

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Μαρτίου 2024 με την εξής σύνθεση:
Ιωάννης Λαμπρόπουλος Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη - Μέλος, Ελευθερία
Καλαμιώτη - Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την από 23-02-2024 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)
ΕΑΔΗΣΥ 262/26-02-2024 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την
επωνυμία «... και με τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»),
που εδρεύει στην ... , επί της οδού ... αρ. ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... (εφεξής η «Αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα
εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητεί να ακυρωθεί
με η με αρ. πρωτ. .../02-02-2024 και με αριθμ. .../2023 Διακήρυξη της
Αναθέτουσας Αρχής λόγω της προβαλλόμενης ακυρότητας των
προσβαλλόμενων με την προσφυγή της όρων.

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

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο
ποσού 2.734,00 € σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ.
39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη
σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του
Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή με την προσβαλλόμενη με αρ. πρωτ.
.../02-02-2024 και με αριθμ. .../2023 (ορθή επανάληψη) Διακήρυξη
προκήρυξε ανοικτό, ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων, με αντικείμενο
την «...» προς κάλυψη αναγκών της Αναθέτουσας Αρχής, καθώς και του ... ,

Αριθμός Απόφασης: 624 / 2024

αρμοδιότητάς του. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 678.022,42 ευρώ συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. (προϋπολογισμός πλέον Φ.Π.Α. 546.792,28 ευρώ), αφορά σε χρονικό διάστημα ενός (1) έτους από την υπογραφή της σύμβασης, με δικαίωμα εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής μονομερούς παράτασης για ένα (1) ακόμη έτος μετά τη λήξη της αρχικής σύμβασης. Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης δίδεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι (ΑΝΑΛΥΤΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΦΥΣΙΚΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ) της Διακήρυξης. Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, αποκλειστικά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) προ Φόρου Προστιθέμενης Αξίας. Σύμφωνα με το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι (ΑΝΑΛΥΤΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ) της Διακήρυξης (σελ. 60 επ.) «(...) Η Αναθέτουσα Αρχή είναι ένα τριτοβάθμιο ... το οποίο διαθέτει τμήματα όλων των ... ειδικοτήτων και είναι στελεχωμένο με άρτια καταρτισμένο ... και διοικητικό ανθρώπινο δυναμικό, με τη συμβολή των οποίων παρέχονται με υπευθυνότητα υψηλού επιπέδου ποιοτικές ... (...). Δεδομένης της φύσης λειτουργίας του ... κρίνεται απαραίτητη η αποτελεσματική παροχή ... των χώρων του ... καθώς και του ... αρμοδιότητάς του. Ο Ανάδοχος αναλαμβάνει την ευθύνη της αποτελεσματικής με στόχο τη διασφάλιση της εύρυθμης λειτουργίας του ... Υφιστάμενη κατάσταση - υποδομές ... ■ Εξωτερικός περιβάλλον χώρος ... (εκτός του χώρου που έχει παραχωρηθεί στον ... αρμοδιότητας...) ■ Κτίριο 1 (Δυτικό - ...) ■ Κτίριο 2 (Ανατολικό -...) ■ Κτίριο 3 (...) ■ Κτίριο 4 (...) ■ Κτίριο 5 (Διοίκηση) ■ Κτίριο 6 (...) ■ Κτίριο 7 (...) ■ Κτίριο 8 (...) ■ Κτίριο 9 (...) ■ Κτίριο 10 (...) ■ Κτίριο 13 (...) ■ Κτίριο 14 (...) ■ Κτίριο 15 (...) ■ Κτίριο 16 (Τμήμα...) ■ Χώρος Στάθμευσης (έμπροσθεν και δεξιά της ... Εισόδου επί της...) ■ Προκατασκευασμένος οικίσκος χώρου Αποθήκευσης ... (έμπροσθεν του Κτιρίου ... απέναντι από το...) ■ Υπέργειος αεροδιάδρομος ■ Υπόγειος συνδετικός διάδρομος ■ Συνεργεία Τεχνικής Υπηρεσίας - Εργαστήρια Πληροφορικής (στη διαδρομή εξόδου προς τον...) ■ Χώροι ... - Συνεργείων Θερμαστών (υπόγειοι χώροι έναντι Κτιρίου 2 (Ανατολικό - ...) ■ Προκατασκευασμένος οικίσκος χώρου Ραφείου (πάνω από τον χώρο ...) ■ Προκατασκευασμένος οικίσκος χώρου Αρχείου (πάνω από τον χώρο ...) ΕΞΩΤΕΡΙΚΗ ΔΟΜΗ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑΣ ... (στην οποία θα προσφέρονται) ... (εκτός του χώρου που έχει παραχωρηθεί στην Δομή του...) (Διεύθυνση:...)

Αριθμός Απόφασης: 624 / 2024

(...). Η ως άνω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 05-02-2024 με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό α/α ... Η καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών, μετά από μετάθεση ημερομηνιών, ορίστηκε η 29-05-2024, ημέρα Τετάρτη και ώρα 15:00 μ.μ., ενώ ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού ορίστηκε η 21-06-2024, ημέρα Παρασκευή και ώρα 10:00 π.μ.

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που η Αναθέτουσα Αρχή ασκεί, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή, η προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως στις 23-02-2024 με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος I του π.δ. 39/2017 μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, δοθέντος ότι η προσβαλλομένη Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 05-02-2024, ήτοι ασκήθηκε εντός της προθεσμίας των 10 ημερών από την τεκμαιρόμενη κατά νόμο γνώση της προσφεύγουσας, ήτοι στις 20-02-2024.

5. Επειδή, στις 26-02-2024 η Αναθέτουσα Αρχή προέβη σε κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής προς τους ενδιαφερόμενους, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, στις 07-03-2024 η Αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, τις με Αρ. Πρωτ.: .../07-03-2024 απόψεις της.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα κοινοποίησε στις 12-03-2024, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της επί των απόψεων της Αναθέτουσας Αρχής.

8. Επειδή, όσον αφορά στη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις

Αριθμός Απόφασης: 624 / 2024

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. Η βλάβη αυτή που επικαλείται ο προσφεύγων, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να ανάγεται σε συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα πραγματικά περιστατικά αφορώντα τη νομική ή την πραγματική κατάστασή του, που αποκλείουν ή καθιστούν υπερβολικά δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριο Γ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Γ' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα- Θεσσαλονίκη, 2019, σελ. 762, με τις εκεί παραπομπές). Επιπλέον, για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος και της κατ' άρ. 346 και 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 βλάβης του προσφεύγοντος, για την προσβολή των όρων διακήρυξης, αρκεί κατ' αρχήν η επίκληση της ιδιότητας του ενδιαφερομένου και δυνάμενου προς συμμετοχή στον διαγωνισμό και δεν απαιτείται η επίκληση, πολλώ δε μάλλον η απόδειξη, πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που συνδέονται με το δικαίωμα συμμετοχής του, απαίτηση η οποία συνδέεται με επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, η δε απόδειξή της κατά το παρόν στάδιο προσβολής των όρων της διακήρυξης θα συνεπαγόταν περιπλοκές και δυσχέρειες στην επιδιωκόμενη προδικαστική προστασία (βλ. ΔΕφΠατρών Ν25/2019, σκ.10). Το συμφέρον αυτό διατηρείται και μετά την λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφορών, εφ' όσον ο αιτών, ο οποίος είτε δεν έλαβε μέρος στο διαγωνισμό είτε μετέσχε με επιφύλαξη, προβάλλει με συγκεκριμένους ισχυρισμούς, ότι ο επίμαχος κάθε φορά όρος αποκλείει ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στο διαγωνισμό (βλ. ΣΤΕ 676, 252/2023, 1987/2021, 2631/2020, 1259/2019 κ.α.).

9. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι συνιστά εταιρία παροχής ... και έχει στο ενεργητικό της πλειάδα επιτυχών εκτελέσεων συμβάσεων ιδίως με φορείς του Δημοσίου, ωστόσο, ένεκα της ακυρότητας και της διατύπωσης των κατωτέρω άκυρων όρων της προσβαλλόμενης Διακήρυξης με αντικείμενο την παροχή ... στις εγκαταστάσεις της Αναθέτουσας Αρχής, η ίδια εμποδίζεται να λάβει μέρος στην σχετική διαγωνιστική διαδικασία καίτοι έχει την τεχνογνωσία και αντικειμενικά την ικανότητα να παρέχει τις σχετικές Συνεπώς, ως υποστηρίζει, έχει έννομο

Αριθμός Απόφασης: 624 / 2024

συμφέρον να προσβάλει το περιεχόμενο της ως άνω Διακήρυξης και να ζητήσει την ακύρωσή τους, ενώ αναφέρει ότι το έννομο συμφέρον της εδράζεται στο γεγονός ότι καίτοι δραστηριοποιείται στο σχετικό αντικείμενο της παροχής ... και έχει εκτελέσει επιτυχώς σχετικές συμβάσεις, οι προσβαλλόμενοι όροι εμποδίζουν την συμμετοχή της στον ήδη ανοιγένο διαγωνισμό, οι οποίοι όροι θα πρέπει να ακυρωθούν και συνεπεία αυτών να ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της. Περαιτέρω, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα δεν υπέβαλε προσφορά. Συνεπώς, κατ' αρχήν, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκεί την προδικαστική προσφυγή, ως ενδιαφερόμενη προς συμμετοχή στον διαγωνισμό, επικαλούμενη συγκεκριμένους όρους της Διακήρυξης που αποκλείουν, άλλως καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή αυτήν (τη συμμετοχή).

10. Επειδή, στο άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι Σύμφωνα με το άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 «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. (...) 4. 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 και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες

Αριθμός Απόφασης: 624 / 2024

επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή ... ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους. (...)».

11. Επειδή, όπως έχει κριθεί (βλ. ΕλΣυν 1815/2021, Τμήμα VII, σκ. 15) σύμφωνα με τις διατάξεις των άρ. 18, παρ. 1 και 4 του Ν. 4412/2016, ερμηνευόμενες υπό το πρίσμα του σκοπού της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια, τόσο κατά το γενικό σχεδιασμό των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, όσο και κατά τον καθορισμό των ειδικότερων κριτηρίων και απαιτούμενων επιπέδων οικονομικής- χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας, ώστε να διασφαλίζεται η άρτια εκτέλεση της σύμβασης και, δι' αυτής, η επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού δημοσίου συμφέροντος, τηρώντας παράλληλα τις αρχές της ισότητας και της αναλογικότητας. Οι αρχές αυτές επιβάλλουν οι θεσπιζόμενες απαιτήσεις, που από τη φύση τους μειώνουν τον αριθμό των ενδιαφερομένων που είναι ικανοί να υποβάλουν προσφορά, να είναι συναφείς με το αντικείμενο της σύμβασης και να μην περιορίζουν την ελευθερία του ανταγωνισμού υπέρμετρα ή τεχνητά, με σκοπό την αδικαιολόγητα ευμενή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων (βλ. ΕλΣυν Έβδ. Τμ. 765, 1398/2021, VI Τμ. 1346/2020, ΣΤΕ ΕΑ 335/2019, 203/2018). Ειδικότερα, για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας των διαγωνιζομένων, οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, ζητώντας από αυτούς την υποβολή καταλόγου των κυριότερων ..., που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία στο πλαίσιο, είτε συμβάσεων που έχουν λήξει, είτε συμβάσεων που τελούν ακόμη υπό εκτέλεση (βλ. ΕΛΣ Ολομ. 505/2021). Όπως δε περαιτέρω έχει κριθεί, η απαίτηση ένας οικονομικός φορέας να έχει εμπειρία σε παροχή ... αντίστοιχης αξίας με την αξία της σύμβασης, που προτίθεται να αναλάβει, αποτελεί δείκτη τεχνικής και επαγγελματικής

Αριθμός Απόφασης: 624 / 2024

ικανότητας πρόσφορο, ο οποίος δεν υπερβαίνει, και δη προδήλως, το αναγκαίο μέτρο, δεδομένου ότι, κατά κοινή πείρα, συμβάσεις μεγαλύτερης αξίας απαιτούν τη δέσμευση περισσότερων ανθρωπίνων πόρων και άλλων τεχνικών μέσων για την εκτέλεσή τους (ΣΤΕ ΕΑ 203/2018). Συναφώς το ΔΕΕ έχει κρίνει ότι (απόφαση της 31ης Μαρτίου 2022, υπόθεση C-195/21, LB κατά Smetna palata na Republika Bulgaria, σκ. 48-51) «Κατά το άρθρο 58, παράγραφος 1, δεύτερο εδάφιο, της εν λόγω οδηγίας, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να επιβάλει ως όρο συμμετοχής στους οικονομικούς φορείς μόνον τα κριτήρια του άρθρου 58, παράγραφοι 2, 3 και 4, της εν λόγω οδηγίας, τα οποία αφορούν αντιστοίχως την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, καθώς και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι εν λόγω όροι πρέπει, εξάλλου, να περιορίζονται σε εκείνους που είναι απαραίτητοι ώστε να εξασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης. Επιπλέον, όλοι αυτοί οι όροι πρέπει να συνδέονται και να είναι ανάλογοι με το αντικείμενο της σύμβασης. Η αναθέτουσα αρχή οφείλει ακόμη, κατά τον καθορισμό των κριτηρίων επιλογής, να συμμορφώνεται με τις θεμελιώδεις αρχές των δημοσίων συμβάσεων του άρθρου 18, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24. Επίσης, η αναθέτουσα αρχή οφείλει, πρώτον, να αντιμετωπίζει τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και να ενεργεί με διαφάνεια και αναλογικότητα και, δεύτερον, να μεριμνά ώστε να μην καταρτίζει τη σύμβαση με σκοπό να την εξαιρέσει από το πεδίο εφαρμογής της εν λόγω οδηγίας ή να περιορίσει τεχνητά τον ανταγωνισμό, σχεδιάζοντάς τη με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Ωστόσο, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή είναι σε θέση να αξιολογήσει καλύτερα τις δικές της ανάγκες, ο νομοθέτης της Ένωσης της παραχώρησε ευρεία διακριτική ευχέρεια όσον αφορά τον καθορισμό των κριτηρίων επιλογής, όπως αποδεικνύεται ιδίως από την επαναλαμβανόμενη χρήση του ρήματος «μπορεί» στο άρθρο 58 της οδηγίας 2014/24. Έτσι, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του ως άνω άρθρου, η αναθέτουσα αρχή διαθέτει ορισμένη ευχέρεια για τον καθορισμό των όρων συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης, τους οποίους θεωρεί ότι

Αριθμός Απόφασης: 624 / 2024

σχετίζονται και είναι ανάλογοι με το αντικείμενο της σύμβασης και κατάλληλοι για να διασφαλίσουν ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης. Ειδικότερα, κατά την παράγραφο 4 του εν λόγω άρθρου, η αναθέτουσα αρχή εκτιμά ελεύθερα τους όρους συμμετοχής τους οποίους κρίνει κατάλληλους, κατά την άποψή της, για να εξασφαλίζουν, μεταξύ άλλων, την εκτέλεση της σύμβασης σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Επομένως, εφόσον μια απαίτηση προσόντων δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, είναι ανάλογη προς αυτό και πληροί και τους λοιπούς όρους που υπομνήσθηκαν στις σκέψεις 48 και 49 της παρούσας απόφασης, το άρθρο 58 της οδηγίας 2014/24 δεν μπορεί να εμποδίσει την αναθέτουσα αρχή να επιβάλει την απαίτηση αυτή με την προκήρυξη του διαγωνισμού απλώς και μόνον επειδή υπερβαίνει το ελάχιστο απαιτούμενο από την εθνική νομοθεσία επίπεδο. Προς τούτο, τα εθνικά δικαστήρια οφείλουν να ερμηνεύουν, κατά το μέτρο του δυνατού, το εθνικό τους δίκαιο κατά τρόπο σύμφωνο προς το δίκαιο της Ένωσης (πρβλ. αποφάσεις της 24ης Ιουνίου 2019, *Porlawski*, C-573/17, EU:C:2019:530, σκέψη 57, και της 6ης Οκτωβρίου 2021, *Sumal*, C-882/19, EU:C:2021:800, σκέψη 70).».

12. Επειδή, όπως αναφέρεται ρητώς στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 και παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία (ΕΑ ΣΤΕ Β΄ Τμ. 1135/2010), οι όροι διακήρυξης διαγωνισμού για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης πρέπει να μην παραβιάζουν τις θεμελιώδεις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των επιχειρηματιών (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά *CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά *Δανίας*, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά *Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική*, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, *MT Højgaard και Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά *Βελγίου*,

Αριθμός Απόφασης: 624 / 2024

C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, UniversaleBau, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

13. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της προδικαστικής της προσφυγής ζητά την ακύρωση του όρου (δ) της παρ. 2 του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης προβάλλοντας Α) ότι η Αναθέτουσα Αρχή ορίζει μη νόμιμα, κατά παράβαση των διατάξεων των παρ. 1 και 4 του άρθρου 60 της νέας Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ως απαιτούμενο συμβάσεις ... των ετών 2020-2021-2022 καίτοι η Διακήρυξη προβλέπει καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών το 2024. Για να ήταν νόμιμος ο όρος οι απαιτούμενες συμβάσεις ... θα έπρεπε απαραίτητα να είναι των ετών 2023-2022-2021 (τελευταία τριετία). Ως εκ τούτου, κατά την προσφεύγουσα, ο προκείμενος όρος είναι μη νόμιμος και συνεπώς ακυρωτέος και μόνον εκ του γεγονότος ότι απαιτεί συμβάσεις πέραν της τελευταίας τριετίας, ήτοι των ετών 2022-2021-2020 ενώ θα έπρεπε να απαιτεί συμβάσεις των ετών 2023-2022-2021 και Β) ότι παρότι το προκηρυσσόμενο έργο αφορά παροχή ... σε ένα ... για ένα έτος (με προαίρεση για ακόμα ένα) ζητεί καταρχάς την κατοχή έξι συμβάσεων (δύο κατ' έτος) για την τελευταία τριετία, δηλαδή, και ο απόλυτος αριθμός των συμβάσεων που απαιτεί η Διακήρυξη για την απόδειξη της σχετικής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας είναι εξωφρενικά δυσανάλογος για το προκηρυσσόμενο έργο (ζητούνται έξι συμβάσεις). Κατά την προσφεύγουσα, την δυσαναλογία της απαίτησης αυτής σε σχέση με το υπό εκτέλεση έργο ενισχύει το γεγονός ότι κατά την διάρκεια του ... και έως ακόμα και τις αρχές του 2022 οι συμβάσεις ... των ... δεν ανανεώνονταν με διαγωνιστικές διαδικασίες, αλλά παρατείνονταν αναγκαστικά και υπό το καθεστώς των ... της ... με τους ίδιους αναδόχους, περιορίζοντας έτσι τον κύκλο των οικονομικών φορέων που θα μπορούσαν να αναλάβουν τέτοιες συμβάσεις. Ούτως, κατά την άποψή της, η απαίτηση κατοχής έξι συμβάσεων σε μία τριετία (δύο κατ' έτος) συνιστά υπέρμετρη και δυσανάλογη απαίτηση, μη αναλογική και καταφανώς αδικαιολόγητα περιοριστική των κύκλου των προσώπων που δύνανται να λάβουν μέρος στην διαγωνιστική διαδικασία με αποτέλεσμα να περιορίζεται ο ελεύθερος ανταγωνισμός και να βλάπτεται και

Αριθμός Απόφασης: 624 / 2024

το Δημόσιο Συμφέρον. Ως υποστηρίζει, είναι προφανές ότι η κατάλληλη τεχνική και επαγγελματική επάρκεια θα μπορούσε να αποδειχθεί και από την απαίτηση κατοχής τριών ετήσιων συμβάσεων εντός της τριετίας (όχι απαραίτητα μία κατ' έτος) για αντίστοιχο έργο. Δεν ήταν ούτε αναγκαία αλλά ούτε και πρόσφορη η κατοχή έξι ετήσιων συμβάσεων για να αποδειχθεί η καταλληλότητα εκτέλεσης μίας (της υπό κρίση) ετήσιας σύμβασης. Σε κάθε περίπτωση δεν είναι πρόσφορο ούτε και αναγκαίο να ζητούνται κατά την τελευταία τριετία δύο συμβάσεις κατ' έτος δοθέντος ότι εν προκειμένω το προκηρυσσόμενο έργο αφορά την εκτέλεση μόνο μίας ενιαύσιας διάρκειας σύμβασης και, επομένως, είναι εξωφρενικά παράλογο να απαιτείται η απόδειξη εκτέλεσης δύο συμβάσεων για κάθε έτος της τελευταίας τριετίας. Περαιτέρω, κατά την προσφεύγουσα, ο ίδιος όρος είναι άκυρος ως μη αναλογικός και καταχρηστικός στο βαθμό που απαιτεί οι προηγούμενες συμβάσεις να έχουν υποχρεωτικά εκτελεστεί μόνον στο πλαίσιο λειτουργίας διαφορετικών ... και δη με τουλάχιστον ένα κατ' έτος που διαθέτει άνω των ... Ο όρος αυτός είναι καταρχάς άκυρος στον βαθμό που απαιτεί όλες (και οι έξι) συμβάσεις να έχουν εκτελεστεί σε άλλα ... δοθέντος ότι, όπως αναφέρεται ανωτέρω, την επίμαχη περίοδο οι συμβάσεις αυτές περιορίστηκαν από την έκτακτη νομοθεσία λόγω της ... και παρατάθηκαν οι υφιστάμενες συμβάσεις με τους ίδιους αναδόχους. Ούτως, απαιτείται η κατοχή συμβάσεων ... με αποτέλεσμα η Διακήρυξη να απευθύνεται σε συγκεκριμένο και προκαθορισμένο κύκλο οικονομικών φορέων που είχαν την τύχη να εκτελούν συμβάσεις σε ..., οι οποίες παρατάθηκαν αναγκαστικά και, συνεπώς, μόνον αυτοί έχουν κατά τον κρίσιμο χρόνο ανάλογες συμβάσεις. Ούτως, αδικαιολόγητα και με αθέμιτο περιορισμό τίθεται εκποδών πλειάδα εξίσου ικανών οικονομικών φορέων που δεν είχαν την τύχη να εκτελούν συμβάσεις σε ... κατά την πανδημία. Επιπλέον υποστηρίζει ότι δεν δικαιολογείται από την Αναθέτουσα Αρχή για ποιους λόγους επιλέγει (ξεπερνώντας τα άκρα όρια της διακριτικής της ευχέρειας και παραβιάζοντας την αρχή της αναλογικότητας) να απαιτεί μόνον συμβάσεις παροχής ... σε ... καίτοι η ικανότητα και η επάρκεια αυτών των ... μπορεί να ελεγχθεί και από την παροχή των ίδιων ... σε αντίστοιχες αρχές, όπως γραφεία, εργοτάξια, πανεπιστήμια ή ακόμα και σιδηροδρομικές διαβάσεις και άλλες μονάδες υγείας (π.χ. κέντρα υγείας). Ουδεμία ιδιαιτερότητα ή αυξημένη απαίτηση δεν απαιτεί η φύλαξη ... σε

Αριθμός Απόφασης: 624 / 2024

σχέση με τους επί παραδείγματι προαναφερόμενους χώρους, οι οποίοι είναι κατά τεκμήριο δυσκολότεροι ως προς την ... τους και προσδίδουν τεκμήριο ικανοποιητικότερης παροχής των ... από τους φορείς που τις εκτελούν. Η Αναθέτουσα Αρχή εν προκειμένω δεν είναι σε θέση να αιτιολογήσει (με δεδομένο ότι κατά τον κρίσιμο χρόνο ίσχυαν και περιορισμοί στην σύναψη νέων συμβάσεων) γιατί είναι ικανότεροι οι φορείς που διαθέτουν εμπειρία μόνον σε ... κι όχι σε άλλους εξίσου ή περισσότερο επικίνδυνους χώρους ως προς την ... τους. Έτι περαιτέρω, προβάλλει η προσφεύγουσα ότι ο ίδιος όρος ετέθη κατά προφανή υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής και κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας στο μέτρο που απαιτεί όχι μόνο προηγούμενες συμβάσεις σε ..., αλλά επιπλέον αυτά να είναι τουλάχιστον Ο όρος αυτός δεν είναι αναλογικός διότι η καταλληλότητα και επάρκεια της σύμβασης δεν κρίνεται και δεν σχετίζεται αντικειμενικά με τον αριθμό των ... εκάστου ... αλλά με την ειδικότερη κάθε φορά μορφή και οργάνωση των εγκαταστάσεών του. Επιπλέον, στο μέτρο που απαιτείται οι προηγούμενες συμβάσεις να έχουν εκτελεστεί σε ... των ... ο όρος είναι άκυρος διότι περιορίζει αθέμιτα και χωρίς αποχρώντα λόγο τον κύκλο των υποψηφίων αναδόχων δοθέντος ότι είναι μικρός και πεπερασμένος ο αριθμός των της χώρας με τουλάχιστον και ουσιαστικά έτσι μένει μεγάλος αριθμός υποψηφίων και ικανών οικονομικών φορέων εκτός του υπ' όψιν έργου. Η προσφεύγουσα προβάλλει ότι αν και δραστηριοποιείται στον οικείο κλάδο παροχής εμποδίζεται να συμμετάσχει ένεκα των άνω άκυρων όρων στην διαγωνιστική διαδικασία διότι καίτοι έχει εκτελέσει πλείονες συμβάσεις ... (μεταξύ αυτών και ...) αφενός δεν έχει έξι συμβάσεις ... την επίμαχη και αναφερόμενη στην διακήρυξη τριετία (2020-2021-2022) (δύο κατ' έτος) και επιπλέον δεν έχει 3 ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ (ΜΙΑ ΑΝΑ ΕΤΟΣ) συμβάσεις σε ... άνω των Σημειώνει, επίσης, ότι εκτελέσει πολύ μεγαλύτερες σε αξία συμβάσεις, με περισσότερους εργαζομένους, σε εξίσου δύσκολες εγκαταστάσεις (αν όχι δυσκολότερες) και μπορεί κατά τεκμήριο να εκτελέσει προσηκόντως και την παρούσα σύμβαση χωρίς τους άνω άκυρους όρους, επομένως έχει έννομο συμφέρον προς ακύρωση των ως άνω όρων προκειμένου να μπορέσει να συμμετάσχει στον εν λόγω διαγωνισμό. Επί των ανωτέρω προβαλλόμενων, η Αναθέτουσα Αρχή με τις απόψεις της προβάλλει ότι «(...) ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ: • Ως ήδη αναφέρθηκε, το

Αριθμός Απόφασης: 624 / 2024

... έθεσε σε δημόσια διαβούλευση (ΑΔΑΜ:...). το σχέδιο διακήρυξης του διαγωνισμού, όπου στο πλαίσιο της οποίας. ο προσφεύγων οικονομικός φορέας δεν συμμετείχε. κατατέθηκαν δε σχόλια - παρατηρήσεις μόνο από έναν (1) οικονομικό φορέα και συγκεκριμένα τον οικονομικό Φορέα με την επωνυμία ... • Όσον αφορά στις παρατηρήσεις του συμμετέχοντος, στη διαδικασία δημόσιας διαβούλευσης επί του σχεδίου διακήρυξης, οικονομικού φορέα, κάποιες εξ αυτών συνάδουν (πλήρως ή μερικώς) με τους λόγους νια τους οποίους κατέθεσε προδικαστική προσφυγή ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...». Συγκεκριμένα: - Αναφορικά με την απαίτηση, επί ποινής αποκλεισμού. εκτέλεσης κατά τη διάρκεια της τριετίας 2020. 2021, 2022, τουλάχιστον δύο (2) συμβάσεων κατά έτος, ... ιδίου τύπου (ιδίου αντικειμένου) με της παρούσας διακήρυξης. σε διαφορετικά ... (δημόσια ή ιδιωτικά), ένα (1) τουλάχιστον εκ των οποίων δυναμικότητας ανάλογης με το ... ήτοι δυναμικότητας μεγαλύτερης των ... (ως προβλέπονται στον οργανισμό του ... ΦΕΚ 3507, τ.Β, 31.12.2012). οι οποίες αποδεδειγμένα έχουν εκτελεστεί καλώς. βάσει προσκομιζόμενων βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης (δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής). το Διοικητικό Συμβούλιο του ... , στην υπ' αρ. .../10.01.2024 (θέμα...) συνεδρίασή του (ΑΔΑ:...), επισήμανε ότι «Το ... σε γενικές γραμμές συγκριτικά με οποιοδήποτε άλλο δημόσιο φορέα έχει τεράστια ιδιαιτερότητα. Ενδεικτικά. σε ένα Πανεπιστήμιο είναι σίγουρο ότι δεν έχει τις ίδιες ανάγκες ... ένας φοιτητής. όπως έχει το περιβάλλον ενός ... (πχ. ... που χρειάζεται μία άλλη αντιμετώπιση από την ασφάλεια) και βεβαίως το ... έχει πολύ περισσότερο κόσμο σε σχέση με ένα Πανεπιστήμιο. Καταρχήν. σε έναν οποιοδήποτε άλλο φορέα μία εταιρεία ... ελέγχει την παραβατικότητα. Στο ... ρυθμίζει πολύ διαφορετικά την σχέση ... και αποτελεί ένα κρίκο για να αποφεύγονται εντάσεις. Εν προκειμένω. όπως τονίσθηκε από τον ... επί τη βάση των λειτουργικών στοιχείων του 2022 πρόκειται για ένα ... το οποίο κατά το έτος 2022 ... 62.035 ... σε 250.623 ημέρες ... έχει ... κίνηση ημερήσιας ... 27.031 ... έχει υλοποιήσει 18.706 επεμβατικές ... , επεμβατικές πράξεις ... 1.749 επεμβατικές πράξεις ... 1.813 επεμβατικές πράξεις ... και συνολικά 23.968 επεμβατικές πράξεις. Η λειτουργία ενός μεγάλου ... δεν συνάδει με τη λειτουργία κανενός δημόσιου φορέα. πόσο μάλλον του ... που είναι ... κορμού που έχει πολλές γενικές ... που αναβαθμίζει και διαχωρίζει τον ρόλο του από πολλά άλλα ..., αυτό το αναδεικνύει και το ξεχωρίζει μεταξύ των ... Καθότι

Αριθμός Απόφασης: 624 / 2024

λαμβάνει όλα τα ... και το ... κατά τις ... έχει 2.500 περίπου εργαζόμενους. 720 ανεπτυγμένες ... και όσο αυτό είναι εφικτό. το πλαίσιο μίας εταιρείας ... είναι (εκτός άλλων) να κρατάει τη σειρά προτεραιότητας στα ... κ.α. δηλαδή είναι ένας ιδιαίτερος χώρος. δεδομένου μάλιστα ότι το ... αυτό έχει επιπλέον την ιδιαιτερότητα ότι διαθέτει πολλά κτίρια και πολλές εισόδους, η δε συμπεριφορά αλλάζει και από την μορφή των ... που υπάρχουν μέσα σε αυτό. Σε αυτό προστέθηκε από την Αναπληρώτρια Διοικήτρια το φαινόμενο των κλοπών και η διαχείριση των ευαίσθητων κοινωνικών ομάδων (...), που χρήζουν ιδιαίτερης προσοχής και πρέπει να διασφαλισθεί το καλύτερο για το Υπό τις σκέψεις αυτές, το Δ.Σ. δεν κάνει δεκτή την παρατήρηση και να παραμείνει η συγκεκριμένη απαίτηση της διακήρυξης ως έχει, με κύριο ζητούμενο την «εμπειρία», λαμβανομένων υπόψη των λειτουργικών στοιχείων του ... έτους 2022 (όπως αναλυτικά προαναφέρθηκαν από τον Πρόεδρο). του αριθμού των κτιρίων από τα οποία αποτελείται το ..., σε ένα εκ των οποίων λειτουργεί ... του αριθμού των ανεπτυγμένων ... του ... βάσει του ΦΕΚ .../2-12-2004 τ.Β', του μεγάλου αριθμού και της βαρύτητας των περιστατικών που υποδέχεται στις γενικές του ... κ.λπ. (...)). Επί των ανωτέρω προβαλλόμενων, η προσφεύγουσα με το Υπόμνημά της προβάλλει ότι «(...)Καταρχάς η αναθέτουσα αρχή παραθέτει εντελώς «τυπικές» απόψεις χωρίς καμία ουσιαστική αντίκρουση των ισχυρισμών μας. Από το γεγονός αυτό και μόνον θα πρέπει η Αρχή σας να συναγάγει κατ' ουσία ομολογία της προδικαστικής προσφυγής μας από την αναθέτουσα αρχή. Περαιτέρω, πρέπει να επισημανθεί ότι η μη συμμετοχή στην διαβούλευση της διακήρυξης δεν νομιμοποιεί προφανώς την αναθέτουσα αρχή ούτως, ώστε να παραβιάζει το νόμο και την αρχή της αναλογικότητας, ούτε στερεί το δικαίωμα (ή το έννομο συμφέρον) στους υποψηφίους να προσβάλουν τις παράνομες διατάξεις της διακήρυξης. Συνεπώς, αλυσιτελώς προβάλλεται ο ισχυρισμός περί «διαβούλευσης». Όσο αφορά τις αιτιάσεις της προδικαστικής προσφυγής σχετικά με την απαίτηση εκτέλεσης συμβάσεων, η Αναθέτουσα Αρχή περιορίζεται στο να αντικρούσει μόνον το σκέλος που αφορά την απαίτηση οι συμβάσεις να έχουν εκτελεστεί σε ..., χωρίς να αντικρούει και να αιτιολογεί τις υπόλοιπες σχετικές αιτιάσεις μας. Ωστόσο, και κατά το σκέλος που αντικρούεται ο σχετικός λόγος της προδικαστικής μας προσφυγής, η Αναθέτουσα Αρχή αρκείται σε γενικόλογες και αόριστες αναφορές χωρίς καμία

Αριθμός Απόφασης: 624 / 2024

σαφή και εμπειριστατωμένη αιτιολογία, όπως ο νόμος απαιτεί. Δεν αναφέρει και δεν αιτιολογεί συγκεκριμένα σε τι συνίσταται η διαφοροποίηση της ... ενός ... από άλλες εξίσου νευραλγικές ... σε διαφορετικές εγκαταστάσεις. Θα πρέπει ιδίως να σχολιαστεί το εξής αναφερόμενο στις εν θέματι απόψεις: «Καταρχήν, σε έναν οποιοδήποτε άλλο φορέα μία εταιρεία ... ελέγχει την παραβατικότητα. Στο ... ρυθμίζει πολύ διαφορετικά την σχέση ... και αποτελεί ένα κρίκο για να αποφεύγονται εντάσεις». Στην πρόταση αυτή το ... δεν αναφέρει ποια είναι τα διαφορετικά θέματα που ρυθμίζει ένας ... στο ... σε σχέση με άλλες εγκαταστάσεις κατά τρόπο συγκεκριμένο και μάλιστα, εντέλει, καταλήγει ότι και στο ... ο ... καλείται να ελέγξει την παραβατικότητα (προς αποφυγή εντάσεων), όπως και σε άλλες εγκαταστάσεις επιβεβαιώνοντας ότι δεν υφίσταται κάποια ιδιαιτερότητα στο Η δε αποφυγή εντάσεων είναι κατεξοχήν αρμοδιότητα των ... σε όλες σχεδόν τις ... και ο λόγος παροχής των ... (...).

14. Επί των ανωτέρω προβαλλόμενων, λεκτέα είναι τα εξής: Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.6 - Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της Διακήρυξης «2.Επιπρόσθετα: (...) δ. Πιο συγκεκριμένα, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται επί ποινής αποκλεισμού να έχουν εκτελέσει κατά την διάρκεια της τριετίας, 2020, 2021, 2022, τουλάχιστον δύο (2) συμβάσεις κατά έτος, ... ιδίου τύπου (ιδίου αντικειμένου) με της παρούσας διακήρυξης, σε διαφορετικά (δημόσια ή ιδιωτικά), ένα (1) τουλάχιστον εκ των οποίων δυναμικότητας ανάλογης με το ... ήτοι δυναμικότητας μεγαλύτερης των (ως προβλέπονται στον οργανισμό του ... ΦΕΜ ... τ.Β, 31.12.2012), οι οποίες αποδεδειγμένα έχουν εκτελεστεί καλώς, βάσει προσκομιζόμενων βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης. Αποδεκτές γίνονται, είτε ενιαίες συμβάσεις ετήσιας χρονικής διάρκειας, είτε ολιγόμηνες συμβάσεις (π.χ. μηνιαίες, δίμηνες, τρίμηνες, κ.λπ.), από το άθροισμα των οποίων προκύπτει η ετήσια (ζητούμενη) χρονική διάρκεια. (...). Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.8.1. - Στήριξη στην ικανότητα τρίτων της Διακήρυξης «Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους, τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται.

Αριθμός Απόφασης: 624 / 2024

(...). Σύμφωνα με τον πληττόμενο όρο της παρ. 2, δ του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης απαιτείται, μεταξύ άλλων, οι οικονομικοί φορείς να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον μία σύμβαση κατ' έτος (2020, 2021, 2022) σε ... , δημόσιο ή ιδιωτικό, δυναμικότητας ανάλογης της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι δυναμικότητας μεγαλύτερης των ... Ο λόγος αυτός της κρινόμενης προσφυγής, ως εμπεριέχεται στο υπό στοιχείο Β σκέλος του δεύτερου λόγου αυτής, ενόψει όσων έγιναν δεκτά ανωτέρω στη σκέψη 11, ως προς την ευρεία προς τούτο διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, καθίσταται απορριπτέος ως αβάσιμος, αφενός μεν διότι η Αναθέτουσα Αρχή νομίμως, για την απόδειξη της απαιτούμενης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, χρησιμοποιεί, μεταξύ άλλων, ως κριτήριο την εκτέλεση τουλάχιστον μίας σύμβασης κατ' έτος σε, δημόσιο ή ιδιωτικό, δυναμικότητας ανάλογης της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι δυναμικότητας μεγαλύτερης των αφετέρου δε, με τις απόψεις της η Αναθέτουσα Αρχή, αιτιολόγησε πλήρως και επαρκώς την θέσπιση του οικείου όρου και, ειδικότερα, ως αναφέρει, σε γενικές γραμμές συγκριτικά με οποιοδήποτε άλλο δημόσιο φορέα έχει τεράστια ιδιαιτερότητα, διότι σε ένα ... η εταιρία ... ρυθμίζει πολύ διαφορετικά την σχέση ... και αποτελεί ένα κρίκο για να αποφεύγονται εντάσεις, καθώς και ότι η λειτουργία ενός μεγάλου ... δεν συνάδει με τη λειτουργία κανενός δημόσιου φορέα, πόσο μάλλον της Αναθέτουσας Αρχής που είναι ... κορμού, με πολλές γενικές εφημερίες, που αναβαθμίζει και διαχωρίζει τον ρόλο του από πολλά άλλα ..., αυτό, δε, το αναδεικνύει και το ξεχωρίζει μεταξύ των Ακόμη, η Αναθέτουσα Αρχή με τις απόψεις της αιτιολογεί την διαφοροποίηση αυτή αναφέροντας ενδεικτικά ότι ένα Πανεπιστήμιο είναι σίγουρο ότι δεν έχει τις ίδιες ανάγκες ... ή ένας φοιτητής, όπως έχει το περιβάλλον ενός ... (πχ...), που χρειάζεται μία άλλη αντιμετώπιση από την ασφάλεια και βεβαίως το ... έχει πολύ περισσότερο κόσμο σε σχέση με ένα Πανεπιστήμιο, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Περαιτέρω, η Αναθέτουσα Αρχή με τις απόψεις της αιτιολόγησε πλήρως και επαρκώς την θέσπιση του οικείου όρου και, ειδικότερα, ως αναφέρει, επί τη βάση των λειτουργικών στοιχείων του 2022, αυτή (Αναθέτουσα Αρχή) αποτελεί ένα ... το οποίο κατά το έτος 2022 ... 62.035 ... σε 250.623... , έχει ... κίνηση ... 27.031 ... έχει υλοποιήσει 18.706... , 1.... επεμβατικές πράξεις ...1.749 επεμβατικές πράξεις ... 1.813 επεμβατικές πράξεις ...και συνολικά 23.968 επεμβατικές

Αριθμός Απόφασης: 624 / 2024

πράξεις, καθώς και ότι λαμβάνει όλα τα ... και το τραύμα, ότι κατά τις ... έχει 2.500 περίπου εργαζόμενους, ... ανεπτυγμένες ... και όσο αυτό είναι εφικτό, το πλαίσιο μίας εταιρίας ... είναι (εκτός άλλων) να κρατάει τη σειρά προτεραιότητας στα ... κ.α., ήτοι αιτιολόγησε το αναφερόμενο εκ μέρους της ότι αυτή ως ... είναι ένας ιδιαίτερος χώρος, δεδομένου, μάλιστα, ότι το ... αυτό έχει επιπλέον την ιδιαιτερότητα να διαθέτει πολλά κτίρια και πολλές εισόδους, η δε συμπεριφορά αλλάζει και από την μορφή των ... που υπάρχουν μέσα σε αυτό. Επιπροσθέτως, η Αναθέτουσα Αρχή με τις απόψεις της αιτιολόγησε πλήρως και επαρκώς την θέσπιση του οικείου όρου, αναφέροντας ότι τα χρόνια προβλήματα (φαινόμενο των κλοπών και η διαχείριση των ευαίσθητων κοινωνικών ομάδων) χρήζουν ιδιαίτερης προσοχής και πρέπει να διασφαλισθεί το καλύτερο για το ..., καθώς και ότι λήφθηκαν υπ' όψιν τα λειτουργικά στοιχεία του ... έτους 2022, ο αριθμός των κτιρίων από τα οποία αυτό αποτελείται, σε ένα εκ των οποίων λειτουργεί η ... , ο αριθμός των ανεπτυγμένων ..., ο μεγάλος αριθμός και η βαρύτητα των ... που υποδέχεται στις ... κ.λπ. το Ειδικότερα, σύμφωνα με τα προαναφερόμενα, ο ανωτέρω πληττόμενος όρος είναι νόμιμος και σύμφωνος με το άρθρο 75 του Ν. 4412/2016, διότι η ανωτέρω ζητούμενη εκ της Διακηρύξεως εμπειρία αφορά σε συμβάσεις ίδιου τύπου (ιδίου αντικειμένου), ήτοι επί του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης, σε όχι μόνο δημόσια αλλά και ιδιωτικά, ετήσιας διάρκειας, δηλαδή όση και η διάρκεια της υπό ανάθεση σύμβασης, ενώ σύμφωνα με την Διακήρυξη, αποδεκτές γίνονται, είτε ενιαίες συμβάσεις ετήσιας χρονικής διάρκειας, είτε ολιγόμηνες συμβάσεις (π.χ. μηνιαίες, δίμηνες, τρίμηνες, κ.λπ.), από το άθροισμα των οποίων προκύπτει η ετήσια (ζητούμενη) χρονική διάρκεια. Η, δε, θέσπιση του πληττόμενου όρου είναι ανάλογη με την ανάγκη επίτευξης άριστου επιπέδου ..., προκειμένου να διαφυλαχθεί το πολύτιμο αγαθό ... και κατ' επέκταση της ίδιας της ζωής των ... των ... αυτών, των ... και των ... της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι ο προαναφερόμενος οικείος όρος περί εμπειρίας σε, δημόσια ή ιδιωτικά, και μάλιστα δυναμικότητας μεγαλύτερης των, τέθηκε με σκοπό να εξασφαλίσει την υψηλή ποιότητα και την απρόσκοπτη παροχή της υπό ανάθεση υπηρεσίας, ο οποίος είναι συναφής με το αντικείμενο της σύμβασης, εν όψει και του φυσικού αντικειμένου αυτής, ήτοι του είδους και της έκτασης των εγκαταστάσεων που πρόκειται να φυλάσσονται, (βλ. αναλυτικά στην

σκέψη 2 της παρούσας), αλλά και λόγω του διαφορετικού τύπου υποδομών των ... σε σχέση με άλλες εγκαταστάσεις, όπως γραφεία, εργοτάξια, πανεπιστήμια ή ακόμα και σιδηροδρομικές διαβάσεις και άλλες μονάδες υγείας (π.χ. κέντρα υγείας), που δεν προσομοιάζουν με την ... έτερων μη συναφών χώρων/κτιρίων, προς όφελος της ... των ... που δεν μπορούν να υπερασπιστούν τον εαυτό τους, αλλά και των ... αυτών, των ιατρών και του νοσηλευτικού προσωπικού, οι οποίοι εκτελούν αυξημένα ιατρικά καθήκοντα και καθήκοντα νοσηλείας των ..., λαμβανομένου επιπροσθέτως υπ' όψιν του πολύ μεγάλου αριθμού των, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Περαιτέρω, η θέσπιση του οικείου όρου αποσκοπεί στην διασφάλιση συμμετοχής στον διαγωνισμό οικονομικών φορέων ικανών να ανταποκριθούν στο μέγεθος και στην ιδιαιτερότητα της Αναθέτουσας Αρχής. Επιπλέον, στο μέτρο που απαιτείται οι προηγούμενες συμβάσεις να έχουν εκτελεστεί, μία κατ' έτος, σε ... δυναμικότητας μεγαλύτερης των δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, εν προκειμένω της προσφεύγουσας, δοθέντος ότι, κατά τα κοινώς γνωστά, τα της χώρας με περισσότερες από είναι τουλάχιστον τέσσερα (μη συμπεριλαμβανομένης της Αναθέτουσας Αρχής), απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμού της προσφεύγουσας, καθώς και του γεγονότος ότι ο προκείμενος διαγωνισμός είναι διεθνής (άνω των ορίων, σκέψη 2 της παρούσας) και ότι σύμφωνα με το άρθρο 2.2.1 της Διακήρυξης δικαίωμα συμμετοχής έχουν και αλλοδαποί οικονομικοί φορείς. Άλλωστε, και σε κάθε περίπτωση, ο λόγος αυτός της κρινόμενης προσφυγής καθίσταται απορριπτέος και ως απαράδεκτος, καθώς με αυτόν η προσφεύγουσα, επί της ουσίας, βάλλει κατά της σκοπιμότητας θέσπισης των οικείων όρων, ενώ η συμπερίληψη στη διακήρυξη προδιαγραφών αναγκαίων κατά την εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής τις οποίες, όμως, είναι ενδεχόμενο να μην πληρούνται από ορισμούς συμμετέχοντες, μπορεί μεν να συνεπάγεται την αδυναμία συμμετοχής τους στο διαγωνισμό, δεν συνεπάγεται εντούτοις, εκ του λόγου αυτού και μόνο, την παρανομία των προδιαγραφών. Και τούτο διότι, οι τεχνικές προδιαγραφές, ως εκ της φύσεώς τους, αποσκοπούν στον (θεμιτό) περιορισμό τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό

Αριθμός Απόφασης: 624 / 2024

προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισης τους εν γένει απαραδέκτως ως άνευ εννόμου συμφέροντος αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα απαραδέκτως βάσει κατά της σκοπιμότητας θέσπισης της ανωτέρω προδιαγραφής της Διακήρυξης περί προηγούμενης εμπειρίας σε, δημόσιο ή ιδιωτικό, δυναμικότητας μεγαλύτερης των, που κατά την εκτίμηση της Αναθέτουσας Αρχής είναι αναγκαίες για την επιτυχή εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Επί του υπό στοιχείο Α σκέλους του δεύτερου λόγου της προδικαστικής προσφυγής λεκτέα είναι τα εξής: Ανεξαρτήτως της βασιμότητας ή μη του υπό στοιχείο Α σκέλους του δεύτερου λόγου της προδικαστικής προσφυγής περί της εκτέλεσης των συμβάσεων πέραν της τελευταίας τριετίας, ήτοι των ετών 2022-2021-2020, ενώ κατά την προσφεύγουσα θα έπρεπε να απαιτούνται συμβάσεις των ετών 2023-2022-2021 και επομένως, ως ισχυρίζεται, τυγχάνει ανεπίτρεπτη η απαίτηση περί πλήρωσης του οικείου όρου την τριετία 2022-2021-2020 και όχι την τριετία 2023-2022-2021, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση του σκέλους αυτού, διότι η προσφεύγουσα δεν επικαλείται ότι έχει εκτελέσει τρεις συμβάσεις, μία κατ' έτος, σε ... δυναμικότητα μεγαλύτερης των κατά τα έτη 2023-2022-2021, αλλά προβάλλει μόνο ότι δεν έχει τρεις (μία ανά έτος) συμβάσεις ... την επίμαχη και αναφερόμενη στην Διακήρυξη τριετία (2020-2021-2022) σε ... άνω των Ως εκ τούτου, ακόμη και εάν ληφθούν υπ' όψιν τα έτη της τριετίας 2023-2022-2021, όπως επιδιώκει η προσφεύγουσα (και όχι τα έτη 2022-2021-2020 που ορίζει η Διακήρυξη), διαπιστώνεται ότι η προσφεύγουσα δεν δύναται να συμμετάσχει στον εν λόγω διαγωνισμό, αφού, ως δηλώνει, δεν έχει τρεις (μία ανά έτος) συμβάσεις ... την επίμαχη και αναφερόμενη στην Διακήρυξη τριετία (2020-2021-2022) σε ... δυναμικότητας μεγαλύτερης των, ήτοι ακόμα κι αν ακυρωνόταν ο προσβαλλόμενος όρος ως προς το έτος 2020, όπως επιδιώκεται, και πάλι η προσφεύγουσα δεν θα πληρούσε την οικεία απαίτηση αφού, ως προελέχθη, δηλώνει ότι δεν διαθέτει μία σύμβαση κατ' έτος σε ... δυναμικότητα μεγαλύτερης των και κατά τα έτη 2021 και 2022. Επομένως, σύμφωνα με την ανωτέρω δήλωσή της, η προσφεύγουσα δεν δύναται να συμμετάσχει στον εν λόγω διαγωνισμό όχι μόνον στην περίπτωση που ληφθεί υπόψη η περίοδος 2020-2022, αλλά και στην περίπτωση που ληφθεί υπόψη η περίοδος 2021-2023, ως επιδιώκει. Τέλος, απορριπτέοι ως αόριστοι είναι και οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας

Αριθμός Απόφασης: 624 / 2024

που εμπεριέχονται στον δεύτερο λόγο της προσφυγής της περί του ο όρος της κατοχής συμβάσεων σε ... έχει σαν αποτέλεσμα η Διακήρυξη να απευθύνεται σε συγκεκριμένο και προκαθορισμένο κύκλο οικονομικών φορέων που είχαν την τύχη να εκτελούν συμβάσεις σε ..., οι οποίες παρατάθηκαν αναγκαστικά λόγω της ... και, συνεπώς, μόνον αυτοί έχουν κατά τον κρίσιμο χρόνο ανάλογες συμβάσεις διότι δοθέντος ότι, όπως ως έχει παγίως κριθεί, προκειμένου να είναι ορισμένος ισχυρισμός περί, καθ' ερμηνεία του σχετικού ισχυρισμού της προσφεύγουσας, φωτογραφικού όρου διακήρυξης, πρέπει όχι μόνο να κατονομάζεται ο οικονομικός φορέας ή οι συγκεκριμένες εταιρίες που είναι οι μόνοι οικονομικοί φορείς, δυνάμενοι να συμμετάσχουν ως συνέπεια της εν θέματι προδιαγραφής/όρου (ΣΤΕ (Ασφ) 314/2013, ΕΑ ΣΤΕ 474, 829, 1354/2009), αλλά και να αποδεικνύεται τούτο, πολλώ δε μάλλον καθόσον πρόκειται για διαγωνισμό που έλαβε διευρυμένη δημοσιότητα λόγω του ότι το σχέδιο της Διακήρυξης του διαγωνισμού τέθηκε σε δημόσια διαβούλευση, ενώ τυχόν ταύτιση των πληττόμενων προδιαγραφών με συγκεκριμένες εταιρίες δεν αρκεί για να θεωρηθεί ότι οι σχετικές τεχνικές προδιαγραφές είναι φωτογραφικές στις περιπτώσεις εκείνες που η αναθέτουσα αρχή αιτιολογεί τη θέσπιση των τεχνικών αυτών προδιαγραφών. Συνακόλουθα, σύμφωνα με όσα αναλυτικά αναπτύχθηκαν ανωτέρω, ο δεύτερος λόγος της κρινόμενης προσφυγής κρίνεται απορριπτός.

15. Επειδή, μετά την κρίση ως νομίμου του ως άνω προσβαλλόμενου όρου της Διακήρυξης (υπό στοιχείο Β σκέλος του δεύτερου λόγου της προσφυγής), δυνάμει του οποίου η προσφεύγουσα, όπως η ίδια αναφέρει στην προδικαστική προσφυγή της (σελ. 11 – «δεν έχει 3 ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ (ΜΙΑ ΑΝΑ ΕΤΟΣ) συμβάσεις σε ... άνω των ... ») καθίσταται αποκλειστέα από τον διαγωνισμό, οι λοιποί προβαλλόμενοι με την προδικαστική προσφυγή ισχυρισμοί που αφορούν λοιπούς όρους της Διακήρυξης, καθίστανται απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΣΤΕ 1560/2022, σκ. 9). Τούτο διότι, η προσφεύγουσα δεν διαθέτει, πλέον, έννομο συμφέρον, προκειμένου να αμφισβητήσει οποιοδήποτε άλλο όρο της Διακήρυξης του διαγωνισμού, στον οποίο δεν μπορεί να λάβει μέρος επιτυχώς (βλ. ΣΤΕ 1560/2022, σκ. 9, πρβλ. ΣΤΕ 1245/2022, σκ. 30, 308/2020, σκ. 6, 2030/2011, σκ. 11, Ε.Α. 124/2015, σκ. 12). Επίσης, στην περίπτωση που αμφισβητούμενο, με προδικαστική προσφυγή και αίτηση ακύρωσης, κριτήριο ποιοτικής επιλογής κριθεί νόμιμο, ο

Αριθμός Απόφασης: 624 / 2024

δε αιτών δεν το καλύπτει αυτοδυνάμως, ούτε προβάλλει ή αποδεικνύει ότι προτίθεται να βασιστεί για την κάλυψή του σε τρίτον φορέα, οι λόγοι της κρινόμενης αίτησης που αφορούν τις λοιπές απαιτήσεις και όρους της διακήρυξης είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελείς (πρβλ. ΣΤΕ 2631/2020, 308/2020, 2030/2011, ΕΑ 93/2021, 56/2020).

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να οριστεί η κατάπτωση του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 29 Μαρτίου 2024 και εκδόθηκε στις 18 Απριλίου 2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος
ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

Η Γραμματέας
ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ