

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 02 Σεπτεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα Εισηγήτρια, Μέλος και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 27.07.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1050/27.07.2022 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «.....» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «...» όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»).

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα βάλλει κατά όρων της με αριθ. Δ. ... Διακήρυξης (εφεξής η «προσβαλλόμενη» ή «προσβαλλόμενη Διακήρυξη») της αναθέτουσας αρχής, αιτούμενη: (α) Να διαγραφούν τα δικαιολογητικά συμμετοχής που απαιτούνται από το άρθρο 2.2.6 και το άρθρο 2.4.3.2 της Διακήρυξης καθώς επίσης και των εδαφίων iii, iv, v, vi, vii της παρ. Β 3 του Παραρτήματος II «Απαιτήσεις – Τεχνικές Προδιαγραφές». Να συμπεριληφθούν οι απαιτήσεις των άρθρων 2.2.6, 2.4.3.2 και των εδαφίων iii, iv, v, vi, vii της παρ. Β3 του Παραρτήματος II «Απαιτήσεις – Τεχνικές Προδιαγραφές», ήτοι α. ο ετήσιος πίνακας προσωπικού από τον οποίο θα προκύπτει ότι ο υποψήφιος οικονομικός φορέας απασχολεί τουλάχιστον 40 άτομα πλήρους απασχόλησης με την ειδικότητα Εργάτης/τρια Καθαριότητας, β. η απόδειξη ότι δεκαέξι (16) εργαζόμενοι του προσωπικού του αναδόχου διαμένουν στην ευρύτερη περιοχή της ..., γ. η απόδειξη ότι οι εργαζόμενοι γνωρίζουν την ελληνική Γλώσσα, δ. η απόδειξη ότι οι εργαζόμενοι έχουν βεβαίωση πλήρους εμβολιασμού SARS COV 2 και ε. η απόδειξη ότι οι εργαζόμενοι διαθέτουν προϋπηρεσία σε υγειονομική μονάδα, στο άρθρο 2.2.9.2 της Διακήρυξης, δηλαδή στα δικαιολογητικά κατακύρωσης, (β) Να διαγραφεί ο όρος περί

Αριθμός Απόφασης: 1372 /2022

ορισμού επιπρόσθετου προσόντος που σημειώνεται στο τελευταίο εδάφιο του άρθρου 3B του Παραρτήματος II «Απαιτήσεις – Τεχνικές Προδιαγραφές» της Διακήρυξης (σελ.50), (γ) Να τροποποιηθεί το άρθρο 5.1.2 παρ. α της Διακήρυξης περί της κράτησης σε ποσοστό 0,07 %, με την διαμόρφωση της κράτησης σε ποσοστό 0,1%, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης υπέρ της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (άρθρο 350 παρ. 3 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με τον Ν. 4912/2022) και (δ) Να διαγραφεί ο όρος περί απαγόρευσης της υπεργολαβίας, ως αυτός προβλέπεται στα άρθρα 2.2.8.2 και 4.4 της Διακήρυξης και στο σημείο 24 του Κεφαλαίου «Υποχρεώσεις Αναδόχου» του Παραρτήματος II της Διακήρυξης με τίτλο «Απαιτήσεις - Τεχνικές Προδιαγραφές».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια,

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε, πληρώθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ποσού 2.138,00€), το οποίο υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης άνευ ΦΠΑ, ήτοι €427.419,35.

2. Επειδή δυνάμει της με αριθμ. ... Διακήρυξης του Γ.Ν. ... προκηρύχθηκε διεθνής ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων για την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας των κτιριακών εγκαταστάσεων και του αύλειου χώρου του Γενικού Νοσοκομείου ... (CPV: ...) για τις ανάγκες του Γενικού Νοσοκομείου ..., συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 530.000,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, για χρονικό διάστημα ενός (1) έτους, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, ήτοι η χαμηλότερη τιμή.

Αριθμός Απόφασης: 1372 /2022

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 01.07.2022 με ΑΔΑΜ ... και αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό ...

4. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ ενώπιον της οποίας εισάγεται η υπό κρίση προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε την 26^η.1.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, ήτοι εντός της, προβλεπόμενης στο άρθρο 3.4 της διακήρυξης, προθεσμίας των δέκα (10) ημερών από την πραγματική και τεκμαιρόμενη, κατά το άρθρο 361 παρ. 1 του ν. 4412/2016, πλήρη γνώση της διακήρυξης, η οποία συντελέσθηκε στις 16.07.2022, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

6. Επειδή, όσον αφορά τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, η προσφεύγουσα πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτήν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη (λυσίτελή) συμμετοχή της στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ, 146-148/2016 Ολομ., ΕΑ 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Σε κάθε περίπτωση, βάσει της λεκτικής διατύπωσης του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, το έννομο συμφέρον δύναται να θεμελιωθεί και επί τη βάσει της ενδεχόμενης βλάβης, εφόσον, παρέχεται επαρκής τεκμηρίωση των λόγων που αποδεικνύουν με ενάργεια τον επικείμενο κίνδυνο, χωρίς να απαιτείται για την υποβολή προσφυγής κατά

Αριθμός Απόφασης: 1372 /2022

όρων διακήρυξης, να συνιστά ο προσφεύγων συμμετέχοντα στο διαγωνισμό (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 11ης-1-2005, C-26/03, *StadtHalle*, σκέψη 40).

7. Επειδή η προσφεύγουσα, η οποία δεν έχει υποβάλει προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, θεμελιώνει κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής ως ενδεχόμενα βλαπτόμενη, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης οι οποίοι, κατά τους ισχυρισμούς της, προσκρούουν στο εθνικό και το ενωσιακό δίκαιο και καθιστούν αδύνατη ή δυσχεραίνουν ουσιωδώς τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό στον οποίο επιθυμεί να συμμετάσχει. Ειδικότερα, δηλώνει ότι, αν και η επιχειρηματική της δραστηριότητα ταυτίζεται με το αντικείμενο της σύμβασης, ωστόσο, οι πλησσομένοι με την προσφυγή της όροι της Διακήρυξης καθιστούν αδύνατη τη συμμετοχή της στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία. Για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος και της βλάβης της για την προσβολή όρων της Διακήρυξης αρκεί καταρχήν η επίκληση ότι ενδιαφέρεται να συμμετέχει στον διαγωνισμό, με βάση το γεγονός ότι δραστηριοποιείται επαγγελματικά στο αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης (βλ. και ΑΕΠΠ 7ΜΕΛΟΥΣ 3/2018, σκ. 10). Δεν απαιτείται αντίθετα η επίκληση, πολλώ δε μάλλον η απόδειξη, πλήρωσης αναλυτικά όλων των κριτηρίων και προϋποθέσεων της διακήρυξης, απαίτηση η οποία συνδέεται με επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας και η απόδειξη της οποίας κατά το στάδιο προσβολής των όρων της διακήρυξης θα συνεπαγόταν ανυπέρβλητα εμπόδια στην επιδιωκόμενη προδικαστική προστασία. Ακολούθως, κατά την εξέταση ενός εκάστου των προβαλλομένων λόγων προσφυγής εξετάζεται ειδικά το έννομο συμφέρον για έκαστο εξ αυτών.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή προέβη στις 28.07.2022 σε κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής σε όλους τους συμμετέχοντες μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις 03.08.2022 κοινοποίησε σε όλους τους συμμετέχοντες τις απόψεις της, σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ενώ η προσφεύγουσα υπέβαλε το από 08.08.2022 Υπόμνημά της επί των απόψεων της αναθέτουσας, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το παρόν Κλιμάκιο.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τις

Αριθμός Απόφασης: 1372 /2022

διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017, είναι τύποις παραδεκτή και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

11. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

12. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης με βάση τις ανάγκες της και τη σκοπιμότητά που εκείνη κρίνει. Η δε θέσπιση με την διακήρυξη των προδιαγραφών και των αναγκών της αναθέτουσας αρχής από ποσοτική και ποιοτική άποψη, που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτησή τους, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (Ε.Α. ΣτΕ 354/2014, 1140/2010 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ. 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010 κ.ά.).

13. Επειδή στην αιτιολογική σκέψη 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014,

Αριθμός Απόφασης: 1372 /2022

σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/EK (EE L 94, σ. 65), αναφέρονται τα εξής: «[...] οι ισχύοντες κανόνες για τις δημόσιες προμήθειες που εγκρίθηκαν δυνάμει [...] της οδηγίας [...] 2004/18/EK [...], θα πρέπει να αναθεωρηθούν και να εκσυγχρονιστούν, για να αυξηθεί η αποδοτικότητα των δημόσιων δαπανών, με τη διευκόλυνση ιδίως της συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες προμήθειες».

14. Επειδή στο άρθρο 75 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης [...] 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. [...] Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους [...]».

15. Επειδή, σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, συνάγεται ότι, 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 αναφερομένα στην εν λόγω διάταξη κριτήρια

Αριθμός Απόφασης: 1372 /2022

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**.

16. Επειδή περαιτέρω, κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων επιλογής των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται οι βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις συμμετοχής αυτών. 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**. Εν προκειμένω, για να διαπιστωθεί **εάν τα κριτήρια περί τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων**, είναι **ανάλογα** προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, καθώς και τον προϋπολογισμό της (πρβλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13- απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων), χωρίς να περιορίζεται αδικαιολόγητα ο ανταγωνισμός και ειδικά η πρόσβαση των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων στις δημόσιες Συμβάσεις. Εξάλλου, όπως περιγράφεται και στον «*Ευρωπαϊκό Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις*» και ειδικότερα στο πεδίο 4.1 αυτού με τίτλο «*Διατήρηση της αναλογικότητας των κριτηρίων επιλογής*» διευκρινίζεται ότι «...Όλα τα κριτήρια επιλογής πρέπει να είναι σαφή και αναλογικά προς τη συγκεκριμένη σύμβαση και να μην εισάγουν διακρίσεις. Στην περίπτωση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που της επιτρέπουν να καθορίσει μάλλον κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων. Ωστόσο, πρέπει να ληφθεί μέριμνα ώστε κάτι τέτοιο να μην περιορίζει αδικαιολόγητα το πεδίο των επιλέξιμων υποψηφίων. Επιπλέον, τα κριτήρια

επιλογής δεν πρέπει να είναι διατυπωμένα κατά τρόπο που να περιορίζουν το πεδίο του ανταγωνισμού λαμβάνοντας υπόψη θέματα ήσσονος σημασίας. Για παράδειγμα, η απαίτηση ότι θα ληφθεί υπόψη μόνον η πείρα που έχει αποκτηθεί σε συναλλαγές με τον δημόσιο τομέα είναι, αφεαυτής, άνευ σημασίας και περιορίζει τον ανταγωνισμό.....».

17. Επειδή, η αρχή του ελεύθερου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού συνδέεται κατά το ίδιο ενωσιακό δίκαιο και με την προώθηση συμμετοχής των Μικρών και Μεσαίων Επιχειρήσεων (ΜΜΕ), στις αντίστοιχες διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (βλ. ενδεικτικά και Αποφάσεις ΑΕΠΠ με αρ. 154, 39/2017), ως μοχλός άσκησης ανταγωνιστικής πίεσης και ως εκ τούτου αύξησης του αποτελεσματικού ανταγωνισμού.

18. Επειδή, περαιτέρω, από τα εθνικά δικαστήρια έχει κριθεί ότι τα προσόντα που σχετίζονται με την οικονομική επάρκεια και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες πρέπει να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και ανάλογα με το σκοπό της, αλλά και να είναι πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της ικανότητας των υποψηφίων. (Βλ. ΣτΕ ΕπΑν 660/2002, 528/2002, 990/2003).

19. Επειδή, 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).

20. Επειδή τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής 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.) 6.II.A.vii) και κρίνονται με βάση την συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση και όχι *in abstracto* (βλ.κατ' αναλογία Δ. Ράικο, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 410 επ.).

21. Επειδή εν προκειμένω, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την επίτευξη του

Αριθμός Απόφασης: 1372 /2022

επιδιωκόμενου σκοπού, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη.

22. Επειδή η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της επικαλείται πως: «...η επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση των άρθρων 2.2.6 και 2.4.3.2 της Διακήρυξης καθώς επίσης και των εδαφ. iii, iv, v, vi, vii της παρ. Β 3 του Παραρτήματος II «Απαιτήσεις – Τεχνικές Προδιαγραφές», με την οποία απαιτείται να κατατεθούν κατά την συμμετοχή στην διαγωνιστική διαδικασία τα εξής αποδεικτικά στοιχεία: α. ετήσιος πίνακα προσωπικού από τον οποίο θα προκύπτει ότι ο υποψήφιος οικονομικός φορέας απασχολεί τουλάχιστον 40 άτομα πλήρους απασχόλησης με την ειδικότητα Εργάτης/τρια Καθαριότητας, β. απόδειξη ότι δεκαεξι (16) εργαζόμενοι του προσωπικού του αναδόχου διαμένουν στην ευρύτερη περιοχή της Βοιωτίας, γ. απόδειξη ότι γνωρίζουν την ελληνική Γλώσσα, δ. απόδειξη ότι έχουν βεβαίωση πλήρους εμβολιασμού SARS COV 2 και ε. απόδειξη ότι διαθέτουν προϋπηρεσία σε υγειονομική μονάδα, παρίσταται ασύνδετη και δυσανάλογη προς το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, καθώς και απρόσφορη και μη αναγκαία για την επίτευξη των προβαλλόμενων από την αναθέτουσα αρχή σκοπών δημοσίου συμφέροντος... Όλα τα ως άνω αναφερόμενα, περιορίζουν τον ανταγωνισμό, παραβιάζοντας ευθέως τις διατάξεις περί ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων και διαφάνειας της διαγωνιστικής διαδικασίας», αποκλείοντας τους οικονομικούς φορείς που δραστηριοποιούνται σε όλη την ελληνική επικράτεια (εκτός τη ... ή της ευρύτερης περιοχής της ...). Συν τοις άλλοις σύμφωνα με τα οριζόμενες απαιτήσεις της Διακήρυξης, ο υποψήφιος οικονομικός φορέας απαιτείται να συνάψει συμβάσεις εργασίας κατά το στάδιο υποβολής προσφοράς με το προσωπικό που θα απασχολήσει – αν και εφόσον – τελικώς υπογράψει σύμβαση με την Αναθέτουσα Αρχή, με αποτέλεσμα να επιβαρύνεται με τις οικονομικές υποχρεώσεις των συμβάσεων εργασίας και το προσωπικό να βρίσκεται σε αναμονή, καθόσον η διαγωνιστική διαδικασία θα είναι στην διαδικασία αξιολόγησης προσφορών.

23. Επειδή αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν τα εξής: Σύμφωνα με τα άρθρο 2.2.6 και το άρθρο 2.4.3.2 της Διακήρυξης καθώς επίσης και των εδαφ. iii, iv, v, vi, vii της παρ. Β 3 του Παραρτήματος II «Απαιτήσεις – Τεχνικές Προδιαγραφές», για τη συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία απαιτείται οι υποψήφιοι

Αριθμός Απόφασης: 1372 /2022

οικονομικοί φορείς να καταθέσουν στον φάκελο «Τεχνικής Προσφοράς» κατά τη συμμετοχή τους στην διαγωνιστική διαδικασία, αποδεικτικά στοιχεία αναφορικά με το προσωπικό που θα απασχοληθεί στο Νοσοκομείο: α) Αντίγραφο του Ετήσιου Πίνακα Προσωπικού, που είναι εν ισχύ κατά την περίοδο υποβολής της προσφοράς, από τα οποία θα προκύπτει ότι ο υποψήφιος οικονομικός φορέας απασχολεί τουλάχιστον 40 άτομα πλήρους απασχόλησης με την ειδικότητα Εργάτης/τρια Καθαριότητας. β). Λόγω της ιδιομορφίας του έργου απαιτούνται οι δεκαέξι (16) εργαζόμενοι του προσωπικού του αναδόχου να διαμένουν στην ευρύτερη περιοχή της Βοιωτίας, γ) Να γνωρίζουν την ελληνική Γλώσσα, δ) Όπως και να έχουν βεβαίωση πλήρους εμβολιασμού SARS COV 2, ε) Προϋπηρεσία σε υγειονομική μονάδα και όσες εργαζόμενες δεν έχουν ο Ανάδοχος υποχρεούται να τις εκπαιδεύσει. Η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της επικαλείται πως οι προσβαλλόμενοι όροι είναι αναγκαίοι και διασφαλίζουν την ομαλή εκτέλεση του αντικειμένου της σύμβασης. Όμως, όπως βάσιμα αντιτάσσει η προσφεύγουσα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διακήρυξη, οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας που δραστηριοποιείται επαγγελματικά σε άλλο σημείο της Ελλάδας και επιθυμεί να συμμετάσχει στο διαγωνισμό πρέπει αρχικά κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς να δηλώσει το προσωπικό, που δε θα έχει κατοικία στην ευρύτερη περιοχή της ..., και εν συνεχεία κατά το στάδιο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, σε περίπτωση που αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος, να συνάψει σύμβαση εργασίας με το προσωπικό που τελικά θα απασχοληθεί. Με αυτό τον τρόπο όμως ο προσωρινός ανάδοχος θα υποχρεωθεί να υπογράψει τις συμβάσεις εργασίας στο στάδιο πριν ακόμα την υπογραφή της σύμβασης, με αποτέλεσμα για όσο χρονικό διάστημα καθυστερήσει η υπογραφή αυτή να επιβαρύνεται με τις οικονομικές υποχρεώσεις των συμβάσεων, ενώ το προσωπικό βρίσκεται σε αναμονή. Κατόπιν αυτού συνάγεται ότι η προσκόμιση των ως άνω περιγραφόμενων δικαιολογητικών στο στάδιο υποβολής προσφοράς περιορίζει τον κύκλο των υποψηφίων αναδοχών σε βάρος του Δημοσίου συμφέροντος παραβιάζοντας ευθέως τις διατάξεις περί ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας της διαγωνιστικής διαδικασίας, ενώ η υποχρέωση προσκόμισης αυτών κατά το στάδιο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης θα έδινε τη δυνατότητα σε περισσότερους οικονομικούς φορείς να υποβάλουν

Αριθμός Απόφασης: 1372 /2022

προσφορά. Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι ο πρώτος λόγος της υπό κρίση προσφυγής είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθούν τα προσβαλλόμενα άρθρα της διακήρυξης (896/2022 ΕΑΔΗΣΥ).

24. Επειδή η προσφεύγουσα με το δεύτερο λόγο της προσφυγής της επικαλείται ασάφεια και καταχρηστικότητα του άρθρου 3B του Παραρτήματος II «Απαιτήσεις – Τεχνικές Προδιαγραφές», και δη του όρου *«Να καταθέσει αντίγραφο του πιστοποιητικού εγγραφής στο Εθνικό Μητρώο Παραγωγών ως μέτρο εφαρμογής περιβαλλοντικής διαχείρισης κατά την εκτέλεση της σύμβασης».*

25. Επειδή αναφορικά με το δεύτερο λόγο της προσφυγής λεκτέα είναι τα εξής: Οι Οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις επιτρέπουν ρητά την ένταξη περιβαλλοντικών και κοινωνικών πτυχών στα κριτήρια ανάθεσης, δεδομένου ότι, για την επιλογή της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, δύνανται να λαμβάνονται υπόψη, μεταξύ άλλων, τα αισθητικά και λειτουργικά, καθώς και τα περιβαλλοντικά χαρακτηριστικά. Η ένταξη κοινωνικών και περιβαλλοντικών πτυχών στα κριτήρια ανάθεσης στηρίζεται στη νομολογία του Δ.Ε.Ε. Ο βασικός κανόνας για τα κοινωνικά και περιβαλλοντικά κριτήρια ανάθεσης βασίζεται στις υποθέσεις C-513/99 (“Concordia Bus”) και C-448/01 (“Wienstrom”)⁴⁸, καθώς και στην πρώτη αιτιολογική σκέψη των Οδηγιών 2004/18/EK και 2004/17/EK η οποία παραπέμπει στη σχετική με τα κριτήρια ανάθεσης νομολογία του Δικαστηρίου. Στις δύο ως άνω αποφάσεις, κρίθηκε ότι μπορούν να εφαρμοστούν περιβαλλοντικά και κοινωνικά κριτήρια ανάθεσης, υπό τον όρο ότι όλα τα κριτήρια ανάθεσης πληρούν τέσσερις απαιτούμενες βασικές προϋποθέσεις: α) σύνδεση με το αντικείμενο της σύμβασης, β) μη παροχή απεριόριστης ελευθερίας επιλογής στην αναθέτουσα αρχή, γ) ρητή μνεία στην προκήρυξη και στα τεύχη του διαγωνισμού και δ) συμμόρφωση με το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης. (Κατευθυντήρια Οδηγία 11 ΕΑΑΔΗΣΥ). Περαιτέρω, η αναθέτουσα με τις νομίμως κατατεθειμένες απόψεις της διατείνεται πως το επίμαχο κριτήριο είναι ένα περιβαλλοντολογικό κριτήριο, το οποίο αφορά την ανακύκλωση των συσκευασιών, συγκεκριμένα αποδεικνύει ότι γίνεται ανακύκλωση συσκευασιών, και το οποίο ετέθη νομίμως υπό τους όρους του άρθρου 75 του ν. 4412/2016. Ενόψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη πρέπει να γίνουν δεκτοί οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας, ενώ απορριπτέοι ως

Αριθμός Απόφασης: 1372 /2022

αβάσιμοι είναι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πως το επίμαχο κριτήριο δεν μπορεί να προβλεφθεί όταν κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, όπως εν προκειμένω. Τέλος, απορριπτέοι ως αόριστοι και αβάσιμοι είναι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί ασάφειας και καταχρηστικότητας του εν λόγω όρου, καθώς ουδεμία ασάφεια προκύπτει από το επίμαχο κριτήριο, το οποίο ετέθη νομίμως, αφού η προσφεύγουσα δεν επικαλείται, πόσο μάλλον να αποδεικνύει, ότι το εν λόγω κριτήριο δεν πληροί τις τέσσερις απαιτούμενες βασικές προϋποθέσεις, ήτοι : α) σύνδεση με το αντικείμενο της σύμβασης, β) μη παροχή απεριόριστης ελευθερίας επιλογής στην αναθέτουσα αρχή, γ) ρητή μνεία στην προκήρυξη και στα τεύχη του διαγωνισμού και δ) συμμόρφωση με το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Συνεπώς ο δεύτερος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

26. Επειδή η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο της προσφυγής της επικαλείται αριθμητικό λάθος που εμφοιλόρησε στο άρθρο 5.1.2 παρ. α της Διακήρυξης και συγκεκριμένα διατείνεται πως: *«...η κράτηση που σημειώνεται στο άρθρο 5.1.2 παρ. α της Διακήρυξης περί της κράτησης σε ποσοστό 0,07 %, είναι αναγκαίο να τροποποιηθεί και να επικαιροποιηθεί, με την διαμόρφωση της στο ποσοστό 0,1%, σύμφωνα με το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο – που ίσχυε και κατά τον χρόνο δημοσίευσης της Διακήρυξης (Ιούλιος 2022)-, ώστε οι οικονομικοί φορείς να είναι σε θέση να προσδιορίσουν με ακρίβεια την οικονομική τους προσφορά».*

27. Επειδή αναφορικά με τον τρίτο λόγο της προσφυγής λεκτέα είναι τα εξής: Το άρθρο 350 παρ. 3 του ν 4412/2016, ως ισχύει, ορίζει: *«Για την κάλυψη των λειτουργικών αναγκών της Αρχής, επιβάλλεται κράτηση ύψους 0,1% επί όλων των συμβάσεων που υπάγονται στον παρόντα νόμο και στον ν. 4413/2016 (Α΄ 148), αξίας άνω των χιλίων (1.000) ευρώ, ανεξάρτητα από την πηγή προέλευσης της χρηματοδότησης, σύμφωνα με όσα προβλέπονται στην κοινή υπουργική απόφαση του πέμπτου εδαφίου. Η κράτηση αυτή υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής ή τροποποιητικής σύμβασης. Με προεδρικό διάταγμα που εκδίδεται μετά από πρόταση των Υπουργών Δικαιοσύνης, Οικονομικών, Ανάπτυξης και Επενδύσεων και Υποδομών και Μεταφορών μπορεί να αναπροσαρμόζεται το ύψος της κράτησης. Το ποσό*

Αριθμός Απόφασης: 1372 /2022

της κράτησης παρακρατείται από την αναθέτουσα αρχή στο όνομα και για λογαριασμό της Αρχής και κατατίθεται σε ειδικό τραπεζικό λογαριασμό, η διαχείριση του οποίου γίνεται από την Αρχή, σύμφωνα με όσα ορίζονται στον ειδικό Κανονισμό Οικονομικής Διαχείρισης. Με κοινή απόφαση των Υπουργών Δικαιοσύνης, Οικονομικών, Ανάπτυξης και Επενδύσεων και Υποδομών και Μεταφορών ρυθμίζονται θέματα σχετικά με τον χρόνο, τον τρόπο και τη διαδικασία κράτησης των ως άνω χρηματικών ποσών, καθώς και κάθε άλλο αναγκαίο θέμα για την εφαρμογή της κράτησης». Περαιτέρω στο άρθρο 5.1.2 της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «Τον Ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παροχή των υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις: **α) Κράτηση 0,07%** η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης υπέρ της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων επιβάλλεται (άρθρο 4 Ν.4013/2011 όπως ισχύει)». Η αναθέτουσα με τις νομίμως κατατεθειμένες απόψεις της συνομολογεί το αριθμητικό λάθος που εμφιλοχώρησε στο επίμαχο άρθρο 5.1.2 παρ. α της οικείας Διακήρυξης, αλλά διατείνεται πως είναι απορριπτέοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας καθώς η προσφεύγουσα θα μπορούσε να υποβάλλει διευκρινιστικό ερώτημα επί αυτού. Όμως, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας, ουδόλως υφίσταται υποχρέωση των προσφευγόντων κατά αορίστων όρων διακήρυξης, να επικουρούν την αναθέτουσα με υποδείξεις των ασαφειών ή να αποπειρώνται να εκμαιεύσουν εξ αυτής το πρώτον συγκεκριμενοποίηση ή μεταβολή αορίστων όρων πριν προσφύγουν κατά της οικείας αοριστίας, ως προϋπόθεση του εννόμου συμφέροντος αυτών, αφού τα αιτήματα διευκρινίσεων συνιστούν ευχέρεια και όχι υποχρέωση των ενδιαφερομένων προς συμμετοχή και η ευθύνη σύνταξης σαφών και νομίμων όρων βαρύνει την αναθέτουσα και μόνο (1290/1291 ΑΕΠΠ). Ενόψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη ο τρίτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός και να τροποποιηθεί, διορθωθεί, το ποσοστό τοις εκατό στο άρθρο 5.1.2 παρ. α της Διακήρυξης από το εσφαλμένο «α) Κράτηση 0,07%...» στο ορθό «α) Κράτηση 0,1%...».

28. Επειδή η προσφεύγουσα με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής αιτείται να ακυρωθεί και να διαγραφεί ο όρος περί απαγόρευσης της υπεργολαβίας, ως αυτός προβλέπεται στα άρθρα 2.2.8.2 και 4.4 της Διακήρυξης και στο σημείο 24 του Κεφαλαίου «Υποχρεώσεις Αναδόχου» του Παραρτήματος II της Διακήρυξης με τίτλο «Απαιτήσεις - Τεχνικές Προδιαγραφές», καθώς όπως διατείνεται: *«Στην εν θέματι Διακήρυξη όμως, η εντελώς αναπιολόγητη απαγόρευση της υπεργολαβικής ανάθεσης, περιορίζει υπέρμετρα τον ανταγωνισμό, καθόσον ρητώς συνάγεται ότι ο περιορισμός αυτός δεν αφορά μόνο την εκτέλεση ουσιωδών τμημάτων της συμβάσεως αλλά αφορά το σύνολο της υπό ανάθεσης υπηρεσίας. Επιπλέον, δεν αποτελεί περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή δεν ήταν σε θέση να εξετάσει τις τεχνικές και οικονομικές ικανότητες των τρίτων υπεργολάβων, στο πλαίσιο της εξετάσεως των προσφορών και της επιλογής του διαγωνιζομένου που υπέβαλε την καλύτερη προσφορά (ΔΕΕ στην Απόφαση της 27ης Οκτωβρίου 2016, υπόθεση C- Αριθμός Απόφασης 292/15, Hörmann Reisen GmbH κατά Stadt Augsburg, Landkreis Augsburg, EU:C:2016:817)».*

29. Επειδή στο άρθρο 2.2.8.2 και 4.4 της Διακήρυξης με τίτλο «Υπεργολαβία» προβλέπεται ότι: *«Δεν προβλέπεται σύμφωνα με το Παράρτημα II – Απαιτήσεις – Τεχνικές Προδιαγραφές. Το άρθρο διατηρείται για λόγους αρίθμησης.»*. Επιπλέον, στο Κεφάλαιο «Υποχρεώσεις Αναδόχου» του Παραρτήματος II της Διακήρυξης «Απαιτήσεις - Τεχνικές Προδιαγραφές» σημειώνεται ότι : *«Απαγορεύεται η αναδοχή από άλλο πρόσωπο (υπεργολάβος) των εκ της παρούσας σύμβασης απορρεουσών υποχρεώσεων του αναδόχου».*

30. Επειδή αναφορικά με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής λεκτέα είναι τα εξής: Όπως έχει κριθεί από την Α.Ε.Π.Π, ήδη ΕΑΔΗΣΥ, (βλ. ΑΕΠΠ 827/2019 σκέψη 23 και 672/2019 σκέψη 25) σε περιπτώσεις υπεργολαβικής ανάθεσης μέρους της προκηρυχθείσας σύμβασης το ΔΕΕ είχε την ευκαιρία στην Απόφαση της 18ης Μαρτίου 2004, υπόθεση C314/01, Siemens και ARGE Telekom & Partner, Συλλογή 2004, σ. I-02549 να υπογραμμίσει ότι διάταξη της προκηρύξεως διαγωνισμού η οποία απαγορεύει την υπεργολαβική ανάθεση σε τρίτους σημαντικών τμημάτων του αντικειμένου μιας συμβάσεως είναι αντίθετη προς την Οδηγία 92/50, όπως την ερμήνευσε το Δικαστήριο με την απόφασή του Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593,

Αριθμός Απόφασης: 1372 /2022

Συλλογή της Νομολογίας, 1999, σελ. I-08607 (σκέψη 41). Περαιτέρω είναι θεμιτό ο παρέχων υπηρεσίες που δεν πληροί ο ίδιος τις ελάχιστες απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στη διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως υπηρεσιών να επικαλεστεί ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τις ικανότητες τρίτων στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως (σκέψη 43). Το ΔΕΕ με την προαναφερθείσα απόφασή του επανέλαβε τα πορίσματα της Απόφασης της 2ας Δεκεμβρίου 1999, υπόθεση *Holst Italia*, C-176/98, EU:C:1999:593, σκέψεις 24-31 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία, Συλλογή της Νομολογίας, 1999, σελ. I-08607, όπου τόνισε ότι εναπόκειται στον παρέχοντα τις υπηρεσίες, ο οποίος προτίθεται να προσφύγει στις ικανότητες οργανισμών ή επιχειρήσεων προς τους οποίους συνδέεται αμέσως ή εμμέσως, προκειμένου να του επιτραπεί η συμμετοχή σε διαδικασία διαγωνισμού, να αποδείξει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των εν λόγω οργανισμών ή επιχειρήσεων που δεν του ανήκουν και που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συμβάσεως. Συναφώς, κρίθηκε ότι δεν αποκλείεται η επιβολή απαγορεύσεως ή περιορισμού της υπεργολαβικής προσφυγής σε τρίτους για την εκτέλεση ουσιωδών τμημάτων της συμβάσεως, στην περίπτωση ακριβώς που η αναθέτουσα αρχή δεν ήταν σε θέση να εξετάσει τις τεχνικές και οικονομικές ικανότητες των τρίτων υπεργολάβων, στο πλαίσιο της εξετάσεως των προσφορών και της επιλογής του διαγωνιζομένου που υπέβαλε την καλύτερη προσφορά (σκέψη 45), εφόσον διαπιστωθεί ότι με την επίμαχη διάταξη της διακήρυξης απαγορεύεται, στο στάδιο εξετάσεως των προσφορών και επιλογής του διαγωνιζομένου στον οποίο θα ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως, η προσφυγή αυτού του διαγωνιζομένου στις υπηρεσίες τρίτων υπεργολάβων για σημαντικές παροχές από τις συνιστώσες το αντικείμενο της συμβάσεως. Πράγματι, πρόσωπο το οποίο προβάλλει τεχνικές και οικονομικές ικανότητες τρίτων, στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως, δεν μπορεί να αποκλειστεί παρά μόνον αν δεν μπορεί να αποδείξει ότι έχει πράγματι τη δυνατότητα χρησιμοποίησεως αυτών των ικανοτήτων (σκέψη 46). Επιπλέον, το ΔΕΕ στην Απόφαση της 27ης Οκτωβρίου 2016, υπόθεση *C-292/15, Hörmann Reisen ... κατά Stadt Augsburg, Landkreis Augsburg*, EU:C:2016:817, έκρινε ότι το ενωσιακό δίκαιο δεν απαγορεύει στην

Αριθμός Απόφασης: 1372 /2022

αναθέτουσα αρχή να ορίσει ότι ο φορέας στον οποίο έχει ανατεθεί η διαχείριση και η λειτουργία δημόσιων υπηρεσιών, πρέπει να εκπληρώσει ο ίδιος τη συμβατική παροχή σε ποσοστό 70% (βλ. σκέψεις 49-57). Συνεπώς, το ΔΕΕ επιτρέπει τη θέση περιορισμών εκ μέρους των αναθετουσών αρχών κατά τη διατύπωση των όρων μιας διακήρυξης για την προσφυγή στην επίκληση των ικανοτήτων τρίτων φορέων (είτε πρόκειται για υπεργολαβική ανάθεση μέρους της σύμβασης, όπως εν προκειμένω, είτε για στήριξη στις ικανότητες τρίτου φορέα κατά την έννοια του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016), εφόσον αυτό δικαιολογείται βάσει του αντικειμένου της σύμβασης, της φύσης της, της σπουδαιότητάς της και τελεί σε εύλογη αναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό, χωρίς να οδηγεί σε αδικαιολόγητο περιορισμό του ανταγωνισμού, περιορίζοντας τον αριθμό των εν δυνάμει υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό (βλ. σχετικά και ΣτΕ 421/2020). [505/2021 ΑΕΠΠ]. Περαιτέρω, όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 78 της οδηγίας 2014/24, είναι προς το συμφέρον της Ένωσης, στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, να ενισχυθεί το άνοιγμα των διαγωνισμών δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. Η ανάθεση υπεργολαβίας, η οποία μπορεί να ευνοήσει την πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, συμβάλλει στην επίτευξη του σκοπού αυτού (πρβλ. απόφαση της 5ης Απριλίου 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, σκέψη 48 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία). Ενόψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πως η εντελώς ανατιολόγητη απαγόρευση της υπεργολαβικής ανάθεσης, περιορίζει υπέρμετρα τον ανταγωνισμό, καθόσον ρητώς συνάγεται ότι ο περιορισμός αυτός δεν αφορά μόνο την εκτέλεση ουσιωδών τμημάτων της συμβάσεως αλλά αφορά το σύνολο της υπό ανάθεσης υπηρεσίας. Επιπλέον, δεν αποτελεί περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή δεν ήταν σε θέση να εξετάσει τις τεχνικές και οικονομικές ικανότητες των τρίτων υπεργολαβών, στο πλαίσιο της εξετάσεως των προσφορών και της επιλογής του διαγωνιζομένου που υπέβαλε την καλύτερη προσφορά, γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της προσφεύγουσας και απορριπτομένων των ισχυρισμών της αναθέτουσας. Επομένως, ο τέταρτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί ό όρος περί απαγόρευσης της υπεργολαβίας.

Αριθμός Απόφασης: 1372 /2022

31. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της Διακήρυξης κατά το σκεπτικό.

32. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει τους όρους της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 02 Σεπτεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 21 Σεπτεμβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΖΑΡΛΑΣ