τους. Ούτε παραβιάζονται οι κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι κάποιες προδιαγραφές συνεπάγονται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ' αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων. Πλην όμως, η παραπάνω ευχέρεια, όπως κάθε μορφή διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας στο πλαίσιο της προσυμβατικής διαδικασίας, ελέγχεται δια προδικαστικής προσφυγής ως προς την τυχόν εκ μέρους της κακή χρήση αυτής ή υπέρβαση των άκρων ορίων (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 187, 231/2017) τα οποία όσον αφορά τον καθορισμό όρων διακήρυξης τίθενται στο σημείο εκείνο, όπου δεν θίγεται

αδικοιολόγητα η αρχή της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και πρωτίστως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 209/2017). Άρα, δεν είναι άνευ ετέρου παράνομος όρος διακήρυξης και επομένως και τεχνική προδιαγραφή για τον μόνο λόγο ότι απλώς περιορίζει τον ανταγωνισμό και αυτό ακόμη και όταν η τεθείσα προδιαγραφή καθιστά κατ' αποτέλεσμα μόνο έναν οικονομικό φορέα ή ένα προϊόν ως δυνάμενο να μετάσχει στη διαδικασία παραδεκτώως. Αλλά ο όποιος περιορισμός του ανταγωνισμού θα πρέπει να είναι και αδικοιολόγητος, ήτοι να μην συνδέεται βάσει αντικειμενικών κριτηρίων με το συμβατικό αντικείμενο. Αντίστροφα δε, δεν είναι δυνατόν ένας όρος να είναι άνευ ετέρου νόμιμος, επειδή απλώς υφίστανται περισσότερα προϊόντα ή οικονομικοί φορείς που μπορούν να τον καλύψουν. Αντίθετα, ένας τέτοιος όρος δύναται να είναι παράνομος και δη ως αντιανταγωνιστικός εφόσον, ακόμη και αν αποκλείει ένα μόνο προϊόν ή οικονομικό φορέα, είναι αδικοιολόγητος βάσει των παραπάνω κριτηρίων. Εξάλλου, η συντρέχουσα αρχή της ισότητας δεν εξαρτάται ως προς την τήρησή της από τον τυχόν αριθμό των αποκλεισμένων και των εν γένει υποκειμένων τα οποία υφίστανται δυσμενή διάκριση (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Αριθμός Απόφασης: 29/2018, 238/2017).

13.Επειδή στη βάση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών ερμηνευόμενων σύμφωνα με το οικείο νομικό πλαίσιο που διέπει την επίμαχη διαδικασία στο οποίο ρητά παραπέμπει η διακήρυξη, λεκτέα είναι τα κάτωθι: Καταρχήν, τα στοιχεία που απαιτούνται όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια οφείλουν, σύμφωνα με το άρθρο 75 του ν. 4412/2016, αφενός, να είναι κατάλληλα για την αξιολόγηση της επάρκειας 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. Ως εκ τούτου η αναθέτουσα αρχή δεν έχει απεριόριστη ελευθερία ως προς τη θέσπιση των κριτηρίων της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, λαμβανομένου υπόψη ότι δεν πρέπει να ζητούνται στοιχεία πέραν των ευλόγως αναγκαίων για τον σκοπό αυτό. Εν προκειμένω, ως βασίμως ισχυρίζεται η

προσφεύγουσα, η φερεγγυότητα μίας ασφαλιστικής επιχείρησης προκύπτει από το Ελάχιστο Κεφάλαιο Φερεγγυότητας (Minimum Capital Requirement - MCR) και το Απαιτούμενο Κεφάλαιο Φερεγγυότητας (Solvency Capital Requirement - SCR). Αμφότερα τα ανωτέρω ποσά, αναφέρονται υποχρεωτικά στην έκθεση φερεγγυότητας και χρηματοοικονομικής κατάστασης (SFCR) η οποία δημοσιοποιείται σε ετήσια βάση από την ασφαλιστική επιχείρηση και συγκεκριμένα αναρτάται στην επίσημη ιστοσελίδα της κατά το ισχύον νομικό πλαίσιο. Περαιτέρω, προς αποσόβηση σχετικών κινδύνων, σύμφωνα με το ισχύον νομικό πλαίσιο, πέραν των ανωτέρω, οι ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές επιχειρήσεις ενημερώνουν αμελλητί την Εποπτική Αρχή, μόλις διαπιστώσουν ότι δεν πληρούν ή υπάρχει κίνδυνος να μην πληρούν εντός του προσεχούς τριμήνου την Κεφαλαιακή Απαιτήση Φερεγγυότητας. Έτι περαιτέρω, εντός δύο μηνών από τη διαπίστωση της ως άνω μη συμμόρφωσής της, η ασφαλιστική ή αντασφαλιστική επιχείρηση υποβάλλει προς έγκριση στην Εποπτική Αρχή ρεαλιστικό σχέδιο οικονομικής ανάκαμψης, το οποίο προσδιορίζει και περιέχει όλα τα κατάλληλα και αναγκαία μέτρα, ώστε η επιχείρηση να επιτυγχάνει την αποκατάσταση του επιπέδου επιλέξιμων ιδίων κεφαλαίων που καλύπτουν την Κεφαλαιακή Απαιτήση Φερεγγυότητας ή τη μείωση του προφίλ κινδύνου της επιχείρησης, ώστε να εξασφαλιστεί η συμμόρφωση της επιχείρησης προς την Κεφαλαιακή Απαιτήση Φερεγγυότητας. Συγκεκριμένα, για τον υπολογισμό της Βασικής Κεφαλαιακής Απαιτήσης Φερεγγυότητας λαμβάνεται υπόψη η αβεβαιότητα στα αποτελέσματα των ασφαλιστικών και αντασφαλιστικών επιχειρήσεων σε σχέση τόσο με τις υφιστάμενες ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές υποχρεώσεις όσο και με τις νέες εργασίες που αναμένονται να αναληφθούν εντός των επομένων δώδεκα μηνών. Υπολογίζεται, ως συνδυασμός των κεφαλαιακών απαιτήσεων τουλάχιστον για τις ακόλουθες υποενότητες: α) του κινδύνου ζημιάς ή δυσμενούς μεταβολής στην αξία των ασφαλιστικών υποχρεώσεων, που προκύπτει από διακυμάνσεις στο χρόνο επέλευσης, στη συχνότητα και στη σφοδρότητα των των ασφαλισμένων συμβάντων, καθώς και στο χρόνο και στο ποσό διακανονισμού των αποζημιώσεων (κίνδυνος ασφάλιστρου και τεχνικών προβλέψεων ασφαλίσεων κατά ζημιών), β) του κινδύνου ζημιάς ή δυσμενούς μεταβολής στην αξία των ασφαλιστικών υποχρεώσεων, που απορρέει από σημαντική αβεβαιότητα στις παραδοχές

τιμολόγησης και δημιουργίας τεχνικών προβλέψεων, λόγω ακραίων ή έκτακτων συμβάντων (καταστροφικός κίνδυνος ασφαλίσεων κατά ζημιών). Επομένως, από το ίδιο το θεσμικό πλαίσιο των παρεχόμενων υπηρεσιών, το οποίο οπωσδήποτε μόνο του και ανεξαρτήτως των όρων της διακήρυξης θεσπίζει ρήτρες εξασφάλισης φερεγγυότητας των ασφαλιστικών επιχειρήσεων, ήτοι το ν. 4364/2016, ευχερώς προκύπτουν, τόσο οι απαιτήσεις φερεγγυότητας των ασφαλιστικών εταιρειών όσο και το καθεστώς εποπτείας των ασφαλιστικών εταιρειών δια της Τράπεζας της Ελλάδας, αλλά και ο τρόπος διασφάλισης της φερεγγυότητας και πρόληψης δια τακτικών περιοδικών διαφόρων τύπου ελέγχων, τόσο εσωτερικών όσο και εξωτερικών, ακόμη και σε περιπτώσεις απρόβλεπτων γεγονότων των καταστροφικών συμβάντων με σοβαρό αντίκτυπο περιλαμβανομένων. Όσον αφορά την ανάγκη οι συμμετέχουσες εταιρίες, λόγω της φύσης του αντικειμένου τους, να διαθέτουν υπερ-πολλαπλάσια κεφάλαια, όχι λαμβάνοντας υπόψιν μόνον μια ασφαλιστική σύμβαση, όπως η συγκεκριμένη, αλλά το σύνολο των ασφαλιστικών τους συμβάσεων λαμβάνοντας υπ' όψη τις υποχρεώσεις που μπορεί να προκύψουν σε περίπτωση επέλευσης των ασφαλιστικών υποχρεώσεων, σύμφωνα με το ισχύον θεσμικό πλαίσιο ευχερώς προκύπτει ότι και αυτές οι παράμετροι έχουν ληφθεί υπόψη σχετικά με τον έλεγχο φερεγγυότητας τους (1085/2021 Απόφαση ΑΕΠΠ, πρβ. 491/2021 Απόφαση ΑΕΠΠ). Ειδικά ως προς τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας πως το 40% των ασφαλιστικών επιχειρήσεων που λειτουργούν στην Ελλάδα έχουν δείκτη φερεγγυότητας 220% και άνω και ως εκ τούτου δεν υπάρχει κανένας περιορισμός του ανταγωνισμού λεκτέα είναι τα εξής: Αδιάφορο είναι πόσες επιχειρήσεις πληρούν το οικείο κριτήριο, αφού το δυσανάλογο αυτής και το παράνομο του περιορισμού του ανταγωνισμού που επιφέρει, δεν κρίνεται αναγκαία με βάση ειδικώς τον αριθμό των αποκλεισμένων, αλλά από τη σχέση μέσων και σκοπού και τη δικαιολόγηση αυτής καθαυτής της απαίτησης, ακόμη και αν αποκλείει μόνο τον προσφεύγοντα (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 1085/2021 και 238/2017). Εν προκειμένω, όπως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή δεν τεκμηριώνει νομίμως τον λόγο για τον οποίο κρίθηκε απαραίτητο ο Δείκτης Φερεγγυότητας κατά τον όρο 2.2.5 της οικείας διακήρυξης να είναι ίσος ή μεγαλύτερος του 220% , ενώ για να είναι φερέγγυα μια εταιρία αρκεί σύμφωνα με το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο να

διαθέτει Δείκτη Φερεγγυότητας ανώτερο του 100%, όπως συνομολογεί και η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της. Ούτε άλλωστε η αναθέτουσα τεκμηριώνει επαρκώς τον λόγο του αυξημένου αυτού ποσοστού 220%, προκειμένου να διασφαλιστεί στο ακέραιο η επιτυχής ευόδωση της σύμβασης, τη στιγμή που κριτήριο της χρηματοοικονομικής επάρκειας σύμφωνα με τη διακήρυξη εκτός από τον επίμαχο όρο του δείκτη φερεγγυότητας τίθεται σωρευτικά και η απαίτηση οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν ίδια κεφάλαια άνω των 50.000.000,00 ευρώ, ποσό που υπερβαίνει κατά πολύ και τον προϋπολογισμό της σύμβασης και το ασφαλιζόμενο κεφάλαιο, κατά τους βάσιμους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας. Ενόψει των εκτεθέντων, η επίμαχη απαίτηση για δείκτη φερεγγυότητας ίσο ή ανώτερο του 220% είναι προδήλως δυσανάλογη σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης, αντίθετα δε, προκύπτει προδήλως υπέρμετρη σε σχέση με αυτό και, σε συνδυασμό με τις ούτως ή άλλως εκ της ειδικής περί ασφαλιστικών επιχειρήσεων νομοθεσίας, που προσφέρει ήδη εξασφαλίσεις φερεγγυότητας και δη, κρινόμενες εκ του νομοθέτη ως επάρκειας, η επιπλέον αυτή απαίτηση περιορίζει άνευ αντικειμενικής δικαιολόγησης υπερβολικά τον ανταγωνισμό και είναι ως εκ τούτου ακυρωτέα. Περαιτέρω, η επίκληση των οικονομικών επιπτώσεων λόγω του covid 19 εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής είναι αόριστη, απορριπτομένων των σχετικών ισχυρισμών της. Συνεπώς, σε συνέχεια των ανωτέρω, ο επίμαχος όρος 2.2.5 της διακήρυξης περί του ποσοστού δείκτη φερεγγυότητας ίσου ή ανώτερου του 220%, πάσχει ακυρότητας, ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, απορριπτομένων των οικείων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής περί του ότι η εν λόγω απαίτηση είναι πλήρως εναρμονισμένη με το άρθρο 75 Κριτήρια Επιλογής (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν. 4412/2016.

14.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή. Να ακυρωθεί ο επίμαχος όρος 2.2.5 αυτής ως προς το ποσοστό του Δείκτη Φερεγγυότητας (SCR), ήτοι «*να είναι μεγαλύτερος ή ίσος από 220%*», κατά την τελευταία χρήση 2020. Επειδή, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών και ίδια προϋποθέσεων συμμετοχής, όπως στην υπό κρίση Διακήρυξη, πρέπει να

ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΕΑ ΣΤΕ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004, ΔΕΕ Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, ENV AG Wienstrom GmbH κλπ., σκέψεις 92-95). Άλλωστε, οι ακυρούμενες διατάξεις δεν δύνανται να θεωρηθούν, ενώ η υποβολή προσφοράς έχει λήξει, αναδρομικά μη ισχύουσες ειδικώς ως προς τους ήδη προσφέροντες, αφού άλλωστε, ισχύοντας κατά τον χρόνο των προσφορών, οπωσδήποτε υπάρχει το ενδεχόμενο να νόθευσαν τον ανταγωνισμό σε επίπεδο ενδιαφέροντος προς συμμετοχή, κατά το στάδιο προσφορών.

15.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 17 Φεβρουαρίου 2022 και εκδόθηκε στις 08 Μαρτίου 2022 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

ΣΩΚΡΑΤΗΣ ΤΣΑΠΑΛΙΑΡΗΣ