

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**ΜΟΝΟΜΕΛΕΣ ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνεδρίασε την 21 Απριλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Μέλος.

Για να εξετάσει (κατόπιν της Πράξης Προέδρου ΕΑΔΗΣΥ 28/2022 προς αναπλήρωση του Μέλους Σταυρούλα Κουρή και κατόπιν της ακυρωθείσας με την από 7-4-2022 κοινοποιηθείσας στην ΕΑΔΗΣΥ, ΔΕφΠειρ Α135/2022 απόφασης της σιωπηρής απόρριψης επί της ως άνω προσφυγής), την από 22-3-2022 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 619/23-3-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

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

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της διακήρυξης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης για ΑΣΦΑΛΙΣΤΡΑ ΜΕΤΑΦΟΡΙΚΩΝ ΜΕΣΩΝ, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 84.420,00 ευρώ, που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ .... την 8-3-2021 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α .... Συμπροσβάλλει δε και τη με Μον. ΑΔΑΜ ... διακήρυξη. Η αναθέτουσα υπέβαλε τις από 31-3-2021 Απόψεις της και ο προσφεύγων το από 23-4-2021 υπόμνημά του, εμπροθέσμως, κατά το ισχύον, κατά τον χρόνο της τότε κατάθεσης και ορισθείσας εξέτασης, δίκαιο, προ της από 29-4-2021 ορισθείσας αρχικώς εξέτασης ενώπιον του τότε 5<sup>ου</sup> Κλιμακίου ΑΕΠΠ.

Η υπόθεση πλέον εισήχθη με την Πράξη Προέδρου ΕΑΔΗΣΥ 28/2022, ενώπιον του Μονομελούς Κλιμακίου ΑΕΠΠ υπό τον νυν Εισηγητή, κατόπιν της ακύρωσης της προηγηθείσας σιωπηρής απόρριψης εκ του τριμελούς τότε Κλιμακίου και ενώ πλέον, προ της από 3-3-2022 έκδοσης της ως άνω δικαστικής απόφασης, πρό της από 28-2-2022 συζήτησης της αίτησης ακύρωσης κατά της προηγηθείσας σιωπηρής απόρριψης και της από 8-9-2021

άσκησης της αίτησης ακύρωσης και ήδη από 1-6-2021, η υπόθεση, βάσει του άρ. 136 Ν. 4782/2021, όπως τροποποίησε το άρ. 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016, πλέον υπάγεται, λόγω εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης, στην αρμοδιότητα του Μονομελούς Κλιμακίου ΑΕΠΠ και πλέον ΕΑΔΗΣΥ

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα  
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

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

2. Επειδή, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η από 22-3-2021, στρεφόμενη κατά της από 8-3-2021 δημοσιευθείσας στο ΚΗΜΔΗΣ διακήρυξης με Μοναδικό ΑΔΑΜ ..., της οποίας ο προσφεύγων δηλώνει γνώση την 16-3-2021, ήτοι εντός του δεκαπενθημέρου παραγωγής του οικείου από τη δημοσίευση, τεκμηρίου γνώσης, ενώ ο προσφεύγων, δραστηριοποιούμενος στον οικείο κλάδο δηλώνει ενδιαφέρον συμμετοχής, πλην όμως επικαλείται ότι ειδικώς ο ως άνω προσβαλλόμενος όρος, τον οποίο ρητά αναφέρει πως δεν πληροί, τον αποκλείει και καθιστούν αδύνατη ή ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του (και δη, αναφέροντας ακριβώς ότι δεν τον πληροί, κατά τη σελ. 9 της προσφυγής του), θεμελιώνοντας ούτως έννομο συμφέρον προς άσκηση της προσφυγής του, κατ' απόρριψη των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της αναθέτουσας. Επιπλέον, το γεγονός πως όπως η αναθέτουσα προβάλλει είχε μετάσχει σε διαδικασία με απαίτηση αντίστοιχη κατ' είδος με την νυν προσβαλλομένη, πλην όμως, σημαντικά μικρότερου ύψους, δεν αναιρεί, αλλά επιρρωνύει τη βλάβη του εκ του προσβαλλόμενου όρου, ενώ αδιάφορη είναι η εκ της αναθέτουσας επικαλούμενη μη υποβολή προσφυγών ή διαμαρτυριών από άλλους ενδιαφερομένους προς συμμετοχή οικονομικούς φορείς. Άλλωστε, ο προσφεύγων υπέβαλε προσφορά στη διαδικασία, πλην

όμως με ρητή επιφύλαξη, κατά την από 24-3-2021 οικεία τεχνική προσφορά του του συνυποβλήθηκε με την προσφορά του περί των ανωτέρω, ακριβώς προσβαλλόμενων όρων, επιφύλαξη που επανέλαβε και στο ΤΕΥΔ του στα ερωτήματα του ΜΕΡΟΥΣ IV. Συνεπώς, η προσφυγή κατά της με Μον. ΑΔΑΜ ... διακήρυξης, η οποία ουδόλως ματαιώθηκε, πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ο όρος 8.5.1 θεσπίζει την εξής απαίτηση «Θα πρέπει να έχουν (επί ποινή αποκλεισμού) καθαρή θέση πάνω από 100.000.000,00€ σύμφωνα, με τα διεθνή λογιστικά πρότυπα και με τον τελευταίο δημοσιευμένο ισολογισμό. Σε περίπτωση κοινοπραξίας, το κάθε μέλος αυτής (της κοινοπραξίας) θα πρέπει να έχει καθαρή θέση πάνω από 100.000.000,00€.».

Τα ανωτέρω έναντι ασφαλιζόμενου κεφαλαίου 3.880.000 ευρώ (συνολικά και για τις 2 ομάδες Α-Β, που συγκροτούν το υπό ανάθεση αντικείμενο, κατά το άθροισμα ασφαλιστέων οχημάτων του αντικειμένου της διακήρυξης, κατά τις σελ. 4 επ. αυτής, ως και τη συνημμένη στη διακήρυξη μελέτη. Περαιτέρω, κατά τη συνημμένη στη διακήρυξη μελέτη, ως και τον όρο 8.4.2 της διακήρυξης τα ασφαλιστήρια θα περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον κάλυψη για τα εξής «8.4.2.1 Για την ΟΜΑΔΑ Α Τα συμβόλαια ασφάλισης θα περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τις παρακάτω αναφερόμενες καλύψεις: 1. Αστική ευθύνη προς τρίτους. Α. Σωματικές βλάβες 1.000.000,00€ ανά άτομο Β. Υλικές ζημιές 1.000.000,00€ ανά γεγονός 2. Αστική ευθύνη προς τρίτους των εργαλείων κατά τη διάρκεια λειτουργίας τους (απορριματοφόρα, σάρωθρα, φορτωτές, πλυντήρια κάδων απορριμμάτων, υδροφόρες, γερανοφόρα) για σωματικές βλάβες 500.000,00€ και υλικές ζημιές 100.000,00€. 3. Αστική ευθύνη προς τρίτους από το μεταφερόμενο ή προεξέχον φορτίο για σωματικές βλάβες 500.000,00€ και υλικές ζημιές 100.000,00€. 4. Κάλυψη προσωπικού ατυχήματος οδηγού για 15.000,00€. 5. Πυρός/ Τρομοκρατικές ενέργειες 6. Κακόβουλες Ενέργειες 7. Κάλυψη νομικής προστασίας για 15.000,00€. 8. Φροντίδα ατυχήματος (τηλεφωνική επικοινωνία και υποβολή δήλωσης στον τόπο ατυχήματος). 9. Θραύση κρυστάλλων 10. Νομική Προστασία Τα λεωφορεία που χρησιμοποιεί σήμερα ο Δήμος για τις ανάγκες της δημοτικής συγκοινωνίας θα ασφαλισθούν

από την .... στα πλαίσια της προγραμματικής σύμβασης. Τα συμβόλαια ασφάλισης των λεωφορείων του Δήμου ... θα περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τις παρακάτω αναφερόμενες καλύψεις: 1. Αστική ευθύνη Α. Σωματικές βλάβες τρίτων και επιβαινόντων 1.220.000 (ανά θύμα) Β. Υλικές ζημιές τρίτων 1.220.000,00€ ανά γεγονός 2. Πυρός/ Τρομοκρατικές ενέργειες 160.000,00€. 3. Κακόβουλες Ενέργειες 160.000,00€. 4. Ζημιές από ανασφάλιστο όχημα 100.000,00€. 5. Κάλυψη προσωπικού ατυχήματος οδηγού για 15.000,00€. 6. Κάλυψη νομικής προστασίας για 15.000,00€. 7. Φροντίδα ατυχήματος (τηλεφωνική επικοινωνία και υποβολή δήλωσης στον τόπο ατυχήματος). 8. Θραύση κρυστάλλων 9. Επέκταση Α.Ε. εντός φυλασσόμενων. χώρων και κατά τη μεταφορά. 10. Νομική Προστασία 8.4.2.2 Για την ΟΜΑΔΑ Β Η ασφάλιση λέμβου (σκάφους) και μηχανής ισχύει με βάση τις ρήτρες του ... για Σκάφη Αναψυχής και η ασφάλιση Αστικής Ευθύνης ισχύει με βάση τους Όρους Ασφάλισης Αστικής Ευθύνης από Σκάφη. Τα συμβόλαια ασφάλισης θα περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τις παρακάτω αναφερόμενες καλύψεις: ΑΣΤΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΠΡΟΣ ΤΡΙΤΟΥΣ: σύμφωνα με το Νόμο 4256/2014, έως του ποσού των € 800.000,00.- με τα ακόλουθα ανώτατα όρια ανά ατύχημα, συμβάν και για όλη την περίοδο ασφάλισης: • Θάνατος / Σωματικές Βλάβες : - ανά πρόσωπο μέχρι 50.000,00.- € - με μέγιστο ποσό ανά συμβάν μέχρι 500.000,00.- € • Υλικές Ζημιές ανά συμβάν μέχρι 150.000,00.- € • Πρόκληση θαλάσσιας ρύπανσης ανά συμβάν μέχρι 150.000,00.- € Ενδεικτικά θα καλύπτονται: - Κίνδυνοι Θαλάσσης - Πυρκαγιά & Έκρηξη - Σεισμός, ηφαιστειακή έκρηξη ή κεραυνός- Πρόσκρουση - Ζημιές κατά την Ανέλκυση – Καθέλκυση - Κλοπή - Ζημιές στην προπέλα και το πόδι της μηχανής - Μηχανικές Βλάβες - Κακόβουλες Πράξεις - Τρομοκρατικές Ενέργειες - Πειρατεία - Δαπάνες για την αποφυγή ή περιορισμό απώλειας/ζημίας - Ζημιές στο σκάφος κατά την Οδική Μεταφορά εντός της Ελλάδας). - Νομική Προστασία Σκάφους Η ασφάλιση επίσης θα καλύπτει ως ανωτέρω οποιαδήποτε ευθύνη (Σωματικές βλάβες ή Υλικές ζημιές), κόστος ή έξοδα τα οποία προκύπτουν προς οποιονδήποτε ή από οποιονδήποτε με δεδομένο ότι οι λέμβοι θα χρησιμοποιούνται από το Δήμο ... για ναυαγοσωστικές υπηρεσίες Τα πιστοποιητικά που απαιτούνται από το

Υπουργείο ... θα είναι πάντα σε ισχύ και χωρίς εκκρεμείς παρατηρήσεις. Η λέμβος δεν θα ταξιδέψει σε αναξιόπλουνη κατάσταση εν γνώσει του Ασφαλιζομένου ή του Διαχειριστή του και θα κυβερνάται από άτομο που διαθέτει σε ισχύ τα νόμιμα έγγραφα πλοήγησης. ΥΔΑΤΑ ΠΛΕΥΣΗΣ : ελληνικά χωρικά ύδατα (στα επιτρεπόμενα από την άδεια όρια) Ως Νομική Προστασία νοείται η νομική προστασία οχήματος (& λεμβών) και οδηγού – χρηστών δηλαδή κάλυψη : της αμοιβής του δικηγόρου του συνόλου των δικαστικών εξόδων τις αμοιβές των δικαστικών επιμελητών και πραγματογνωμόνων τη δικαστική δαπάνη σε περίπτωση που επιδικαστεί στον αντίδικο Ο Δήμος δεν είναι υποχρεωμένος να ασφαλίσει όλα τα οχήματα (και λέμβους) που αναγράφονται στον ενδεικτικό προϋπολογισμό της μελέτης. Θα γίνονται αποδεκτές οι προσφορές που καλύπτουν όλα τα οχήματα (και λέμβους) και των δύο ομάδων.».

Επομένως, δεδομένου ότι η απαίτηση οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας περί ιδίων κεφαλαίων, σκοπεί προδήλως στην εξασφάλιση της απαιτούμενης ακριβώς κεφαλαιακής επάρκειας και ευρωστίας του αναδόχου, για να καλύψει τις ασφαλιστικές υποχρεώσεις που θα αναλάβει έναντι της αναθέτουσας, αλλά και προστησάντων αυτής ή και ασχέτων με αυτή τρίτων θυμάτων, θα πρέπει να τελεί σε μια σχέση αναλογίας όχι με αυτό καθαυτό το τίμημα της σύμβασης, ήτοι το ασφάλιστρο και την εκτιμώμενη αξία της νυν σύμβασης, αλλά με τις χρηματοοικονομικές υποχρεώσεις και ασφαλιστικούς κινδύνους που θα αναλάβει ο ασφαλιστής ανάδοχος δια της σύμβασης. Εν προκειμένω, όμως (βλ. αναλυτικά σε Απόφαση ΑΕΠΠ 491/2021 και σε Απόφαση ΑΕΠΠ 1085/2021, με παραπομπές στις οικείες διατάξεις νόμου), η φερεγγυότητα μίας ασφαλιστικής επιχείρησης προκύπτει από το Ελάχιστο Κεφάλαιο Φερεγγυότητας (Minimum Capital Requirement - MCR) και το Απαιτούμενο Κεφάλαιο Φερεγγυότητας (Solvency Capital Requirement - SCR). Αμφότερα τα ανωτέρω ποσά, αναφέρονται υποχρεωτικά στην έκθεση φερεγγυότητας και χρηματοοικονομικής κατάστασης (SFCR) η οποία δημοσιοποιείται σε ετήσια βάση από την ασφαλιστική επιχείρηση και συγκεκριμένα αναρτάται στην επίσημη ιστοσελίδα της κατά το ισχύον νομικό πλαίσιο. Περαιτέρω, προς αποσόβηση σχετικών κινδύνων, σύμφωνα με το

ισχύον νομικό πλαίσιο, πέραν των ανωτέρω, οι ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές επιχειρήσεις ενημερώνουν αμελλητί την Εποπτική Αρχή, μόλις διαπιστώσουν ότι δεν πληρούν ή υπάρχει κίνδυνος να μην πληρούν εντός του προσεχούς τριμήνου την Κεφαλαιακή Απαιτήση Φερεγγυότητας. Έτι περαιτέρω, εντός δύο μηνών από τη διαπίστωση της ως άνω μη συμμόρφωσής της, η ασφαλιστική ή αντασφαλιστική επιχείρηση υποβάλλει προς έγκριση στην Εποπτική Αρχή ρεαλιστικό σχέδιο οικονομικής ανάκαμψης, το οποίο προσδιορίζει και περιέχει όλα τα κατάλληλα και αναγκαία μέτρα, ώστε η επιχείρηση να επιτυγχάνει την αποκατάσταση του επιπέδου επιλέξιμων ιδίων κεφαλαίων που καλύπτουν την Κεφαλαιακή Απαιτήση Φερεγγυότητας ή τη μείωση του προφίλ κινδύνου της επιχείρησης, ώστε να εξασφαλιστεί η συμμόρφωση της επιχείρησης προς την Κεφαλαιακή Απαιτήση Φερεγγυότητας. Συγκεκριμένα, για τον υπολογισμό της Βασικής Κεφαλαιακής Απαιτήσης Φερεγγυότητας λαμβάνεται υπόψη η αβεβαιότητα στα αποτελέσματα των ασφαλιστικών και αντασφαλιστικών επιχειρήσεων σε σχέση τόσο με τις υφιστάμενες ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές υποχρεώσεις όσο και με τις νέες εργασίες που αναμένονται να αναληφθούν εντός των επομένων δώδεκα μηνών. Υπολογίζεται, ως συνδυασμός των κεφαλαιακών απαιτήσεων τουλάχιστον για τις ακόλουθες υποενότητες: α) του κινδύνου ζημιάς ή δυσμενούς μεταβολής στην αξία των ασφαλιστικών υποχρεώσεων, που προκύπτει από διακυμάνσεις στο χρόνο επέλευσης, στη συχνότητα και στη σφοδρότητα των ασφαλισμένων συμβάντων, καθώς και στο χρόνο και στο ποσό διακανονισμού των αποζημιώσεων (κίνδυνος ασφάλιστρου και τεχνικών προβλέψεων ασφαλίσεων κατά ζημιών), β) του κινδύνου ζημιάς ή δυσμενούς μεταβολής στην αξία των ασφαλιστικών υποχρεώσεων, που απορρέει από σημαντική αβεβαιότητα στις παραδοχές τιμολόγησης και δημιουργίας τεχνικών προβλέψεων, λόγω ακραίων ή έκτακτων συμβάντων (καταστροφικός κίνδυνος ασφαλίσεων κατά ζημιών). Επομένως, από το ίδιο το θεσμικό πλαίσιο των παρεχόμενων υπηρεσιών, το οποίο οπωσδήποτε μόνο του και ανεξαρτήτως των όρων της διακήρυξης θεσπίζει ρήτρες εξασφάλισης φερεγγυότητας των ασφαλιστικών επιχειρήσεων, ήτοι το ν. 4364/2016, ευχερώς προκύπτουν, τόσο οι απαιτήσεις φερεγγυότητας

των ασφαλιστικών εταιρειών όσο και το καθεστώς εποπτείας των ασφαλιστικών εταιρειών δια της Τράπεζας της Ελλάδας αλλά και ο τρόπος διασφάλισης της φερεγγυότητας και πρόληψης δια τακτικών πεδιοδικών διαφόρων τύπου ελέγχων, τόσο εσωτερικών όσο και εξωτερικών, ακόμη και σε περιπτώσεις απρόβλεπτων γεγονότων των καταστροφικών συμβάντων με σοβαρό αντίκτυπο περιλαμβανομένων. Όσον αφορά την ανάγκη οι συμμετέχουσες εταιρίες, λόγω της φύσης του αντικειμένου τους, να διαθέτουν υπερ-πολλαπλάσια κεφάλαια, όχι λαμβάνοντας υπόψιν μόνον μια ασφαλιστική σύμβαση, όπως η συγκεκριμένη, αλλά το σύνολο των ασφαλιστικών τους συμβάσεων λαμβάνοντας υπ' όψη τις υποχρεώσεις που μπορεί να προκύψουν σε περίπτωση επέλευσης των ασφαλιστικών υποχρεώσεων, σύμφωνα με το ισχύον θεσμικό πλαίσιο ευχερώς προκύπτει ότι και αυτές οι παράμετροι έχουν ληφθεί υπόψη σχετικά με τον έλεγχο φερεγγυότητας τους και πάντως, σχετική αιτίαση δεν δύναται να τεκμηριώσει υπερπολλαπλάσια απαίτηση, καθόσον σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου η προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης ανέρχεται σε 84.420 ευρώ όπου απαιτείται οι συμμετέχοντες να διαθέτουν καθαρή θέση ύψους 100.000.000 ευρώ, με συνέπεια η απαίτηση ιδίων κεφαλαίων να φθάνει στο προδήλως υπέρμετρο, δυσανάλογο και υπερβαίνον κάθε εύλογη σχετική διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας να θεσπίζει τις απαιτήσεις συμμετοχής, επίπεδο να αναλογεί κατά 1.184 φορές στην εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεση σύμβασης και πάνω από 26 φορές στο ασφαλιστέο κεφάλαιο. Ούτε το γεγονός πως ο νόμος δεν ορίζει συγκεκριμένο όριο για τέτοια, ως η νυν απαίτηση, εξαιρεί αυτήν από την αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού και της αναλογικότητας μεταξύ του περιεχομένου της, του περιοριστικού επί του ανταγωνισμού αποτελέσματος αυτής και του επιδιωκόμενου δι' αυτής σκοπού, που σε κάθε περίπτωση επιτάσσει μια σχέση καταρχήν μη πρόδηλης δυσαναλογίας, ως εν προκειμένω, μεταξύ ζητούμενων χρηματοοικονομικών αποτελεσμάτων και δη, ιδίων κεφαλαίων και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης. Αδιάφορο είναι πόσες επιχειρήσεις πληρούν το οικείο κριτήριο, αφού το δυσανάλογο αυτής και το παράνομο του περιορισμού του ανταγωνισμού που επιφέρει, δεν κρίνεται

αναγκαία με βάση ειδικώς τον αριθμό των αποκλεισμένων, αλλά από τη σχέση μέσων και σκοπού και τη δικαιολόγηση αυτής καθαυτής της απαίτησης, ακόμη και αν αποκλείει μόνο τον προσφεύγοντα (Απόφαση ΑΕΠΠ 238/2017). Η δε δυνατότητα στήριξης σε τρίτους, ουδόλως αναιρεί τη δυσανολογία και το παράνομο του ως άνω όρου, αφού η κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016 σχετικώς θεσπιζόμενη ευχέρεια, τίθεται προς ενδυνάμωση της δυνατότητας συμμετοχής σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και όχι, προς δικαιολόγηση παράνομων, δυσανάλογων και μη τελούντων σε εύλογη σχέση με τους επιδιωκόμενους σκοπούς, όρους. Τούτο ενώ σε κάθε περίπτωση, η ίδια η προσφυγή σε τέτοια στήριξη δεν συνιστά την καταρχήν επιλογή ενός ενδιαφερόμενου να μετάσχει οικονομικού φορέα, επαγόμενη κόστος και οπωσδήποτε δυσχέρεια επί της συμμετοχής του, συγχρόνως δε, η αποδοχή τέτοιου ισχυρισμού, θα καθιστούσε ανεπίδεκτο ελέγχου κάθε όρο περί κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και θα καθιστούσε άνευ αντικειμένου τις αρχές του άρ. 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016 («1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού ...»), ως και τη γενική περί κριτηρίων επιλογής ρήτρα του άρ. 75 παρ. 1 Ν. 4412/2016 («Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης.»), που αφορά άλλωστε και τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, που θα πρέπει να περιορίζονται στον ανάλογο και αναγκαίο μέτρο, προς τον σκοπό διασφάλισης εκτέλεσης του συμβατικού αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης (άρ. 75 παρ. 3 Ν. 4412/2016 «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....») Επιπλέον, το γεγονός πως επιτρέπεται η συμμετοχή δια σύμπραξης με άλλον οικονομικό φορέα, όχι μόνο δεν αναιρεί ούτε ως ή άλλως, τον δυσανάλογο χαρακτήρα του ως άνω όρου, αφού η δυνατότητα αυτή προβλέπεται εξ αρχής εκ του νόμου, προς διευκόλυνση συμμετοχής σε διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, συνυπάρχοντας με τις ομοίως στο νόμο προβλεπόμενες διατάξεις περί αναλογικότητας των όρων και απαιτήσεων συμμετοχής στη διαδικασία και προστασίας του ανταγωνισμού και ουδόλως, η δυνατότητα αυτή θεσπίστηκε προς δικαιολόγηση παράνομων απαιτήσεων. Αλλά και επιρρωνύει την καταχρηστικότητα της απαίτησης του όρου 8.5.1, αφού ακόμη και σε περίπτωση συμμετοχής ένωσης, ο όρος 8.5.1 θα πρέπει να τον πληροί διακριτά και αυτοτελώς έκαστο εκ των μελών της. Επιπλέον, αλυσιτελώς η αναθέτουσα αποπειράται να δικαιολογήσει την απαίτηση, επικαλούμενη τις ανά συμβάν και βλαπτόμενο πρόσωπο προβλεφθείσες εκ της διακήρυξης ανώτατες δυνατές καλύψεις επί κάθε ασφαλιστηρίου, αφού ουδόλως ένα υποθετικό άθροισμα ασφαλιστικών υποχρεώσεων που τυχόν προκύψουν κατά την εκτέλεση και λόγω συρροής ασφαλιστέων κινδύνων και ζημιών ορίζει το νυν συνιστάμενο στο ύψος της υπό ανάθεση σύμβασης, οικονομικό αντικείμενο αυτής. Άλλωστε, η φύση των ασφαλιστικών συμβάσεων είναι τέτοια, ώστε ο ασφαλιστής να αναλαμβάνει μεν θεωρητικό και ενδεχόμενο κίνδυνο που αντιστοιχεί στην κάλυψη μιας ζημίας πολύ μεγαλύτερης μεν του ασφαλίστρου, πλην όμως, ακριβώς ως ενδεχόμενο, η στάθμιση της πιθανότητας του οποίου μετά του ύψους της ζημίας, αν επέλθει (και όχι αυτή καθαυτή η ζημία, ανεξάρτητα πιθανότητας επέλευσης), συγκροτεί το αληθές οικονομικό βάρος της ασφαλιστικής επιχείρησης εκ της σύμβασης. Εξάλλου, ακριβώς προς τούτο, τα δυνητικά ανώτατα ποσά κάλυψης ανά συμβάν για κάθε ασφαλισμένο όχημα δεν συγκροτούν τυχόν υποχρεώσεις της ασφαλιστικής επιχείρησης, αλλά ένα αντικείμενο επί του οποίου εφαρμόζεται μια πιθανότητα αφενός περί επέλευσης του κινδύνου, αφετέρου περί του ποσού αυτού, που εν συνεχεία συγκροτούν το

αληθές αντικείμενο της συναλλακτικής υποχρέωσης. Άλλωστε, ακριβώς προς κάλυψη κινδύνων φερεγγυότητας ασφαλιστικών εταιρειών εκ της σώρευσης ζημιογόνων προς κάλυψη γεγονότων, προβλέπονται οι ανωτέρω εκτεθέντες εκ της ειδικής περί τέτοιων επιχειρήσεων και δραστηριοτήτων ασφάλισης, μηχανισμοί χρηματοοικονομικής ασφαλείας και κεφαλαιακής επάρκειας και φερεγγυότητας των οικείων ασφαλιστικών επιχειρήσεων. Επομένως, η διαμόρφωση απαίτησης χρηματοοικονομικών μεγεθών και καθαρής θέσης εκ της ασφαλιστικής επιχείρησης, με βάση συναγωγή αθροίσματος σώρευσης πολλαπλών κινδύνων επί του ανώτατου ποσού κάλυψης, δεν δύναται να δικαιολογηθεί και είναι προδήλως δυσανάλογη, δεδομένου ότι ούτως, πρώτον θα δύνατο να τεθούν απεριόριστες ή εξαιρετικά ευρείες και αναντίστοιχα μεγάλες με το αληθές αντικείμενο της σύμβασης, χρηματοοικονομικές υποχρεώσεις. Δεύτερον, το σφάλμα της ως άνω εκ της αναθέτουσας δικαιολόγησης καθίσταται σαφέστερο από το αν επί παραδείγματι, για τη νυν ΟΜΑΔΑ Α, 134 οχημάτων συνολικά, θεωρούνταν δια των ως άνω ως εύλογη απαίτηση 100 εκ. ευρώ καθαρής θέσης, είναι σαφές πως αν το άθροισμα των ανώτατων ανά όχημα καλύψεων συνιστούσε κριτήριο διαμόρφωσης απαίτησης για καθαρή θέση των ασφαλιστριών επιχειρήσεων, τότε, δεδομένου ότι στην Ελλάδα ασφαλιζονται ετησίως πάνω από 5 εκατομμύρια οχήματα, οι ασφαλιστικές επιχειρήσεις, που τα καλύπτουν, θα έπρεπε να διαθέτουν καθαρή θέση κατά πολλές φορές πολλαπλάσια της όλης οικονομίας της χώρας. Τούτο, ενώ άλλωστε, η απαίτηση για 100 εκ. ευρώ καθαρής θέσης υφίσταται ομοιογενώς και για την ΟΜΑΔΑ Β που αφορά 4 λέμβους συνολικά και 800.000 ευρώ ανώτατη συνολική κάλυψη ανά λέμβο, ήτοι ακόμη και αθροιστικό ασφαλιστικό κίνδυνο κάτω από το  $1/30^{\circ}$  της ως άνω απαίτησης καθαρής θέσης. Συνεπώς, σε συνέχεια των ανωτέρω, ο επίμαχος όρος του άρθρου 8.5.1 της διακήρυξης πάσχει και δη, όσον αφορά κάθε ομάδα της διαδικασίας, ακυρότητας, ως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, απορριπτόμενων των οικείων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής, αφού η εν λόγω απαίτηση είναι δυσανάλογη και δη ιδιαίτερως, αδικαιολόγητη, ασύνδετη αντικειμενικά με τον ευλόγως εξ αυτής επιδιωκόμενο σκοπό, υπέρμετρα περιοριστική του

ανταγωνισμού, ως και αντίθετη στο άρ. 75 παρ. 1 και 3 Ν. 4412/2016 και το άρ. 58 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Τούτο, δεδομένου ότι ουδόλως η οικεία απαίτηση προκύπτει ανάλογη με το αντικείμενο της σύμβασης, αντίθετα δε, προκύπτει προδήλως υπέρμετρη σε σχέση με αυτό και, σε συνδυασμό με τις ούτως ή άλλως εκ της ειδικής περί ασφαλιστικών επιχειρήσεων νομοθεσίας, που προσφέρει ήδη εξασφαλίσεις φερεγγυότητας και δη, κρινόμενες εκ του νομοθέτη ως ερπαρκείας, η επιπλέον αυτή απαίτηση, υπερβαίνοντας τόσο πολύ την αξία της υπό ανάθεση σύμβασης, περιορίζει άνευ αντικειμενικής δικαιολόγησης υπερβολικά τον ανταγωνισμό και είναι ως εκ τούτου ακυρωτέα.

4. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή εν μέρει η Προδικαστική Προσφυγή, καθ' ο μέρος στρέφεται κατά της με ΜΟΝΑΔΙΚΟ ΑΔΑΜ ... διακήρυξης. Να ακυρωθεί ο όρος 8.5.1 της ως άνω διακήρυξης, ως και η διακήρυξη στο σύνολο της, δεδομένου ότι σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών και ίδια προϋποθέσεων συμμετοχής, όπως στην υπό κρίση Διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣτΕ 1135/2010, ΕΑ ΣτΕ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004, ΔΕΕ Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, ENV AG Wienstrom GmbH κλπ., σκέψεις 92-95). Άλλωστε, οι ακυρούμενες διατάξεις δεν δύνανται να θεωρηθούν, ενώ η υποβολή προσφορά έχει λήξει, αναδρομικά μη ισχύουσες ειδικώς ως προς τους ήδη προσφέροντες, αφού άλλωστε, ισχύοντας κατά τον χρόνο των προσφορών, οπωσδήποτε υπάρχει το ενδεχόμενο να νόθευσαν τον ανταγωνισμό σε επίπεδο ενδιαφέροντος προς συμμετοχή, κατά το στάδιο προσφορών (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 1085/2021). Απορριπτέο τυγχάνει ως άνευ αντικείμενο, ως και άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενο, το επιμέρους αίτημα της προσφυγής, καθ' ο μέρος στρέφεται κατά της με Μον. ΑΔΑΜ ... διακήρυξης, που ήδη, όπως ο προσφεύγων προβάλλει, ανακλήθηκε και η δι' αυτής διαδικασία ματαιώθηκε. και άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενο, το επιμέρους αίτημα της προσφυγής, καθ' ο μέρος στρέφεται κατά της με Μον. ΑΔΑΜ ... διακήρυξης, που ήδη, όπως ο προσφεύγων προβάλλει, ανακλήθηκε και η δι' αυτής διαδικασία ματαιώθηκε.

5. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί το παράβολο.

**ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τη με ΜΟΝΑΔΙΚΟ ΑΔΑΜ ... διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21-4-2021 και εκδόθηκε αυθημερόν.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ**

α/α

**ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΑΣΗΜΑΚΟΠΟΥΛΟΣ**