

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Απριλίου 2024 με την εξής σύνθεση:
Ιωάννης Λαμπρόπουλος Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου - Μέλος,
Ελευθερία Καλαμιώτη - Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την από 18-03-2024 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)
ΕΑΔΗΣΥ 387/19-03-2024 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την
επωνυμία «...» και με τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»),
που εδρεύει στην ..., επί της ... αρ. ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητεί να ακυρωθεί η
υπ' αριθ. πρωτ. .../2024 Διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής, καθώς και κάθε
άλλη συναφής πράξη, κατά το μέρος που πλήττεται με την προδικαστική της
προσφυγή, με καθέναν από τους λόγους αυτής, προκειμένου να ανακληθούν
ή, άλλως, να τροποποιηθούν από την Αναθέτουσα Αρχή οι προσβαλλόμενοι
όροι και παραλείψεις του κανονιστικού κειμένου του διαγωνισμού.

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 5.121,00 € σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ.
39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... καθώς 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 η υπ' αρ.
.../2024 Διακήρυξη προκήρυξε ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

ορίων για την ... για ένα έτος, εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας αξίας 1.270.000,00 €, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. (1.024.193,55 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24 %), με δικαίωμα ετήσιας προαίρεσης προϋπολογισμού έως του ποσού των 2.540.000,00 € συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε 12 μήνες με δικαίωμα ετήσιας προαίρεσης. Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης δίδεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της Διακήρυξης. Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει τιμής. Η ως άνω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 23-02-2024 με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό α/α ...

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 ΙV 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 18-03-2024 με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, δοθέντος ότι η προσβαλλομένη Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 23-02-2024, ήτοι ασκήθηκε εντός της προθεσμίας των 10 ημερών από την τεκμαιρόμενη κατά νόμο γνώση της προσφεύγουσας, ήτοι από τις 09-03-2024.

5. Επειδή, την 21-03-2024 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, η Αναθέτουσα Αρχή την 01-04-2024 ανήρτησε εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς στο πεδίο «Σημειώσεις και συνημμένα» του διαγωνισμού το αρχείο με την ονομασία «...pdf» με τις υπ' αριθ. πρωτ. .../01-04-2024 απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής με κατηγορία «Πρόσβαση από όλους τους χρήστες και ελεύθερη πρόσβαση

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

μέσω του...», τις οποίες διαβίβασε την 05-04-2024 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (...) προς την προσφεύγουσα με το υπ' αριθ. πρωτ. .../2024 διαβιβαστικό έγγραφό της με συνημμένο το προαναφερόμενο αρχείο. Επί των απόψεων αυτών, η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως εντός πενθημέρου και εν γένει παραδεκτώς το από 08-04-2024 υπόμνημά της, το οποίο την 10-04-2024 αναρτήθηκε στο πεδίο «Σημειώσεις και συνημμένα» του διαγωνισμού (αρχείο με την ονομασία «...pdf» με κατηγορία «Εσωτερικό: Τεχνικές Προδιαγραφές» και εκ νέου την 11-04-2024 με κατηγορία «Πρόσβαση από όλους τους χρήστες και ελεύθερη πρόσβαση μέσω του...»). Επίσης, την 08-04-2024, η προσφεύγουσα απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (...) το προαναφερόμενο υπόμνημά της με συνημμένα αρχεία, αναφέροντας, μεταξύ άλλων, επί λέξει ότι «(...)Με δεδομένο ότι δεν δόθηκε συστημική παράταση (Α/Α Συστήματος:...) στον Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό με αρ. .../2024 Διακήρυξης, παρά τα όσα αποφασίστηκαν με την υπ' αριθμό Α191/2024 απόφαση του 3ου Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., και επομένως δεν έχουμε πλέον πρόσβαση σε αυτόν, σας υποβάλλουμε το υπόμνημα επί των απόψεων του ... καθώς και τα σχετικά με αυτό αρχεία μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. (...)». Επομένως, δοθέντος ότι, σύμφωνα με τα προαναφερόμενα, τηρήθηκε η αρχή της αντιμωλίας διότι οι απόψεις υπεβλήθησαν εμπρόθεσμα και κοινοποιήθηκαν στην προσφεύγουσα, ως εκ τούτου έλαβε γνώση τους (σελ. 3-4 του υπομνήματός της), υποβάλλοντας εμπρόθεσμα το υπόμνημά της επ' αυτών, αμφότερα (υπόμνημα και απόψεις) λαμβάνονται υπόψη από το Κλιμάκιο.

7. 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 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

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

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.).

8. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι αποτελεί μια αμιγώς ... επιχείρηση που έχει ως σκοπό και αντικείμενο εργασιών, μεταξύ άλλων, την ... καθώς και ... , προσκομίζει, δε, προς τούτου, πιστοποιητικό του ... αναφέροντας, επίσης, ότι στο πλαίσιο της κατά τα άνω δραστηριότητάς της, η οποία αποτελεί μία από τις μεγαλύτερες του κλάδου της, παρέχει τις ... της, κατά το μεγαλύτερο μέρος αυτών, σε φορείς του δημόσιου τομέα (...κ.λπ.), αναλαμβάνοντας σχετικές συμβάσεις ... μέσω δημόσιων διαγωνιστικών διαδικασιών και ότι ιδιαίτερα μεγάλο ποσοστό της δραστηριότητάς της αφορά την ... , καθώς και ότι ως ανάδοχος των σχετικών συμβάσεων, τις οποίες και εκτελεί ή έχει εκτελέσει με απόλυτη επιτυχία, διαθέτει και την αντίστοιχη εμπειρία και εξειδίκευση στις Συναφώς, ως αναφέρει, επιθυμεί να συμμετάσχει στον προκείμενο διαγωνισμό, υπό το δεδομένο άλλωστε ότι έχει ανταποκριθεί με απόλυτη επιτυχία στην εκτέλεση συμβάσεων ... της Αναθέτουσας Αρχής έως την 30-9-2023, αλλά λόγω όρων της Διακήρυξης, που ως προβάλλει, έχουν τεθεί κατά παράβαση των κανόνων

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

του εσωτερικού δικαίου αλλά και του δικαίου της ... που διέπουν την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, και δεν επιτρέπουν την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, αφού η αναθέτουσα Αρχή, κατά κακή ενάσκηση της διακριτικής της ευχέρειας, έχει θεσπίσει απαιτήσεις ως προς τα κριτήρια επιλογής του αναδόχου και τις τεχνικές προδιαγραφές, παρεμποδίζεται και αποκλείεται η κατά λυσιτελή τρόπο συμμετοχή της στον διαγωνισμό, καθιστώντας αδύνατη, και πάντως εξαιρετικά δυσχερή την υποβολή παραδεκτής (σύμφωνα με τη διακήρυξη) προσφοράς και ως εκ τούτου είναι βλαπτόμενη από τους αναφερόμενους στη προσφυγή της όρους της Διακήρυξης. 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 ουσιαδώς δυσχερή αυτήν (τη συμμετοχή), απορριπτόμενων των σχετικών περί του αντιθέτου ισχυρισμών της Αναθέτουσας Αρχής.

9. 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. (...) 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

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

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 ... ή των αγαθών (...). Η αναλογία, ενδεικτικά, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού μπορεί να λαμβάνεται υπόψη όταν η αναθέτουσα αρχή προσδιορίζει τις μεθόδους και τα κριτήρια της συνεκτίμησης αυτής στα έγγραφα της σύμβασης. Οι μέθοδοι και τα κριτήρια αυτά χαρακτηρίζονται από διαφάνεια, αντικειμενικότητα και αποφυγή διακρίσεων (...). 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 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. (...).».

10. Επειδή, όπως έχει κριθεί (βλ. ΕΛΣυν 1815/2021, Τμήμα VII, σκ. 15) σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 18, παρ. 1 και 4 του Ν. 4412/2016,

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

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 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

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

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 ... 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 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

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

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 ... (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).».

11. 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*, 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).

12. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής της προσφυγής προβάλλει (σελ. 19-25 της προσφυγής), επικαλούμενη τους όρους του άρθρου 2.2.7 της Διακήρυξης σύμφωνα με τους οποίους έχει τεθεί, ως προϋπόθεση συμμετοχής στο διαγωνισμό, η απαίτηση να διαθέτει ήδη ο οικονομικός φορέας πριν την ημερομηνία δημοσίευσης της Διακήρυξης, τις

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

εκεί αναφερόμενες πιστοποιήσεις, διότι άλλως η προσφορά του καθίσταται απορριπτέα ως απαράδεκτη, ότι τίθεται μη νόμιμος περιορισμός στη δυνατότητα πρόσβασής της στην διαδικασία ανάθεσης, κατά το μέρος που απαιτείται η έκδοση των πιστοποιητικών που αποδεικνύουν τη συμμόρφωση των οικονομικών φορέων προς τα αναφερόμενα στο άρθρο 2.2.7 της Διακήρυξης πρότυπα διασφάλισης ποιότητας να ανάγεται σε χρόνο πριν την ημερομηνία δημοσίευσης της Διακήρυξης, με συνέπεια η σχετική απαίτηση να καθίσταται ακυρωτέα, όπως αναλυτικά εκθέτει. Ως προβάλλει, η ίδια διέθετε κατά το χρόνο Προκήρυξης του διαγωνισμού όλες τις ζητούμενες στην παρ. 2.2.7 πιστοποιήσεις, με εξαίρεση τις υπ' αριθ. 7 (Βεβαίωση ISO 10001: 2018 Διαχείριση της ποιότητας – Ικανοποίηση του πελάτη για) και 8 (Πιστοποιητικό για το σύστημα Περιβαλλοντικής Διαχείρισης για σύμφωνα με το πρότυπο ISO 14001:2015, κατά το μέρος που περιλαμβάνει στο πεδίο εφαρμογής την...), καθώς έχει υποβάλει αίτημα και βρίσκεται σε διαδικασία επιθεωρήσεων και ελέγχων, προκειμένου να λάβει τις ως άνω πιστοποιήσεις, τις οποίες δεν διέθετε μεν κατά το χρόνο δημοσίευσης της Διακήρυξης, πλην όμως θα διαθέτει έως την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Υποστηρίζει, επίσης, ότι μη νόμιμη είναι και η παρατιθέμενη υπό μορφή αιτιολογίας φράση, κατά την ο-ποία «θα πρέπει να έχουν εκδοθεί πριν την ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης προς απόδειξη της εμπειρίας στην εφαρμογή τους», δοθέντος ότι τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας συνιστούν μία πιστοποίηση που προϋποθέτει αφ' εαυτής επισταμένο και εξαντλητικό έλεγχο μέσω σχετικών επιθεωρήσεων και επαληθεύσεων ότι ο πιστοποιούμενος φορέας ήδη συμμορφώνεται και εφαρμόζει κατά τη λειτουργία του συγκεκριμένες πρακτικές, διασφαλίζοντας την ποιότητα, σε συγκεκριμένους τομείς που συνδέονται με το αντικείμενο της εκάστοτε ελεγχόμενης σύμβασης. Κατά την προσφεύγουσα, υπό το δεδομένο ότι τέτοιου είδους πιστοποιήσεις αποτελούν στοιχεία που εντάσσονται στη σφαίρα των κριτηρίων επιλογής των οικονομικών φορέων, ο κρίσιμος χρόνος κατά τον οποίο πρέπει να ισχύουν, πρέπει να κρίνεται αποκλειστικά στα χρονικά σημεία που προβλέπονται στην παρ. 1 του άρθρου 104 του Ν. 4412/106, κατά τα οποία ελέγχεται το δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό, ενώ δεν πρέπει να παραβλέπεται ότι, τόσο η εμπειρία όσο και ποιότητα παροχής των απαιτούμενων ... από τους οικονομικούς φορείς δύνανται να

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

αποδειχθούν μόνο με τους τρόπους που προβλέπονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016, στους οποίους δεν περιλαμβάνεται η προσκόμιση πιστοποιήσεων διασφάλισης ποιότητας με χρόνο έκδοσης προγενέστερο της προκήρυξης του διαγωνισμού. Σημειώνει, ακόμη, ότι σύμφωνα με το άρθρο 78 του Ν. 4412/2016 και τον ταυτόσημο όρο της παρ. 2.2.8. της Διακήρυξης, που αφορά τη στήριξη στις ικανότητες τρίτων, η δυνατότητα αυτή παρέχεται μόνο για την κάλυψη των απαιτήσεων τεχνικής και οικονομικής επάρκειας, (παρ. 2.2.5 και 2.2.6) και όχι για την κάλυψη των απαιτήσεων που αφορούν τις προβλεπόμενες στη Διακήρυξη πιστοποιήσεις κατά ISO (παρ. 2.2.7). Επικαλείται και προσκομίζει την υπ' αριθ. .../2023 απόφαση του ... και την υπ' αριθ. 1764/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, αποσπάσματα των οποίων εμπεριέχει στην προσφυγή της. Υποστηρίζει ότι πιο πάνω όρος του άρθρου 2.2.7 της Διακήρυξης, κατά το μέρος που απαιτεί τα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας (και δη τα δικαιολογητικά υπ' αριθ. 7 και 8) να έχουν εκδοθεί πριν από την ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης, και όχι μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, αποκλείοντας την δυνατότητα υποβολής προσφοράς από την ίδια, θεσπίζει δυσανάλογο περιορισμό, τελεί σε αντίθεση προς τους κανόνες και αρχές του εθνικού δικαίου και του δικαίου της Ένωσης, και πρέπει γι' αυτό να ακυρωθεί. Επί των ανωτέρω προβαλλόμενων, η Αναθέτουσα Αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι *«(...) δεν προκύπτει ότι η προσφεύγουσα απέκτησε τα επίμαχα πιστοποιητικά σε μεταγενέστερο χρόνο, και δη δεν αποδεικνύεται ότι θα είχε τα πιστοποιητικά κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών, όπως αορίστως ισχυρίζεται η ίδια. Επομένως, ο συγκεκριμένος ισχυρισμός προβάλλεται χωρίς έννομο συμφέρον. (...) Αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, που συνίσταται στην απαίτηση της Διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία για την απόδειξη της συμμόρφωσης των οικονομικών φορέων με τα προβλεπόμενα στον όρο 2.2.7. πρότυπα διασφάλισης ποιότητας (ISO), τα εν λόγω δικαιολογητικά πρέπει να έχουν εκδοθεί σε χρόνο πριν την ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης, επαγόμαστε τα εξής: Σύμφωνα δε με τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.9 του Υποδείγματος Διακήρυξης για Συμβάσεις παροχής γενικών ... με Ανοικτή Διαδικασία μέσω ΕΣΗΔΗΣ που τηρείται στο διαδικτυακό τόπο της ΕΑΔΗΣΥ με τίτλο Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής, αναφέρεται ότι: «Το δικαίωμα συμμετοχής των*

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8 (επομένως και αναφορικά με τα Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης) , κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, με το ΕΕΕΣ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.9.1, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παραγράφου 2.2.9.2 και κατά τη σύναψη της σύμβασης, με την υπεύθυνη δήλωση της περ. δ΄ της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν. 4412/2016. Ο χρόνος κρίσης της συνδρομής των όρων και προϋποθέσεων συμμετοχής των διαγωνιζομένων ο οποίος είναι και ο χρόνος της υποβολής της προσφοράς, με το ΕΕΕΣ ρητά αναφέρεται και στο Ν.4412/2016. Ειδικότερα, το άρθρο 104 «Χρόνος συνδρομής όρων και συμμετοχής-Οψιγενείς μεταβολές» του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε σύμφωνα με τον ν. 4782/2021, ορίζει ότι: (...) Προκύπτει σαφώς, σύμφωνα με το άρθρο 104 του ν. 4412/2016, ότι το δικαίωμα συμμετοχής των υποψηφίων οικονομικών φορέων αλλά και οι όροι συμμετοχής στον διαγωνισμό, κρίνονται σε τρία στάδια, εκ των οποίων το πρώτο -χρονικά- είναι το στάδιο υποβολής της προσφοράς. Ακριβώς είναι το νόημα της προαπόδειξης. Άλλωστε η αναθέτουσα αρχή για την οποία η παρεχόμενη υπηρεσία παρίσταται εξαιρετικά κρίσιμη, οφείλει να διασφαλίσει ότι ο ανάδοχος στη σύμβαση θα έχει αποδεδειγμένα από καιρού την εμπειρία και τα εχέγγυα ανάληψης της σύμβασης. Όπως κρίθηκε (βλ. ΣΤΕ 1939/2022, σκ. 20, κ.α.), η διάταξη του άρθρου 104 παρ. 1 περ. α΄ του ν. 4412/2016 κατόπιν της τροποποίησής της με τον ν. 4782/2021, ερμηνευόμενη σύμφωνα με τους δεσμευτικούς κανόνες της οδηγίας 2014/24, έχει την έννοια ότι ο προσωρινός ανάδοχος πρέπει να αποδεικνύει την μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού με την προσκόμιση των αντίστοιχων αποδεικτικών μέσων, από τα οποία να προκύπτει ότι τόσο κατά το χρονικό σημείο υποβολής της προσφοράς, όσο και κατά το χρονικό σημείο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής. Κατά συνέπεια, για την απόδειξη της συνδρομής του επίμαχου κριτηρίου επαγγελματικής καταλληλότητας απαιτείται, ενόψει των προπαρατεθεισών διατάξεων της Διακήρυξης, η προσκόμιση από τους αλλοδαπούς οικονομικούς φορείς βεβαιώσεων του μητρώου του Παραρτήματος ΧΙ του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016 της χώρας εγκατάστασής τους, από τις οποίες να προκύπτει η συνάφεια της επαγγελματικής τους δραστηριότητας με το αντικείμενο της

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

σύμβασης τόσο κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς τους όσο και τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ειδικότερα, η εμπειρία όσο και ποιότητα παροχής των απαιτούμενων ... εύλογα πρέπει να ανάγεται σε χρόνο τουλάχιστον πρότερο αυτού της δημοσίευσης της διακήρυξης. Άλλωστε τα συγκεκριμένα ISO, επανειλημμένως απαιτούνται σε αντίστοιχα έργα, ώστε εύλογα να προκύπτει ότι κάποιος φορέας που ασχολείται με τέτοιου είδους έργα να πιθανολογείται ισχυρά ότι είναι και πιστοποιημένος. Επιπρόσθετα, αναφέρουμε ότι η ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης είναι η ..2024 και η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφοράς η 2024 , που σημαίνει ότι μεσολαβεί διάστημα περί τις 15 ημέρες, εντός του οποίου διαστήματος, ουδόλως μπορεί να γίνει πιστευτό ότι ένας φορέας μπορεί να πιστοποιηθεί για οποιοδήποτε πρότυπο που δεν το κατέχει. Ουσιαστικά ενώ τα απαιτούμενα πρότυπα ISO αποτελούν απόδειξη της εμπειρίας και της ποιότητας της παροχής ... του εκάστοτε συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, η προσφεύγουσα με τους ισχυρισμούς της αντιμετωπίζει τα ISO απλώς ως ένα διαδικαστικό έγγραφο με αόριστες αναφορές στον Νόμο. Το εν λόγω κριτήριο, είναι σαφές, ανάλογο και απόλυτη συνάφεια με το ιδιαίτερο αντικείμενο της επίμαχης σύμβασης, ετέθη, δε, σε συμμόρφωση με το εθνικό και ενωσιακό δίκαιο και με σκοπό την διευκόλυνση συμμετοχής των οικονομικών φορέων που διαθέτουν αποδεδειγμένα την εμπειρία που απαιτείται για την άρτια εκτέλεση του του έργου. (...) Ειδικότερα, όσον αφορά το ISO 14001: Στο παράρτημα I Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης ζητείται ρητά και με μεγάλη ακρίβεια η αποκομιδή επικίνδυνων και μη αποβλήτων που προέρχονται από τον φορέα, η κάθε κατηγορία αυτών και συμμορφούμενοι τόσο με την νομοθεσία όσο και με την Επιτροπή ... και την ... , ειδικά σε συγκεκριμένες περιπτώσεις ο όγκος δύναται να είναι αρκετά μεγάλος και απαιτείται ο καθαρισμός από εταιρεία που γνωρίζει πως να απομακρύνει τα απόβλητα από τους χώρους (με μηχανικά ή μη μηχανικά μέσα). Σύμφωνα με την ... με ΘΕΜΑ : Συλλογή και μεταφορά μη επικίνδυνων αποβλήτων σε εφαρμογή της παρ. 4 του άρθρου 36 του ν. 4042/2012, όπως αντικαταστάθηκε με την παρ. 1 του άρθρου 85 του ν. 4685/2020 (σελ. 9): (...) Όσον αφορά το ISO 10001: Το ISO 10001: 2018 Διαχείριση της ποιότητας – Ικανοποίηση του πελάτη, βασίζεται κυρίως στην αποτελεσματικότερη ικανοποίηση των ωφελούμενων των ... των κατόχων του προτύπου. Πιο

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

συγκεκριμένα, το ISO 9001 καθορίζει τις απαιτήσεις για ένα σύστημα διαχείρισης ποιότητας, με τη συμμόρφωση με το ISO 10001, του οποίου η χρήση είναι αλληλένδετη με το προαναφερθέν και για αυτό ορίζεται ως απαίτηση της Αναθέτουσας, έχει ως στόχο τον σχεδιασμό, την ανάπτυξη, την εφαρμογή, τη συντήρηση και βελτίωση των κωδίκων δεοντολογίας ικανοποίησης πελατών. Λόγω της ευαισθησίας του χώρου, δεδομένου ότι πρόκειται για ... , οι απαιτήσεις της ... είναι υψηλές στοχεύοντας σε ποιοτική και σε ικανοποιητικό επίπεδο ... Λόγω της ιδιαίτερης σημασίας των παραπάνω ISO, είναι φανερός ο δικαιολογητικός λόγος για τον οποίον πρέπει να έχουν εκδοθεί πριν την ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης προς απόδειξη μιας ελάχιστης εμπειρίας στην εφαρμογή τους. Ενόψει των παραπάνω ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.». Η προσφεύγουσα στο υπόμνημά της προβάλλει όσα και με την προσφυγή της, αναφέροντας, επίσης, ότι τις πιστοποιήσεις υπ' αριθ. 7 (Βεβαίωση ISO 10001: 2018 Διαχείριση της ποιότητας – Ικανοποίηση του πελάτη για...) και 8 (Πιστοποιητικό για το σύστημα Περιβαλλοντικής Διαχείρισης ... , σύμφωνα με το πρότυπο ISO 14001:2015, κατά το μέρος που περιλαμβάνει στο πεδίο εφαρμογής την ...), τις οποίες δεν διέθετε μεν κατά το χρόνο δημοσίευσης της Διακήρυξης, τις έχει ήδη αποκτήσει πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, επικαλούμενη τα προσκομιζόμενα πιστοποιητικά, που έχουν εκδοθεί/ τροποποιηθεί την 28-3-2024. Ακόμη, προβάλλει ότι ο σχετικός λόγος της προσφυγής της δεν αντικρούεται κατά τρόπο βάσιμο με τις απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία, ενώ συνομολογεί ότι οι προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό πρέπει να συντρέχουν κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών (άλλως, κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, εφόσον λαμβάνει χώρα νωρίτερα), υποστηρίζει μη νόμιμα ότι τα επίμαχα πιστοποιητικά πρέπει παρά ταύτα να έχουν εκδοθεί πριν την ημερομηνία δημοσίευσης της Διακήρυξης, προκειμένου να αποδεικνύουν τάχα την κατά το χρόνο εκείνο εμπειρία στις πιστοποιούμενες

13. Επειδή, επί των ανωτέρω προβαλλόμενων, λεκτέα είναι τα εξής: Σύμφωνα με το άρθρο 1.5 της Διακήρυξης - Προθεσμία παραλαβής προσφορών και διενέργεια διαγωνισμού «Η καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών είναι η 29/03/2024 και ώρα 23:59 (...)».

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.7 της Διακήρυξης - Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης «Οι οικονομικοί φορείς για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης απαιτείται να διαθέτουν τα κάτωθι: 1. Πιστοποιητικό για το σύστημα Διαχείρισης Ποιότητας για ... , σύμφωνα με το πρότυπο ISO 9001:2015 ή μεταγενέστερο αυτού. 2. Πιστοποιητικό για το σύστημα Διαχείρισης της Υγείας και της Ασφάλειας της Εργασίας ... , σύμφωνα με το πρότυπο ISO 45001:2018, ή μεταγενέστερο αυτού, συνοδευόμενο από κατάλληλη βεβαίωση έναντι ... 3. Πιστοποιητικό για το σύστημα Διαχείρισης κατά της δωροδοκίας σύμφωνα με το πρότυπο ISO 37001:2017, για ... 4. Πιστοποιητικό για το σύστημα Διαχείρισης Επιχειρησιακής Συνέχειας, σύμφωνα με το πρότυπο ISO 22301:2019, για 5. Πιστοποιητικό για το σύστημα Διαχείρισης Ασφάλειας Πληροφοριών σύμφωνα με το πρότυπο ISO 27001:2013, για ... 6. Βεβαίωση ISO 30415:2021 για την διαχείριση Ανθρώπινου δυναμικού, με πεδίο εφαρμογής τις ... 7. Βεβαίωση ISO 10001:2018 Διαχείριση της ποιότητας –Ικανοποίηση του πελάτη για ... 8. Πιστοποιητικό για το σύστημα Περιβαλλοντικής Διαχείρισης για ... , σύμφωνα με το πρότυπο ISO 14001:2015, με πεδίο εφαρμογής – πιστοποίησης την παροχή ... και διαχείρισης μη επικίνδυνων αποβλήτων ή μεταγενέστερο αυτού. Τα ανωτέρω δικαιολογητικά θα πρέπει να έχουν εκδοθεί πριν την ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης προς απόδειξη της εμπειρίας στην εφαρμογή τους να είναι σε ισχύ κατά την υποβολή αυτής. Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η πλήρωση της ανωτέρω απαίτησης καλύπτεται από όλα τα μέλη της ένωσης ξεχωριστά. Η αναθέτουσα αρχή αναγνωρίζει ισοδύναμα πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί από φορείς διαπιστευμένους από ισοδύναμους Οργανισμούς διαπίστευσης, εδρεύοντες και σε άλλα κράτη - μέλη. Επίσης, κάνει δεκτά άλλα αποδεικτικά στοιχεία για ισοδύναμα μέτρα διασφάλισης ποιότητας, εφόσον ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας δεν είχε τη δυνατότητα να αποκτήσει τα εν λόγω πιστοποιητικά εντός των σχετικών προθεσμιών για λόγους για τους οποίους δεν ευθύνεται ο ίδιος, υπό την προϋπόθεση ότι ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι τα προτεινόμενα μέτρα διασφάλισης ποιότητας πληρούν τα απαιτούμενα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας.». Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.8.1 της Διακήρυξης - Στήριξη στην ικανότητα τρίτων «Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

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. (...). Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.9 της Διακήρυξης - Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής «Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς δια του ΕΕΕΣ κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.9.1, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παραγράφου 2.2.9.2 και κατά τη σύναψη της σύμβασης δια της υπεύθυνης δήλωσης, της περ. δ' της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν. 4412/2016. (...). Ο σχετικός όρος της Διακήρυξης (άρθρο 2.2.7), κατά το μέρος που απαιτεί όπως τα ανωτέρω δικαιολογητικά θα πρέπει να έχουν εκδοθεί πριν την ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης, είναι μη νόμιμος διότι παρίσταται δυσανάλογος, καθόσον δεν προκύπτει ότι η εν λόγω πρόσθετη απαίτηση συνδέεται επαρκώς με το αντικείμενο της σύμβασης και ότι αυτή δικαιολογείται από τη φύση και τις ιδιαιτερότητες των παρεχόμενων ... Οι ισχυρισμοί δε της Αναθέτουσας Αρχής ότι με τα οικεία πιστοποιητικά αποδεικνύεται εμπειρία περί την εφαρμογή τους από τους οικονομικούς φορείς κρίνονται απορριπτέοι, διότι, τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας συνιστούν μία πιστοποίηση που προϋποθέτει εξαντλητικό έλεγχο μέσω επιθεωρήσεων και επαληθεύσεων ότι ο πιστοποιούμενος φορέας ήδη συμμορφώνεται και εφαρμόζει κατά τη λειτουργία του συγκεκριμένες πρακτικές, διασφαλίζοντας την ποιότητα, σε συγκεκριμένους τομείς που συνδέονται με το αντικείμενο της εκάστοτε ελεγχόμενης σύμβασης. Συνεπώς, λόγω της φύσης και του ρόλου των πιστοποιητικών αυτών ως αποδεικτικών μέσων δε νοείται εμπειρία στην εφαρμογή τους, η οποία αποδεικνύεται αποκλειστικά με τα αποδεικτικά στοιχεία που προβλέπονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016, χωρίς να προβλέπεται άλλου είδους εμπειρία. Περαιτέρω, δεδομένου ότι τέτοιου είδους πιστοποιήσεις αποτελούν στοιχεία που εντάσσονται στη σφαίρα των κριτηρίων επιλογής των οικονομικών φορέων (βλ. και ΕΑΑΔΗΣΥ Κατευθυντήρια Οδηγία 13, σελ. 17, όπου αυτά τα πρότυπα ορίζονται ως "κριτήρια τεχνικής ικανότητας") ο κρίσιμος χρόνος ισχύος τους θα κριθεί αποκλειστικά στα χρονικά σημεία που προβλέπονται στην παρ. 1 του άρθρου

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

104 του ν. 4412/2016, κατά τα οποία κρίνεται το δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό (ΕΛΣυν1172/2023, 7^ο Τμήμα, ΕΑΔΗΣΥ 1764/2023, 5^ο Κλιμάκιο). Αναφορικά δε με το αμφισβητούμενο εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας για προσβολή του οικείου όρου, προκύπτει ότι η προσφεύγουσα έχει ήδη την 28-03-2024, ήτοι πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών την 29-03-2024, αποκτήσει και τις υπ' αριθμ. ... και ... πιστοποιήσεις τις οποίες δεν διέθετε κατά το χρόνο δημοσίευσης της Διακήρυξης, συνεπώς, με έννομο συμφέρον και εν γένει βασίμως έβαλε κατά του οικείου όρου, παρά τα περί του αντιθέτου υποστηριζόμενα από την Αναθέτουσα Αρχή. Ως εκ τούτου, σύμφωνα με τα ανωτέρω, ο προαναφερόμενος όρος του άρθρου 2.2.7 της Διακήρυξης πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος αυτού που απαιτεί τα ανωτέρω δικαιολογητικά να πρέπει να έχουν εκδοθεί πριν την ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης και όχι πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Επομένως, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

14. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της προδικαστικής της προσφυγής προβάλλει (σελ. 25-37 της προσφυγής) ότι σύμφωνα με το άρθρο 2.2.5 της Διακήρυξης, το οποίο και παραθέτει, η Αναθέτουσα Αρχή ζητά οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς να μην εμφανίζουν ζημίες κατά τα τρία τελευταία έτη, θα πρέπει δηλαδή τα αποτελέσματα χρήσης αυτών μετά από φόρους να είναι θετικά, παρά ταύτα, ορίζει συμπερασματικά, ως στοιχείο συνδεδεμένο με την ύπαρξη κερδοφορίας, ότι «Επομένως, θα πρέπει να καλύπτουν τις χρηματοοικονομικές αναλογίες (δείκτες) ως εξής: Κυκλοφορούν Ενεργητικό/ Βραχυπρόθεσμες Υποχρεώσεις>1,00 Διαθέσιμα / Βραχυπρόθεσμες Υποχρεώσεις > 0,15 Ενεργητικό / Σύνολο Υποχρεώσεων > 1,00». Ως προβάλλει, η Αναθέτουσα Αρχή δεν αρκείται στην εμφάνιση θετικών οικονομικών αποτελεσμάτων χρήσης (κατόπιν φόρων) από τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς κατά την τελευταία τριετία, αλλά ζητά και την ανταπόκρισή τους σε συγκεκριμένους χρηματοοικονομικούς δείκτες, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται η αναλογία «Διαθέσιμα / Βραχυπρόθεσμες Υποχρεώσεις > 0,15». Σημειώνει ότι οι αναφερόμενοι πιο πάνω αριθμοδείκτες, των οποίων ζητείται η κάλυψη, αποτελούν στοιχεία του ισολογισμού και όχι του λογαριασμού των αποτελεσμάτων χρήσης, από τον

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

οποίο προκύπτει η κερδοφορία, με την οποία παρά ταύτα συσχετίζονται, ως παρεπόμενα αυτής, καθώς δεν ζητούνται αυτοτελώς ως αυθύπαρκτα στοιχεία, σύμφωνα με όσα αναλυτικά παραθέτει, αναφέροντας, ακόμη, ότι οι συγκεκριμένοι δείκτες δεν αποτελούν κριτήριο αξιολόγησης της κερδοφορίας μίας εταιρίας, ήτοι, κατά τη Διακήρυξη, της ύπαρξης θετικών αποτελεσμάτων χρήσης μετά από φόρους, διότι τα στοιχεία τους αποτυπώνουν την εικόνα στοιχείων του ενεργητικού και του παθητικού μίας εταιρίας σε μία και μόνη ημερομηνία εντός της χρήσης (π.χ. 31/12). Επιπρόσθετα, αναφέρει α) ότι ο πρώτος από τους πιο πάνω δείκτες (Κυκλοφορούν Ενεργητικό/ Βραχυπρόθεσμες Υποχρεώσεις > 1,00) είναι ο δείκτης κυκλοφοριακής ρευστότητας, ο οποίος εμφανίζει το «περιθώριο ασφάλειας» των βραχυπρόθεσμων δανειστών μίας επιχείρησης από πλευράς ρευστότητας, και όχι την κερδοφορία της β) ότι ο δεύτερος δείκτης (Διαθέσιμα / Βραχυπρόθεσμες Υποχρεώσεις > 0,15) συνιστά δείκτη «ειδικής ταμειακής ρευστότητας» και υπολογίζει το ύψος των ταμειακών διαθεσίμων και το ύψος των βραχυπρόθεσμων υποχρεώσεων, όπως αυτοί οι δύο λογαριασμοί διαμορφώνονται σε μία συγκεκριμένη ημέρα του εκάστοτε έτους (για παράδειγμα, την 31/12) και σε καμία άλλη ημέρα, άρα ο λόγος αυτός μεταβάλλεται σε καθημερινή βάση και λαμβάνει διαφορετικές τιμές ανάλογα με τα εκάστοτε χρηματικά διαθέσιμα του ταμείου και τις κατά περίπτωση βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις της επιχείρησης, καθώς και ότι αφορά εντελώς τυχαίο και συμπτωματικό γεγονός, δηλαδή πόσα θα είναι τα χρηματικά διαθέσιμα της επιχείρησης σε συγκεκριμένη ημερομηνία (π.χ. κατά το κλείσιμο της χρήσης), σε συνδυασμό και με τις βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις της και γ) ο τρίτος δείκτης (Ενεργητικό / Σύνολο Υποχρεώσεων > 1,00) αφορά την αναλογία του ενεργητικού της επιχείρησης (πάγια + απαιτήσεις) προς το σύνολο των υποχρεώσεών της, χωρίς και πάλι να σχετίζεται με την κερδοφορία της. Προβάλλει ότι δεν πρέπει να παραβλέπεται ότι, όσον αφορά ιδίως τις επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων, τα χρηματικά τους διαθέσιμα, όπως αυτά εμφανίζονται στη λήξη της χρήσης, συναρτώνται με τη ροή των πληρωμών από τους δημόσιους φορείς/αναθέτουσες Αρχές, οι οποίες συχνά γίνονται με σημαντική καθυστέρηση, ή/ και χωρίς την τήρηση συγκεκριμένου προγραμματισμού πληρωμών και ότι το στοιχείο αυτό, ήτοι η ύπαρξη

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

εισπρακτέας απαίτησης από αναθέτουσα αρχή, δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη κατά τη συσχέτιση με τις βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις της επιχείρησης κατά το χρόνο κλεισίματος των ετήσιων οικονομικών καταστάσεων, παρότι η πληρωμή μπορεί να πραγματοποιηθεί ακόμη και μετά από χρονικό διάστημα λίγων ημερών. Σημειώνει ειδικότερα ότι στο χώρο των ... η καταβολή της αμοιβής λαμβάνει χώρα μετά από νομοθετικές ρυθμίσεις για τη νομιμοποίηση δαπανών, με αποτέλεσμα να υπάρχει καθυστέρηση στην είσπραξη των οφειλομένων, σύμφωνα με όσα αναλυτικά παραθέτει. Προβάλλει, επίσης, ότι ανεξάρτητα όμως από τα παραπάνω, στην παράγραφο 2.2.5 της Διακήρυξης πέραν του ότι ο υποψήφιος ανάδοχος οφείλει να εμφανίζει θετικά αποτελέσματα κατόπιν φόρων κατά τις τρεις τελευταίες χρήσεις, αξιολογούνται επιπροσθέτως, και συνδυαστικά προς την ύπαρξη θετικών αποτελεσμάτων μετά από φόρους, α) το ύψος του "γενικού" ετήσιου κύκλου εργασιών και β) η ύπαρξη επαρκούς ασφαλιστικής κάλυψης (τουλάχιστον 1.000.000,00 ευρώ ανά γεγονός και 2.000.000,00 ευρώ ετησίως, σύμφωνα με το άρθρο 8 του Παραρτήματος Ι, ώστε να μην κινδυνεύει η οικονομική σταθερότητα της επιχείρησης σε περίπτωση επέλευσης ασφαλιζόμενου επαγγελματικού κινδύνου, με βάση τα όρια που έχουν τεθεί στη Διακήρυξη για τα πιο πάνω κριτήρια, και επομένως μπορεί να υπάρχει ασφαλής εκτίμηση για την οικονομική και χρηματοοικονομική ικανότητα του αναδόχου. Υπό τα δεδομένα αυτά, κατά την προσφεύγουσα, από την απαίτηση της Διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία, οι οικονομικοί φορείς δεν θα πρέπει απλώς να μην εμφανίζουν ζημίες κατά τα τρία τελευταία έτη, αλλά θα πρέπει να καλύπτουν και τη χρηματοοικονομική αναλογία (δείκτη) «Διαθέσιμα / Βραχυπρόθεσμες Υποχρεώσεις > 0,15», ο οποίος όμως αφορά εντελώς συμπτωματικό γεγονός, δηλαδή το πόσα θα είναι τα χρηματικά διαθέσιμα της επιχείρησης κατά το κλείσιμο της χρήσης, σε συνδυασμό και με τις βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις της, δεν μπορεί εξ αντικειμένου να προκύψει κατά τρόπο ασφαλή η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα, αλλά ούτε και αποτελεί η απαίτηση αυτή αντικειμενική ένδειξη σχετικά με την πλήρωση του εν λόγω κριτηρίου ως προς την ύπαρξη οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, καθώς βρίσκεται έξω από τα εύλογα όρια που είναι αναγκαία για την εκπλήρωση του σκοπού αυτού, με βάση το μέγεθος και το αντικείμενο της υπό ανάθεση

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

σύμβασης, ως εκ τούτου η σχετική απαίτηση δεν συνιστά πρόσφορο στοιχείο, βάσει του οποίου θα μπορούσε να αξιολογηθεί η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του αναδόχου, προκειμένου να μπορεί να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις της σύμβασης, διότι δεν αφορά οικονομικό μέγεθος, από την εκτίμηση του οποίου (και δη αυτοτελώς, υπό την έννοια ότι, εφόσον δεν καλύπτεται, συνιστά λόγο αποκλεισμού), μπορούν να αξιολογηθούν οι οικονομικές επιδόσεις του οικονομικού φορέα, χωρίς μάλιστα οποιαδήποτε συσχέτιση και συνεκτίμηση προς τα λοιπά στοιχεία τα οποία, κατά τη Διακήρυξη, λαμβάνονται υπόψη για τον έλεγχο της ανταπόκρισης στο πιο πάνω κριτήριο. Σημειώνει ότι ουδόλως προσδιορίζονται με τη Διακήρυξη οι μέθοδοι και τα κριτήρια συνεκτίμησης της συγκεκριμένης αναλογίας στοιχείων ενεργητικού και παθητικού με τα λοιπά στοιχεία, βάσει των οποίων αξιολογείται η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό, και μάλιστα υπό το πρίσμα των αρχών της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης και του ανταγωνισμού. Αναφορικά με την ίδια, προβάλλει ότι αποτελεί μια από τις μεγαλύτερες, ταχέως αναπτυσσόμενες και αξιόπιστες εταιρίες παροχής ... στο συγκεκριμένο κλάδο της ελληνικής αγοράς, όπως προκύπτει και από τα παρατιθέμενα στην προσφυγή της στοιχεία, όπως προκύπτουν από τις δημοσιευμένες οικονομικές καταστάσεις της, με τη διευκρίνιση ότι τα δεδομένα που αφορούν το έτος 2023 προκύπτουν βάσει του τηρούμενου ισοζυγίου, και δηλώνονται υπεύθυνα δια της προσφυγής, καθώς δεν έχουν εγκριθεί ακόμη οι οικονομικές καταστάσεις του τελευταίου αυτού έτους. Εν συνεχεία, παραθέτει πίνακες στην προσφυγή της για τα έτη 2020-2023 σχετικά με τον γενικό κύκλο εργασιών της, τον ειδικό κύκλο εργασιών της (...), τα αποτελέσματα (κέρδη) της προ φόρων και τα αποτελέσματα (κέρδη) της μετά από φόρους, καθώς και την πιστοληπτική ικανότητά της και το ποσό ασφαλιστικής κάλυψής της, ενώ επισυνάπτει στην προσφυγή της σχετικά στοιχεία [ετήσιες οικονομικές καταστάσεις, βεβαιώσεις πιστοληπτικής ικανότητας που έχουν υποβληθεί σε άλλους διαγωνισμούς, καθώς για τον προκείμενο δεν ζητούνται] και ασφαλιστήριο, σύμφωνα με όσα αναλυτικά παραθέτει. Προβάλλει ότι το μόνο οικονομικό στοιχείο ως προς το οποίο η ίδια δεν ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της παρ. 2.2.5 της Διακήρυξης, είναι η προαναφερθείσα χρηματοοικονομική αναλογία (δείκτης) «Διαθέσιμα / Βραχυπρόθεσμες

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

Υποχρεώσεις $> 0,15$ » για τα έτη 2022 και 2023, το οποίο είναι μεμονωμένο αριθμητικό μέγεθος, από το οποίο δεν μπορεί εξ αντικειμένου να προκύψει κατά τρόπο ασφαλή η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκειά της, αλλά ούτε και αποτελεί το εν λόγω στοιχείο αντικειμενική ένδειξη σχετικά με την πλήρωση του κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης. Ως υποστηρίζει, κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας, ο πιο πάνω όρος αποκλείει από το διαγωνισμό, χωρίς διακρίσεις, κάθε ενδιαφερόμενη επιχείρηση, εφόσον τυγχάνει να εμφανίζει κατά το κλείσιμο της χρήσης χρηματοοικονομική αναλογία (δείκτη) «Διαθέσιμα / Βραχυπρόθεσμες Υποχρεώσεις $< 0,15$ », χωρίς καμία περαιτέρω αξιολόγηση της οικονομικής της επάρκειας, αλλά και χωρίς η θέσπιση του συγκεκριμένου όρου να τελεί σε αναλογία προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, αφού δεν εξετάζεται εάν, ενόψει του οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης, σε συσχέτιση με τον κύκλο εργασιών της επιχείρησης, την ασφαλιστική της κάλυψη, την πιστοληπτική της ικανότητα, την επιτυχή εκτέλεση ομοειδών συμβάσεων ή άλλα συναφή κριτήρια, ο περιορισμός αυτός παρίσταται πράγματι εύλογος και αναγκαίος. Κατά την προσφεύγουσα, ουδόλως αμφισβητήθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή, για όσο χρόνο η ίδια ήταν η ανάδοχος ... του ... (ήτοι μέχρι την 30-9-2023), η δυνατότητα πλήρους και έγκαιρης ανταπόκρισής της στις σχετιζόμενες με τη σύμβαση οικονομικές της υποχρεώσεις ή και σε οποιαδήποτε άλλη σύμβαση (καταβολή αποδοχών εργαζομένων, ασφαλιστικών εισφορών, εξόφληση τιμολογίων προμηθευτών κ.λπ.), αλλά ούτε και δημιουργήθηκε ποτέ η παραμικρή υπόνοια περί του αντιθέτου, ώστε να μπορεί να τεθεί ζήτημα αποκλεισμού της από το διαγωνισμό, λόγω μη ανταπόκρισης στο συγκεκριμένο και μόνο αριθμοδείκτη για τα έτη 2022 και 2023, ενόσω η ίδια πληροί κατά τα λοιπά το σύνολο των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας, συμπεριλαμβανομένων και των υπολοίπων δύο αριθμοδεικτών. Κατά την προσφεύγουσα, με τον τρόπο αυτό αποκλείονται οικονομικά υγιείς και κερδοφόρες εταιρίες, με πολλαπλάσιο κύκλο εργασιών σε σχέση με το οικονομικό αντικείμενο της σύμβασης, οι οποίες αποδεδειγμένα εκτελούν με επιτυχία ανάλογα ή και μεγαλύτερα έργα πλήθους αναθετουσών αρχών, και επομένως διαθέτουν την τεχνική, οργανωτική και οικονομική επάρκεια να υλοποιήσουν με επιτυχία και την προκείμενη σύμβαση. Ισχυρίζεται ότι με τον

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

επίμαχο όρο της Διακήρυξης δεν θεσπίζεται αντικειμενική ένδειξη, μέσω της οποίας μπορεί να διαπιστωθεί, κατά τρόπο που διασφαλίζει ομοιόμορφη μεταχείριση για όλους τους ενδιαφερόμενους, εάν ορισμένος οικονομικός φορέας διαθέτει την κατάλληλη οικονομική και χρηματοοικονομική βάση για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, αντιθέτως, ως προβάλλει, η πρόβλεψη αυτή κινείται πέραν του σκοπού για τον οποίο έχει θεσπιστεί, αφού, κατά τα ανωτέρω, επιφυλάσσει δυσμενέστερη μεταχείριση για επιχειρήσεις εύρωστες και οικονομικά υγιείς, οι οποίες δεν μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι μειονεκτούν έναντι αυτών που εμφανίζονται να πληρούν το ως άνω κριτήριο επιλογής, ακόμη μάλιστα και αν οι τελευταίες υπολείπονται από πλευράς κύκλου εργασιών, κερδοφορίας, ορίων ασφαλιστικής κάλυψης, πιστοληπτικής ικανότητας κ.λπ. Τέλος, επικαλείται την προσκομιζόμενη εκ μέρους της υπ' αριθ. .../2022 απόφαση της Αρχής, σχετικά αποσπάσματα της οποίας παραθέτει στην προσφυγή της, προβάλλοντας ότι πρέπει να ακυρωθεί ο προσβαλλόμενος όρος της Διακήρυξης, με τον οποίο ζητείται κάλυψη της χρηματοοικονομικής αναλογίας (δείκτη) «Διαθέσιμα / Βραχυπρόθεσμες Υποχρεώσεις > 0,15», καθώς υπερβαίνει το σκοπό για τον οποίο έχει θεσπιστεί, θέτει δυσανάλογα αυστηρό περιορισμό για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό, αν μάλιστα ληφθούν υπόψη και συνεκτιμηθούν τα λοιπά στοιχεία οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας που ζητούνται με τη διακήρυξη, και εμποδίζει ουσιαστικά την ανάπτυξη του ανταγωνισμού. Επί των ανωτέρω προβαλλόμενων, η Αναθέτουσα Αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι *«(...) ενώ αναφέρεται σε άλλα οικονομικά στοιχεία της, δεν αποδεικνύεται ποια είναι τα ποσοστά κυκλοφορούντος ενεργητικού, διαθεσίμων και ενεργητικού του προσφεύγοντος, ώστε να μπορεί να εξεταστεί αν πράγματι είναι μικρότερα από τα προαναφερόμενα που απαιτεί η Διακήρυξη. Επομένως, δεν προκύπτει από τα αναφερόμενα στην προσφυγή της ότι της είναι αδύνατο/ουσιωδώς δυσχερές να συμμετέχει στον διαγωνισμό εξαιτίας αυτού του όρου, ο οποίος προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος. (...) Αναφορικά με το δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγής, ο οποίος αφορά τον υπό στοιχείο 2.2.5. β) όρο της Διακήρυξης, ήτοι την απαίτηση οι συμμετέχοντες να μην εμφανίζουν ζημίες κατά τα τρία τελευταία έτη, ήτοι θα πρέπει τα αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους να είναι θετικά. Επομένως θα πρέπει να καλύπτουν τις χρηματοοικονομικές αναλογίες (δείκτες) ως εξής: Κυκλοφορούν Ενεργητικό/*

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

Βραχυπρόθεσμες Υποχρεώσεις > 1,00 Διαθέσιμα / Βραχυπρόθεσμες Υποχρεώσεις > 0,15 Ενεργητικό / Σύνολο Υποχρεώσεων > 1,00, αναφέρουμε τα εξής: Ήδη έχουμε επισημάνει προλογικά ότι η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης προμήθειας, με βάση τις ανάγκες της. Εξάλλου, οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας πλαισιώνουν την διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών κατά την κατάρτιση των τεχνικών προδιαγραφών και δεν την καταργούν και, ως εκ τούτου, η θέσπιση με την διακήρυξη προδιαγραφών ως προς την ποιότητα και εμπειρία των προς παροχή ..., που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή απαραίτητες για την εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν δύναται να θεωρηθεί ότι παραβιάζει τις προαναφερθείσες θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου, εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται ενδεχομένως αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν δυνητικών υποψηφίων που δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, αφού από τη φύση τους οι εκάστοτε τιθέμενες προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυνάμενων να ανταποκριθούν και να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων. (βλ...).

Στην ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΑ ΟΔΗΓΙΑ 13 (Απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων) με ΘΕΜΑ: Κριτήρια ποιοτικής επιλογής δημοσίων συμβάσεων και έλεγχος καταλληλότητας: ειδικά η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, προβλέπεται ότι: (...) Ειδικότερα σχετικά με την αιτίαση της προδικαστικής προσφυγής ότι δήθεν δεν αρκούμαστε στην εμφάνιση θετικών οικονομικών αποτελεσμάτων χρήσης (κατόπιν φόρων) από τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς κατά την τελευταία τριετία, (αυτή είναι η υπό στοιχείο 2.2.5 α απαίτηση) αλλά ζητάμε και την ανταπόκριση των φορέων σε συγκεκριμένους χρηματοοικονομικούς δείκτες, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται η αναλογία «Διαθέσιμα / Βραχυπρόθεσμες Υποχρεώσεις > 0,15, οφείλει να ειπωθεί ότι .οι χρηματοοικονομικοί δείκτες χρησιμοποιούνται ευρύτατα και διαχρονικά από τους επενδυτές, τους πιστωτές και τα διευθυντικά στελέχη για την εκτίμηση της χρηματοοικονομικής λειτουργίας των επιχειρήσεων. Η ανάλυσή τους αποδίδει σημαντικότερες πληροφορίες από τις χρηματοοικονομικές καταστάσεις από ότι μια απλή ανασκόπηση των απόλυτων μεγεθών που καταγράφονται στους λογαριασμούς. Οι αριθμοδείκτες

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

ρευστότητας αναφέρονται στο μέγεθος και στις σχέσεις των βραχυχρόνιων υποχρεώσεων και κυκλοφοριακών στοιχείων μιας επιχείρησης. Βασικός σκοπός των δεικτών ρευστότητας, είναι η μέτρηση της ικανότητας που έχει μια επιχείρηση να ανταποκρίνεται στις τρέχουσες βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις της. Η χρηματοοικονομική θέση θεωρείται ισχυρή όταν η επιχείρηση: α) έχει την ικανότητα να εξοφλεί τους βραχυπρόθεσμους πιστωτές της και να καταβάλλει τους τρέχοντες τόκους και μερίσματα και β) διατηρεί συνθήκες χρηματοοικονομικής διαχείρισης, οι οποίες εξασφαλίζουν την ευνοϊκή πιστοληπτική της κατάσταση. Όσον αφορά επομένως 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. Επομένως νομίμως δύναται να εισαχθεί απαίτηση για κάθε είδους δείκτη και αναλογία στοιχείων ενεργητικού/παθητικού και δη, χωρίς περιορισμό είδους στοιχείων εκ των οποίων θα εξαχθεί η αναλογία, η οποία αναλογία, άλλωστε, αναφέρεται ανωτέρω ενδεικτικά («ιδίως») και όχι ως αποκλειστική περίπτωση στοιχείων των οικονομικών καταστάσεων που δύνανται να τεθούν ως απαιτήσεις τέτοιου κριτηρίου επιλογής. Οι οικονομικοί δείκτες που ζητήθηκαν από την αναθέτουσα αρχή είναι: α) ο δείκτης γενικής ρευστότητας να είναι $> 1,00$. Ο δείκτης αυτός υπολογίζεται εάν διαιρέσουμε το μέσο όρο του κυκλοφορούντος ενεργητικού (συμπεριλαμβάνονται οι μεταβατικοί λογαριασμοί ενεργητικού), με τον μέσο όρο των βραχυπρόθεσμων υποχρεώσεων (συμπεριλαμβάνονται οι μεταβατικοί παθητικού). Χρησιμοποιείται ως ένα γενικό μέτρο της ικανότητας της επιχείρησης να ανταποκριθεί στις βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις της. Στο κυκλοφορούν ενεργητικό περιλαμβάνονται τα διαθέσιμα, οι απαιτήσεις και τα

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

αποθέματα ενώ δεν συνυπολογίζονται οι προκαταβολές προμηθευτές προμηθευτών και γενικά οι προκαταβολές. Στο παρονομαστή του κλάσματος και τις βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις υπολογίζονται οι πιστώσεις προμηθευτών, τα μερίσματα πληρωτέα, οι φόροι πληρωτέοι και τα βραχυπρόθεσμα δάνεια σε τράπεζες, ενώ δεν συνυπολογίζονται οι προκαταβολές από πελάτες και γενικά οι προκαταβολές. Όσο μεγαλύτερος είναι ο δείκτης, τόσο καλύτερη είναι η θέση της επιχείρησης από πλευράς ρευστότητας. Εμπειρικά, όταν ο αριθμοδείκτης γενικής ρευστότητας έχει τιμή πάνω από 2 θεωρείται ικανοποιητικός. Με αυτή την τιμή η επιχείρηση έχει την δυνατότητα να καλύψει τις βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις της, αλλά και να ανταποκριθεί σε πιθανές έκτακτες δυσκολίες. Υπάρχουν ωστόσο και εξαιρέσεις στον κανόνα ανάλογα με τον κλάδο που εντάσσεται η επιχείρηση. Σε γενικές γραμμές, μία τιμή τουλάχιστον ίση με 1 μας δείχνει ότι η επιχείρηση μπορεί να ανταποκριθεί άμεσα στις τρέχουσες υποχρεώσεις της. Σε περίπτωση χαμηλότερης τιμής του δείκτη από την μονάδα, προκύπτουν συμπεράσματα ότι η επιχείρηση αντιμετωπίζει προβλήματα στην κάλυψη των υποχρεώσεων της. Θα μπορούσε να είχε ζητηθεί και ο δείκτης ειδικής ρευστότητας ο οποίος είναι ένα πιο αυστηρό μέτρο μέτρησης της επιχείρησης όπου στον υπολογισμό του δεν συμπεριλαμβάνονται τα αποθέματα και οι προπληρωμένες δαπάνες, στοιχεία του κυκλοφορούν ενεργητικού τα οποία δεν είναι άμεσα ρευστοποιήσιμα. Ο αριθμοδείκτης ειδικής ρευστότητας μετράει πόσες φορές μπορούν τα άμεσα ρευστοποιήσιμα στοιχεία της επιχείρησης να καλύψουν τις βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις της. Μία υψηλή τιμή δείκτη γενικής ρευστότητας δεν προσδίδει ρευστότητα στην επιχείρηση όταν αυτή εμφανίζεται λόγω μεγάλων αποθεμάτων. Σε αυτή την περίπτωση χρησιμοποιείται ο δείκτης ειδικής ρευστότητας, ο οποίος αποτελεί ασφαλέστερη επιλογή στον προσδιορισμό της ικανότητας της επιχείρησης να ανταπεξέλθει στις υποχρεώσεις της. Όταν τιμή του αριθμοδείκτη ειδικής ρευστότητας είναι γύρω στην μονάδα θεωρείται ικανοποιητική, εφόσον δεν συμπεριλαμβάνονται σε αυτόν επισφαλείς ή ανεπίδεκτες εισπράξεως απαιτήσεις και επιπλέον η περίοδος είσπραξης των απαιτήσεων της επιχείρησης με την περίοδο εξόφλησης των υποχρεώσεων της είναι ίσες. Σε αντίθετη περίπτωση, ένας αριθμοδείκτης μικρότερος της μονάδας παρέχει ένδειξη ότι τα άμεσα ρευστοποιήσιμα στοιχεία της επιχείρησης δεν είναι

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

ικανοποιητικά ώστε να καλύψουν τις τρέχουσες υποχρεώσεις της. β) Ο επίμαχος δείκτης υπολογίζεται αν διαιρέσουμε το μέσο όρο των διαθεσίμων, με τον μέσο όρο των βραχυπρόθεσμων υποχρεώσεων (συμπεριλαμβάνονται οι μεταβατικοί παθητικού). Ο δείκτης ταμειακής ρευστότητας μας δείχνει τη σχέση μετρητών και τρεχόντων αναγκών της επιχείρησης. Δηλαδή είναι ένας δείκτης που εκφράζει την ικανότητα της επιχείρησης να ανταπεξέλθει στις λειτουργικές της υποχρεώσεις με τα μετρητά που διαθέτει. Συνεπώς ο δείκτης αυτός εκφράζει τις φορές που τα ταμειακά διαθέσιμα επαρκούν να καλύψουν τις ληξιπρόθεσμες υποχρεώσεις της. Ο δείκτης ταμειακής ρευστότητας χρησιμοποιεί αποκλειστικά και τα γρήγορα ρευστοποιήσιμα στοιχεία για να προσδιορίσει τον βαθμό με τον οποίο αυτά καλύπτουν άμεσα τις τρέχουσες υποχρεώσεις. Αυτός είναι και ο λόγος που πιστωτές ή αναθέτουσες αρχές δίνουν ιδιαίτερη έμφαση στα αποτελέσματα του δείκτη, αφού επιθυμούν μία επιχείρηση να διαθέτει επαρκή ταμειακά υπόλοιπα για την κάλυψη των υποχρεώσεων της καθώς αυτές λήγουν. Φυσιολογική τιμή του δείκτη θεωρείται αυτή που ισούται ή ξεπερνάει την μονάδα, κάτι το οποίο σημαίνει ότι η επιχείρηση διαθέτει αρκετά ρευστά διαθέσιμα για την ικανοποίηση των υποχρεώσεων της που λήγουν σε σύντομο χρονικό διάστημα. γ) Ο δείκτης κυκλοφορούντος ενεργητικού ο οποίος προκύπτει από την διαίρεση του κυκλοφορούντος ενεργητικού της επιχείρησης συμπεριλαμβανομένων των διαθεσίμων της, με το συνολικό ύψος των διαθεσίμων της. Μία υψηλή τιμή του δείκτη αποτελεί ένδειξη ότι αν δεν υπάρξουν υπερβολικές ζημιές από την ρευστοποίηση των κυκλοφοριακών στοιχείων, οι μακροπρόθεσμες υποχρεώσεις θα μπορέσουν να εξοφληθούν από το κεφάλαιο κίνησης της επιχείρησης. Οι παραπάνω δείκτες από μόνοι τους δείχνουν ενδείξεις της βραχυπρόθεσμης ρευστότητας της επιχείρησης. Ο συνδυασμός των παραπάνω δεικτών εξασφαλίζουν σε μεγαλύτερο βαθμό την αναθέτουσα αρχή ότι ο ανάδοχος είναι ικανός να εξυπηρετεί τις βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις του επομένως δεν κινδυνεύει να περιέλθει σε κατάσταση κρίσης ρευστότητας κατά την εκτέλεση του έργου του. Ολοκληρώνοντας λόγω της ιδιαιτερότητας της συγκεκριμένης Διακήρυξης καθώς σχεδόν όλος ο προϋπολογισμός αφορά πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές των εργαζομένων και τις ασφαλιστικές εισφορές, η αναθέτουσα αρχή έχει επιλέξει μία σειρά από χρηματοοικονομικά κριτήρια, από τα οποία όσο το δυνατό μπορεί να κρίνει τη

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

βιωσιμότητα, την ευρωστία και την επάρκεια ενός οικονομικού φορέα, με σκοπό τη διασφάλιση της πληρωμής των εργαζομένων και ασφαλιστικών τους εισφορών. Ο συνδυασμός σε βάθος τριετίας όλων των δεικτών μαζί με τη κερδοφορία και των υπολοίπων χρηματοοικονομικών κριτηρίων κάθε οικονομικού φορέα είναι αυτός που μπορεί να εξασφαλίσει στην αναθέτουσα αρχή ότι έχει κάνει όλες τις απαραίτητες ενέργειες προκειμένου να επιλέξει τον ανάδοχο, ο οποίος θα καλεστεί στην πράξη να πρέπει να πληρώσει τους εργαζόμενους του και τις ασφαλιστικές εισφορές τους πριν εξοφληθεί από το ... βάση του άρθρου 5.1 της Διακήρυξης. Από τα παραπάνω εύλογα συνάγεται πως η αναθέτουσα αρχή όχι μόνο είχε το δικαίωμα, αλλά όφειλε να ορίσει με τη Διακήρυξη του διαγωνισμού κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, που να είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, με λήψη υπόψη της έκτασης, των απαιτήσεων του έργου, και του προϋπολογισμού του, χωρίς πάντως αδικαιολόγητα να περιορίζεται ο ανταγωνισμός. Κατά συνέπεια, η αναθέτουσα αρχή όρισε κριτήρια οικονομικής επάρκειας, τα οποία να εξασφαλίζουν πως ο οικονομικός φορέας που θα ανακηρυχθεί ανάδοχος θα είναι σε θέση να εκτελέσει την σύμβαση από κοινού με όλες τις οικονομικές και ασφαλιστικές υποχρεώσεις που το βαραίνουν, χωρίς ωστόσο να τίθεται κίνδυνος για την ομαλή εξέλιξη της σύμβασης. Πιο συγκεκριμένα, με το προσβαλλόμενο κριτήριο, ουσιαστικά η αναθέτουσα αρχή επιχειρεί να διασφαλίσει το γεγονός πως ο οικονομικός φορέας που θα αναλάβει το έργο θα έχει την απαιτούμενη ρευστότητα και φερεγγυότητα ώστε να εκτελέσει την σύμβαση χωρίς να τεθούν σε κίνδυνο οι πληρωμές του προσωπικού. Άλλωστε, δεν είναι τυχαίο πως με την προσφυγή δεν προσβάλλεται το ύψος του δείκτη, αλλά αυτόν στην ολότητα του. Η αναθέτουσα αρχή όρισε τον συγκεκριμένο δείκτη σε πολύ χαμηλό ποσό, δηλαδή όρισε να είναι ο δείκτης «Διαθέσιμα / βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις» μεγαλύτερος μόλις του 0,15, το οποίο σημαίνει ότι τα διαθέσιμα αρκεί να είναι ελάχιστα περισσότερα από τις βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις. Έτσι λοιπόν το κριτήριο σε καμία περίπτωση δεν είναι ούτε απρόσφορο ούτε παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας και φυσικά η πλήρωση του κριτηρίου δεν είναι ένα τυχαίο γεγονός όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, καθώς είναι πάντα σε θέση να γνωρίζει τις υποχρεώσεις της. Μάλιστα αξίζει να σημειωθεί πως κατά την σύνταξη της διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή ακολούθησε πιστά τα υποδείγματα

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

διακήρυξης ανοικτής διαδικασίας της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α. ΔΗ.Σ.Υ.). Από όλα τα παραπάνω συνάγεται πως το συγκεκριμένο κριτήριο ούτε παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, ούτε είναι παράλογο ή απρόσφορο, αλλά ο μόνος λόγος για τον οποίο ασκείται η προσφυγή από την προσφεύγουσα είναι επειδή η ίδια δεν τον καλύπτει. Άλλωστε, δεν είναι τυχαίο πως με την προσφυγή δεν προσβάλλεται το ύψος του δείκτη, αλλά αυτός στην ολότητα του.» Η προσφεύγουσα στο υπόμνημά της προβάλλει όσα και με την προσφυγή της, αναφέροντας, επίσης, ότι με τις από 1-4-2024 έγγραφες απόψεις του το ..., επικαλούμενο τις διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και τη συναγόμενη από αυτές διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής ως προς τη θέσπιση ειδικότερων απαιτήσεων αναφορικά με το κριτήριο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, επιχειρεί μέσω μιας γενικόλογης και χωρίς καμία απολύτως τεκμηρίωση αναφοράς στους ζητούμενους με τη διακήρυξη χρηματοοικονομικούς δείκτες, να αιτιολογήσει την επιλογή του για τον ορισμό της χρηματοοικονομικής αναλογίας (δείκτη) «Διαθέσιμα / Βραχυπρόθεσμες Υποχρεώσεις > 0,15», ως προϋπόθεσης την οποία πρέπει να πληρούν οι διαγωνιζόμενοι για την ανταπόκριση στο εν λόγω κριτήριο. Επί των προβαλλόμενων από την Αναθέτουσα Αρχή, σημειώνοντας, επίσης, ότι μετά από αναφορά α) στο δείκτη γενικής ρευστότητας, ο οποίος κατά την Αναθέτουσα Αρχή, με «μία τιμή τουλάχιστον ίση με 1 μας δείχνει ότι η επιχείρηση μπορεί να ανταποκριθεί άμεσα στις τρέχουσες υποχρεώσεις της», και τον οποίο η ίδια καλύπτει β) στον επίμαχο δείκτη ταμειακής ρευστότητας, τον οποίο τυγχάνει να μην καλύπτει για τα έτη 2022 και 2023, και γ) στο δείκτη κυκλοφορούντος ενεργητικού, ο οποίος κατά τα επίσης αναφερόμενα από την Αναθέτουσα Αρχή, «αποτελεί ένδειξη ότι αν δεν υπάρξουν υπερβολικές ζημιές από την ρευστοποίηση των κυκλοφοριακών στοιχείων, οι μακροπρόθεσμες υποχρεώσεις θα μπορέσουν να εξοφληθούν από το κεφάλαιο κίνησης της επιχείρησης», τον οποίο και αυτό καλύπτει η ίδια, επάγεται ότι οι ισχυρισμοί της Αναθέτουσας Αρχής, δεν στοιχειοθετούν νόμιμη αιτιολογία αναφορικά με την θέσπιση του προσβαλλόμενου κριτηρίου επιλογής ως προς την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των υποψηφίων αναδόχων, κατά το μέρος που δεν αιτιολογείται επαρκώς ο λόγος για τον οποίο αξιώνει σωρευτικά την ανταπόκριση και στον πιο πάνω μεμονωμένο αριθμοδείκτη. Ως υποστηρίζει, ειδικότερα, όπως

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

αναφέρει και στην προσφυγή της, κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας, ο πιο πάνω όρος αποκλείει από το διαγωνισμό, χωρίς διακρίσεις, κάθε ενδιαφερόμενη επιχείρηση, εφόσον τυγχάνει να εμφανίζει κατά το κλείσιμο της χρήσης χρηματοοικονομική αναλογία (δείκτη) «Διαθέσιμα / Βραχυπρόθεσμες Υποχρεώσεις $< 0,15$ », χωρίς καμία περαιτέρω αξιολόγηση της οικονομικής της επάρκειας, αλλά και χωρίς η θέσπιση του συγκεκριμένου όρου να τελεί σε αναλογία προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, αφού δεν εξετάζεται εάν, ενόψει του οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης, σε συσχέτιση με τον κύκλο εργασιών της επιχείρησης, την ασφαλιστική της κάλυψη, την πιστοληπτική της ικανότητα, την επιτυχή εκτέλεση ομοειδών συμβάσεων ή άλλα συναφή κριτήρια, ο περιορισμός αυτός παρίσταται πράγματι εύλογος και αναγκαίος, σύμφωνα με όσα παραθέτει. Ειδικότερα, κατά την προσφεύγουσα από τον προσβαλλόμενο όρο δεν καταδεικνύεται η αναγκαιότητα για τον επιπλέον προσδιορισμό της ρευστότητας του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, πολλώ δε μάλλον η αναλογικότητα αυτού, καθώς πρόκειται για παροχή συνήθων ... προς το ... και τις υπαγόμενες σε αυτό δομές, σε χρονικό διάστημα ενός (1) έτους, κατά το οποίο ουδόλως αποδεικνύεται από την Αναθέτουσα Αρχή ότι δεν μπορεί να εξασφαλισθεί η ομαλή υλοποίηση της επίμαχης σύμβασης μέσω της πλήρωσης των λοιπών σωρευτικά απαιτούμενων απαιτήσεων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, συνεπώς, κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας, ο επίμαχος όρος αποκλείει από το διαγωνισμό, δίχως διακρίσεις, κάθε ενδιαφερόμενη επιχείρηση, εφόσον τυγχάνει να εμφανίζει κατά το κλείσιμο της χρήσης χρηματοοικονομική αναλογία (δείκτη) «Διαθέσιμα / Βραχυπρόθεσμες Υποχρεώσεις $< 0,15$ », χωρίς καμία περαιτέρω αξιολόγηση της οικονομικής της επάρκειας, σύμφωνα με όσα παραθέτει. Επιπροσθέτως, ισχυρίζεται ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν τεκμηριώνει νομίμως τον λόγο για τον οποίο κρίθηκε απαραίτητο να θεσπιστεί, εκτός άλλων, και το επίμαχο κριτήριο, δοθέντος ότι δεν επικαλείται κανένα συγκεκριμένο στοιχείο προκειμένου να δικαιολογήσει την ανάγκη επιβολής της απαίτησης αυτής, ήτοι καθυστερήσεις σε παρελθούσες συμβάσεις κατά την ικανοποίηση απαιτήσεων όπως ιδίως η έγκαιρη πληρωμή των αποδοχών των εργαζομένων και των τους εισφορών, στοιχεία που ως προβάλλει δεν υπάρχουν καθώς η ίδια, ως ανάδοχος των ... έως την 30-9-2023, ήταν απολύτως συνεπής σε όλες ανεξαιρέτως τις

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

οικονομικές υποχρεώσεις της, η οποία, άλλωστε, έγκαιρη πληρωμή αποτελεί προϋπόθεση για την καταβολή της εργολαβικής αμοιβής. Κατά την προσφεύγουσα, αλυσιτελώς προβάλλεται ο ισχυρισμός ότι δεν προσβάλλεται το ύψος του δείκτη, αλλά ο ίδιος στην ολότητά του, τούτο δε, διότι οι έτεροι σωρευτικά απαιτούμενοι όροι (οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας) διασφαλίζουν την ομαλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς να αποδεικνύεται ότι συντρέχει ειδικός λόγος επιβολής της επιπλέον επίμαχης απαίτησης, επομένως, δεν προκύπτει από το περιεχόμενο της Διακήρυξης κάποια ρητή και αδιαμφισβήτητη σύνδεση της απαίτησης για το συγκεκριμένο δείκτη προς τις ανάγκες ομαλής εκτέλεσης της ζητούμενης υπηρεσίας αθροιστικά με τις έτερες ζητούμενες επιμέρους απαιτήσεις του ίδιου κριτηρίου. Ως εκ τούτου, ως προβάλλει, πρέπει να ακυρωθεί ο προσβαλλόμενος όρος του άρθρου 2.2.5 της Διακήρυξης, αφού, παρά τα όσα περί του αντιθέτου επικαλείται η Αναθέτουσα Αρχή, υπερβαίνει το σκοπό για τον οποίο έχει θεσπιστεί, θέτει δυσανάλογα αυστηρό περιορισμό για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό, αν μάλιστα ληφθούν υπόψη και συνεκτιμηθούν τα λοιπά στοιχεία οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας που ζητούνται με τη Διακήρυξη, και εμποδίζει ουσιαστικά την ανάπτυξη του ανταγωνισμού.

15. Επειδή, επί των ανωτέρω προβαλλόμενων, λεκτέα είναι τα εξής: Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.5 της Διακήρυξης - Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν: α) γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τα ακόλουθα έτη: 1. έτος (2021) κύκλος εργασιών ίσος με το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης 2. έτος (2022) κύκλος εργασιών ίσος με το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης 3. έτος (2023) κύκλος εργασιών ίσος με το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης β) να μην εμφανίζουν ζημίες κατά τα τρία τελευταία έτη, ήτοι θα πρέπει τα αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους να είναι θετικά. Επομένως θα πρέπει να καλύπτουν τις χρηματοοικονομικές αναλογίες (δείκτες) ως εξής: Κυκλοφορούν Ενεργητικό/ Βραχυπρόθεσμες Υποχρεώσεις > 1,00 Διαθέσιμα / Βραχυπρόθεσμες Υποχρεώσεις > 0,15 Ενεργητικό / Σύνολο Υποχρεώσεων > 1,00 γ) ασφαλιστική κάλυψη έναντι επαγγελματικών κινδύνων Όπως αυτή αναφέρεται στο άρθρο 8 του Παραρτήματος Ι της παρούσας Σε περίπτωση ένωσης

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις καλύπτονται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης.». Σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης - Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης «ΑΡΘΡΟ 8 - ... (...) 2. Ο Ανάδοχος θα εξασφαλίσει ότι θα υφίστανται σε ισχύ οι κάτωθι αναφερόμενες ασφαλιστικές καλύψεις, καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης του Έργου: i. Κάλυψη οποιασδήποτε Αστικής Ευθύνης προς οποιονδήποτε τρίτο, η οποία ανακύπτει από ή οφείλεται στην εκτέλεση του Έργου, περιλαμβανομένων, αλλά όχι μόνο, περιπτώσεων θανάτου, σωματικών βλαβών, απώλειας ή ζημίας περιουσίας, ατυχηματικής ρύπανσης, ψυχικής οδύνης και ηθικής βλάβης, μέχρι εκείνων των ορίων ευθύνης τα οποία θα διατηρούσε σε ισχύ ένας συνετός λειτουργός έργου παρόμοιας φύσης, μεγέθους και χαρακτηριστικών του Έργου, και τα οποία σε καμία περίπτωση δεν θα είναι χαμηλότερα των 1.000.000,00 € ανά γεγονός και 2.000.000,00 € αθροιστικά ετησίως. Στην κάλυψη θα περιλαμβάνεται ρητά και η εκ του Άρθρου 922 του Αστικού Κώδικα απορρέουσα ευθύνη της Υπηρεσίας (ευθύνη προστήσαντος). ii. Με το ασφαλιστήριο, στο οποίο το ... θα αναφέρεται ως «συνασφαλιζόμενος» θα καλύπτεται και η εκ του Νόμου ευθύνη του Αναδόχου, την οποία έχει με την ιδιότητα του Εργοδότη και περιλαμβάνει την, από τα άρθρα 657, 658 και 932 του ισχύοντος ... προβλεπόμενη υποχρέωση του Ασφαλισμένου έναντι του προσωπικού του που είναι ασφαλισμένο στο ... και απασχολείται στις περιγραφόμενες στην παρούσα σύμβαση εργασίες, σε περίπτωση σωματικών βλαβών που θα προκληθούν κατά τη διάρκεια της εργασίας. Ο Ανάδοχος θα πρέπει να εξασφαλίσει ότι τα ανωτέρω τηρούνται και από τους πάσης φύσεως συμβούλους, συνεργάτες και υπεργολάβους αυτού.». Καταρχήν, τα στοιχεία που απαιτούνται όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια οφείλουν, σύμφωνα με το άρθρο 75 του ν. 4412/2016, αφενός, να είναι κατάλληλα για την αξιολόγηση της επάρκειας του οικονομικού φορέα και, αφετέρου, να είναι προσαρμοσμένα στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελούν μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσης για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς όμως να ζητούνται στοιχεία πέραν των ευλόγως αναγκαίων για τον σκοπό αυτό. Τούτο, σημαίνει ότι η αναθέτουσα αρχή δεν έχει απεριόριστη ελευθερία ως προς τη θέσπιση των κριτηρίων της

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, λαμβανομένου υπόψη ότι δεν πρέπει να ζητούνται στοιχεία πέραν των ευλόγως αναγκαίων για τον σκοπό αυτό, που ευθέως αντίκειται στο άρθρο 18 του ν.4412/2016 και ιδία στην αρχή της αναλογικότητας (σκέψεις 9 – 11 της παρούσας). Εν προκειμένω, ως προελέχθη, στον επίμαχο όρο της Διακήρυξης ορίζονται επιπροσθέτως ότι *«Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν: α) γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τα ακόλουθα έτη: 1. έτος (2021) κύκλος εργασιών ίσος με το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης 2. έτος (2022) κύκλος εργασιών ίσος με το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης 3. έτος (2023) κύκλος εργασιών ίσος με το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης β) να μην εμφανίζουν ζημίες κατά τα τρία τελευταία έτη, ήτοι θα πρέπει τα αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους να είναι θετικά. (...) γ) ασφαλιστική κάλυψη έναντι επαγγελματικών κινδύνων Όπως αυτή αναφέρεται στο άρθρο 8 του Παραρτήματος Ι της παρούσας (...)»*. Συνεπώς, ως προς το κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας ο εκάστοτε προσφέρων προκειμένου να υποβάλλει παραδεκτή προσφορά, πέραν της επίμαχης ειδικότερης πληττόμενης απαίτησης με την οποία ζητείται κάλυψη της χρηματοοικονομικής αναλογίας (δείκτη) «Διαθέσιμα / Βραχυπρόθεσμες Υποχρεώσεις > 0,15», απαιτείται, να διαθέτει και τα προαναφερόμενα. Ειδικότερα, από τον επίμαχο προσβαλλόμενο όρο περί κάλυψης της χρηματοοικονομικής αναλογίας (δείκτη) «Διαθέσιμα / Βραχυπρόθεσμες Υποχρεώσεις > 0,15», κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα, δεν καταδεικνύεται η αναγκαιότητα για τον επιπλέον προσδιορισμό της ρευστότητας του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, πολλώ δε μάλλον η αναλογικότητα, καθώς πρόκειται για ... απορριπτόμενων των σχετικών ισχυρισμών της Αναθέτουσας Αρχής, εντός περιορισμένου χρονικού διαστήματος (1 έτος), κατά το οποίο δεν προκύπτει, πολλώ δε μάλλον δεν αποδεικνύεται, ότι δεν μπορεί να εξασφαλισθεί η ομαλή υλοποίηση της επίμαχης σύμβασης από την πλήρωση των λοιπών σωρευτικά απαιτούμενων ως άνω έτερων απαιτήσεων περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Επακολούθως, κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, ο επίμαχος όρος αποκλείει από το διαγωνισμό, χωρίς διακρίσεις, κάθε ενδιαφερόμενη επιχείρηση, εφόσον τυγχάνει να εμφανίζει κατά το κλείσιμο της χρήσης χρηματοοικονομική αναλογία (δείκτη) «Διαθέσιμα / Βραχυπρόθεσμες Υποχρεώσεις < 0,15», χωρίς καμία περαιτέρω αξιολόγηση της οικονομικής της επάρκειας, αφού δεν εξετάζεται εάν, ενόψει του οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης, σε συσχέτιση με τον κύκλο εργασιών της επιχείρησης, την πιστοληπτική της ικανότητα, την επιτυχή εκτέλεση ομοειδών συμβάσεων ή άλλα συναφή κριτήρια, ο περιορισμός αυτός παρίσταται πράγματι εύλογος και αναγκαίος. Ουδόλως, αποκρούεται δε, από την Αναθέτουσα Αρχή ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι *«Με τον τρόπο αυτό, όμως, αποκλείονται οικονομικά υγιείς και κερδοφόρες εταιρίες, με πολλαπλάσιο κύκλο εργασιών σε σχέση με το οικονομικό αντικείμενο της σύμβασης, οι οποίες αποδεδειγμένα εκτελούν με επιτυχία ανάλογα ή και μεγαλύτερα έργα πλήθους αναθετουσών Αρχών, και επομένως διαθέτουν την τεχνική, οργανωτική και οικονομική επάρκεια να υλοποιήσουν με επιτυχία και την προκείμενη σύμβαση.»* (σελ. 33 της προσφυγής). Επιπλέον, η Αναθέτουσα Αρχή στις απόψεις της δεν τεκμηριώνει νομίμως τον λόγο για τον οποίο κρίθηκε απαραίτητο να τεθούν αυστηρότερα κριτήρια οικονομικής και χρηματοπιστωτικής ικανότητας των συμμετεχουσών εταιριών, προκειμένου να διασφαλιστεί στο ακέραιο η επιτυχής ευόδωση της σύμβασης, προεχόντως διότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν αναφέρεται σε συγκεκριμένα στοιχεία προκειμένου να τεκμηριώσει την ανάγκη επιβολής της οικείας απαίτησης, ήτοι καθυστερήσεις σε παρελθούσες συμβάσεις κατά την ικανοποίηση των σχετικών απαιτήσεων, ως προς την μη έγκαιρη πληρωμή των εργαζομένων και ασφαλιστικών τους εισφορών, που εφόσον υφίσταντο θα είχε στη διάθεση της και κατά τα διδάγματα της κοινής λογικής θα προσκόμιζε, έστω θα επικαλείτο, ίδια εάν ληφθεί υπόψη ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι ο ανάδοχος καλείται στην πράξη να πρέπει να πληρώσει τους εργαζόμενους του και τις ασφαλιστικές εισφορές τους πριν εξοφληθεί από το ... βάση του άρθρου 5.1 της Διακήρυξης (σελ. 15 των απόψεων). Αλυσιτελώς, δε, προβάλλεται από την Αναθέτουσα Αρχή ο ισχυρισμός ότι δεν προσβάλλεται το ύψος του δείκτη, αλλά στην ολότητα του (σελ. 15 των απόψεων) και τούτο διότι ίδια οι προαναφερόμενοι έτεροι σωρευτικά απαιτούμενοι όροι

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

διασφαλίζουν την ομαλή εκτέλεση τη σύμβασης, κατά την συνήθη πορεία των πραγμάτων, χωρίς να αποδεικνύεται ως αναλυτικά εκτέθηκε, ότι συντρέχει ειδικός λόγος επιβολής της επιπλέον επίμαχης απαίτησης. Επομένως, δεν προκύπτει από το περιεχόμενο της Διακήρυξης κάποια ρητή και αδιαμφισβήτητη σύνδεση της απαίτησης για το συγκεκριμένο δείκτη προς τις ανάγκες ομαλής εκτέλεσης της ζητούμενης υπηρεσίας αθροιστικά με τις έτερες ζητούμενες. Συνεπώς, ο επίμαχος όρος του άρθρου 2.2.5 της Διακήρυξης περί κάλυψης της χρηματοοικονομικής αναλογίας (δείκτη) «Διαθέσιμα / Βραχυπρόθεσμες Υποχρεώσεις > 0,15» πάσχει ακυρότητας, ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, απορριπτόμενων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της Αναθέτουσας Αρχής περί του ότι το εν λόγω κριτήριο σε καμία περίπτωση δεν είναι ούτε απρόσφορο ούτε παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, πάρα ταύτα θα πρέπει να σημειωθεί ότι καθίσταται κατανοητή η ανάγκη της Αναθέτουσας Αρχής να διασφαλίσει την ομαλή εκτέλεση της σύμβασης, πλην όμως δεν αιτιολόγησε νομίμως την οικεία επιλογή της και την αναλογικότητά της συνδυαστικά με τις έτερες απαιτήσεις του άρθρου 2.2.5 της Διακήρυξης, ώστε να τεκμηριώσει ότι παρίσταται αναγκαία (ad hoc ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ Σ116/2022, ίδια σκέψη 28). Επομένως, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

16. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο της προδικαστικής της προσφυγής προβάλλει (σελ. 37-39 της προσφυγής) ότι η πρόβλεψη του άρθρου 5.1 (Τρόπος πληρωμής) της Διακήρυξης και ειδικότερα της παρ. 5.1.2 στην οποία αναγράφονται οι κρατήσεις στις οποίες υπόκειται το τιμολόγιο του Αναδόχου κατά την πληρωμή της αμοιβής του είναι απολύτως ασαφής και αόριστη διότι δεν προσδιορίζονται κατά τρόπο συγκεκριμένο οι ισχύουσες κατά το χρόνο προκήρυξης του διαγωνισμού νόμιμες κρατήσεις, προκειμένου να είναι δυνατή η διαμόρφωση συγκρίσιμων οικονομικών προσφορών από τους διαγωνιζόμενους, τούτο, δε, παρότι η αναθέτουσα αρχή βαρύνεται με την υποχρέωση σαφήνειας των όρων της διακήρυξης, και επομένως δεν μπορεί η υποχρέωση αυτή να μετακυλιέται ως βάρος στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, ενώ επισημαίνει ενδεικτικά ότι δεν γίνεται καμία αναφορά στην κράτηση 2% υπέρ των οργανισμών ψυχικής υγείας σύμφωνα με το άρθρο 3 του Ν. 3580/2007. Αναφέρει ότι μεταξύ των συμβάσεων ... στο

τιμολόγιο των οποίων υπολογίζεται η προαναφερόμενη κράτηση, περιλαμβάνονται και οι συμβάσεις παροχής ..., επικαλούμενη σχετική νομολογία. Υποστηρίζει ότι εν λόγω κράτηση, διενεργούμενη κατά την πληρωμή στον ανάδοχο της αξίας των συμβατικών ... που έχει παράσχει στην αναθέτουσα αρχή και υπολογιζόμενη επί της αξίας αυτών, επιφέρει ως αποτέλεσμα τη μείωση, κατά το αντίστοιχο ποσοστό, του παρεχόμενου για την εκτέλεση των ... εργολαβικού ανταλλάγματος, ενώ το αντίστοιχο ισχύει και για κάθε άλλη διενεργούμενη κράτηση υπέρ τρίτων, της οποίας παρά ταύτα δεν γίνεται μνεία στην Αναθέτουσα Αρχή, λόγω, δε, της έλλειψης αυτής, η Αναθέτουσα Αρχή ουδόλως εμποδίζεται να προβεί στην ανάδειξη, ως προσωρινού αναδόχου, οικονομικού φορέα που δεν έχει συνυπολογίσει την πιο πάνω κράτηση, επικαλούμενη ότι, εφόσον η κράτηση αυτή δεν προβλέπεται στη Διακήρυξη, ο συμμετέχων δεν είχε υποχρέωση συνυπολογισμού της κατά τη διαμόρφωση της οικονομικής του προσφοράς, με συνέπεια να πλήττεται η αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης. Ως εκ τούτου, ως προβάλλει, πρέπει να ακυρωθεί ο προαναφερόμενος όρος της Διακήρυξης, αφενός λόγω της ασάφειας και της αοριστίας του και αφετέρου λόγω της αντίθεσής του προς τις διατάξεις που διέπουν τις νόμιμες κρατήσεις που διενεργούνται κατά την πληρωμή της αμοιβής του αναδόχου της σύμβασης, καθώς δεν προβλέπει την πιο πάνω κράτηση. Επί των ανωτέρω προβαλλόμενων, η Αναθέτουσα Αρχή αναφέρει ότι «(...) τόσο στην προσβαλλόμενη Διακήρυξη όσο και στις διατάξεις της ισχύουσας νομοθεσίας προσδιορίζονται οι νόμιμες κρατήσεις, τις οποίες ευχερώς μπορεί να πληροφορηθεί κάθε επιμελής υποψήφιος, ώστε δεν τίθεται ζήτημα αδυναμίας συμμετοχής στον διαγωνισμό εκ του προσβαλλόμενου όρου. Σε κάθε περίπτωση, αν η προσφεύγουσα θεωρούσε ότι υπάρχει κάποια ασάφεια, είχε εκ του νόμου δικαίωμα, να υποβάλει διευκρινιστικό ερώτημα στην Υπηρεσία μας, το οποίο δεν άσκησε. (...) Ως προς τον τρίτο λόγο της προσφυγής ότι δεν προσδιορίζονται σαφώς οι κρατήσεις που αφορούν στην επίμαχη σύμβαση, θεωρούμε τον ισχυρισμό προδήλως αβάσιμο καθώς στο άρθρο 5.1 της Διακήρυξης ορίζονται με πλήρη σαφήνεια οι ισχύουσες σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία σχετικές κρατήσεις. Εξάλλου, στους ίδιους τους διαγωνιζόμενους απόκειται να αναζητήσουν και να εφαρμόσουν κατά τη διαμόρφωση της προσφοράς τους το σύνολο των διατάξεων της ισχύουσας

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

νομοθεσίας. Σε κάθε περίπτωση, εφόσον η προσφεύγουσα είχε οιαδήποτε αμφιβολία αφορούσε στις κρατήσεις είχε και τη διακριτική ευχέρεια να υποβάλει σχετικό διευκρινιστικό ερώτημα προς την Υπηρεσία μας, το οποίο δεν έπραξε και πάντως δεν τίθεται ζήτημα ακύρωσης της Διακήρυξης και ματαίωσης του διαγωνισμού εξ αυτού του λόγου.». Η προσφεύγουσα στο Υπόμνημά της προβάλλει όσα και με την προσφυγή της, καθώς και ότι ο ισχυρισμός της Αναθέτουσα Αρχής ότι στο άρθρο 5.1 της Διακήρυξης ορίζονται με σαφήνεια οι ισχύουσες σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία κρατήσεις, καθώς και ότι εναπόκειται στους ίδιους τους διαγωνιζόμενους να αναζητήσουν και να εφαρμόσουν κατά τη διαμόρφωση της προσφοράς τους το σύνολο των διατάξεων της σχετικής νομοθεσίας, πέραν του ότι είναι αντιφατικός, εφόσον η Αναθέτουσα Αρχή επικαλείται ότι έχει περιλάβει όλες τις νόμιμες κρατήσεις, εξαιρώντας παρά ταύτα εκείνη του άρθρου 3 του Ν. 3580/2007, δεν αποσαφηνίζεται ούτε με τις απόψεις της αν πρέπει να συμπεριληφθεί η εν λόγω κράτηση, παρότι επηρεάζει ουσιωδώς το ποσό του εργολαβικού ανταλλάγματος, ως εκ τούτου, με τις απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής διατηρείται, δεν θεραπεύεται, αλλά και επιβεβαιώνεται η προβαλλόμενη πλημμέλεια.

17. Επειδή, επί των ανωτέρω προβαλλόμενων, λεκτέα είναι τα εξής: Σύμφωνα με το άρθρο 3 περ. (ε) υποπερ. ββ' (πρώην εε') του Ν. 3580/2007 «(...)Στον προϋπολογισμό του Υπουργείου Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης εγγράφεται Ειδικός Κωδικός με την ονομασία "Κεφάλαιο Κοινωνικής και Ανθρωπιστικής Αντίληψης". Κατά την εξόφληση των τιμολογίων των συμβάσεων προμηθειών και ... από την αρμόδια Υπηρεσία της Επιτροπής, παρακρατείται επί του ποσού του τιμολογίου, μετά την αφαίρεση του Φ.Π.Α. και κάθε άλλου παρακρατούμενου ποσού υπέρ τρίτου, ποσοστό 2%, που περιέρχεται στον ανωτέρω Ειδικό Κωδικό. Ο τρόπος και η διαδικασία είσπραξης και απόδοσης στον Κρατικό Προϋπολογισμό της κράτησης, καθώς και κάθε άλλη αναγκαία λεπτομέρεια, καθορίζεται με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας και Οικονομικών και Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης. (...)». Σύμφωνα, δε, με την παρ.6 του άρθρου 24 του 3846/2010 (ΦΕΚ Α 66/11-05-2010) «Ποσοστό 2% επί των τιμολογίων των συμβάσεων προμηθειών και ... σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 3 του ν. 3580/2007 (ΦΕΚ 134 Α'), καθώς και της υπ` αριθμ. ΔΥ6α/οικ36932/17.3.2009

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

κοινής υπουργικής απόφασης (ΦΕΚ 545 Β'), παρακρατείται και αποδίδεται από τους φορείς που εκτελούν τις σχετικές συμβάσεις.». Σύμφωνα με το άρθρο 5.1 της Διακήρυξης - Τρόπος πληρωμής και δη τον όρο 5.1.2 αυτής «5.1.2. Τον Ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παροχή των ... στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις: α) Για τις συμβάσεις αξίας άνω των χιλίων (1.000) ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ανεξαρτήτως της πηγής προέλευσης της χρηματοδότησης, κράτηση ύψους 0,1%, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης υπέρ της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων. β) Κράτηση ύψους 0,02% υπέρ της ανάπτυξης και συντήρησης του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας, εκτός ΦΠΑ, της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης. Το ποσό αυτό παρακρατείται σε κάθε πληρωμή από την αναθέτουσα αρχή στο όνομα και για λογαριασμό του Υπουργείου Ψηφιακής Διακυβέρνησης, σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 36 του ν. 4412/2016. Μέχρι την έκδοση της κοινής απόφασης της παρ. 6 του άρθρου 36 του ν. 4412/2016, η ως άνω κράτηση δεν επιβάλλεται. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20 %. Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8 % επί του καθαρού ποσού.». Εκ του παραπάνω όρου της Διακήρυξης προκύπτει ότι ενώ ορίζεται ότι τον ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., καθώς και ότι, ενδεικτικά έστω, ορίζονται οι κρατήσεις με τις οποίες αυτός βαρύνεται (Ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις), ελλείπει η ρητή αναφορά της κράτησης 2% υπέρ των οργανισμών ψυχικής υγείας σύμφωνα με το άρθρο 3 του Ν. 3580/2007 και με την παρ.6 του άρθρου 24 του 3846/2010, ως βάσιμα προβάλλει η προσφεύγουσα. Η κράτηση 2% υπέρ Ψυχικής Υγείας γίνεται επί της καθαρής αξίας του τιμολογίου, μετά την αφαίρεση των υπόλοιπων κρατήσεων (άρθρο 3 του Ν. 3580/2007 και άρθρο 24 παρ. 6 του Ν. 3846/2010). Όπως, δε, προκύπτει από τις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 1 και 3 του Ν.

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

3918/2011 (Α΄ 31), μεταξύ των συμβάσεων ... , στο τιμολόγιο των οποίων υπολογίζεται η προαναφερόμενη κράτηση, περιλαμβάνονται και οι συμβάσεις παροχής ... (Δ.Εφ.Θεσ 96/2023, σκέψη 8). Η ανάγκη εξάλειψης κάθε ενδεχόμενης ασάφειας κατά τη σύνταξη των οικονομικών προσφορών, τυχόν ύπαρξη της οποίας οδηγεί σε απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτης, επιβάλλει να ακυρωθεί η προαναφερόμενη παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής ούτως ώστε, σύμφωνα με τα ανωτέρω αναλυτικά αναφερόμενα, στην προσβαλλόμενη Διακήρυξη να περιληφθεί ρητή πρόβλεψη βάσει της οποίας στις απαριθμούμενες στον όρο 5.1.2 της Διακήρυξης κρατήσεις που βαρύνουν τον ανάδοχο θα περιλαμβάνεται και αυτή ποσοστού 2% υπέρ των οργανισμών ψυχικής υγείας σύμφωνα με το άρθρο 3 του Ν. 3580/2007 και με την παρ.6 του άρθρου 24 του 3846/2010. Τούτο δε προς εξάλειψη της ασάφειας αυτής για την αποφυγή πηγής αμφισβήτησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, αφού, άλλωστε, η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να προβεί σε διόρθωση και άλλων όρων της διακήρυξης, ενόψει της αποδοχής άλλων λόγων της κρινόμενης προσφυγής με την παρούσα απόφαση, ανεξαρτήτως της δυνατότητας που υπήρχε για παροχή διευκρινίσεων ως προς το σημείο αυτό της διακήρυξης. Επομένως, ο τρίτος λόγος πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

18. Επειδή, με τον τέταρτο λόγο της προδικαστικής της προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει (σελ. 39-45 της προσφυγής) ότι σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης (σελ. 69 και 72) το πρόγραμμα και η σύνθεση του ... του αναδόχου διαμορφώνεται σύμφωνα με όσα παραθέτει στο κείμενο της προσφυγής της, αναφέροντας ότι στο πρόγραμμα αντιστοιχούν 2.239 απαιτούμενες ώρες εργασίας ανά εβδομάδα, όπως εμφανίζεται κατ' αντιστοιχία στους πίνακες που παραθέτει. Παρά ταύτα, προβάλλει ότι ο πίνακας που παρατίθεται στο Παράρτημα 1 της Διακήρυξης, τον οποίο παραθέτει στην προσφυγή της, προβλέπει αριθμούς εργατωρών ανά εβδομάδα από όπου προκύπτει ότι το άθροισμα των εργατωρών ανέρχεται σε 1.772 ώρες ανά εβδομάδα (= 1654 + 58 + 60). Ισχυρίζεται ότι η συσχέτιση όμως του πίνακα αυτού με το προαναφερθέν πρόγραμμα εργασίας και τη σύνθεση του προσωπικού καθαριότητας που επίσης παρατίθεται στη διακήρυξη, σύμφωνα με το οποίο, όπως αναλυτικά υπολογίζει, απαιτούνται 2.239 ώρες ανά εβδομάδα, προκαλείται προφανής ασάφεια και αοριστία που

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

εμποδίζει τη διαμόρφωση τεχνικής και οικονομικής προσφοράς, διότι από τις αντιφατικές αυτές προβλέψεις της Διακήρυξης δεν μπορεί να συναχθεί κατά τρόπο σαφή, ορισμένο και με την επιβαλλόμενη βεβαιότητα ο αριθμός των ατόμων και των ωρών εργασίας που πρέπει να υπολογίσει ο ανάδοχος, αφού, ως προβάλλει, στην μεν πρώτη περίπτωση, δηλαδή υπολογισμού 2.239 ωρών εβδομαδιαίως, η οικονομική του προσφορά αποβαίνει απορριπτέα διότι, όπως εκθέτει στον επόμενο λόγο της προσφυγής της, το προκαλούμενο κόστος υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της Διακήρυξης, ενώ στη δεύτερη περίπτωση, δηλαδή υπολογισμού 1.772 ωρών, είναι αδύνατη η εκτέλεση του προγράμματος ... όπως προδιαγράφεται στο Παράρτημα 1 της Διακήρυξης. Ως εκ τούτου, ως υποστηρίζει, στοιχειοθετείται και από την άποψη αυτή βάσιμος λόγος ακύρωσης της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, καθώς περιέχει όλως ασαφή και αντιφατικά στοιχεία ως προς ό,τι αφορά τον εβδομαδιαίο αριθμό των ωρών εργασίας του προσωπικού του αναδόχου, με συνέπεια να καθίσταται αδύνατη η διαμόρφωση προσφοράς. Επί των ανωτέρω προβαλλόμενων, η Αναθέτουσα Αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι «(...) αν η προσφεύγουσα θεωρούσε ότι υπάρχει κάποια ασάφεια, είχε εκ του νόμου δικαίωμα, να υποβάλει διευκρινιστικό ερώτημα στην Υπηρεσία μας, το οποίο δεν άσκησε, και άρα δεν μπορεί να ισχυρίζεται ότι εμποδίζεται εκ της υποτιθέμενης ασάφειας να υποβάλει παραδεκτή προσφορά στον διαγωνισμό, ενώ δεν άσκησε το νόμιμο δικαίωμά της για να την άρει. (...) Ως προς τον τέταρτο προσβαλλόμενο όρο, ήτοι την ασάφεια/αναντιστοιχία ως προς τις ώρες ... έχουμε να δηλώσουμε ότι οι ζητούμενες από τη Διακήρυξη ώρες απασχόλησης αναπτύσσονται αναλυτικά στις σελίδες 69-72, η δε αναντιστοιχία που πράγματι υπήρχε με την αναφορά των ωρών στον Πίνακα 1. του Παραρτήματος 1 ζητήθηκε από έτερους συμμετέχοντες ως διευκρινιστικό ερώτημα και απαντήθηκε με ορθή επανάληψη του συγκεκριμένου πίνακα από την Επιτροπή Τεχνικών Προδιαγραφών στην πλατφόρμα της ΕΣΗΔΗΣ στις 26-3-2024. Σε κάθε περίπτωση και πάλι η προσφεύγουσα είχε την ευχέρεια να υποβάλει σχετικό διευκρινιστικό ερώτημα προς την Υπηρεσία μας, το οποίο δεν έπραξε και πάντως δεν τίθεται ζήτημα ακύρωσης της Διακήρυξης και ματαίωσης του διαγωνισμού εξ αυτού του λόγου.». Η προσφεύγουσα στο Υπόμνημά της προβάλλει ότι έχει τεκμηριώσει ότι, αν και σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης (σελ. 69 και 72) στο πρόγραμμα και τη

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

σύνθεση του ... αντιστοιχούν 2.239 ώρες εργασίας ανά εβδομάδα, αντιθέτως στον πίνακα του Παραρτήματος 1 της Διακήρυξης προβλέπεται άθροισμα 1.772 εργατωρών ανά εβδομάδα, με συνέπεια να προκαλείται ασάφεια και αοριστία που εμποδίζει τη διαμόρφωση τεχνικής και οικονομικής προσφοράς. Περαιτέρω, αναφέρει ότι με τις απόψεις της η Αναθέτουσα Αρχή επικαλείται ότι, κατόπιν ερωτημάτων οικονομικών φορέων έχει διευκρινιστεί την 26-3-2024, με ορθή επανάληψη του πιο πάνω πίνακα, ο ακριβής αριθμός των απαιτούμενων εργατωρών, οι οποίες είναι πράγματι 2.239 εβδομαδιαίως και ότι με την παραδοχή αυτή επιβεβαιώνεται η βασιμότητα του επόμενου λόγου της προσφυγής της, αφού, όπως εκθέτει, το προκαλούμενο κόστος υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της Διακήρυξης, με τη συνακόλουθη αδυναμία υποβολής παραδεκτής οικονομικής προσφοράς.

19. Επειδή, επί των ανωτέρω προβαλλόμενων, λεκτέα είναι τα εξής: Σύμφωνα με το άρθρο 2.1.3 της Διακήρυξης - Παροχή Διευκρινίσεων «*Τα σχετικά αιτήματα παροχής διευκρινίσεων υποβάλλονται ηλεκτρονικά, το αργότερο 10 ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών και απαντώνται αντίστοιχα, στο πλαίσιο της παρούσας, στη σχετική ηλεκτρονική διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, η οποία είναι προσβάσιμη μέσω της Διαδικτυακής πύλης (www...gr). Αιτήματα παροχής συμπληρωματικών πληροφοριών – διευκρινίσεων υποβάλλονται από εγγεγραμμένους στο σύστημα οικονομικούς φορείς, δηλαδή από εκείνους που διαθέτουν σχετικά διαπιστευτήρια που τους έχουν χορηγηθεί (όνομα χρήστη και κωδικό πρόσβασης) και απαραίτητα το ηλεκτρονικό αρχείο με το κείμενο των ερωτημάτων είναι ηλεκτρονικά υπογεγραμμένο. Αιτήματα παροχής διευκρινίσεων που είτε υποβάλλονται με άλλο τρόπο είτε το ηλεκτρονικό αρχείο που τα συνοδεύει δεν είναι ηλεκτρονικά υπογεγραμμένο, δεν εξετάζονται. Η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία παραλαβής των προσφορών, ούτως ώστε όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να μπορούν να λάβουν γνώση όλων των αναγκαίων πληροφοριών για την κατάρτιση των προσφορών στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν, για οποιονδήποτε λόγο, πρόσθετες πληροφορίες, αν και ζητήθηκαν από τον οικονομικό φορέα έγκαιρα, δεν έχουν παρασχεθεί το αργότερο έξι (6) ημέρες πριν από την προθεσμία που ορίζεται για την παραλαβή των προσφορών, β) όταν τα έγγραφα της σύμβασης υφίστανται*

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

σημαντικές αλλαγές. Η διάρκεια της παράτασης θα είναι ανάλογη με τη σπουδαιότητα των πληροφοριών ή των αλλαγών. Όταν οι πρόσθετες πληροφορίες δεν έχουν ζητηθεί έγκαιρα ή δεν έχουν σημασία για την προετοιμασία κατάλληλων προσφορών, η παράταση της προθεσμίας εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής. Τροποποίηση των όρων της διαγωνιστικής διαδικασίας (πχ αλλαγή/μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών καθώς και σημαντικές αλλαγές των εγγράφων της σύμβασης, σύμφωνα με την προηγούμενη παράγραφο) δημοσιεύεται στην ΕΕΕΕ (με το τυποποιημένο έντυπο «Διορθωτικό») και στο ΚΗΜΔΗΣ .». Ως προελέχθη, η Αναθέτουσα Αρχή στις απόψεις αναφέρει ότι οι ζητούμενες από τη Διακήρυξη ώρες απασχόλησης αναπτύσσονται αναλυτικά στις σελίδες 69-72 της Διακήρυξης, η δε αναντιστοιχία που πράγματι υπήρχε με την αναφορά των ωρών στον Πίνακα 1 του Παραρτήματος 1 ζητήθηκε από έτερους συμμετέχοντες ως διευκρινιστικό ερώτημα και απαντήθηκε με ορθή επανάληψη του συγκεκριμένου πίνακα από την Επιτροπή Τεχνικών Προδιαγραφών στην πλατφόρμα της ΕΣΗΔΗΣ στις 26-3-2024. Όπως προκύπτει από τα στοιχεία και έγγραφα του ηλεκτρονικού φακέλου του διαγωνισμού, κατόπιν διευκρινιστικών ερωτημάτων οικονομικών φορέων, αλλά όχι της προσφεύγουσας, με τις υπ' αριθμ. πρωτ. .../26-03-2024 διευκρινίσεις της Αναθέτουσας Αρχής (σχετικές και με τις με αρ. πρωτ. .../26-3-2024 προηγούμενες διευκρινίσεις της), οι οποίες την 26-03-2024 αναρτήθηκαν στο πεδίο «Σημειώσεις και συνημμένα» του διαγωνισμού ως επιπλέον διευκρινίσεις με κατηγορία «Πρόσβαση από όλους τους χρήστες και ελεύθερη πρόσβαση μέσω του...» (αρχεία με την ονομασία «...pdf» και «...pdf») και οι οποίες, όπως προκύπτει, δεν αμφισβητήθηκαν και αποτελούν κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, κοινοποιήθηκε ορθή επανάληψη του πίνακα ανάλυσης των εργατωρών ανά εβδομάδα με σύνολο εργατωρών 2.239, παραθέτοντας τον πίνακα αυτό σε ορθή επανάληψη (1969 + 210 + 60 εργατώρες = 2.239 σύνολο εργατωρών). Σε κάθε περίπτωση, η προσφεύγουσα είχε τη δυνατότητα να αιτηθεί την παροχή σχετικών διευκρινίσεων, ως βάσιμα προβάλλει και η Αναθέτουσα Αρχή. Ως εκ τούτου, ο τέταρτος λόγος, μετά τις παραπάνω διευκρινίσεις της Αναθέτουσας Αρχής, απορρίπτεται ως αβασίμως προβαλλόμενος.

20. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πέμπτο λόγο της προδικαστικής της προσφυγής προβάλλει (σελ. 45-56 της προσφυγής) ότι σε άμεση συσχέτιση προς όσα αναφέρει στον τέταρτο λόγο της προσφυγής της, και υπό την παραδοχή ότι, σύμφωνα με το ανωτέρω παρατεθέν πρόγραμμα εργασίας και τη σύνθεση του προσωπικού του αναδόχου, απαιτούνται 2.239 ώρες ανά εβδομάδα, ο προϋπολογισμός του διαγωνισμού δεν επαρκεί για την κάλυψη του ελάχιστου απαιτούμενου κόστους για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, όπως αναλυτικότερα εκθέτει στην προσφυγή της. Επικαλείται το άρθρο 4.3.1 και το άρθρο 3 των γενικών τεχνικών προδιαγραφών της Διακήρυξης, τα οποία και παραθέτει, καθώς και ότι όπως ρητά ορίζεται στο άρθρο 1.4 (θεσμικό πλαίσιο) αυτής, η διαδικασία του διαγωνισμού διέπεται, εκτός άλλων, από τις διατάξεις του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, τις διατάξεις του οποίου, άλλωστε, αποδίδουν και οι όροι της παρ. 2.4.3.2 της Διακήρυξης, παραθέτοντας περαιτέρω όσα αναφέρονται σχετικά με την σκοπιμότητα θέσπισης της ανωτέρω ρύθμισης, στην αιτιολογική έκθεση του Ν. 3863/2010. Συμπερασματικά των όσων αναλυτικά παραθέτει, προβάλλει ότι προκειμένου ο ανάδοχος να έχει τη δυνατότητα να εκπληρώσει τις σχετικές υποχρεώσεις του και να καλύψει το λειτουργικό κόστος ... αλλά και να αποκομίσει ένα εύλογο κέρδος, θα πρέπει το οικονομικό αντικείμενο του διαγωνισμού να είναι τέτοιου ύψους, ώστε, συνεκτιμωμένων των ανωτέρω στοιχείων, να επιτρέπει τη σύναψη σύμβασης η οποία θα καλύπτει το κόστος παροχής των ζητούμενων ... και επομένως δεν θα αποβαίνει οικονομικώς επιζήμια για τον ανάδοχο, δεδομένου ότι αυτός, σε αντίθετη περίπτωση, δεν αποκλείεται να επιχειρήσει, κατά την εκτέλεση των ..., να καλύψει τη ζημία που υφίσταται λόγω του ασυνήθιστα χαμηλού τιμήματος που λαμβάνει, με μείωση της ποιότητας ή και της ποσότητας των παρεχόμενων Υποστηρίζει ότι για την εκτέλεση του προγράμματος ... σύμφωνα με τα οριζόμενα στη Διακήρυξη, που απαιτεί 2.239 ώρες ανά εβδομάδα, το εργατικό κόστος με βάση το ισχύον σήμερα κατώτατο νόμιμο ημερομίσθιο διαμορφώνεται σύμφωνα με τους αναλυτικούς πίνακες που εν συνεχεία παραθέτει στην προσφυγή της, αναφέροντας ότι το ελάχιστο μηνιαίο εργατικό κόστος ανέρχεται σε 83.610,89 €, στο οποίο, ως προβάλλει, αν προστεθεί το ποσό των νόμιμων κρατήσεων, οι οποίες ανέρχονται σε 2,12% επί της αξίας του τιμολογίου, και υπολογίζονται, βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης σε 1.810,37 €,

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

συνάγεται ότι το άθροισμα των δύο αυτών ποσών, ήτοι 85.421,26 € (= 83.610,89 € + 1.810,37 €), υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της Διακήρυξης, (χωρίς ΦΠΑ), ο οποίος ανέρχεται στο ποσό των 85.349,46 € μηνιαίως. Προβάλλει, επίσης, ότι αν ληφθεί υπόψη ότι, με βάση τα οριζόμενα στη Διακήρυξη (άρθρα 2.4.4, 5.1.2), αλλά και όπως έχει κατά πάγια νομολογία κριθεί οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να συμπεριλαμβάνουν στην προσφερόμενη τιμή τόσο τις υπέρ τρίτων κρατήσεις, όσο και κάθε άλλου είδους επιβάρυνση, όπως είναι το ποσοστό 8% παρακράτησης φόρου εισοδήματος κατά το άρθρο 64 (παρ. 2) του Ν. 4172/2013, το οποίο ρητά προβλέπεται στην παρ. 5.1.2 της Διακήρυξης, είναι προφανές ότι κατά μείζονα λόγο, ο προϋπολογισμός της δεν επαρκεί για την κάλυψη έστω και των συγκεκριμένων μόνο στοιχείων κόστους. Αναφέρει, επίσης, ότι ανάδοχος βαρύνεται επιπροσθέτως με το κόστος έκδοσης εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης, οφείλει να υπολογίζει εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους και εργολαβικού οφέλους και να παρέχει στο προσωπικό του στολές και μέσα ατομικής προστασίας, να διαθέτει τον απαιτούμενο εξοπλισμό και μηχανήματα καθαριότητας (τροχήλατα, κουβάδες, ηλεκτρικές σκούπες, μηχανήματα γυαλίσματος, κτλ), και επομένως όλα τα ανωτέρω στοιχεία κόστους πρέπει επίσης να συνυπολογίζονται στην οικονομική προσφορά. Κατά την προσφεύγουσα, καθίσταται σαφές ότι ο προϋπολογισμός του διαγωνισμού, δεν είναι σύμφωνος με τους προαναφερόμενους όρους που έχουν θεσπιστεί με την Διακήρυξη, αλλά και με τις διατάξεις του νόμου, στις οποίες αυτή παραπέμπει, ενώ οι υποψήφιοι, όπως και η ίδια, προκειμένου να μην αποκλειστούν από το διαγωνισμό, είναι υποχρεωμένοι να ενεργήσουν κατά παράβαση του νόμου, υποβάλλοντας οικονομικές προσφορές, οι οποίες δεν καλύπτουν το ελάχιστο νόμιμο κόστος εκτέλεσης της σύμβασης, ενώ, αν υποβάλουν προσφορά που καλύπτει το εν λόγω κόστος, τίθενται εκποδών του διαγωνισμού, λόγω υπέρβασης της προϋπολογιζόμενης δαπάνης. Ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη Διακήρυξη κατά το μέρος που πλήττεται με την προσφυγή, προκειμένου να αναπροσαρμοστεί από την Αναθέτουσα Αρχή η προϋπολογιζόμενη δαπάνη του διαγωνισμού σε ποσό το οποίο θα επιτρέπει την υποβολή οικονομικών προσφορών που καλύπτουν το ελάχιστο απαιτούμενο κόστος εκτέλεσης της σύμβασης, όπως επιβάλλουν η αρχή της νομιμότητας και του υγιούς ανταγωνισμού, αλλά και η υποχρέωση

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

προστασίας του δημοσίου συμφέροντος. Επί των ανωτέρω προβαλλόμενων η Αναθέτουσα Αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι «(...) Ο συγκεκριμένος λόγος προσφυγής συνδέεται με τον προηγούμενο, και θα μπορούσε ομοίως να αποτραπεί αν η προσφεύγουσα είχε υποβάλει αίτημα διευκρινίσεων. (...) Ως προς τον πέμπτο λόγο της προσφυγής, σύμφωνα με τον οποίο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο προϋπολογισμός του διαγωνισμού δεν επαρκεί για την κάλυψη του ελάχιστου απαιτούμενου κόστους για την εκτέλεση της υπό ανάθεσης σύμβασης, δηλώνουμε πως ο προϋπολογισμός υπολογίστηκε με βάση τις ισχύουσες διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας κατά το χρόνο έγκρισης των τεχνικών προδιαγραφών καθώς και της δαπάνης ανάθεσης κατά τους τελευταίους μήνες του σχετικού έργου με διαδικασία διαπραγμάτευσης (σύμφωνα με το άρθρο 32 του ν.4412/2016) για την κάλυψη της αδήριτης ανάγκης ... έως την ολοκλήρωση του επίμαχου διαγωνισμού.». Η προσφεύγουσα με το υπόμνημά της προβάλλει όσα και με την προδικαστική προσφυγή της, αναφέροντας, επίσης, ότι κανένας συγκεκριμένος και τεκμηριωμένος αντίλογος δεν προβάλλεται επί του σχετικού μας ισχυρισμού της με τις απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία περιορίζεται να αναφέρει, εντελώς αόριστα, ότι ο προϋπολογισμός διαμορφώθηκε με βάση τις ισχύουσες διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας κατά το χρόνο έγκρισης των τεχνικών προδιαγραφών, καθώς και της δαπάνης της σχετικής υπηρεσίας κατά τους τελευταίους μήνες με διαδικασία διαπραγμάτευσης.

21. Επειδή, επί των ανωτέρω προβαλλόμενων, λεκτέα είναι τα εξής: Σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της Διακήρυξης - Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης «(...) Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 1.024.193,55 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24 % (εκτιμώμενη αξία συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ: € 1.270.000,00 € με ετήσια δικαίωμα προαίρεσης 2.540.000.00 € συμπεριλαμβανομένου το Φ.Π.Α. (...) Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης δίδεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της παρούσας διακήρυξης. (...).». Σύμφωνα με το άρθρο 1.4 της Διακήρυξης - Θεσμικό πλαίσιο «Η ανάθεση και εκτέλεση της σύμβασης διέπονται από την κείμενη νομοθεσία και τις κατ' εξουσιοδότηση αυτής εκδοθείσες κανονιστικές πράξεις, όπως ισχύουν και ιδίως: (...) - του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 115) (...). Σύμφωνα με το

άρθρο 2.4.3.2 της Διακήρυξης - Τεχνική Προσφορά «(...)Οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής: α) Τον αριθμό των εργαζομένων. β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας. γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία υπάγονται οι εργαζόμενοι. δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων. ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά. στ) Τα τετραγωνικά μέτρα ... ανά άτομο, όταν πρόκειται για ... Οι εταιρείες παροχής ... ή ... πρέπει, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία. Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των ... , των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων (...)). Σύμφωνα με το άρθρο 2.4.4 της Διακήρυξης - Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών «Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης , όπως ορίζεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης. Τιμές Η τιμή της παρεχόμενης υπηρεσίας δίνεται σε ευρώ ανά μονάδα. Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παροχή των ... στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3 % και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20 %. Οι προσφερόμενες τιμές είναι σταθερές καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης και δεν αναπροσαρμόζονται Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται προσφορές στις οποίες: α) δεν δίνεται τιμή σε ΕΥΡΩ ή καθορίζεται σχέση ΕΥΡΩ προς ξένο νόμισμα, β) δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή, με την επιφύλαξη του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 και γ) η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της σύμβασης που καθορίζεται και τεκμηριώνεται από την αναθέτουσα αρχή στο κεφάλαιο του Παραρτήματος Ι της παρούσας διακήρυξης.». Σύμφωνα με τον όρο 4.3.1 της Διακήρυξης «4.3.1 Κατά την εκτέλεση της σύμβασης ο ανάδοχος τηρεί τις υποχρεώσεις στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικοασφαλιστικού και εργατικού δικαίου, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού,

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

κοινωνικοασφαλιστικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α'. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων από τον ανάδοχο και τους υπεργολάβους του ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση της σύμβασης και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και ... που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους.». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 5.1.2 της Διακήρυξης «Τον Ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παροχή των ... στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις: α) Για τις συμβάσεις αξίας άνω των χιλίων (1.000) ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ανεξαρτήτως της πηγής προέλευσης της χρηματοδότησης, κράτηση ύψους 0,1%, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης υπέρ της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων. β) Κράτηση ύψους 0,02% υπέρ της ανάπτυξης και συντήρησης του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας, εκτός ΦΠΑ, της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης. Το ποσό αυτό παρακρατείται σε κάθε πληρωμή από την αναθέτουσα αρχή στο όνομα και για λογαριασμό του Υπουργείου Ψηφιακής Διακυβέρνησης, σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 36 του ν. 4412/2016. Μέχρι την έκδοση της κοινής απόφασης της παρ. 6 του άρθρου 36 του ν. 4412/2016, η ως άνω κράτηση δεν επιβάλλεται. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20 %. Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8 % επί του καθαρού ποσού.». Σύμφωνα, δε, με την παρ. 3 του άρθρου 3 - ΠΡΟΣΩΠΙΚΟ ΤΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ των γενικών τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης (Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης) «3. Ο Ανάδοχος υποχρεούται στην απαραίτητη τήρηση της εκάστοτε ισχύουσας εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, αναφορικά με την παροχή εργασίας του προσωπικού του, ιδίως δε ως προς την καταβολή των αποδοχών, οι οποίες σε καμιά περίπτωση δεν μπορεί να είναι κατώτερες των προβλεπόμενων από τον νόμο, την τήρηση του νομίμου ωραρίου, των όρων υγιεινής και ασφάλειας

κτλ. *Παράβαση της υποχρέωσης αυτής δίνει το δικαίωμα στο ... για μονομερή καταγγελία της συμβάσεως και κήρυξη του Αναδόχου ως εκπτώτου.*». Επίσης, όπως προκύπτει από τα στοιχεία και έγγραφα του ηλεκτρονικού φακέλου του διαγωνισμού, κατόπιν διευκρινιστικών ερωτημάτων οικονομικών φορέων, αλλά όχι της προσφεύγουσας, στις με αρ. πρωτ. .../26-3-2024 διευκρινίσεις της Αναθέτουσας Αρχής, οι οποίες την 26-03-2024 αναρτήθηκαν στο πεδίο «Σημειώσεις και συνημμένα» του διαγωνισμού ως διευκρινίσεις με κατηγορία «Πρόσβαση από όλους τους χρήστες και ελεύθερη πρόσβαση μέσω του...» (αρχεία με την ονομασία «...pdf» και «...pdf») και οι οποίες, όπως προκύπτει, δεν αμφισβητήθηκαν και αποτελούν κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, διευκρινίστηκε, μεταξύ άλλων, ότι α) Στο άρθρο 5.1.2 εδάφιο τελευταίο της Διακήρυξης αναφέρεται ότι με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος αξίας 8% επί του καθαρού ποσού. Επομένως προκύπτει ότι οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να υπολογίσουν στην προσφορά τους την παρακράτηση φόρου 8%. β) τα έξοδα δημοσιεύσεων για τον διαγωνισμό είναι 59,52 ευρώ γ) οι ... που θα παρέχονται στη ... και στο Αρχείο θα είναι από Δευτέρα έως Παρασκευή χωρίς Αργίες και δ) σε ότι αφορά τον εβδομαδιαίο υπολογισμό των ωρών εργασίας, μετά από ενδελεχή υπολογισμό παρατέθηκε νέος πίνακας με σύνολο εργατωρών 2.064 (1794 + 210 + 60 εργατώρες). Εν συνεχεία, με τις υπ' αριθμ. πρωτ. .../26-03-2024 διευκρινίσεις της Αναθέτουσας Αρχής (σχετικές και με τις με αρ. πρωτ. .../26-3-2024 προηγούμενες διευκρινίσεις της), οι οποίες την 26-03-2024 αναρτήθηκαν στο πεδίο «Σημειώσεις και συνημμένα» του διαγωνισμού ως επιπλέον διευκρινίσεις με κατηγορία «Πρόσβαση από όλους τους χρήστες και ελεύθερη πρόσβαση μέσω του...» (αρχεία με την ονομασία «...pdf» και «...pdf») και οι οποίες, όπως προκύπτει, δεν αμφισβητήθηκαν και αποτελούν κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, διευκρινίστηκε ότι α) σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 286/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ, η παρακράτηση φόρου αποτελεί μέρος της φορολογικής υποχρέωσης του ανάδοχο, από τον οποίο προεισπράτεται το σχετικό ποσό, ενώ στη συνέχεια κατά την εκκαθάριση της φορολογικής του δήλωσης επιστρέφεται ή συμψηφίζεται στον φόρο εισοδήματος που επιβάλλεται σε βάρος του επί των κερδών ή του καθαρού εισοδήματος ανάλογα αν πρόκειται για νομικό ή φυσικό πρόσωπο. Κατά συνέπεια η παρακράτηση φόρου δεν αποτελεί

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

κράτηση υπέρ του Δημοσίου, ούτε εμπίπτει στην έννοια της επιβάρυνσης της αξίας της υπηρεσίας που παρέχεται από τον ανάδοχο δημόσιας σύμβασης και συνεπώς δεν πρέπει να υπολογίζεται και β) κοινοποιήθηκε ορθή επανάληψη του πίνακα ανάλυσης των εργατωρών ανά εβδομάδα με σύνολο εργατωρών 2.239, παραθέτοντας τον πίνακα αυτό σε ορθή επανάληψη (1969 + 210 + 60 εργατώρες = 2.239 σύνολο εργατωρών). Οι ανωτέρω διευκρινίσεις χορηγήθηκαν επί ερωτημάτων οικονομικών φορέων σχετικά και με την σύνταξη και τον ορθό υπολογισμό της οικονομικής τους προσφοράς. Από την συνδυασμένη εφαρμογή των ανωτέρω όρων της Διακήρυξης προκύπτει, μεταξύ άλλων, ότι προβλέπεται ο τρόπος σύνταξης της οικονομικής προσφοράς, αναφέροντας τα επιμέρους κονδύλια που πρέπει να συμπεριληφθούν σε αυτήν, καθώς και ότι προσφορά που υπερβαίνει τον προϋπολογισμό απορρίπτεται ως απαράδεκτη, ήτοι βάσει των ανωτέρω ο προϋπολογισμός έχει τεθεί από την προκείμενη Διακήρυξη ως ανώτατο όριο παραδεκτού των υποβαλλόμενων οικονομικών προσφορών. Οι ανωτέρω όροι της επίμαχης Διακήρυξης, σε συνδυασμό με τις ως άνω παρασχεθείσες διευκρινίσεις της Αναθέτουσας Αρχής, αποτελούν το κανονιστικό πλαίσιο του προκείμενου διαγωνισμού και δεσμεύουν αμφίδρομα τους συμμετέχοντες σε αυτόν οικονομικούς φορείς και την Αναθέτουσα Αρχή. Από την επισκόπηση των στοιχείων του ηλεκτρονικού φακέλου του διαγωνισμού προκύπτει ότι ούτε στην προσβαλλόμενη Διακήρυξη, ούτε στις ανωτέρω απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής υφίσταται η απαιτούμενη εκ του νόμου τεκμηρίωση του προϋπολογισμού διότι δεν επεξηγείται ειδικά ποια ήσαν τα δεδομένα που ελήφθησαν υπόψη για την διαμόρφωση του ύψους του προϋπολογισμού, ενώ η Αναθέτουσα Αρχή δεν επικαλείται κάποιο σφάλμα στους υπολογισμούς της προσφεύγουσας, με αποτέλεσμα να μην αιτιολογεί τον τρόπο που υπολόγισε το ελάχιστο εργατικό κόστος για την εκτέλεση της προκείμενης σύμβασης. Ως εκ τούτου, η τεκμηρίωση του προϋπολογισμού, ο οποίος, ως προελέχθη, τίθεται ως ανώτατο όριο παραδεκτού των υποβαλλόμενων οικονομικών προσφορών, είναι ελλιπής. Περαιτέρω, η Αναθέτουσα Αρχή στις απόψεις της αρκείται στη διατύπωση γενικόλογων κρίσεων περί του ότι ο προϋπολογισμός υπολογίστηκε με βάση τις ισχύουσες διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας κατά το χρόνο έγκρισης των τεχνικών προδιαγραφών καθώς και της δαπάνης ανάθεσης κατά τους τελευταίους μήνες του σχετικού έργου με διαδικασία

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

διαπραγμάτευσης (σύμφωνα με το άρθρο 32 του ν.4412/2016) για την κάλυψη της αδήριτης ανάγκης ... έως την ολοκλήρωση του επίμαχου διαγωνισμού χωρίς να αντικρούει με συγκεκριμένα αναλυτικά και τεκμηριωμένα στοιχεία τους ισχυρισμούς της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής που εμπεριέχουν υπολογισμούς περί του ότι ο προϋπολογισμός του διαγωνισμού δεν επαρκεί για την κάλυψη του ελάχιστου απαιτούμενου κόστους για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, ως βάσιμα προβάλλει και η προσφεύγουσα. Ως δε έχει κριθεί, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, αφενός να αιτιολογήσει ειδικώς τον τρόπο υπολογισμού του ελάχιστου νόμιμου εργατικού κόστους, που λήφθηκε υπόψη κατά την κατάρτιση του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση υπηρεσίας, ώστε να είναι σε θέση να αξιολογήσει τις οικονομικές προσφορές με βάση τα επί μέρους κοστολογήσιμα στοιχεία τους, αφετέρου να αντικρούσει ειδικώς τους συγκεκριμένους ισχυρισμούς της προδικαστικής προσφυγής (βλ. ΔΕΦΑΘ 191/2018, Σ554/2022 – 1ο Κλιμάκιο – σκέψη 38). Ενόψει, δε, και των σχετικών ισχυρισμών της προσφεύγουσας περί της αναπροσαρμογής από την Αναθέτουσα Αρχή της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του διαγωνισμού σε ποσό το οποίο θα επιτρέπει την υποβολή οικονομικών προσφορών που καλύπτουν το ελάχιστο απαιτούμενο κόστος εκτέλεσης της σύμβασης και δεδομένου ότι χορηγήθηκαν οι προαναφερόμενες διευκρινίσεις της Αναθέτουσας Αρχής, η κατά τα προαναφερόμενα ελλιπής και μη αιτιολογημένη εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής τεκμηρίωση των δεδομένων που ελήφθησαν υπόψη για την διαμόρφωση του ύψους του προϋπολογισμού, επηρεάζει τον υπολογισμό των σχετικών κονδυλίων που οι οικονομικοί φορείς πρέπει να υπολογίσουν κατά την σύνταξη της οικονομικής τους προσφοράς και καθιστά ακυρωτέους τους σχετικούς όρους της Διακήρυξης. Επομένως, ο πέμπτος λόγος της κρινόμενης προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

22. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον έκτο λόγο της προδικαστικής της προσφυγής προβάλλει (σελ. 56-58 της προσφυγής) ότι με τον Κανονισμό (ΕΕ) 2022/576 του Συμβουλίου της 8ης Απριλίου 2022 (ΕΕ L 111 της 8-4-2022), για την τροποποίηση του Κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 833/2014 σχετικά με περιοριστικά μέτρα λόγω ενεργειών της ... που αποσταθεροποιούν την κατάσταση στην ... προστέθηκε στον ως άνω Κανονισμό (ΕΕ) 833/2014 άρθρο 5 (ια), την παράγραφο 1 του οποίου και παραθέτει. Ισχυρίζεται ότι

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

διαπιστώνεται με σαφήνεια από την επισκόπηση της παραπάνω ρύθμισης πως η απαγόρευση σύναψης και συνέχισης της εκτέλεσης δεν περιορίζεται μόνο σε δημόσιες συμβάσεις με ή σε ... υπηκόους ή φυσικά ή νομικά πρόσωπα με έδρα στη ... αλλά επεκτείνεται και σε δημόσιες συμβάσεις στις οποίες οντότητες και φορείς συμμετέχουν, υπό τις προδιαγραφόμενες στην οικεία ρύθμιση προϋποθέσεις, είτε στο πλαίσιο της κατοχής δικαιωμάτων ιδιοκτησίας, είτε στο πλαίσιο της υπεργολαβίας και της δάνειας εμπειρίας. Αναφέρει ότι ο ανωτέρω Κανονισμός είναι δεσμευτικός ως προς όλα τα κράτη μέλη και ισχύει άμεσα από την επομένη της δημοσίευσής του στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, δηλαδή από 9 Απριλίου 2022. Ως προβάλλει, κατά παράβαση των διατάξεων, ωστόσο, του Κανονισμού (ΕΕ) 2022/576 του Συμβουλίου της 8ης Απριλίου 2022, δεν έχει περιληφθεί στη Διακήρυξη του διαγωνισμού καμία απολύτως πρόβλεψη, βάσει της οποίας να απαγορεύεται η ανάθεση της σύμβασης σε πρόσωπα που καταλαμβάνονται από την ανωτέρω ρύθμιση, αλλά ούτε και προβλέπεται η υποβολή σχετικής υπεύθυνης δήλωσης ή άλλου δεσμευτικού εγγράφου από τους διαγωνιζόμενους, με το οποίο να δηλώνεται ότι δεν υπάρχει ρωσική συμμετοχή στον οικονομικό φορέα που συμμετέχει στη διαδικασία ανάθεσης της προκείμενης σύμβασης, σύμφωνα με τους περιορισμούς που περιλαμβάνονται στο άρθρο 5ια του κανονισμού του Συμβουλίου (ΕΕ) αριθ. 833/2014 της 31ης Ιουλίου 2014 σχετικά με περιοριστικά μέτρα λόγω των ενεργειών της ... που αποσταθεροποιούν την κατάσταση στην ... όπως τροποποιήθηκε από τον με αριθ. 2022/576 Κανονισμό του Συμβουλίου (ΕΕ) της 8ης Απριλίου 2022, όπως αυτοί αναφέρονται στην προσφυγή της. Κατά την προσφεύγουσα, με την παράλειψη αυτή της Αναθέτουσας Αρχής παρέχεται η δυνατότητα σε οικονομικούς φορείς που υπόκεινται στους ανωτέρω περιορισμούς, να συμμετάσχουν στον επίμαχο διαγωνισμό και να αναδειχθούν ανάδοχοι της σύμβασης, κατά παράβαση των ρυθμίσεων του προαναφερθέντος Κανονισμού, με την συνακόλουθη αυταπόδεικτη βλάβη που προκαλείται σε οικονομικούς φορείς όπως η ίδια, καθώς αντιμετωπίζουν παράνομο ανταγωνισμό από πρόσωπα στα οποία απαγορεύεται η συμμετοχή στο διαγωνισμό. Επί των ανωτέρω προβαλλόμενων, η Αναθέτουσα Αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι *«(...) η συγκεκριμένη «έλλειψη» ούτε δυσχεραίνει ούτε εμποδίζει την παραδεκτή υποβολή προσφοράς στον διαγωνισμό. Άρα,*

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

και ο συγκεκριμένος λόγος προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος. Επίσης, σημειώνεται ότι αν απορριφθεί έστω ένας λόγος προσφυγής, τότε θα πρέπει να απορριφθούν και οι λοιποί λόγοι ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενοι και απαράδεκτοι. Τούτο διότι κατά τα παγίως γινόμενα δεκτά προσφεύγων που δεν πληροί κάποιον όρο της Διακήρυξης, σύμφωνα πάντα με τους δικούς του ισχυρισμούς, δεν συμπεριλαμβάνεται στον κύκλο των δυναμένων να μετάσχουν στην διαγωνιστική διαδικασία οικονομικών φορέων, και άρα άνευ εννόμου συμφέροντος προβάλλει αιτιάσεις κατά των λοιπών όρων της Διακήρυξης (πρβλ. ΕΑΔΗΣΥ 1660/2023). (...) Ως προς τον έκτο προβαλλόμενο λόγο προσφυγής αναφορικά με τη μη πρόβλεψη στη Διακήρυξη .../2024 του Κανονισμού (ΕΕ) 2022/576 του Συμβουλίου της 8ης Απριλίου 2022 σχετικά με περιοριστικά μέτρα που αφορούν σε αποκλεισμό συμμετοχής φυσικών ή νομικών προσώπων με έδρα τη ... ιδιοκτησιακά δικαιώματα, υπεργολαβία ή δάνεια εμπειρία, ουδόλως αμφισβητούμε την υποχρέωση συμμόρφωσης με τον προαναφερόμενο Κανονισμό, όπως και με όλες τις ισχύουσες διατάξεις της εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας. Όσον αφορά στις υπεύθυνες δηλώσεις, οι συμμετέχοντες οφείλουν να προσκομίσουν αυτές που ρητώς προβλέπονται στη διακήρυξη. Σε κάθε περίπτωση, όπως ισχύει και για τους προηγούμενους λόγους, εφόσον η προσφεύγουσα διατηρούσε αμφιβολία για την υποχρέωση προσκόμισης σχετικής υπεύθυνης δήλωσης, είχε και πάλι την ευχέρεια να υποβάλει διευκρινιστικό ερώτημα προς την Υπηρεσία μας, το οποίο δεν έπραξε και πάντως δεν τίθεται θέμα ακύρωσης της διακήρυξης και ματαίωσης του διαγωνισμού εξ αυτού του λόγου.» Με το υπόμνημά της η προσφεύγουσα προβάλλει όσα και την προσφυγή της, υποστηρίζοντας, επίσης, ότι επί του σχετικού ισχυρισμού της η Αναθέτουσα Αρχή προβάλλει με τις απόψεις της ότι δεν αμφισβητεί την υποχρέωση συμμόρφωσης με τον προαναφερόμενο Κανονισμό, αναφέροντας όμως, εντελώς αντιφατικά, ότι οι συμμετέχοντες οφείλουν να προσκομίσουν μόνο τις υπεύθυνες δηλώσεις που ρητώς προβλέπονται στη Διακήρυξη. Συνεπώς, ως προβάλλει, δεν ορίζεται κανένα αποδεικτικό μέσο για τον έλεγχο της (μη) συνδρομής του σχετικού λόγου αποκλεισμού, αλλά ούτε και θεσπίζεται σχετική απαγόρευση, με συνέπεια να παρέχεται η δυνατότητα σε οικονομικούς φορείς που υπόκεινται στους

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

προαναφερθέντες περιορισμούς, να συμμετάσχουν στον επίμαχο διαγωνισμό και να αναδειχθούν ανάδοχοι της σύμβασης.

23. Επειδή, επί των ανωτέρω προβαλλόμενων, λεκτέα είναι τα εξής: Σύμφωνα με το άρθρο 5, παρ. ια του Κανονισμού (ΕΕ) 2022/576 του Συμβουλίου της 8ης Απριλίου 2022 για την τροποποίηση του Κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 844/2014, σχετικά με περιοριστικά μέτρα λόγω ενεργειών της ... που αποσταθεροποιούν την κατάσταση στην ... «Άρθρο 5ια 1. Απαγορεύεται η ανάθεση ή η συνέχιση της εκτέλεσης οποιασδήποτε δημόσιας σύμβασης ή σύμβασης παραχώρησης που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις, καθώς και του άρθρου 10 παράγραφοι 1 και 3, παράγραφος 6 στοιχεία α) έως ε), παράγραφοι 8, 9 και 10 και των άρθρων 11, 12, 13 και 14 της οδηγίας 2014/23/ΕΕ, των άρθρων 7 και 8, του άρθρου 10 στοιχεία β) έως στ) και η) έως ι) της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, του άρθρου 18, του άρθρου 21 στοιχεία β) έως ε), και ζ) έως θ) και των άρθρων 29 και 30 της οδηγίας 2014/25/ΕΕ, καθώς και του άρθρου 13 στοιχεία α) έως δ), στ) έως η) και ι) της οδηγίας 2009/81/ΕΚ, σε ή με: α) ... υπήκοο ή φυσικό ή νομικό πρόσωπο, οντότητα ή φορέα που έχει την έδρα του στη ... β) νομικό πρόσωπο, οντότητα ή φορέα του οποίου τα δικαιώματα ιδιοκτησίας κατέχει άμεσα ή έμμεσα σε ποσοστό άνω του 50 % οντότητα αναφερόμενη στο στοιχείο α) της παρούσας παραγράφου· ή γ) φυσικό ή νομικό πρόσωπο, οντότητα ή φορέα που ενεργεί εξ ονόματος ή κατ' εντολή οντότητας αναφερόμενης στο στοιχείο α) ή β) της παρούσας παραγράφου, συμπεριλαμβανομένων, όταν αντιστοιχούν σε περισσότερο από το 10 % της αξίας της σύμβασης, των υπεργολάβων, προμηθευτών ή οντοτήτων των οποίων τις ικανότητες στηρίζεται κατά την έννοια των οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις.». Ο ανωτέρω Κανονισμός είναι δεσμευτικός ως προς όλα τα κράτη μέλη και ισχύει άμεσα από την επομένη της δημοσίευσής του στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, δηλαδή από 9 Απριλίου 2022. Στην προσβαλλόμενη Διακήρυξη με ΑΔΑΜ ... δεν έχει περιληφθεί πρόβλεψη, βάσει της οποίας να απαγορεύεται η ανάθεση της σύμβασης σε πρόσωπα που καταλαμβάνονται από την ανωτέρω ρύθμιση, αλλά ούτε και προβλέπεται η υποβολή σχετικής υπεύθυνης δήλωσης ειδικού περιεχομένου ή άλλου δεσμευτικού εγγράφου από τους διαγωνιζόμενους περί μη συνδρομής των περιπτώσεων που απαριθμούνται στο άρθρο 5, παρ. ια του

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

προαναφερόμενου Κανονισμού, ενώ η Αναθέτουσα Αρχή ως αναφέρει στις απόψεις της ουδόλως αμφισβητεί την υποχρέωση συμμόρφωσης με τον προαναφερόμενο Κανονισμό. Ως εκ τούτου, θα πρέπει να ακυρωθεί η προαναφερόμενη παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής ούτως ώστε στην προσβαλλόμενη Διακήρυξη να περιληφθεί πρόβλεψη βάσει της οποίας να απαγορεύεται η ανάθεση της σύμβασης σε πρόσωπα που καταλαμβάνονται από την ανωτέρω ρύθμιση και να προβλέπεται η υποβολή σχετικής υπεύθυνης δήλωσης ειδικού περιεχομένου ή άλλου δεσμευτικού εγγράφου από τους διαγωνιζόμενους περί μη συνδρομής των περιπτώσεων που απαριθμούνται στο άρθρο 5, παρ. ια. του ανωτέρω Κανονισμού, ήτοι σχετικά με τα προαναφερόμενα περιοριστικά μέτρα που αφορούν σε αποκλεισμό συμμετοχής φυσικών ή νομικών προσώπων με έδρα τη ... ιδιοκτησιακά δικαιώματα, υπεργολαβία ή δάνεια εμπειρία. Επομένως, ο έκτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

24. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη Διακήρυξη, κατά τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό (ειδικότερα δε στο τέλος των σκέψεων ... και...) και το παράβολο να επιστραφεί στην προσφεύγουσα.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη η υπ' αρ. .../2024 και με ΑΔΑΜ ... Διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής, κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό (ειδικότερα δε στο τέλος των σκέψεων ... και ...).

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 24 Απριλίου 2024 και εκδόθηκε στις 14 Μαΐου 2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Αριθμός Απόφασης: 733 / 2024

ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ