

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 9 Μαΐου 2022 με την εξής σύνθεση: Αθηνά Μπουζιούρη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ειρήνη Αψοκάρδου και Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 12/4/2022 με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 540/13-4-2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (η προσφεύγουσα) που εδρεύει στ... ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ... (η αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα, ως και

Κατά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (η παρεμβαίνουσα) που εδρεύει στο, οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η υπ' αριθ. ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, καθ' ό μέρος προσβάλλεται με την προδικαστική προσφυγή, δηλαδή να ακυρωθεί ο επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενος όρος του άρθρων 2.2.6. της διακήρυξης περίπτωση (3).

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια Αθηνά Μπουζιούρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε, εισπράχθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο, κατ' άρθρα 363 Ν. 4412/2016 και 5 ΠΔ 39/2017, παράβολο ποσού 5.506,00 ευρώ, όπως αυτό υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ποσού 1.101.142,90 ευρώ άνευ ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).

2. Επειδή, με την ως άνω Διακήρυξη προκηρύχθηκε από την

Αριθμός απόφασης: 797/2022

αναθέτουσα αρχή διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης «Παροχής Υπηρεσιών Καθαριότητας του Κεντρικού Νοσοκομείου, των Παραρτημάτων και των Δομών του» (CPV: ...) εκτιμώμενης αξίας 1.365.417,20 ευρώ (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ) για παροχή υπηρεσιών ενός έτους με δικαίωμα δίμηνης παράτασης. Ως κριτήριο κατακύρωσης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 28/4/2022 και ώρα 10:00. Με την υπ' αριθ. Α294/2022 απόφαση προσωρινών μέτρων της ΑΕΠΠ (ήδη ΕΑΔΗΣΥ) ανεστάλη η διαγωνιστική διαδικασία μέχρι την έκδοση απόφασης της Αρχής επί της προδικαστικής προσφυγής.

3. Επειδή, προκήρυξη της σύμβασης εστάλη στην Υπηρεσία Επισήμων Εκδόσεων των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στις 15.03.2022, η δε Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 18/3/2022 με ΑΔΑΜ ..., καθώς επίσης και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ (Α/Α ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ: ...).

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικείμενου της σύμβασης (υπηρεσία), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, η δε ΑΕΠΠ (ήδη ΕΑΔΗΣΥ) ενώπιον της οποίας ασκήθηκε η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, η προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε νόμιμα δια του συστήματος «Επικοινωνία» του διαγωνισμού, ηλεκτρονικά υπογεγραμμένη και με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, στις 12/4/2022 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ (ήδη ΕΑΔΗΣΥ). Είναι δε και εμπρόθεσμη, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 περ. γ' Ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 18/3/2022.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα ασκεί την προδικαστική προσφυγή κατ' αρχήν με έννομο συμφέρον, καθόσον επικαλείται ότι, παρά το γεγονός ότι η

Αριθμός απόφασης: 797/2022

ίδια δραστηριοποιείται επαγγελματικά στην αγορά που αφορά ο προκείμενος διαγωνισμός και ενδιαφέρεται να συμμετάσχει σε αυτόν, η συμμετοχή της εμποδίζεται εξαιτίας του πληττόμενου όρου, ο οποίος, κατά τους ισχυρισμούς της, παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής και τα εφαρμοστέα κριτήρια επιλογής.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε την προδικαστική προσφυγή στην αρχική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 13/4/2022 και την κοινοποίησε διά της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 15/4/2022. Ωστόσο, δεν υπέβαλε απόψεις επί της προδικαστικής προσφυγής στην ΕΑΔΗΣΥ.

8. Επειδή, στις 26/4/2022 η παρεμβαίνουσα άσκησε εμπροθέσμως, εντός δεκαήμερου από την κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής, παρέμβαση δια της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης και με έννομο συμφέρον, καθόσον ισχυρίζεται ότι προτίθεται να συμμετάσχει στον διαγωνισμό βάσει της Διακήρυξης, της οποίας ζητείται η ακύρωση.

9. Επειδή, με την υπ' αριθ. 788/2022 Πράξη Προέδρου 1ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

10. Επειδή, με τη διάταξη του άρθρου 3 παρ. 1 Ν. 4912/2022 (ΦΕΚ Α' 59/17.03.2022), με έναρξη ισχύος κατ' άρθρο 30 του ίδιου Νόμου από τη δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, η «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)» του Ν. 4412/2016 (Α' 147) μετονομάστηκε σε «Ενιαία Αρχή Δημόσιων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ)», ενώ με τη διάταξη του άρθρου 17 παρ. 2 Ν. 4912/2022 ορίστηκε ότι «μέχρι την έκδοση της πράξης διορισμού Προέδρου και τουλάχιστον έξι (6) Συμβούλων της Ενιαίας Αρχής Δημόσιων Συμβάσεων του άρθρου 347 του ν. 4412/ 2016 και τη συγκρότηση Κλιμακίων σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 353 και την περ. ε' της παρ. 1 του άρθρου 356 του ν. 4412/2016, οι εκκρεμείς ενώπιον της Αρχής διαδικασίες εξέτασης προδικαστικών προσφυγών συνεχίζονται και ολοκληρώνονται από τα Κλιμάκια με τη σύνθεση που έχουν κατά την έναρξη ισχύος του παρόντος». Κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του παρόντος Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις και τις διατάξεις των άρθρων 365 Ν.

Αριθμός απόφασης: 797/2022

4412/2016, 13 ΠΔ 39/2017 όπως ισχύουν.

11. Επειδή, η προσφεύγουσα βάλλει με την κρινόμενη προσφυγή κατά της απαίτησης του άρθρου 2.2.6.3 της Διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία *«Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι διαγωνιζόμενοι απαιτείται: ... Να μην εμφανίζουν ζημία τις 3 τελευταίες κλεισμένες χρήσεις. Σε περίπτωση που η συμμετέχουσα εταιρεία ανήκει σε όμιλο εταιρειών, επιπρόσθετα θα πρέπει να μην εμφανίζει ζημία ο όμιλος σε καμία από τις 3 τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις»*. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο ανωτέρω όρος μη νομίμως συμπεριελήφθη στην Διακήρυξη, διότι: α) παρά το γεγονός ότι πρόκειται για απαίτηση που αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των οικονομικών φορέων, εντάσσεται στις απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 75 και του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' Ν. 4412/2016, όπου απαριθμούνται εξαντλητικά τα στοιχεία που μπορούν να απαιτούνται ως κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, β) ότι ο πληττόμενος όρος είναι ασαφής, στο μέτρο που δεν αναφέρει συγκεκριμένα ποιες είναι οι τρεις τελευταίες κλεισμένες χρήσεις, γ) ότι ο πληττόμενος όρος είναι ασαφής για τον επιπρόσθετο λόγο ότι δεν εξειδικεύεται εάν η απαίτηση συνίσταται σε θετικά αποτελέσματα μετά ή προ φόρων, δ) ότι ο πληττόμενος όρος που αναφέρεται στην κερδοφορία των οικονομικών φορέων κατ' έτος μπορεί, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, μεμονωμένα να μην πλήττει τις μικρομεσαίες επιχειρήσεις, αλλά λαμβάνοντας υπόψη ότι απαιτείται η πλήρωσή του σωρευτικά με τα λοιπά οριζόμενα κριτήρια επιλογής χρηματοοικονομικής και οικονομικής επάρκειας του άρθρου 2.2.5 είναι παράνομος και ακυρωτέος, ε) ότι η επέκταση της ανωτέρω απαίτησης περί μη εμφάνισης ζημιών στις τρεις τελευταίες κλεισμένες χρήσεις Ομίλου, σε περίπτωση που ο διαγωνιζόμενος ανήκει σε τέτοιο, περιορίζεται δυσανάλογα τον ανταγωνισμό.

12. Επειδή, οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια κατά τον καθορισμό των ειδικότερων κριτηρίων και απαιτούμενων επιπέδων οικονομικής-χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας, ώστε να διασφαλίζεται η άρτια εκτέλεση της σύμβασης και δι' αυτής η επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού δημοσίου συμφέροντος, τηρώντας παράλληλα τις αρχές της ισότητας και της αναλογικότητας.

Αριθμός απόφασης: 797/2022

Ειδικότερα, σύμφωνα με την κατ' άρθρο 18 Ν. 4412/2016 εφαρμοστέα στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων αρχή της αναλογικότητας, οι οριζόμενες από τη Διακήρυξη ελάχιστες απαιτήσεις συμμετοχής, οι οποίες, από την φύση τους, μειώνουν τον αριθμό των δυνάμενων να υποβάλουν προσφορά, πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίες και πρόσφορες για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. Επιπροσθέτως, οι εν λόγω απαιτήσεις πρέπει να είναι συναφείς με το αντικείμενο της σύμβασης και να μην περιορίζουν την ελευθερία του ανταγωνισμού υπέρμετρα ή τεχνητά, με σκοπό την αδικαιολόγητα ευμενή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων (βλ. ΕΑΣΤΕ 117/2021, 335/2019, 203/2018, πρβλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ). Και ναι μεν όπως έχει κριθεί, η Διακήρυξη, ως κανονιστική πράξη, δεν απαιτείται να φέρει αιτιολογία (ΣΤΕ 434/2021, 1463/2015), αλλά η κατ' ενάσκηση διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής επιλογή των κατά τα άνω ελάχιστων απαιτήσεων συμμετοχής είναι αιτιολογητέα, προκειμένου να καθίσταται εφικτός ο έλεγχος της νόμιμης άσκησης της διακριτικής ευχέρειας και της τήρησης των άκρων ορίων αυτής (πρβλ ΟΛΣΤΕ 721/1969), εν προκειμένω δε και της τήρησης της αρχής της αναλογικότητας από την αναθέτουσα αρχή. Στην περίπτωση δε αμφισβήτησης των κανονιστικών όρων Διακήρυξης ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, ενόψει του ότι η κανονιστικού χαρακτήρα Διακήρυξη δεν φέρει υποχρεωτικά αιτιολογία, η επιλογή των πληττόμενων απαιτήσεων μπορεί να παρατίθεται με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής (πρβλ. ΔΕφΠειρ 44/2018).

13. Επειδή, περαιτέρω, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 Ν. 4412/2016, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ο προσφεύγων βάλλει κατά όρου της Διακήρυξης με έννομο συμφέρον, αυτός θα πρέπει να επικαλεστεί άμεση βλάβη προκαλούμενη από τον πληττόμενο όρο, ο οποίος παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη

Αριθμός απόφασης: 797/2022

διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την (λυσίτελή) συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. Ε.Α. 352/2018, 86/2018 κ.ά.). Συνεπώς, ως επίκληση βλάβης, υπό την έννοια αυτή, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση και ανάδειξη των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων στοιχείων, που αφορούν την νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, και ως εκ των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (πρβλ. ΕΑΣΤΕ 146-148/2016 Ολ., 1140, 1137, 977/2010, 1149, 1102-3, 1046-7/2009, 14/2006 κ.α.). Η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος προς άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της διακήρυξης απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητά της όσο και κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων αυτής (βλ. Ε.Α. 352/2018, 86/2018).

14. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται **πρώτον** ότι ο πληττόμενος όρος είναι μη νόμιμος, διότι, κατά παράβαση των οικείων διατάξεων του άρθρου 75 και του Παραρτήματος XII Ν. 4412/2016, αυτός εντάσσεται στους περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας όρους της Διακήρυξης, ενώ στην πραγματικότητα ανάγεται σε προσόν οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Ενόψει των γενομένων δεκτών στην προηγούμενη σκέψη, ο προκείμενος ισχυρισμός είναι απορριπτέος, διότι προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα δεν επικαλείται ότι η συγκεκριμένη προβαλλόμενη πλημμέλεια της Διακήρυξης της προκαλεί βλάβη, εξειδικεύοντας τους λόγους για τους οποίους η ένταξη της απαίτησης στις περί τεχνικής ικανότητας διατάξεις, αντί για τις διατάξεις περί οικονομικής επάρκειας, εμποδίζει ή δυσχεραίνει ουσιωδώς την συμμετοχή της στον Διαγωνισμό. Περαιτέρω, αυτή καθαυτή η ένταξη της πληττόμενης απαίτησης στις περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας διατάξεις της Διακήρυξης, ανεξαρτήτως της νομιμότητάς της ή μη, δεν προκαλεί αφεαυτής άμεση βλάβη στην προσφεύγουσα, δεδομένου ότι, και εντασσόμενη στις περί

Αριθμός απόφασης: 797/2022

χρηματοοικονομικής και οικονομικής επάρκειας διατάξεις της Διακήρυξης, η συγκεκριμένη απαίτηση θα θέτει το ίδιο εμπόδιο συμμετοχής της προσφεύγουσας στον διαγωνισμό. Ανεξαρτήτως, επομένως, του γεγονότος ότι τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας ρυθμίζονται εξαντλητικά από τις διατάξεις του άρθρου 75 παρ. 4 Ν. 4412/2016 και αποδεικνύονται με τα απαριθμούμενα επίσης εξαντλητικά στοιχεία του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' (βλ. ΔΕΕ απόφαση της 10/12/2021, C-368/2010, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών, σκ. 105, ΔΕφΘεσ/νίκης 63/2018, σκ. 9, Κατευθυντήρια Οδηγία ΕΑΔΗΣΥ 13, σελ. 15-17) και ότι η πληττόμενη απαίτηση προσιδιάζει σε κριτήριο χρηματοοικονομικής και οικονομικής επάρκειας (πρβλ. ΕΑΣΤΕ 56/2020, σκ. 19), η επίκληση της εν λόγω παράβασης εκ μέρους της προσφεύγουσας, όσο σοβαρή και εάν είναι αυτή, δεν είναι αρκετή, όπως προαναφέρθηκε (βλ. σκέψη 13), για την θεμελίωση του έννομου συμφέροντός της να προβάλει τον προκείμενο ισχυρισμό. **Δεύτερον**, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο πληττόμενος όρος είναι ασαφής, διότι δεν διευκρινίζεται στην Διακήρυξη συγκεκριμένα ποιες είναι οι τρεις τελευταίες κλεισμένες χρήσεις, και συγκεκριμένα δεν ορίζεται ρητώς εάν η τελευταία κλεισμένη χρήση είναι αυτή του έτους 2020 ή του έτους 2021. Και στην περίπτωση αυτή, η προσφεύγουσα δεν επικαλείται συγκεκριμένη βλάβη από την προβαλλόμενη πλημμέλεια του όρου της Διακήρυξης ούτε εξειδικεύει κατά ποιον τρόπο εμποδίζεται ή δυσχεραίνεται ουσιωδώς εξαιτίας της η συμμετοχή της στον διαγωνισμό, λαμβανομένου ιδίως υπόψη ότι, κατά τους ισχυρισμούς της τόσο η χρήση του 2020 όσο και αυτή του 2021 ήταν κερδοφόρες για την ίδια, ενώ σε κάθε περίπτωση η ζημιογόνα χρήση του 2019 βρίσκεται μεταξύ αυτών για τις οποίες πρέπει να συντρέχει το πληττόμενο προσόν συμμετοχής. Τέτοιους δε ισχυρισμούς δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι συνιστούν τα αναφερόμενα στην προδικαστική προσφυγή περί του ότι η χρήση του 2021 μπορεί μεν να έχει κλείσει λογιστικά, χωρίς, όμως, να έχει κλείσει ο ισολογισμός και οι λοιπές χρηματοοικονομικές καταστάσεις, ενόψει και της ευχέρειας που παρέχει η διακήρυξη στους διαγωνιζομένους να ζητούν διευκρινίσεις, προς άρση τυχόν αμφισβητήσεων ως προς την έννοια των τιθέμενων με αυτήν όρων (πρβλ. ΣΤΕ 1259/2019, σκ. 6). **Τρίτον**, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο πληττόμενος όρος είναι ασαφής, επειδή δεν διευκρινίζεται εάν οι ζημίες είναι

Αριθμός απόφασης: 797/2022

προ φόρων ή μετά φόρων. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι κατά την διαχειριστική χρήση του 2019 η ίδια παρουσιάζει αρνητικό αποτέλεσμα (ζημίες) μετά φόρων, ενώ αντιθέτως θετικό αποτέλεσμα (κέρδη) προ φόρων. Σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις του Ν. 4308/2014 περί Ελληνικών Λογιστικών Προτύπων, αυτά εφαρμόζονται κατά το άρθρο 2 του ανωτέρω νόμου σε όλες τις οντότητες από ατομικές επιχειρήσεις έως ανώνυμες εταιρείες (πλην ειδικών εξαιρέσεων που προβλέπει ο νόμος). Στο Παράρτημα Α' του ανωτέρω νόμου περιέχονται πίνακες βάσει των οποίων καταρτίζονται οι ετήσιες χρηματοοικονομικές καταστάσεις των οικονομικών οντοτήτων, στις οποίες τα αποτελέσματα της χρήσης προβλέπεται να απεικονίζονται τόσο προ φόρων όσο και μετά φόρων. Ενόψει των ανωτέρω, όπως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η έλλειψη ρητού προσδιορισμού στην Διακήρυξη εάν απαιτείται οι οικονομικοί φορείς να μην εμφανίζουν αρνητικά αποτελέσματα, δηλαδή ζημιά, προ φόρων ή μετά φόρων δημιουργεί ασάφεια δυσχεραίνουσα ουσιωδώς την συμμετοχή στον διαγωνισμό, καθόσον η αμφισημία του όρου καταλείπει στα αρμόδια όργανα της αναθέτουσας ανεπίτρεπτη ευχέρεια να προβούν σε διαφορετικές ερμηνείες της πληττόμενης απαίτησης κατά τον έλεγχο των προϋποθέσεων συμμετοχής στον διαγωνισμό. Η δε ασάφεια αυτή επιτείνεται από το γεγονός ότι οι περί αποδεικτικών μέσων διατάξεις της Διακήρυξης ουδέν αναφέρουν ως προς τα απαιτούμενα για την απόδειξη της συγκεκριμένης απαίτησης δικαιολογητικά, ώστε να προσδιορίζεται ποια στοιχεία θα λάβει υπόψη τη η αναθέτουσα αρχή για την διαπίστωση της συνδρομής του προκειμένου προσόντος συμμετοχής στο πρόσωπο των διαγωνιζομένων. Ως εκ τούτου, ο προκειμένος ισχυρισμός της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτός. **Τέταρτον**, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι ο προσβαλλόμενος όρος μεμονωμένα δεν πλήττει τις μικρομεσαίες επιχειρήσεις, αλλά είναι παράνομος και ακυρωτέος λαμβανομένου υπόψη ότι απαιτείται η πλήρωσή του σωρευτικά με τα λοιπά οριζόμενα κριτήρια επιλογής χρηματοοικονομικής και οικονομικής επάρκειας του άρθρου 2.2.5. είναι απορριπτέος. Και τούτο, διότι - πέραν του γεγονότος ότι η νομιμότητα και η αναλογικότητα κάθε μίας από τις απαιτήσεις της Διακήρυξης κρίνεται αυτοτελώς σε αναφορά με τον επιδιωκόμενο με την έκαστης εξ αυτών σκοπό (πρβλ. ΕλΣυν 327/2022, 1160/2021 σκ. 24.1, 602/2021 σκ. 7.8, 282/2021 σκ. 6.5) και, εν προκειμένω, ο προσφεύγων

Αριθμός απόφασης: 797/2022

συνομολογεί ότι η πληττόμενη απαίτηση δεν θίγει αφεαυτής τον ανταγωνισμό – ο εν λόγω ισχυρισμός προβάλλεται πρωτίστως άνευ εννόμου συμφέροντος, διότι και στην περίπτωση αυτή δεν εξειδικεύεται με ποιον τρόπο ο συνδυασμός των απαιτήσεων της Διακήρυξης εμποδίζει ή δυσχεραίνει ουσιαδώς την συμμετοχή της προσφεύγουσας στον διαγωνισμό, δεδομένου ότι αυτή, κατά τους ισχυρισμούς της, με εξαίρεση την ζημιογόνα χρήση του 2019, πληροί τα λοιπά προσόντα συμμετοχής, κατά των οποίων, άλλωστε, δεν στρέφεται με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή. Σε κάθε δε περίπτωση, ο προκείμενος ισχυρισμός είναι απορριπτέος, διότι προβάλλεται όλως αορίστως. Ειδικότερα, παρά το γεγονός ότι η προσφεύγουσα αναφέρεται γενικώς στις περί τήρησης των αρχών της αναλογικότητας, με τις ιδιαίτερες εκφάνσεις της, υποχρεώσεις της αναθέτουσας αρχής, αυτή δεν αμφισβητεί κατά τρόπο ορισμένο ότι οι εν λόγω απαιτήσεις είτε δεν συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης είτε δεν είναι πρόσφορες και αναγκαίες για την εξυπηρέτηση των σκοπών, για τους οποίους θεσπίστηκαν.

Τέλος, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της ειδικότερης πρόβλεψης του πληττόμενου όρου να μην παρουσιάζει ζημίες κατά τις τρεις τελευταίες κλεισμένες χρήσεις ούτε ο Όμιλος, στον οποίο τυχόν ανήκει ο διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα, ισχυριζόμενη ότι η ίδια ανήκει σε Όμιλο εταιρειών, προβάλλει ότι η απαίτηση αυτή δεν συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης, διότι η παροχή υπηρεσιών καθαριότητας στην αναθέτουσα αρχή δεν παρουσιάζει ειδικά χαρακτηριστικά, οικονομική πολυπλοκότητα ή στενά περιθώρια εκτέλεσης, τα οποία να δικαιολογούν την ανάγκη θέσπισης της επίμαχης απαίτησης για ολόκληρο τον Όμιλο, στον οποίο τυχόν ανήκει ο διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας, ενώ αμφισβητεί και την αναλογικότητα της εν λόγω απαίτησης σε σχέση με τον σκοπό διαπίστωσης της οικονομικής ευρωστίας των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων. Οι εν λόγω ισχυρισμοί της προσφεύγουσας κρίνονται βάσιμοι, διότι, στην προκείμενη περίπτωση, από κανένα στοιχείο του ηλεκτρονικού φακέλου του διαγωνισμού δεν προκύπτει κατ' αρχήν ο σκοπός τον οποίο εξυπηρετεί η προκείμενη απαίτηση και, έτι περαιτέρω, η προσφορότητα και η αναγκαιότητά της στο πλαίσιο της θέσπισης των απαιτήσεων διά των οποίων η αναθέτουσα αρχή διαπιστώνει την ικανότητα των διαγωνιζόμενων να εκτελέσουν την υπό ανάθεση σύμβαση παροχής συνήθων υπηρεσιών καθαριότητας νοσοκομείου,

Αριθμός απόφασης: 797/2022

για την οποία, άλλωστε, έχει τεθεί με την Διακήρυξη σειρά κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Επιπροσθέτως, με έννομο συμφέρον, καθόσον ισχυρίζεται ότι η ίδια προτίθεται να στηριχτεί σε ικανότητες έτερης επιχείρησης του ίδιου Ομίλου, και βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι με την εν λόγω απαίτηση περιορίζεται αναιτιολόγητα και δυσανάλογα και η δυνατότητα παροχής δάνειας ικανότητας από επιχείρηση του ίδιου Ομίλου, αφού θα ισχύει και για την δανείζουσα επιχείρηση ο περιορισμός της μη εμφάνισης ζημιών στο επίπεδο του Ομίλου. Και στην περίπτωση αυτή δεν προσδιορίζεται ούτε δύναται να συναχθεί από κανένα από τα στοιχεία του ηλεκτρονικού φακέλου του διαγωνισμού ο σκοπός θέσπισης του εν λόγω περιορισμού και, περαιτέρω, η αναλογικότητα, η προσφορότητα και η αναγκαιότητά του στο πλαίσιο του προκείμενου διαγωνισμού ανάθεσης συνήθων υπηρεσιών καθαριότητας νοσοκομείου. Η δε αναθέτουσα αρχή δεν υπέβαλε απόψεις, προκειμένου να παραθέσει αιτιολογία για την θέσπιση της εν λόγω απαίτησης, με αναφορά στον σκοπό, τον οποίο αυτή εξυπηρετεί, την προσφορότητα και την αναγκαιότητά της σε σχέση με αυτόν και την σύνδεσή της με το αντικείμενο της σύμβασης. Επομένως, κατόπιν αποδοχής των προαναφερθέντων ισχυρισμών της προσφεύγουσας, ο πληττόμενος όρος της Διακήρυξης πρέπει να ακυρωθεί κατά τα άνω, απορριπτομένων των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας ότι η προσφεύγουσα θα έπρεπε να τον προσβάλλει και στο μέτρο που αυτός συμπεριλαμβάνεται στις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης (σελ. 61), διότι η επανάληψη των κριτηρίων επιλογής στο παράρτημα της Διακήρυξης, στο οποίο η αναθέτουσα αρχή επέλεξε να επαναλάβει τις εν γένει προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, ουδεμία νομική επιρροή ασκεί, δεδομένου ότι αφενός από την συστηματική ένταξη και το περιεχόμενο του πληττόμενου όρου στην Διακήρυξη προκύπτει ότι αυτός αποτελεί κριτήριο επιλογής και αφετέρου ότι στην προδικαστική προσφυγή προσδιορίζεται σαφώς η πληττόμενη απαίτηση και οι προβαλλόμενοι κατ' αυτής λόγοι.

15. Επειδή, ενόψει των γενομένων δεκτών ανωτέρω, πρέπει να ακυρωθεί ο πληττόμενος όρος κατά το μέρος του που δεν προσδιορίζει εάν η θεσπιζόμενη απαίτηση συνίσταται στην μη εμφάνιση ζημιών προ ή μετά φόρων, καθώς επίσης και κατά το μέρος του που απαιτεί, στην περίπτωση

Αριθμός απόφασης: 797/2022

που η συμμετέχουσα εταιρεία ανήκει σε όμιλο εταιρειών, να μην εμφανίζει ζημία ο όμιλος σε καμία από τις τρεις τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις.

16. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση στο σύνολό της.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, σύμφωνα με το σκεπτικό, η παρέμβαση να απορριφθεί, και να οριστεί η επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει τον όρο της υπ' αριθ. ... (αριθ. πρωτ. ...) Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής οι διαγωνιζόμενοι «να μην εμφανίζουν ζημία τις 3 τελευταίες κλεισμένες χρήσεις. Σε περίπτωση που η συμμετέχουσα εταιρεία ανήκει σε όμιλο εταιρειών, επιπρόσθετα θα πρέπει να μην εμφανίζει ζημία ο όμιλος σε καμία από τις 3 τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις», κατά το σκεπτικό, ως προς την παράλειψη να προσδιοριστεί εάν η θεσπιζόμενη απαίτηση συνίσταται στην μη εμφάνιση ζημιών προ ή μετά φόρων, καθώς επίσης και ως προς την απαίτηση, στην περίπτωση που η συμμετέχουσα εταιρεία ανήκει σε όμιλο εταιρειών, να μην εμφανίζει ζημία ο όμιλος σε καμία από τις τρεις τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 9 Μαΐου 2022 και εκδόθηκε στις 27 Μαΐου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΑΘΗΝΑ ΜΠΟΥΖΙΟΥΡΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ