

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 14.05.2020 με την εξής σύνθεση:
Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Σταυρούλα Κουρή και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 16.04.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/461/16.04.2020 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «» και τον διακριτικό τίτλο «», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του (.....) [εφεξής αναθέτουσα αρχή].

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την ως άνω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, με αντικείμενο τις «Υπηρεσίες καθαριότητας των κτιριακών εγκαταστάσεων φοιτητικών εστιών και σπουδαστικών εστιών διαχειριστικής ευθύνης του (φοιτητική εστία Α' κτήριο, Β' κτήριο, Γ' κτήριο, Δ' κτήριο, φοιτητική εστία, φοιτητική εστία, φοιτητική εστία, φοιτητική εστία, φοιτητική εστία, φοιτητική εστία, σπουδαστική εστία, σπουδαστική εστία, φοιτητική εστία

....., μαθητική εστία) για (3) τρία έτη (01.09.2020 – 31.08.2023)».

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. Διακήρυξη, προκηρύχθηκε ανοιχτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων, με αντικείμενο τις «Υπηρεσίες καθαριότητας των κτιριακών εγκαταστάσεων φοιτητικών εστιών και σπουδαστικών εστιών διαχειριστικής ευθύνης του (φοιτητική εστία Α' κτήριο, Β' κτήριο, Γ' κτήριο, Δ' κτήριο, φοιτητική εστία, φοιτητική εστία, φοιτητική εστία, φοιτητική εστία, σπουδαστική εστία, σπουδαστική εστία, φοιτητική εστία, μαθητική εστία) για (3) τρία έτη (01.09.2020 – 31.08.2023)», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 3.510.000,00€ πλέον ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης τη συμφερότερη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής. Η εν λόγω Πρόσκληση καταχωρήθηκε την 01.04.2020 στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων με ΑΔΑΜ: και στο ΕΣΗΔΗΣ με Α/Α Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 04.05.2020 και ώρα 11.00 π.μ., ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 08.05.2020 και ώρα 17.00 μ.μ. Με την απόφαση Α140/2020 της ΑΕΠΠ έγινε δεκτό το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας και ανεστάλη η διαγωνιστική διαδικασία έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό, ποσού ευρώ δεκαπέντε χιλιάδων (€15.000,00) από την προσφεύγουσα, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 3.510.000,00€ πλέον ΦΠΑ),

σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α΄ 116).

5. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017.

6. Επειδή, η αιτούσα θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής, καθώς δραστηριοποιείται στον τομέα των υπό ανάθεση υπηρεσιών και προτίθεται να συμμετάσχει στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, πλην όμως – κατά τους ισχυρισμούς της - οι προσβαλλόμενοι όροι της Διακήρυξης περιορίζουν, χωρίς νόμιμο έρεισμα, τη συμμετοχή της ίδιας, καθώς και άλλων οικονομικών φορέων και την ανάπτυξη του ανταγωνισμού. Ωστόσο, το γενικό και το ειδικό έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας θα εξεταστούν αναλυτικά για κάθε έναν από τους προσβαλλόμενους λόγους.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη Διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί για τους εξής λόγους: (1) Με τον πρώτο λόγο η προσφεύγουσα επικαλείται ακυρότητα του όρου 2.4.4 (Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) περί μη υπολογισμού της παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8% στις οικονομικές προσφορές. Ειδικότερα, στον όρο 2.4.4 αναφέρονται τα εξής: «Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παροχή των υπηρεσιών στον τόπο με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Σημειώνεται ότι η καθαρή αξία των παραστατικών υπόκειται σε παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% βάσει του άρθρου 64 του Ν. 4172/2013 (ΦΕΚ Α΄167) η οποία δεν θα υπολογίζεται στην

τιμή της προσφοράς». Στο άρθρο 64§2 του Ν. 4172/2013 (Κώδικας Φορολογίας Εισοδήματος) ορίζεται ότι: «1. Οι συντελεστές παρακράτησης φόρου είναι οι εξής: 1.α.....2. Οι φορείς γενικής κυβέρνησης εκτός από τις κεφαλαιουχικές εταιρείες κατά την προμήθεια κάθε είδους αγαθών ή υπηρεσιών από φυσικά ή νομικά πρόσωπα, υποχρεούνται, κατά την καταβολή ή την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας αυτών, να παρακρατούν φόρο εισοδήματος, ο οποίος υπολογίζεται στο καθαρό ποσό της αξίας των αγαθών ή υπηρεσιών με συντελεστή ως ακολούθως: αα) ποσοστό ένα τοις εκατό (1%) για τα υγρά καύσιμα και τα προϊόντα καπνοβιομηχανίας, ββ) ποσοστό τέσσερα τοις εκατό (4%) για τα λοιπά αγαθά και γγ) ποσοστό οκτώ τοις εκατό (8%) για την παροχή υπηρεσιών ...». Η προσφεύγουσα αναφέρει επίσης ότι και κατά τη σαφή διάταξη του τελευταίου εδαφίου του άρθρου 68 Ν. 3863/2010 που διέπει τις συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών που συνάπτει το Δημόσιο και φορείς αυτού, στην οποία ρητώς παραπέμπει η διάταξη του άρθρου 92§5 Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να υπολογίζουν στην οικονομική προσφορά τους, πέραν των άλλων απαιτούμενων στοιχείων «εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων». Κατά την προσφεύγουσα, η μη πρόβλεψη της Διακήρυξης της παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8%, αφ' ενός έρχεται σε ευθεία αντίθεση με τον όρο περί συμπερίληψης σε αυτή των υπέρ τρίτων κρατήσεων και επιβαρύνσεων, σύμφωνα με το αμέσως προηγούμενο εδάφιο του οικείου άρθρου 2.4.4 αυτής, αφ' ετέρου δε αντίκειται ευθέως τις διατάξεις τόσο του άρθρου 64§2 Ν. 4172/2013 (ΚΦΣ) όσο – και προεχόντως – συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 92§5 Ν. 4412/2016 και 68 Ν. 3863/2010, οι οποίες διέπουν τον υπ' όψη διαγωνισμό. Τέλος, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι η υποχρέωση συμπερίληψης στην οικονομική προσφορά της παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8%, η οποία παγίως εμπεριέχεται στις συναφείς διακηρύξεις δημοσίων διαγωνισμών, σαφώς αποσκοπεί στη διασφάλιση, με αδιαμφισβήτητο και αδιάβλητο τρόπο, της αντικειμενικότητας

στην ανάθεση των υπηρεσιών και υπαγορεύεται προφανώς από την ανάγκη εξαλείψεως κάθε ασάφειας κατά την σύνταξη των οικονομικών προσφορών, τυχόν ύπαρξη της οποίας οδηγεί σύμφωνα με τη διάταξη του προτελευταίου εδαφίου του αυτού ως άνω άρθρου 2.4.4. της διακήρυξης σε απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτης (συναφώς: ΣτΕ 563/2008, ΣτΕ (ΕΑ) 446/2009, 840/2008, 482/2006, ΑΕΠΠ 9/2020, 650/2019). (2) Με τον δεύτερο λόγο η προσφεύγουσα επικαλείται ακυρότητα του όρου 2.2.6.β' της Διακήρυξης περί ελάχιστου διαθέσιμου προσωπικού τουλάχιστον 120 ατόμων πλήρους απασχόλησης κατά την τετραετία 2016-2019. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα επικαλείται τις διατάξεις των άρθρων 18 παρ. 1 και 75 παρ. 1 & 4 του Ν. 4412/2016, επισημαίνοντας ότι η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να καθορίσει τις προϋποθέσεις συμμετοχής, σύμφωνα με το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο, του διαγωνισμού με δύο βασικούς περιορισμούς: (α) να μην περιορίζεται ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός και η ευρεία συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες μέσω της επιβολής προδιαγραφών που συρρικνώνουν την ελεύθερη αγορά και (β) να τίθενται κατά τέτοιο τρόπο στο κείμενο της διακήρυξης, ώστε να είναι αρκετά ακριβείς και να μην καταλείπεται οιαδήποτε αμφιβολία στους προσφέροντες ως προς την κατανόηση και τον προσδιορισμό του αντικειμένου και των απαιτήσεων της διακήρυξης. Επιπρόσθετα τονίζει ότι κάθε αναθέτουσα αρχή, στις περιπτώσεις αυτές, πρέπει να λαμβάνει υπ' όψη το κριτήριο της αναλογικότητας, υπό την έννοια ότι τυχόν περιοριστικά μέτρα που τίθενται με τους όρους της διακήρυξης μπορούν να θεωρηθούν ότι συμβιβάζονται με το εθνικό και ενωσιακό δίκαιο μόνον εάν μπορεί να αποδειχθεί ότι: (α) έχουν οριστεί για την εξυπηρέτηση θεμιτού σκοπού δημόσιας τάξης που έχει τεθεί προς το γενικό συμφέρον, (β) εφαρμόζονται κατά τρόπο που δεν δημιουργεί διακρίσεις, (γ) είναι κατάλληλα για την επίτευξη αυτού του επιδιωκόμενου σκοπού και (δ) δεν είναι δεσμευτικά πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού. Με άλλα λόγια, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η αναθέτουσα αρχή είναι εκείνη που καθορίζει το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων οικονομικών φορέων, το οποίο, όμως πρέπει να συνδέεται και να

τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης και να δικαιολογείται από τη φύση και το σκοπό του συγκεκριμένου έργου, ήτοι δύναται η αναθέτουσα αρχή να ζητά ένα ή περισσότερα δικαιολογητικά, ανάλογα με τις απαιτήσεις της κατά περίπτωση σύμβασης, τις δυνατότητες της συγκεκριμένης αγοράς στην οποία απευθύνεται και την ανάγκη εξασφάλισης συνθηκών πραγματικού ανταγωνισμού. Η προσφεύγουσα επισημαίνει περαιτέρω ότι από το πρίσμα των συνδυασμένων ως άνω διατάξεων των άρθρων 18 παρ. 1 και 75 παρ. 1 & 4 του Ν. 4412/2016, συνάγεται ότι καταλείπεται μεν στους αναθέτοντες φορείς ευρεία διακριτική ευχέρεια να θέτουν οι ίδιοι τα κριτήρια και τους κανόνες αποκλεισμού και επιλογής των προσφερόντων ή των υποψηφίων, πλην όμως τα κριτήρια αυτά πρέπει να συνδέονται στενά με το αντικείμενο της υπό ανάθεσης σύμβασης, να είναι αντικειμενικά και δεκτικά συγκεκριμένης αιτιολόγησης και να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση στους ενδιαφερομένους, χωρίς να ευνοούν ορισμένες επιχειρήσεις, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού. Επιπλέον, τα κριτήρια αυτά πρέπει να είναι σαφή, να μην περιλαμβάνουν ορολογία που μπορεί να οδηγήσει σε απροσδιοριστία, ούτε στοιχεία που μειώνουν τον ανταγωνισμό ή δημιουργούν διακρίσεις, ή ευνοούν ή αντίθετα περιορίζουν κάποιους οικονομικούς φορείς. Σε κάθε περίπτωση, τυχόν περιορισμοί που τίθενται από τις αναθέτουσες αρχές πρέπει να είναι πρόσφοροι για την υλοποίηση του σκοπού που επιδιώκουν και να μην υπερβαίνουν το αναγκαίο για την επίτευξη του σκοπού μέτρο, αφού διαφορετικά παρεμποδίζεται δυσανάλογα το άνοιγμα των συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό. Η προσφεύγουσα αναφέρει ότι από τα τεθέντα κριτήρια ποιοτικής επιλογής της Διακήρυξης (ήτοι οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας αι τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας) η ίδια δεν πληροί εκείνο του άρθρου 2.2.6.β' που απαιτεί «απόδειξη ελάχιστου διαθέσιμου προσωπικού τουλάχιστον 120 άτομα πλήρους απασχόλησης ανά έτος κατά την τετραετία (2016, 2017, 2018, 2019)». Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι πληροί στο ακέραιο όλα τα χρηματοοικονομικά κριτήρια που τίθενται στο άρθρο 2.2.5, καθώς και το κριτήριο του άρθρου 2.2.6α', σύμφωνα με το οποίο απαιτείται ο διαγωνιζόμενος να έχει εκτελέσει,

κατά την τετραετία 2016-2019, τουλάχιστον μία (1) παρόμοια σύμβαση ανά έτος, με ελάχιστη χρονική διάρκεια τουλάχιστον ενός έτους, αξίας τουλάχιστον 60% του ετήσιου προϋπολογισμού της υπόψη σύμβασης, τουτέστιν 702.000,00€ (= 3.510.000€ ÷ 3 έτη X 60%). Ειδικότερα, η προσφεύγουσα έχει εκτελέσει δύο (2) παρόμοιες συμβάσεις με προϋπολογισμό 5,2 και 5,5 εκατομμυρίων ευρώ, προ ΦΠΑ, (ήτοι κατά 160% και 150%, αντίστοιχα, μεγαλύτερο του προϋπολογισμού του υπ' όψη διαγωνισμού), έναν (1) διαγωνισμό με προϋπολογισμό περίπου ίσο με του υπόψη διαγωνισμού (3,3 εκ. ευρώ) και τουλάχιστον οκτώ (8) συμβάσεις με προϋπολογισμό άνω του 60% του ετήσιου προϋπολογισμού της σύμβασης του υπόψη διαγωνισμού. Επισημαίνει δε ότι σε καμία από τις ανωτέρω συμβάσεις ετέθη ως κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας των διαγωνιζομένων «απόδειξη ελάχιστου διαθέσιμου προσωπικού τουλάχιστον 120 άτομα πλήρους απασχόλησης ανά έτος». Στις άλλες διαγωνιστικές διαδικασίες που επικαλείται η προσφεύγουσα, η Διακήρυξη απαιτούσε διαζευκτικά, είτε 100 άτομα πλήρους απασχόλησης είτε 200 άτομα μερικής απασχόλησης, λαμβάνοντας υπόψη την φύση της παρεχόμενης εργασίας, η οποία εκτελείται κατά κύριο λόγο σε βάρδιες διάρκειας μικρότερης των οκτώ (8) ωρών. Στην προκειμένη περίπτωση, η ως άνω απαίτηση τυγχάνει - κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας - παντελώς καταχρηστική, υπερβολική, μη εξυπηρετούσα καθ' οιονδήποτε τρόπο τις πραγματικές ανάγκες της υπό σύναψη σύμβασης, έχει τεθεί αβάσιμα και αναιτιολόγητα, άλλως προδήλως «φωτογραφικά» και σκοπεύει στην, κατ' απαράδεκτο και μη νόμιμο τρόπο, «νόθευση», άλλως περιορισμό του ανταγωνισμού κατά τη διενέργεια της διαγωνιστικής διαδικασίας. Διότι, όπως αναφέρει, από καμία άλλη διάταξη της διακήρυξης, και δη από το Παράρτημα Ι (Τεχνική Περιγραφή) αυτής, ζητείται ως προαπαιτούμενο η απασχόληση εργαζομένων πλήρους απασχόλησης. Τουναντίον, δε, από τους πίνακες που παρατίθενται στο ως άνω Παράρτημα Ι, ανά δομή και απαιτούμενες ώρες απασχόλησης ανά βάρδια (πρωινή – απογευματινή), συνάγεται ότι στις δεκατρείς (13) δομές που αφορά ο διαγωνισμός προβλέπονται είκοσι (20) βάρδιες που αντιστοιχούν σε ωράριο μερικής απασχόλησης και μόλις τρεις (3)

που αντιστοιχούν σε ωράριο πλήρους απασχόλησης. Συνολικά, δε, και σε απόλυτους αριθμούς, με βάση τα προβλεπόμενα στο ανωτέρω Παράρτημα Ι ωράρια απασχόλησης ανά δομή, απαιτείται η απασχόληση 48 εργαζομένων σε βάρδιες «μερικής απασχόλησης» και μόλις 5 εργαζομένων σε οκτάωρες βάρδιες (πλήρους απασχόλησης). Ακόμα, δε, και αν γίνει αναγωγή των συνολικών ωρών εργασίας σε άτομα πλήρους απασχόλησης, προκύπτει η ανάγκη για απασχόληση περίπου σαράντα έξι (46) ατόμων πλήρους απασχόλησης. Συνεπώς, η απαίτηση της απόδειξης απασχολούμενου προσωπικού ανερχόμενου στα 120 άτομα με σύμβαση πλήρους απασχόλησης ετησίως, κατά την προσφεύγουσα δεν δικαιολογείται από τις σκοπούμενες ανάγκες του υπ' όψη διαγωνισμού και της προς υπογραφή οικείας σύμβασης. Τουναντίον αναφέρει ότι η απαίτηση αυτή υπερβαίνει τα άκρα όρια της διακριτική ευχέρειας που θέτουν στις αναθέτουσες αρχές οι οικείες διατάξεις των άρθρων 18 παρ. 1 & 75 παρ. 1 & 4 Ν. 4412/2016, καθώς είναι προδήλως ασύμβατη, υπερβολική και μη συνάδουσα – άλλως δυσανάλογη – προς το αντικείμενο της σύμβασης και επ' ουδενί δικαιολογείται από τη φύση και το σκοπό αυτής (ΑΕΠΠ 18/2018). Η προσφεύγουσα επισημαίνει περαιτέρω ότι η απαίτηση αυτή περιορίζει υπέρμετρα τον πραγματικό ανταγωνισμό κατά τη διενέργεια της υπ' όψη διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς θέτει απαιτήσεις που υπερβαίνουν, όχι μόνον τις δυνατότητες της συγκεκριμένης αγοράς, ήτοι την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας, αλλά αντιβαίνει και στη φύση της αγοράς αυτής, καθώς οι εταιρείες παροχής απασχολούν ανθρώπινο δυναμικό, κατά τεκμήριο με πιο ευέλικτους όρους εργασίες (μερική απασχόληση), ακριβώς λόγω της φύσης των παρεχομένων υπηρεσιών, όπως άλλωστε (η φύση αυτή) αποτυπώνεται και στην Τεχνική Περιγραφή (Παράρτημα Ι) της επίμαχης διακήρυξης. Ακριβώς, δε, λόγω της φύσης της αγοράς παροχής υπηρεσιών καθαριότητας, η προσφεύγουσα τονίζει ότι μόνο μία εταιρεία, εξ όσον με ασφάλεια γνωρίζει, δύναται να πληροί τον παραπάνω όρο. Όστε, ο ως άνω πληττόμενος όρος της διακήρυξης περιορίζει απαράδεκτως και μη νόμιμα τον κύκλο των εταιρειών που δύνανται να συμμετάσχουν στον υπόψη διαγωνισμό, «νοθεύοντας» τον ελεύθερο και υγιή ανταγωνισμό. Επιπροσθέτως, κατά την

προσφεύγουσα καθίσταται σαφές και αυταπόδεικτο ότι, εφ' όσον μόνο μία (1) εταιρεία της συγκεκριμένης αγοράς πληροί την εν λόγω προϋπόθεση και συμμετάσχει μόνον αυτή στον διαγωνισμό, ελλείψει ανταγωνισμού θα δύναται να υποβάλει οικονομική προσφορά κατά το δοκούν, πλήττοντας, έτσι, τα εύλογα οικονομικά συμφέροντα του Δημοσίου, τα οποία διασφαλίζονται μονάχα με τη συμμετοχή πλειόνων ενδιαφερομένων στον διαγωνισμό, άλλως, εγκυμονείται και ο κίνδυνος κήρυξης ακυρότητας της διαδικασίας, λόγω συμμετοχής μόνο ενός διαγωνιζομένου, με συνέπεια την αδυναμία παροχής των υπ' όψη – νευραλγικών για την εύρυθμη λειτουργία τω δομών – υπηρεσιών για μείζον χρονικό διάστημα, μέχρι την επαναδημοπράτηση του έργου. Η προσφεύγουσα αναφέρει επίσης ότι, αν και είναι μία εκ των ηγητόρων στη συγκεκριμένη αγορά, γεγονός που αποδεικνύεται τόσο από τον αριθμό όσο και από το αντικείμενο συναφών/παρόμοιων συμβάσεων που έχει συνάψει και εκτελεί κατά τα τελευταία έτη (και που υπερκαλύπτουν τα κριτήρια επιλογής που τίθενται στον Όρο 2.2.5 της διακήρυξης), απασχολούσε κατά τα προηγούμενα έτη το εξής προσωπικό: Το 2016 απασχολούσε συνολικά 605 εργαζομένους πλήρους και μερικής απασχόλησης· το 2017 απασχολούσε συνολικά 720 εργαζομένους πλήρους και μερικής απασχόλησης· το 2018 απασχολούσε συνολικά 522 εργαζομένους πλήρους και μερικής απασχόλησης· Το 2019 απασχολούσε συνολικά 864 εργαζομένους πλήρους και μερικής απασχόλησης. Σήμερα δε (εν έτει 2020), απασχολεί περίπου 1.300 εργαζομένους, εκ των οποίων ενδεικτικά αναφέρειότι τα άτομα πλήρους απασχόλησης ανέρχονται σε περίπου 100. Το γεγονός, ωστόσο, ότι κατά την κρίσιμη τετραετία (2016 – 2019) απασχολούσε λιγότερους από 120 εργαζόμενους πλήρους απασχόλησης, δεν την παρακώλυσε ούτε από το αναλάβει μεγάλες συμβάσεις παρόμοιου αντικειμένου (και πολύ μεγαλύτερου προϋπολογισμού) ούτε, ασφαλώς, από να τις εκτελεί αυτές προσηκόντως. Συνεπώς, το ως άνω κριτήριο καθιστά – κατά την προσφεύγουσα - αδύνατη τη συμμετοχή της στον υπ' όψη διαγωνισμό για την ανάδειξη της ως αναδόχου εκτέλεσης της σχετικής σύμβασης παροχής υπηρεσιών, παρότι προτίθεται να συμμετάσχει σε αυτόν και, μάλιστα, με πολύ μεγάλη πιθανότητα ευδοκίμησης και αποδοχής ως συμφερότερης της δικής της

προσφοράς, λαμβανομένων υπ' όψη των συναφών πρόσφατων διαγωνισμών, στους οποίους έχει συμμετάσχει και έχει ανακηρυχθεί ανάδοχος. Τουναντίον τονίζει ότι, εφ' όσον γίνει δεκτή η παρούσα και τροποποιηθεί ο επίμαχος όρος 2.2.6β' της διακήρυξης, κατά το προσήκον και ανάλογο μέτρο που επιτάσσει η φύση, το είδος και το αντικείμενο των παρεχόμενων υπηρεσιών, σε πλήρη συνάρτηση με την Τεχνική Περιγραφή του έργου/υπηρεσίας, θα μπορέσει να συμμετάσχει στον διαγωνισμό με πολύ μεγάλες πιθανότητες ευδοκίμησης της τεχνικής και οικονομικής προσφοράς που προτίθεται να υποβάλει, δεδομένου ότι πληροί στο ακέραιο άπαντα τα λοιπά κριτήρια συμμετοχής. Πλέον των ανωτέρω, και επικουρικώς, επισημαίνει ότι στον προσβαλλόμενο όρο 2.2.6β' της διακήρυξης έχει εμφιλοχωρήσει προφανής ασάφεια που καθιστά αυτόν δυσερμήνευτο. Ειδικότερα, ο ως άνω όρος της διακήρυξης απαιτεί «απόδειξη ελάχιστου διαθέσιμου προσωπικού τουλάχιστον 120 άτομα πλήρους απασχόλησης ανά έτος κατά την τετραετία (2016, 2017, 2018, 2019)». Ο όρος «διαθέσιμος», ωστόσο, δεν ταυτίζεται με τον όρο «απασχολούμενο» που θα ήταν, σε κάθε περίπτωση, ορθό, τουλάχιστον γραμματικά και γλωσσικά, να αναφέρεται στη διάταξη αυτή. Εγείρεται, δηλαδή, κατά την προσφεύγουσα το ερώτημα: «Η διακήρυξη απαιτεί «απασχολούμενο» προσωπικό, το οποίο αποδεικνύεται από τα στοιχεία που διαλαμβάνονται στις εκάστοτε Ετήσιους Πίνακες Προσωπικού ή, με τον όρο «διαθέσιμο προσωπικό» νοεί την απόδειξη εκ μέρους των διαγωνιζομένων ότι είχαν τη δυνατότητα, κατά την προηγούμενη τετραετία, να απασχολήσουν αριθμό 120 εργαζομένων πλήρους απασχόλησης;». Υπό την τελευταία ερμηνεία της διάταξης αυτής, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι θα μπορούσε να ισχυριστεί ότι έχει τη δυνατότητα να «διαθέσει» 120 εργαζομένους πλήρους απασχόλησης, δοθέντος ότι κατά την προηγούμενη τετραετία απασχολούσε συνολικά, κατ' έτος, από 605 έως 864 εργαζομένους. Η προσφεύγουσα καταλήγει στο συμπέρασμα ότι ο προσβαλλόμενος όρος, κατά το μέρος που αναφέρεται στην απαίτηση απόδειξης «ελάχιστου διαθέσιμου προσωπικού», τυγχάνει κατ' ελάχιστον ασαφής, άλλως αμφίσημος, και σε κάθε περίπτωση δυσερμήνευτος, καθώς δεν καθίσταται κατανοητό και εύληπτο το περιεχόμενό του, καταλείποντας μεγάλο

βαθμό αοριστίας ως προς το ακριβές περιεχόμενό του και, ως τέτοιος, πρέπει να ακυρωθεί.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις 22.04.2020 ανήρτησε στο ΕΣΗΔΗΣ μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» τις από 21.04.2020 Απόψεις της, με τις οποίες επιδιώκει την απόρριψη της Προσφυγής. Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή επικαλείται τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ισχυριζόμενη ότι εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της διακηρύξεως, πρέπει, για να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί, με την προβολή ειδικού ισχυρισμού, άμεση βλάβη που υφίσταται από όρο της διακηρύξεως ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείεται ή να καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή του στο διαγωνισμό. Συνεπώς, ως επίκληση βλάβης, υπό την έννοια αυτή, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση και ανάδειξη των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, και ως εκ των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις. Κρίσιμη, δηλαδή, για την θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος είναι η επίκληση απόδειξη βλάβης του προσφεύγοντος λόγω επικείμενου αποκλεισμού του ή σοβαρής δυσχέρειας συμμετοχής του σε διαγωνιστική διαδικασία και όχι η απαίτηση αυτού για την διαμόρφωση συνθηκών ευνοϊκότερων για την συμμετοχή του σε διαγωνισμό. Εξάλλου, η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος προς άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της διακηρύξεως απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων

όρων της διακηρύξεως, όσο και κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητα αυτής (πρβλ. ΕΑ 353/2018, 147/2016 Ολομ., 9/2015, 415/2014, 434/2012 σκ. 6, 977/2010, 14/2006). Όταν δε οι προσβαλλόμενοι ως παράνομοι όροι αφορούν την απαίτηση προσκομιδής επιπλέον στοιχείων, πρέπει να προβάλλεται και να πιθανολογείται είτε ότι η προσκομιδή των στοιχείων αυτών είναι, λόγω ανυπαρξίας τους ή για άλλο λόγο, αδύνατη ή είναι για οποιονδήποτε λόγο ιδιαίτερα δυσχερής η έγκαιρη προσκομιδή τους είτε ότι τα στοιχεία αυτά, προσκομιζόμενα και αξιολογούμενα σε επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, πιθανολογείται, με την επίκληση συγκεκριμένων ισχυρισμών, ότι θα καταστήσουν μειονεκτική την προσφορά του διαγωνιζομένου Συνεπώς, δεν προβάλλεται παραδεκώς, κατά την αμφισβήτηση της νομιμότητας διακήρυξης διαγωνισμού, λόγος περί παρανομίας όρου της διακήρυξης χωρίς να προσδιορίζεται κατά τρόπο συγκεκριμένο και εντεύθεν βλάβη (ΕΑ ΣΤΕ 1149/2009). Περαιτέρω η αναθέτουσα αρχή τονίζει ότι το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, ενεστώς και ατομικό προσωπικό, με την έννοια ότι πρέπει να αφορά τον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων. Όσον αφορά τις κανονιστικές πράξεις «η προϋπόθεση για τη συνδρομή του προσωπικού εννόμου συμφέροντος συντρέχει όταν η προσβαλλόμενη κανονιστική ρύθμιση, θίγει συγκεκριμένες ελευθερίες ή δικαιώματα του αιτούντος, τα οποία κατοχυρώνονται από το Σύνταγμα και τους νόμους και των οποίων την πραγμάτωση επιδιώκει να αποκαταστήσει ο αιτών με την έκδοση της ακυρωτικής απόφασης» (Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 847, ΑΕΠΠ 725/2018, 742/2018). Η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι η προσφεύγουσα αναφέρεται αορίστως στην βλάβη που δήθεν υφίσταται λόγω των όρων της διακήρυξης και χωρίς να προσδιορίζονται οι νομικές και πραγματικές καταστάσεις που καθιστούν αδύνατη ή δυσχεραίνουν τη συμμετοχή της ή καθιστούν μειονεκτική τη θέση της έναντι των λοιπών υποψηφίων. Αναφέρει επίσης ελέγχεται αυτεπάγγελα η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος με βάση το κατά πόσο από το έγγραφο της προσφυγής και τα στοιχεία του φακέλου

αποδεικνύεται η ύπαρξη του έννομου συμφέροντος. Δεν αρκεί, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη έννομου συμφέροντος για άσκηση της προσφυγής αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς – ως ισχύει και στην ακυρωτική δίκη- των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων. Υφίσταται, περαιτέρω, στα πλαίσια της μεν ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος, γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος ΣτΕ 1393/2003), στη δε διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της (ΑΕΠΠ 725/2018, 742/2018). Η αναθέτουσα αρχή τονίζει ότι η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερόμενου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντ.) ούτε δημιουργεί. Μόνη, δε, εξαίρεση στην άνω αναφερθείσα υποχρέωση προαπόδειξης είναι να προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις *ad hoc* ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του προσφεύγοντος (ΣτΕ 2521/2004). Σε κάθε πάντως περίπτωση, συμφώνως και με τα άρθρα 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1Ν. 4412/2016, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλείται ή σε κάθε περίπτωση να προκύπτει από το δικόγραφο του με σαφή τρόπο (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 120/2017) τη βλάβη που επάγεται σε αυτόν ο προσβαλλόμενος όρος, φέρει δε το καταρχήν βάρος στοιχειοθέτησης τέτοιου εννόμου συμφέροντος, άλλως ο ισχυρισμός προβάλλεται τόσο άνευ εννόμου συμφέροντος, όσο και αορίστως και σε κάθε περίπτωση απαραδέκτως (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 167/2018). Τα αντίστοιχα δε ισχύουν και όσον αφορά τις διευκρινίσεις πρόσθετων πληροφοριών, αφού συμπληρώνουν το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης εάν δοθούν, εάν δεν δοθούν, η εκ της παράλειψης χορήγησής τους βλάβη του προσφεύγοντος αναφέρεται στο ότι εκ της μη χορήγησής τους, αυτός εμποδίστηκε να μετάσχει με παραδεκτή προσφορά στον διαγωνισμό ή κατέστη ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή του, ήτοι η σύνταξη και υποβολή προσφοράς του. Πλην όμως, στην τελευταία αυτή περίπτωση το κατά τα ως άνω έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος ως και η βλάβη του εκ της

παράλειψης απάντησης ερωτημάτων, ταυτίζεται εν τοις πράγμασι με το ίδιο το βάσιμο της προσφυγής του. Επί των λόγων της προσφυγής η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει τα εξής: (1) Επί του πρώτου λόγου αναφέρει ότι ο προσβαλλόμενος όρος ισχύει για όλες τις συμμετέχουσες εταιρείες και συνεπώς δεν μπορεί να αντιληφθεί πως δημιουργεί συνθήκες ανισότητας ή σύγχυση μεταξύ των διαγωνιζομένων εταιρειών. Πρόκειται για όρο της διακήρυξης που αφορά όλες τις διαγωνιζόμενες εταιρείες και δεν δημιουργεί διακρίσεις αλλά και ούτε περιορίζει τη συμμετοχή καμίας εταιρείας. Κατά την αναθέτουσα αρχή, πρόκειται για ξεκάθαρο όρο της διακήρυξης «... η καθαρή αξία των παραστατικών υπόκειται σε παρακράτηση φόρου 8% βάσει του άρθρου 6 του Ν.4172/2013 (ΦΕΚ Α'167) η οποία δεν θα υπολογίζεται στην τιμή προσφοράς», ώστε να μην προκύπτει ασάφεια ή βλάβη της προσφεύγουσας. (2) Επί του δεύτερου λόγου, η αναθέτουσα αρχή απαντά ότι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, είναι αόριστοι, αβάσιμοι και παρελκυστικοί, καθώς δεν έχουν παραβιαστεί οι αρχές του του ν. 4412/2016 από κάποιον όρο της επίμαχης διακήρυξης ούτε από την κρίσιμη διαγωνιστική διαδικασία, και συνεπώς δεν συντρέχει η διαδικαστική προϋπόθεση της ύπαρξης εννόμου συμφέροντος στο πρόσωπο των αιτούντων, οι οποίοι από εσφαλμένη αντίληψη της Διακήρυξης ισχυρίζονται, ότι εμποδίζονται εξαιτίας των προβλέψεων αυτής, από την παραδεκτή και έγκυρη συμμετοχή τους στον διαγωνισμό. Ως προς την επικαλούμενη από την προσφεύγουσα ασάφεια μεταξύ διαθέσιμου και απασχολούμενου προσωπικού, η αναθέτουσα αρχή τονίζει ότι ο όρος Β.4.β' της διακήρυξης (σελ.20) που αφορά τα αποδεικτικά μέσα, αναφέρει επί λέξει: «8) Απόδειξη ελάχιστου διαθέσιμου προσωπικού τουλάχιστον 120 άτομα πλήρους απασχόλησης ανά έτος κατά την τελευταία τετραετία (2016, 2017, 2018, 2019). Το πλήθος του προσωπικού αποδεικνύεται με την κατάθεση των ετήσιων πινάκων προσωπικού του οικονομικού φορέα κατά την τελευταία τετραετία». Κατά την αναθέτουσα αρχή οι όροι της διακήρυξης είναι ξεκάθαροι και δεν υπάρχει καμία σύγχυση ως προς το κριτήριο σχετικά με το διαθέσιμο προσωπικό της τελευταίας τετραετίας. Είναι ξεκάθαρος ο τρόπος απόδειξης του ως άνω κριτηρίου συμμετοχής και καμία ασάφεια δεν δημιουργείται ως προς το

απασχολούμενο προσωπικό καθαριότητας κατά την τελευταία τετραετία των διαγωνιζομένων εταιρειών. Ειδικότερα, στην προκήρυξη σαφώς τίθεται ως απαίτηση αναφορικά με την τεχνική και επαγγελματική καταλληλότητα του φορέα μεταξύ άλλων και ο όρος 2.2.6.β' «Απόδειξη ελάχιστου διαθέσιμου προσωπικού τουλάχιστον 120 άτομα πλήρους απασχόλησης ανά έτος κατά την τετραετία (2016, 2017, 2018, 2019)». Η απαίτηση αυτή είναι κατά την αναθέτουσα αρχή εύλογη, προκειμένου να διασφαλισθεί ότι ο αναδειχθησόμενος από την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία ανάδοχος έχει την ικανότητα να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις του υπό ανάθεση έργου και να το εκτελέσει άρτια, σύμφωνα με τους κανόνες της τεχνικής και της επιστήμης και σύμφωνα με τις απαιτήσεις των οικείων συμβατικών τευχών. Εξάλλου τονίζει ότι πρόκειται για απαίτηση που δεν παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, δεδομένου ότι η προϋπολογισθείσα αξία του έργου είναι ανάλογη. Επομένως, η προϋπόθεση απασχόλησης τουλάχιστον 120 ατόμων πλήρους απασχόλησης κατά την προηγούμενη τετραετία δεν κρίνεται δυσανάλογη για τα μεγέθη των εταιρειών που συμμετέχουν στην εκτέλεση τόσων μεγάλων έργων καθαριότητας. Από σχετικές μελέτες αρκετών φορέων και ινστιτούτων εργασίας προκύπτει ότι οι περισσότερες εταιρείες πληρούν το κριτήριο αυτό. Αντιθέτως αποτελεί την ελάχιστη εγγύηση που μπορεί να απαιτηθεί χάριν του δημοσίου συμφέροντος της άρτιας εκτέλεσης του έργου καθαριότητας, τηρουμένης της αρχής της αναλογικότητας και της προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού. Η αναθέτουσα αρχή τονίζει ότι πρόκειται για ένα μεγάλο και ευαίσθητο έργο καθαριότητας και πρέπει η εταιρεία που θα αναλάβει το έργο να μπορεί να εκτελέσει το έργο αυτό διασφαλίζοντας ταυτόχρονα συνθήκες άψογες για τους εργαζόμενους στην καθαριότητα, αφού έτσι επιτυγχάνεται και ο σκοπός του έργου, δηλαδή η δημιουργία άριστων συνθηκών καθαριότητας σε τόσο ευαίσθητους χώρους. Εξάλλου τόσο μεγάλες εταιρείες καθαρισμού, όπως η προσφεύγουσα αναφέρει στην κρινόμενη προσφυγή της, η οποία εκτελεί τόσο μεγάλα έργα και εμφανίζεται ως μία από τις μεγαλύτερες εταιρείες στο χώρο, είναι – κατά την αναθέτουσα αρχή - εύλογο να απασχολεί τουλάχιστον 120 άτομα καθαριότητας πλήρους απασχόλησης. Έτσι διασφαλίζονται και τα

δικαιώματα των εργαζομένων καθαριστριών αφού ταυτόχρονα με την διαγωνιστική διαδικασία πρέπει να διασφαλίζονται και τα δικαιώματα των εργαζομένων στην καθαριότητα δημιουργώντας ένα πλαίσιο ίσης μεταχείρισης των εργαζομένων καθαριστριών. Το σημαντικότερο κριτήριο είναι η εξασφάλιση άριστα εκπαιδευμένου προσωπικού καθαριότητας και αυτό επιτυγχάνεται αναλογικά με το τιθέμενο κριτήριο μίνιμουμ απασχόλησης 120 ατόμων καθαριότητας την τελευταία τετραετία. Η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι η προσφεύγουσα εταιρεία, δεν προσκομίζει με την προσφυγή της κανένα αποδεικτικό μέσο (πίνακες προσωπικού της, κλαδικές μελέτες κλπ) προκειμένου να αποδείξει την αδυναμία πλήρωσης του ως άνω κριτηρίου και την άμεση βλάβη της και δήθεν αδυναμίας πλήρωσης του κριτηρίου από άλλες εταιρείες και συνεπώς ο συγκεκριμένος λόγος της προσφυγής της καθίσταται αόριστος. Αναφέρει επίσης ότι είναι η μόνη εταιρεία που προσέφυγε για τον λόγο αυτό.

9. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η

παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

10. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 9 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης.

11. Επειδή, στο άρθρο 2.2.4 της Διακήρυξης (Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) προβλέπεται μεταξύ άλλων ότι: *«[...] Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παροχή των υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Σημειώνεται ότι η καθαρή αξία των παραστατικών υπόκειται σε παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% βάσει του άρθρου 64 του Ν.4172/2013 (ΦΕΚ Α 167) η οποία δεν θα υπολογίζεται στην τιμή της προσφοράς. Η αμοιβή για την παροχή των ζητούμενων υπηρεσιών υπόκειται σε κρατήσεις 0,06% υπέρ της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, 0,02% υπέρ της Γενικής Διεύθυνσης Δημοσίων Συμβάσεων και Προμηθειών και κράτηση 0,07% υπέρ της Ενιαίας Ανεξάρτητης αρχής Δημοσίων συμβάσεων. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%. Επισημαίνεται ότι το εκάστοτε ποσοστό Φ.Π.Α. επί τοις εκατό, της ανωτέρω τιμής θα υπολογίζεται αυτόματα από το σύστημα [...]».* Επίσης, στο άρθρο 2.2.6 της Διακήρυξης (Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα) προβλέπονται τα εξής: *«Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς, επί ποινή αποκλεισμού, απαιτείται: α) να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον μια (1) παρόμοια σύμβαση ανά έτος κατά την τετραετία (2016,2017,2018,2019). Ως παρόμοιες συμβάσεις λογίζονται οι με αντικείμενο «Υπηρεσιών Καθαριότητας Κτιριακών Εγκαταστάσεων», με ελάχιστη χρονική συνεχόμενη διάρκεια*

τουλάχιστον ενός (1) έτους αξίας τουλάχιστον στο 60 % του ετήσιου προϋπολογισμού της παρούσας χωρίς Φ.Π.Α. Γίνονται δεκτές συνεχόμενες αναθέσεις ή παρατάσεις σύμβασης που αθροίζουν σε διάρκεια ενός (1) έτους η συνολική αξία των οποίων αθροιστικά είναι τουλάχιστον ίση με το 60% του προϋπολογισμού της παρούσας χωρίς Φ.Π.Α. β) Απόδειξη ελάχιστου διαθέσιμου προσωπικού τουλάχιστον 120 άτομα πλήρους απασχόλησης ανά έτος κατά την τετραετία (2016, 2017, 2018, 2019)».

12. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

13. Επειδή, η Διοίκηση είναι κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της Διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη (ΕΑ 977/2006, 303/2007, 307/2007, 1049/2007 κα), η δε θέσπιση με τη Διακήρυξη των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν πρέπει να παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού, εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό των προμηθευτών, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον Διαγωνισμό προσώπων (ΕΑ 434/2008, 977/2006, 1208/2006, 1076/2006, 977/2006, 1383/2007, ΕΑ 303/2007, 307/2007, 1049/2007, 153/2004, κλπ).

14. Επειδή, την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας την προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό) οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, C-549/10 Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής). Υπό το πρίσμα της αρχής του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, τα κριτήρια επιλογής που θέτει η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δε θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι διαθέτουν την απαιτούμενη ικανότητα και οι οποίοι, υπό άλλες ενδεχομένως προϋποθέσεις, θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στη διαδικασία, ενισχύοντας με τον τρόπο αυτόν τον ανταγωνισμό.

15. Επειδή, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά σχετικής διακήρυξης πρέπει προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί αυτήν με έννομο συμφέρον να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στο διαγωνισμό (ΕΑ ΣτΕ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ., 146148/2016 Ολομ., 129-131/2016 Ολομ., ΔΕΚ C-230/2002, Grossman Air Services). Συνεπώς, ως επίκληση βλάβης νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιοδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση και ανάδειξη των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, και ως εκ των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στο

διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (ΕΑ ΣτΕ 86/2018, ΕΑ ΣτΕ 146-8/2016, 965/2010, 1046/2009, 1149/2009). Όλα τα παραπάνω ισχύουν, όχι μόνον στην περίπτωση που ο ενδιαφερόμενος να του ανατεθεί η σύμβαση εν τέλει δεν μετέσχε στον διαγωνισμό, αλλά και στην περίπτωση που ο τελευταίος μετάσχει στο διαγωνισμό με επιφύλαξη (ΕΑ ΣτΕ 353/2018, 146-148/2016 Ολομ., 16/2015, 718/2012, 616/2012).

16. Επειδή, περαιτέρω, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο και ατομικό /προσωπικό, με την έννοια ότι πρέπει να αφορά τον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων. Κατά τη θεωρία και νομολογία, το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι: α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣτΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2017, σελ. 745 επ.) άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣτΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989), άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σ' αυτήν, αλλά αποκλειόμενου δυνάμει ρήτρας της προκηρύξεως (ΣτΕ 4606/2012, 1982-1985, 1987/2011) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύλληψη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, δέον είναι το έννομο συμφέρον να είναι και ενεστώς, ήτοι η

βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣτΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣτΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣτΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔτΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7).

17. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί παράβασης νόμου, όσο σοβαροί και εάν είναι και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου που προβάλλεται, δεν μπορούν να θεμελιώσουν αυτοτελώς το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος, καθότι η εξέτάσή τους ανάγεται στο βάσιμο της προσφυγής και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, 2017). Σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή ή τον παρεμβαίνοντα, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (ΣτΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003).

18. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, με τον οποίο προσβάλλεται ως μη νόμιμος ο όρος του άρθρου 2.4.4 της Διακήρυξης (Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) σύμφωνα με τον οποίο: *«Σημειώνεται ότι η καθαρή αξία των παραστατικών υπόκειται σε παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% βάσει του άρθρου 64 του Ν.4172/2013 (ΦΕΚ Α 167) η οποία δεν θα υπολογίζεται στην τιμή της προσφοράς»*, η προσφεύγουσα δεν επικαλείται και δεν αποδεικνύει βλάβη από την εφαρμογή του. Ειδικότερα, όπως βάσιμα προβάλλει η αναθέτουσα αρχή, πρόκειται για όρο της διακήρυξης που αφορά όλες τις διαγωνιζόμενες εταιρείες και δεν δημιουργεί διακρίσεις, ούτε περιορίζει τη συμμετοχή κάποιου οικονομικού φορέα. Η προσφεύγουσα,

επικαλούμενη την παρανομία του εν λόγω όρου, δεν προσδιόρισε με ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς πώς η παρανομία αυτή καθιστά αδύνατη ή ουσιωδώς δυσχερή την έστω με επιφύλαξη υποβολή προσφοράς εκ μέρους της. Θα πρέπει επίσης να σημειωθεί ότι ο προσβαλλόμενος όρος δεν μπορεί να θεωρηθεί ασαφής, καθώς προβλέπει με απόλυτα σαφή τρόπο ότι η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% δεν θα υπολογίζεται στην τιμή της προσφοράς. Συνακόλουθα, ούτε με τον ισχυρισμό περί ασάφειας του προσβαλλόμενου όρου στοιχειοθετεί η προσφεύγουσα τη βλάβη της από την προσβαλλόμενη διάταξη και, λαμβάνοντας υπόψη όσα αναφέρονται αναλυτικά στις σκέψεις 15-17 ανωτέρω, διαπιστώνεται ότι ο πρώτος λόγος της προσφυγής προβάλλεται χωρίς έννομο συμφέρον και δεν είναι δυνατό να εξεταστεί στην ουσία.

19. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση των διατάξεων του άρθρου 2.2.6 β), σύμφωνα με τις οποίες, για την πλήρωση του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού *«απόδειξη ελάχιστου διαθέσιμου προσωπικού τουλάχιστον 120 άτομα πλήρους απασχόλησης ανά έτος κατά την τετραετία (2016, 2017, 2018, 2019)»*. Καταρχάς θα πρέπει να σημειωθεί ότι προκύπτει η βλάβη της προσφεύγουσας από τον δεύτερο προσβαλλόμενο όρο, καθώς αναφέρει στην προσφυγή της ότι δεν πληροί την εν λόγω προϋπόθεση και, συνακόλουθα, η συμμετοχή της καθίσταται αδύνατη. Αβάσιμα προβάλλει η αναθέτουσα αρχή ότι η προσφεύγουσα δεν αποδεικνύει τη βλάβη της επειδή δεν προσκομίζει με την προσφυγή της πίνακες προσωπικού της, κλαδικές μελέτες ή κάποιο άλλο αποδεικτικό μέσο. Και τούτο διότι η προσφεύγουσα παραθέτει στην προσφυγή της στοιχεία, από τα οποία προκύπτει αφενός ότι πληροί τα υπόλοιπα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και αφετέρου ότι οι απαιτήσεις του προσβαλλόμενου κριτηρίου 2.2.6 β) δεν της επιτρέπουν να συμμετάσχει στη διαγωνιστική διαδικασία, ως εξής: *«Είναι χαρακτηριστικό, εξάλλου, ότι η Εταιρεία μας, καίτοι ούσα μία εκ των ηγηγόρων στη συγκεκριμένη αγορά, γεγονός που αποδεικνύεται*

τόσον από τον αριθμό όσο και από το αντικείμενο συναφών/παρόμοιων συμβάσεων που έχει συνάψει και εκτελεί κατά τα τελευταία έτη (και που υπερκαλύπτουν τα κριτήρια επιλογής που τίθενται στον Όρο 2.2.5 της διακήρυξης), απασχολούσε κατά τα προηγούμενα έτη το εξής προσωπικό: Το 2016 απασχολούσε συνολικά 605 εργαζομένους πλήρους και μερικής απασχόλησης· το 2017 απασχολούσε συνολικά 720 εργαζομένους πλήρους και μερικής απασχόλησης· το 2018 απασχολούσε συνολικά 522 εργαζομένους πλήρους και μερικής απασχόλησης· Το 2019 απασχολούσε συνολικά 864 εργαζομένους πλήρους και μερικής απασχόλησης. Σήμερα δε (εν έτει 2020), απασχολεί περίπου 1.300 εργαζομένους, εκ των οποίων ενδεικτικά αναφέρουμε ότι τα άτομα πλήρους απασχόλησης ανέρχονται σε περίπου 100». Θα πρέπει να σημειωθεί ότι με την άσκηση της προσφυγής της, η προσφεύγουσα δεν απαιτείται να προσκομίσει περαιτέρω έγγραφα προς απόδειξη αυτών των ισχυρισμών και, συνακόλουθα, ο δεύτερος λόγος προβάλλεται με έννομο συμφέρον και θα πρέπει να εξεταστεί.

20. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο προσβαλλόμενος όρος του άρθρου 2.2.6 β) της Διακήρυξης είναι φωτογραφικός υπέρ μίας συγκεκριμένης εταιρείας, η οποία είναι η μόνη δυνάμενη να συμμετάσχει στη διαγωνιστική διαδικασία και την οποία δεν κατονομάζει. Ωστόσο, ως έχει παγίως κριθεί, προκειμένου να είναι ορισμένος ισχυρισμός περί φωτογραφικού όρου διακήρυξης, πρέπει να κατονομάζεται ο οικονομικός φορέας που είναι ο μόνος δυνάμενος να συμμετάσχει ως συνέπεια της εν θέματι προδιαγραφής (ΣΤΕ (Ασφ) 314/2013, ΕΑ ΣΤΕ 474, 829, 1354/2009). Κατά συνέπεια, ο εν λόγω ισχυρισμός θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

21. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται περαιτέρω ότι ο προσβαλλόμενος όρος παραβιάζει τις διατάξεις των άρθρων 18 παρ. 1 και 75 παρ. 1 και 4 του Ν. 4412/2016, επειδή δεν είναι ανάλογος του αντικειμένου της σύμβασης. Όπως προκύπτει από τις διατάξεις του άρθρου 75, όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους

αναγκαίους ανθρώπινους πόρους για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Όμως, οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να 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 τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Με άλλα λόγια, όλες οι απαιτήσεις πρέπει να σχετίζονται και να είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από το Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, όπου εξειδικεύεται το φυσικό αντικείμενο για τις εργασίες καθαρισμού 13 εγκαταστάσεων φοιτητικών ή σπουδαστικών εστιών, το προσωπικό που απαιτείται να απασχοληθεί αφορά σε 48 εργαζόμενους σε βάρδιες μερικής απασχόλησης και σε 5 εργαζόμενους σε οκτάωρες βάρδιες πλήρους απασχόλησης. Όπως προβάλλει περαιτέρω η προσφεύγουσα και δεν αμφισβητείται από την αναθέτουσα αρχή, *«ακόμα, δε, και αν γίνει αναγωγή των συνολικών ωρών εργασίας σε άτομα πλήρους απασχόλησης, προκύπτει η ανάγκη για απασχόληση περίπου σαράντα έξι (46) ατόμων πλήρους απασχόλησης»*. Πράγματι, η απαίτηση για τη διάθεση την τελευταία τετραετία 120 ατόμων πλήρους απασχόλησης ανά έτος φαίνεται ότι υπερβαίνει κατά πολύ τις ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης, όπως αυτές προδιαγράφονται στη Διακήρυξη. Θα πρέπει να σημειωθεί ότι η αναθέτουσα αρχή ούτε με τις Απόψεις της τεκμηριώνει την ανάγκη για τη συγκεκριμένη απαίτηση, καθώς πέρα από γενικόλογες αναφορές στην αρχή της αναλογικότητας και στον προϋπολογισμό του έργου δεν αντικρούει με στοιχεία τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας σχετικά με την ανάγκη απασχόλησης 46 ατόμων πλήρους απασχόλησης για την ομαλή εκτέλεση του έργου. Θα πρέπει ωστόσο να σημειωθεί ότι αβάσιμα προβάλλει η προσφεύγουσα ότι ο προσβαλλόμενος όρος είναι και ασαφής, καθώς από το άρθρο 2.2.8.2 της Διακήρυξης (Αποδεικτικά μέσα) και συγκεκριμένα από τον όρο Β.4 περ. β), ο οποίος αναφέρει ότι *«[...] Το πλήθος του προσωπικό αποδεικνύεται με την κατάθεση των ετήσιων πινάκων προσωπικού του οικονομικού φορέα κατά την τελευταία τετραετία»* συνάγεται ευχερώς ότι το «διαθέσιμο» προσωπικό θα πρέπει να είναι και «απασχολούμενο». Από τα προαναφερόμενα συνάγεται ότι

ο προσβαλλόμενος όρος της περίπτωσης β) της παραγράφου 2.2.6 της Διακήρυξης σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των προσφερόντων δεν αποδεικνύεται ανάλογος του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης και δεν περιορίζει τις απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες, ώστε να διασφαλίζεται απλώς ότι ο υποψήφιος διαθέτει τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση του έργου. Για τον λόγο αυτό, ο όρος της περίπτωσης β) της παραγράφου 2.2.6 της Διακήρυξης θα πρέπει να ακυρωθεί, προκειμένου να τροποποιηθεί και να τεκμηριωθεί κατάλληλα, σε σχέση με τις υπό ανάθεση υπηρεσίες.

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

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

24. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, ποσού 15.000,00€, που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, κατά τα κριθέντα στις σκέψεις 21 - 22 της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου, ποσού 15.000,00€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 14.05.2020 και εκδόθηκε στις 18.05.2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Σιδέρη Μαρία-Ελένη

Η Γραμματέας

**Τσουλούφα Αργυρώ
α/α
Μαραντίδου Φωτεινή**