

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνεδρίασε την 28 Μαΐου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 27-4-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 894/28-4-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ ...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της με αρ. ...διακήρυξης και δη των όρων 2.2.5 και 2.2.9.2.B3 αυτής, για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης για ΑΣΦΑΛΙΣΤΡΑ ΜΕΤΑΦΟΡΙΚΩΝ ΜΕΣΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...-...ΓΙΑ 2 ΕΤΗ, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 80.019,80 ευρώ, που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... την 9-4-2021 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ....

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα  
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ...και ποσού 600,00 ευρώ.

2. Επειδή, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η από 27-4-2021, στρεφόμενη κατά της από 9-4-2021 δημοσιευθείσας στο ΚΗΜΔΗΣ διακήρυξης, της οποίας ο προσφεύγων δηλώνει γνώση την 21-4-2021, ήτοι εντός του δεκαπενθημέρου παραγωγής του οικείου από τη δημοσίευση, τεκμηρίου γνώσης, ενώ ο προσφεύγων, δραστηριοποιούμενος στον οικείο κλάδο δηλώνει ενδιαφέρον συμμετοχής, πλην όμως επικαλείται ότι ειδικώς οι προσβαλλόμενοι όροι 2.2.5 και 2.2.9.2.B3 αυτής, τους οποίους ρητά αναφέρει πως δεν πληροί, τον αποκλείουν και καθιστούν αδύνατη ή ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του (και δη, αναφέροντας ακριβώς γιατί δεν τους πληροί κατά τη σελ. 18 της προσφυγής του), θεμελιώνοντας ούτως έννομο συμφέρον προς άσκηση της προσφυγής του, κατ' απόρριψη των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της αναθέτουσας, η οποία υποβάλλει τις από 7-5-2021 κοινοποιηθείσες Απόψεις της, ενώ ο προσφεύγων υποβάλλει το από 21-5-2021 Υπόμνημά του. Εξάλλου, δεν έχει ο προσφεύγων υποχρέωση προαπώδειξης με την προσφυγή του (και μόνο για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του) κάθε άλλου όρου συμμετοχής, δεδομένου άλλωστε, ότι η αναθέτουσα ουδόλως επικαλείται κατ' ορισμένο τρόπο ή αποδεικνύει τον βέβαιο αποκλεισμό και αδυναμία συμμετοχής του ένεκα άλλων μη προσβληθέντων όρων. Άλλωστε, ο προσφεύγων υπέβαλε προσφορά στη διαδικασία, πλην όμως με ρητή επιφύλαξη, κατά την από 27-4-2021 οικεία υπεύθυνη δήλωση που συνυποβλήθηκε με την προσφορά του περί των ανωτέρω, ακριβώς προσβαλλόμενων όρων, επιφύλαξη που επανέλαβε και στο ΤΕΥΔ του στα ερωτήματα του ΜΕΡΟΥΣ IV περί των οικείων προσβληθέντων κριτηρίων επιλογής. Συνεπώς, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ο όρος 2.2.5 θεσπίζει το εξής κριτήριο επιλογής «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς πρέπει να διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης: Θα πρέπει να έχουν (επί ποινή αποκλεισμού) Ίδια κεφάλαια (Μετοχικό κεφάλαιο + Αποθεματικά + Αποτελέσματα εις Νέον) άνω των εκατό

εκατομμυρίων ευρώ (100.000.000,00 €)», ο δε όρος 2.2.9.2.B3 θεσπίζει δικαιολογητικό κατακύρωσης περί των ανωτέρω («B. 3. Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν : ισολογισμό/οικονομική κατάσταση του τελευταίου έτους (2019) από όπου να προκύπτει ότι τα Ίδια Κεφάλαια τους (Μετοχικό Κεφάλαιο + Αποθεματικά + Αποτελέσματα εις Νέον) είναι άνω των εκατό εκατομμυρίων ευρώ (100.000.000,00 €). Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα ανωτέρω δικαιολογητικά, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο έγγραφο. Η καταλληλότητα του προσκομιζόμενου από τον οικονομικό φορέα εγγράφου για την απόδειξη της χρηματοοικονομικής του επάρκειας εναπόκειται στην κρίση της Α.Α. (πρβλ. άρθρο 80 παρ. 4 εδ. β ν. 4412/2016)»). Το δε ΚΕΦ. ΙΙ του τεύχους ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ-ΓΕΝΙΚΩΝ ΟΡΩΝ της διακήρυξης περιγράφει τις ασφαλιστικές καλύψεις που ζητούνται και τις υποχρεώσεις αναδόχου ως εξής «ΙΙ. ΑΠΑΙΤΟΥΜΕΝΕΣ ΚΑΛΥΨΕΙΣ ΟΧΗΜΑΤΩΝ ΚΑΙ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΩΝ ΕΡΓΟ 1.. Το σύνολο των οχημάτων και μηχανημάτων έργου θα έχει πλήρη κάλυψη για τα παρακάτω: Α. Αστική ευθύνη – σωματικές βλάβες έναντι τρίτων & επιβαίνοντες ανά θύμα για ποσό τουλάχιστον 1.000.000€. Β. Αστική ευθύνη - υλικές ζημιές έναντι τρίτων ανά γεγονός για ποσό τουλάχιστον 1.000.000€. Η ασφάλιση αστικής ευθύνης περιλαμβάνει τις δαπάνες που προέρχονται άμεσα από την απόκρουση και ικανοποίηση αξιώσεων τρίτων κατά του λήπτη της ασφάλισης, που γεννήθηκαν από πράξεις ή παραλείψεις του για τις οποίες είχε συμφωνηθεί ασφαλιστική κάλυψη. Δεν παρέχεται κάλυψη, αν οι πράξεις ή οι παραλείψεις προκλήθηκαν από δόλο του λήπτη της ασφάλισης ή του ασφαλισμένου. Όταν η ασφάλιση αστικής ευθύνης είναι κατά νόμο υποχρεωτική, ο τρίτος έχει ευθεία αξίωση και πέρα από το ασφαλιστικό ποσό, μέχρι το όριο για το οποίο η ασφάλιση είναι υποχρεωτική. Η ασφάλιση πρέπει να καλύπτει την αστική ευθύνη του κυρίου, του κατόχου και κάθε οδηγού ή προστεθέντος για την οδήγηση ή υπεύθυνου του ασφαλισμένου αυτοκινήτου. Εξαιρείται η αστική ευθύνη των προσώπων που επελήφθησαν του αυτοκινήτου με κλοπή ή βία και αυτών που προκάλεσαν

το ατύχημα εκ προθέσεως. Η ασφαλιστική κάλυψη πρέπει να περιλαμβάνει την έναντι τρίτων αστική ευθύνη εξαιτίας θανάτωσης ή σωματικής βλάβης ή ζημιών σε πράγματα, στην οποία περιλαμβάνεται και η χρηματική ικανοποίηση για ψυχική οδύνη ή ηθική βλάβη, καθώς και την αστική ευθύνη λόγω θανάτωσης ή σωματικών βλαβών έναντι των μελών της οικογένειας του ασφαλισμένου, οδηγού ή κάθε άλλου προσώπου του οποίου η αστική ευθύνη καλύπτεται σύμφωνα με την πρώτη παράγραφο, ανεξάρτητα από δεσμό συγγένειας. Η αστική κάλυψη επίσης περιλαμβάνει και την αστική ευθύνη του κυρίου ή κατόχου έναντι τρίτων σε περίπτωση αυτοκινήτων που έχουν, είτε κλαπεί, είτε αποκτηθεί με χρήση βίας. Τα πράγματα που μεταφέρονται με το ίδιο αυτοκίνητο εξαιρούνται της υποχρεωτικής ασφάλισης (84/5/ΕΟΚ αρ.3,αρ.2 παρ.2). Εξαιρείται της κάλυψης η αστική ευθύνη έναντι προσώπων τα οποία συγκατατέθηκαν να μεταφερθούν με αυτοκίνητο, εφόσον ο ασφαλιστής αποδείξει ότι γνώριζαν ότι το αυτοκίνητο αφαιρέθηκε από το νόμιμο κάτοχο του με αθέμιτα μέσα ή χρησιμοποιείται προς εκτέλεση εγκληματικής πράξης. (84/5/ΕΟΚ αρ.2,παρ.1 εδαφ.2). Γ. Κάλυψη προσωπικού ατυχήματος οδηγού για ποσό τουλάχιστον 20.000,00 ευρώ Δ. Κάλυψη για υλικές ζημιές ιδίου οχήματος από ανασφάλιστο όχημα για ποσό τουλάχιστον 100.000,00 ευρώ. Ε. ΦΡΟΝΤΙΔΑ ΑΤΥΧΗΜΑΤΟΣ Σε περίπτωση ατυχήματος, μόλις ειδοποιήσουμε την ανάδοχο εταιρία έρχεται επιτόπου και αναλαμβάνει όλες τις διαδικασίες για λογαριασμό μας: Θα προβεί σε συμπλήρωση της δήλωσης ατυχήματος. 10 • Θα μας βοηθήσει στη συμπλήρωση της Φιλικής Δήλωσης, σε περίπτωση που οι ασφαλιστικές εταιρίες των εμπλεκόμενων συμμετέχουν στο Φιλικό Διακανονισμό. • Θα φωτογραφήσει τα εμπλεκόμενα οχήματα και τη σήμανση των οδών. • Θα μας ενημερώσει για τις διαδικασίες μετά το ατύχημα. • Θα φροντίσει για τη μεταφορά του αυτοκινήτου μας σε συνεργείο, σε περίπτωση που το όχημά μας έχει ακινητοποιηθεί από το ατύχημα. Η υποστήριξη θα πρέπει να παρέχεται 24 ώρες το 24ωρο, 365 μέρες το χρόνο. Ζ. ΟΔΙΚΗ ΒΟΗΘΕΙΑ Σε περιπτώσεις ακινητοποίησης οχημάτων οδική βοήθεια για τα οχήματα μικτού βάρους μέχρι και 3.500kg, ύψος μέχρι και 3 μέτρα και μεταξόνιο έως και 3,5 μέτρα, ( επιβατικά, δίκυκλα, ημιφορτηγά, φορτηγά), που ενδέχεται

να παρουσιάσουν βλάβη ή να ακινητοποιηθούν σε συνθήκες εντός η εκτός ορίων του Δήμου . Επιπλέον καλύψεις: Α. Τα παρακάτω Λεωφορεία : Α.Α ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΟ ΤΥΠΟΣ ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΟΥ Φ.Ι. 1 ... θα έχουν επιπλέον τις καλύψεις : Πυρκαγιά: Ασφαλιζόμενο κεφάλαιο 40.000 € Θραύση κρυστάλλων11 Β. Τα παρακάτω Αστικά Λεωφορεία: Α.Α ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΟ ΤΥΠΟΣ ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΟΥ ...θα έχουν επιπλέον την κάλυψη : Πυρκαγιά: Ασφαλιζόμενο κεφάλαιο 40.000 Θραύση κρυστάλλων. Γ. Τα Απορριμματοφόρα και Ρυμουλκούμενα - Επικαθήμενα : ΑΠΟΡΡΙΜΜΑΤΟΦΟΡΑ Α.Α ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΟ ΤΥΠΟΣ ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΟΥ ...θα έχουν επιπλέον την κάλυψη : Θραύση κρυστάλλων Δ. Τα παρακάτω επιβατικά και ημιφορτηγά : Α.Α ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΟ ΤΥΠΟΣ ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΟΥ Φ.Ι. ... ημιφορτηγό ...ημιφορτηγό ...θα έχουν επιπλέον την κάλυψη : Θραύση κρυστάλλων13 Ε. Τα παρακάτω οχήματα που χρησιμοποιούνται ως αυτοκινούμενα μηχανήματα : ΑΝΑΤΡΕΠΟΜΕΝΑΑΝΟΙΧΤΑ ΦΟΡΤΗΓΑ ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΟ ΤΥΠΟΣ ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΟΥ Φ.Ι. ... θα έχουν επιπλέον την κάλυψη Θραύση κρυστάλλων Σε περίπτωση σωματικής βλάβης κατά τη χρήση του ως εργαλείο 1.000.000 ευρώ, ανά θύμα. Σε περίπτωση υλικής ζημιάς κατά τη χρήση του ως εργαλείο 1.000.000 ευρώ, ανά ατύχημα, ανεξάρτητα από τον αριθμό των θυμάτων. ΚΑΛΑΘΟΦΟΡΑ ΟΧΗΜΑ ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΟ ΤΥΠΟΣ ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΟΥ Φ.Ι. 1 ΜΕ ... ΝΕΟ ΟΧΗΜΑ ΑΡ. ΠΛΑΙΣΙΟΥ : ... ΧΩΜΑΤΟΥΡΓΙΚΑ ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΟ ΤΥΠΟΣ ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΟΥ Φ.Ι. 1 ΜΕ ... Θα έχουν επιπλέον τις καλύψεις : Θραύση κρυστάλλων Σε περίπτωση σωματικής βλάβης κατά τη χρήση του ως εργαλείο 1.000.000 ευρώ, ανά θύμα. Σε περίπτωση υλικής ζημιάς κατά τη χρήση του ως εργαλείο 1.000.000 ευρώ, ανά ατύχημα, ανεξάρτητα από τον αριθμό των θυμάτων». Επομένως, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος δεν απαιτείται για τα 86 συνολικά οχήματα που αναφέρει η ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΚΘΕΣΗ της διακήρυξης, μόνο η κάλυψη 100.000 ευρώ ανά όχημα για ζημιές του οχήματος, αλλά πέραν από 20.000 για κάλυψη προσωπικού ατυχήματος οδηγού, επιπλέον καλύψεων 40.000 για πυρκαγιά 4 λεωφορείων, 7 λεωφορείων και 49 οχημάτων για θραύση κρυστάλλων, σε κάθε περίπτωση ζητείται κάλυψη 1.000.000 ευρώ ανά θύμα για αστική ευθύνη από σωματικές

βλάβες έναντι τρίτων και επιβαινόντων, 1.000.000 ευρώ για υλικές ζημιές έναντι τρίτων ανά γεγονός, ως και 1.000.000 αντιστοίχως για σωματική βλάβη ανά θύμα και 1.000.000 για υλικές ζημιές ανά ατύχημα, ειδικώς όσον αφορά τα 5 ανατρεπόμενα, τα 3 καλαθοφόρα, τα 3 χωματουργικά, τα 3 σάρωθρα και τα 2 πλυντήρια, ήτοι 16 οχήματα συνολικά, ειδικώς όσον αφορά τις χρήσεις καθενός ως εργαλείου. Επομένως, δεδομένου ότι η απαίτηση οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας περί ιδίων κεφαλαίων, σκοπεί προδήλως στην εξασφάλιση της απαιτούμενης ακριβώς κεφαλαιακής επάρκειας και ευρωστίας του αναδόχου, για να καλύψει τις ασφαλιστικές υποχρεώσεις που θα αναλάβει έναντι της αναθέτουσας, αλλά και προστησάντων αυτής ή και ασχέτων με αυτή τρίτων θυμάτων, θα πρέπει να τελεί σε μια σχέση αναλογίας όχι με αυτό καθαυτό το τίμημα της σύμβασης, ήτοι το ασφάλιστρο και την εκτιμώμενη αξία της νυν σύμβασης, αλλά με τις χρηματοοικονομικές υποχρεώσεις και ασφαλιστικούς κινδύνους που θα αναλάβει ο ασφαλιστής ανάδοχος δια της σύμβασης. Εν προκειμένω, όμως (βλ. αναλυτικά σε Απόφαση ΑΕΠΠ 491/2021, με παραπομπές στις οικείες διατάξεις νόμου), η φερεγγυότητα μίας ασφαλιστικής επιχείρησης προκύπτει από το Ελάχιστο Κεφάλαιο Φερεγγυότητας (Minimum Capital Requirement - MCR) και το Απαιτούμενο Κεφάλαιο Φερεγγυότητας (Solvency Capital Requirement - SCR). Αμφότερα τα ανωτέρω ποσά, αναφέρονται υποχρεωτικά στην έκθεση φερεγγυότητας και χρηματοοικονομικής κατάστασης (SFCR) η οποία δημοσιοποιείται σε ετήσια βάση από την ασφαλιστική επιχείρηση και συγκεκριμένα αναρτάται στην επίσημη ιστοσελίδα της κατά το ισχύον νομικό πλαίσιο. Περαιτέρω, προς αποσόβηση σχετικών κινδύνων, σύμφωνα με το ισχύον νομικό πλαίσιο, πέραν των ανωτέρω, οι ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές επιχειρήσεις ενημερώνουν αμελλητί την Εποπτική Αρχή, μόλις διαπιστώσουν ότι δεν πληρούν ή υπάρχει κίνδυνος να μην πληρούν εντός του προσεχούς τριμήνου την Κεφαλαιακή Απαίτηση Φερεγγυότητας. Έτι περαιτέρω, εντός δύο μηνών από τη διαπίστωση της ως άνω μη συμμόρφωσής της, η ασφαλιστική ή αντασφαλιστική επιχείρηση υποβάλλει προς έγκριση στην Εποπτική Αρχή ρεαλιστικό σχέδιο οικονομικής ανάκαμψης, το οποίο προσδιορίζει και περιέχει όλα τα κατάλληλα και αναγκαία

μέτρα, ώστε η επιχείρηση να επιτυγχάνει την αποκατάσταση του επιπέδου επιλέξιμων ιδίων κεφαλαίων που καλύπτουν την Κεφαλαιακή Απαίτηση Φερεγγυότητας ή τη μείωση του προφίλ κινδύνου της επιχείρησης, ώστε να εξασφαλιστεί η συμμόρφωση της επιχείρησης προς την Κεφαλαιακή Απαίτηση Φερεγγυότητας. Συγκεκριμένα, για τον υπολογισμό της Βασικής Κεφαλαιακής Απαίτησης Φερεγγυότητας λαμβάνεται υπόψη η αβεβαιότητα στα αποτελέσματα των ασφαλιστικών και αντασφαλιστικών επιχειρήσεων σε σχέση τόσο με τις υφιστάμενες ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές υποχρεώσεις όσο και με τις νέες εργασίες που αναμένονται να αναληφθούν εντός των επομένων δώδεκα μηνών. Υπολογίζεται, ως συνδυασμός των κεφαλαιακών απαιτήσεων τουλάχιστον για τις ακόλουθες υποενότητες: α) του κινδύνου ζημιάς ή δυσμενούς μεταβολής στην αξία των ασφαλιστικών υποχρεώσεων, που προκύπτει από διακυμάνσεις στο χρόνο επέλευσης, στη συχνότητα και στη σφοδρότητα των ασφαλισμένων συμβάντων, καθώς και στο χρόνο και στο ποσό διακανονισμού των αποζημιώσεων (κίνδυνος ασφάλιστρου και τεχνικών προβλέψεων ασφαλίσεων κατά ζημιών), β) του κινδύνου ζημιάς ή δυσμενούς μεταβολής στην αξία των ασφαλιστικών υποχρεώσεων, που απορρέει από σημαντική αβεβαιότητα στις παραδοχές τιμολόγησης και δημιουργίας τεχνικών προβλέψεων, λόγω ακραίων ή έκτακτων συμβάντων (καταστροφικός κίνδυνος ασφαλίσεων κατά ζημιών). Επομένως, από το ίδιο το θεσμικό πλαίσιο των παρεχόμενων υπηρεσιών, το οποίο οπωσδήποτε μόνο του και ανεξαρτήτως των όρων της διακήρυξης θεσπίζει ρήτρες εξασφάλισης φερεγγυότητας των ασφαλιστικών επιχειρήσεων, ήτοι το ν. 4364/2016, ευχερώς προκύπτουν, τόσο οι απαιτήσεις φερεγγυότητας των ασφαλιστικών εταιρειών όσο και το καθεστώς εποπτείας των ασφαλιστικών εταιρειών δια της Τράπεζας της Ελλάδας αλλά και ο τρόπος διασφάλισης της φερεγγυότητας και πρόληψης δια τακτικών πεδιοδικών διαφόρων τύπου ελέγχων, τόσο εσωτερικών όσο και εξωτερικών, ακόμη και σε περιπτώσεις απρόβλεπτων γεγονότων των καταστροφικών συμβάντων με σοβαρό αντίκτυπο περιλαμβανομένων. Όσον αφορά την ανάγκη οι συμμετέχουσες εταιρίες, λόγω της φύσης του αντικείμενου τους, να διαθέτουν υπερ-πολλαπλάσια κεφάλαια, όχι λαμβάνοντας υπόψιν μόνον μια

ασφαλιστική σύμβαση, όπως η συγκεκριμένη, αλλά το σύνολο των ασφαλιστικών τους συμβάσεων λαμβάνοντας υπ' όψη τις υποχρεώσεις που μπορεί να προκύψουν σε περίπτωση επέλευσης των ασφαλιστικών υποχρεώσεων, σύμφωνα με το ισχύον θεσμικό πλαίσιο ευχερώς προκύπτει ότι και αυτές οι παράμετροι έχουν ληφθεί υπόψη σχετικά με τον έλεγχο φερεγγυότητας τους και πάντως, σχετική αιτίαση δεν δύναται να τεκμηριώσει υπερπολλαπλάσια απαίτηση, καθόσον σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου η προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης ανέρχεται σε 80.019,08 ευρώ όπου απαιτείται οι συμμετέχοντες να διαθέτουν ίδια κεφάλαια ύψους 100.000.000 ευρώ (Μετοχικό κεφάλαιο + Αποθεματικά + Αποτελέσματα εις Νέον), με συνέπεια η απαίτηση ιδίων κεφαλαίων να φθάνει στο προδήλως υπέρμετρο, δυσανάλογο και υπερβαίνον κάθε εύλογη σχετική διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας να θεσπίζει τις απαιτήσεις συμμετοχής, επίπεδο να αναλογεί κατά 125 φορές στην εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεση σύμβασης. Ούτε το γεγονός πως ο νόμος δεν ορίζει συγκεκριμένο όριο για τέτοια, ως η νυν απαίτηση, εξαιρεί αυτήν από την αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού και της αναλογικότητας μεταξύ του περιεχομένου της, του περιοριστικού επί του ανταγωνισμού αποτελέσματος αυτής και του επιδιωκόμενου δι' αυτής σκοπού, που σε κάθε περίπτωση επιτάσσει μια σχέση καταρχήν μη πρόδηλης δυσαναλογίας, ως εν προκειμένω, μεταξύ ζητούμενων χρηματοοικονομικών αποτελεσμάτων και δη, ιδίων κεφαλαίων και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης. Αδιάφορο είναι πόσες επιχειρήσεις πληρούν το οικείο κριτήριο, αφού το δυσανάλογο αυτής και το παράνομο του περιορισμού του ανταγωνισμού που επιφέρει, δεν κρίνεται αναγκαία με βάση ειδικώς τον αριθμό των αποκλεισμένων, αλλά από τη σχέση μέσων και σκοπού και τη δικαιολόγηση αυτής καθαυτής της απαίτησης, ακόμη και αν αποκλείει μόνο τον προσφεύγοντα (Απόφαση ΑΕΠΠ 238/2017). Η δε δυνατότητα στήριξης σε τρίτους, ουδόλως αναιρεί τη δυσανολογία και το παράνομο του ως άνω όρου, αφού η κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016 σχετικώς θεσπιζόμενη ευχέρεια, τίθεται προς ενδυνάμωση της δυνατότητας συμμετοχής σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και όχι, προς δικαιολόγηση παράνομων, δυσανάλογων και μη



τελούντων σε εύλογη σχέση με τους επιδιωκόμενους σκοπούς, όρους. Τούτο ενώ σε κάθε περίπτωση, η ίδια η προσφυγή σε τέτοια στήριξη δεν συνιστά την καταρχήν επιλογή ενός ενδιαφερόμενου να μετάσχει οικονομικού φορέα, επαγόμενη κόστος και οπωσδήποτε δυσχέρεια επί της συμμετοχής του, συγχρόνως δε, η αποδοχή τέτοιου ισχυρισμού, θα καθιστούσε ανεπίδεκτο ελέγχου κάθε όρο περί κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και θα καθιστούσε άνευ αντικειμένου τις αρχές του άρ. 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016 («1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού ...»), ως και τη γενική περί κριτηρίων επιλογής ρήτρα του άρ. 75 παρ. 1 Ν. 4412/2016 («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.»). Συνεπώς, σε συνέχεια των ανωτέρω, ο επίμαχος όρος του άρθρου 2.2.5 καθώς και η απόδειξη του δια του άρθρου 2.2.9.2.B.3 της διακήρυξης πάσχουν ακυρότητας, ως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων απορριπτόμενων των οικείων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής περί του ότι η εν λόγω απαίτηση είναι πλήρως εναρμονισμένη με το άρθρο 75 Κριτήρια Επιλογής (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν. 4412/2016. Τούτο, δεδομένου ότι ουδόλως η οικεία απαίτηση προκύπτει ανάλογη με το αντικείμενο της σύμβασης, αντίθετα δε, προκύπτει προδήλως υπέρμετρη σε σχέση με αυτό και, σε συνδυασμό με τις ούτως ή άλλως εκ της ειδικής περί ασφαλιστικών επιχειρήσεων νομοθεσίας, που προσφέρει ήδη εξασφαλίσεις φερεγγυότητας και δη, κρινόμενες εκ του νομοθέτη ως ερπάρκειας, η επιπλέον αυτή απαίτηση, υπερβαίνοντας τόσο

πολύ την αξία της υπό ανάθεση σύμβασης, περιορίζει άνευ αντικειμενικής δικαιολόγησης υπερβολικά τον ανταγωνισμό και είναι ως εκ τούτου ακυρωτέα..

4. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να ακυρωθούν οι όροι 2.2.5 και 2.2.9.2.B3 της διακήρυξης, ως και η διακήρυξη στο σύνολο της, δεδομένου ότι σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών και ίδια προϋποθέσεων συμμετοχής, όπως στην υπό κρίση Διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣτΕ 1135/2010, ΕΑ ΣτΕ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004, ΔΕΕ Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, ENV AG Wienstrom GmbH κλπ., σκέψεις 92-95). Άλλωστε, οι ακυρούμενες διατάξεις δεν δύνανται να θεωρηθούν, ενώ η υποβολή προσφορά έχει λήξει, αναδρομικά μη ισχύουσες ειδικώς ως προς τους ήδη προσφέροντες, αφού άλλωστε, ισχύοντας κατά τον χρόνο των προσφορών, οπωσδήποτε υπάρχει το ενδεχόμενο να νόθευσαν τον ανταγωνισμό σε επίπεδο ενδιαφέροντος προς συμμετοχή, κατά το στάδιο προσφορών.

5. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί το παράβολο με αρ. ...και ποσού 600,00 ευρώ.

#### **ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αρ. ...διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου με αρ. ...και ποσού 600,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28-5-2021 και εκδόθηκε στις 15-6-2021.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ**