

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 28 Φεβρουαρίου 2020, με την εξής σύνθεση:Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 23.1.2020 (ημερομηνία κατάθεσης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 67/23.1.2020 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «», που εδρεύει στη, επί της οδού, αρ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της Ανώνυμης Εταιρείας και δη κατά της με αρ. Διακήρυξης του ως άνω αναθέτοντος φορέα στο πλαίσιο ηλεκτρονικού, δημόσιου, ανοικτού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την παραχώρηση της λειτουργίας των δημοτικών χώρων στάθμευσης και, με κριτήριο κατακύρωσης την χαμηλότερη τιμή για ένα έτος, που προκηρύχθηκε με την ως άνω Διακήρυξη με ΑΔΑΜ στο ΚΗΜΔΗΣ και συστημικό αύξοντα αριθμό στο ΕΣΗΔΗΣ, εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας αξίας ύψους 96.000,00€ πλέον Φ.Π.Α., για τους λόγους που αναφέρονται στην υπό εξέταση προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προκείμενης Προδικαστικής Προσφυγής καταβλήθηκε, πληρώθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ποσού 600,00€, που αποτελεί και το κατώτατο κατά νόμον ποσό παραβόλου, δεδομένου ότι υπολογίζεται επί του 0,5% της προϋπολογισθείσας δαπάνης της προς

Αριθμός απόφασης: 307 / 2020

ανάθεση σύμβασης άνευ ΦΠΑ, η αξία της οποίας εν προκειμένω ανέρχεται συνολικά στο ποσό των 96.000,00€ άνευ ΦΠΑ.

2. Επειδή, με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα, πέραν του αιτήματος να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη, επιπλέον επεδίωκε να ανασταλεί η διαγωνιστική διαδικασία, μέχρις εκδόσεως της παρούσας απόφασης επί της προσφυγής της, ιδίως δε η διαδικασία σχετικά με την αποσφράγιση των προσφορών, αίτημα το οποίο έγινε αποδεκτό διά της με αρ. Α 48/2020 Απόφασης της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του κύριου αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της υπόψη σύμβασης, που ανέρχεται σε ποσό 96.000,00€ άνευ ΦΠΑ καθώς και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ανάρτηση στο ΚΗΜΔΗΣ την 13.1.2020) εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συναφώς και του Ν. 4412/2016 (αρ. 6 παρ. 1, 61 παρ. 1). Συνακόλουθα, η κρινομένη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του ως άνω νόμου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την περ. γ' της παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, ως ισχύει, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της. Περαιτέρω, η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου (άρ. 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2, Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017).

4. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ' του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα οποία: «1 Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) ... (β) ... (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ», αφού η προσφεύγουσα άσκησε την υπό κρίση Προσφυγή στις 23.1.2020, ήτοι επομένως εντός της προβλεπόμενης ως άνω νόμιμης προθεσμίας, δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη πράξη/ διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ

Αριθμός απόφασης: 307 / 2020

την 13.1.2020 και επιπλέον, ως η προσφεύγουσα δηλώνει στο έντυπο της προσφυγής της, έλαβε γνώση του κειμένου της διακήρυξης την 13.1.2020.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα διά της υπό εξέταση προσφυγής της στρέφεται κατά της της με αρ. Διακήρυξης της Ανώνυμης Εταιρείας με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την παραχώρηση της λειτουργίας των δημοτικών χώρων στάθμευσης και, ισχυριζόμενη ότι η επίμαχη διακήρυξη περιέχει όρο παράνομο, ασύνδετο και δυσανάλογο προς το αντικείμενο της, καθώς και καταχρηστικό, παραβιάζοντας ούτως τις αρχές της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των προσφερόντων με συνέπεια να βλάπτεται και να παρεμποδίζεται η συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό, παρεμποδίζοντας την και πάντως καθιστώντας την [συμμετοχή της] άκρως δυσχερή. Διατείνεται, πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ότι είναι μη νόμιμος ο όρος 2.2.5 περ. β της επίμαχης διακήρυξης σχετικά με την Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, όπου ειδικότερα ορίζεται ότι: «Η επάρκεια της οικονομικής και της χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου Αναδόχου αποδεικνύεται: α) [...] β) κατά την διάρκεια της τελευταίας κλεισμένης χρήσης (2018) πριν την δημοσίευση της παρούσας να έχουν εκτελέσει ανάλογες συμβάσεις λειτουργίας χώρων στάθμευσης με κύκλο εργασιών ύψους τουλάχιστον 150.000,00€ (άνευ ΦΠΑ)». Για τον λόγο δε αυτό, στοιχειοθετεί προσωπικό, ενεστώς, άμεσο και πραγματικό έννομο συμφέρον να προσβάλλει τον σχετικό όρο της διακήρυξης ως μη νόμιμο και αντίθετο με το εθνικό και κοινοτικό δίκαιο που αφορά, τόσο στην νομιμότητα, όσο και την ουσία της υπόθεσης, ζητώντας την ακύρωση της (διακήρυξης) ως προς τον ως άνω όρο της παρ. 2.2.5 περ. β' αυτής που παραβιάζει το Ν.4412/2016., καθόσον υποστηρίζει ότι αντιβαίνει στην νομιμότητα, παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας και οδηγεί σε νόθευση του ανταγωνισμού.

6. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 του Ν.4412/2016 το δικαίωμα προδικαστικής προσφυγής επιφυλάσσεται σε όποιον έχει εν γένει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, συνεπώς και σε όποιον έχει ενδιαφέρον για συμμετοχή σε διαγωνισμό, όπερ μεθερμηνευόμενο στην περίπτωση της προσβολής όρου διακήρυξης καλύπτει

Αριθμός απόφασης: 307 / 2020

και όποιον προτίθεται μεν να υποβάλει προσφορά πλην όμως η μη νομιμότητα ή η ασάφεια των όρων αυτής ενδέχεται να οδηγήσουν στον αποκλεισμό του, άρα και στην ατελέσφορη υποβολή προσφοράς ή σε συμμετοχή του σε διαδικασία παραβιάζουσα τις αρχές της ισότητας, της διαφάνειας και ιδίως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, με συνέπεια να διακινδυνεύονται τα συμφέροντα του στην ανάθεση της σύμβασης. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η προσφεύγουσα προσδιορίζει τη βλάβη της στο γεγονός ότι, αν και έχει εύλογο ενδιαφέρον και προτίθεται να συμμετάσχει στον υπόψη διαγωνισμό, σε περίπτωση διατήρησης της ισχύος του προσβαλλόμενου με την υπόψη διακήρυξη όρου, καθίσταται ιδιαίτερος δυσχερής έως αδύνατη η συμμετοχή της και η υποβολή της προσφοράς της. Ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα αιτείται την διασφάλιση του ως άνω δικαιώματός της, ήτοι της δυνατότητας της να συμμετάσχει εντέλει στον υπόψη διαγωνισμό και να αξιολογηθεί επί ίσοις όροις, αφού ακυρωθεί ο προσβαλλόμενος όρος της επίμαχης διακήρυξης, θεμελιώνοντας την ύπαρξη προσωπικού, άμεσου και ενεστώτος έννομου συμφέροντος της για την προσβολή της επίμαχης εκτελεστής διοικητικής πράξης και την εξ' αυτής βλάβη της.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το με αρ. πρωτ. 57/30.1.2020 έγγραφο της αποστέλει τις απόψεις της στο επιληφθέν κλιμάκιο της ΑΕΠΠ αιτούμενη την απόρριψη της προσφυγής αλλά και διατυπώνοντας ισχυρισμούς περί αναρμοδιότητας της ΑΕΠΠ, ισχυριζόμενη συναφώς ότι δεν υπάγεται η εταιρεία με την επωνυμία «» και διακριτικό τίτλο «.....» στο Ν. 4412/2016. Επιπλέον την 18.2.2020 αποστέλλει η αναθέτουσα αρχή το με αρ. πρωτ. 81/18.2.2020 έγγραφο συμπληρωματικών απόψεων της με συνημμένα το καταστατικό και τον ισολογισμό της Α.Ε. καθώς και τις εκδηλώσεις ενδιαφέροντος από επιχειρήσεις εκτός του Νομού αλλά και του ίδιου του προσφεύγοντα, διατυπώνοντας συναφώς ότι «η Αρχή είναι αυτή που πρέπει να ελέγξει αν πράγματι υπαγόμαστε στην έννοια της αναθέτουσας αρχής με βάση τον Ν. 4412/2016, ήτοι αν πληρούται το λειτουργικό κριτήριο στην περίπτωση μας». Κατόπιν της ως άνω συμπληρωματικής αιτιολογίας του αναθέτοντος φορέα, η προσφεύγουσα

Αριθμός απόφασης: 307 / 2020

αποστέλει στο επιληφθέν Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ την 20.2.2020 το έγγραφο Υπόμνημα της, διά της παράλληλης αναρτήσεως του εγγράφου τούτου στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν.4605/2019 όπως αυτές τροποποίησαν τις σχετικές διατάξεις του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 2 του Ν. 4412/2016 με τίτλο Ορισμοί (άρθρο 2 και άρθρο 33 παρ. 1 εδάφιο β' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και άρθρο 2 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ): «1. Για τους σκοπούς του παρόντος εφαρμόζονται οι ακόλουθοι ορισμοί: 1) α) ως «αναθέτουσες αρχές» νοούνται το κράτος, οι αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου ή οι ενώσεις μιας ή περισσότερων από αυτές τις αρχές ή ενός ή περισσότερων από αυτούς τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου και οι αναθέτουσες αρχές κατά την έννοια του άρθρου 223 και β) ως «αναθέτοντες φορείς» νοούνται οι αναθέτοντες φορείς κατά την έννοια του άρθρου 224, [...] 4) ως «οργανισμοί δημοσίου δικαίου» νοούνται οι οργανισμοί που έχουν όλα τα ακόλουθα χαρακτηριστικά: α) έχουν συσταθεί για το συγκεκριμένο σκοπό της κάλυψης αναγκών γενικού συμφέροντος, που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα, β) έχουν νομική προσωπικότητα και γ) χρηματοδοτούνται, κατά το μεγαλύτερο μέρος, από τις κρατικές αρχές, τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου ή η διαχείριση των οποίων υπόκειται σε έλεγχο ασκούμενο από τους οργανισμούς αυτούς ή έχουν διοικητικό, διευθυντικό ή εποπτικό συμβούλιο, του οποίου περισσότερο από το ήμισυ των μελών διορίζεται από τις κρατικές αρχές, τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης ή από άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου, 5) ως «δημόσιες συμβάσεις» και ως «συμβάσεις έργων, υπηρεσιών και προμηθειών» νοούνται οι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας οι οποίες συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων και μιας ή ενός ή περισσότερων αναθετουσών αρχών/ αναθετόντων φορέων, αντίστοιχα, και έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια αγαθών ή την παροχή υπηρεσιών, [...]» Περαιτέρω σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 269 του Ν. 3463/2006 [Κώδικας Δήμων και Κοινοτήτων] με τίτλο Συγχώνευση - Μετατροπή - Λύση Επιχειρήσεων: «[8. Υφιστάμενες αμιγείς

Αριθμός απόφασης: 307 / 2020

επιχειρήσεις του άρθρου 277 του π.δ. 410/1995 είναι δυνατόν, έως την 31.12.2008 και υπό τις προϋποθέσεις του άρθρου 263 παρ. 2, να μετατραπούν, ως προς τους εμπορικούς ή βιομηχανικούς σκοπούς που επιδιώκουν, χωρίς στάδιο εκκαθάρισης, σε ανώνυμες εταιρίες Ο.Τ.Α. ή σε δημοτικές ή κοινοτικές ανώνυμες εταιρίες, με ανάλογη εφαρμογή των ρυθμίσεων του άρθρου 67 παρ. 2 του κ.ν. 2190/1920. Στη νέα εταιρία είναι δυνατή η μεταφορά προσωπικού της αμιγούς επιχείρησης, με απόφαση του οικείου δημοτικού ή κοινοτικού συμβουλίου και ύστερα από πρόταση του διοικητικού συμβουλίου της νέας εταιρίας, εφαρμοζομένων αναλόγως των ρυθμίσεων της παραγράφου 3 του παρόντος άρθρου.» Στο άρθρο 263 του ίδιου ως άνω νόμου, με τίτλο Συγχώνευση ορίζεται: «1. Δύο ή περισσότερες κοινωφελείς επιχειρήσεις του ίδιου Δήμου ή Κοινότητας είναι δυνατόν να συγχωνευθούν με απόφαση του δημοτικού ή κοινοτικού συμβουλίου, η οποία λαμβάνεται με την απόλυτη πλειοψηφία του συνόλου των μελών του. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου, η οποία λαμβάνεται μετά από εκτίμηση του ενεργητικού και παθητικού της περιουσίας των συγχωνευόμενων επιχειρήσεων, σύμφωνα με το άρθρο 9 του κ.ν. 2190/1920, και την εκπόνηση σχετικής οικονομοτεχνικής μελέτης, λύονται χωρίς εκκαθάριση οι συγχωνευόμενες επιχειρήσεις και συστήνεται νέα κοινωφελής επιχείρηση. Η απόφαση αυτή περιέχει τα στοιχεία του άρθρου 253 παράγραφος 1 και δημοσιεύεται κατά τον τρόπο που ορίζεται στην παράγραφο 4 του άρθρου 254. 3. Από τη σύστασή της η νέα επιχείρηση υπεισέρχεται αυτοδικαίως, ως καθολικός διάδοχος, στα δικαιώματα και στις υποχρεώσεις των καταργούμενων επιχειρήσεων».

9. Επειδή, στο Καταστατικό της ανώνυμης εταιρίας με την επωνυμία «» με το διακριτικό τίτλο «» ορίζεται ότι προκειμένου για τη μετατροπή της υφιστάμενης Δημοτικής Επιχείρησης «» σε α) κοινωφελή επιχείρηση και β) Ανώνυμη Εταιρία και δη της μεταβίβασης των ακινήτων ιδιοκτησίας της προς αυτήν και προς τον, εγκρίθηκε η μετατροπή της Δημοτικής Επιχείρησης «» σε Ανώνυμη Εταιρία Σκοποί της Εταιρίας (άρθρο 3) είναι: «Η εκμετάλλευση και αξιοποίηση επίγειων, υπέργειων και υπόγειων χώρων στάθμευσης. Η

Αριθμός απόφασης: 307 / 2020

δημιουργία και εκμετάλλευση νέων χώρων στάθμευσης αυτοκινήτων με παράλληλο στόχο την προστασία του περιβάλλοντος μέσω αναπλάσεων ελεύθερων χώρων. Η συντήρηση κτιριακών εγκαταστάσεων, μηχανολογικού και τεχνικού εξοπλισμού. Η συνεργασία και συμμετοχή σε κοινά προγράμματα με τις ελληνικές ευρωπαϊκές και διεθνείς αρχές, οργανισμούς, ερευνητικά ιδρύματα, ΟΤΑ, επιχειρήσεις, ιδιώτες κλπ. για την αξιοποίηση εθνικών και ευρωπαϊκών προγραμμάτων Η εκπόνηση μελετών και αξιοποίηση προγραμμάτων που έχουν σχέση με την τοπική ανάπτυξη με την αξιοποίηση πρωτοβουλιών που εκπορεύονται και συγχρηματοδοτούνται από την Ευρωπαϊκή Ένωση και άλλους Εθνικούς ή Διεθνείς Οργανισμού σε συνεργασία με το δημόσιο ή ιδιωτικό τομέα τους κοινωνικούς φορείς και τις παραγωγικές τάξεις. Η εκμίσθωση ακινήτων. Κάθε συναφή εργασία για την οποία θα αποφασίσει το Διοικητικό Συμβούλιο της Εταιρίας Για την επίτευξη των σκοπών της η εταιρία μπορεί: α) Να ανεγείρει αναλόγως των δραστηριοτήτων της εγκαταστάσεις στην ημεδαπή και να τις εξοπλίζει κατάλληλα, β) Να συνεργάζεται με οποιοδήποτε τρόπο με φυσικά ή νομικά πρόσωπα της Ελλάδας ή του εξωτερικού με τον αυτό ή παρεμφερή σκοπό και γενικά να προβαίνει σε κάθε άλλη επιχειρηματική δραστηριότητα για την εκπλήρωση του εταιρικού της σκοπού. δ) Να ιδρύει υποκαταστήματα στο εσωτερικό και στο εξωτερικό και να κατασκευάζει και να εκμεταλλεύεται κάθε είδους κτίρια, εγκαταστάσεις και εξοπλισμούς, ε) Η αγορά και καθ' οιονδήποτε τρόπο κτήση κινητών και ακινήτων περιουσιακών στοιχείων προς επίτευξη του σκοπού της εταιρίας, στ) Η εκμίσθωση και μίσθωση καταστημάτων, μηχανημάτων και λοιπού εξοπλισμού. Με απόφαση της Γενικής Συνέλευσης, η οποία θα τροποποιεί το παρόν άρθρο, οι σκοποί της Εταιρίας μπορεί να διευρυνθούν και προς άλλες δραστηριότητες». Στο άρθρο 5 του εν λόγω Καταστατικού με τίτλο Μετοχικό Κεφάλαιο-Μετοχές ορίζεται: «Το μετοχικό κεφάλαιο της εταιρείας ορίζεται σε εξακόσιες ογδόντα πέντε χιλιάδες τετρακόσια (685.400.00) ευρώ, το οποίο διαιρείται σε έξι χιλιάδες οκτακόσιες πενήντα τέσσερις (6.854) κοινές ονομαστικές μετοχές, ονομαστικής αξίας εκάστης εκατό (100.00) ευρώ και καταβάλλεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 47 του παρόντος καταστατικού». Περαιτέρω, στο άρθρο 47 του καταστατικού ορίζεται: «Το μετοχικό κεφάλαιο της εταιρίας το οποίο ορίζεται

Αριθμός απόφασης: 307 / 2020

στο άρθρο 5 του καταστατικού σε εξακόσιες ογδόντα πέντε χιλιάδες τετρακόσια (685 400.00) ευρώ καλύπτεται ως εξής: 1) Ποσό 682.000.00 ευρώ είναι ολοσχερώς καταβεβλημένο από μετατρεπόμενη Δημοτική επιχείρηση με την επωνυμία «Δημοτική Αγορά Κατερίνης» με την εισφορά μέρους των περιουσιακών στοιχείων αυτής, όπως κατωτέρω αναφέρονται και σύμφωνα με την άνω έκθεση του ορκωτού λογιστή προκειμένου με προσαρμογή του καταστατικού της η (ως άνω Δημοτική Επιχείρηση με την επωνυμία «... ..» να μετατραπεί σε ανώνυμη εταιρεία σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις του Ν.3463/2006 (ΔΚΚ) και 2) ποσό τριών χιλιάδων τετρακοσίων (3.400,00) ευρώ από την Ανώνυμη Εταιρία με την επωνυμία « -» και με το διακριτικό τίτλο «» Η καταβολή θα γίνει εφάπαξ (και μέσα σε δύο μήνες από την έγκριση της Νομαρχίας) κατά το πρώτο έτος λειτουργίας, με τη δημοσίευση σε Φ.Ε.Κ. της πράξης σύστασης της επιχείρησης και λαμβάνουν Α) Ο συμμετέχει με ποσό εξακοσίων ογδόντα δύο χιλιάδων (682.000,00) ευρώ και αναλαμβάνει για την εισφορά του αυτή έξι χιλιάδες οκτακόσιες είκοσι (6.820) κοινές ονομαστικές μετοχές αξίας 100,00 ευρώ έκαστης και Β) Η Ανώνυμη Εταιρία με την επωνυμία « -» και με το διακριτικό τίτλο «» συμμετέχει με ποσό τριών χιλιάδων τετρακοσίων (3.400,00) ευρώ και αναλαμβάνει για την εισφορά της αυτή τριάντα τέσσερεις (34) κοινές ονομαστικές μετοχές αξίας 100,00 ευρώ έκαστης. Η αξία των εισφερόμενων ακινήτων ιδιοκτησίας του αποτιμήθηκε στο ποσό των 682.000,00 ευρώ από την άνω οικονομοτεχνική μελέτη της Δημοτικής Επιχείρησης, η οποία εγκρίθηκε από το Δημοτικό Συμβούλιο του, όπως προαναφέρθηκε και από την από 14-12-2010 έκθεση εκτίμησης ορκωτού λογιστή η οποία παρατίθεται αυτούσια ανωτέρω [...]

10. Επειδή, από τη συνδυαστική εφαρμογή των προρρηθισών διατάξεων και των προδιαληφέντων όρων του καταστατικού προκύπτει ότι η Ανώνυμη Εταιρεία έχει μετατραπεί σε [κοινωφελή] επιχείρηση, μετά την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων του Δημοτικού και Κοινοτικού Κώδικα και εν προκειμένω, σε ό,τι αφορά τις προκηρυχθείσες από αυτήν υπό ανάθεση συμβάσεις, αποτελεί αναθέτουσα αρχή ειδικότερα ως

Αριθμός απόφασης: 307 / 2020

οργανισμός δημοσίου δικαίου, συγκεντρώνοντας όλες τις προϋποθέσεις που ο νόμος προς τούτο ορίζει, ήτοι α) έχει συσταθεί για το συγκεκριμένο σκοπό της κάλυψης αναγκών γενικού συμφέροντος, που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα, β) έχει νομική προσωπικότητα και γ) χρηματοδοτείται, κατά το μεγαλύτερο μέρος, από τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης (Κύριος Μέτοχος) και έχει διοικητικό, διευθυντικό ή εποπτικό συμβούλιο, του οποίου περισσότερο από το ήμισυ των μελών διορίζεται από τις κρατικές αρχές, τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης ή από άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου (.....), αν και οι τελευταίες υπό στοιχείο γ) προϋποθέσεις λειτουργούν διαζευκτικά και όχι σωρευτικά. Κατά συνέπεια, ορθώς εφαρμόζονται εν προκειμένω οι διατάξεις του Ν. 4412/2016 για την υπόψη διαγωνιστική διαδικασία καθώς η ως άνω αποτελεί αναθέτουσα αρχή και εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ως άνω νόμου, συνακολούθως και για αυτό το λόγο η υπό κρίση Προσφυγή έχει ασκηθεί παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί κατ' ουσίαν.

11. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της Προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται εν προκειμένω παραβίαση των αρχών του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης καθώς και της διάταξης του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016, αφού ως διατείνεται, με την προσβαλλόμενη διακήρυξη, τίθεται μη νομίμως ο όρος 2.2.5 περ. β' που απαιτεί για την απόδειξη της χρηματοοικονομικής επάρκειας να έχει εκτελέσει ο οικονομικός φορέας μέσα στο έτος 2018 ανάλογες συμβάσεις λειτουργίας χώρων στάθμευσης με κύκλο εργασιών ύψους τουλάχιστον 150.000,00€ (άνευ ΦΠΑ). Ειδικότερα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η ως άνω απαίτηση της οικείας διακήρυξης παραβιάζει ευθέως τις προαναφερθείσες διατάξεις του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι προκαλεί αδικαιολόγητα εμπόδια στον ελεύθερο ανταγωνισμό, εφόσον με την απαίτηση αυτή αποκλείονται οι οικονομικοί φορείς, που ενώ κατά τα λοιπά πληρούν όλα τα κριτήρια επιλογής και όλες τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης για την άρτια εκτέλεση του έργου, όπως η ίδια, δεν έχουν ωστόσο εκτελέσει μέσα στο έτος 2018 ανάλογες συμβάσεις λειτουργίας χώρων στάθμευσης με κύκλο εργασιών ύψους τουλάχιστον 150.000,00€ (άνευ ΦΠΑ). Πιο συγκεκριμένα, ο ως άνω όρος της διακήρυξης

Αριθμός απόφασης: 307 / 2020

προβλέπει ότι ο υποψήφιος οικονομικός φορέας θα πρέπει να αποδείξει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια εμφανίζοντας ειδικό κύκλο εργασιών, ήτοι κύκλο εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, μόνο για ένα έτος, συγκεκριμένα το 2018, ύψους 150.000,00€ (άνευ ΦΠΑ). Παραπονείται συναφώς η προσφεύγουσα ότι η απαίτηση αυτή της διακήρυξης παραβιάζει ευθέως τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, περιορίζοντας τεχνητά τον ελεύθερο ανταγωνισμό μέσω απαιτήσεων που εμποδίζουν την συμμετοχή οικονομικών φορέων, την στιγμή που η εκτιμώμενη αξία της εν λόγω σύμβασης ανέρχεται σε 96.000,00€ (άνευ ΦΠΑ) και το αντικείμενό της αφορά τη λειτουργία των δημοτικών χώρων στάθμευσης στα Δημοτικά parking και, για χρονικό διάστημα ενός έτους, που σημαίνει ότι δεν δικαιολογείται ούτε εκ της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ούτε εκ του αντικειμένου της, η πρόβλεψη μιας τόσο υπερβολικής απαίτησης που οδηγεί σε περιορισμό του ανταγωνισμού. Επιπλέον παραπονείται η προσφεύγουσα ότι ο ως άνω όρος της διακήρυξης παραβιάζει ευθέως και την αρχή της αναλογικότητας, η οποία έχει την έννοια ότι μια αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να απαιτεί δυσανάλογες και υπερβολικές τεχνικές, επαγγελματικές η χρηματοοικονομικές ικανότητες κατά την επιλογή των υποψηφίων και συνεπώς θα πρέπει να ακυρωθεί. Με τον δεύτερο συναφή λόγο προσφυγής της, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι ο ως άνω προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης βρίθκει ασάφειας και τούτο διότι ακόμα και αν ήθελε θεωρηθεί ότι ο όρος 2.2.5 περ. β' της διακήρυξης δεν εμποδίζει υπέρμετρα τον ελεύθερο ανταγωνισμό, αλλά είναι ανεκτός για λόγους δημοσίου συμφέροντος, η διατύπωση και το περιεχόμενό του στην υπό κρίση περίπτωση είναι ασαφής και επιδέχεται πολλαπλών ερμηνειών, με αποτέλεσμα να προκαλεί πλήρη ανασφάλεια δικαίου στους υποψηφίους, μεταξύ των οποίων και στην ίδια και να αφήνει ένα ευρύτατο περιθώριο για αποκλεισμούς «κατά το δοκούν», με όλως υποκειμενικές και αυθαίρετες κρίσεις της αναθέτουσας αρχής. Ειδικότερα δε ισχυρίζεται περαιτέρω η προσφεύγουσα ότι ο επίμαχος όρος της υπόψη διακήρυξης απαιτεί, προκειμένου να αποδείξει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια ο οικονομικός φορέας να έχει εκτελέσει «...ανάλογες συμβάσεις λειτουργίας χώρων στάθμευσης με κύκλο εργασιών ύψους τουλάχιστον 150.000,00€

Αριθμός απόφασης: 307 / 2020

(άνευ ΦΠΑ)...» κατά την διάρκεια της τελευταίας κλεισμένης χρήσης (2018) πριν την δημοσίευση της διακήρυξης, χωρίς όμως να εξειδικεύει αν αυτός ο κύκλος εργασιών μπορεί να προέρχεται και από μία σύμβαση ή πρέπει να είναι περισσότερες, με αποτέλεσμα όπως έχει διατυπωθεί ο όρος, να αντίκειται στην αρχή ασφάλειας του δικαίου, της τυπικότητας των δημοσίων συμβάσεων, της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και του δημοσίου συμφέροντος, που επιτυγχάνεται με τον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, καθώς αφήνεται ευρύτατο περιθώριο αυθαίρετης εκτίμησης στην αναθέτουσα αρχή. Κατ' αυτό το τρόπο δημιουργείται ασάφεια στους υποψήφιους προσφέροντες κατά παράβαση της αρχής της διαφάνειας της διαδικασίας, η οποία συνεπάγεται ότι όλοι οι όροι και οι λεπτομέρειες διεξαγωγής του διαγωνισμού πρέπει να είναι διατυπωμένοι με σαφήνεια, με ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, ώστε, αφενός, να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των εν λόγω όρων και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των διαγωνιζομένων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση.

12. Επειδή, το άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 προβλέπει 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. 2 [...], 3. Όσον

Αριθμός απόφασης: 307 / 2020

αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτό, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στο τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων. Ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. [...]

4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν [...].

Επέκεινα, το άρθρο 80 «Αποδεικτικά μέσα» του Ν. 4412/2106 (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζει ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82. [...]

4. Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα μπορεί, κατά κανόνα, να

Αριθμός απόφασης: 307 / 2020

αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα δικαιολογητικά που αναφέρονται στο Μέρος I του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α'. Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που ζητεί η αναθέτουσα αρχή, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο έγγραφο, το οποίο η αναθέτουσα αρχή κρίνει κατάλληλο. 5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών.». Επέκεινα, στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ απαριθμούνται τα αποδεικτικά μέσα που μπορεί να επικαλεστεί η αναθέτουσα αρχή για τα κριτήρια επιλογής των υποψηφίων ως εξής: «Μέρος I: Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια. Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα είναι δυνατόν, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα δικαιολογητικά: α) κατάλληλες τραπεζικές βεβαιώσεις ή, όπου ενδείκνυται, πιστοποιητικό ασφαλιστικής κάλυψης επαγγελματικών κινδύνων· β) οικονομικές καταστάσεις ή αποσπάσματα οικονομικών καταστάσεων, στην περίπτωση που η δημοσίευση των οικονομικών καταστάσεων απαιτείται από τη νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας· γ) δήλωση περί του ολικού ύψους του κύκλου εργασιών και, κατά περίπτωση του κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις κατ' ανώτατο όριο, συναρτήσει της ημερομηνίας σύστασης του οικονομικού φορέα ή έναρξης των δραστηριοτήτων του, εφόσον είναι διαθέσιμες οι πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών. Μέρος II: Τεχνική ικανότητα Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέστηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών εάν είναι απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία

Αριθμός απόφασης: 307 / 2020

σχετικών εργασιών που εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία πενταετία, ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Εάν είναι απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία τριετία· β) αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των υπευθύνων για τον έλεγχο της ποιότητας και, όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις έργων, εκείνων που θα έχει στη διάθεσή του ο εργολήπτης για την εκτέλεση του έργου· [...]. Αντιστοίχως για τους αναθέτοντες φορείς στο άρθρο 304 του Βιβλίου II του Ν. 4412/2016 με τίτλο Κριτήρια ποιοτικής επιλογής (άρθρο 78 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) ορίζεται: «1. Οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να θεσπίζουν αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής των προσφερόντων ή των υποψηφίων οι εν λόγω κανόνες και κριτήρια αναφέρονται στα έγγραφα της σύμβασης.[...]»

13. Επειδή, όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία, κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως δε οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων μεταξύ των διαγωνιζομένων. Προς τούτο, τα κριτήρια επιλογής πρέπει να σχεδιάζονται κατά τρόπο ώστε να μην περιορίζεται δυσανάλογα η συμμετοχή οικονομικών φορέων, να καθορίζεται με σαφήνεια το περιεχόμενό τους και να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα ως προς το μέγεθος και τη φύση τους με το αντικείμενο της σύμβασης (ΔΕΕ, C-218/11, Edukozivig - Hochtief Construction AG, σκέψη 27, ΣτΕ ΕΑ 37/2011, 39/2011, 257/2010, 287/2010, 288/2010, 1178/09, 660/2002, 528/2002, 990/2003, ΣτΕ 812/2009). Περαιτέρω, στην αιτιολογική σκέψη 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες

Αριθμός απόφασης: 307 / 2020

και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/EK (EE L 94, σ. 65), αναφέρεται ότι «[...] 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 [...] 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 προϋποθέσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να εξασφαλίζεται ότι ένας υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις νομικές και χρηματοοικονομικές δυνατότητες και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης [...]». Ειδικά δε ως προς τις απαιτήσεις οικονομικής ή χρηματοοικονομικής επάρκειας, στην αιτιολογική σκέψη 83 της Οδηγίας 2014/24 ΕΕ αναφέρεται ότι «Οι υπερβολικά αυστηρές απαιτήσεις όσον αφορά την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητα συχνά αποτελούν αδικαιολόγητο εμπόδιο στη συμμετοχή ΜΜΕ σε δημόσιες συμβάσεις. Ενδεχόμενες τέτοιες απαιτήσεις θα πρέπει να είναι συναφείς και ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. Ειδικότερα, δεν θα πρέπει να επιτρέπεται στις αναθέτουσες αρχές να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να έχουν ένα ελάχιστο κύκλο εργασιών ο οποίος θα είναι δυσανάλογος προς το αντικείμενο της σύμβασης. Η σχετική απαίτηση δεν θα πρέπει να υπερβαίνει κατ' ανώτατο όριο το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης. Ωστόσο, σε δεόντως δικαιολογημένες περιπτώσεις θα πρέπει να μπορούν να εφαρμόζονται υψηλότερες απαιτήσεις. Οι εν λόγω περιπτώσεις μπορεί να σχετίζονται με τους υψηλούς κινδύνους που συνεπάγεται η εκτέλεση της σύμβασης ή με το γεγονός ότι η έγκαιρη και ορθή εκτέλεσή της είναι κρίσιμης σημασίας, παραδείγματος χάρη γιατί αποτελεί απαραίτητη προκαταρκτική προϋπόθεση για την εκτέλεση άλλων συμβάσεων [...]».

14. Επειδή, από τα ανωτέρω προκύπτει ότι, υπό το πρίσμα της Οδηγίας 2014/24 ΕΕ και αντιστοίχως του Ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές

Αριθμός απόφασης: 307 / 2020

έχουν την ευχέρεια να καθορίζουν όχι μόνο τα ελάχιστα επίπεδα οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας αλλά και τα μέσα απόδειξης αυτών υπό την προϋπόθεση ότι δεν τίθενται υπερβολικά υψηλές και δυσανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης απαιτήσεις. Ειδικότερα, οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, έχουν τη δυνατότητα να ελέγχουν την «καταλληλότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικού ελέγχου του υποψηφίου. Η διαδικασία ποιοτικού ελέγχου περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων, τον έλεγχο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, αλλά και της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου αναδόχου. Κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων καταλληλότητας των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται 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 προσφέρων / αιτών οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις καταλληλότητας των υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό. 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 είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο αυτής. Για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του (βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία 13, απόφαση 303/2015, της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων), χωρίς πάντως αδικαιολόγητα να περιορίζεται ο ανταγωνισμός. Εξάλλου, με τις ισχύουσες ως άνω διατάξεις, τίθεται περιορισμός ως προς την απαίτηση των αναθετουσών αρχών να ζητούν την υποβολή καταλόγου για την εκτέλεση σχετικών εργασιών, αγαθών ή υπηρεσιών, καθώς ορίζεται ένα μέγιστο χρονικό όριο (τα τελευταία πέντε έτη για τις εργασίες/ έργα και τα τελευταία τρία έτη για τα αγαθά/ προμήθειες και

Αριθμός απόφασης: 307 / 2020

τις υπηρεσίες). Ωστόσο, δίνεται η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή, εάν το κρίνει απαραίτητο προκειμένου για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, να λαμβάνει υπόψη της τα αποδεικτικά μέσα που ο οικονομικός φορέας υποβάλλει και για το διάστημα πριν από την πενταετία ή την τριετία. Δεν επιτρέπεται ωστόσο καταρχήν, η αναθέτουσα αρχή να απαιτεί την υποβολή των σχετικών αποδεικτικών από όλους τους προσφέροντες για το διάστημα πριν από την πενταετία ή την τριετία (βλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13 της ΕΑΑΔΗΣΥ). Και τούτο, γιατί, η αξίωση της αναθέτουσας αρχής για υποβολή καταλόγου των κυριότερων «παραδόσεων» ή συγκεκριμένου αριθμού «παραδόσεων» κατ' έτος ή συνολικά για μεγαλύτερο χρονικό διάστημα από το μέγιστο οριζόμενο, θα περιόριζε αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό, διότι θα σήμαινε κατά τεκμήριο περισσότερες «παραδόσεις» από όσες θα έπρεπε να αξιώνει η αναθέτουσα αρχή, για να αποδείξει ο συμμετέχων οικονομικός φορέας την ελάχιστη απαιτούμενη τεχνική ικανότητα. Για τον ίδιο λόγο, δηλαδή για να μην αποκλείονται «κατάλληλοι» να εκτελέσουν την σύμβαση οικονομικοί φορείς και ούτως να περιορίζεται υπέρμετρα και δυσανάλογα ο ανταγωνισμός, δίνεται η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή κατά περίπτωση να λαμβάνει υπόψη τις αποδεδειγμένες «παραδόσεις» μεμονωμένων υποψηφίων και πέραν του ελάχιστου ορίου της τριετίας, εάν π.χ. αξιώνεται ποσότητα τριών «παραδόσεων» αγαθών και ο προσφέρων διαθέτει δύο εντός τριετίας και μία παλαιότερα. Κατά τον ενωσιακό νομοθέτη, επομένως, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί παραπάνω από μία «παραδόσεις» αρκεί να μην ζητεί περισσότερες «παραδόσεις» από όσες εύλογα θα μπορούσε να έχει εκτελέσει ο οικονομικός φορέας εντός μίας τριετίας. Με άλλα λόγια και σύμφωνα και με την αρχή της αναλογικότητας λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις και τα ζητούμενα δικαιολογητικά να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης.

15. Επειδή, εν προκειμένω, στον προσβαλλόμενο από τη προσφεύγουσα όρο 2.2.5 της επίμαχης διακήρυξης με τίτλο «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» ορίζεται: «Η επάρκεια της οικονομικής και της χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου Αναδόχου αποδεικνύεται: α)

Αριθμός απόφασης: 307 / 2020

με την προβλεπόμενη στην παρούσα Διακήρυξη Εγγύηση Συμμετοχής β) κατά την διάρκεια της τελευταίας κλεισμένης χρήσης (2018) πριν την δημοσίευση της παρούσας να έχουν εκτελέσει ανάλογες συμβάσεις λειτουργίας χώρων στάθμευσης με κύκλο εργασιών ύψους τουλάχιστον 150.000,00€ (άνευ ΦΠΑ).». Από τις προρρηθείσες προϋποθέσεις του όρου 2.2.5 της διακήρυξης προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή προκειμένου να διασφαλίσει ότι οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια απαιτεί (ειδικό) κύκλο εργασιών ύψους τουλάχιστον 150.000,00€ (άνευ ΦΠΑ) προκύπτων από την εκτέλεση ανάλογων με το αντικείμενο της σύμβασης, ορίζοντας ως χρόνο απόδειξης το προηγούμενο της δημοσίευσης της διακήρυξης έτος (2018) και δη κατά την διάρκεια της τελευταίας κλεισμένης οικονομικής χρήσης αυτού. Η απαίτηση εν προκειμένω ο ειδικός κύκλος εργασιών να ανέρχεται σε ύψος τουλάχιστον 150.000,00€ φαίνεται καταρχήν να κείται εντός των ορισθεισών σχετικών προϋποθέσεων από το οικείο νομοθετικό πλαίσιο (βλ. σκ. 12) που επιτάσσει ειδικότερα: «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». Εντούτοις, παρόλο που το ύψος του απαιτούμενου κύκλου εργασιών δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης, συνάγεται ότι προσεγγίζει περισσότερο τούτο (το διπλάσιο), ήτοι το ποσό των 192.000,00€ (διαφορά 42.000,00€ από τον ζητούμενο εν προκειμένω) παρά τον εκτιμώμενο προϋπολογισμό της υπόψη σύμβασης που ανέρχεται σε 96.000,00€ (διαφορά 54.000,00€ από τον ζητούμενο κύκλο εργασιών) και κατά συνέπεια δύναται παραδεκτά να θεωρηθεί η απαίτηση τούτη -δεδομένου μάλιστα ότι αφορά σε μία και μόνο κλεισμένη οικονομική χρήση (του έτους 2018)- ως δυσανάλογη και παραβιάζουσα την αρχή της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων διαγωνιζομένων καθώς και του υγιούς και βιώσιμου ανταγωνισμού. Και τούτο διότι, ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, οι όροι που αφορούν στον απαιτούμενο ελάχιστο γενικό και ειδικό κύκλο εργασιών στα έγγραφα της σύμβασης δεν καθίστανται ανάλογοι εκ μόνου του γεγονότος ότι δεν υπερβαίνουν αυτοτελώς το διπλάσιο της

Αριθμός απόφασης: 307 / 2020

εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, αφού τούτο συνιστά ανώτατο (καταρχήν) επιτρεπτό όριο που προβλέπεται στην ερμηνευόμενη διάταξη και όχι στο όριο στο οποίο δύναται άνευ ετέρου (και πρέπει) να προσφύγει η αναθέτουσα αρχή. Στην προκείμενη περίπτωση, όπου το αντικείμενο της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας αφορά στην λειτουργία των δημοτικών χώρων στάθμευσης σε δύο Δημοτικά parking της πόλης, για χρονικό διάστημα ενός έτους, εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας αξίας 96.000,00€, η επίμαχη απαίτηση ο ζητούμενος από τους υποψηφίους κύκλος εργασιών να είναι τουλάχιστον 150.000,00€ για το έτος 2018, δεν εμφανίζεται επαρκώς και δεόντως αιτιολογημένη και εύλογη, υπό τη στάθμιση εξάλλου του περιορισμού του ανταγωνισμού που επιφέρει, δεδομένης άλλωστε της μη δυνατότητας προσήκουσας συμμετοχής και συνακόλουθα παραδεκτής υποβολής προσφοράς της προσφεύγουσας. Αντιθέτως, αβασίμως και αλυσιτελώς υποστηρίζει ο αναθέτων φορέας στο ως άνω έγγραφο των απόψεων του ότι είναι απολύτως εύλογο και αναγκαίο για λόγους οικονομικής, χρηματοοικονομικής κι εν τοις πράγμασι επάρκειας των υποψηφίων και προς εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος σε επιχειρήσεις εντάσεως εργασίας, όπως στη προκείμενη σύμβαση, να απαιτείται ο συγκεκριμένος κύκλος εργασιών, αφού στην υπό κρίση παροχή υπηρεσίας, υπερέχει το εργατικό κόστος και χρειάζεται αυξημένο εργατικό προσωπικό για τη φύλαξη και τη λειτουργία των χώρων στάθμευσης, με το κόστος της μισθοδοσίας να αποτελεί το μεγαλύτερο μέρος της σχετικής δαπάνης. Και είναι αβάσιμοι οι ισχυρισμοί τούτοι διότι, ο απαιτούμενος επαρκής αριθμός εργαζομένων με εμπειρία και προϋπηρεσία, ώστε να διασφαλίζεται η εκπλήρωση των όρων της διακήρυξης, ως επιδιώκει ο αναθέτων φορέας, ικανοποιείται από τους λοιπούς σχετικούς όρους της επίμαχης διακήρυξης, οι οποίοι άλλωστε προς αυτό το σκοπό τίθενται και αποτελούν κανονιστικού περιεχομένου όρους της διακήρυξης. Πιο συγκεκριμένα (και ενδεικτικά) πρόκειται για τους όρους του κεφαλαίου 2.2.6 περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, όπου μεταξύ άλλων απαιτείται οι οικονομικοί φορείς, να διαθέτουν το απαραίτητο προσωπικό, ειδικά εκπαιδευμένο και πιστοποιημένο [Οι υποψήφιοι υποχρεούνται να υποβάλλουν με την προσφορά τους κατάσταση στην οποία θα εμφανίζεται ο αριθμός των εργαζομένων στην επιχείρηση το τελευταίο

Αριθμός απόφασης: 307 / 2020

εξάμηνο και Υπεύθυνη Δήλωση ότι οι εργαζόμενοι του έργου διαθέτουν ανάλογη εμπειρία σε αντίστοιχα έργα] και να έχουν εκτελέσει κατά τη διάρκεια των δύο (2) τελευταίων ετών τουλάχιστον μία συναφή σύμβαση παροχής υπηρεσιών του συγκεκριμένου τύπου, αλλά και τους όρους του κεφαλαίου 2.2.7 σχετικά με τα Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης [Να διαθέτουν πιστοποιητικό συμμόρφωσης Συστήματος ISO 9001 και 39001] ακόμη όμως και τους όρους του κεφαλαίου 2.2.8 αναφορικά με την στήριξη στην ικανότητα τρίτων, σύμφωνα με το οποίο «Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητά τους, να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς», οι οποίοι εντέλει έχουν τεθεί και «αξιοποιούνται» από την αναθέτουσα αρχή προκειμένου να πιστοποιηθεί η τεχνική και επαγγελματική επάρκεια των υποψηφίων επί σκοπώ άρτιας κατά αυτό το σκέλος εκτέλεσης της οικείας σύμβασης. Κατά δεύτερον αλυσιτελώς προβάλλονται οι ως άνω ισχυρισμοί από τον αναθέτοντα φορέα διότι, ο υψηλός κύκλος εργασιών δεν σημαίνει και συνεπάγεται απαραίτητα και μόνο επαρκώς εξειδικευμένο προσωπικό της επιχείρησης, ούτε άλλωστε η απαίτηση της αναθέτουσας αρχής για επαρκές και εξειδικευμένο προσωπικό πρέπει να αποτελεί τη βάση για τους τεθέντες από αυτήν όρους όσον αφορά εν προκειμένω στην απόδειξη της χρηματοοικονομικής επάρκειας, καθώς ως προελέχθη, ικανοποιούνται οι απαιτήσεις τούτες από τους σχετικούς όρους της διακήρυξης περί τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας. Ακόμη όμως και στη περίπτωση που ήθελε υποθεθεί ότι ο υψηλός κύκλος εργασιών μιας επιχείρησης συνεπάγεται απαραίτητως –και μόνο- το εξειδικευμένο προσωπικό αυτής, τούτο δεν μπορεί να τεθεί ως απαίτηση οικονομικής επάρκειας κατά 54.000,00€ υψηλότερης από την εκτιμώμενη αξία της επίμαχης σύμβασης, πολλώ δε μάλλον που σύμφωνα με τον περιορισμό των αποδεικτικών μέσων στο οικείο νομοθετικό πλαίσιο, η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του υποψήφιου οικονομικού φορέα, κατά κανόνα, αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα εξής δικαιολογητικά: α) κατάλληλες τραπεζικές βεβαιώσεις ή, όπου ενδείκνυται, πιστοποιητικό ασφαλιστικής κάλυψης επαγγελματικών κινδύνων· β) οικονομικές καταστάσεις ή αποσπάσματα οικονομικών καταστάσεων, γ) δήλωση περί του ολικού

Αριθμός απόφασης: 307 / 2020

ύψους του κύκλου εργασιών και, κατά περίπτωση του κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις κατ' ανώτατο όριο, συναρτήσει της ημερομηνίας σύστασης του οικονομικού φορέα ή έναρξης των δραστηριοτήτων του, εφόσον είναι διαθέσιμες οι πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών. Άλλοις λόγοις, ο τεθείς εν προκειμένω όρος απόδειξης της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας με απαιτούμενο κύκλο εργασιών σε αιτιώση και απόλυτη συνάρτηση πρώτον με την εκτέλεση αναλόγων συμβάσεων, δεύτερον για μία οικονομική χρήση (2018) και μόνο, και τρίτον σε ύψος που υπερβαίνει κατά 54.000,00€ την εκτιμώμενη αξία της υπό εξέταση προς ανάθεση σύμβασης κρίνεται υπερβολικός και δυσανάλογος, αφού, δε δύναται να θεωρηθεί, ότι με τον τρόπο αυτό επιτυγχάνεται αύξηση του ανταγωνισμού αλλά αντιθέτως η κατά αυτόν τον τρόπο προσπάθεια ενδεχομένως από τον αναθέτοντα φορέα της διασφάλισης της ποιότητας των υπό ανάθεση υπηρεσιών που αποτελούν και το σκοπό της προκειμένης σύμβασης αποκλείει επιχειρήσεις, που δύνανται και είναι ικανές να ανταποκριθούν στο αντικείμενο της εν λόγω σύμβασης. Επέκεινα, εύλογη θα ήταν, ενόψει του αντικειμένου του υπόψη διαγωνισμού και των λοιπών υποχρεώσεων του αναδόχου, η απαίτηση ως προς την απόδειξη της οικονομικής επάρκειας, ένας υποψήφιος οικονομικός φορέας να έχει εμπειρία σε παροχή υπηρεσιών ίσης αξίας με την υπό ανάθεση σύμβαση, όπερ εν προκειμένω αποτελεί τον κατάλληλο δείκτη ικανότητας που δεν υπερβαίνει και το προδήλως αναγκαίο μέτρο. Ενόψει τούτων, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο προσφυγής και τον σχετικό ισχυρισμό της προσφεύγουσας περί ασάφειας του ως άνω όρου, αλυσιτελώς προβάλλεται, δοθέντος ότι ο προσβαλλόμενος όρος εσφαλμένως έχει τεθεί από τον αναθέτοντα φορέα, κατά τα ως άνω κριθέντα. Σε κάθε περίπτωση ενδεχόμενες ασάφειες δύνανται να θεραπευθούν και με τη χορήγηση σχετικών διευκρινήσεων, οι οποίες και αποτελούν μέρος του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης.

16. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, θα πρέπει να ακυρωθούν οι όροι του άρθρου 2.2.5 β) της διακήρυξης, κατά το αίτημα της προσφεύγουσας, σύμφωνα με το σκεπτικό. Ως δε γίνεται δεκτό, ενόψει των

Αριθμός απόφασης: 307 / 2020

αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση ακύρωσης μέρους των απαιτούμενων προτύπων διασφάλισης ποιότητας και μέρους των προδιαγραφών και απαιτήσεων του τρόπου εκτέλεσης της προκηρυσσόμενης υπηρεσίας της θα πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της η διακήρυξη (πρβλ. ΣτΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. I-14527, σκέψεις 92-95). Ετέρωθεν νοείται ότι η αναθέτουσα αρχή δύναται να τροποποιήσει τους επίμαχους όρους, κατά τρόπο με τον οποίο να καθίστανται νόμιμοι, σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας, και, με την επιφύλαξη πλήρωσης των διατάξεων δημοσιότητας, ο διαγωνισμός να διεξαχθεί ως προβλέπει το λοιπό κανονιστικό πλαίσιο αυτού.

17. Επειδή, συνεπεία τούτων, η υπό κρίση Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και κατ'ακολουθίαν το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν.4412/2016)

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Ακυρώνει την με αριθμ. Διακήρυξη της Ανώνυμης Εταιρείας ηλεκτρονικού, δημόσιου, ανοικτού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την παραχώρηση της λειτουργίας των δημοτικών χώρων στάθμευσης και, με κριτήριο κατακύρωσης την χαμηλότερη τιμή για ένα έτος, συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 96.000,00€ χωρίς ΦΠΑ και δη τον όρο 2.2.5 β) αυτής σχετικά με την Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια που ορίζει ότι: «Η επάρκεια της οικονομικής και της χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου Αναδόχου αποδεικνύεται: α) [...] β) κατά την διάρκεια της τελευταίας κλεισμένης χρήσης (2018) πριν την δημοσίευση της παρούσας να έχουν εκτελέσει ανάλογες συμβάσεις λειτουργίας χώρων στάθμευσης με κύκλο εργασιών ύψους τουλάχιστον 150.000,00€ (άνευ ΦΠΑ)».

Αριθμός απόφασης: 307 / 2020

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στη προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 28 Φεβρουαρίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 18 Μαρτίου 2020.

Ο Πρόεδρος

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Η Γραμματέας

Τζέιμου Ελ. Γιάννακα

α.α.

Φωτεινή Ιωαν. Μαραντίδου