

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
ΜΟΝΟΜΕΛΕΣ ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 5 Αυγούστου 2022 με την εξής σύνθεση Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, δυνάμει της με αριθμ. 1307/2022 Πράξης Μονομελούς Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ.

Για να εξετάσει την, από 24.06.2022, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - ΕΑΔΗΣΥ 899/27.06.2022 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στο ..., ..., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ν.π.δ.δ. με την επωνυμία ΔΗΜΟΣ ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει, όπως ακυρωθούν συγκεκριμένοι όροι της με αρ. πρωτ. ... Διακήρυξης, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «ΑΣΦΑΛΙΣΗ ΟΧΗΜΑΤΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...», εκτιμώμενης αξίας 70.000,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της εν λόγω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ., ποσού εξακοσίων ευρώ 600,00€ αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 24.06.2022, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 899/27.06.2022, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής. όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω Διακήρυξη, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη Διακήρυξη αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου Διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 14.06.2022.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, η οποία δραστηριοποιείται στο υπό ανάθεση αντικείμενο (Ελληνική Εταιρία Γενικών Ασφαλίσεων) και προβάλλει συγκεκριμένους ισχυρισμούς σχετικά με το γεγονός ότι δυσχεραίνεται ουσιωδώς ή/και αποκλείεται η συμμετοχή της στον ένδικο Διαγωνισμό, λόγω της θέσπισης συγκεκριμένων όρων (βλ. όρους 2.2.5 και 2.2.7, 2.2.9.2 παρ. Β5 και 2.4.3.2.), θεμελιώνει άμεσο, ενεστώσ και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής.

• Υπενθυμίζεται στο σημείο αυτό ότι εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει Προδικαστική Προσφυγή κατά της Διακήρυξης ή τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της Διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατά την άποψή του τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, ΣτΕ ΕΑ

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

16, 9/2015, 415/2014, 314/2013, 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α, ΑΕΠΠ 6° Κλιμ. 366/2020). Με βάση τα ως άνω, σε περίπτωση που οικονομικός φορέας, προτίθεται να στραφεί κατά όρων Διακήρυξης, θεωρώντας ότι παραβάσεις του νόμου την καθιστούν πλημμελή, θα πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον όρο τον οποίο θεωρεί μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων. Κατά την έννοια δε του ενωσιακού δικαίου (βλ. σχετικά άρθρο 6 ΕΣΔΑ), ως ερμηνεύεται από το ΕΔΔΑ, η έννοια του «θιγόμενου» ταυτίζεται με το άτομο που βλάπτεται άμεσα από την αμφισβητούμενη πράξη ή παράλειψη (βλ. Johnston και 18.12.1986, Prager και Oberschlick, 26.4.1995).

- Ειδικά ως προς το έννομο συμφέρον του για την άσκηση της παρούσας Προσφυγής, ο προσφεύγων αναφέρει τα εξής: «[...] Πλην όμως, η εταιρία μας δυσχεραίνεται ουσιωδώς να λάβει μέρος στον επίμαχο διαγωνισμό και να υποβάλει λυσιτελή προσφορά, λόγω α) της μη νόμιμης απαίτησης του όρου 2.2.5. («Ο μέσος όρος χρήσεων των ιδίων κεφαλαίων για τα τρία τελευταία έτη (2019, 2020, 2021), να είναι τουλάχιστον 110.000.000,00 € (ισολογισμοί τριών τελευταίων ετών).»), και β) της μη νόμιμης απαίτησης του όρου 2.2.7 [Πιστοποιητικό ISO 27001:2013 Πρότυπο Συστημάτων Διαχείρισης Ασφάλειας Πληροφοριών. Πιστοποιητικό ISO 50001:2018 Πρότυπο Συστήματος Διαχείρισης Ενέργειας). Οι όροι τούτοι, οι οποίοι θεσπίζουν απαιτήσεις τις οποίες δεν πληρούμε, κατά τα αναλυτικά αναφερόμενα κάτωθι, στα οποία παραπέμπουμε και αναφερόμαστε προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων, παραβιάζουν ευθέως τους κανόνες που αφορούν στα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του αναδόχου κριτήρια, σε σημείο να καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή την (λυσιτελή) συμμετοχή μας στον διαγωνισμό (βλ. ΣτΕ ΕΑ 61/2020, με πρβλ. 352/2018, 86/2018 κ.ά.). Συνεπώς η εταιρία μας, στερούμενη τη δυνατότητα αυτή, υφίσταται ζημία και άμεση βλάβη από τους προαναφερόμενους και πληττόμενους όρους της διακήρυξης, ώστε υπό την ιδιότητά της ως ενδιαφερόμενη για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης διαθέτει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της παρούσας προδικαστικής προσφυγής (βλ. και ΔΕφαθ ΕΑ 334/2018, βλ. ΕΑΔΗΣΥ 601/2022).

- Όπως ειδικότερα υποστηρίζει η προσφεύγουσα ... «III. Λόγοι προσφυγής

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

A. Παραβίαση της διάταξης των άρθρων 18, 19 παρ. 2 και 75 του ν. 4412/2016 - Μη νόμιμη η απαίτηση της διάταξης του όρου 2.2.5 της διακήρυξης - Παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας και της αρχής του ελεύθερου ανταγωνισμού - Έλλειψη αιτιολογίας του αναγκαίου της επίμαχης απαίτησης.

1. Στη διάταξη του άρθρου 18 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης...». Σύμφωνα δε με την διάταξη του άρθρου 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 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

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

ενεργητικού και παθητικού. Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων.

Ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη Φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει τους βασικούς λόγους για την απαίτηση αυτή στα έγγραφα της σύμβασης ή στη χωριστή έκθεση που προβλέπεται στο άρθρο 341.

Η αναλογία, ενδεικτικά, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού μπορεί να λαμβάνεται υπόψη όταν η αναθέτουσα αρχή προσδιορίζει τις μεθόδους και τα κριτήρια της συνεκτίμησης αυτής στα έγγραφα της σύμβασης. Οι μέθοδοι και τα κριτήρια αυτά χαρακτηρίζονται από διαφάνεια, αντικειμενικότητα και αποφυγή διακρίσεων. Όταν μια σύμβαση υποδιαιρείται σε τμήματα, το παρόν άρθρο εφαρμόζεται σε σχέση με κάθε επιμέρους τμήμα. Εντούτοις, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καθορίζει τον ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών που πρέπει να έχουν οι οικονομικοί φορείς ανά ομάδες τμημάτων, αν ανατεθούν στον ανάδοχο περισσότερα τμήματα που πρέπει να εκτελεστούν ταυτοχρόνως.....

Σύμφωνα δε με την αιτιολογική σκέψη 90 του προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ «Η ανάθεση της σύμβασης θα πρέπει να πραγματοποιείται βάσει αντικειμενικών κριτηρίων που να εξασφαλίζουν τη συμμόρφωση με τις αρχές της διαφάνειας, της αποφυγής των διακρίσεων και της ίσης μεταχείρισης, με σκοπό να διασφαλίζεται αντικειμενική σύγκριση της σχετικής αξίας των προσφορών, ώστε να προσδιορίζεται, σε συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού, ποια προσφορά είναι η πιο συμφέρουσα από οικονομική άποψη». Ακόμη, ο ήδη προσβαλλόμενος όρος 2.2.5 - Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια της επίδικης διακήρυξης, προβλέπει ότι: «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν/παρέχουν τα παρακάτω:- Ο μέσος όρος χρήσεων των ιδίων κεφαλαίων για τα τρία τελευταία έτη (2019, 2020, 2021), να είναι τουλάχιστον 110.000.000,00 € (ισολογισμοί τριών τελευταίων ετών).».

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

2. Για τη διασφάλιση της άρτιας και προσήκουσας εκτέλεσης της σύμβασης η αναθέτουσα αρχή έχει τη διακρατική ευχέρεια να προβλέπει στη διακήρυξη ελάχιστα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και ειδικότερα να απαιτεί όπως οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς έχουν ορισμένη πιστοληπτική ικανότητα ή ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση (βλ. άρθρο 75 παρ. 3 του ν. 4412/2016). Οι σχετικοί, όμως, όροι θα πρέπει να είναι ανάλογοι και να σχετίζονται με το αντικείμενο της σύμβασης. Συγκεκριμένα, θα πρέπει αφενός να είναι κατάλληλοι για την αξιολόγηση της επάρκειας του οικονομικού φορέα και αφετέρου να είναι προσαρμοσμένοι στις απαιτήσεις 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, νωρίς όπως να ζητούνται στοιχεία πέραν των ευλόγως αναγκαίων για τον σκοπό αυτό (βλ. C-76/16, σκ. 33 C-425/14, σκ. 29, C-218/11, σκ. 29, C-376/08, σκ. 33 C-213/07, σκ. 49). Η συνδρομή των προϋποθέσεων αυτών κρίνεται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, με βάση τη συνολική έκταση και το ακριβές ύψος των απαιτήσεων που πρέπει να αποδεικνύουν οι ενδιαφερόμενοι ότι πληρούν με την προσκόμιση των προβλεπόμενων στη διακήρυξη δικαιολογητικών (ΕΣ Κλιμ Πράξη 151/2018). Εξάλλου, η έκταση και τα ελάχιστα επίπεδα των ικανοτήτων που απαιτούνται για μια συγκεκριμένη σύμβαση πρέπει να συνδέονται με το φυσικό αντικείμενο και το οικονομικό μέγεθος της υπό ανάθεση σύμβασης και να είναι ανάλογα προς αυτό (βλ. την αγιολογική έκθεση του άρθρου 75 του ν.4412/2016). Η ελευθερία, λοιπόν, της αναθέτουσας αρχής δεν είναι απεριόριστη, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ένα ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας καθορισμένο με γνώμονα ορισμένο στοιχείο ή ορισμένα στοιχεία του ισολογισμού, εφόσον από το ή τα στοιχεία αυτά μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα και εφόσον το επίπεδο αυτό είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας συμβάσεως, υπό την έννοια ότι αποτελεί αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσεως για την καλή εκτέλεση της συμβάσεως, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό.

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

Σύμφωνα δε με τη νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου ναι μεν, εφόσον οι προϋποθέσεις οικονομικού και τεχνικού περιεχομένου που πρέπει να πληρούν οι υποψήφιοι δεν απαριθμούνται στον νόμο περιοριστικά, καταλείπεται στην αναθέτουσα αρχή ευρεία διακριτική ευχέρεια να θέσει η ίδια τα κριτήρια επιλογής που προτίθεται να εφαρμόσει, αυτά, όμως, πρέπει να συνδέονται στενά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση υπηρεσίας, να είναι δεκτικά αντικειμενικής και συγκεκριμένης αιτιολόγησης και να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση στους ενδιαφερομένους, χωρίς να ευνοούν ορισμένες επιχειρήσεις, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη ανταγωνισμού (ΕΣ Τμ. VI 2402/2010). [...] Ειδικότερα, στην προκειμένη περίπτωση, το φυσικό και οικονομικό αντικείμενο της σύμβασης είναι η ασφάλιση των μεταφορικών μέσων, οχημάτων και μηχανημάτων του Δήμου ... (επιβατικά, φορτηγά, απορριμματοφόρο, βαν, βυτιοφόρα κ.λ.π.), προϋπολογιζόμενης δαπάνης 70.000,00 ευρώ, συμπεριλαμβανομένων όλων των επιβαρύνσεων, ώστε είναι άκρως υπερβολικό για σύμβαση προϋπολογιζόμενης δαπάνης τέτοιου ποσού να ζητείται να διαθέτουν οι συμμετέχοντες μέσο όρο χρήσεων ιδίων κεφαλαίων για τα τρία τελευταία έτη ύψους 110.000.000 ευρώ! Και τούτο διότι το ποσό αυτό είναι πολλαπλάσιο από τον προϋπολογισμό της σύμβασης. ενώ με κανέναν άλλο τρόπο δεν δικαιολογείται η εν λόγω απαίτηση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, λαμβανομένου υπόψη ότι δεν παρατίθεται καμία σχετική αιτιολογία για την υπερβολική αυτή απαίτηση.

Πιο συγκεκριμένα, ενώ η προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης υπολείπεται κατά πολύ των 100.000 ευρώ, η απαίτηση της αναθέτουσας αρχής να διαθέτει ο οικονομικός φορέας μέσο όρο χρήσεων ιδίων κεφαλαίων για τα τρία τελευταία έτη που ξεπερνά τα 110.000.000 ευρώ είναι περισσότερες από χίλιες φορές μεγαλύτερη από τον προϋπολογισμό της σύμβασης. Δεν δικαιολογείται, όμως, για ποιον λόγο ένας οικονομικός φορέας θα πρέπει να διαθέτει μέσο όρο χρήσεων ιδίων κεφαλαίων για τα τρία τελευταία έτη 110.000.000 ευρώ για την εκτέλεση μίας σύμβασης προϋπολογισμού 70.000,00 ευρώ. Σημειωτέον ότι, στη διάταξη του άρθρου 75 του ν. 4412/2016 τίθεται ως όριο ειδικά για τον ελάχιστο κύκλο εργασιών να μην υπερβαίνει η απαίτηση της αναθέτουσας αρχής **το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης**. Τούτο, όμως, δεν σημαίνει ότι η

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

αναθέτουσα αρχή σε περίπτωση που δεν θέτει απαίτηση για κύκλο εργασιών, αλλά διαφορετική απαίτηση έχει απεριόριστη ελευθερία ως προς τη θέσπιση των κριτηρίων της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, λαμβανομένου υπόψη ότι δεν πρέπει να ζητούνται στοιχεία πέραν των ευλόγως αναγκαίων για τον σκοπό αυτό (βλ. ΕΑΔΗΣΥ 601/2022).

Η επιλογή, λοιπόν, τόσο αυστηρού και υπερβολικού κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, το οποίο μάλιστα, δεν αποτελείτο μοναδικό πρόσφορο μέσο απόδειξης της οικονομικής ευρωστίας ενός οικονομικού φορέα προκειμένου αυτός να εκτελέσει επιτυχώς την κρίσιμη σύμβαση, περιορίζει δυσανάλογα το άνοιγμα του διαγωνισμού στον ευρύτερο ανταγωνισμό και τη δυνατότητα των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων να μετάσχουν στον διαγωνισμό. Επίσης, το γεγονός ότι πράγματι η εν λόγω απαίτηση είναι δυσανάλογη και υπερβολική προκύπτει και από τη σύγκριση γενικότερα με άλλες διακηρύξεις αντίστοιχου φυσικού και οικονομικού αντικείμενου με την προσβαλλόμενη. Καθίσταται, δηλαδή, και από τη σύγκριση προφανές ότι δεν είναι σε καμία περίπτωση συνηθισμένη μια τέτοια απαίτηση, δεδομένου ότι υπάρχουν και άλλες διακηρύξεις ανάλογου φυσικού και οικονομικού αντικείμενου με την υπό κρίση, στις οποίες, όμως, η απαίτηση για την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια δεν είναι τέτοιου μεγάλου ύφους όπως στην υπό κρίση. Ενδεικτικά, στην με ΑΔΑΜ ... διακήρυξη του Δήμου ... για την τριετή ασφάλιση κινητής και ακίνητης περιουσίας προϋπολογισμού 790.500 ευρώ απαιτούνταν ο οικονομικός φορέας να διαθέτει μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τα τρία τελευταία έτη 1.000.000 ευρώ και στην με ΑΔΑΜ ... διακήρυξη για την Ασφάλιση Οχημάτων - Μηχανημάτων ..., προϋπολογισμού 759.250 ευρώ απαιτούνταν ο οικονομικός φορέας να διαθέτει ελάχιστο μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών, ίσο με το 200% του προϋπολογισμού της σύμβασης. Ακολούθως στη με ΑΔΑΜ ..., διακήρυξη του Δήμου ..., που αφορά σε ενεργό ακόμη διαγωνισμό αι έχει ως αντικείμενο την ασφάλιση των μεταφορικών μέσων και των μηχανημάτων του έργου, συνολικού προϋπολογισμού 102.561,66 ευρώ, απαιτείται η καθαρή θέση του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα να είναι ίση ή μεγαλύτερη των τεσσάρων (4) εκατομμυρίων ευρώ.

4. Ακόμη κι αν (λαθεμένα κατά την κρίση της εταιρίας) υποτεθεί ότι κρίσιμο οικονομικό μέγεθος εν προκειμένω είναι το συνολικό κεφάλαιο της

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

ασφαλιστικής κάλυψης των οχημάτων του Δήμου ..., η ως άνω υπερβολική και δυσανάλογη απαίτηση της αναθέτουσας αρχής δεν δικαιολογείται ούτε από το συνολικό κεφάλαιο της ασφαλιστικής κάλυψης, όπως αυτό αποτυπώνεται στη διακήρυξη του διαγωνισμού. Ειδικότερα, το άθροισμα των κεφαλαίων ασφαλιστικής κάλυψης των οχημάτων και μηχανημάτων έργου της αναθέτουσας αρχής, ήτοι το ανώτατο όριο ευθύνης του ασφαλιστή (αν υποθεθεί ότι υπήρχε τέτοια ανάγκη ακόμα και για το σύνολο των οχημάτων της αναθέτουσας αρχής) ανέρχεται κατά προσέγγιση στο ποσό του 1.000.000 ευρώ, γεγονός που σημαίνει αναμφίβολα ότι στην υπό κρίση περίπτωση η απαίτηση της αναθέτουσας αρχής για μέσο όρο χρήσεων ιδίων κεφαλαίων για τα τρία τελευταία έτη ύψους 110.000.000 ευρώ είναι προφανώς δυσανάλογη ακόμα και σε σχέση με το συνολικό κεφάλαιο της ασφαλιστικής κάλυψης. Και τούτο διότι η απαίτηση του υπ' αριθμόν 2.2.5 όρου της διακήρυξης να διαθέτει ο οικονομικός φορέας μέσο όρο χρήσεων ιδίων κεφαλαίων για τα τρία τελευταία έτη ύψους 110.000.000 ευρώ είναι πάνω από εκατό φορές μεγαλύτερο ποσό ακόμα και από το σύνολο των κεφαλαίων ασφαλιστικής κάλυψης, ήτοι από το ποσό του περίπου 1.000.000 ευρώ, πόσο μάλλον από το προϋπολογιζόμενο αντικείμενο της υπό έλεγχο σύμβασης που σε κάθε περίπτωση είναι το κρίσιμο μέγεθος. Σε κάθε περίπτωση, δηλαδή, είναι υπερβολικό και μη νόμιμο να τίθεται απαίτηση για την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια να διαθέτει ο οικονομικός φορέας μέσο όρο χρήσεων ιδίων κεφαλαίων για τα τρία τελευταία έτη ύψους 110.000.000 ευρώ, ήτοι ποσού που υπερβαίνει πολλαπλώς ακόμη και το ανώτατο όριο ευθύνης του ασφαλιστή (βλ. *ad hoc* ΕΑΔΗΣΥ 601/2022).

Ακόμη, συνεπώς, και υπό την εκδοχή αυτή, και εάν παρ' ελπίδα γίνει δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή έθεσε την ως άνω απαίτηση όχι σε αναλογία με τον προϋπολογισμό της σύμβασης ως όφειλε, αλλά σε αναλογία με το άθροισμα των κεφαλαίων ασφαλιστικής κάλυψης των οχημάτων και μηχανημάτων έργου της, τότε και πάλι ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης παραμένει και εξακολουθεί να είναι υπερβολικός και δυσανάλογος. Και αυτό γιατί το ποσό των 110.000.000 ευρώ υπερβαίνει κατά πολύ ακόμη και το συνολικό ποσό του κεφαλαίου ασφαλιστικής κάλυψης. Υπό καμία, δηλαδή, εκδοχή, ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης δεν είναι ανάλογος του αντικειμένου του διαγωνισμού, ούτε και του συνολικού ασφαλιστικού κεφαλαίου και κατά συνέπεια πρέπει να

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

ακυρωθεί. [...] Καθίσταται, συνεπώς, προφανές ότι η ανωτέρω απαίτηση του υπ' αριθμόν 2.2.5 όρου της προσβαλλόμενης διακήρυξης είναι υπερβολική και δυσανάλογη, έρχεται δε σε πλήρη αντίθεση με τις διατάξεις των άρθρων 18 και 75 του ν. 4412/2016, καθώς θέτει αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη ανταγωνισμού. 5. Σε κάθε δε περίπτωση και ανεξάρτητα από το γεγονός ότι η εν λόγω απαίτηση παραβιάζει προδήλως την αρχή της αναλογικότητας και πλήττει βαρύτατα την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή δεν αναφέρεται, ως όφειλε, σε σχετικά συγκεκριμένα στοιχεία προκειμένου να τεκμηριώσει την ανάγκη επιβολής της οικείας απαίτησης. Ειδικότερα:

Σύμφωνα με το άρθρο 75 του ν.4412/2016, όπως εκτέθηκε ανωτέρω, «Ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει τους βασικούς λόγους για την απαίτηση αυτή στα έγγραφα της σύμβασης ή στη χωριστή έκθεση που προβλέπεται στο άρθρο 341.». Γίνεται δεκτό ότι τα στοιχεία που απαιτούνται όσον αφορά στην 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. Τίθεται δε, ως όριο ειδικά για τον ελάχιστο κύκλο εργασιών να μην υπερβαίνει η απαίτηση της αναθέτουσας αρχής το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης. Τούτο, όμως, δεν σημαίνει ότι η αναθέτουσα αρχή σε περίπτωση που δεν θέτει απαίτηση για κύκλο εργασιών, αλλά διαφορετική απαίτηση έχει απεριόριστη ελευθερία ως προς τη θέσπιση των κριτηρίων της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, λαμβανομένου υπόψη ότι δεν πρέπει να ζητούνται στοιχεία πέραν των ευλόγως αναγκαίων για τον σκοπό αυτό, ώστε να μην αντίκεινται στο άρθρο 18 του ως άνω νόμου και ίδια στην αρχή της αναλογικότητας (βλ. ΑΕΠΠ 491/2021, η οποία αναφορικά με τη με ΑΔΑΜ ...

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

διακήρυξη του Δήμου ..., προϋπολογισμού 852.764 ευρώ (762.764 ευρώ + δικαίωμα προαίρεσης 90.000 ευρώ), δηλαδή σχεδόν δεκαπλάσιου από τον επίμαχο προϋπολογισμό, όπου προβλεπόταν συναφώς ο οικονομικός φορέας να έχει ίδια κεφάλαια 100.000.000,00 ευρώ, έκρινε ότι «η αναθέτουσα αρχή δεν αιτιολόγησε νομίμως την οικεία επιλογή περί του ύψους της επίμαχης απαίτησης», γεγονός που επιβεβαιώνει τον ισχυρισμό μας για το πόσο δυσανάλογη είναι η συγκεκριμένη απαίτηση και πόσο διαστρεβλώνει και περιορίζει τον ανταγωνισμό).

Πρέπει, δηλαδή, η αναθέτουσα αρχή να τεκμηριώνει επαρκώς 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. Εν προκειμένω, ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή δεν παραθέτει κανένα στοιχείο, βάσει του οποίου να αιτιολογεί νόμιμα την αναγκαιότητα ύπαρξης της εν λόγω αυστηρής και υπερβολικής απαίτησης. Ως εκ τούτου, ο υπ' αριθμόν 2.2.5 όρος της διακήρυξης τυγχάνει ακυρωτέος και για τον λόγο αυτόν, θα πρέπει να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή μας. [...]

B. Παραβίαση του άρθρου 18 και του άρθρου 82 ν. 4412/2016 - Παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού - Μη νόμιμη η απαίτηση για ISO 27001:2013 - Έλλειψη του στοιχείου της σχετικότητας και της αντικειμενικής σύνδεσης των όρων με το σκοπό του διαγωνισμού.

1. Το άρθρο 82 ν. 4412/2016 - Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης (άρθρο 62 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), προβλέπει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές, εάν απαιτούν την προσκόμιση πιστοποιητικών εκδιδόμενων από ανεξάρτητους οργανισμούς που βεβαιώνουν ότι ο οικονομικός φορέας συμμορφώνεται με ορισμένα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας, συμπεριλαμβανομένης της προσβασιμότητας για άτομα με ειδικές ανάγκες, παραπέμπουν σε συστήματα διασφάλισης ποιότητας τα οποία βασίζονται στη σχετική σειρά ευρωπαϊκών προτύπων και έχουν πιστοποιηθεί από διαπιστευμένους οργανισμούς. Οι αναθέτουσες αρχές αναγνωρίζουν ισοδύναμα πιστοποιητικά από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη - μέλη. Επίσης; κάνουν δεκτά άλλα αποδεικτικά στοιχεία για ισοδύναμα μέτρα διασφάλισης ποιότητας, εφόσον ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας δεν

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

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.

2. Εάν οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν την υποβολή πιστοποιητικών εκδιδόμενων από ανεξάρτητους οργανισμούς που να βεβαιώνουν ότι ο οικονομικός φορέας συμμορφώνεται με συγκεκριμένα συστήματα ή πρότυπα όσον αφορά την περιβαλλοντική διαχείριση, παραπέμπουν στο σύστημα οικολογικής διαχείρισης και ελέγχου (EMAS) της Ένωσης ή σε άλλα συστήματα περιβαλλοντικής διαχείρισης που έχουν αναγνωρισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 45 του Κανονισμού (ΕΚ) αριθμ. 1221/2009 ή σε άλλα πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης βασιζόμενα σε αντίστοιχα ευρωπαϊκά ή διεθνή πρότυπα που έχουν εκδοθεί από διαπιστευμένους οργανισμούς. Οι αναθέτουσες αρχές αναγνωρίζουν ισοδύναμα πιστοποιητικά από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη - μέλη. Όταν ο οικονομικός φορέας τεκμηριωμένα δεν έχει πρόσβαση στα εν λόγω πιστοποιητικά ή δεν έχει τη δυνατότητα να τα αποκτήσει εντός των σχετικών προθεσμιών; για λόγους για τους οποίους δεν ευθύνεται ο ίδιος; η αναθέτουσα αρχή αποδέχεται επίσης άλλα αποδεικτικά μέσα μέτρων περιβαλλοντικής διαχείρισης, υπό την προϋπόθεση ότι ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι τα συγκεκριμένα μέτρα είναι ισοδύναμα με εκείνα που απαιτούνται βάσει του εφαρμοστέου συστήματος ή του προτύπου περιβαλλοντικής διαχείρισης. 3. Εφόσον της ζητηθεί, η Αρχή θέτει στη διάθεση άλλων κρατών μελών, σύμφωνα με το άρθρο 343, κάθε πληροφορία σχετικά με τα έγγραφα που προσκομίζονται ως στοιχεία αποδεικτικά της συμμόρφωσης με ποιοτικά και περιβαλλοντικά πρότυπα που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2.».

Ο όρος 2.2.7 της διακήρυξης - Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης, προβλέπει ότι: «Κάθε Οικονομικός Φορέας, που μετέχει στον διαγωνισμό, μεμονωμένα ή ως μέλος Κοινοπραξίας, οφείλει να διαθέτει σε ισχύ: ... - Πιστοποιητικό ISO 27001:2013 Πρότυπο Συστημάτων Διαχείρισης Ασφάλειας Πληροφοριών.-...». Ακόμη, στον όρο 2.2.9.2 της διακήρυξης, προβλέπεται ότι: «δ.5. Για την απόδειξη της συμμόρφωσής τους με πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

της παραγράφου 2.2.7, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: ... - Πιστοποιητικό ISO 27001:2013 Πρότυπο Συστημάτων Διαχείρισης Ασφάλειας Πληροφοριών.».

Τέλος, ο όρος 2.4.3.2 της διακήρυξης - Τεχνική Προσφορά, προβλέπει ότι: «Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο "Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές" του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης και στην μελέτη της υπηρεσίας, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων υπηρεσιών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα. Τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκειά του είναι:... - Πιστοποιητικό ISO 27001:2013 Πρότυπο Συστημάτων Διαχείρισης Ασφάλειας Πληροφοριών.».

2. Όπως έχει παγίως κριθεί, η αναθέτουσα αρχή είναι κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως για την ανάθεση σύμβασης υπηρεσιών, ως προς τις παρασχετέες υπηρεσίες, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη διακήρυξη κριτηρίων τεχνικής ικανότητας και προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορα ή αναγκαία, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι επιτρέπει τη συμμετοχή ορισμένων ενδιαφερομένων και συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ' αυτόν άλλων, των οποίων οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους τα κριτήρια επιλογής και οι προδιαγραφές προσδιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θεσπίσεως τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑ 189/2015, 124/2015, 354/2014 κ.ά.). Ελέγχονται. όμως, και στην περίπτωση αυτή, τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής καθώς και οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως της αργής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ ΕΑ 106, 107/2021, πρβλ. ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.).

Ειδικότερα, όπως έχει κριθεί σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 82 του ν. 4412/2016, που διέπουν την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να απαιτούν την προσκόμιση πιστοποιητικών που βεβαιώνουν ότι ο οικονομικός φορέας συμμορφώνεται με ορισμένα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας, δηλαδή καθίσταται εν προκειμένω, καταρχήν, νόμιμη η απαίτηση προσκόμισης σχετικών πιστοποιητικών η οποία ωστόσο θα πρέπει να συνάδει με τις γενικές αρχές του άρθρου 18 ν. 4412/2016. Οι αρχές, εξάλλου, της σχετικότητας, αναλογικότητας και αντικειμενικής σύνδεσης των όρων της σύμβασης με το αντικείμενο και τον σκοπό της σύμβασης πρέπει να ερμηνεύονται και υπό το πρίσμα της προστασίας του αποτελεσματικού. Βιώσιμου και ουσιώδη ανταγωνισμού. Κατά συνέπεια, οι απαιτήσεις εκτέλεσης μιας υπηρεσίας, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτές, δεν θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι υπό άλλη, ομοίως επαρκή για τη διασφάλιση του επιδιωκόμενου σκοπού, διατύπωση, θα μετείχαν, τονώνοντας έτσι τον ανταγωνισμό. Με τα ίδια κριτήρια, τέλος, της σχετικότητας με το αντικείμενο της σύμβασης και της αναλογικότητας πρέπει να επιλέγεται και η υποχρεωτική επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση οι διαγωνιζόμενοι να διαθέτουν και να προσκομίζουν πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας, ιδίως λαμβάνοντας υπόψη ότι κατά τη διατύπωση του άρθρου 82 του ν. 4412/2016 οι αναθέτουσες αρχές μπορούν και να μην απαιτούν κανένα τέτοιο πιστοποιητικό. Εν πάση περιπτώσει οι σχετικές απαιτήσεις πρέπει να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης και να είναι συναφείς ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο αυτής. Τα δε κριτήρια ποιοτικής επιλογής, όπως και οι τεχνικές προδιαγραφές διαμορφώνονται με γνώμονα τις αρχές της αναλογικότητας και της χρηστής δημοσιονομικής διοίκησης στα πλαίσια του ελεύθερου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. και A.S. Graelis, *Public Procurement and the EU Competition Rules* (Hart 2015, 2η εκδ.) ...

3. Οι ως άνω αναφερόμενος όροι της διακήρυξης, ιδίως ο όρος 2.2.7, προβλέπουν ότι οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στον διαγωνισμό, θα πρέπει επί ποινή αποκλεισμού, να διαθέτουν και να προσκομίζουν

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

πιστοποίηση κατά ISO 27001:2013 (Πρότυπο Συστημάτων Διαχείρισης Ασφάλειας Πληροφοριών). Ωστόσο, η απαίτηση τούτη της διακήρυξης ουδόλως σχετίζεται, ούτε συνδέεται με το αντικείμενο του υπό κρίση διαγωνισμού, είναι δε προφανώς δυσανάλογη και περιορίζει αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό. Ειδικότερα, το πρότυπο ISO 27001:2013 αποτελεί πρότυπο που αφορά σε πολιτικές και διαδικασίες ασφάλειας πληροφοριών και καθορίζει τις απαιτήσεις για την ασφαλή τήρηση, την επεξεργασία και τη μετάδοση των δεδομένων που αφορούν τις δραστηριότητες της ανάπτυξης λογισμικού, των υπηρεσιών υποστήριξης πληροφορικών συστημάτων, της κατασκευής & συναρμολόγησης συστημάτων πληροφορικής (σύστημα διαχείρισης ασφάλειας πληροφοριών-ISMS) [βλ. ΑΕΠΠ 35/2021, 301/2020 και την Περιγραφή - Σύνοψη ("Summary") του προτύπου, όπως τυγχάνει αναρτημένη στον ιστότοπο του Διεθνούς Οργανισμού Τυποποίησης (International Organization for Standardization- ...)]. Το δε αντικείμενο του υπό κρίση διαγωνισμού, όπως προκύπτει από το σύνολο της διακήρυξης και δη από το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι - Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης, είναι η ασφάλιση των οχημάτων του Δήμου ..., έναντι συγκεκριμένων ασφαλιστικών κινδύνων.

Αξίζει να τονιστεί ότι ο Ν. 4577/2018 "Ενσωμάτωση στην ελληνική νομοθεσία της Οδηγίας 2016/1148/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με μέτρα για υψηλό κοινό επίπεδο ασφάλειας συστημάτων δικτύου και πληροφοριών σε ολόκληρη την Ένωση και άλλες διατάξεις", ο οποίος ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη την Οδηγία για την Ασφάλεια Πληροφορικών Συστημάτων), αναφέρει ρητά ποιες είναι οι υποδομές που εμπίπτουν στο ρυθμιστικό πεδίο του νόμου, στις οποίες είναι απαραίτητη η επίτευξη υψηλού επιπέδου ασφάλειας των συστημάτων δικτύου και πληροφοριών. Σε αυτές δεν εμπίπτουν οι Δήμοι, ούτε το αντικείμενο του Διαγωνισμού το οποίο αφορά την ασφάλιση οχημάτων του Δήμου. Κατά συνέπεια η απαίτηση της αναθέτουσας αρχής κινείται εκτός των κριτηρίων επιλογής που αναφέρει η διάταξη του άρθρου 75 του ν. 4412/2016 καθώς στην πραγματικότητα ουδόλως σχετίζεται με το αντικείμενο του διαγωνισμού ούτε βεβαίως με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του αναδόχου. Επιπλέον, στο πλαίσιο παροχής της υπηρεσίας ασφάλισης, ο ανάδοχος δεν προβαίνει στην επεξεργασία, συλλογή και μετάδοση προσωπικών δεδομένων,

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

και βέβαια η ασφάλιση οχημάτων δεν σχετίζεται με ανάπτυξη λογισμικού και συστήματα πληροφορικής, ώστε η ένδικη υπηρεσία ουδόλως σχετίζεται με το πεδίο *ex rurs* του ISO 27001:2013. Είναι δε χαρακτηριστικό, ότι - μη νομίμως- δεν προβλέπεται καν η δυνατότητα οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν και να προσκομίσουν πιστοποίηση ισοδύναμη με το ISO 27001:2013, ως όφειλε. Συγκεκριμένα, η εταιρία μας όπως και όλες οι ασφαλιστικές επιχειρήσεις υπόκειται στο πλαίσιο οδηγιών σε σχέση με την ασφάλεια και τη διακυβέρνηση Τεχνολογίας Πληροφορικής και Επικοινωνιών (ΤΠΕ) σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην με αριθμό .../29-11-2021 Πράξη της Εκτελεστικής Επιτροπής της ... με θέμα: «Υιοθέτηση Κατευθυντήριων Γραμμών της Ευρωπαϊκής Αρχής Ασφαλίσεων και Επαγγελματικών Συντάξεων (ΕΙΟΡΑ) σχετικά με την ασφάλεια και τη διακυβέρνηση της Τεχνολογίας Πληροφορικής & Επικοινωνιών». Από τα παραπάνω γίνεται αντιληπτό ότι, παρά το γεγονός ότι το νομικό και κανονιστικό πλαίσιο στο οποίο συμμορφώνεται η Εταιρεία προβλέπει επαρκέστατα μέσα για την ασφάλεια των πληροφοριών, στην παρούσα προκήρυξη, δεν προβλέπεται καμία εναλλακτική μέθοδος απόδειξης πέραν του προτύπου ISO 27001:2013. Αυτή η πρακτική ωστόσο δεν εξασφαλίζει ισότιμη πρόσβαση στους ενδιαφερομένους. Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι η απαίτηση των προαναφερόμενων όρων της διακήρυξης, ο υποψήφιος συμμετέχων για την προκηρυσσόμενη σύμβαση ασφάλισης να διαθέτει και να προσκομίσει πιστοποιητικό κατά ISO 27001:2013 για την ασφάλεια πληροφοριών, η σχετική δε απαίτηση της διακήρυξης είναι δυσανάλογη με το αντικείμενο της σύμβασης, παραβιάζει τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της προστασίας του ανταγωνισμού, ώστε θα πρέπει να ακυρωθεί και να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή μας (βλ. ΑΕΠΠ 35/2021, 301/2020, πρβλ. ΔΕφΑΘΑναστ. 228/2019).

4. Σε τούτο το σημείο δέον να σημειωθεί ότι όλα τα ασφαλιστέα οχήματα ανήκουν στην - δημόσια- περιουσία του Δήμου ..., ώστε όλα τα στοιχεία που αφορούν στην αγορά τους είναι πλήρως προσβάσιμα, χάριν διαφάνειας στον τρόπο διάθεσης του δημοσίου χρήματος, οι δε λεπτομέρειες έκαστου οχήματος (λ.χ. αριθμός πλαισίου, έτος κατασκευής, ίπποι, εταιρία κατασκευής κλπ) αναφέρονται αναλυτικά στην υπό κρίση διακήρυξη. Συνεπώς, όλα τα «δεδομένα» τα οποία αφορούν στα αντικείμενα της ασφάλισης είναι ήδη δημοσιευμένα και πλήρως προσβάσιμα σε όλους, ώστε δεν τίθεται καν ζήτημα

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

«προστασίας» τους. Δεν πρόκειται, δηλαδή, για προσωπικά δεδομένα, αλλά για δημόσιες πληροφορίες, οι οποίες δεν χρήζουν καν προστασίας. Εξάλλου, ακόμη κι αν υποτεθεί ότι ο ανάδοχος της υπηρεσίας ασφάλισης οχημάτων τυχόν επεξεργάζεται πράγματι σε κάποιο βαθμό προσωπικά δεδομένα (quod non), εφόσον περιέρχονται σε γνώση του, η προστασία τους είναι νόμιμη υποχρέωσή του βάσει του Γενικού Κανονισμού Προστασίας Δεδομένων (ΕΕ) 2016/679, ο οποίος έχει υπερνομοθετική ισχύ και του ν. 4624/2019 που περιλαμβάνει τα μέτρα εφαρμογής του εν λόγω Κανονισμού στην εθνική έννομη τάξη μη τήρηση της οποίας (ενν. της υποχρέωσης) συνεπάγεται βαρύτατες συνέπειες στο πρόσωπό του (βλ. ad hoc ΑΕΠΠ 35/2021, 301/2020).

Σημειωτέον δε ότι η εταιρία μας είναι συμμορφωμένη με τον Γενικό Κανονισμό Προστασίας Δεδομένων, ο οποίος μεταξύ άλλων προβλέπει επαρκείς εγγυήσεις για την προστασία των προσωπικών δεδομένων, την φυσική ασφάλεια και την ασφάλεια της επεξεργασίας (βλ. άρθρα 32-36 Γενικού Κανονισμού Προστασίας Δεδομένων (ΕΕ) 2016/679). Η απόδειξη της συμμόρφωσης στον Γενικό Κανονισμό Προστασίας Δεδομένων, είναι απλή και ανέξοδη σε περίπτωση που η αναθέτουσα Αρχή θελήσει να προβεί σε σχετικό έλεγχο. Ενδεικτικά, αναφέρουμε ότι η εταιρία έχει ορίσει Υπεύθυνο Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα (D.P.O.) τηρεί μια σειρά από Πολιτικές που διασφαλίζουν την προστασία Προσωπικών δεδομένων την ασφάλεια των πληροφοριακών συστημάτων, την φυσική ασφάλεια και βέβαια την ανάκτηση σε περίπτωση καταστροφής όπως μπορεί να διαπιστωθεί εύκολα από την Πολιτική του ιστοχώρου της εταιρίας σχετικά με την Πολιτική Προστασίας Δεδομένων και Απορρήτου. Επίσης, η εταιρία έχει υιοθετήσει τεχνικά και οργανωτικά μέτρα που εγγυώνται την ασφάλεια της επεξεργασίας, όπως ορίζει ο Κανονισμός Προστασίας Δεδομένων (ΕΕ) 2016/679), πλην όμως λόγω των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης δυσχεραίνεται να συμμετέχει λυσιτελώς στον υπό κρίση διαγωνισμό. Επιπλέον σημειώνεται ότι ο ίδιος ο Γενικός Κανονισμός Προστασίας Δεδομένων αναφέρει ρητώς ποιες είναι οι υποχρεώσεις του αναδόχου από την άποψη της ασφάλειας στην επεξεργασία των δεδομένων στο άρθρο 28. Επομένως, σε κάθε περίπτωση, ακόμη δηλαδή και αν υποτεθεί ότι υπάρχουν δεδομένα τα οποία χαίρουν προστασίας, τούτη εξασφαλίζεται από το νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

που διέπει την εταιρία, αλλά και από πλήθος εταιρικών εγγράφων που τηρεί η εταιρία αναφορικά, ώστε δεν είναι αναγκαία, ούτε πρόσφορη η απαίτηση της διακήρυξης για ISO 27001:2013 για την ασφάλεια των πληροφοριών. 5. Αξίζει να σημειωθεί ότι η εταιρία, μέχρι σήμερα, ουδέποτε έχει απαντήσει ανάλογη απαίτηση σε διαγωνισμό για υπηρεσίες ασφάλισης. 6. Εν όψει των ανωτέρω, και δεδομένου ότι η εταιρία μας, η οποία δραστηριοποιείται επί σειρά ετών στο αντικείμενο του υπό κρίση διαγωνισμού και προτίθεται να συμμετέχει στον τελευταίο, δεν διαθέτει πιστοποίηση κατά ISO 27001:2013, ώστε δυσχεραίνεται ουσιωδώς να υποβάλει λυσιτελή προσφορά, εξ' αιτίας των προπεριγραφόμενων μη νόμιμων και δυσανάλογων όρων της διακήρυξης, οι οποίοι θα πρέπει να ακυρωθούν και να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή μας.

Γ. Παραβίαση του άρθρου 18 και του άρθρου 82 ν. 4412/2016 - Παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού - Μη νόμιμη η απαίτηση για ISO 50001:2018 - Έλλειψη του στοιχείου της σχετικότητας και της αντικειμενικής σύνδεσης των όρων με το σκοπό του διαγωνισμού.

1. Ο όρος 2.2.7 της διακήρυξης - Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης, προβλέπει ότι: «Κάθε Οικονομικός φορέας, που μετέχει στον διαγωνισμό, μεμονωμένα ή ως μέλος Κοινοπραξίας, οφείλει να διαθέτει σε ισχύ: ... - Πιστοποιητικό ISO 50001:2018 Πρότυπο Συστήματος Διαχείρισης Ενέργειας Ακόμη, στον όρο 2.2.9.2 της διακήρυξης, προβλέπεται ότι: «B.5. Για την απόδειξη της συμμόρφωσής τους με πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης της παραγράφου 2.2.7, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν:... - Πιστοποιητικό ISO 50001:2018 Πρότυπο Συστήματος Διαχείρισης Ενέργειας.». Τέλος, ο όρος 2.4.3.2 της διακήρυξης - Τεχνική Προσφορά, προβλέπει ότι: «Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο "Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές" του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης και στην μελέτη της υπηρεσίας, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων υπηρεσιών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα. Τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκειά του είναι:... - Πιστοποιητικό ISO 50001:2018 Πρότυπο Συστήματος Διαχείρισης Ενέργειας.». 3. Οι ως άνω αναφερόμενοι όροι της διακήρυξης, ιδίως ο όρος 2.2.7, προβλέπουν ότι οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στον διαγωνισμό, θα πρέπει επί ποινή αποκλεισμού, να διαθέτουν και να προσκομίζουν πιστοποίηση κατά ISO 50001:2018 (Πρότυπο Συστήματος Διαχείρισης Ενέργειας). Ωστόσο, η απαίτηση τούτη της διακήρυξης ουδόλως σχετίζεται, ούτε συνδέεται αντικειμενικά με το αντικείμενο του υπό κρίση διαγωνισμού, είναι δε προφανώς δυσανάλογη και περιορίζει αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό.

Ειδικότερα, το πρότυπο ISO 50001:2013 καθορίζει τις απαιτήσεις για το σχεδιασμό, την εφαρμογή και παρακολούθηση ενός συστήματος ενεργειακής διαχείρισης, του οποίου σκοπός είναι το να παρέχεται η δυνατότητα στην επιχείρηση - στον οργανισμό, να ακολουθεί μια συστηματική προσέγγιση για την επίτευξη διαρκούς βελτίωσης της ενεργειακής επίδοσης, η οποία συνίσταται επιμέρους, στην ενεργειακή αποδοτικότητα, την ενεργειακή ασφάλεια, τη βελτιούμενη χρήση ενέργειας και τη βελτίωση στην κατανάλωση ενεργειακών πόρων. Το πρότυπο, λοιπόν, έχει ως στόχο να βοηθήσει τους οργανισμούς να επιτύχουν σταθερά, μείωση στην ενεργειακή κατανάλωση, και ως εκ τούτου στο ενεργειακό τους κόστος και τις εκπομπές αερίων που ενοχοποιούνται για το "φαινόμενο του θερμοκηπίου" (βλ. ΑΕΠΠ 902/2021, σκ. 32 (την επιστημονική έκθεση Ειδικού Επιστήμονα της ΑΕΠΠ) - 33, 1414/2020). Το δε αντικείμενο του υπό κρίση διαγωνισμού, όπως προκύπτει από το σύνολο της διακήρυξης και δη από το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι - Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης, είναι η ασφάλιση των οχημάτων του Δήμου ..., έναντι συγκεκριμένων ασφαλιστικών κινδύνων. Ωστόσο, στο πλαίσιο παροχής της υπηρεσίας ασφάλισης, ο ανάδοχος δεν προβαίνει σε ενεργοβόρες δραστηριότητες, ούτε βέβαια αφήνει ισχυρό «ενεργειακό αποτύπωμα» όπως οι παραγωγοί ηλεκτρικής ενέργειας οι οποίοι εκδίδουν τέτοια πιστοποιητικά, ώστε η ένδικη υπηρεσία δεν είναι σχετική με το πεδίο εφαρμογής του ISO 50001:2018, ούτε υπάρχει αντικειμενική σύνδεση του όρου της διακήρυξης με το σκοπό της. Το αν ο προσφέρων στο πλαίσιο της δικής του επιχείρησης καταναλώνει ή όχι ενέργεια, δεν έχει οποιαδήποτε σύνδεση με τις υπηρεσίες ασφάλειας που θα

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

προσφέρει, ούτε μειώνει την ενεργειακή κατανάλωση των εγκαταστάσεων της αναθέτουσας αρχής, ούτε έχει εν τέλει σχέση με οιοδήποτε προσόν που ο προσφέρων θα επιστρατεύσει για την εκτέλεση εκ μέρους του της σύμβασης, ούτε με οιοδήποτε χαρακτηριστικό της προσφερόμενης υπηρεσίας και όποιου εξ αυτού προκύπτοντος οφέλους της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΑΕΠΠ 1414/2020). Είναι δε χαρακτηριστικό, ότι - μη νομίμως- δεν προβλέπεται καν η δυνατότητα οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν και να προσκομίσουν πιστοποίηση ισοδύναμη με το ISO 50001:2018, ως όφειλε. Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι η απαίτηση του όρου 2.2.7 της διακήρυξης ο υποψήφιος συμμετέχων για την προκηρυσσόμενη σύμβαση ασφάλισης να διαθέτει και να προσκομίσει πιστοποιητικό κατά ISO 50001:2018 για τα Συστήματα Διαχείρισης Ενέργειας, η σχετική δε απαίτηση της διακήρυξης είναι δυσανάλογη και δεν σχετίζεται με το αντικείμενο της σύμβασης, παραβιάζει τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της προστασίας του ανταγωνισμού, ώστε θα πρέπει να ακυρωθεί και να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή μας (βλ. ΑΕΠΠ 902/2021, 1414/2020, 1018/2020). 4. Αξίζει να σημειωθεί ότι η εταιρία, μέχρι σήμερα, ουδέποτε έχει απαντήσει ανάλογη απαίτηση σε διαγωνισμό για υπηρεσίες ασφάλισης. 5. Εν όψει των ανωτέρω, και δεδομένου ότι η εταιρία μας, η οποία δραστηριοποιείται επί σειρά ετών στο αντικείμενο του υπό κρίση διαγωνισμού και προτίθεται να συμμετέχει στον τελευταίο, δεν διαθέτει πιστοποίηση κατά ISO 50001:2018, δυσχεραίνεται ουσιωδώς να υποβάλει λυσιτελή προσφορά, εξ' αιτίας των προπεριγραφόμενων μη νόμιμων και δυσανάλογων όρων της διακήρυξης, οι οποίοι θα πρέπει να ακυρωθούν και να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή μας.».

5. Επειδή, στο με αρ. πρωτ. 23400/6.06.2022 έγγραφο Απόψεων της αναθέτουσας αρχής αναφέρονται σε σχέση με την υπό κρίση Προσφυγή τα εξής: «[...] Οι απόψεις του Δήμου ... επί των λόγων της προσφυγής αναλύονται παρακάτω :

Α. Για το όρο 2.2.5 Γενικό Νομικό Πλαίσιο Σύμφωνα με το άρθρο 18 του ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες Αρχές αντιμετωπίζουν τους Οικονομικούς Φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. [...] Οι Αναθέτουσες Αρχές, λαμβάνουν όλα τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων [...]». Περαιτέρω και σύμφωνα με το άρθρο 75 «Κριτήρια Επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν. 4412/2016, ορίζεται ότι η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή/ αναθέτων φορέας καθορίζει τα ελάχιστα προσόντα και ικανότητες που οφείλουν να διαθέτουν οι προσφέροντες υποψήφιοι για να συμμετέχουν στις διαδικασίες ανάθεσης, που αφορούν κυρίως: α) τη νομιμοποίησή τους β) την προσωπική κατάσταση και επαγγελματική τους επάρκεια, γ) την οικονομική, χρηματοοικονομική επάρκεια και τεχνική ικανότητά τους, δ) την επίκληση της χρηματοοικονομικής ή τεχνικής ικανότητας τρίτων, ε) την ύπαρξη συστήματος διασφάλισης ποιότητας ή/και περιβαλλοντικής διαχείρισης, στ) κάθε άλλη απαίτηση/στοιχείο πρόσφορο για τη διενέργεια του ελέγχου καταλληλότητας. Για τις ανάγκες του ελέγχου της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των προσφερόντων ή υποψηφίων, οι αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοοικονομική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Οι Γενικές Οδηγίες για τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, είναι ότι τα κριτήρια αυτά πρέπει να: • Συνάδουν με τις Αρχές της Συνθήκης της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ιδίως με τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής των διακρίσεων • Να είναι αναλογικά προς το μέγεθος και τη φύση της σύμβασης 3 • Να καθορίζονται λαμβάνοντας υπόψη τις ειδικές συνθήκες κάθε διαδικασίας σύναψης σύμβασης και να είναι συναφή με την συγκεκριμένη σύμβαση που πρόκειται να ανατεθεί • Να σχεδιάζονται κατά τρόπο ώστε να μην αποτρέπεται η συμμετοχή οικονομικών φορέων • Να διατυπώνονται με σαφή και απλό τρόπο ώστε να γίνονται κατανοητά από τους οικονομικούς φορείς. Δεν πρέπει να καθορίζονται με αφηρημένο τρόπο. Η έννοια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, δεν παρέχεται από τις οδηγίες, πλην όμως είναι σαφές ότι αφορά στο εάν οι οικονομικοί φορείς έχουν επαρκή οικονομικά μέτρα: α. για να

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

εκτελέσουν τη σύμβαση, μαζί με τις άλλες οικονομικές υποχρεώσεις και δεσμεύσεις κατά την ίδια χρονική περίοδο και β. να αντιμετωπίσουν τυχόν νομικές ευθύνες που θα προκύψουν από την εκτέλεση της σύμβασης. Οι διατάξεις της οδηγίας 2004/18/EK, όπως ενσωματώθηκε στην ελληνική έννομη τάξη με το πδ 60/2007, παρέχουν ευρεία διακριτική ευχέρεια στις αναθέτουσες αρχές να θέσουν ελάχιστα επίπεδα οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας στους υποψήφιους οικονομικούς φορείς αλλά και να επιλέξουν τα μέσα απόδειξής τους. Μάλιστα, ενώ από τις ανωτέρω διατάξεις, δεν προκύπτει υποχρέωση των αναθετουσών αρχών, να απαιτούν ελάχιστα επίπεδα οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, σύμφωνα και με την ανωτέρω Οδηγία, συνιστάται ο ορισμός ελαχίστων απαιτήσεων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, καθώς με αυτόν τον τρόπο ενισχύεται η ασφάλεια δικαίου στις υπό σύναψη συμβάσεις, περιορίζεται η δυνατότητα αυθαίρετης κρίσης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής και εξυπηρετείται η απρόσκοπτη εκτέλεση της σύμβασης και εν τέλει η κάλυψη των αναγκών της αναθέτουσας αρχής. 4 Στο νόμο και στις σχετικές Οδηγίες, δεν αναφέρεται ρητά ποια είναι τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Αντίθετα, υπάρχει ελευθερία επιλογής και για τα ελάχιστα επίπεδα αυτής. Μάλιστα είναι χαρακτηριστικό ότι η Οδηγία 2014/24/EE προχώρησε ένα βήμα παραπέρα όσον αφορά στα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, καθώς προέβλεψε ρητά, ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλουν έως και υποχρεώσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοοικονομική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης.

Επίμαχη Διακήρυξη

Όπως προκύπτει από τα ανωτέρω, στη συγκεκριμένη περίπτωση, ο Δήμος μας, ως Αναθέτουσα Αρχή, έδρασε απολύτως νόμιμα και εντός των νομίμων και θεμιτών πλαισίων της διακριτικής της ευχέρειας. Συγκεκριμένα με τον επίμαχο όρο της Διακήρυξης, ήτοι «ο μέσος όρος χρήσεων των ιδίων κεφαλαίων για τα τρία τελευταία έτη (2019, 2020, 2021) να είναι τουλάχιστον 110.000.000,00 (ισολογισμός τριών τελευταίων ετών), κατά του οποίου στρέφεται η υπό κρίση προσφυγή, ο Δήμος μας δυνάμει του άρθρου 75 του ν. 4412/2016 έχει επιλέξει το ως άνω όρο όχι μόνο σε αναλογία με τον προϋπολογισμό της συμβάσεως αλλά και σε αναλογία με το άθροισμα των

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

κεφαλαίων ασφαλιστικής κάλυψης οχημάτων και μηχανημάτων έργου. Συνεπώς, δικαιολογείται από το συνολικό κεφάλαιο της ασφαλιστικής κάλυψης των οχημάτων και μηχανημάτων έργου, όπως αυτός ο όρος αποτυπώνεται στη διακήρυξη του διαγωνισμού σε συνδυασμό με την Τεχνική Έκθεση. Η εν λόγω απαίτηση είναι πλήρως εναρμονισμένη με το άρθρο 75 Κριτήρια Επιλογής (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν. 4412/2016. 5. Όσον δε αφορά στην υπό κρίση προσφυγή, πρέπει να κριθεί αβάσιμη και απαράδεκτη, καθώς: Α. Ενδιαφερόμενος για την ανάληψη προμήθειας/υπηρεσίας για να ασκήσει προσφυγή κατά της σχετικής διακήρυξης, θα πρέπει προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεστεί βλάβη από όρο της Διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια. Λόγοι προσφυγής με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό τη μορφή της αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της Διακήρυξης, να προδιαγράψει αυτός, κατά τις οικονομικές του δυνατότητες τους όρους του διαγωνισμού, δεν μπορεί να γίνει δεκτός, αν ο όρος αυτός δεν παραβαίνει τους κανόνες της αναλογικότητας και του ανταγωνισμού. Σε καμία περίπτωση ο τεθείς όρος της Διακήρυξης, δεν θα οδηγήσει σε μη επαρκή συμμετοχή στον διαγωνισμό. Αντίθετα δε, με όσα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, είναι σύνηθες σε παρόμοιες Διακηρύξεις, να τίθενται όροι απόδειξης οικονομικής και χρηματοπιστωτικής ικανότητας των συμμετεχόντων φορέων, στο μέγεθος που καθορίστηκε από εμάς, λόγω της φύσης των ασφαλιστικών συμβάσεων και της ιδιαίτερης ανάγκης ύπαρξης απόλυτης ασφάλειας, κάτι που εξαρτάται άμεσα, από το οικονομικό μέγεθος και κυρίως από τα ίδια κεφάλαια του υποψήφιου αναδόχου.

Β. Σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη με αριθμ. 83 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, αδικαιολόγητο εμπόδιο στη συμμετοχή Οικονομικών Φορέων σε Δημόσιες Συμβάσεις, αποτελούν οι υπερβολικά αυστηρές απαιτήσεις, όσον αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική ικανότητά τους. Ο τεθείς επίμαχος από εμάς όρος ωστόσο, λαμβανομένων υπόψη των οικονομικών μεγεθών των Ασφαλιστικών Επιχειρήσεων, δεν αποτελεί υπερβολικά αυστηρή απαίτηση. Τουναντίον, μέσω αυτού, εξασφαλίζεται η βεβαιότητα της απρόσκοπτης και ασφαλούς εξυπηρέτησης της δημόσιας σύμβασης. 6 Παρ' ότι δεν αποτελεί

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

λυσιτελές επιχείρημα η σύγκριση του αντίστοιχου όρου στην προ διετίας αντίστοιχη Διακήρυξη, μιας και οι όροι δεν αποτελούν «νομολογιακό» προηγούμενο, να αναφέρουμε μόνον, ότι η γενικότερη οικονομική ανασφάλεια, οι ιδιαίτερες συνθήκες που δημιουργήθηκαν εν μέσω της πανδημίας που μας ταλαιπωρεί ήδη τρία έτη, η πολεμική σύγκρουση Ουκρανίας – Ρωσίας, η ενεργειακή κρίση, η μετά βεβαιότητας οικονομική ύφεση που θα ακολουθήσει, οι αυξημένες, σε σχέση με το προηγούμενο χρονικό διάστημα, απαιτήσεις της Τράπεζας της Ελλάδος (εποπτικού φορέα των ασφαλιστικών επιχειρήσεων) για την κεφαλαιουχική τους επάρκεια, οδηγούν όλες τις δραστηριότητες σε μία επιπλέον ανασφάλεια και απαιτούν αυξημένες προϋποθέσεις φερεγγυότητας. Κρίνεται απαραίτητο λοιπόν η Αναθέτουσα Αρχή να διασφαλιστεί έτι περαιτέρω σχετικά με την φερεγγυότητα των ασφαλιστικών εταιριών με βάση το ύψος των ιδίων κεφαλαίων, μέσα σε ένα δύσκολο περιβάλλον που διανύουμε και συγκεκριμένα να διασφαλίσει ότι η ανάδοχος ασφαλιστική εταιρία θα συνεχίσει αδιάκοπτα και χωρίς πρόσθετες κεφαλαιακές απαιτήσεις την δραστηριότητα της μέσα σε ένα περιβάλλον που όλες οι εταιρίες θα πρέπει να διαχειριστούν τις επιπτώσεις του covid 19, της ενεργειακής κρίσης και των παράπλευρων οικονομικών απωλειών της πολεμικής σύρραξης. Αυτός είναι και λόγος, που εν μέσω των ορίων της διακριτικής μας ευχέρειας, λόγω και της ιδιαίτερης φύσης της προς ανάθεση σύμβασης ασφάλισης, κρίθηκε απαραίτητο να τεθούν αυστηρότερα κριτήρια οικονομικής και χρηματοπιστωτικής ικανότητας των συμμετεχουσών εταιριών, προκειμένου να διασφαλιστεί στο ακέραιο η επιτυχής ευόδωση της σύμβασης. Τα επιχειρήματα και οι συσχετισμοί του προϋπολογισμού της συγκεκριμένης, προς ανάθεση σύμβασης, ως οικονομικό μέγεθος, σε σχέση με το κριτήριο που τέθηκε, όσον αφορά στα ίδια κεφάλαια των συμμετεχουσών εταιριών, είναι αλυσιτελής, καθώς δεν λαμβάνει υπόψη ότι, οι συμμετέχουσες εταιρίες, λόγω της φύσης του αντικειμένου τους, οφείλουν να διαθέτουν υπερ-πολλαπλάσια κεφάλαια, όχι λαμβάνοντας υπόψιν μόνον μια ασφαλιστική σύμβαση, όπως η συγκεκριμένη, αλλά το σύνολο των ασφαλιστικών τους συμβάσεων. Αποτέλεσμα αυτού, είναι ουσιαστικά να αντιστρέφεται το επιχείρημα της προσφεύγουσας, μιας και ο απαιτούμενος αριθμός ιδίων κεφαλαίων, σε σχέση με τις ασφαλιστικές υποχρεώσεις που μπορεί να προκύψουν μόνο από την συγκεκριμένη ασφαλιστική σύμβαση, να μην κρίνεται σε καμία περίπτωση

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

υπερβολικό, αν λάβει κανείς υπ' όψη τις υποχρεώσεις που μπορεί να προκύψουν σε περίπτωση επέλευσης των ασφαλιστικών υποχρεώσεων. Λόγω της φύσης της προς ανάθεση σύμβασης, η αναλογικότητα δεν χωρεί συγκρίνοντας τα μεγέθη του προϋπολογισμού, αλλά τις υποχρεώσεις που προκύπτουν από τη σύμβαση.

Γ. Κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας (άρθρο 25 παρ. 1 Συντ.), θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για της επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, πλην όμως το ίδιο να προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη. Η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο, πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, όμως δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να καταλύει τη διακριτική ευχέρεια – εδώ – της Αναθέτουσας Αρχής, να εξασφαλίσει την όσο μεγαλύτερη οικονομική αξιοπιστία των συμμετεχουσών εταιριών, εντός των πλαισίων του υγιούς και θεμιτού ανταγωνισμού. Και τούτο ακριβώς πράξαμε. Δεν είναι θεμιτό και δίκαιο, να θεωρηθεί παραβίαση της Αρχής της Αναλογικότητας, όρος που ίσως αποκλείει κάποιον φορέα – κάτι που δεν δυνάμεθα εκ των προτέρων να γνωρίζουμε, αν ισχύει για την Προσφεύγουσα - Τα οικεία κριτήρια που τίθενται σε μία Διακήρυξη, δεν θα πρέπει να φθάνουν σε τέτοιο επίπεδο, που να περιορίζουν δραστικά τον ανταγωνισμό, ενδεχομένως όμως, να αφήνουν κάποιο περιθώριο περιορισμένης εμφάνισής του. Εν κατακλείδι: Ο προσβληθείς όρος της συγκεκριμένης Διακήρυξης, δεν έχει τεθεί κατά παράβαση των αρχών του ελεύθερου ανταγωνισμού και της αναλογικότητας. Και αυτό διότι ο όρος δεν είναι ασύνδετος και δυσανάλογος προς το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του ύψους του προϋπολογισμού της συμβάσεως, ούτε παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, ούτε υπερβαίνει τα όρια της διακριτικής μας ευχέρειας. Ο τεθείς όρος εξυπηρετεί συγκεκριμένους σκοπούς και δη διασφαλίζει στην Αναθέτουσα Αρχή ότι οι υποψήφιοι Ανάδοχοι, εν μέσω της πρωτοφανούς γενικής οικονομικής κατάστασης που βιώνουμε, αφενός μπορούν να εκτελέσουν τη σύμβαση, μαζί με τις άλλες οικονομικές υποχρεώσεις και δεσμεύσεις τους κατά την ίδια χρονική περίοδο και αφετέρου είναι ικανοί να αντιμετωπίσουν τυχόν νομικές ευθύνες που θα προκύψουν από την εκτέλεση της σύμβασης.

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

Β. ΓΙΑ ISO 27001:2013 και ISO 5000:2018 Γενικό Νομικό Πλαίσιο Το άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Κριτήρια επιλογής» προβλέπει τα εξής : « 1.....». Σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, δύνανται να ελέγχουν την «ικανότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη τα περιοριστικώς αναφερόμενα στην εν λόγω διάταξη κριτήρια επιλογής αυτών, ήτοι σε σχέση με: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Επισημαίνεται ότι όλα τα κριτήρια επιλογής είναι προαιρετικά και τίθενται στη διακήρυξη κατά την κρίση και τη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής η οποία έχει τη δυνατότητα, να επιλέξει ένα, περισσότερα ή όλα ενδεχομένως τα ως άνω κριτήρια επιλογής, συνεκτιμώντας τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της υπό ανάθεση σύμβασης (εκτιμώμενη αξία αυτής, ειδικές περιστάσεις κλπ), με σχετική πρόβλεψη στη διακήρυξη. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 82 «Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης (άρθρο 62 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν. 4412/2016 ορίζεται «1. Οι αναθέτουσες αρχές, εάν απαιτούν την προσκόμιση πιστοποιητικών εκδιδόμενων από ανεξάρτητους οργανισμούς που βεβαιώνουν ότι ο οικονομικός φορέας συμμορφώνεται με ορισμένα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας, συμπεριλαμβανομένης της προσβασιμότητας για άτομα με ειδικές ανάγκες, παραπέμπουν σε συστήματα διασφάλισης ποιότητας τα οποία βασίζονται στη σχετική σειρά ευρωπαϊκών προτύπων και έχουν πιστοποιηθεί από διαπιστευμένους οργανισμούς. Οι αναθέτουσες αρχές αναγνωρίζουν ισοδύναμα πιστοποιητικά από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη - μέλη. Επίσης, κάνουν 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. Όταν ο οικονομικός φορέας τεκμηριωμένα δεν έχει πρόσβαση στα εν λόγω πιστοποιητικά ή δεν έχει τη δυνατότητα να τα αποκτήσει εντός των σχετικών προθεσμιών, για

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

λόγους για τους οποίους δεν ευθύνεται ο ίδιος, η αναθέτουσα αρχή αποδέχεται επίσης άλλα αποδεικτικά μέσα μέτρων περιβαλλοντικής διαχείρισης, υπό την προϋπόθεση ότι ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι τα συγκεκριμένα μέτρα είναι ισοδύναμα με εκείνα που απαιτούνται βάσει του εφαρμοστέου συστήματος ή του προτύπου περιβαλλοντικής διαχείρισης.»

Το ISO 27001:2013 είναι ένα διεθνές πρότυπο για την διαχείριση της ασφάλειας των πληροφοριών. Στο πρότυπο αυτό περιγράφονται οι απαιτήσεις που πρέπει να πληροί ένας οργανισμός προκειμένου να διαχειριστεί συνολικά και αποτελεσματικά την ασφάλεια της πληροφορίας του. Το GDPR ενθαρρύνει τη χρήση συστημάτων πιστοποίησης, όπως το ISO 27001:2013, δεδομένου ότι στο πρότυπο αυτό περιγράφονται οι απαιτήσεις που πρέπει να πληροί ένας οργανισμός προκειμένου να διαχειριστεί συνολικά και αποτελεσματικά την ασφάλεια της πληροφορίας του. Με την υιοθέτηση συστήματος ISO 27001, ο οργανισμός είναι σε θέση να διαχειρίζεται ενεργά την ασφάλεια των δεδομένων του σύμφωνα με τις διεθνείς βέλτιστες πρακτικές. 10 Το πρότυπο ISO 27001 μπορεί να το εφαρμόσει κάθε οργανισμός, ανεξάρτητα από το μέγεθος ή την δραστηριότητά του, που επιθυμεί να αποδεικνύει στους πελάτες, στους συνεργάτες, στους προμηθευτές ή στους μετόχους, την αποτελεσματικότητά του στην ορθή διαχείριση της ασφάλειας των πληροφοριών. Η εφαρμογή του προτύπου ιδιαίτερα σε επιχειρήσεις που η ασφάλεια των δεδομένων είναι κρίσιμη και καθοριστική για την επιβίωσή τους (π.χ. Τράπεζες, Νοσοκομεία, Ασφαλιστικές Εταιρείες κλπ), θεωρείται επιβεβλημένη. Ο διαρκής έλεγχος και η εκτίμηση του κινδύνου που επιτυγχάνεται με την υιοθέτηση του προτύπου εξασφαλίζει με απόλυτο τρόπο το επιθυμητό επίπεδο ασφάλειας των πόρων που διαθέτει ένας οργανισμός για την επίτευξη των επιχειρησιακών του στόχων. Με αυτόν τον τρόπο εξασφαλίζεται ο περιορισμός των περιττών δαπανών, η ανάδειξη επιχειρηματικών ευκαιριών, ο άμεσος περιορισμός του κινδύνου σε τομείς που αυτός υφίσταται και η επίτευξη ενός συνολικά επιθυμητού επιπέδου ασφάλειας σε ένα συνεχώς εξελισσόμενο περιβάλλον λειτουργίας της Επιχείρησης. Κατά πάγια νομολογία έχει κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της Διακήρυξης «[...] οι οποίοι, άλλωστε, ως κανονιστικές ρυθμίσεις δεν χρήζουν αιτιολογίας, και οι

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

αιτιάσεις της προσφεύγουσας είναι απορριπτέες, διότι πλήττουν απαραδέκτως την ακυρωτικώς ανέλεγκτη τεχνική εκτίμηση της Αναθέτουσας Αρχής ως προς την σκοπιμότητα των θεσπιζομένων από αυτήν προδιαγραφών των προκηρυσσόμενων υπηρεσιών. Όπως δε χαρακτηριστικά έχει επισημανθεί από το Δ.Ε.Ε, ο κύριος σκοπός των κανόνων του Ενωσιακού δικαίου στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, είναι η διεύρυνση του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού και η διασφάλιση της συμμετοχής του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού επιχειρήσεων στους δημόσιους Διαγωνισμούς, προς όφελος και των αναθετουσών αρχών, οι οποίες δύνανται να διαλέξουν την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, καθώς και την πλέον κατάλληλη για τις ανάγκες προσφορά μεταξύ περισσοτέρων επιλογών. Η συγκεκριμένη πιστοποίηση σύμφωνα με το πρότυπο ISO27001:2013, τελεί σε άμεση συνάφειά με το ακριβές περιεχόμενο του αντικείμενου της συμβάσεως και νόμιμα τέθηκε στη προσβαλλόμενη διακήρυξη, διότι δεν αντιβαίνει σε καμία διάταξη νόμου. Η εφαρμογή τέτοιων συστημάτων σε μια επιχείρηση ενισχύει την ικανότητά της να παρέχει υπηρεσία που ανταποκρίνεται με συνέπεια στις απαιτήσεις και το οποίο να συμμορφώνεται με νομικές και κανονιστικές απαιτήσεις. Με αυτόν τον τρόπο αυξάνεται η ασφάλεια σε μια επιχείρηση και ελαχιστοποιούνται τα κόστη σε περίπτωση απώλειας πληροφοριών με αποτέλεσμα να την διακρίνει από άλλες επιχειρήσεις με ανταγωνιστικό πλεονέκτημα. Η απαίτηση της διακήρυξης έχει ως στόχο την εξασφάλιση των παραπάνω και σε καμία περίπτωση δεν αποκλείει την συμμετοχή επιχειρήσεων. Σε κάθε περίπτωση η προσφεύγουσα θα μπορούσε να προσκομίσει άλλα ισοδύναμα αποδεικτικά μέσα στην περίπτωση που δεν έχει υιοθετήσει το ανωτέρω πρότυπο. Το ISO 50001:2018 είναι ένα διεθνές πρότυπο που αφορά την συνεχή βελτίωση της ενεργειακής επίδοσης, της ενεργειακής απόδοσης και της εξοικονόμησης ενέργειας για την εταιρείας που το εφαρμόζει. προωθώντας τη βιώσιμη χρήση της ενέργειας. Η Ευρωπαϊκή Ένωση στα τέλη του 2012 εξέδωσε την Οδηγία Ενεργειακής Απόδοσης 2012/27/ΕΕ. Σκοπός της οδηγίας είναι η επίτευξη του κοινού στόχου για την αύξηση της ενεργειακής απόδοσης σε ποσοστό 20%. Ο Ν.4342/2015 ενσωματώνει την Οδηγία 2012/27/ΕΕ και απαιτείται την άμεση υλοποίηση ενεργειακών ελέγχων στις μη μικρομεσαίες επιχειρήσεις όλων των κλάδων, δηλαδή σε όλες τις επιχειρήσεις που υπερβαίνουν τους 250 εργαζομένους ή

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

των οποίων ο ετήσιος κύκλος εργασιών υπερβαίνει τα 50 εκατομμύρια ευρώ. Η πιστοποίηση με το πρότυπο ISO 50001:2018 παρέχει τη δυνατότητα σε όλες τις κατηγορίες των οργανισμών, ανεξάρτητα από το αντικείμενο τους, το προϊόν ή την υπηρεσία που παρέχουν να προσαρμοστούν στον ανωτέρω σκοπό της οδηγίας αποκομίζοντας πολλαπλά οφέλη, ήτοι τη μείωση ενεργειακού κόστους, την ανάδειξη της περιβαλλοντικής ευθύνης, την συμμόρφωση στην περιβαλλοντική νομοθεσία και στη νομοθεσία της ενέργειας, βελτίωση σε ενεργειακό επίπεδο, μείωση κόστους και την ανάδειξη της εταιρικής αξίας. Η συγκεκριμένη πιστοποίηση σύμφωνα με το πρότυπο ISO 50001:2018, τελεί σε άμεση συνάφειά με το ακριβές περιεχόμενο του αντικειμένου της συμβάσεως και νόμιμα τέθηκε στη προσβαλλόμενη διακήρυξη, διότι δεν αντιβαίνει σε καμία διάταξη νόμου. Η εφαρμογή τέτοιων συστημάτων σε μια επιχείρηση ενισχύει την ικανότητά της να παρέχει υπηρεσία που ανταποκρίνεται με συνέπεια στις απαιτήσεις και το οποίο να συμμορφώνεται με νομικές και κανονιστικές απαιτήσεις. Διανύοντας και μια περίοδο ενεργειακής κρίσης, η ανωτέρω πιστοποίηση θεωρείται επιβεβλημένη για τις επιχειρήσεις προκειμένου να αναδείξουν την περιβαλλοντική ευθύνη και την εταιρική υπευθυνότητα ανεξαρτήτου του είδους των υπηρεσιών που παρέχουν και η πιστοποίηση αυτή διακρίνει μία επιχείρηση από άλλες επιχειρήσεις με ανταγωνιστικό πλεονέκτημα. Η απαίτηση της διακήρυξης έχει ως στόχο την εξασφάλιση των παραπάνω και σε καμία περίπτωση δεν αποκλείει την συμμετοχή επιχειρήσεων. Σε κάθε περίπτωση η προσφεύγουσα θα μπορούσε να προσκομίσει άλλα ισοδύναμα αποδεικτικά μέσα στην περίπτωση που δεν έχει υιοθετήσει το ανωτέρω πρότυπο. Για όλους τους ανωτέρω λόγους θεωρούμε ότι η διαδικασία του διαγωνισμού είναι νόμιμη, η προσβαλλόμενη πράξη είναι απόλυτα νόμιμη και η υπό κρίση προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της ως νόμω και ουσία αβάσιμη.».

6. Επειδή, στις 22.07.2022 η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως Υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, όπου αναφέρει τα κάτωθι: «... Α. Επί του πρώτου λόγου της προσφυγής μας (Παραβίαση της διάταξης των άρθρων 18, 19 παρ. 2 και 75 του ν. 4412/2016 – Μη νόμιμη η απαίτηση της διάταξης του όρου 2.2.5 της διακήρυξης – Παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας και της

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

αρχής του ελεύθερου ανταγωνισμού - Έλλειψη αιτιολογίας του αναγκαίου της επίμαχης απαίτησης.).

1α. Με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής μας, προβάλαμε νόμιμα και βάσιμα ότι η απαίτηση του όρου 2.2.5 της διακήρυξης (Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια) για μέσο όρο χρήσεων των ιδίων κεφαλαίων για τα τρία τελευταία έτη (2019, 2020, 2021), ύψους τουλάχιστον 110.000.000,00€ είναι μη νόμιμη, παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας και την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού και δεν αιτιολογείται νομίμως. Με τις απόψεις της, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι δήθεν ο επίμαχος όρος της διακήρυξης έχει τεθεί όχι μόνο σε αναλογία με τον προϋπολογισμό της συμβάσεως, ο οποίος είναι 70.000,00€, αλλά και σε αναλογία με το άθροισμα των κεφαλαίων ασφαλιστικής κάλυψης οχημάτων και μηχανημάτων έργου. Ωστόσο, ο ισχυρισμός της αυτός είναι κατ' αρχάς αόριστος, άλλως αβάσιμος και θα πρέπει να απορριφθεί. β. Πιο συγκεκριμένα, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της δεν προσδιορίζει, ούτε βέβαια από την διακήρυξη προκύπτει με ακρίβεια, ποιο είναι το συνολικό κεφάλαιο ασφαλιστικής κάλυψης οχημάτων και μηχανημάτων έργου της ένδικης σύμβασης, το οποίο δήθεν είναι ανάλογο με την απαίτηση για μέσο όρο χρήσεων των ιδίων κεφαλαίων για τα τρία τελευταία έτη (2019, 2020, 2021), ύψους τουλάχιστον 110.000.000,00€. Ωστε ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής είναι αόριστος και θα πρέπει να απορριφθεί προεχόντως ως τέτοιος και να γίνει δεκτός ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής μας. γ. Σε κάθε περίπτωση, όμως, ακόμη κι αν υποτεθεί ότι κρίσιμο οικονομικό μέγεθος είναι το συνολικό κεφάλαιο ασφαλιστικής κάλυψης οχημάτων και μηχανημάτων έργου της ένδικης σύμβασης, τούτο ανέρχεται κατά προσέγγιση στο ποσό του 1.000.000€, ήτοι σε ποσό εκατόν δέκα φορές μικρότερο από την επίδικη απαίτηση. Ωστε, ακόμη κι αν ληφθεί υπόψη το άθροισμα του προϋπολογισμού της σύμβασης και του συνολικού κεφαλαίου ασφαλιστικής κάλυψης οχημάτων και 3 μηχανημάτων έργου (1.000.000€ + 70.000€) τότε και πάλι ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης εξακολουθεί να είναι μη νόμιμος, υπέρμετρος και δυσανάλογος (βλ. ad hoc ΕΑΔΗΣΥ 601/2022), κατά τα αναλυτικά αναφερόμενα στην υπό κρίση προσφυγή μας, στην οποία αναφερόμαστε και παραπέμπουμε προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων. Εξάλλου, σε περίπτωση που η απαίτηση για μέσο όρο ιδίων κεφαλαίων **110.000.000€ θεωρούνταν εύλογη για την ασφάλιση**

102 οχημάτων, είναι σαφές ότι αν το άθροισμα των ανώτατων ανά όχημα καλύψεων συνιστούσε κριτήριο διαμόρφωσης απαίτησης για καθαρή θέση των ασφαλιστριών επιχειρήσεων, τότε, δεδομένου ότι στην Ελλάδα ασφαρίζονται ετησίως πάνω από 5 εκατομμύρια οχήματα, οι ασφαλιστικές επιχειρήσεις που τα καλύπτουν θα έπρεπε να διαθέτουν ίδια κεφάλαια κατά πολλές φορές πολλαπλάσια της όλης οικονομίας της χώρας (βλ. και ΕΑΔΗΣΥ 601/2022). Επομένως, και υπό τούτη την εκδοχή, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής είναι αβάσιμος, ώστε θα πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτός ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής μας.

δ. Σημειωτέον δε ότι η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της δεν αναφέρεται καν στην αναλογία του επίδικου όρου της απαίτησης σε σχέση με τον προϋπολογισμό της διακήρυξης, αλλά σπεύδει να «αυξήσει» το ποσό αυτό, αναφερόμενη στο άθροισμα του προϋπολογισμού με το σύνολο των κεφαλαίων ασφαλιστικής κάλυψης. Με τον τρόπο αυτό, όμως, κατ' ουσίαν αποδέχεται ότι η απαίτηση δεν τελεί σε αναλογία με το ύψος του προϋπολογισμού της υπό κρίση σύμβασης. Και δεν θα μπορούσε, άλλωστε, διότι η δυσαναλογία της απαίτησης, τόσο με το ύψος του προϋπολογισμού, όσο και με το σύνολο των κεφαλαίων ασφαλιστικής κάλυψης, ακόμη και με το άθροισμα του ύψους του προϋπολογισμού με το σύνολο των κεφαλαίων ασφαλιστικής κάλυψης, είναι προφανής και υπέρμετρη. Για τους λόγους αυτούς, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής θα πρέπει να απορριφθούν και να γίνει δεκτός ο πρώτος λόγος της προσφυγής μας και να ακυρωθεί ο επίμαχος όρος της διακήρυξης, ο οποίος είναι μη νόμιμος και καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη λυσιτελή συμμετοχή μας στον ένδικο διαγωνισμό.

2α. Ακόμη, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι η οικονομική ανασφάλεια λόγω της πανδημίας, η πολεμική σύγκρουση Ουκρανίας – Ρωσίας, η ενεργειακή κρίση κ.ο.κ. την οδήγησαν στο να θέσει αυστηρότερα κριτήρια οικονομικής και χρηματοπιστωτικής ικανότητας, προκειμένου να διασφαλίσει έτι περαιτέρω τη φερεγγυότητα των ασφαλιστικών επιχειρήσεων. Ωστόσο, ο ισχυρισμός αυτός είναι νομικά, άλλως ουσιαστικά αβάσιμος. β. Τούτο διότι, ούτε από τις διατάξεις των άρθρων 18, 19 παρ. 2 και 75 του ν. 4412/2016, ούτε από την αρχή της αναλογικότητας προκύπτει ότι τυχόν ασταθείς ή επιβαρυμένες κοινωνικοοικονομικές συνθήκες δικαιολογούν τη θέσπιση δυσανάλογων και υπερβολικά αυστηρών απαιτήσεων για την οικονομική και χρηματοοικονομική

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

επάρκεια, όπως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή. Αντιθέτως, από τις προαναφερόμενες διατάξεις προκύπτει ότι η διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών να θέτουν απαιτήσεις στους διαγωνισμούς ελέγχεται πάντοτε σε σχέση με την τήρηση της αρχής της αναλογικότητας, χωρίς να θεσπίζονται εξαιρέσεις λόγω των κοινωνικοοικονομικών συνθηκών (βλ. ΣΤΕ 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010, Ε.Α. 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006). Για το λόγο αυτό, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής είναι κατ' αρχάς νομικά αβάσιμος και θα πρέπει να απορριφθεί. γ. Σε κάθε περίπτωση, όμως, επισημαίνουμε ότι, ακόμη και λαμβανομένων υπόψη των συνθηκών που δημιούργησε η πανδημία, ο πόλεμος, η ενεργειακή κρίση και γενικά λαμβανομένων υπόψη των συνθηκών που επικρατούν στην προκειμένη περίπτωση, η θέσπιση απαιτήσεων όπως οι επίδικες, οι οποίες κατά δήλωση της αναθέτουσας αρχής είναι «αυστηρότερες» και οι οποίες ξεπερνούν κατά περίπου 1.500 φορές το ύψος του προϋπολογισμού και κατά περίπου 110 φορές το ύψος του συνόλου των κεφαλαίων ασφαλιστικής κάλυψης, εξακολουθούν να είναι προφανώς δυσανάλογες, και υπερβαίνουν κάθε εύλογο και αναγκαίο μέτρο σε σχέση με το συμβατικό αντικείμενο. Σημειωτέον δε ότι, ακόμη και εν μέσω των προαναφερόμενων συνθηκών (πανδημία, πολεμική σύγκρουση και ενεργειακή κρίση), η Διεύθυνση Εποπτείας Ιδιωτικής Ασφάλισης ουδεμία πρόσθετη απαίτηση έχει από τις ασφαλιστικές επιχειρήσεις σε σχέση με το προηγούμενο χρονικό διάστημα, οι δε εποπτικές υποχρεώσεις της ασφαλιστικής επιχείρησης παραμένουν οι ίδιες. Επομένως, και υπό αυτή την εκδοχή, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής είναι αβάσιμος και θα πρέπει να απορριφθεί και να ακυρωθεί επίδικη απαίτηση.

δ. Εξάλλου, αόριστα αναφέρει η αναθέτουσα αρχή την ύπαρξη δήθεν ιδιαιτεροτήτων στο αντικείμενο της εν λόγω σύμβασης, τις οποίες όμως δεν εξειδικεύει, δεδομένου ότι όπως προκύπτει από τις απαιτήσεις της διακήρυξης πρόκειται για την παροχή συνηθισμένων υπηρεσιών ασφάλισης, ώστε η εν λόγω απαίτηση δεν δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους και βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού (βλ. ΔΕφΠειρ Αναστ. 2/2021, 126/2021). Ειδικότερα, η απαίτηση τούτη δεν προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη στον ανταγωνισμό, ως έπρεπε, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας του άρθρου 25 παρ. 1

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

Συντ., υπό την έννοια ότι δεν είναι το μόνο κατάλληλο μέσο, για την απόδειξη της οικονομικής ευρωστίας και της φερεγγυότητας ενός οικονομικού φορέα. Ενδεικτικά αναφέρουμε ότι εάν η αναθέτουσα αρχή επιθυμούσε, θα μπορούσε να θέσει ως κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας απαίτηση σχετική με τον δείκτη φερεγγυότητας, δεδομένου ότι ως είναι γνωστό, σύμφωνα με το ισχύον νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο περί Solvency II, η φερεγγυότητα μίας ασφαλιστικής επιχείρησης προκύπτει από το Ελάχιστο Κεφάλαιο Φερεγγυότητας (Minimum Capital Requirement – MCR) και το Απαιτούμενο Κεφάλαιο Φερεγγυότητας (Solvency Capital Requirement – SCR) (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 419/2021). Αμφότερα τα ανωτέρω ποσά, εξάλλου, αναφέρονται υποχρεωτικά στην έκθεση φερεγγυότητας και χρηματοοικονομικής κατάστασης (SFRCR) η οποία δημοσιοποιείται σε ετήσια βάση από την ασφαλιστική επιχείρηση. Άλλωστε, αρμόδιο όργανο για την πιστοποίηση ή μη της κεφαλαιακής επάρκειας και της φερεγγυότητας μίας ασφαλιστικής επιχείρησης είναι αποκλειστικά και θεσμοθετημένα η σχετική διεύθυνση της Τράπεζας της Ελλάδος, η οποία διαθέτει όλη τη γνώση και τα μέσα για τον σχετικό προσδιορισμό. Δεν είναι, λοιπόν, δυνατό να χρησιμοποιούνται αυθαίρετως στοχευμένα και συγκεκριμένα στοιχεία, για τον χαρακτηρισμό μίας ασφαλιστικής επιχείρησης ως ικανής να αναλάβει κινδύνους ή όχι, όπως επιχειρεί να πράξει η αναθέτουσα αρχή. Εξάλλου από το ίδιο το θεσμικό πλαίσιο των παρεχόμενων υπηρεσιών (υπηρεσίες ασφάλειας), 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 ... αλλά και ο τρόπος διασφάλισης της φερεγγυότητας και πρόληψης δια τακτικών περιοδικών διαφόρων τύπου ελέγχων, τόσο εσωτερικών όσο και εξωτερικών, ακόμη και σε περιπτώσεις απρόβλεπτων γεγονότων, συμπεριλαμβανομένων και των καταστροφικών συμβάντων με σοβαρό αντίκτυπο (βλ. *ad hoc* ΔΕφΠειρ Αναστ. 126/2021). Εν όψει των ανωτέρω, προκύπτει ότι η επίδικη απαίτηση της διακήρυξης δεν είναι ούτε αναλογική, ούτε αναγκαία, ούτε εύλογη, ούτε βέβαια είναι το μόνο πρόσφορο μέσο για την απόδειξη της οικονομικής ευρωστίας και φερεγγυότητας των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, ώστε είναι μη νόμιμη

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

και καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη λυσιτελή συμμετοχή μας στον ένδικο διαγωνισμό. Για τους λόγους αυτούς, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής θα πρέπει να απορριφθούν, να γίνει δεκτός ο πρώτος λόγος της προσφυγής μας και να ακυρωθεί ο επίμαχος όρος της διακήρυξης.

3α. Ακόμη, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι ο προσβαλλόμενος με την παρούσα όρος περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας έχει τεθεί λαμβάνοντας υπόψη το σύνολο των ασφαλιστικών τους συμβάσεων των συμμετεχόντων και τους ασφαλιστικούς κινδύνους οι οποίοι μπορεί να επέλθουν σε αυτές και όχι μόνον την υπό κρίση ασφαλιστική σύμβαση. Ωστόσο, ο ισχυρισμός αυτός είναι κατ' αρχάς αντιφατικός. Τούτο δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή αφενός ισχυρίζεται ότι η απαίτηση έχει τεθεί δήθεν κατ' αναλογία του αθροίσματος του προϋπολογισμού της συμβάσεως με το σύνολο των κεφαλαίων ασφαλιστικής κάλυψης οχημάτων και μηχανημάτων έργου, και αφετέρου ισχυρίζεται ότι έχει τεθεί δήθεν κατ' αναλογία του συνόλου των ασφαλιστικών συμβάσεων των συμμετεχουσών στο διαγωνισμό. Ανεξαρτήτως των ανωτέρω και σε κάθε περίπτωση, όμως, ο ισχυρισμός είναι νομικά, άλλως ουσιαστικά αβάσιμος, ώστε θα πρέπει να απορριφθεί.

β. Πιο συγκεκριμένα, όπως έχει παγίως κριθεί, οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια κατά τον καθορισμό των ελαχίστων επιπέδων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, τα ελάχιστα όμως επίπεδα των ικανοτήτων που απαιτούνται για μια συγκεκριμένη σύμβαση πρέπει να σχετίζονται με το αντικείμενο της σύμβασης, ήτοι να τελούν σε σχέση αναλογίας και να είναι προσαρμοσμένα σε αυτό, 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 βαίνουν πέραν του αναγκαίου προς τον σκοπό αυτό μέτρου (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 93/2021 σκ. 15, πρβλ. αποφάσεις ΔΕΕ της 13-7-2017, *Ingsteel και Metrostav*, υπόθεση C-76/16 σκ. 32 επ., της 18-10-2012, *Édukönizig και Hochtief Construction*, υπόθεση C- 7 218/11, σκ. 26 επ.). Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να τελούν σε σύνδεση και αναλογία προς το αντικείμενο της (βλ. και A.S. Graelis, "Public Procurement and the EU Competition Rules" (Hart 2015, 2η εκδ.) 6.II.A.vii) και κρίνονται με βάση την

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση και όχι *in abstracto* (βλ. ΔΕφΠειρ Αναστ. 126/2021, βλ. κατ' αναλογία Δ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 410 επ.). Ωστε, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής ότι δήθεν η απαίτηση έχει τεθεί κατ' αναλογία, όχι με την υπό κρίση σύμβαση, αλλά με το σύνολο των ασφαλιστικών συμβάσεων των συμμετεχουσών ασφαλιστικών εταιριών, είναι νομικά αβάσιμος και έρχεται σε ευθεία αντίθεση με την αρχή της αναλογικότητας, η οποία επιβάλλει τα κριτήρια επιλογής να προσδιορίζονται *in concreto* με βάση την εκάστοτε προκηρυχθείσα σύμβαση, και όχι βέβαια αφηρημένα, με βάση άλλες συμβάσεις από τις οποίες τυχόν απορρέουν δεσμεύσεις των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων. Για το λόγο αυτό, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής είναι νομικά αβάσιμοι και θα πρέπει να απορριφθούν, ώστε να γίνει δεκτός ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής μας.

γ. Τέλος, και όλως επικουρικά, επισημαίνουμε ότι όσον αφορά στη δήθεν ανάγκη της αναθέτουσας αρχής οι συμμετέχουσες εταιρίες να διαθέτουν υπερπολλαπλάσια κεφάλαια λαμβάνοντας υπόψη το σύνολο των ασφαλιστικών τους συμβάσεων και τις υποχρεώσεις που μπορεί να προκύψουν σε περίπτωση επέλευσης των ασφαλιστικών κινδύνων, σύμφωνα με το ισχύον θεσμικό πλαίσιο προκύπτει ευχερώς ότι και αυτές οι παράμετροι έχουν ληφθεί υπόψη σχετικά με τον έλεγχο φερεγγυότητας τους, ώστε η ανάγκη της αναθέτουσας αρχής διασφαλίζεται πλήρως εκ του νόμου χωρίς να απαιτείται να διασφαλιστεί επιπλέον (βλ. *ad hoc* ΔΕφΠειρ Αναστ. 126/2021), κατά τα αναλυτικά αναφερόμενα ανωτέρω, στα οποία αναφερόμαστε και παραπέμπουμε προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων. Σε κάθε περίπτωση, όμως, ακόμη κι αν υποτεθεί ότι τούτη η ανάγκη της αναθέτουσας αρχής δεν διασφαλίζεται εκ του νόμου (*quod non*), τούτη η δήθεν ανάγκη δεν δύναται να τεκμηριώσει υπερπολλαπλάσια απαίτηση όπως η επίδικη, η οποία ξεπερνά κατά περίπου 1.500 φορές το ύψος του προϋπολογισμού και 8 περίπου 110 φορές το ύψος του συνόλου των κεφαλαίων ασφαλιστικής κάλυψης. Τούτο έχει ως συνέπεια η απαίτηση για μέσο όρο χρήσεων των ιδίων κεφαλαίων για τα τρία τελευταία έτη (2019, 2020, 2021), ύψους τουλάχιστον 110.000.000,00€, να φθάνει στο προδήλως υπέρμετρο, δυσανάλογο και υπερβαίνον κάθε εύλογη σχετική διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας να θεσπίζει τις απαιτήσεις συμμετοχής, επίπεδο (βλ. *ad hoc* ΔΕφΠειρ Αναστ.

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

126/2021). Για τους λόγους αυτούς και υπό κάθε εκδοχή, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής θα πρέπει να απορριφθούν και να γίνει δεκτός ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής μας.

B. Επί του δεύτερου λόγου της προσφυγής μας (Παραβίαση του άρθρου 18 και του άρθρου 82 ν. 4412/2016 – Παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού – Μη νόμιμη η απαίτηση για ISO 27001:2013 – Έλλειψη του στοιχείου της σχετικότητας και της αντικειμενικής σύνδεσης των όρων με το σκοπό του διαγωνισμού).

1. Με το δεύτερο λόγο της προσφυγής μας προβάλαμε νόμιμα και βάσιμα ότι η απαίτηση για ISO 27001:2013 είναι μη νόμιμη και δυσανάλογη, καθώς και ασύνδετη με τους όρους και το σκοπό της υπό κρίση σύμβασης. Ήδη με τις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι η προσβαλλόμενη απαίτηση δήθεν τελεί σε άμεση συνάφειά με το ακριβές περιεχόμενο του αντικειμένου της συμβάσεως και νόμιμα τέθηκε στη προσβαλλόμενη διακήρυξη, διότι δεν αντιβαίνει σε καμία διάταξη νόμου. Ωστόσο, ο ισχυρισμός αυτός της αναθέτουσας αρχής είναι κατ' αρχάς παντελώς αόριστος, διότι δεν εξειδικεύει ούτε ποια είναι η σχετικότητα, ούτε ποια είναι η αντικειμενική σύνδεση της επίδικης σύμβασης με την απαίτηση για ISO 27001:2013, αλλά παραθέτει γενικά και αφηρημένα ποια είναι εν γένει τα οφέλη της πιστοποίησης για τις επιχειρήσεις. Έτι περαιτέρω, δεν αποδείχθηκε από την αναθέτουσα αρχή, ούτε βέβαια προκύπτει, ότι περιέρχονται σε γνώση του αναδόχου της υπό κρίση σύμβασης προσωπικά δεδομένα, αλλά ούτε ότι οι πληροφορίες για το προσωπικό της αναθέτουσας αρχής, που θα ανταλλαχθούν μεταξύ αυτής και του αναδόχου, χρήζουν ιδιαίτερης εμπιστευτικότητας (βλ. ΑΕΠΠ 212/2022). Και δεν θα μπορούσε, άλλωστε, διότι, κατά τα αναλυτικά αναφερόμενα και στην υπό κρίση προσφυγή μας, στην οποία αναφερόμαστε και παραπέμπουμε προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων, τα δεδομένα της ασφάλισης των οχημάτων του δήμου δεν είναι υπό καμία έννοια προσωπικά δεδομένα, αλλά είναι δημόσιες πληροφορίες, οι οποίες δεν χρήζουν καν προστασίας, επιχείρημα στο οποίο ουδόλως απαντά η αναθέτουσα αρχή. Εν όψει των ανωτέρω, προκύπτει ότι η απαίτηση των προαναφερόμενων όρων της διακήρυξης ο υποψήφιος συμμετέχων για την προκηρυσσόμενη σύμβαση ασφάλισης να διαθέτει και να προσκομίσει πιστοποιητικό κατά ISO 27001:2013 για την ασφάλεια πληροφοριών, είναι δυσανάλογη με το

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

αντικείμενο της σύμβασης, παραβιάζει τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της προστασίας του ανταγωνισμού, ώστε θα πρέπει να ακυρωθεί και να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή μας (βλ. ΑΕΠΠ 35/2021, 301/2020, πρβλ. ΔΕφΑΘΑναστ. 228/2019). 2. Ακόμη, η αναθέτουσα αρχή διαλαμβάνει ότι η πιστοποίηση κατά ISO 27001:2013 συνεπάγεται την τήρηση του GDPR. Ωστόσο, ολόκληρος ο συλλογισμός της στηρίζεται σε εσφαλμένη προϋπόθεση. Ειδικότερα, όπως τονίζουν οι επίσημες εκθέσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής και το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο Προστασίας Δεδομένων (βλ. European Commission Directorate – General for Justice and Consumers “Data Protection Certification Mechanisms Study on Articles 42 and 43 of the Regulation (EU) 2016/679”, Final report, 2019 και European Data Protection Board Adopted Guidelines 1/2018 on certification and identifying certification criteria in accordance with Articles 42 and 43 of the Regulation) η απόκτηση της πιστοποίησης δεν συνεπάγεται ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις και υποχρεώσεις συμμόρφωσης που θέτει ο Γενικός Κανονισμός Προστασίας Δεδομένων, ούτε οι αντίστοιχες της Ευρωπαϊκής και εθνικής νομοθεσίας για την κυβερνοασφάλεια. Ωστε, αν υποθέσουμε ότι η απαίτηση δήθεν τέθηκε για να εξασφαλίσει την τήρηση του GDPR από τους οικονομικούς φορείς, τούτο σε καμία περίπτωση δεν επιτυγχάνεται με την πιστοποίηση ενός οικονομικού φορέα κατά ISO 27001:2013, όπως εσφαλμένα διαλαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. Επομένως, η απαίτηση αυτή δεν είναι πρόσφορη για την ικανοποίηση της δήθεν ανάγκης της αναθέτουσας αρχής, πολλώ δε μάλλον δεν είναι αναγκαία, ούτε συνδέεται αντικειμενικά με το αντικείμενο της σύμβασης, ώστε είναι προφανώς δυσανάλογη και περιορίζει αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό. Τέλος, παντελώς αβάσιμα ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή ότι ο επίδικος όρος της διακήρυξης δεν αποκλείει τη συμμετοχή επιχειρήσεων στο διαγωνισμό, δεδομένου ότι αποκλείονται, άλλως, δυσχεραίνονται ουσιωδώς να συμμετέχουν λυσιτελώς στο διαγωνισμό όλες οι επιχειρήσεις οι οποίες δεν διαθέτουν πιστοποίηση κατά ISO 27001:2013, μεταξύ αυτών και η εταιρία μας. Για τους λόγους αυτούς, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής θα πρέπει να απορριφθούν και να γίνει δεκτός και ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής μας.

Γ. Επί του τρίτου λόγου της προσφυγής μας (Παραβίαση του άρθρου 18 και του άρθρου 82 ν. 4412/2016 – Παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας, της

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού – Μη νόμιμη η απαίτηση για ISO 50001:2018 – Έλλειψη του στοιχείου της σχετικότητας και της αντικειμενικής σύνδεσης των όρων με το σκοπό του διαγωνισμού.).

1. Με τον τρίτο λόγο της προσφυγής μας προβάλαμε νόμιμα και βάσιμα ότι η απαίτηση για ISO 50001:2018 είναι μη νόμιμη και δυσανάλογη, καθώς και ασύνδετη με τους όρους και το σκοπό της υπό κρίση σύμβασης. Ήδη με τις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι η προσβαλλόμενη απαίτηση δήθεν τελεί σε άμεση συνάφειά με το ακριβές περιεχόμενο του αντικειμένου της συμβάσεως και νόμιμα τέθηκε στη προσβαλλόμενη διακήρυξη, διότι δεν αντιβαίνει σε καμία διάταξη νόμου. Ωστόσο, ο ισχυρισμός αυτός της αναθέτουσας αρχής είναι κατ' αρχάς παντελώς αόριστος, διότι δεν εξειδικεύει ούτε ποια είναι η σχετικότητα, ούτε ποια είναι η αντικειμενική σύνδεση της επίδικης σύμβασης με την απαίτηση για ISO 50001:2018, αλλά παραθέτει γενικά και αφηρημένα ποια είναι εν γένει τα οφέλη της πιστοποίησης με αυτό το πρότυπο για τις επιχειρήσεις. Εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή δεν επικαλείται, ούτε βέβαια αποδεικνύει ότι δήθεν κατά την εκτέλεση των υπηρεσιών ασφάλισης ο ανάδοχος προβαίνει σε ενεργοβόρες δραστηριότητες, ούτε βέβαια ότι αφήνει ισχυρό «ενεργειακό αποτύπωμα», ώστε να αποδεικνύεται η συνάφεια και η αναγκαιότητα της εν λόγω πιστοποίησης με το αντικείμενο του υπό κρίση διαγωνισμού. Ωστε, ο ισχυρισμός της αυτός θα πρέπει να απορριφθεί προεχόντως ως αόριστος, άλλως ως αναπόδεικτος και να γίνει δεκτός ο τρίτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής μας.

2. Ακόμη, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι ο ν. 4342/2015, ο οποίος ενσωματώνει στην ελληνική νομοθεσία την Οδηγία 2012/27/ΕΕ για την Ενεργειακή Απόδοση, απαιτεί την υλοποίηση ενεργειακών ελέγχων στις Μη Μικρομεσαίες Επιχειρήσεις (στο εξής ΜΜΕ), ώστε για τον λόγο αυτόν, η πιστοποίηση μιας επιχείρησης για την ενεργειακή της επίδοση και απόδοση δεν είναι δυσανάλογη. Πλην όμως, η αναθέτουσα αρχή στηρίζεται στην εσφαλμένη προϋπόθεση ότι δήθεν μόνο η πιστοποίηση κατά ISO 50001:2018 συνεπάγεται την τήρηση των υποχρεώσεων του ν. 4342/2015. Ωστόσο, οι διατάξεις του ν. 4342/2015 και ιδίως οι διατάξεις του άρθρου 10, προβλέπουν ότι «10. Οι επιχειρήσεις που δεν είναι ΜΜΕ υποβάλλονται σε ενεργειακό έλεγχο, που διεξάγεται ανά τετραετία με ανεξάρτητο και οικονομικώς αποδοτικό τρόπο, βάσει των ελάχιστων κριτηρίων που ορίζονται στο

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

Παράρτημα VI, από ενεργειακούς ελεγκτές.» Κατά τον έλεγχο αυτό, συντάσσεται και υποβάλλεται αρμοδίως έκθεση ελέγχου, η οποία αποτυπώνει τα αποτελέσματα του ελέγχου και τη συμμόρφωση της επιχείρησης με τις διατάξεις του ως άνω νομοθετικού πλαισίου. Εκ τούτου προκύπτει ότι, ακόμη κι αν υποτεθεί ότι ο ανάδοχος κατά την παροχή των υπηρεσιών ασφάλισης προβαίνει σε ενεργοβόρες δραστηριότητες (quod non) ώστε απαιτείται να διασφαλίζεται η συνετή ενεργειακή διαχείριση της επιχείρησης, η πιστοποίηση κατά ISO 50001:2018 δεν είναι ο μοναδικός, ούτε ο πιο πρόσφορος τρόπος για την απόδειξη αυτής, δεδομένου ότι τουλάχιστον ισοδύναμο αποτέλεσμα επιτυγχάνει και η έκθεση ελέγχου. Σημειωτέον δε ότι η εταιρία μας, παρόλο που συμμορφώνεται πλήρως στις απαιτήσεις του ν. 4342/2015 που ενσωμάτωσε την Οδηγία 2012/27/ΕΕ και έχει διενεργήσει τον απαιτούμενο ενεργειακό έλεγχο, στις χρονικές περιόδους που ορίζει ο νόμος (χρήση 2018 και επαναπρογραμματισμός για χρήση 2022), δυσχεραίνεται ουσιωδώς να συμμετάσχει λυσιτελώς στον επίδικο διαγωνισμό, διότι δεν διαθέτει πιστοποίηση κατά ISO 50001:2018. Εν όψει των ανωτέρω προκύπτει ότι πέρα από ασύνδετη και μη σχετική με το σκοπό της διακήρυξης, η υπό κρίση απαίτηση είναι και δυσανάλογη διότι δεν συνιστά το μόνο πρόσφορο τρόπο για την ικανοποίηση των αναγκών της αναθέτουσας αρχής, αν υποτεθεί ότι αυτές υπάρχουν. Ωστε, ο επίδικος όρος της διακήρυξης θα πρέπει να ακυρωθεί και να γίνει δεκτός και ο τρίτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής μας.

Δ. Επί του ισχυρισμού της αναθέτουσας αρχής σχετικά με τη δυνατότητα των συμμετεχόντων να προσκομίσουν ισοδύναμα αποδεικτικά μέσα στην περίπτωση μη υιοθέτησης των προτύπων ISO 27001:2013 και ISO 50001:2018.

1. Με τις απόψεις της, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι σε περίπτωση που οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς δεν έχουν υιοθετήσει τα πρότυπα ISO 27001:2013 και ISO 50001:2018, έχουν τη δυνατότητα να προσκομίσουν ισοδύναμα αποδεικτικά μέσα. Πριν και πρώτα από όλα, επισημαίνουμε ότι ο ισχυρισμός αυτός συνιστά ομολογία της αναθέτουσας αρχής για τη δυσαναλογία και το μη πρόσφορο των επίδικων απαιτήσεων, δεδομένου ότι αποδέχεται ότι η πιστοποίηση των οικονομικών φορέων κατά ISO 27001:2013 και ISO 50001:2018 δεν είναι το μόνο πρόσφορο μέσο για την ικανοποίηση των αναγκών της αναθέτουσας αρχής, αν υποτεθεί ότι αυτές υπάρχουν, αλλά

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

ότι υπάρχουν και ισοδύναμα προς τούτο μέσα. 2. Σε κάθε περίπτωση, όμως, και ανεξαρτήτως των ανωτέρω, επισημαίνουμε ότι η εν λόγω θέση την οποία διατυπώνει το πρώτον με τις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή δεν εντάσσεται στο κανονιστικό πλαίσιο του υπό κρίση διαγωνισμού, δεδομένου ότι αφενός δεν υπάρχει στη διακήρυξη, και αφετέρου δεν έχει παρασχεθεί στο πλαίσιο της παροχής διευκρινίσεων κατ' άρθρο 2.1.3 της διακήρυξης. Ωστε, οι ισχυρισμοί που εμπεριέχονται στις απόψεις της αναθέτουσας αρχής δεν συνιστούν αυθεντική ερμηνεία των όρων της διακήρυξης και δεν δεσμεύουν ούτε τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, ούτε την αναθέτουσα αρχή (βλ. ΣτΕ ΕΑ 40/2019, σκ. 14). Τυχόν αντίθετη ερμηνεία, θα παραβίαζε ευθέως την αρχή της ίσης μεταχείρισης, δεδομένου ότι έχει ήδη παρέλθει η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών (27.06.2022), ώστε οι οικονομικοί φορείς οι οποίοι τυχόν ενδιαφέρονταν να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό, πλην όμως αποτράπηκαν από το να υποβάλουν προσφορά στον επίδικο διαγωνισμό λόγω έλλειψης πιστοποίησής τους σύμφωνα με τα ως άνω πρότυπα, δεν δύνανται πλέον να υποβάλουν προσφορά, προσκομίζοντας τα ισοδύναμα αποδεικτικά μέσα που έχουν στη διάθεσή τους. Σημειωτέον δε, ότι εάν υπήρχε σχετικός όρος στη διακήρυξη, η εταιρία μας θα προσκόμιζε την προαναφερόμενη από το Σεπτέμβριο του 2018 έκθεση ελέγχου του ν. 4342/2015 (σχετικό 1), η οποία έχει εκδοθεί κατά τη διαδικασία του άρθρου 10 παρ. 10 του ν.4342/2015, και από την οποία προκύπτει ότι η εταιρία μας έχει υποβληθεί προσηκόντως σε ενεργειακό έλεγχο. Πλην όμως, δεν είχε τη δυνατότητα αυτή, λόγω του μη νόμιμου και δυσανάλογου όρου της διακήρυξης, ο οποίος θα πρέπει να ακυρωθεί και να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή μας. [...]».

7. Επειδή, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' άρθρο 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη. Κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. Συνεπώς, στην περίπτωση των δημοσίων συμβάσεων, οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να εφαρμόζουν κριτήρια επιλογής τα οποία είναι αναλογικά προς τα χαρακτηριστικά της εκάστοτε

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

διαδικασίας. Περαιτέρω, η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ).

8. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του Ν. 3886/2010, οι οποίες δεν έχουν μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει Προδικαστική Προσφυγή κατά της Διακήρυξης ή τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της Διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατά την άποψή του, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756, ΣΤΕ ΕΑ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013, 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α). Με βάση τα ως άνω, σε περίπτωση που

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

κάποιος προτίθεται να στραφεί κατά όρων Διακήρυξης, θεωρώντας ότι παραβάσεις του νόμου την καθιστούν πλημμελή, θα πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον όρο, τον οποίο θεωρεί μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων.

9. Επειδή, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, και ατομικό /προσωπικό, με την έννοια ότι πρέπει να αφορά τον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων. Όσον αφορά τις κανονιστικές πράξεις «η προϋπόθεση για τη συνδρομή του προσωπικού εννόμου συμφέροντος συντρέχει όταν η προσβαλλόμενη κανονιστική ρύθμιση, θίγει συγκεκριμένες ελευθερίες ή δικαιώματα του αιτούντος, τα οποία κατοχυρώνονται από το Σύνταγμα και τους νόμους και των οποίων την πραγμάτωση επιδιώκει να αποκαταστήσει ο αιτών με την έκδοση της ακυρωτικής απόφασης» (Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ. 847).

10. Επειδή, κατά τη θεωρία και νομολογία, το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώως, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, «Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι: α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣτΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, «Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα», 1998, σελ. 199, Δ. Ράικος, «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», 2017, σελ. 745 επ.) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, το έννομο

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

συμφέρον πρέπει να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά τον χρόνο άσκησης της Προσφυγής (ΣΤΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136), δηλαδή, να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, «Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο», Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014), και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της Προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣΤΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣΤΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔΤΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται, επομένως, όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣΤΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831).

11. Επειδή, η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣΤΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για άσκηση Προσφυγής (βλ. ΣΤΕ 3905/2004).

12. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της Προσφυγής, ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004), υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος, καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελές).

13. Επειδή, σε κάθε περίπτωση ελέγχεται αυτεπάγγελα η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος με βάση το κατά πόσο

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

από το έγγραφο της Προσφυγής και τα στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται η ύπαρξη του έννομου συμφέροντος. Δεν αρκεί, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη έννομου συμφέροντος για άσκηση της Προσφυγής, αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς - ως ισχύει και στην ακυρωτική δίκη - των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣτΕ Ολομ. 4570/96, ΔΔικ 1997/673, ΣτΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσίδης, «Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας», Κατ' άρθρο ερμηνεία – νομολογία, Εκδόσεις Σάκκουλα ΑΕ. 2017). Υφίσταται, περαιτέρω, στο πλαίσιο της μεν ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος, γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος ΣτΕ 1393/2003), στη δε διαδικασία εξέτασης της Προδικαστικής Προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της

14. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής:

Α) Δυσανάλογη και περιοριστική του ανταγωνισμού η απαίτηση χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 2.2.5 της Διακήρυξης, που προβλέπει ότι: «Ο μέσος όρος χρήσεων των ιδίων κεφαλαίων για τα τρία τελευταία έτη (2019, 2020, 2021), να είναι τουλάχιστον 110.000.000,00€ (ισολογισμοί τριών τελευταίων ετών).»

Καταρχάς, ως βασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων, δοθέντος ότι το φυσικό αντικείμενο της σύμβασης είναι η ασφάλιση των μεταφορικών μέσων, οχημάτων και μηχανημάτων του Δήμου ... (επιβατικά, φορτηγά, απορριμματοφόρο, βαν, βυτιοφόρα κ.λ.π.) και ότι η προϋπολογιζόμενη δαπάνη ανέρχεται στο ποσό των 70.000,00 ευρώ, συμπεριλαμβανομένων όλων των επιβαρύνσεων, το ζητούμενο ποσό για χρήση ιδίων κεφαλαίων, ύψους 110.000.000 ευρώ, για τα τρία τελευταία έτη, είναι, σε κάθε περίπτωση, δυσανάλογο σε σχέση με τον ως άνω προϋπολογισμό, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής, ως αόριστων και συνεπώς, ως απαράδεκτων. Ειδικότερα, λαμβανομένου υπόψη ότι οι όροι χρηματοδοτικής ικανότητας που τίθενται στις Διακηρύξεις για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, θα πρέπει, αφενός μεν, να είναι κατάλληλοι για την αξιολόγηση της επάρκειας του οικονομικού φορέα, αφετέρου δε, θα πρέπει να

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

είναι προσαρμοσμένοι στις απαιτήσεις 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), η επίμαχη απαίτηση παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, αφού, εν προκειμένω, ζητούνται στοιχεία πέραν των ευλόγως αναγκαίων για τον ανωτέρω σκοπό, χωρίς τούτο να αιτιολογείται επαρκώς και συγκεκριμένα από τον Δήμο ..., είτε στα έγγραφα της οικείας σύμβασης, είτε στο έγγραφο Απόψεων προς την Αρχή.

- Επίσης, ο ισχυρισμός του υπόψη Δήμου, ότι δηλαδή για τον καθορισμό του επίμαχου ποσού, ελήφθη υπόψη, όχι μόνο ο προϋπολογισμός της οικείας σύμβασης, αλλά **το συνολικό κεφάλαιο της ασφαλιστικής κάλυψης των οχημάτων** του Δήμου ... θα πρέπει να απορριφθεί ως αόριστος, αναπόδεικτος και συνεπώς, ως απαράδεκτος. Και τούτο, διότι στο σχετικό έγγραφο Απόψεων προς την Αρχή, όλως αορίστως προβάλλεται από την οικεία αναθέτουσα αρχή – η οποία, εν πάση περιπτώσει δεν αναφέρει το ακριβές ποσό της ασφαλιστικής κάλυψης των οχημάτων – ότι: *«... οι συμμετέχουσες εταιρίες, λόγω της φύσης του αντικειμένου τους, οφείλουν να διαθέτουν υπερ-πολλαπλάσια κεφάλαια, όχι λαμβάνοντας υπόψιν μόνον μια ασφαλιστική σύμβαση, όπως η συγκεκριμένη, αλλά το σύνολο των ασφαλιστικών τους συμβάσεων...»*.

Ομοίως, απαραδέκτως προβάλλεται από τον υπόψη Δήμο, ότι ο απαιτούμενος αριθμός ιδίων κεφαλαίων είναι εύλογος, ιδίως εάν ληφθούν υπόψη, όχι μόνο οι ασφαλιστικές υποχρεώσεις που μπορεί να προκύψουν από την συγκεκριμένη ασφαλιστική σύμβαση, αλλά και οι υποχρεώσεις που μπορεί να προκύψουν σε περίπτωση επέλευσης των ασφαλιστικών υποχρεώσεων, αφού ουδόλως κατονομάζει τις τελευταίες στο σχετικό έγγραφο Απόψεων του ή στα έγγραφα της σύμβασης. Ως, άλλωστε, ορθώς υποστηρίζει ο προσφεύγων, ακόμη και στην περίπτωση που γίνει δεκτό ότι **συνολικό κεφάλαιο της ασφαλιστικής κάλυψης των οχημάτων** του υπόψη Δήμου, ανέρχεται - κατά προσέγγιση - στο ποσό του 1.000.000 ευρώ, ο επίμαχος όρος για χρήση ιδίων κεφαλαίων, ύψους 110.000.000,00 ευρώ τα τρία τελευταία έτη, εξακολουθεί να είναι δυσανάλογος σε σχέση με το ως άνω συνολικό κεφάλαιο ασφαλιστικής κάλυψης. Και τούτο διότι, ως αναφέρει στην

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

Προσφυγή του «... η απαίτηση του υπ' αριθμόν 2.2.5 όρου της διακήρυξης να διαθέτει ο οικονομικός φορέας μέσο όρο χρήσεων ιδίων κεφαλαίων για τα τρία τελευταία έτη ύψους 110.000.000 ευρώ είναι πάνω από εκατό φορές μεγαλύτερο ποσό ακόμα και από το σύνολο των κεφαλαίων ασφαλιστικής κάλυψης, ήτοι από το ποσό του περίπου 1.000.000 ευρώ, πόσο μάλλον από το προϋπολογιζόμενο αντικείμενο της υπό έλεγχο σύμβασης που σε κάθε περίπτωση είναι το κρίσιμο μέγεθος...».

Για τους ανωτέρω λόγους, ο ισχυρισμός του Δήμου ..., κατά τον οποίο η θέσπιση των επίμαχων όρων ερείδονται στην πανδημία, στις επίκαιρες πολεμικές συγκρούσεις και στην ενεργειακή κρίση, θα πρέπει να απορριφθεί, ως απαράδεκτος. Και τούτο, διότι η αρχή της αναλογικότητας θα πρέπει να εφαρμόζεται ανεξάρτητα από τις τυχόν επικρατούσες κοινωνικοοικονομικές συνθήκες, άλλως, η θέσπιση δυσανάλογων και υπερβολικά αυστηρών απαιτήσεων οικονομική επάρκειας, δεν δύναται νομίμως να θεμελιωθεί, σε αυτές, ως εσφαλμένα υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή. Εξάλλου, το γεγονός ότι τα κριτήρια χρηματοοικονομικής επάρκειας των υποψηφίων δεν απαριθμούνται περιοριστικά στον νόμο, καταλείπει μεν στην αναθέτουσα αρχή ευρεία διακριτική ευχέρεια να προσδιορίσει η ίδια τα κριτήρια αυτά, ωστόσο, τα εν λόγω κριτήρια θα πρέπει: **α)** να συνδέονται στενά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, **β)** να είναι δεκτικά αντικειμενικής αιτιολόγησης **και γ)** να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση στους ενδιαφερομένους, χωρίς να παρεμποδίζουν την ανάπτυξη του ελεύθερου ανταγωνισμού (ΕΣ Τμ. VI 2402/2010). Ως, επίσης, προβλέπεται στο άρ. 75 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, οι όροι της Διακήρυξης που αφορούν στην τεχνική ικανότητα και στην οικονομική επάρκεια των υποψηφίων (κριτήρια ποιοτικής επιλογής), θα πρέπει να είναι ανάλογοι και να σχετίζονται **με το φυσικό αντικείμενο και το οικονομικό μέγεθος** της προκηρυσσόμενης σύμβασης, συνθήκες, ωστόσο, που - κατά τα προρρηθέντα - δεν συντρέχουν στην εξεταζόμενη περίπτωση.

Εν όψει των ανωτέρω, γίνονται δεκτές οι αιτιάσεις του προσφεύγοντος, κατά τις οποίες, η επιλογή ενός τόσο αυστηρού και εν τέλει δυσανάλογου κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, «...το οποίο μάλιστα, δεν αποτελεί το μοναδικό πρόσφορο μέσο απόδειξης της οικονομικής ευρωστίας ενός οικονομικού φορέα προκειμένου αυτός να εκτελέσει επιτυχώς την κρίσιμη

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

σύμβαση...», περιορίζει, άλλως, αποκλείει τη συμμετοχή μεγάλου αριθμού οικονομικών φορέων στον υπόψη Διαγωνισμό – όπως, άλλωστε, και τη δική του συμμετοχή, παρόλο που, ως προκύπτει από τα συνημμένους στην Προσφυγή ισολογισμούς των ετών 2019, 2020, 2021, ο μέσος όρος χρήσεων ιδίων κεφαλαίων για τα τρία τελευταία έτη ανέρχεται στο ποσό των 108.592.226,00€ – ήτοι, παρεμποδίζει το άνοιγμα του Διαγωνισμού στον ανταγωνισμό.

Επίσης, γίνεται, εν προκειμένω δεκτό ότι: **α)** η οικεία αναθέτουσα αρχή ουδόλως αναφέρει στις απόψεις της ή στα έγγραφα της σύμβασης, τα τυχόν ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της οικείας σύμβασης, που δικαιολογούν τη θέση της επίμαχης (υπέρμετρης) απαίτησης οικονομικής επάρκειας και **β)** ανεξαρτήτως των κοινωνικοοικονομικών συνθηκών που επικρατούν το τελευταίο διάστημα, οι εποπτικές υποχρεώσεις της ασφαλιστικής επιχείρησης παραμένουν οι ίδιες και επομένως, δεν ήταν υποχρεωτική η θέσπιση (επί ποινή αποκλεισμού) του επίμαχου όρου.

Τέλος, υπενθυμίζεται ότι η ανάθεση της σύμβασης θα πρέπει να πραγματοποιείται, βάσει αντικειμενικών κριτηρίων, που να εξασφαλίζουν τη συμμόρφωση με τις αρχές της διαφάνειας, της αποφυγής των διακρίσεων και της ίσης μεταχείρισης, με σκοπό να διασφαλίζεται η αντικειμενική σύγκριση της σχετικής αξίας των προσφορών, ώστε να προσδιορίζεται, σε συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού, ποια προσφορά είναι η πιο συμφέρουσα από οικονομική άποψη (βλ. αιτιολογική σκέψη 90 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Με βάση το σύνολο των προλεχθέντων και δοθέντος ότι η επίμαχη απαίτηση χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 2.2.5 της Διακήρυξης, παραβιάζει τις θεμελιώδεις αρχές της αναλογικότητας και του ανόθευτου ανταγωνισμού, καθώς και τις διατάξεις των άρθρων 18 και 75 του Ν. 4412/2016 - αφού, όχι μόνο βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού (διασφάλιση οικονομικής επάρκειας του υποψηφίου για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης), αλλά και επιπλέον, παρεμποδίζει την συμμετοχή μεγάλου αριθμού οικονομικών φορέων, οι οποίοι, μολονότι διαθέτουν επαρκείς οικονομικούς πόρους για την εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης, εντούτοις, κωλύονται όπως υποβάλλουν Προσφορά στην ένδικη διαδικασία - ο σχετικός λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

B) Μη νόμιμη η απαίτηση για υποβολή Πιστοποιητικού συμμόρφωσης με το Πρότυπο EN ISO 27001:2013 (βλ. άρ. 2.2.7., 2.2.9.2. περ. Β.4 και 2.4.3.2. της Διακήρυξης) - Έλλειψη του στοιχείου της σχετικότητας και της αντικειμενικής σύνδεσης των επίμαχων όρων με το φυσικό αντικείμενο του Διαγωνισμού.

Στην υπό εξέταση περίπτωση, γίνεται δεκτό ότι η απαίτηση των όρων 2.2.7. και 2.2.9.2. («Αποδεικτικά μέσα») περ. Β.4. και 2.4.3.2. («Τεχνική προσφορά») της με αρ. πρωτ. 20166/14.06.2022 Διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία, ζητείται (επί ποινή αποκλεισμού) από τους συμμετέχοντες να διαθέτουν κατά τον χρόνο υποβολής προσφορών και εν συνεχεία, να προσκομίσουν, ως αποδεικτικό μέσο, πιστοποίηση κατά EN ISO 27001:2013 (Πρότυπο Συστημάτων Διαχείρισης Ασφάλειας Πληροφοριών), ουδόλως σχετίζεται ή συνδέεται αντικειμενικά με το αντικείμενο του υπόψη Διαγωνισμού. Και τούτο, διότι μολονότι το φυσικό αντικείμενο του Διαγωνισμού αφορά στην ασφάλιση των οχημάτων του Δήμου ... έναντι συγκεκριμένων ασφαλιστικών κινδύνων, το ζητούμενο (και δη επί ποινή απόρριψης της προσφοράς) Πρότυπο EN ISO 27001:2013 αφορά σε πολιτικές και διαδικασίες ασφάλειας πληροφοριών και καθορίζει τις απαιτήσεις για την ασφαλή τήρηση, την επεξεργασία και τη μετάδοση των δεδομένων που αφορούν τις δραστηριότητες της ανάπτυξης λογισμικού, των υπηρεσιών υποστήριξης πληροφορικών συστημάτων, της κατασκευής και συναρμολόγησης συστημάτων πληροφορικής. Δέον, επίσης, σημειωθεί ότι, **ούτε οι Δήμοι, ούτε το αντικείμενο του επίμαχου Διαγωνισμού εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4577/2018** («Ενσωμάτωση στην ελληνική νομοθεσία της Οδηγίας 2016/1148/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με μέτρα για υψηλό κοινό επίπεδο ασφάλειας συστημάτων δικτύου και πληροφοριών σε ολόκληρη την Ένωση και άλλες διατάξεις», που μετέφερε στην εθνική έννομη τάξη την Οδηγία για την Ασφάλεια Πληροφορικών Συστημάτων. Αλυσιτελώς δε προβάλλεται από την οικεία αναθέτουσα αρχή ότι: *«Με την υιοθέτηση συστήματος ISO 27001, ο οργανισμός είναι σε θέση να διαχειρίζεται ενεργά την ασφάλεια των δεδομένων του σύμφωνα με τις διεθνείς βέλτιστες πρακτικές...»*, αφού ουδόλως επεξηγεί για ποιον λόγο το εν λόγω Πρότυπο συνδέεται και δη

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

αντικειμενικώς με την προς ανάθεση σύμβαση ή με ποιον τρόπο έχει ως αποτέλεσμα, την αρτιότερη εκτέλεση αυτής.

Επιπροσθέτως, γίνεται, εν προκειμένω, δεκτό ότι: **α)** Σε αντίθεση με τα οριζόμενα στο άρθρο 82 («Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης (άρθρο 62 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)») του Ν. 4412/2016, στην επίμαχη Διακήρυξη ουδόλως προβλέπεται ρητώς και σαφώς η δυνατότητα προσκόμισης ΙΣΟΔΥΝΑΜΗΣ με το ISO 27001:2013 πιστοποίησης, ως έδει, **β)** τα ασφαλιστέα οχήματα ανήκουν στην δημόσια περιουσία του Δήμου ... και ως εκ τούτου, όλα τα στοιχεία που αφορούν στην αγορά τους είναι πλήρως προσβάσιμα, χάριν διαφάνειας στον τρόπο διάθεσης του δημοσίου χρήματος και **γ)** ακόμη και εάν υποθεθεί, ότι η επίμαχη απαίτηση δήθεν τέθηκε για τη διασφάλιση της τήρησης του GDPR, η απόκτηση της επίμαχης πιστοποίησης δεν συνεπάγεται την πλήρωση των προϋποθέσεων και των υποχρεώσεων συμμόρφωσης που θέτει ο Γενικός Κανονισμός Προστασίας Δεδομένων, ούτε οι αντίστοιχες διατάξεις της ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας για την κυβερνοασφάλεια, όπως εσφαλμένα διαλαμβάνει η αναθέτουσα αρχή στις Απόψεις της. Με βάση το σύνολο των προλεχθέντων και δοθέντος ότι οι επίμαχες απαιτήσεις είναι δυσανάλογες και επομένως, περιορίζουν αδικαιολόγητα τον ελεύθερο ανταγωνισμό, ο σχετικός λόγος της κρινόμενης Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής.

Γ) Μη νόμιμη η απαίτηση για υποβολή Πιστοποιητικού συμμόρφωσης με το Πρότυπο EN ISO 50001:2018 (βλ. άρ. 2.2.7., 2.2.9.2. περ. Β.4. και 2.4.3.2. της Διακήρυξης) - Έλλειψη του στοιχείου της σχετικότητας και της αντικειμενικής σύνδεσης των επίμαχων όρων με το φυσικό αντικείμενο του Διαγωνισμού

Στην υπό εξέταση περίπτωση, γίνεται δεκτό ότι η απαίτηση των όρων 2.2.7., 2.2.9.2. («Αποδεικτικά μέσα») περ. Β.4. και 2.4.3.2. («Τεχνική προσφορά») της με αρ. πρωτ. ... Διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία, ζητείται (επί ποινή αποκλεισμού) από τους συμμετέχοντες να διαθέτουν κατά τον χρόνο υποβολής προσφορών και εν συνεχεία, να προσκομίσουν, ως αποδεικτικό μέσο, πιστοποίηση κατά EN ISO 50001:2018, ουδόλως σχετίζεται ή συνδέεται αντικειμενικά με το αντικείμενο του υπόψη Διαγωνισμού. Και τούτο, διότι

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

μολονότι το φυσικό αντικείμενο του Διαγωνισμού αφορά στην ασφάλιση των οχημάτων του Δήμου ... έναντι συγκεκριμένων ασφαλιστικών κινδύνων, το ζητούμενο (και δη επί ποινή απόρριψης της προσφοράς) Πρότυπο EN ISO 50001:2018 καθορίζει τις απαιτήσεις για τον σχεδιασμό, την εφαρμογή και παρακολούθηση ενός συστήματος ενεργειακής διαχείρισης, του οποίου σκοπός είναι το να παρέχεται η δυνατότητα στην επιχείρηση, να ακολουθεί μια συστηματική προσέγγιση για την επίτευξη διαρκούς βελτίωσης της ενεργειακής επίδοσης, η οποία συνίσταται επιμέρους, στην ενεργειακή αποδοτικότητα, την ενεργειακή ασφάλεια, τη βελτιούμενη χρήση ενέργειας και τη βελτίωση στην κατανάλωση ενεργειακών πόρων.

Ως, άλλωστε, βασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων, το εάν ο προσφέρων θα καταναλώσει (ή όχι) ενέργεια, στο πλαίσιο της δικής του επιχείρησης, ουδόλως σχετίζεται με τις παρεχόμενες υπηρεσίες ασφάλειας, ούτε, εξάλλου, δια των ενεργειών του αυτών, θα μειωθεί η ενεργειακή κατανάλωση των εγκαταστάσεων της αναθέτουσας αρχής, ενώ τέλος, τα όσα πιστοποιούνται με την επίμαχη πιστοποίηση δεν έχουν ουδεμία σχέση με τα τεχνικά και οικονομικά μέσα/προσόντα που θα πρέπει αυτός να διαθέτει για την άρτια και προσήκουσα εκτέλεση της παρούσας σύμβασης. Αλυσιτελώς δε προβάλλεται από την οικεία αναθέτουσα αρχή ότι: *«Η συγκεκριμένη πιστοποίηση σύμφωνα με το πρότυπο ISO 50001:2018, τελεί σε άμεση συνάφειά με το ακριβές περιεχόμενο του αντικειμένου της συμβάσεως και νόμιμα τέθηκε στη προσβαλλόμενη διακήρυξη, διότι δεν αντιβαίνει σε καμία διάταξη νόμου...»*.

Ομοίως αορίστως και συνεπώς, απαραδέκτως προβάλλεται από την αναθέτουσα αρχή ότι η επίμαχη πιστοποίηση θεωρείται επιβεβλημένη για τις επιχειρήσεις, προκειμένου να αναδείξουν την περιβαλλοντική ευθύνη και την εταιρική υπευθυνότητα **ανεξαρτήτως του είδους των υπηρεσιών που παρέχουν** ή ότι η πιστοποίηση αυτή *«... διακρίνει μία επιχείρηση από άλλες επιχειρήσεις με ανταγωνιστικό πλεονέκτημα...»*. Και τούτο, διότι η ισχύουσα για την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων νομοθεσία, απαιτεί οι όροι συμμετοχής σε έναν διαγωνισμό να συνδέονται στενά και να τελούν σε αναλογία με το προκηρυσσόμενο αντικείμενο και ουχί να θεσπίζονται – κατά το δοκούν – από την εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, διότι δήθεν είναι επιβεβλημένοι ανεξαρτήτως δραστηριότητας που ασκούν οι συμμετέχοντες,

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του ανόθευτου ανταγωνισμού.

Επιπροσθέτως, γίνεται, εν προκειμένω, δεκτό ότι: **α)** Σε αντίθεση με τα οριζόμενα στο άρθρο 82 («Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης (άρθρο 62 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)») του Ν. 4412/2016, στην επίμαχη Διακήρυξη ουδόλως προβλέπεται ρητώς και σαφώς, η δυνατότητα προσκόμισης ΙΣΟΔΥΝΑΜΗΣ με το ISO 50001:2018 πιστοποίησης, ως έδει, **β)** η οικεία αναθέτουσα αρχή ουδόλως επικαλείται, ούτε βέβαια αποδεικνύει, ότι κατά την εκτέλεση των υπηρεσιών ασφάλισης, ο ανάδοχος θα προβεί σε ενεργοβόρες δραστηριότητες, ώστε να αποδεικνύεται η συνάφεια και η αναγκαιότητα της επίμαχης πιστοποίησης με το αντικείμενο του υπόψη Διαγωνισμού και **γ)** η πιστοποίηση κατά ISO 50001:2018, δεν συνεπάγεται την τήρηση των υποχρεώσεων του Ν. 4342/2015, διότι στις διατάξεις του άρθρου 10, προβλέπεται ότι: *«Οι επιχειρήσεις που δεν είναι ΜΜΕ υποβάλλονται σε ενεργειακό έλεγχο, που διεξάγεται ανά τετραετία με ανεξάρτητο και οικονομικώς αποδοτικό τρόπο, βάσει των ελάχιστων κριτηρίων που ορίζονται στο Παράρτημα VI, από ενεργειακούς ελεγκτές.»*

Με βάση το σύνολο των προλεχθέντων και δοθέντος ότι η πιστοποίηση κατά ISO 50001:2018 δεν είναι ο μοναδικός, ούτε ο πιο πρόσφορος τρόπος για την απόδειξη εφαρμογής και παρακολούθηση ενός συστήματος ενεργειακής διαχείρισης, οι επίμαχες απαιτήσεις είναι δυσανάλογες και επομένως, περιορίζουν αδικαιολόγητα τον ελεύθερο ανταγωνισμό. Συναφώς, ο σχετικός λόγος της κρινόμενης Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής.

15. Επειδή τέλος, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της Διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών (όπως στην υπό κρίση Διακήρυξη), ή τα κριτήρια υπολογισμού της πλέον συμφέρουσας προσφοράς, θα πρέπει να ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΣΤΕ ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004, ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C448/2001, ENVAG Wienstrom GmbH κ.λ.π, σκέψεις 92-95) ώστε να δοθεί η δυνατότητα σε οικονομικούς φορείς που δεν είχαν επιδείξει ενδιαφέρον

Αριθμός απόφασης: 1255/2022

εξαιτίας της αρχικής της μορφής, να υποβάλουν προσφορές κατόπιν της τροποποίησής της. Συνεπώς, σύμφωνα με τα προεκτεθέντα, η εν θέματι Διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της

16. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή.

17. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την με αρ. πρωτ. ... Διακήρυξη, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «ΑΣΦΑΛΙΣΗ ΟΧΗΜΑΤΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...» προϋπολογισμού 70.000,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...), σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας Απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή του προσκομισθέντος Παραβόλου, ποσού εξακοσίων ευρώ 600,00€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 05 Αυγούστου 2022 και εκδόθηκε στις 25 Αυγούστου 2022, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Το Μονομελές Κλιμάκιο

Ο Γραμματέας

ΧΡΥΣΑΝΘΗ ΧΑΡΑΛΑΜΠΟΠΟΥΛΟΥ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΖΑΡΛΑΣ