

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 14.08.2019 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Εισηγήτρια και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 08.07.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/856/09.07.2019 της προσφεύγουσας ένωσης οικονομικών φορέων που απαρτίζεται από: α) την εταιρεία με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....» και β) την εταιρεία με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ ΛΑΜΙΑΣ [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. Β/13363/14.06.2019 Διακήρυξη, με αντικείμενο την ανάθεση της υπηρεσίας «Σίτισης Ασθενών & Εφημερευόντων Ιατρών του Γ.Ν. Λαμίας».

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. Β/13363/14.06.2019 Διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοιχτός, ηλεκτρονικός Διαγωνισμός άνω των ορίων, με αντικείμενο την ανάθεση της υπηρεσίας «Σίτισης Ασθενών & Εφημερευόντων

## Αριθμός απόφασης: 972/2019

Ιατρών του Γ.Ν. Λαμίας» για ένα (1) έτος, προϋπολογισθείσας δαπάνης 565.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με δικαίωμα προαίρεσης ενός (1) έτους, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.130.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής. Η εν λόγω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 14.06.2019 με ΑΔΑΜ:19PROC005119018 και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Α/Α 75860. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 18.07.2019 και ώρα 23.59 μ.μ., ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 22.07.2019 και ώρα 11.00 π.μ. Ωστόσο, με την υπ' αριθμ. Β/15551/10.07.2019 απόφαση του Διοικητή του Νοσοκομείου αναβλήθηκε η διενέργεια του Διαγωνισμού έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί τη ασκηθείσας 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 285051727959 0902 0045, ποσού ευρώ δύο χιλιάδων διακοσίων εβδομήντα οκτώ ευρώ και είκοσι τριών λεπτών (€2.278,23) από την προσφεύγουσα ένωση, 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 αντικειμένου αλλά και του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 1.130.000,00€ συμπεριλαμβανομένων ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης), 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), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε μετά την 26.06.2017.

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, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την πλήρη, τεκμαιρόμενη γνώση της προσβαλλόμενης πράξης από την προσφεύγουσα ένωση, η οποία έλαβε χώρα την 29.06.2019, καθώς η Διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 14.06.2019 (ΑΔΑΜ:19PROC005119018).

6. Επειδή, η προσφεύγουσα ένωση θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής, καθώς τα μέλη που την απαρτίζουν δραστηριοποιούνται στον τομέα της υπό ανάθεση υπηρεσίας και προτίθεται να συμμετάσχει στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, πλην όμως οι προσβαλλόμενοι όροι της Διακήρυξης περιορίζουν, κατά τους ισχυρισμούς της χωρίς νόμιμο έρεισμα, τη συμμετοχή της ίδιας και την ανάπτυξη του ανταγωνισμού.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα ένωση προβάλλει ότι πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη Διακήρυξη, δεδομένου ότι – κατά τους ισχυρισμούς της – οι προσβαλλόμενοι όροι είναι αόριστοι, μη νόμιμοι και καταχρηστικοί, καθόσον κωλύουν τη συμμετοχή μικρομεσαίων επιχειρήσεων όπως το δεύτερο μέλος της ένωσης, παραβιάζοντας με τον τρόπο αυτό την αρχή της ανάπτυξης υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού, της απαγόρευσης των διακρίσεων και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Η προσφεύγουσα ένωση επικαλείται τις διατάξεις των άρθρων 18, 19 και 75 του Ν. 4412/2016 καθώς και την αιτιολογική σκέψη 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ισχυριζόμενη ειδικότερα τα εξής: Α. Σχετικά με τον προσβαλλόμενο όρο 2.2.5 της οικείας Διακήρυξης περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας σε συνδυασμό με τον εξίσου προσβαλλόμενο όρο 2.2.7. «16. Κατά τα οριζόμενα στον επίμαχο, προσβαλλόμενο με την παρούσα όρο 2.2.5 της υπ' αρ. πρωτ. Β/13363/14.06.2019 διακήρυξης του Γ.Ν. Λαμίας "Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς θα προσκομίσουν αντίγραφο του ισολογισμού

της επιχείρησης των δύο τελευταίων ετών από το οποίο να προκύπτει ύψος ιδίων κεφαλαίων επιχείρησης τουλάχιστον 1.000.000,00 € για τα δύο έτη. Εάν η επιχείρηση λειτουργεί ή ασκεί επιχειρηματική δραστηριότητα σχετικά με το υπό προμήθεια υλικό, κατά χρονικό διάστημα που δεν επιτρέπει την έκδοση, κατά νόμο, των παραπάνω ισολογισμών, υποβάλλει τους ισολογισμούς που έχουν εκδοθεί και τα σχετικά επίσημα στοιχεία που υπάρχουν κατά το διάστημα αυτό. Οι εταιρείες που εκ της φύσεώς τους δεν υποβάλουν ισολογισμό θα πρέπει να καταθέσουν καταστατικό που να καταγράφει το κεφάλαιο της εταιρείας με κατώτερο ύψος ιδίων κεφαλαίων επιχείρησης 1.000.000,00€, του οποίου η καταβολή και θα πιστοποιείται”. Για δε την απόδειξη πλήρωσης του εν λόγω ποιοτικού κριτηρίου επιλογής, προβλέπεται ότι “οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν δήλωση περί του κύκλου εργασιών, στο τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί αντικείμενο της σύμβασης για την προμήθεια του είδους για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις (2016, 2017 και 2018) κατ' ανώτατο όριο, συναρτήσει της ημερομηνίας σύστασης του οικονομικού φορέα ή έναρξης των δραστηριοτήτων του, εφόσον είναι διαθέσιμες οι πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών. Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα ανωτέρω δικαιολογητικά, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο έγγραφο”, (παρ. Β.3. όρου 2.2.9.2 περί Αποδεικτικών Μέσων της διακήρυξης). 17. Περαιτέρω, προκύπτει ότι οι όροι και ποιοτικές προϋποθέσεις της υπό κρίση διακήρυξης θα πρέπει να πληρούνται από κάθε ένα εκ των μελών μίας συμμετέχουσας στο διαγωνισμό Ένωσης χωριστά. Ειδικότερα, στην προτελευταία παράγραφο του όρου 2.2.7 της διακήρυξης, προβλέπεται ότι “Σε περίπτωση ενώσεων προμηθευτών/κοινοπραξιών που υποβάλλουν κοινή προσφορά, τα ανωτέρω δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την χρηματοοικονομική και τεχνική ικανότητα, του υποψηφίου Αναδόχου, καθώς και την πιστοποίηση αυτού κατά ISO-HACCP, πρέπει να κατατεθούν για καθένα από τους συμμετέχοντες στην Ένωση ή Κοινοπραξία”. 18. Ωστόσο, ο ανωτέρω όρος αντίκειται στις διατάξεις της παραγράφου 2, άρθρου 19 Ν. 4412/2016 (άρθρο 19 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), σύμφωνα με την οποία “2. Στις διαδικασίες

σύναψης συμβάσεων μπορούν να συμμετέχουν ενώσεις οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν από τις εν λόγω ενώσεις να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή προσφοράς ή την αίτηση συμμετοχής. Όπου κρίνεται αναγκαίο, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να διευκρινίζουν στα έγγραφα της σύμβασης τον τρόπο με τον οποίο οι ενώσεις οικονομικών φορέων θα πρέπει να πληρούν τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ή τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατά τα άρθρα 75, 76 και 77 εφόσον αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους και είναι σύμφωνο με την αρχή της αναλογικότητας. Ειδικά, στις διαδικασίες σύναψης σύμβασης μελετών ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, η πλήρωση των απαιτήσεων της παρ. 2 του άρθρου 75, καθώς και του άρθρου 77 πρέπει να ικανοποιείται από όλα τα μέλη της ένωσης. Η πλήρωση των απαιτήσεων των παραγράφων 3 και 4 του άρθρου 75, αρκεί να ικανοποιείται από ένα εκ των μελών της ένωσης. Επιπλέον, πάγιοι όροι, όσον αφορά τον τρόπο με τον οποίο οι ενώσεις οικονομικών φορέων ικανοποιούν τις απαιτήσεις του άρθρου 75 τίθενται στα άρθρα 76 και 77, όσον αφορά σε δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, καθώς και σε πρότυπα εγγράφων σύμβασης. Όροι που αφορούν την εκτέλεση της σύμβασης από ενώσεις οικονομικών φορέων, διαφορετικοί από εκείνους που επιβάλλονται σε μεμονωμένους συμμετέχοντες, πρέπει επίσης να δικαιολογούνται από αντικειμενικούς λόγους και να είναι σύμφωνοι με την αρχή της αναλογικότητας". 19. Στην ανωτέρω παρατιθέμενη παράγραφο 2 του άρθρου 19, ν. 4412/2016 ορίζεται ότι οι ενώσεις οικονομικών φορέων, στις οποίες ανήκουν και οι κάθε μορφής προσωρινές συμπράξεις αυτών, μπορούν να υποβάλουν προσφορά ή να εμφανίζονται ως υποψήφιοι. Για την υποβολή μιας προσφοράς ή μιας αίτησης συμμετοχής, η διάταξη ορίζει ότι οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να απαιτούν να έχουν οι ενώσεις οικονομικών φορέων συγκεκριμένη νομική μορφή. Παρόμοια πρόβλεψη περιλαμβανόταν και υπό το προγενέστερο καθεστώς, στο άρθρο 39 παρ. 2 του ΠΔ 60/2007 (αρ. 4 Οδηγίας 2004/18). Στο πλαίσιο της ενιαίας εσωτερικής αγοράς και του αποτελεσματικού

ανταγωνισμού, η διασφάλιση της συμμετοχής του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού επιχειρήσεων στους διαγωνισμούς είναι προς το συμφέρον του ενωσιακού δικαίου. Για το λόγο αυτό, η έννοια του «οικονομικού φορέα» ερμηνεύεται διασταλτικά, ώστε να καλύπτει κάθε πρόσωπο ή/και οντότητα που προσφέρει την εκτέλεση εργασιών, την προμήθεια προϊόντων ή την παροχή υπηρεσιών στην αγορά, ανεξαρτήτως της νομικής μορφής υπό την οποία έχει επιλέξει να λειτουργεί. Ως εκ τούτου, η έννοια του οικονομικού φορέα περιλαμβάνει εταιρίες, υποκαταστήματα, θυγατρικές, συμπράξεις, συνεταιριστικές επιχειρήσεις, εταιρίες περιορισμένης ευθύνης, πανεπιστήμια, δημόσια και ιδιωτικά, και άλλες μορφές οντοτήτων πλην των φυσικών προσώπων, ασχέτως του εάν πρόκειται υπό όλες τις περιστάσεις για “νομικά πρόσωπα”. Περιλαμβάνει επίσης και την περίπτωση ομίλων οικονομικών φορέων, ακόμη και όταν συνασπίζονται υπό μορφή προσωρινής ένωσης. Έτσι, οι ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις ή οι προσφέροντες μπορούν να εμφανίζονται είτε ως φυσικά πρόσωπα είτε ως νομικά πρόσωπα, είτε ως ενώσεις επιχειρήσεων ή κοινοπραξίες, ιδίως όταν πρόκειται για πολύπλοκες δημόσιες συμβάσεις και η κάθε μία διαθέτει εμπειρία και εξειδίκευση σε διαφορετικούς τομείς. Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή δεν επιτρέπεται, για παράδειγμα, να περιορίσει τη συμμετοχή σε δημόσια σύμβαση μόνο σε επιχειρήσεις με μετοχικό κεφάλαιο, [βλ. Ράικο/Ε. Βλάχου/Ε. Σαββίδη, Άρθρο 19. Οικονομικοί φορείς (άρθρο 19 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), σε: Δημόσιες Συμβάσεις - Ν. 4412/2016 - Ερμηνεία κατ' άρθρο, τόμ. 1, 2018, σ. 159-164, Sakkoulas-Online.gr]. 20. Επιπλέον, πέραν της ρητής μνείας στο νόμο, κατά την παράγραφο 2 άρθρου 19 Ν. 4412/2016, ευνόητο και σύμφωνο προς το σκοπό ανάπτυξης του ανταγωνισμού δια της εισόδου νεοεισερχομένων και μικρομεσαίων επιχειρήσεων στην αγορά δημοσίων συμβάσεων, είναι ότι τα ποιοτικά κριτήρια επιλογής και αξιολόγησης που τίθενται εκ της διακήρυξης αρκεί να πληρούνται εκ του ενός μέλους της Ένωσης, [Ράικος/Ε. Βλάχου/Ε. Σαββίδη, Άρθρο 75. Κριτήρια επιλογής (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), σε: Δημόσιες Συμβάσεις - Ν. 4412/2016 - Ερμηνεία κατ' άρθρο, τόμ. 1, 1η έκδ., 2018, σ. 710-725, Sakkoulas-Online.gr]. Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, τα μέλη αυτής μετέχουν τα ίδια στη διαδικασία ανάθεσης, υποβάλλουν

κοινή προσφορά και εν τέλει αναλαμβάνουν ευθέως εκ της κοινής προσφοράς τους και της κοινής συμμετοχής τους στη διαδικασία, υποχρεώσεις έναντι της αναθέτουσας αρχής, κατ' άρ. 19 παρ. 4 Ν. 4412/2016, (εκ της σκέψης 6 της ΑΕΠΠ 269/2018), ήτοι τα μέλη Ένωσης εταιριών υποβάλλουν μία, κοινή και ενιαία προσφορά, τα στοιχεία της οποίας δεν αξιολογούνται αυτοτελώς για κάθε μέλος, αλλά ενιαία και αθροιστικά, ενώ το αυτό συντρέχει και ως προς την περίπτωση πλήρωσης των απαιτούμενων εκ της διακήρυξης ποιοτικών κριτηρίων επιλογής, που εξίσου αφορούν ενιαία την Ένωση και δεν απαιτείται να πληρούνται αυτοτελώς από το εκάστοτε μέλος αυτής. Συνάγεται, λοιπόν, ότι η επίμαχη ως άνω ρήτρα της υπό κρίση, με αρ. πρωτ. Β/13363/14.06.2019 διακήρυξης του Γ.Ν. Λαμίας είναι όλως καταχρηστική και μη νόμιμη, καθώς αντιβαίνει στις ανωτέρω διατάξεις ενωσιακού και εσωτερικού δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων. Έτι περαιτέρω, πλήττει και την ίδια τη συμμετοχή των προσφευγουσών εταιριών μας στον παρόντα ηλεκτρονικό διαγωνισμό, ενώ προτιθέμεθα όπως συμμετάσχουμε ως Ένωση εταιριών, πληρώντας τον επίμαχο όρο κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας δια της καθαρής θέσης της πρώτης εξ ημών προσφεύγουσας εταιρίας "ΑΝΟΔΙΚΗ SERVICES ΕΠΕ" [...]. 21. Πάντως, και υπό την εκδοχή των εδαφίων β' και δ' της παραγράφου 2, άρθρου 19 ν. 4412/2016, κατά την οποία γίνεται δεκτό ότι είναι επιτρεπτή η διευκρίνιση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, δια σχετικής ρήτρας της διακήρυξης, του τρόπου κατά τον οποίο οφείλουν να πληρούνται τα κριτήρια οικονομικής - χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής επαγγελματικής ικανότητας της Ένωσης οικονομικών φορέων, αυτή θα πρέπει να είναι σαφώς αιτιολογημένη, σύμφωνη προς την αρχή της αναλογικότητας και να δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους. Ήτοι, κατά τις εν λόγω διατάξεις της παραγράφου 2, άρθρου 19 ν. 4412/2016, θα ήτο δυνατή η αυτοτελής και επιμέρους εξέταση της πλήρωσης συγκεκριμένων κριτηρίων επιλογής επί του προσώπου εκάστου των μελών της ένωσης, όμως υπό τις εξής, αυστηρές προϋποθέσεις, κατά τις οποίες, κατ' αρχήν θα πρέπει να υφίσταται ειδική, σαφής και ρητή πρόβλεψη στο κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης και όχι εκ των υστέρων κατά διασταλτική ερμηνεία της, μεταβολή των όρων της, καθώς επίσης

να δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους και να είναι σύμφωνο με την αρχή της αναλογικότητας. Εν προκειμένω, παρότι δύναται να θεωρηθεί ότι υφίσταται σχετική πρόβλεψη κατά τον επίμαχο προσβαλλόμενο όρο 2.2.7 της διακήρυξης, η εν λόγω απαίτηση ουδόλως συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης, που αφορά σε μία συνήθη υπηρεσία σίτισης ασθενών και εφημερευόντων ιατρών νοσοκομείου, χωρίς οιαδήποτε πολυπλοκότητα ή εξειδίκευση – ως συνέτρεχε για παράδειγμα στην περίπτωση του διαγωνισμού σχολικών γευμάτων του φορέα του ΟΠΕΚΑ (ΕΑ ΣτΕ 203/2018) – και ως εκ τούτου, οι σχετικοί προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης είναι δυσανάλογοι προς το συμβατικό αντικείμενο και θα πρέπει να ακυρωθούν. 22. Εξάλλου, θα ήταν και αντιφατικό και δη αντίθετο στον ίδιο τον Ν. 4412/2016, καθώς και τις οικείες διατάξεις της διακήρυξης (όρος 2.2.8), να επιτρέπεται μεν η στήριξη στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα για την πλήρωση κριτηρίων επιλογής περί την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, και στον αντίποδα, να μην επιτρέπεται η εξ ενώσεως οικονομικών φορέων στήριξη στις ικανότητες των ίδιων των μελών της όσον αφορά τα ίδια κριτήρια, (βλ. σχετ. σκ. 7, σελ. 20 της ΑΕΠΠ 269/2018). 23. Επιπλέον, αξίζει να σημειωθεί ότι κατά τη συνήθη πρακτική, οι αναθέτουσες αρχές προβλέπουν και τυποποιούν όρους και προϋποθέσεις πλήρωσης του κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που συναρτώνται προς τον ετήσιο κύκλο εργασιών των συμμετεχόντων σε ένα διαγωνισμό, κατά τα απαιτούμενα εκ της παρούσας διακήρυξης αποδεικτικά μέσα όρου 2.2.9.2, παράγραφος Β3, και μάλιστα προς τον κύκλο εργασιών για το επίμαχο κάθε φορά αντικείμενο δραστηριότητας. Ωστόσο, εν προκειμένω, αυτή καθαυτή η σχετική απαίτηση συναρτάται προς τα ίδια κεφάλαια, άλλως την καθαρή θέση των υποψηφίων διαγωνιζομένων επιχειρήσεων, η οποία και συνιστά τρόπο μέτρησης της αξίας της επιχείρησης, ενώ παράλληλα είναι ενδεικτική της πιστοληπτικής ικανότητας της επιχείρησης. Αναφορικά με την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τα ειδικότερα μέσα απόδειξης αυτής, υφίσταται σχετική πρόβλεψη στις διατάξεις της παρ. 4 του άρθρου 80 του ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με το Μέρος Ι του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016, τα



οποία και μπορούν οι αναθέτουσες αρχές να υποδεικνύουν στην προκήρυξη διαγωνισμού ή στην πρόσκληση υποβολής προσφορών. Πιο συγκεκριμένα, σύμφωνα με το Μέρος Ι του ως άνω Παραρτήματος, η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα είναι δυνατόν, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα δικαιολογητικά: α) κατάλληλες τραπεζικές βεβαιώσεις ή, όπου ενδείκνυται, πιστοποιητικό ασφαλιστικής κάλυψης επαγγελματικών κινδύνων, β) οικονομικές καταστάσεις ή αποσπάσματα οικονομικών καταστάσεων, στην περίπτωση που η δημοσίευση των οικονομικών καταστάσεων απαιτείται από τη νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας, γ) δήλωση περί του ολικού ύψους του κύκλου εργασιών και, κατά περίπτωση του κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις κατ' ανώτατο όριο, συναρτήσει της ημερομηνίας σύστασης του οικονομικού φορέα ή έναρξης των δραστηριοτήτων του, εφόσον είναι διαθέσιμες οι πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών. Ειδικά αναφέρεται ότι, εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίζει τα δικαιολογητικά που ζητεί η αναθέτουσα αρχή, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο έγγραφο, το οποίο η αναθέτουσα αρχή κρίνει κατάλληλο. Ο Ν. 4412/2016 δίνει την ευχέρεια στις αναθέτουσες αρχές να επιλέγουν τα δικαιολογητικά που πρέπει να προσκομίσουν οι υποψήφιοι-προσφέροντες για να αποδείξουν την οικονομική και χρηματοοικονομική τους επάρκεια. Συγκεκριμένα η εν λόγω διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής αφορά όχι μόνον τα ελάχιστα επίπεδα οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, αλλά και την επιλογή των στοιχείων απόδειξης αυτής, οφείλει, δε, να κινείται στο πνεύμα της διευκόλυνσης συμμετοχής των μικρομεσαίων επιχειρήσεων αλλά και αλλοδαπών οικονομικών φορέων. 24. Από το σύνολο των ανωτέρω προβαλλόμενων αιτιάσεων μας, σαφώς τεκμηριώνονται οι ισχυρισμοί της παρούσας, ήτοι ότι οι κατά την παρούσα προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης είναι μη νόμιμοι, ενώ καταχρηστικά τέθηκαν ως απαιτήσεις εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, καθώς περαιτέρω είναι δυσανάλογοι προς την έκταση, τις

απαιτήσεις και τον προϋπολογισμό της προκηρυσσόμενης σύμβασης, μη εύλογοι και καταχρηστικοί, καθότι κατατείνουν στην παρεμπόδιση της συμμετοχής οικονομικών φορέων, όπως οι προσφεύγουσες εταιρίες μας, που υπό τη μορφή της Ένωσης εταιριών καλύπτουν από κοινού και αθροιστικά – ως προβλέπεται – το σύνολο των απαιτούμενων εκ της παρούσας διακήρυξης όρων και προϋποθέσεων συμμετοχής, καθώς και των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, συμπεριλαμβανομένου του επίμαχου, περί ου ο λόγος, όρου 2.2.5 περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας σε συνδυασμό με τον όρο 2.2.7 της υπό κρίση διακήρυξης. Συνάγεται, λοιπόν, ότι οι όροι 2.2.5 σε συνδυασμό με την επίμαχη προτελευταία παράγραφο όρου 2.2.7 της υπ' αρ. πρωτ. Β13363/14.06.2019 διακήρυξης χρήζουν ακύρωσης, ως μη νόμιμοι, εκ μέρους της Αρχής σας και στα πλαίσια αυτά, οι σχετικοί λόγοι της παρούσας προσφυγής θα πρέπει να γίνουν αποδεκτοί». Β. Σχετικά με την προσβαλλόμενη ρήτρα παραγράφου Β5, όρου 2.2.9.2 της οικείας Διακήρυξης. «25. Στην υπό κρίση με αρ. πρωτ. Β13363/14.06.2019 διακήρυξη του Γ.Ν. Λαμίας και ειδικότερα στα μέσα απόδειξης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής διαγωνιζομένων, παραγράφου Β5 (σελίδα 24 από 96), όρου 2.2.9.2 της διακήρυξης, ορίζονται τα εξής: “Β.5. Για την απόδειξη της συμμόρφωσης τους με πρότυπα – συστήματα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης της παραγράφου 2.2.7 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: α) Πιστοποιητικό από κοινοποιημένο στην Ευρωπαϊκή Ένωση οργανισμό, ότι ο συμμετέχων τηρεί Σύστημα Διασφάλισης Ποιότητας, σύμφωνα με την ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ./1348/2004 (ΦΕΚ32/16-01-04) Υπουργική Απόφαση “Αρχές και κατευθυντήριες γραμμές ορθής πρακτικής διανομής ιατροτεχνολογικών προϊόντων”. β) Πιστοποιητικό από κοινοποιημένο στην Ευρωπαϊκή Ένωση οργανισμό, ότι ο κατασκευαστής τηρεί Σύστημα Διασφάλισης Ποιότητας, σε περίπτωση που ο προμηθευτής δεν είναι ο ίδιος κατασκευαστής του προϊόντος”.

26. Όπως εύλογα και προφανώς προκύπτει από την πρώτη περίπτωση του ως άνω όρου, η παρούσα διακήρυξη του υπό κρίση διαγωνισμού απαιτεί την προσκόμιση πιστοποιητικού, ως αποδεικτικού μέσου, που αφορά σε μη συναφές και μάλιστα παντελώς διαφορετικό αντικείμενο προς εκείνο της

προκηρυσσόμενης σύμβασης. Με τη μνημονευόμενη στον οικείο, προσβαλλόμενο όρο, Υπουργικής Απόφαση με αρ. ΔΥ8δ/Γ.Π. οικ/1348 (ΦΕΚ Β'32/16.1.2004) για τις "Αρχές και κατευθυντήριες γραμμές ορθής πρακτικής διανομής ιατροτεχνολογικών προϊόντων", σκοπός είναι η τήρηση συστήματος αρχών και κατευθυντηρίων γραμμών, όσον αφορά την ορθή πρακτική διανομής για τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα των ΚΥΑ ΔΥ7/οικ.2351/94, ΔΥ7/οικ.2480/94 (όπως τροποποιήθηκε και συμπληρώθηκε με τις ΚΥΑ ΔΥ8δ/ΓΠ οικ2740/2002 και ΔΥ8δ/ΓΠ οικ 44006/2002) και ΔΥ8δ/οικ 3607/892/2001, ώστε αυτά να μην αλλοιώνονται και να μην υποβαθμίζεται το επίπεδο ποιότητάς τους κατά τη διαδικασία της διανομής, (βλ. παρ. 1, άρθρου 1 της επίμαχης Υ.Α.). 27. Από τις δε διατάξεις της επίμαχης, εν λόγω Υπουργικής απόφασης, καταλαμβάνονται επιχειρήσεις "στον κύκλο εργασιών των οποίων περιλαμβάνεται η διανομή ιατροτεχνολογικών προϊόντων είτε αποκλειστικώς είτε παραλλήλως με οποιεσδήποτε άλλες δραστηριότητες, εξαιρουμένων των κατασκευαστικών επιχειρήσεων ιατροτεχνολογικών προϊόντων καθόσον αφορά τη διανομή των παραγόμενων από τις ίδιες προϊόντων", (βλ. παρ. 2, άρθρου 1 της επίμαχης Υ.Α.). Συνάγεται, λοιπόν, ότι ο παρών όρος σχετικής τυποποιούμενης απαίτησης του επίμαχου πιστοποιητικού της διακήρυξης είναι μη νόμιμος ως μη συναφής προς το συμβατικό αντικείμενο της υπό κρίση διακήρυξης, που αφορά σε υπηρεσίες σίτισης και ουδεμία σχέση έχει προς τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα και την πιστοποίηση που οφείλει να συντρέχει για την ασφαλή διανομή αυτών. Για το λόγο αυτό, είναι ευνόητο και αυταπόδεικτο ότι ο παρών, προσβαλλόμενος όρος 2.2.92., παράγραφος Β5, περ. α. της υπό κρίση διακήρυξης τυγχάνει εξ ολοκλήρου ακυρωτέος από την Αρχή σας». Γ. Σχετικά με τον προσβαλλόμενο όρο 2.3 περί Κριτηρίων ανάθεσης της οικείας Διακήρυξης. «28. Η διακήρυξη κατά το άρθρο 2.3 "Κριτήρια ανάθεσης" προβλέπει ότι: "2.3.1. Κριτήριο ανάθεσης της Σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας –τιμής, η οποία εκτιμάται βάση των κάτωθι κριτηρίων. Τα κριτήρια αξιολόγησης ομαδοποιούνται σε δύο επί μέρους Ομάδες Κριτηρίων, την Ομάδα Α και την Ομάδα Β. Οι ομάδες αυτές με τους αντίστοιχους συντελεστές βαρύτητας καθεμίας στο σύνολο της

βαθμολογίας, έχουν ως ακολούθως: ΟΜΑΔΑ ΚΡΙΤΗΡΙΩΝ Α: με συντελεστή βαρύτητας ομάδας 80% στο σύνολο (ογδόντα τοις εκατό). ΟΜΑΔΑ ΚΡΙΤΗΡΙΩΝ Β: με συντελεστή βαρύτητας ομάδας 20% στο σύνολο (είκοσι τοις εκατό) [...] 29. Στον ανωτέρω όρο της διακήρυξης δεν περιλαμβάνεται ρύθμιση περί των στοιχείων απόδειξης των κριτηρίων αξιολόγησης και των παραμέτρων ή των χαρακτηριστικών που η αναθέτουσα αρχή θα λάβει υπόψη για να καθορίσει την ακριβή βαθμολογία που θα δοθεί σε κάθε περίπτωση. Πρόκειται για κενό στη διακήρυξη που δε συνάδει ούτε με τη συνήθη πρακτική (βλ δειγματοληπτικά, Σχετικό 2, Διακήρυξη ΓΝ Ιπποκράτειο Θεσσαλονίκης, σελ. 40, Σχετικό 3, Πανεπιστήμιο Κρήτης, σελ. 20-21, Σχετικό 4, Πανεπιστήμιο Δυτικής Αττικής σελ. 22-24, Σχετικό 5, ΦΕ Ξάνθης σελ 19-20, Σχετικό 6, Οικονομικό Πανεπιστήμιο σελ 3033) και παραβιάζει τις θεμελιώδεις αρχές της ίσης μεταχείρισης κατά την ανάθεση συμβάσεων και της διαφάνειας, διότι προσφέρει στην αναθέτουσα αρχή αθέμιτη διακριτική ευχέρεια για την αξιολόγηση των τεχνικών και οικονομικών πλεονεκτημάτων των προσφορών. 30. Στην παρ. 4 του άρθρου 67 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, (που υιοθετήθηκε ως παρ. 9 άρθρου 86 του ν. 4412/2016) ενσωματώθηκαν ρητώς στο κείμενο (στο γράμμα) του άρθρου κάποιοι εκ των νομολογιακά διαμορφωθέντων κανόνων του Δ.Ε.Ε., και αναφέρονται και στην πρώτη αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ. Συγκεκριμένα, δηλαδή, ότι τα επιλεγμένα κριτήρια ανάθεσης δεν θα πρέπει να παρέχουν στην αναθέτουσα αρχή απεριόριστη ελευθερία επιλογής, ότι θα πρέπει να διασφαλίζουν τη δυνατότητα πραγματικού και δίκαιου ανταγωνισμού και να συνοδεύονται από ρυθμίσεις στη διακήρυξη που να επιτρέπουν την ουσιαστική εξακρίβωση των πληροφοριών που παρέχουν οι προσφέροντες, προκειμένου να αξιολογείται ο βαθμός ανταπόκρισής τους στα κριτήρια ανάθεσης, όπως ορίζεται κατά το 2ο εδάφιο της αιτιολογικής σκέψης 92 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, κατά την οποία προβλέπεται ότι: “Τα κριτήρια αυτά θα πρέπει, συνεπώς, να επιτρέπουν τη συγκριτική αξιολόγηση του επιπέδου απόδοσης που προσφέρει κάθε προσφορά σε συνάρτηση με το αντικείμενο της σύμβασης, όπως ορίζεται στις τεχνικές προδιαγραφές” (βλ Κατευθυντήρια Οδηγία ΕΑΑΔΗΣΥ , ΑΔΑ: ΩΛΝ4ΟΞΤΒ-ΜΙΦ). 31. Προκειμένου να εξασφαλιστεί η συμμόρφωση προς την αρχή της ίσης

μεταχείρισης κατά την ανάθεση συμβάσεων, στην παρ. 5 του άρθρου 67 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ προβλέπεται (όπως και στην παρ. 2 του άρθρου 53 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ) ότι οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να τηρούν τις απαιτούμενες συνθήκες διαφάνειας, ώστε να μπορούν όλοι οι προσφέροντες να ενημερώνονται επαρκώς για τα κριτήρια και τις ρυθμίσεις που θα ισχύσουν κατά τη λήψη της απόφασης για την ανάθεση της σύμβασης. Υποχρεώνονται, συνεπώς, οι αναθέτουσες αρχές να αναφέρουν τα κριτήρια ανάθεσης της σύμβασης και τη σχετική στάθμιση καθενός εξ αυτών. 32. Θα πρέπει να σημειωθεί ότι μια ειδικότερη μορφή διατύπωσης που επιτρέπει τον αποκλεισμό άνευ αντικειμενικής σύνδεσης με το συμβατικό αντικείμενο και δυσαναλόγως είναι και η ευρεία, γενικόλογη και αόριστη διατύπωση αυτών των κριτηρίων ανάθεσης στην οποία δεν περιλαμβάνονται τα στοιχεία απόδειξης και οι παράμετροι βαθμολόγησης, αφού έτσι καταλείπεται ιδιαίτερα διευρυμένο περιθώριο κρίσης στην αναθέτουσα ως προς την εκπλήρωση τους ή μη, με αποτέλεσμα την προσβολή της αρχής της διαφάνειας κατά το στάδιο της αξιολόγησης, ενέχοντας κίνδυνο αποκλεισμού καταλλήλων υποψηφίων αναδόχων. Τα παραπάνω δε, ισχύουν προεχόντως όταν, όπως στην προκειμένη περίπτωση, τα κριτήρια ανάθεσης διατυπώνονται με τρόπο που δεν ορίζεται με σαφήνεια το ελάχιστο εκείνο επίπεδο εκ του οποίου προκύπτει αυτομάτως η αντικειμενική τους εκπλήρωση ή και η υπερκάλυψή τους, διακινδυνεύοντας την ίδια την ικανότητα των οικονομικών φορέων να υποβάλουν άρτιες και ορθές προσφορές, προσβάλλοντας τη διαφάνεια της διαδικασίας και αφήνοντας περιθώρια για παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης. 33. Προκύπτει, όμως, ήδη από την απλή ανάγνωση ότι τα κριτήρια ανάθεσης του όρου 2.3.1 διατυπώνονται όλως αορίστως και χωρίς να δύναται να εξαχθεί για κανένα εξ αυτών το ελάχιστο εκείνο σημείο, στο οποίο θα θεωρούνται ως εκπληρούμενα και ο τρόπος απόδειξης της πλήρωσης ή υπερκάλυψης αυτών, καταλείποντας ούτως ευρύτατη ευχέρεια στην αναθέτουσα περί την κρίση της ως προς την εκπλήρωση αυτή και προσβάλλοντας έτσι τις αρχές της ισότιμης μεταχείρισης, της διαφάνειας, ως και του εν γένει υγιούς αποτελεσματικού ανταγωνισμού και δημιουργώντας εύλογη σύγχυση στους

μετέχοντες ως προς τον τρόπο με τον οποίο θα αξιολογηθεί η εκ μέρους τους πλήρωση των κριτηρίων ανάθεσης, αφού δεν προκύπτει ούτε δύνανται παραδεκτά να θεωρηθούν ως σημεία αναφοράς / αποδεικτικά μέσα από την υποβολή των οποίων καταφάσκει η παραδεκτή υποβολή της προσφοράς και η πλήρωση ή η υπερκάλυψη των κριτηρίων ανάθεσης. Επομένως, ολόκληρος ο όρος 2.3.1 πάσχει κατά το σύνολο των επιμέρους προβλέψεων του (πρβλ Απόφαση ΑΕΠΠ 120/2017). 34. Επιπλέον, επειδή κάθε κριτήριο αξιολόγησης βαθμολογείται αυτόνομα με βάση τα στοιχεία της προσφοράς και η βαθμολόγηση πρέπει να είναι πλήρως και ειδικά αιτιολογημένη και να περιλαμβάνει υποχρεωτικά, εκτός από τη βαθμολογία, και την λεκτική διατύπωση της κρίσης ανά κριτήριο, ως απαιτεί η παρ. 11 άρθρου 86, ν. 4412/2016, από τη στιγμή που δεν υφίστανται στη διακήρυξη τα στοιχεία απόδειξης των κριτηρίων ανάθεσης και οι παράμετροι επί τη βάση των οποίων θα κριθεί η κάλυψη ή η υπερκάλυψη του κάθε κριτηρίου, η διακήρυξη δεν είναι νόμιμη, καθώς επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής με απεριόριστη ελευθερία η οποία κατά το άρθρο 86, ν. 4412/2016 δεν επιτρέπεται, καθώς τα κριτήρια ανάθεσης αφενός θα πρέπει να αφορούν μετρήσιμα στοιχεία και αποδεικτικά μέσα που σχετίζονται με το αντικείμενο της σύμβασης και να είναι “επαρκώς εξειδικευμένα που ποσοτικοποιούνται αντικειμενικά” και αφετέρου κατά την αξιολόγηση των προσφορών, τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει να εφαρμόζονται κατά τρόπο αντικειμενικό και ενιαίο για όλους τους προσφέροντες, οφείλουν δε να συνοδεύονται από προδιαγραφές που να επιτρέπουν την αποτελεσματική επαλήθευση των πληροφοριών που παρέχονται από τους προσφέροντες, προκειμένου να αξιολογείται ο βαθμός συμμόρφωσής τους προς τα κριτήρια ανάθεσης. (βλ ΔΕΚ απόφαση της 20.9.1998, υπόθεση C-31/87, Gebroeders Beentjes BV κατά Staat der Nederlanden, σκ. 26, ΔΕΚ απόφαση στην υπόθεση C-448/01, ό.π., σκ. 37, ΔΕΚ απόφαση στην υπόθεση C-538/13, ό.π., σκ. 63, ΔΕΚ απόφαση της 24.11.2005, υπόθεση C331/04, ATI EAC Srl e Viaggi di Maio κατά Venecia κ.α, σκ. 21, ΔΕΚ απόφαση στην υπόθεση C-368/10, ό.π., σκ. 87 («Η τήρηση των αρχών της ισότητας, της απαγόρευσης των διακρίσεων και της διαφάνειας επιβάλλει όπως τα κριτήρια

ανάθεσης είναι αντικειμενικά ώστε να διασφαλίζεται η αντικειμενική σύγκριση και αξιολόγηση των προσφορών υπό συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού. Τέτοια περίπτωση δεν συντρέχει όταν τα κριτήρια παρέχουν στην αναθέτουσα αρχή απεριόριστη ελευθερία επιλογής»). [Πρβ. και τις από 15.12.2011 προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως *Juliane Kokott* στην ανωτέρω υπόθεση C-368/10, σημ. 104 και Δ. Ράικος/Ε. Βλάχου/Ε. Σαββίδη, Άρθρο 86. Κριτήρια ανάθεσης των συμβάσεων (άρθρο 67 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), σε: Δημόσιες Συμβάσεις - Ν. 4412/2016 - Ερμηνεία κατ' άρθρο, τόμ. 1, 2018, σ. 819-845, *Sakkoulas-Online.gr*].

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις υπ' αριθμ. Β/17767/09.08.2019 Απόψεις της, απαντά στους λόγους της προσφυγής ως εξής: «Α. Σχετικά με τους προσβαλλόμενους όρους 2.2.5 και 2.2.7 της διακήρυξης. Εκ παραδρομής της Αναθέτουσας Αρχής τέθηκε ως όρος οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας “αντίγραφο του ισολογισμού της επιχείρησης ... από το οποίο να προκύπτει ύψος ιδίων κεφαλαίων επιχείρησης τουλάχιστον 1.000.000,00€ για τα δύο έτη”. Ως εκ τούτου η σχετική απαίτηση της διακήρυξης δεν θα ληφθεί υπόψιν κατά τη βαθμολογία των συμμετεχόντων από την επιτροπή διενέργειας και αξιολόγησης του διαγωνισμού. Περί της τροποποίησης του σχετικού όρου της διακήρυξης θα ακολουθήσει σχετική ανάρτηση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού κατόπιν εκδόσεως της σχετικής Απόφασης της ΑΕΠΠ επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής. Β. Σχετικά με την προσβαλλόμενη ρήτρα της παραγράφου Β5, όρου 2.2.9.2 της οικείας διακήρυξης. Προφανώς εκ παραδρομής της Αναθέτουσας Αρχής ζητήθηκε για την απόδειξη της συμμόρφωσης με πρότυπα – συστήματα διασφάλισης ποιότητας, πιστοποιητικό από κοινοποιημένο στην Ευρωπαϊκή Ένωση οργανισμό, σύμφωνα με την ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ./1348/2004 Υπουργική Απόφαση περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων (άσχετο προϊόν με την Υπηρεσία του διαγωνισμού). Γ. Σχετικά με τον προσβαλλόμενο όρο 2.3 περί κριτηρίων ανάθεσης της οικείας διακήρυξης. Προτείνεται η απόρριψη του λόγου της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής

διότι η επιτροπή του διαγωνισμού θα αξιολογήσει τους συμμετέχοντες βάσει των δικαιολογητικών που απαιτούνται να προσκομίσουν στο διαγωνισμό».

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, στο άρθρο 18 του Ν. 4412/2018 (Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων) προβλέπεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου



(άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων [...]».

11. Επειδή, στο άρθρο 19 του Ν. 4412/2016 (Οικονομικοί φορείς) προβλέπεται ότι: «1. Οι οικονομικοί φορείς οι οποίοι, δυνάμει της νομοθεσίας του κράτους - μέλους στο οποίο είναι εγκατεστημένοι, έχουν δικαίωμα να παρέχουν τη συγκεκριμένη υπηρεσία δεν απορρίπτονται με μοναδική αιτιολογία το γεγονός ότι, δυνάμει της νομοθεσίας του κράτους - μέλους στο οποίο πραγματοποιείται η ανάθεση της σύμβασης, θα έπρεπε να είναι είτε φυσικά είτε νομικά πρόσωπα. Ωστόσο, στην περίπτωση των δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών και έργων, καθώς και των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών που καλύπτουν, επιπλέον, εργασίες ή υπηρεσίες τοποθέτησης και εγκατάστασης, είναι δυνατόν να απαιτείται από τα νομικά πρόσωπα να αναφέρουν, στην προσφορά ή στην αίτηση συμμετοχής τους, τα ονόματα και τα επαγγελματικά προσόντα των μελών του προσωπικού που επιφορτίζονται με την εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης. 2. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων μπορούν να συμμετέχουν ενώσεις οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν από τις εν λόγω ενώσεις να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή προσφοράς ή την αίτηση συμμετοχής. Όπου κρίνεται αναγκαίο, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να διευκρινίζουν στα έγγραφα της σύμβασης τον τρόπο με τον οποίο οι ενώσεις οικονομικών φορέων θα πρέπει να πληρούν τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ή τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατά τα άρθρα 75, 76 και 77 εφόσον αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους και είναι σύμφωνο με την αρχή της αναλογικότητας. Ειδικά, στις διαδικασίες σύναψης σύμβασης μελετών ή παροχής τεχνικών και

λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, η πλήρωση των απαιτήσεων της παρ. 2 του άρθρου 75, καθώς και του άρθρου 77 πρέπει να ικανοποιείται από όλα τα μέλη της ένωσης. Η πλήρωση των απαιτήσεων των παραγράφων 3 και 4 του άρθρου 75, αρκεί να ικανοποιείται από ένα εκ των μελών της ένωσης. Επιπλέον, πάγιοι όροι, όσον αφορά τον τρόπο με τον οποίο οι ενώσεις οικονομικών φορέων ικανοποιούν τις απαιτήσεις του άρθρου 75 τίθενται στα άρθρα 76 και 77, όσον αφορά σε δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, καθώς και σε πρότυπα εγγράφων σύμβασης. Όροι που αφορούν την εκτέλεση της σύμβασης από ενώσεις οικονομικών φορέων, διαφορετικοί από εκείνους που επιβάλλονται σε μεμονωμένους συμμετέχοντες, πρέπει επίσης να δικαιολογούνται από αντικειμενικούς λόγους και να είναι σύμφωνοι με την αρχή της αναλογικότητας. 3. Ανεξαρτήτως της παρ. 2, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτήσουν από τις ενώσεις οικονομικών φορέων να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή εφόσον τους ανατεθεί η σύμβαση, στο μέτρο που η περιβολή αυτής της νομικής μορφής είναι αναγκαία για την ικανοποιητική εκτέλεση της σύμβασης. Ειδικά, στην περίπτωση δημοσίων συμβάσεων έργου, η νομική μορφή της αναδόχου - ένωσης, πρέπει να είναι τέτοια ώστε να εξασφαλίζεται η ύπαρξη ενός και μοναδικού αριθμού φορολογικού μητρώου για την ένωση (π.χ. κοινοπραξία συσταθείσα δια συμβολαιογραφικού εγγράφου). 4. Στις περιπτώσεις υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, όλα τα μέλη της ευθύνονται έναντι της αναθέτουσας αρχής αλληλέγγυα και εις ολόκληρον. Σε περίπτωση ανάθεσης της σύμβασης στην ένωση, η ευθύνη αυτή εξακολουθεί μέχρι πλήρους εκτέλεσης της σύμβασης».

12. Επειδή, στο άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 (Κριτήρια επιλογής) προβλέπεται ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις

παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης [...] 3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων. Ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει τους βασικούς λόγους για την απαίτηση αυτή στα έγγραφα της σύμβασης ή στη χωριστή έκθεση που προβλέπεται στο άρθρο 341. Η αναλογία, ενδεικτικά, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού μπορεί να λαμβάνεται υπόψη όταν η αναθέτουσα αρχή προσδιορίζει τις μεθόδους και τα κριτήρια της συνεκτίμησης αυτής στα έγγραφα της σύμβασης. Οι μέθοδοι και τα κριτήρια αυτά χαρακτηρίζονται από διαφάνεια, αντικειμενικότητα και αποφυγή διακρίσεων. Όταν μια σύμβαση υποδιαιρείται σε τμήματα, το παρόν άρθρο εφαρμόζεται σε σχέση με κάθε επιμέρους τμήμα. Εντούτοις, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καθορίζει τον ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών που πρέπει να έχουν οι

*οικονομικοί φορείς ανά ομάδες τμημάτων, αν ανατεθούν στον ανάδοχο περισσότερα τμήματα που πρέπει να εκτελεστούν ταυτοχρόνως. Εάν οι συμβάσεις βάσει συμφωνίας-πλαίσιο πρόκειται να ανατεθούν μετά από προκήρυξη νέου διαγωνισμού, η μέγιστη απαίτηση ετήσιου κύκλου εργασιών που αναφέρεται στο πέμπτο εδάφιο της παρούσας παραγράφου υπολογίζεται βάσει του αναμενόμενου μέγιστου μεγέθους των συγκεκριμένων συμβάσεων που θα εκτελεστούν ταυτοχρόνως ή , εάν αυτό δεν είναι γνωστό, βάσει της εκτιμώμενης αξίας της συμφωνίας-πλαίσιο. Στην περίπτωση δυναμικών συστημάτων αγορών, η μέγιστη απαίτηση ετήσιου κύκλου εργασιών που αναφέρεται στο πέμπτο εδάφιο υπολογίζεται βάσει του αναμενόμενου μέγιστου μεγέθους των συγκεκριμένων συμβάσεων που πρόκειται να ανατεθούν στο πλαίσιο του εν λόγω συστήματος [...]».*

13. 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.

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, 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).

16. Επειδή, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον προσβαλλόμενο 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 ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδ. Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

17. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής, με τον οποίο προσβάλλονται οι όροι 2.2.5 και 2.2.7 της Διακήρυξης, θα πρέπει να σημειωθεί ότι πράγματι, όπως βάσιμα προβάλλει η προσφεύγουσα ένωση, το άρθρο 19 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 προβλέπει ότι, ναι μεν εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να διευκρινίσει στα έγγραφα της σύμβασης τον τρόπο με τον οποίο οι ενώσεις οικονομικών φορέων θα πρέπει να πληρούν τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, ωστόσο η εν λόγω απαίτηση θα πρέπει να δικαιολογείται από αντικειμενικούς

λόγους και να είναι σύμφωνη με την αρχή της αναλογικότητας. Εν προκειμένω, με την παράγραφο 2.2.5 της διακήρυξης τίθεται ως κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας για τη συμμετοχή του οικονομικού φορέα στη διαγωνιστική διαδικασία η προσκόμιση αντιγράφου του ισολογισμού της επιχείρησης των δύο τελευταίων ετών, από το οποίο να προκύπτει ύψος ιδίων κεφαλαίων επιχείρησης τουλάχιστον 1.000.000,00 € για τα δύο έτη. Στην παράγραφο 2.2.7 της διακήρυξης διευκρινίζεται ότι, σε περίπτωση ενώσεων προμηθευτών/κοινοπραξιών που υποβάλλουν κοινή προσφορά, τα ανωτέρω δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την χρηματοοικονομική και τεχνική ικανότητα, του υποψηφίου, πρέπει να κατατεθούν για καθένα από τους συμμετέχοντες στην ένωση ή κοινοπραξία. Με τις προαναφερόμενες διατάξεις της διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή αποσαφήνισε, στο πλαίσιο του άρθρου 19 παρ. 2, ότι το κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας πρέπει να πληρούται σωρευτικά από όλα τα μέλη της ένωσης, χωρίς ωστόσο να αιτιολογήσει τον συγκεκριμένο περιορισμό και χωρίς να αποδείξει ότι η εν λόγω απαίτηση είναι σύμφωνη με την αρχή της αναλογικότητας. Λαμβάνοντας υπόψη ότι η δεύτερη εταιρεία που συμμετέχει στην προσφεύγουσα ένωση, με την επωνυμία «.....» δεν πληροί τη συγκεκριμένη απαίτηση, η οποία ωστόσο υπερκαλύπτεται από την πρώτη εταιρεία, με την επωνυμία «.....», προκύπτει ότι η προσφεύγουσα ένωση δεν μπορεί να συμμετάσχει στη διαγωνιστική διαδικασία με τη συγκεκριμένη μορφή. Αν και η αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε να παράσχει συμπληρωματική αιτιολογία με τις Απόψεις της σχετικά με τους αντικειμενικούς λόγους που την ώθησαν στην πρόβλεψη της προσβαλλόμενης απαίτησης καθώς και σχετικά με την τήρηση της αρχής της αναλογικότητας, ωστόσο συνομολόγησε ότι ο όρος αυτός δεν είναι αναγκαίος, ότι τέθηκε εκ παραδρομής και ότι προτίθεται να τροποποιήσει τη διακήρυξη μετά την έκδοση απόφασης από την ΑΕΠΠ επί της υπό κρίση Προσφυγής. Κατά συνέπεια, εφόσον και η ίδια η αναθέτουσα αρχή δια των Απόψεών της συνομολογεί ότι στο πλαίσιο της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας, η προσβαλλόμενη απαίτηση, η οποία στερεί από την προσφεύγουσα ένωση το δικαίωμα συμμετοχής στη διαγωνιστική διαδικασία,

δεν είναι αναγκαία, προκύπτει άνευ ετέρου ότι θα πρέπει να ακυρωθεί. Επιπροσθέτως, η προσφεύγουσα ένωση ανέπτυξε ισχυρισμούς κατά της επιλογής της αναθέτουσας αρχής να συναρτήσει στην παράγραφο 2.2.5 τις προϋποθέσεις πλήρωσης του συγκεκριμένου κριτηρίου ποιοτικής επιλογής προς τα ίδια κεφάλαια, άλλως την καθαρή θέση των επιχειρήσεων, ενώ στην παράγραφο 2.2.9.2 Β.3 ζήτησε ως αποδεικτικό δήλωση περί του κύκλου εργασιών. Ειδικότερα, ενώ στην παρ. 2.2.5 προέβλεψε ότι *«όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς θα προσκομίσουν αντίγραφο του ισολογισμού της επιχείρησης των δύο τελευταίων ετών από το οποίο να προκύπτει ύψος ιδίων κεφαλαίων επιχείρησης τουλάχιστον 1.000.000,00 € για τα δύο έτη»*, στην παρ. 2.2.9.2 αναφέρει ότι θα πρέπει να υποβληθεί *«δήλωση περί του κύκλου εργασιών, στο τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί αντικείμενο της σύμβασης για την προμήθεια του είδους για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις (2016, 2017 και 2018) κατ' ανώτατο όριο, συναρτήσει της ημερομηνίας σύστασης του οικονομικού φορέα ή έναρξης των δραστηριοτήτων του, εφόσον είναι διαθέσιμες οι πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών»*. Επειδή, πράγματι διαπιστώνεται διάσταση μεταξύ των προϋποθέσεων πλήρωσης του κριτηρίου και του τρόπου απόδειξης της πλήρωσής του, η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε να είχε εναρμονίσει τα προαναφερόμενα σημεία της διακήρυξης, τηρώντας όμως σε κάθε περίπτωση τις διατάξεις του άρθρου 80 του Ν. 4412/2016 και του Μέρους Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ίδιου νόμου, σχετικά με τα αποδεικτικά μέσα πλήρωσης του κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Καταληκτικά, ο πρώτος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθούν: α) η πρόβλεψη, σύμφωνα με την οποία, το κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας θα πρέπει να πληρούται από όλα τα μέλη της ένωσης (παρ. 2.2.7) και β) οι αντιφάσεις μεταξύ του εν λόγω κριτηρίου (παρ. 2.2.5) και του τρόπου απόδειξης της πλήρωσής του (παρ. 2.2.9.2. Β.3).

18. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο, ο οποίος αφορά τη συμπερίληψη όρου στην παράγραφο 2.2.9.2 Β.5 της διακήρυξης, σύμφωνα με τον οποίο «για την απόδειξη της συμμόρφωσής τους με πρότυπα – συστήματα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης της παραγράφου 2.2.7 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: α) Πιστοποιητικό από κοινοποιημένο στην Ευρωπαϊκή Ένωση οργανισμό, ότι ο συμμετέχων τηρεί Σύστημα Διασφάλισης Ποιότητας, σύμφωνα με την ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ./1348/2004 (ΦΕΚ32/16-01-04) Υπουργική Απόφαση “Αρχές και κατευθυντήριες γραμμές ορθής πρακτικής διανομής ιατροτεχνολογικών προϊόντων” [...]», η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί ότι η προσβαλλόμενη διάταξη τέθηκε εκ παραδρομής. Άλλωστε, είναι αυταπόδεικτο ότι η αναθέτουσα αρχή, η οποία ως Νοσοκομείο διενεργεί συχνά διαγωνισμούς για προμήθεια ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού, παρέλειψε εκ παραδρομής να απαλείψει την προαναφερόμενη διάταξη, η οποία ουδεμία σχέση έχει με την υπό ανάθεση υπηρεσία σίτισης ασθενών και ιατρών. Κατά συνέπεια και ο δεύτερος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί ο προσβαλλόμενος όρος της παρ. 2.2.9.2. Β.5 α).

19. Επειδή, όσον αφορά τον τρίτο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής, η προσφεύγουσα ένωση ισχυρίζεται ότι καταλείπεται αθέμιτη διακριτική ευχέρεια στην αναθέτουσα αρχή σχετικά με την αξιολόγηση και τη βαθμολόγηση των κριτηρίων των Ομάδων Α και Β, για τον λόγο ότι δεν προδιαγράφονται τα στοιχεία απόδειξης των εν λόγω κριτηρίων. Η αναθέτουσα αρχή απαντά ότι ο προβαλλόμενος ισχυρισμός πρέπει να απορριφθεί, καθώς η Επιτροπή Διαγωνισμού θα αξιολογήσει με βάση τα δικαιολογητικά που απαιτείται να προσκομίσουν οι συμμετέχοντες. Από την επισκόπηση της διακήρυξης προκύπτει ότι τα βαθμολογούμενα κριτήρια είναι τα εξής: Ομάδα Α: Σαφήνεια και πληρότητα της δομής της τεχνικής προσφοράς (5%), Συμφωνία της προσφοράς με τους όρους της διακήρυξης (5%), Προφίλ επιχείρησης του διαγωνιζόμενου (επιχειρηματική δομή/οργανόγραμμα, τομείς δραστηριότητας, εγκαταστάσεις, τεχνικός εξοπλισμός, μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό κατά την τελευταία τριετία) (25%), Εμπειρία, πελατολόγιο, κατάλογος



παρόμοιου είδους και μεγέθους έργων (15%), Χρηματοοικονομική επάρκεια (5%), Μεθοδολογία υλοποίησης του έργου (5%), Προτεινόμενο προσωπικό για την υλοποίηση του έργου (αριθμός ατόμων, εμπειρία, επαγγελματικά προσόντα), στοιχεία υπευθύνου για τον έλεγχο της ποιότητας, αναλυτικό πρόγραμμα εργασίας (20%), Συντελεστής Βαρύτητας Ομάδας Α' στο σύνολο 80%. Ομάδα Β: Περιγραφή μέτρων που λαμβάνει ο διαγωνιζόμενος για την εξασφάλιση της ποιότητας των παρεχόμενων υπηρεσιών (10%), Περιγραφή μέτρων για την αστική ευθύνη έναντι τρίτων από τις παρεχόμενες υπηρεσίες (5%), Χρονικό διάστημα σε ώρες που απαιτεί ο διαγωνιζόμενος να ειδοποιηθεί νωρίτερα από το νοσοκομείο, ώστε να ανταποκριθεί σε περίπτωση εκτάκτων και επείγουσών αναγκών (2%), Αριθμός επιπλέον ατόμων που μπορεί να διαθέσει ο διαγωνιζόμενος (αζημίως για το νοσοκομείο), ώστε να ανταποκριθεί σε περίπτωση εκτάκτων και επείγουσών αναγκών (3%), Συντελεστής Βαρύτητας Ομάδας Β' στο σύνολο 20%. Περαιτέρω, στην παράγραφο 2.3.2 (Βαθμολόγηση και κατάταξη προσφορών) προβλέπεται ότι: *«Η βαθμολόγηση κάθε κριτηρίου αξιολόγησης κυμαίνεται από 100 βαθμούς, στην περίπτωση που ικανοποιούνται ακριβώς όλοι οι όροι των τεχνικών προδιαγραφών, αυξάνεται δε μέχρι τους 120 βαθμούς όταν υπερκαλύπτονται οι απαιτήσεις του συγκεκριμένου κριτηρίου»*. Όσον αφορά το περιεχόμενο των τεχνικών προσφορών, οι οποίες θα αξιολογηθούν, προβλέπονται τα εξής: *«2.4.3.2 Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος II της Διακήρυξης περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα. Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν»*. Στο Παράρτημα II της Διακήρυξης περιγράφονται αναλυτικά οι απαιτήσεις και οι τεχνικές προδιαγραφές του έργου και ειδικότερα: 1. Υποχρεώσεις αναδόχου, 2.

Διαδικασία ελέγχου τροφίμων, 3. Διαδικασία ελέγχου αναδόχου, 4. Κανόνες υγιεινής, 5. Προσωπικό του αναδόχου, 6. Τελικές ρυθμίσεις. Από τα ανωτέρω στοιχεία της διακήρυξης συνάγεται ότι πράγματι, όπως βάσιμα προβάλλει η προσφεύγουσα ένωση, δεν προδιαγράφονται τα στοιχεία απόδειξης των επιμέρους απαιτήσεων της τεχνικής προσφοράς, ούτε οι ειδικότερες παραμέτρους της βαθμολόγησης, που θα επέτρεπαν αφενός την ουσιαστική εξακρίβωση των πληροφοριών που παρέχουν οι προσφέροντες και αφετέρου τη συγκριτική αξιολόγηση του επιπέδου απόδοσης που προσφέρει κάθε προσφορά σε συνάρτηση με το αντικείμενο της σύμβασης. Θα πρέπει να σημειωθεί ότι τα δικαιολογητικά που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή στις Απόψεις της, με βάση τα οποία αναφέρει ότι θα βαθμολογήσει η Επιτροπή Διαγωνισμού τις τεχνικές προσφορές, δεν προκύπτουν ευθέως από τη διακήρυξη, στην οποία γίνεται η γενικόλογη αναφορά της παρ. 2.4.3.2. Στην εν λόγω παράγραφο γίνεται παραπομπή στο Παράρτημα II των τεχνικών προδιαγραφών, στο οποίο όμως δεν γίνεται σαφής διάκριση των δικαιολογητικών που θα προσκομισθούν από τους προσφέροντες στο στάδιο υποβολής της τεχνικής προσφοράς και σε αυτά που θα προσκομισθούν από τον ανάδοχο πριν ή κατά την εκτέλεση της σύμβασης. Αντίθετα, γίνεται σε όλο το Παράρτημα αναφορά σε υποχρεώσεις του αναδόχου και όχι των προσφερόντων, ενώ π.χ. στην παρ. 5.1 του Παραρτήματος II αναφέρεται ότι: *«Η σύνθεση του προσωπικού που θα δηλωθεί στην προσφορά του αναδόχου θα πρέπει απαραίτητα να περιλαμβάνει: 1) Μάγειρα, 2) Βοηθό Μάγειρα, 3) Διαιτολόγο, 4) Καθαρίστριες, 5) Λαντζέρες, 6) Βοηθό Κουζίνας [...]»*. Από τα ανωτέρω αναφερόμενα προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε αφενός να είχε αποτυπώσει με σαφήνεια στη διακήρυξη όλα τα έγγραφα που θα πρέπει να υποβληθούν από τους προσφέροντες μαζί με την τεχνική προσφορά τους και αφετέρου να είχε οριοθετήσει το βαθμολογικό εύρος για κάθε κριτήριο κατά τρόπο, ώστε να μην καταλείπεται απεριόριστη ελευθερία στην Επιτροπή για τη βαθμολόγηση των προσφορών και να εξασφαλίζονται οι συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού. Κατά συνέπεια, και ο τρίτος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός.

20. 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).

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

22. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο, ποσού 2.278,23€, που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

#### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. Β/13363/14.06.2019 Διακήρυξη κατά τα κριθέντα στις σκέψεις 17, 18 και 19 της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου, ποσού 2.278,23€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 14.08.2019 και εκδόθηκε στις 02.09.2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Κουρή Σταυρούλα**

**Αργυρώ Τσουλούφα**