

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Ιουλίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ιωάννα Θεμελή, Πρόεδρος, Ειρήνη Αψοκάρδου Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την:

1) από 15.06.2020 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 741/16-6-2020 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «πρώτη προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ..., επί της οδού ..., αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

2) την από 18.06.2020 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 756/18-6-202 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «δεύτερη προσφεύγουσα»), που εδρεύει στα ..., επί της οδού ..., αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Με την προδικαστική προσφυγή η πρώτη προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί ο υπ' αριθ. όρος 2.2.9. και το τμήμα Β6 του όρου 2.2.10.2 της υπ' αριθμ. πρωτ: ... προσβαλλόμενης Διακήρυξης και επικουρικά, η πρόσληψη των απαιτούμενων υπαλλήλων να γίνει στο χρονικό σημείο υπογραφής της σύμβασης και όχι διενέργειας του διαγωνισμού

Με την προδικαστική προσφυγή η δεύτερη προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη, άλλως να μεταρρυθμιστεί με την απάλειψη των όρων 2.2.9 και Β.6 (σελ. 33) και την αντικατάστασή τους με όρους που θα επιτρέπουν το δικαίωμα συμμετοχής σε υποψηφίους αναδόχους που δεν απασχολούν ήδη στο Νομό ... τουλάχιστον 15 άτομα κατά την περίοδο του διαγωνισμού στον τομέα της παροχής

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

υπηρεσιών καθαριότητας κτιρίων (εργατών-εργατριών) κατοίκων του νομού ..., καθώς και να μεταρρυθμιστεί ο όρος 2.2.7 ώστε τα τρία αιτούμενα ISO να περιορίζονται στις υπηρεσίες καθαρισμού βάσει του CPV της Διακήρυξης ...-Υπηρεσίες καθαρισμού κτιρίων.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ειρήνη Αποκάρδου
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης πρώτης προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.566,20 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 15.06.2020 πληρωμή στην ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης, εκτιμώμενης αξίας 313.237,62 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης δεύτερης προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.566,19 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 18.06.2020 πληρωμή στην ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης, εκτιμώμενης αξίας 313.237,62 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3. Επειδή με την υπ' αριθμό πρωτ. ... διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ηλεκτρονικό διεθνή δημόσιο ανοικτό διαγωνισμό με τίτλο «Εργασίες Καθαριότητας Δημοτικών Κτιρίων και Ιατρείων για ένα έτος», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 388.414,65 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

4.Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ με ΑΔΑΜ ... στις 2.06.2020, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

5.Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

6.Επειδή η υπό εξέταση πρώτη προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 15.06.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 2.06.2020 και η πρώτη προσφεύγουσα, κατά δήλωσή της, έλαβε γνώση στις 4-06-2020, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την πρώτη προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν . 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. γ) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή η υπό εξέταση δεύτερη προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 19.06.2020 σε ορθή επανάληψη στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 2.06.2020 και η δεύτερη προσφεύγουσα, κατά δήλωσή της, έλαβε γνώση στις 15-06-2020, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την δεύτερη προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν . 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. γ) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, όσον αφορά τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, η προσφεύγουσα πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτήν τους κανόνες που αφορούν τις

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ΣΤΕ 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

9. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, βάσει της λεκτικής διατύπωσης του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, το έννομο συμφέρον δύναται να θεμελιωθεί και επί τη βάσει της ενδεχόμενης βλάβης, εφόσον, παρέχεται επαρκής τεκμηρίωση των λόγων που αποδεικνύουν με ενάργεια τον επικείμενο κίνδυνο, χωρίς να απαιτείται για την υποβολή προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, να συνιστά ο προσφεύγων συμμετέχοντα στο διαγωνισμό (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 11ης-1-2005, C-26/03, *StadtHalle*, σκέψη 40).

10. Επειδή η πρώτη προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής, ως βλαπτόμενη, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρου της διακήρυξης ο οποίος, κατά τους ισχυρισμούς της, προσκρούει στον νόμο και καθιστά αδύνατη τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό στον οποίο επιθυμεί να συμμετάσχει ή τη δυσχεραίνει ουσιωδώς, καθώς δηλώνει αφενός μεν ότι δραστηριοποιείται στην παροχή υπηρεσιών που εμπίπτουν στο αντικείμενο της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, ότι επιθυμεί να λάβει μέρος και ότι στερείται αυτής της δυνατότητας λόγω των προσβαλλόμενων όρων της εν θέματι Διακήρυξης.

Περαιτέρω, η πρώτη προσφεύγουσα αιτείται, επικουρικά, η πρόσληψη των απαιτούμενων υπαλλήλων να γίνει στο χρονικό σημείο υπογραφής της σύμβασης, ήτοι την τροποποίηση όρου της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, ωστόσο το αίτημα αυτό απαραδέκτως προβάλλεται, καθώς η ΑΕΠΠ επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνει ολικώς ή μερικώς την προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνει την παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 367 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και δεν έχει εξουσία να τροποποιήσει

την προσβαλλόμενη πράξη, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (ΕΑ ΣΤΕ 54/2018).

11. Επειδή η δεύτερη προσφεύγουσα έχει, κατ'αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής, ως βλαπτόμενη, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης οι οποίοι, κατά τους ισχυρισμούς της, προσκρούουν στο εθνικό και ενωσιακό δίκαιο και καθιστούν αδύνατη τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό στον οποίο επιθυμεί να συμμετάσχει ή τη δυσχεραίνει ουσιωδώς, καθώς δηλώνει ότι: *«Η εταιρεία ... ιδρύθηκε τον Δεκέμβριο του 2007. Σήμερα η ... είναι μια γοργά αναπτυσσόμενη εταιρεία, η οποία, χαίρει της ομόφωνης αναγνώρισης των πελατών της, λόγω της ποιότητας των υπηρεσιών της και την εξειδίκευση στην άρτια διαχείριση των τεχνικών καθαρισμού, καθώς και της λειτουργίας, συντήρησης και διαχείρισης τεχνικών εγκαταστάσεων, προσαρμοσμένων στις ανάγκες της ελληνικής αγοράς στον τομέα της παροχής υπηρεσιών στον δημόσιο & τον ιδιωτικό τομέα.*

Η εταιρεία μας δραστηριοποιείται με επιτυχία στον τομέα της παροχής υπηρεσιών καθαριότητας προς το δημόσιο και στην επικράτεια του Νομού ..., εκτελώντας ή έχοντας εκτελέσει πλήρως, εμπροθέσμως και προσηκόντως τις ακόλουθες δημόσιες συμβάσεις: [ακολουθεί πίνακας με συμβάσεις] [...] Ωστόσο, οι προσβαλλόμενοι όροι της Διακήρυξης εμποδίζουν την συμμετοχή μας στον προκηρυχθέντα από το Δήμο ... διαγωνισμό και κατά συνέπεια η εταιρεία μας προτίθεται να συμμετάσχει στον επίδικο διαγωνισμό με ρητή επιφύλαξη. Η εταιρεία μας επιδιώκει την ακύρωση άλλως πως τη μεταρρύθμιση της προσβαλλόμενης διακήρυξης στο μέτρο που οι προσβαλλόμενοι όροι εμποδίζουν τη συμμετοχή της σε αυτόν.

Η εταιρεία μας έχει λοιπόν άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, αφού ως επιχείρηση δραστηριοποιείται στην παροχή υπηρεσιών καθαριότητας, έχει συμφέρον να της ανατεθεί η υπό ανάθεση σύμβαση και είναι σε θέση να εκτελέσει με επιτυχία το προκηρυσσόμενο έργο, πλην όμως η συμμετοχή της στον διαγωνισμό καθίσταται αδύνατη εξαιτίας των πληττομένων με αυτήν όρων και δεδομένου ότι προδιαγράφεται άμεσα εις βάρος της το αποτέλεσμα του, λόγω

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

αδυναμίας της να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (βλ. ΕΑ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 148/2016 Ολομ).»

Περαιτέρω, η δεύτερη προσφεύγουσα αιτείται την τροποποίηση των προσβαλλόμενων όρων της Διακήρυξης, ωστόσο το αίτημα αυτό απαραδέκτως προβάλλεται, καθώς η ΑΕΠΠ επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνει ολικώς ή μερικώς την προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνει την παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 367 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και δεν έχει εξουσία να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (ΕΑ ΣΤΕ 54/2018).

12. Επειδή στις 15.06.2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό κρίση πρώτης προσφυγής σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

13. Επειδή στις 19.06.2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό κρίση δεύτερης προσφυγής σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

14. Επειδή με την με αριθμό 912/2020 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση πρώτης προσφυγής.

15. Επειδή με την με αριθμό 932/2020 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση δεύτερης προσφυγής.

16. Επειδή στις 23.06.2019 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις της στην ΑΕΠΠ μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 365

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

του ν. 4412/2016, επί αμφότερων των προδικαστικών προσφυγών, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν στην πρώτη και στη δεύτερη προσφεύγουσα.

17 Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 υποπαρ. Β του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 (όπως επαναλαμβάνεται και στην παρ. 2 του άρθρου 9 του ΠΔ 39/2017): «[...] Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης» ενώ βάσει του τελευταίου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό προστέθηκε με το ν. 4605/2019 (ΦΕΚ52/Α/1-4-2019): «Υπόμνηματα επί των απόψεων και της συμπληρωματικής αιτιολογίας της Αναθέτουσας Αρχής κατατίθενται μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ έως πέντε (5) ημέρες πριν από τη συζήτηση της προσφυγής». Εν προκειμένω, η δεύτερη προσφεύγουσα υπέβαλε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ υπόμνημα με το οποίο αντικρούει τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής και το οποίο η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στις 9.07.2020 μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού. Δοθέντος ότι η συζήτηση της προσφυγής ορίσθηκε στις 24.07.2020, το ανωτέρω Υπόμνημα υποβλήθηκε μεν εμπροθέσμως, ωστόσο, δεν κατατέθηκε μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ. Ως εκ τούτου, δεν λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο (βλ. ΑΕΠΠ 751/2020, σκ. 10, εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου).

18. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, αμφοτέρες οι προσφυγές νομίμως εισάγονται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 και 15 του Π.Δ/τος 39/2017

19.Επειδή η πρώτη προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της αναφέρει αυτολεξεί τα εξής: « [...]Στο όρο 2.2.9. αυτής, προβλέπεται : Απαράβατοι όροι συμμετοχής, πλην των προϋποθέσεων που απαιτούν οι σχετικές διατάξεις της νομοθεσίας λόγω της ιδιαιτερότητας και της φύσης της παρούσας δημόσιας σύμβασης, των απρόβλεπτων και επειγουσών καταστάσεων που δύναται ανά πάσα στιγμή να προκύψουν σε μία δεδομένη στιγμή (όπως η αντιμετώπιση της εξάπλωσης του κορονοϊού – covid-19) και προκειμένου να υφίσταται η ευχέρεια να ανταποκρίνεται ο ανάδοχος άμεσα

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

στις ανάγκες του Δήμου, θα πρέπει να απασχολεί ήδη στο Νομό ... τουλάχιστον 15 άτομα κατά την περίοδο του διαγωνισμού στον τομέα της παροχής υπηρεσιών καθαριότητας κτιρίων (εργατών- εργατριών) κατοίκων του νομού

Στη συνέχεια στο τμήμα Β.6. της διακήρυξης, προς απόδειξη του παραπάνω όρου συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή ζητά για την απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 2.2.9. (Απαράβατοι όροι συμμετοχής, πλην των προϋποθέσεων που απαιτούν οι σχετικές διατάξεις της νομοθεσίας) ο προσωρινός ανάδοχος θα προσκομίσει πίνακα προσωπικού Ε4 από το σύστημα «Εργάνη» στην οποία θα αποδεικνύεται πως απασχολεί στο Νομό ... τουλάχιστον 15 άτομα κατά την περίοδο προ δημοσίευσης της παρούσας διακήρυξης.

Επειδή, ο παραπάνω όρος εμποδίζει την παραδεκτή συμμετοχή μου στη διαγωνιστική διαδικασία κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της εσωτερικής νομοθεσίας καθώς δεν απασχολώ κατά την περίοδο του διαγωνισμού στο Νομό ... τουλάχιστον 15 άτομα στον τομέα της παροχής υπηρεσιών καθαριότητας κτιρίων (εργατών- εργατριών) κατοίκους του νομού ... , και επειδή επιθυμώ να λάβω μέρος στο διαγωνισμό [...] **ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ:**

Σύμφωνα με την Κατευθυντήρια Οδηγία (εφεξής «Κ.Ο.») 2 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (εφεξής «Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.») με Θέμα: «Σύνταξη διακηρύξεων και τευχών διαγωνισμού προς αποφυγή συνήθων πλημμελειών των όρων αυτών», η αναθέτουσα αρχή δεν επιτρέπεται να θέτει ως λόγους αποκλεισμού ή προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό όρους, οι οποίοι αντίκεινται στις αρχές της απαγόρευσης διακρίσεων και της αναλογικότητας και δεν δικαιολογούνται από την εξυπηρέτηση του γενικού συμφέροντος. Ειδικότερα, δέον όπως αποφεύγεται στη διακήρυξη η αναγραφή λόγων αποκλεισμού/όρων συμμετοχής/κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων, οι οποίοι συνεπάγονται γεωγραφικούς περιορισμούς, καθώς δημιουργούν δυσμενείς διακρίσεις σε βάρος των συμμετεχόντων, ανάλογα με τον τόπο εγκατάστασής τους, οι οποίες αντίκεινται στις θεμελιώδεις αρχές της ενωσιακής νομοθεσίας περί ισότιμης μεταχείρισης και αποφυγής διακρίσεων

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

των οικονομικών φορέων. Εφόσον, οι αναθέτουσες αρχές το κρίνουν απαραίτητο και δικαιολογημένο, βάσει του ειδικότερου αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης και των λοιπών συνθηκών (π.χ. αδυναμία αποθήκευσης των προς προμήθεια ειδών από την αναθέτουσα αρχή), έχουν ευχέρεια να περιλάβουν στη διακήρυξη αντίστοιχους όρους, αποκλειστικά ως όρους εκτέλεσης της σύμβασης, σε καμία περίπτωση, ωστόσο, δεν επιτρέπεται να εξαρτήσουν τη συμμετοχή υποψηφίων και άρα τον αποκλεισμό τους από ανάλογο γεωγραφικό περιορισμό.

Σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 1 του 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 και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης». Περαιτέρω, το άρθρο 53 παρ. 2 περ. ια' του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «[...]. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης [...]». Επέκεινα, σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 «[...]. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό [...]». Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 75 του ν. 4412/2016 με τίτλο

«Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζεται ρητώς 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

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης [...] 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. [...]». Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τήρησης της τήρησης του εγχώριου και ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ 9/2015 (Ασφ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010 κ.ά.).

Επειδή, ετέρωθεν και της προαναφερόμενης σκέψης, οι τεχνικές προδιαγραφές ελέγχονται από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ 189/2015, ΕΑ ΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.), σε κάθε δε περίπτωση θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και να μην εισάγουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτή χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού (βλ. ΕΣ 2402/2010). Επειδή, η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να καθορίσει τις προϋποθέσεις συμμετοχής, σύμφωνα με το

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

ενωσιακό και εθνικό δίκαιο, του διαγωνισμού με δύο βασικούς περιορισμούς ο πρώτος εκ των οποίων είναι να μην περιορίζεται ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός και η ευρεία συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες μέσω της επιβολής προδιαγραφών που συρρικνώνουν την ελεύθερη αγορά και Επειδή την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας την προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό) οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, C-549/10 Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής). Υπό το πρίσμα της αρχής του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, τα κριτήρια επιλογής που θέτει η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δε θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι διαθέτουν την απαιτούμενη ικανότητα και οι οποίοι, υπό άλλες ενδεχομένως προϋποθέσεις, θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στη διαδικασία, ενισχύοντας με τον τρόπο αυτόν τον ανταγωνισμό (567/2020 ΑΕΠΓ).

Επειδή, επιπρόσθετα, κάθε αναθέτουσα αρχή στις περιπτώσεις αυτές πρέπει να λαμβάνει υπόψη το κριτήριο της αναλογικότητας υπό την έννοια ότι τυχόν περιοριστικά μέτρα που τίθενται με τους όρους της διακήρυξης μπορούν να θεωρηθούν ότι συμβιβάζονται με τον ενωσιακό δίκαιο μόνον εάν μπορεί να αποδειχθεί ότι: (α) έχουν οριστεί για την εξυπηρέτηση θεμιτού σκοπού δημόσιας τάξης που έχει τεθεί προς το γενικό συμφέρον, (β) εφαρμόζονται κατά τρόπου που δεν δημιουργεί διακρίσεις, (γ) είναι κατάλληλα για την επίτευξη αυτού του επιδιωκόμενου σκοπού και (δ) δεν είναι δεσμευτικά πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού (βλ. ΔΕΚ απόφαση της 3η Φεβρουαρίου 1993 Vereniging Veronica Omroep Organisatie κατά Commissariaat voor de Media, C-148/91, σκ. 9, Dieter Kraus κατά Land Baden-Wurttemberg, C-19/92, σκ. 32). Με άλλα λόγια η αναθέτουσα αρχή είναι εκείνη που καθορίζει το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

ικανότητας των υποψηφίων οικονομικών φορέων, το οποίο, όμως και πρέπει να συνδέεται και να τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης και να δικαιολογείται από τη φύση και το σκοπό του συγκεκριμένου έργου, ήτοι δύναται η αναθέτουσα αρχή να ζητά ένα ή περισσότερα δικαιολογητικά ανάλογα με τις απαιτήσεις της κατά περίπτωση σύμβασης, τις δυνατότητες της συγκεκριμένης αγοράς στην οποία απευθύνεται και την ανάγκη εξασφάλισης συνθηκών πραγματικού ανταγωνισμού,

Επειδή , ο όρος 2.2.9. της υπό κρίση διακήρυξης προβλέπει για την παραδεκτή συμμετοχή των οικονομικών φορέων να ως απαραίτητο όρο συμμετοχής, πλην των προϋποθέσεων που απαιτούν οι σχετικές διατάξεις της νομοθεσίας λόγω της ιδιαιτερότητας και της φύσης της παρούσας δημόσιας σύμβασης, των απρόβλεπτων και επειγουσών καταστάσεων που δύναται ανά πάσα στιγμή να προκύψουν σε μία δεδομένη στιγμή (όπως η αντιμετώπιση της εξάπλωσης του κορονοϊού – covid-19) και προκειμένου να υφίσταται η ευχέρεια να ανταποκρίνεται ο ανάδοχος άμεσα στις ανάγκες του Δήμου, να απασχολεί ήδη στο Νομό ... τουλάχιστον 15 άτομα κατά την περίοδο του διαγωνισμού στον τομέα της παροχής υπηρεσιών καθαριότητας κτιρίων (εργατών- εργατριών) κατοίκων του Ν. ..., έχει τεθεί καταχρηστικά από την αναθέτουσα αρχή και εμποδίζει τη συμμετοχή οποιουδήποτε οικονομικού φορέα δεν έχει κατά την περίοδο του διαγωνισμού επιχειρηματική δραστηριότητα με απασχόληση 15 ατόμων στον Νομό ... και μάλιστα κατοίκων του Ν. ..., να συμμετέχει στο διαγωνισμό.

Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, επικαλούμενη δημόσιο συμφέρον, το οποίο δεν αναλύεται ούτε εξειδικεύεται για ποιο λόγο κάποια επιχείρηση εκ προοιμίου εάν δεν απασχολεί στο προσωπικό της 15 άτομα στον Νομό ..., μόνιμους κατοίκους Ν. ..., δεν μπορεί να ανταπεξέλθει στις ειδικές συνθήκες, περιορίζει αθέμιτα τον ανταγωνισμό και μεροληπτεί υπέρ των επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται στον Νομό

Επειδή, σε περίπτωση που καταστή ανάδοχος της υπηρεσίας από τις συμβατικές μου υποχρεώσεις ήδη θα έχω δεσμευτεί να ανταποκρίνομαι στο κάλεσμα της αναθέτουσας αρχής για τον καθαρισμό των χώρων, επομένως θα

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

οργανώσω έτσι την δραστηριότητα μου ώστε να εκτελώ το αντικείμενο της σύμβασης απρόσκοπτα,

Επειδή, το κριτήριο να απασχολώ κατά την περίοδο του διαγωνισμού προσωπικό από το Νομό ..., τίθεται άνευ σκοπού, αφού οι υπάλληλοι θα εργαστούν μετά την υπογραφή της σύμβασης, επομένως δεν υφίσταται λόγος να είναι ήδη εγγεγραμμένοι στον πίνακα προσωπικού Ε4 από το σύστημα «Εργάνη» κατά την περίοδο προ δημοσίευσης της διακήρυξης, όπως ρητά ορίζεται στο τμήμα Β.6. της διακήρυξης,

Επειδή, κατ' επίφαση χρησιμοποιείται από την αναθέτουσα αρχή ο λόγος της πανδημίας, καθώς και το προηγούμενο έτος, με την υπ' αριθ. ... διακήρυξη που έλαβε ΑΔΑΜ: ... , η ίδια αναθέτουσα αρχή έθεσε στην υπ' αριθ. 2.2.6 παράγραφο με τίτλο «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» στο σημείο β) τον ίδιο περιορισμό , ήτοι «Να απασχολούν στο Νομό ... τουλάχιστον 10 άτομα πριν την ημερομηνία δημοσίευσης του διαγωνισμού», γεγονός που οδηγεί στην επίρρωση του ισχυρισμού ότι πρόκειται για συνήθη τακτική να δίνεται προβάδισμα με το εξής όρο, στους επιχειρηματίες που δραστηριοποιούνται στο Νομό ... κατά την περίοδο του διαγωνισμού, οι οποίοι είναι ελάχιστοι στον αριθμό (2-3) κι έτσι περιορίζεται υπέρμετρα ο ανταγωνισμός μεταξύ αυτών των επιχειρηματιών. Αξίζει δε να σημειωθεί, ότι το έτος 2016, η ίδια αναθέτουσα αρχή, με την υπ' αριθ. ... διακήρυξη που αφορούσε το ίδιο αντικείμενο εργασιών, ήτοι «Εργασίες Καθαριότητας Κτιρίων και Δημοτικών Ιατρείων» δεν συμπεριέλαβε τον υπό εξέταση όρο στα δικαιολογητικά συμμετοχής/κατακύρωσης, με αποτέλεσμα να έχω την δυνατότητα να συμμετέχω στη διαγωνιστική διαδικασία από την οποία αναδείχθηκα οριστικός μειοδότης, υπέγραψα τη υπ' αριθ. ... σύμβαση , στην οποία ανταποκρίθηκα πλήρως στις συμβατικές μου υποχρεώσεις , έγκαιρα σε όλες τις έκτακτες περιστάσεις που προέκυψαν και με άριστες υπηρεσίες όπως προκύπτει από την υπ' αριθ. 18372/06/07/2018 βεβαίωση που εξέδωσε η ίδια αναθέτουσα αρχή (Δήμος ...) [...].».

20. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί της υπό εξέταση πρώτης προδικαστικής προσφυγής αναφέρει αυτολεξεί τα κάτωθι: « [...]**ΕΠΙ ΤΩΝ ΑΙΤΙΑΣΕΩΝ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ:**

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

Όσον αφορά γενικά την κατάρτιση των όρων, θα πρέπει να αναφέρουμε πως η αναθέτουσα αρχή είναι αυτή που θέτει τις απαιτήσεις που κρίνει αναγκαίες, για να διασφαλίσει με ασφάλεια, ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την καταλληλότητα για να εκτελέσουν την υπό ανάθεση σύμβαση. (άρ. 75 παρ. 1) κατά το οποίο “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.” και ιδίως “Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης”, ενώ τα ίδια εξάλλου προκύπτουν και από τη συνδυαστική θεώρηση του άρ. 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016 (βλ. και A.S. Graelis, *Public Procurement and the EU Competition Rules* (Hart 2015, 2η εκδ.) 6.II.A.vii). (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 208, 238/2017).

Όσον αφορά την ιδιαιτερότητα της φύσης της υπό ανάθεσης σύμβασης, τις έκτακτες ανάγκες που έχουν προκύψει και δικαιολογούν την χρήση του συγκεκριμένου όρου, αλλά και την δυνατότητα χρήσης του συγκεκριμένου όρου, θα πρέπει να αναφέρουμε τα εξής:

α) Στα πλαίσια των ανωτέρω εργασιών που πρέπει να καλύπτονται από τον ανάδοχο, και σε συνδυασμό με την κάλυψη έκτακτων αναγκών που έχουν προκύψει ήδη από τα μέσα Φεβρουαρίου 2020, λόγω εξάπλωσης της πανδημίας του κορονοϊού - Covid 19, η αναθέτουσα αρχή έκρινε σκόπιμο να τεθεί ο ανωτέρω όρος, όχι για να περιορίσει τη συμμετοχή των οικονομικών φορέων, αλλά για να εξασφαλίσει την ορθή, άρτια και προσήκουσα καθαριότητα των κτιριακών εγκαταστάσεων των υπηρεσιών και δομών του Δήμου ..., ώστε να διασφαλιστεί στο έπακρο η δημόσια υγεία, η οποία σαφώς υπάγεται στα υπέρτερα αγαθά του γενικού δημοσίου συμφέροντος, και επιβάλλεται η προστασία της από τη δημόσια τάξη. Άλλωστε τα κατεπείγοντα μέτρα που ελήφθησαν από την κυβέρνηση για την αντιμετώπιση της διασποράς του κορονοϊού ήταν άμεσης εφαρμογής, και μάλιστα για ένα διάστημα περίπου 45 ημερών απαγορευόταν η μετακίνηση πολιτών μεταξύ των νομών, μέτρο που άρθηκε μόλις στις 18-5-2020. Πιο συγκεκριμένα με την

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

υπ' αρ. Δ1α/ΓΠ.οικ.20036/22.03.2020 (Β' 986), όπως συμπληρώθηκε με την υπ' αρ. 20797/ 26.03.2020 κοινή υπουργική απόφαση (Β' 1040), και παρατάθηκε με την υπ' αρ. Δ1α/ΓΠ.οικ.22824/4-4-2020 κοινή υπουργική απόφαση (ΦΕΚ τ.Β' 168/4-4-2020) και παρατάθηκε εκ νέου με την υπ' αρ. Δ1α/ΓΠ.οικ.26794/25-4-2020 κοινή υπουργική απόφαση (ΦΕΚ τ.Β' 1585/25.04.2020) λήφθηκαν κατεπείγοντα μέτρα για την αντιμετώπιση των συνεπειών του κινδύνου διασποράς του κορωνοϊού COVID-19, επιβλήθηκε δε και παρατάθηκε η ισχύς του μέτρου του προσωρινού περιορισμού της κυκλοφορίας των πολιτών προς αντιμετώπιση του κινδύνου διασποράς του κορωνοϊού COVID-19.

β) Τα σημεία καθαρισμού του Δήμου ... σύμφωνα με τη διακήρυξη είναι στο σύνολο 59, για τον καθαρισμό των οποίων σύμφωνα πάντα με τους όρους της διακήρυξης απαιτείται η απασχόληση τουλάχιστον 25 ατόμων. Η ελάχιστη απασχόληση από τους οικονομικούς φορείς των 15 ατόμων που είναι μόνιμοι κάτοικοι του Νομού ..., κατά το χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού, είναι η ελάχιστη εξασφάλιση που μπορεί να θέσει η αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να διασφαλίσει ότι κατά την υλοποίηση της σύμβασης ο ανάδοχος θα είναι σε θέση να ανταποκριθεί στον καθημερινό καθαρισμό των κτιρίων και δομών του Δήμου ..., ακόμη και αν υπάρξουν έκτακτα μέτρα λόγω της διασποράς του covid -19, ακόμη και κατά τόπον. Διότι πέραν της απαγόρευσης κυκλοφορίας που είναι πολύ πιθανό να επιβληθεί εκ νέου, αναλόγως με την πορεία της νόσου, συνολικά στον Ελλαδικό χώρο, υπάρχει και σοβαρό ενδεχόμενο να αποκλειστούν συγκεκριμένες περιοχές, να τεθούν σε «καραντίνα», που, εάν το απασχολούμενο προσωπικό δεν είναι μόνιμοι κάτοικοι Νομού ..., να υφίσταται σοβαρός κίνδυνος μη προσήκουσας και πλημμελούς εκτέλεσης της σύμβασης και με άμεση και απώτερη απόρροια την μη διαφύλαξη και προστασία της δημόσιας υγείας, καθόσον η καθημερινή καθαριότητα των χώρων του Δήμου ... είναι πρώτιστης σημασίας, αφού δέχονται σημαντικό αριθμό πολιτών καθημερινά. Περαιτέρω τη δεδομένη χρονική στιγμή με τη υγειονομική συγκυρία, η εξεύρεση ατόμων που θα απασχοληθούν στην καθαριότητα δημοτικών κτιρίων είναι πραγματικά δύσκολη.

γ) Στην παράγραφο 4 του άρθρου 75 Ν. 4412/2016 αναφέρεται ότι: «4. Όσον

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

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.». Στην Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., η οποία ερμηνεύει και αναλύει την Οδηγία 2004/18/ΕΚ, σχετικά με την απόδειξη των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων των οικονομικών φορέων αναφέρεται ότι για να κριθεί εάν ένας οικονομικός φορέας διαθέτει την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που απαιτείται για την υλοποίηση της σύμβασης, είναι απαραίτητο η αναθέτουσα αρχή να ελέγξει την κάλυψη ορισμένων κριτηρίων, τα οποία πρέπει να έχει ορίσει στα έγγραφα της σύμβασης, προσδιορίζοντας παράλληλα και το ανάλογο μέσο απόδειξης για κάθε ένα από αυτά. Στην εγκύκλιο αυτή, απαριθμούνται εξαντλητικά τα στοιχεία βάσει των οποίων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αξιολογεί και να ελέγχει τις 7 τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των διαγωνιζομένων. Αυτό δεν σημαίνει ότι οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να απαιτούν πιο εξειδικευμένα τα αποδεικτικά μέσα που ορίζονται στα άρθρα αυτά.

δ) Από τα εθνικά δικαστήρια έχει κριθεί ότι τα προσόντα που σχετίζονται με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες πρέπει να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και ανάλογα με το σκοπό της, αλλά και να είναι πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων (Βλ. ΣτΕ ΕπΑν 660/2002, 528/2002, 990/2003). Στην προκειμένη περίπτωση τέθηκε ο συγκεκριμένος όρος, προκειμένου να διασφαλιστεί η τεχνική και η επαγγελματική ικανότητα του οικονομικού φορέα να εξυπηρετήσει και να εκτελέσει άρτια και προσηκόντως τη σύμβαση για την καθαριότητα των κτιριακών εγκαταστάσεων του Δήμου ..., ακόμη και στην περίπτωση που οδηγηθούμε σε νέο αποκλεισμό μετακινήσεων μεταξύ των νομών λόγω της πανδημίας covid -19, επιδιώκοντας με τον τρόπο αυτό να διασφαλιστεί πρωτίστως η δημόσια υγεία , που αποτελεί και το ύψιστο αγαθό και πέραν κάθε άλλου συμφέροντος. Όσον αφορά τις αιτιάσεις πως μόνο 2-3 εργολάβοι παροχής υπηρεσιών καθαριότητας που δραστηριοποιούνται στο Ν. ... την δεδομένη χρονική στιγμή μπορούν να

λάβουν μέρος αναφέρουμε πως :

α) Η οικεία διακήρυξη αφορά διαγωνισμό θα πραγματοποιηθεί με χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) μέσω της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr, ύστερα από συντεταγμένη προθεσμία τουλάχιστον τριάντα (30) ημερών, από την επόμενη της ημερομηνίας ηλεκτρονικής αποστολής της προκήρυξης στην Υπηρεσία Επίσημων Εκδόσεων των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (άρθρο 27 παρ. 1 & 4 του Ν. 4412/2016). Οι ανωτέρω διαδικασίες δημοσίευσης και πρόσβασης στις πληροφορίες είναι σύμφωνες με τις διατάξεις του άρθρ. 22 παρ.1 & 5 και του άρθρο 37 του Ν. 4412/2016 και για το λόγο αυτό η προθεσμία παραλαβής των προσφορών μετά την αποστολή της προκήρυξης στην επίσημη εφημερίδα της Ε.Ε, περιορίζεται κατά πέντε (5) ημέρες. Εχουν τηρηθεί όλοι οι κανόνες δημοσιότητας σύμφωνα με τον Ν 4412/16 και όπως αυτός έχει τροποποιηθεί και σύμφωνα με την ΕΑΑΔΗΣΥ οδηγία 19, έχει τύχει ευρείας δημοσιότητας οπότε μπορούμε να υποστηρίξουμε ότι το πεδίο των υποψηφίων αναδόχων που μπορούν να συμμετέχουν στον διαγωνισμό, σύμφωνα με τα παραπάνω όχι μόνο στενό και ικανοποιητικό είναι το επίπεδο ανταγωνισμού, αλλά είναι και ευρύ αποτελεσματικό, βιώσιμο και ουσιώδη. Επομένως η αναφορά ότι μόνο 2-3 οικονομικοί φορείς μπορούν να συμμετέχουν είναι απαράδεκτη και απορριπτή.

β) Λαμβάνοντας υπόψη τις δημόσιες συμβάσεις την δεδομένη χρονική στιγμή στο Ν. ... μέσω των δημοσιεύσεων αυτών στο ΚΗΜΔΗΣ και στο πρόγραμμα «διαύγεια» μπορούμε εύκολα να αντιληφθούμε πως δεν είναι μόνο 2-3 οι επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται. Μόνο στον Δήμο ... (χωρίς να συμπεριλάβουμε το πλήθος των υπολοίπων όμοιων συμβάσεων) για τις δημόσιες συμβάσεις καθαριότητας κτιρίων βάσει της περσινής σύμβασης η οποία είναι σε ισχύ, καθαριότητας παιδικών σταθμών, καθαριότητας δημοτικών σφαγείων και καθαριότητας κοινοχρήστων χώρων είναι 4 διαφορετικές επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στο Ν. Αν δούμε και τις υπόλοιπες εταιρείες που δραστηριοποιούνται σε υπόλοιπους δημόσιους φορείς του Ν. ... είναι αντιληπτό πως ο αριθμός θα αυξηθεί. Ομοίως μπορεί να αυξηθεί από επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται σε παροχή υπηρεσιών καθαριότητας σε

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

ιδιωτικούς φορείς. Επομένως η αναφορά ότι μόνο 2-3 οικονομικοί φορείς μπορούν να συμμετέχουν είναι απαράδεκτη και απορριπτή.

γ) Επειδή, περαιτέρω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί του ότι ο επίμαχος όρος τέθηκε προς «όφελος 2-3 ενδιαφερομένων», θα πρέπει να απορριφθούν ως αόριστοι και αναπόδεικτοι καθώς η προσφεύγουσα δεν αναφέρει τους συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς που ευνοούνται, κατά τους ισχυρισμούς της και δεν αποδεικνύει ότι οι εν λόγω οικονομικοί φορείς (2 ή 3 όπως υποστηρίζει) μπορούν μόνο να συμμετάσχουν. (σκ. 72 αριθ. 215/2019 ΑΕΠΠ).

δ) Δεν είναι άνευ ετέρου παράνομος όρος διακήρυξης για τον μόνο λόγο ότι απλώς περιορίζει τον ανταγωνισμό, όπως αναφέρει η προσφεύγουσα εταιρεία και αυτό ακόμη και όταν η τεθείσα προδιαγραφή ή κριτήριο καθιστά κατ' αποτέλεσμα μόνο έναν οικονομικό φορέα ως δυνάμενο να μετάσχει στη διαδικασία παραδεκτώως. Αντίστροφα δε, δεν είναι δυνατόν ένας όρος να είναι άνευ ετέρου νόμιμος, επειδή απλώς υφίστανται περισσότερα προϊόντα ή οικονομικοί φορείς που μπορούν να τον καλύψουν. Αντίθετα, ένας τέτοιος όρος δύναται να είναι παράνομος και δη ως αντιανταγωνιστικός εφόσον, ακόμη και αν αποκλείει ένα μόνο προϊόν ή οικονομικό φορέα, είναι αδικαιολόγητος βάσει των παραπάνω κριτηρίων. Εξάλλου, η συντρέχουσα αρχή της ισότητας δεν εξαρτάται ως προς την τήρησή της από τον τυχόν αριθμό των αποκλεισμένων και των εν γένει υποκειμένων τα οποία υφίστανται δυσμενή διάκριση (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 238/2018). Προκειμένου να είναι ορισμένος ισχυρισμός περί φωτογραφικού όρου διακήρυξης, πρέπει να κατονομάζεται ο οικονομικός φορέας που είναι ο μόνος δυνάμενος να συμμετάσχει (στην συγκεκριμένη περίπτωση 2-3 που αναφέρεται) ως συνέπεια της εν θέματι προδιαγραφής (ΣΤΕ (Ασφ) 314/2013, ΕΑ ΣΤΕ 474, 829, 1354/2009) πολλώ δε μάλλον καθόσον πρόκειται για διεθνή διαγωνισμό με διευρυμένες υποχρεώσεις δημοσιότητας (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 169/2017). Όσον αφορά τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας πως υφίσταται βλάβη επειδή δεν μπορεί να συμμετέχει και πως ο όρος είναι καταχρηστικός επειδή περιλαμβάνει γεωγραφικό περιορισμό αναφέρουμε τα εξής:

α) Λαμβάνοντας υπόψη το άρθρο 78 του Ν. 4412/2016, η προσφεύγουσα

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

εφόσον δεν διαθέτει τον συγκεκριμένο όρο, δύναται να στηριχθεί στην ικανότητα τρίτου οικονομικού φορέα. Επομένως δεν τίθεται και θέμα γεωγραφικού περιορισμού, διότι για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης μπορούν να συμμετέχουν όσες επιχειρήσεις δραστηριοποιούνται στον τομέα της παρούσας σύμβασης, εφόσον πληρούν τους όρους της διακήρυξης (και του συγκεκριμένου όρου) από το σύνολο της επικράτειας και του εξωτερικού. Εφόσον κάποια υποψήφια εταιρεία (χωρίς γεωγραφικούς περιορισμούς) δεν πληροί ορισμένα κριτήρια, βάσει και του ανωτέρω άρθρου δύναται να στηριχθεί σε ικανότητα τρίτου φορέα που πληροί τον συγκεκριμένο όρο και να συμμετέχει στον διαγωνισμό.

β) Η προσφεύγουσα δεν εξειδικεύει επαρκώς την βλάβη της σε σχέση με τον προσβαλλόμενο λόγο. Συγκεκριμένα, αν και εμμέσως υποστηρίζει ότι δεν πληροί ατομικά τον όρο, ωστόσο ουδέν σχετικό λόγο δεν αναφέρει πως δεν μπορεί να συνεργαστεί με άλλον φορέα (είτε μέσω στήριξης τρίτων, είτε μέσω ένωσης) προκειμένου να μην μπορεί να συμμετάσχει. Δεν υπεισέρχεται, δηλαδή, στην επεξήγηση των λόγων που η δυνητική συνεργασία με έναν φορέα που πληροί τον όρο είναι δυσχερής ή αδύνατη. Η πρόβλεψη της διακήρυξης περί δυνατότητας συνεργασίας με τρίτο οικονομικό φορέα μπορεί να ξεπεράσει την βλάβη που υποστηρίζει η προσφεύγουσα, παρόλο ταύτα δεν αναφέρεται σε κανένα σημείο γιατί δεν μπορεί να πραγματοποιηθεί εκ μέρους της. Ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα δεν τεκμηριώνει με κανένα βάσιμο επιχείρημα τη συγκεκριμένη και ειδική βλάβη που προκαλεί σε αυτήν, η προσβαλλόμενη με την προσφυγή, διάταξη της διακήρυξης, με τον τρόπο που είναι συνταγμένη και ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα ασκεί την κρινόμενη προσφυγή, απαραδέκτως ως άνευ εννόμου συμφέροντος. (ΑΕΠΠ σκ. 48, αριθ. 1386/2019).

Συνεπώς, εφόσον υφίσταται δυνατότητα στους οικονομικούς φορείς να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ώστε να υπερκαλύπτουν τα τιθέμενα στη διακήρυξη κριτήρια συμμετοχής στο διαγωνισμό και ιδίως τον όρο που τέθηκε στην προσβαλλόμενη διακήρυξη, δεν γίνεται αντιληπτό από την αναθέτουσα αρχή που υφίσταται γεωγραφικός περιορισμός και παραβίαση του ελεύθερου ανταγωνισμού. Με κανένα τρόπο λοιπόν εν εμποδίζεται η

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

συμμετοχή της προσφεύγουσας, αφού ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης σε συνδυασμό με το άρθρο 78 του Ν.4412/2016 υφίσταται η δυνατότητα στήριξης στην ικανότητα τρίτων προς εξασφάλιση των συγκεκριμένων πόρων, εν προκειμένω του προσωπικού των 15 ατόμων – κατοίκων του Νομού ..., προκειμένου να επιτευχθεί η προσήκουσα και έγκαιρη εκτέλεση του έργου.

Πολύ δε περισσότερο όταν δίδεται στον οικονομικό φορέα που συμμετέχει στο διαγωνισμό να υποβάλει την προσφορά του με τη διατύπωση ρητής επιφύλαξης.

γ) Κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 346 (παρ. 1 και 2), 360 (παρ. 1) και 372 (παρ. 1) του Ν. 4412/2016, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της σχετικής διακήρυξης, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του ανάδοχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΕΑ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ.). Ως επίκληση βλάβης, υπό την ανωτέρω έννοια, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας, ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων (και τεκμηριωμένων ενόψει των συνθηκών) στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου ενδιαφερόμενου, 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 αποτέλεσμά του, λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (βλ. ΕΑ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ.).

Βάσει του νόμου και της σχετικής νομολογίας, τρεις είναι οι προϋποθέσεις για την ύπαρξη και αναγνώριση εννόμου συμφέροντος στον διοικούμενο που ασκεί την αίτηση ακύρωσης, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι προσωπικό, άμεσο και ενεστώς. Το έννομο συμφέρον αναγνωρίζεται στον αιτούντα την

ακύρωση μιας διοικητικής πράξης, όταν αυτή έχει προκαλέσει σ' αυτόν υλική ή ηθική βλάβη, βάσει την έννομης σχέσης που τους συνδέει. Το έννομο συμφέρον είναι υλικό, όταν η βλάβη που προκαλείται από την προσβαλλόμενη διοικητική πράξη θίγει περιουσιακά του δικαιώματα και ηθικό, όταν αφορά καταστάσεις που έχουν ηθική αξία για τον αιτούντα. Προσωπικό είναι το έννομο συμφέρον που συνδέεται με την προσωπικότητα του προσβάλλοντος. Άμεσο είναι το έννομο συμφέρον όταν τη βλάβη που προκαλείται από τη διοικητική πράξη ή παράλειψη υφίσταται ο ίδιος ο αιτών την ακύρωσή της. Ενεστώς είναι το έννομο συμφέρον όταν η βλάβη υφίσταται (όχι πιθανόν να υφίσταται) τόσο κατά την έκδοση της πράξης, όσο και κατά την άσκηση και συζήτηση της αιτήσεως ακυρώσεως.

Επομένως, το έννομο συμφέρον πρέπει να υπάρχει προαποδεικτικά σε τρία χρονικά σημεία κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης, κατά την άσκηση της αίτησης προσφυγής, διαφορετικά αυτή απορρίπτεται ως απαράδεκτη.

Όσον αφορά τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας πως σε διαγωνισμό του 2016 δεν υπήρχε ο όρος και συμμετείχε ή πως αποτελεί συνήθη πρακτική να δίνεται προβάδισμα σε επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στο νομό διότι υπήρχε ο όρος σε διαγωνισμό του 2019, αναφέρουμε τα εξής:

α) Και η ίδια η προσφεύγουσα αποδέχεται το γεγονός πως ο συγκεκριμένος όρος δεν υπήρχε σε διαγωνισμό του 2016, ενώ υπήρχε σε διαγωνισμό του 2019. Πώς γίνεται λοιπόν να αποτελεί συνήθη πρακτική;

β) Σημειώνεται πως στον διαγωνισμό που υπήρχε ο όρος (με λιγότερα μεν άτομα απαίτησης 10), συμμετείχαν υποψήφιοι ανάδοχοι, δεν είχε πραγματοποιηθεί προσφυγή κατά των όρων και η σύμβαση με τον ανάδοχο υπεγράφη κατόπιν προσυμβατικού ελέγχου λόγω εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (που ολοκληρώθηκε καλώς) από την αρμόδια επίτροπο για το Ν.

γ) Παρόλο τα αναφερόμενα ανωτέρω, δεν πρέπει να λαμβάνονται υπόψη προηγούμενοι διαγωνισμοί, ή να αποδεχόμαστε ως δεδομένους προηγούμενους όρους ή προδιαγραφές, διότι οι υφιστάμενες συνθήκες και απαιτήσεις συνεχώς μεταβάλλονται και καθορίζουν τις απαιτήσεις μίας διακήρυξης.

δ) Ως αβάσιμοι θα πρέπει να χαρακτηριστούν οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας που αντλούνται από όσα είχαν λάβει χώρα σε προηγούμενες διαγωνιστικές διαδικασίες του Δήμου ..., καθότι κατά πάγια αρχή οι δημόσιοι διαγωνισμοί διέπονται από αυτοτέλεια. (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 1200/2007, 861/2007, 1273/2008, 198/2008, 1065/2007, κ.α.).

Θα πρέπει λοιπόν να ληφθεί υπόψη και να τονιστεί πως ο συγκεκριμένος όρος έχει τεθεί λόγω της ιδιαιτερότητας και της φύσης της παρούσας δημόσιας σύμβασης, των απρόβλεπτων και επειγουσών καταστάσεων που δύναται ανά πάσα στιγμή να προκύψουν, όπως είναι η αντιμετώπιση των εκτάκτων αναγκών που προκύπτουν από την εξάπλωση του κορονοϊού – covid-19. Σε μία δεδομένη χρονική στιγμή που ταλανίζει όλο τον πλανήτη, χρέος της αναθέτουσας αρχής, του Δήμου, είναι να διασφαλίζει το δημόσιο αγαθό της υγείας. Όπως είχε πραγματοποιηθεί κατά το πρώτο στάδιο εξάπλωσης του κορονοϊού – covid-19, είχαν ληφθεί μέτρα όπως η μη μετακίνηση πολιτών/δημοτών σε άλλους νομούς. Επομένως υπήρχε και υπάρχει το ενδεχόμενο να ληφθεί εκ νέου το συγκεκριμένο μέτρο με αποτέλεσμα να είναι αναγκαίος ο όρος να υπάρχουν άτομα στο Ν. ... άμεσα διαθέσιμα. Το ελάχιστο απαιτούμενο προσωπικό που πρέπει να διαθέτει ο υποψήφιος ανάδοχος στο Νομό ... κατά την ημερομηνία δημοσίευσης του διαγωνισμού, αποτελεί εχέγγυο της τεχνικής ικανότητας του διαγωνιζομένου για την προσήκουσα και άρτια εκτέλεση της σύμβασης

Ο επίμαχος όρος της διακήρυξης τελεί, σε πλήρη αντιστοιχία με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, αφού τείνει στην αρτιότερη εξασφάλιση εκτέλεσης του αντικειμένου της σύμβασης, εξυπηρετώντας το σκοπό της σύμβασης αυτής, με την κάλυψη τόσο των αναγκών της αναθέτουσας αρχής, των αναγκών των δικαιούχων/δημοτών, όσο και της προστασίας της δημόσιας υγείας.

Σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 «[...]». Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων 10 συμβάσεων στον ανταγωνισμό [...]». Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 75 του ν. 4412/2016 με τίτλο

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

«Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζεται ρητώς ότι :
«1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης [...] 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. [...]»

Συνεπώς, και κατόπιν όλων των ανωτέρω ο κρίσιμος όρος της διακήρυξης, ήτοι να διαθέτουν οι υποψήφιοι ανάδοχοι 15 απασχολούμενα άτομα στο Νομό ... συνδέεται αιτιωδώς και άρρηκτα με το αντικείμενο της εν λόγω σύμβασης, δεν βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου και κατά τούτο δεν παραβιάζει τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αναλογικότητας, αφού αιτιολογείται ειδικώς και επαρκώς από τις ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης, κατατείνοντας στην έγκαιρη και προσήκουσα καθαριότητα των κτιριακών εγκαταστάσεων και δομών του Δήμου ..., με απώτερο στόχο την προστασία και τη διαφύλαξη της Δημόσιας υγείας, ακόμη και στην περίπτωση που επανέλθουν τα περιοριστικά μέτρα της κυκλοφορίας των πολιτών λόγω της διασποράς του covid -19.

Τούτων δοθέντων, το εν λόγω κριτήριο περί απασχολούμενου προσωπικού 15 ατόμων εντός Νομού ..., όπου αφορά η εν λόγω σύμβαση, δεν συνιστά γεωγραφικό περιορισμό ούτε δημιουργεί δυσμενή διάκριση σε βάρος συμμετέχοντος, και εκτιμούμε ότι βρίσκεται σε συμφωνία με την Κατευθυντήρια

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., αφού οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας ενδιαφέρεται να συμμετάσχει, μπορεί ευχερώς να το πράξει, αφού δεν αποκλείει τη συμμετοχή κανενός οικονομικού φορέα με τις λοιπές προβλέψεις της διακήρυξης.

Επιπρόσθετα το κριτήριο αυτό, συνδέεται αιτιωδώς με το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης και είναι συμβατό με τα κριτήρια που η κοινοτική νομολογία έχει θέσει, αφού δεν περιορίζεται ο ανταγωνισμός, τίθενται κατά τέτοιο τρόπο στο κείμενο της διακήρυξης, ώστε να είναι αρκετά ακριβές και είναι ανάλογο του δημοσίου επιδιωκόμενου σκοπού τα σύμβασης, δεν δημιουργεί διακρίσεις και δεν βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου. (βλ. σχετικά τη με αριθμό 210/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ).

Βασικό μέλημα του Δήμου ... ως Αναθέτουσας Αρχής, μέσω των αρμοδίων Οργάνων της και Επιτροπών της σε κάθε διαγωνιστική διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, είναι η διασφάλιση των αρχών της διαφάνειας, της αμεροληψίας και του υγιούς ανταγωνισμού, δηλαδή η προάσπιση της θεμελιώδους Αρχής της νομιμότητας προς όφελος του δημοσίου συμφέροντος και της δημόσιας υγείας.

Η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών, όρων που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού ή είναι παράνομοι εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ'αυτόν των προσφερόντων των οποίων οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές αυτές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θεσπίσεώς τους, απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό.

Ειδικότερα, οι λόγοι αίτησης της προσφυγής, με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό μορφήν της αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προδιαγράψει αυτός, κατά τις επαγγελματικές του ανάγκες και δυνατότητες, και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις τους όρους της διακήρυξης, θεωρούμε η

σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (πρβλ.ΕΑ του ΣΤΕ 2/2011, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006, ΕΑ ΣΤΕ 307/2007, ΣΤΕ ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014).

Σε κανένα σημείο η αναθέτουσα αρχή δεν υπερέβη τα άκρα όρια της διακριτικής της ευχέρειας ως προς την διαμόρφωση των όρων της διακήρυξης. Κατά τα ως άνω δεδομένα, κατά την γνώμη μας η υπό εξέταση Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της, καθώς οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας κατά του επίμαχου όρου της υπόψη διακήρυξης κρίνονται ως απαράδεκτες [...].».

21. Επειδή η δεύτερη προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της αναφέρει αυτολεξεί τα εξής: « [...]10.3 ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

1. Με βάση τις διατάξεις των άρθρων 18 παρ. 1 και 75 παρ. 1 & 4 του Ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να καθορίσει τις προϋποθέσεις συμμετοχής, σύμφωνα με το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο, του διαγωνισμού με δύο βασικούς περιορισμούς: (α) να μην περιορίζεται ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός και η ευρεία συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες μέσω της επιβολής προδιαγραφών που συρρικνώνουν την ελεύθερη αγορά και (β) να τίθενται κατά τέτοιο τρόπο στο κείμενο της διακήρυξης, ώστε να είναι αρκετά ακριβείς και να μην καταλείπεται οιαδήποτε αμφιβολία στους προσφέροντες ως προς την κατανόηση και τον προσδιορισμό του αντικειμένου και των απαιτήσεων της διακήρυξης.

Επιπρόσθετα, κάθε αναθέτουσα αρχή, στις περιπτώσεις αυτές, πρέπει να λαμβάνει υπ' όψη το κριτήριο της αναλογικότητας, υπό την έννοια ότι τυχόν περιοριστικά μέτρα που τίθενται με τους όρους της διακήρυξης μπορούν να θεωρηθούν ότι συμβιβάζονται με το εθνικό και ενωσιακό δίκαιο μόνον εάν μπορεί να αποδειχθεί ότι: (α) έχουν οριστεί για την εξυπηρέτηση θεμιτού σκοπού δημόσιας τάξης που έχει τεθεί προς το γενικό συμφέρον, (β) εφαρμόζονται κατά τρόπο που δεν δημιουργεί διακρίσεις, (γ) είναι κατάλληλα για την επίτευξη αυτού του επιδιωκόμενου σκοπού και (δ) δεν είναι δεσμευτικά πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού.

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

Η αναθέτουσα αρχή είναι εκείνη που καθορίζει το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων οικονομικών φορέων, το οποίο, όμως πρέπει να συνδέεται και να τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης και να δικαιολογείται από τη φύση και το σκοπό του συγκεκριμένου έργου, ήτοι δύναται η αναθέτουσα αρχή να ζητά ένα ή περισσότερα δικαιολογητικά, ανάλογα με τις απαιτήσεις της κατά περίπτωση σύμβασης, τις δυνατότητες της συγκεκριμένης αγοράς στην οποία απευθύνεται και την ανάγκη εξασφάλισης συνθηκών πραγματικού ανταγωνισμού.

Από το πρίσμα των συνδυασμένων ως άνω διατάξεων των άρθρων 18 παρ. 1 και 75 παρ. 1 & 4 του Ν. 4412/2016, συνάγεται ότι καταλείπεται μεν στους αναθέτοντες φορείς ευρεία διακριτική ευχέρεια να θέτουν οι ίδιοι τα κριτήρια και τους κανόνες αποκλεισμού και επιλογής των προσφερόντων ή των υποψηφίων, πλην όμως τα κριτήρια αυτά πρέπει να συνδέονται στενά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, να είναι αντικειμενικά και δεκτικά συγκεκριμένης αιτιολόγησης και να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση στους ενδιαφερομένους, χωρίς να ευνοούν ορισμένες επιχειρήσεις, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού.

Επιπλέον, τα κριτήρια αυτά πρέπει να είναι σαφή, να μην περιλαμβάνουν ορολογία που μπορεί να οδηγήσει σε απροσδιοριστία, ούτε στοιχεία που μειώνουν τον ανταγωνισμό ή δημιουργούν διακρίσεις, ή ευνοούν ή αντίθετα περιορίζουν κάποιους οικονομικούς φορείς. Σε κάθε περίπτωση, τυχόν περιορισμοί που τίθενται από τις αναθέτουσες αρχές πρέπει να είναι πρόσφοροι για την υλοποίηση του σκοπού που επιδιώκουν και να μην υπερβαίνουν το αναγκαίο για την επίτευξη του σκοπού μέτρο, αφού διαφορετικά παρεμποδίζεται δυσανάλογα το άνοιγμα των συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό.

Σύμφωνα με την Κατευθυντήρια Οδηγία 2 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.) με Θέμα: «Σύνταξη διακηρύξεων και τευχών διαγωνισμού προς αποφυγή συνήθων πλημμελειών των όρων αυτών», η αναθέτουσα αρχή δεν επιτρέπεται να θέτει ως λόγους αποκλεισμού ή προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό όρους, οι οποίοι αντίκεινται στις

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

αρχές της απαγόρευσης διακρίσεων και της αναλογικότητας και δεν δικαιολογούνται από την εξυπηρέτηση του γενικού συμφέροντος.

Ειδικότερα, δέον όπως αποφεύγεται στη διακήρυξη η αναγραφή λόγων αποκλεισμού/όρων συμμετοχής/κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων, οι οποίοι συνεπάγονται γεωγραφικούς περιορισμούς, καθώς δημιουργούν δυσμενείς διακρίσεις σε βάρος των συμμετεχόντων, ανάλογα με τον τόπο εγκατάστασής τους, οι οποίες αντίκεινται στις θεμελιώδεις αρχές της ενωσιακής νομοθεσίας περί ισότιμης μεταχείρισης και αποφυγής διακρίσεων των οικονομικών φορέων.

Εφόσον, οι αναθέτουσες αρχές το κρίνουν απαραίτητο και δικαιολογημένο, βάσει του ειδικότερου αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης και των λοιπών συνθηκών (π.χ. αδυναμία αποθήκευσης των προς προμήθεια ειδών από την αναθέτουσα αρχή), έχουν ευχέρεια να περιλάβουν στη διακήρυξη αντίστοιχους όρους, αποκλειστικά ως όρους εκτέλεσης της σύμβασης, σε καμία περίπτωση, ωστόσο, δεν επιτρέπεται να εξαρτήσουν τη συμμετοχή υποψηφίων και άρα τον αποκλεισμό τους από ανάλογο γεωγραφικό περιορισμό.

2. Ειδικότερα, στην ανωτέρω Διακήρυξη (σελ. 28) προβλέπεται ότι:

«2.2.9 Απαράβατοι όροι συμμετοχής, πλην των προϋποθέσεων που απαιτούν οι σχετικές διατάξεις της νομοθεσίας

Λόγω της ιδιαιτερότητας και της φύσης της παρούσας δημόσιας σύμβασης, των απρόβλεπτων και επειγουσών καταστάσεων που δύναται ανά πάσα στιγμή να προκύψουν σε μία δεδομένη στιγμή (όπως η αντιμετώπιση της εξάπλωσης του κορονοϊού – covid-19) και προκειμένου να υφίσταται η ευχέρεια να ανταποκρίνεται ο ανάδοχος άμεσα στις ανάγκες του Δήμου, θα πρέπει να απασχολεί ήδη στο Νομό ... τουλάχιστον 15 άτομα κατά την περίοδο του διαγωνισμού στον τομέα της παροχής υπηρεσιών καθαριότητας κτιρίων (εργατών- εργατριών) κατοίκων του νομού»

Και στη σελίδα 33 περί των δικαιολογητικών κατακύρωσης:

«B.6. Για την απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 2.2.9. (Απαράβατοι όροι συμμετοχής, πλην των προϋποθέσεων που απαιτούν οι σχετικές διατάξεις της νομοθεσίας) ο προσωρινός ανάδοχος θα προσκομίσει πίνακα

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

προσωπικού Ε4 από το σύστημα «Εργάνη» στην οποία θα αποδεικνύεται πως απασχολεί στο Νομό ... τουλάχιστον 15 άτομα κατά την περίοδο προ δημοσίευσης της παρούσας διακήρυξης.»

Επιπρόσθετα, στην ανωτέρω Διακήρυξη (σελ. 8) προβλέπεται ότι: «Το αντίστοιχο CPV: κωδικοί του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων} και για τις τρεις δημόσιες συμβάσεις είναι : {...}-Υπηρεσίες καθαρισμού κτιρίων».

Παρά την ανωτέρω ρητή αναφορά στο αντικείμενο της παροχής υπηρεσιών, η αναθέτουσα Αρχή με τον όρο 2.2.7 Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης ορίζει ότι:

«Οι οικονομικοί φορείς για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης απαιτείται: Να διαθέτουν τα απαραίτητα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης σε ισχύ, από διαπιστευμένους οργανισμούς πιστοποίησης και ειδικότερα:

i) ISO 9001:2015 ή αποδεδειγμένα ισοδύναμό του, με πεδίο εφαρμογής «καθαρισμοί κτιρίων, Εγκαταστάσεων & Εξωτερικών χώρων»,

ii) ISO 14001:2015 ή αποδεδειγμένα ισοδύναμό του, με πεδίο εφαρμογής «Εργολάβος καθαριότητας (εσωτερικών- εξωτερικών χώρων), Διαχείριση (συλλογή και μεταφορά) στερεών – μη αποβλήτων»,

iii) ISO 1801:2008/OHSAS 18001:2007 ή αποδεδειγμένα ισοδύναμό του, με πεδίο εφαρμογής «Εργολαβίες καθαρισμού, καθαρισμός χώρων υγειονομικού ενδιαφέροντος και αποκομιδή απορριμμάτων και αναλώσιμων για καθαρισμό.».

Τονίζεται ότι η εταιρεία μας διαθέτει και τα τρία ανωτέρω πιστοποιητικά σε ισχύ, ωστόσο στον τομέα καθαρισμού, όπως επιτάσσει η Διακήρυξη.

Στην προκειμένη περίπτωση, οι ανωτέρω απαιτήσεις τυγχάνουν παντελώς καταχρηστικές, υπερβολικές, μη εξυπηρετούσες καθ' οιονδήποτε τρόπο τις πραγματικές ανάγκες της υπό σύναψη σύμβασης, έχουν τεθεί αβάσιμα και αναιτιολόγητα, άλλως προδήλως «φωτογραφικά» και σκοπούν στην, κατ' απαράδεκτο και μη νόμιμο τρόπο, «νόθευση», άλλως περιορισμό του ανταγωνισμού κατά τη διενέργεια της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Ο όρος περί απόδειξης απασχολούμενου προσωπικού ανερχόμενου στα 15 άτομα στον Νομό ... κατά την περίοδο του διαγωνισμού στον τομέα της

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

παροχής υπηρεσιών καθαριότητας κτιρίων (εργατών-εργατριών) κατοίκων του νομού ..., πέραν της αοριστίας του (σε ποια περίοδο ακριβώς αναφέρεται; οι εργαζόμενοι θα πρέπει να απασχολούνται με ορισμένου ή αορίστου χρόνου συμβάσεις; πρέπει να είναι πλήρους ή μερικής απασχόλησης;), δεν δικαιολογείται από τις σκοπούμενες ανάγκες του υπόψη διαγωνισμού και της προς υπογραφή οικείας σύμβασης.

Τουναντίον, οι εν λόγω απαιτήσεις υπερβαίνουν τα άκρα όρια της διακριτικής ευχέρειας που θέτουν στις αναθέτουσες αρχές οι οικείες διατάξεις των άρθρων 18 παρ. 1 & 75 παρ. 1 & 4 Ν. 4412/2016, καθώς είναι προδήλως ασύμβατες, υπερβολικές και μη συνάδουσες –άλλως δυσανάλογες –προς το αντικείμενο της σύμβασης και επ' ουδενί δικαιολογείται από τη φύση και το σκοπό αυτής (ΑΕΠΠ 18/2018).

Οι ανωτέρω απαιτήσεις περιορίζουν υπέρμετρα τον πραγματικό ανταγωνισμό κατά τη διενέργεια της υπ' όψη διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς θέτουν απαιτήσεις που υπερβαίνουν, όχι μόνον τις δυνατότητες της συγκεκριμένης αγοράς, ήτοι την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας, αλλά αντιβαίνουν και στη φύση της αγοράς αυτής, καθώς οι εταιρείες παροχής απασχολούν ανθρώπινο δυναμικό, κατά τεκμήριο μετακινούμενο από Νομό σε Νομό, ακριβώς λόγω της φύσης των παρεχομένων υπηρεσιών.

Ωστε, ο ως άνω πληττόμενος όρος της διακήρυξης περιορίζει απαραδέκτως και μη νόμιμα τον κύκλο των εταιρειών που δύνανται να συμμετάσχουν στον υπόψη διαγωνισμό, «νοθεύοντας» τον ελεύθερο και υγιή ανταγωνισμό.

Οι εν λόγω απαιτήσεις εξόφθαλμα καθιστά τη διαδικασία διαβλητή, αφού «φωτογραφίζει» συγκεκριμένες εταιρείες του χώρου και μάλιστα, με τυχαία, συγκυριακά κριτήρια γεωγραφικού προσδιορισμού απασχόλησης εργαζομένων, περιορίζοντας υπέρμετρα και ανατιολόγητα το πεδίο των δυναμένων να συμμετάσχουν και τελώντας σε πλήρη αντίθεση με την ισχύουσα νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων, λαμβανομένου υπόψη ότι απαιτεί, χωρίς ουσιαστική, αιτιολογημένη, τεκμηριωμένη, με αντικειμενικά κριτήρια, με επίκληση της πανδημίας του COVID-19, η οποία δεν μπορεί να αποτελεί άλλοθι και πανάκεια για οποιοδήποτε μέτρο και απόφαση.

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

Ο Νομός ... βρίσκεται ακριβώς στο μέσον της Περιφερειακής Ενότητας ..., συνορεύοντας με τους Νομούς ... κι ... κι όντας σε απολύτως προσβάσιμη απόσταση από τους λοιπούς Νομούς ... και

Γιατί να είναι επιλέξιμος κάποιος διότι απασχολεί, συγκυριακά, σε κάποιο έργο, εκτελούμενο 1 μέτρο εντός των διοικητικών ορίων του Νομού ..., αλλά μακριά από την ..., έναντι κάποιου, ο οποίος εκτελεί το αντίστοιχο, 1 μέτρο, εκτός των ορίων του Νομού ...;

Ουδέν στοιχείο εντός της Διακήρυξης ή των λαμβανομένων υπόψη διατάξεων και δεδομένων, προκειμένου για την έκδοσή της, οδηγεί σε κάποιο λογικό συμπέρασμα σχετικά με την αιτιολογική βάση, για την οποία τίθεται ο εν λόγω περιορισμός.

Προκαλεί, επίσης, απορία, ότι η επίκληση της πανδημίας, τίθεται *ΜΕ ΠΛΑΓΙΑ ΓΡΑΜΜΑΤΑ, Italics, ΩΣ ΕΑΝ ΝΑ ΠΡΟΚΥΠΤΕΙ ΑΠΟ ΚΑΠΟΙΟ ΑΛΛΟ ΕΓΓΡΑΦΟ.*

Εάν αυτό ισχύει, ποιο είναι το έγγραφο και γιατί δε μνημονεύεται.

Είναι μετρημένοι και ευχερώς διαπιστώσιμοι οι οικονομικοί φορείς, οι οποίοι, κατά την περίοδο προ του διαγωνισμού, και αυτό δεν είναι αποδεκτό σε όρους υγιούς ανταγωνισμού, διότι συνιστά φωτογραφική διάταξη της διακήρυξης.

Προκαλεί απορία για ποιο λόγο οι απαιτούμενοι εργαζόμενοι θα πρέπει να είναι 15 κι όχι, παραδείγματος χάριν, 14 ή 16 ή 10 ή 20. Είναι αυτονόητο για τον Αναθέτοντα Φορέα, ότι οι ίδιοι, ήδη απασχολούμενοι, σε άλλο, όμοιο, έργο, κατά την απαίτηση της Διακήρυξης, εργαζόμενοι θα εμπλακούν και στο προκηρυσσόμενο έργο; Όποια και εάν είναι λογική, δεν αποτελεί αρμοδιότητα του εκάστοτε οικονομικού φορέα να το εικάσει. Αποτελεί, ενόψει του κανονιστικού χαρακτήρα της διακήρυξης, υποχρέωση του Αναθέτοντος Φορέα, να το επεξηγήσει επαρκώς, κατανοητά και πειστικά.

Διότι και νομολογιακώς, οι τυχόν παρεκκλίσεις από τις κείμενες διατάξεις και τα πρότυπα διακηρύξεων, τα οποία υφίστανται, εγκεκριμένα από την αρμόδια Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων, θα πρέπει να είναι ανεκτές ως προς την τυχόν παραβίαση των όρων του ανταγωνισμού, μη

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

φωτογραφικές, αιτιολογημένες και ισορροπημένες, ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό.

Αυτό εν προκειμένω, προφανώς, δεν επιτυγχάνεται, με την εισαγωγή άκριτων αριθμητικών και γεωγραφικών περιορισμών, ως απαράβατων όρων. Ποια είναι, ακριβώς, η ιδιαιτερότητας και η φύση της παρούσας δημόσιας σύμβασης και πώς εξυπηρετείται με τον επιβαλλόμενο, αριθμητικό και γεωγραφικό προσδιορισμό-περιορισμό, ενεργής απασχόλησης 15 εργαζομένων και μάλιστα μόνιμων κατοίκων του Νομού ...;

Υπάρχουν και άλλες, πέραν του, δεδομένου της πανδημίας COVID 19, όπως εξελίσσεται κι αντιμετωπίζεται ανά την Επικράτεια, απρόβλεπτες και επείγουσες καταστάσεις, που δύναται ανά πάσα στιγμή να προκύψουν σε μία δεδομένη στιγμή και πώς εξυπηρετείται η αντιμετώπισή τους, παρ' ότι δεν κατονομάζονται, αλλά εικάζονται αορίστως, με τον επιβαλλόμενο, αριθμητικό και γεωγραφικό προσδιορισμό-περιορισμό, ενεργής απασχόλησης 15 εργαζομένων;

Είναι ανεκτό, σε όρους διαφάνειας, χρηστής διοίκησης, ισότητας, ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού, να αναφέρεται ως αιτιολογική βάση, η πανδημία, με τη διατύπωση, όπως η αντιμετώπιση της εξάπλωσης του κορωνοϊού – covid-19, χωρίς εν συνεχεία, να εξειδικεύεται ο τρόπος με τον οποίο ο Αναθέτων Φορέας θα διευκολυνθεί, με τον τιθέμενο αριθμητικό και γεωγραφικό προσδιορισμό-περιορισμό, ενεργής απασχόλησης 15 εργαζομένων, και προκειμένου να υφίσταται η ευχέρεια να ανταποκρίνεται ο ανάδοχος άμεσα στις ανάγκες του Δήμου;

Άραγε, όλος ο ανθρώπινος βίος, δεν είναι διάσπαρτος από απρόβλεπτες και επείγουσες καταστάσεις, που δύναται ανά πάσα στιγμή να προκύψουν σε μία δεδομένη στιγμή; Θα πρέπει η ανασφάλεια και το πεπερασμένο της ανθρώπινης φύσης, να καταστεί σταθερός όρος των διακηρύξεων;

Τέλος, ο τιθέμενος όρος είναι απολύτως αόριστος, όχι, ίσως, τυχαία κι αθώα, και ως προς το σκέλος κι αυτού του είδους της σχέσης απασχόλησης, την οποία απαιτείται να έχουν οι δυνητικοί οικονομικοί φορείς, με τους, τουλάχιστον, 15 εργαζομένους. Πρέπει να είναι πλήρους απασχόλησης,

μερικής απασχόλησης, ορισμένου ή αορίστου χρόνου; Τα εν λόγω στοιχεία, δεν είναι αμελητέα, όταν τίθενται τέτοιοι όροι αποκλεισμού εις βάρος των υπολοίπων οικονομικών φορέων, καθώς οι πλήρως απασχολούμενοι σε ένα έργο, μισθωτοί, δεν μπορούν να διατεθούν σε άλλο έργο, κατά την κοινή λογική. Επίσης, κάποιος, θα μπορούσε, απλά για να καλύψει τους όρους του εν λόγω έργου, να προβεί στην πρόσληψη, για ορισμένο χρόνο και για ελάχιστες ώρες, να προβεί σε προσλήψεις, προκειμένου να καθίσταται επιλέξιμος.

Αναφορικά με τα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας, τονίζεται ότι τα αιτούμενα ISOs υπερβαίνουν ανεπίτρεπτα το αντικείμενο του έργου βάσει του κωδικού CPV που η ίδια η Διακήρυξη θέτει, ενώ και η εταιρεία μας, δραστηριοποιούμενη πάνω από 10 έτη στον τομέα της παροχής υπηρεσιών καθαριότητας συμμετέχει με επιτυχία σε δημόσιους διαγωνισμούς παροχής υπηρεσιών καθαριότητας αντίστοιχων με τον παρόντα διαγωνισμό, υποβάλλοντας τα συνημμένα στην παρούσα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας, τα οποία ωστόσο δεν καλύπτουν τα πεδία «Διαχείριση (συλλογή και μεταφορά) στερεών – μη αποβλήτων», καθώς και «αποκομιδή απορριμμάτων και αναλώσιμων για καθαρισμό», τα οποία συν τοις άλλοις είναι παντελώς άσχετα με το αντικείμενο του επίδικου έργου.

Επομένως, ανεπίτρεπτα, η Αναθέτουσα Αρχή, εκ προοιμίου δημιουργεί το πλαίσιο, βάσει του οποίου, δύναται να υποπτεύεται, να γνωρίζει ή να προδιαγράφει τους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό, θέτοντας αποκλεισμούς και προωθώντας συγκεκριμένα χαρακτηριστικά.

Ο περιορισμός του ανταγωνισμού, η έμμεση ή άμεση προώθηση συμμετεχόντων, η στρέβλωση του υγιούς ανταγωνισμού, η παράβαση της Αρχής της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, αντίκεινται ευθέως σε οιαδήποτε Οδηγία ή νομοθέτημα έχει διαχρονικά ισχύει.

Δεν συγχωρείται, δε καμία δικαιολογία διότι οι αθροιστικά τεθειμένες με ρήτρα αποκλεισμού απαιτήσεις δεν βρίσκονται σε αναλογία με το έργο που δημοπρατείται, και εισάγουν διακρίσεις στην αντιμετώπιση υποψηφίων προμηθευτών.

Επομένως η εφαρμογή τους μπορεί να ερμηνευθεί ως προσπάθεια δημιουργίας συνθηκών ολιγοπωλίου, το οποίο βλάπτει το δημόσιο συμφέρον, αφού ευθέως αντίκειται στον ελεύθερο και ανόθευτο ανταγωνισμό, που νομίμως πρέπει οι δημόσιοι διαγωνισμοί να προάγουν.

A. Η αρχή της ίσης μεταχείρισης ή της απαγόρευσης των διακρίσεων

Βασισμένη στην ίδια τη Συνθήκη η αρχή της ίσης μεταχείρισης απαγορεύει όχι μόνον την πρόδηλη διάκριση λόγω ιθαγένειας αλλά και οποιαδήποτε συγκαλυμμένη μορφή διακρίσεως, η οποία κατ' εφαρμογή άλλων κριτηρίων διακρίσεως, καταλήγει στο ίδιο ή ανάλογο αποτέλεσμα. Συγκεκριμένα η αρχή της ίσης μεταχείρισης βασίσθηκε στα άρθρα 43 (πρώην 52) και 49 (πρώην 59) της Συνθήκης από τα οποία το ΔΕΚ συνήγαγε την αρχή ότι η γενική αρχή της ίσης μεταχείρισης, ιδιαίτερη έκφραση της οποίας αποτελεί η απαγόρευση των διακρίσεων με βάση την ιθαγένεια, είναι μία από τις θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου. Σύμφωνα με την αρχή αυτή, «...ανάλογες καταστάσεις δεν πρέπει να αντιμετωπίζονται με διαφορετικό τρόπο, εκτός αν η διαφορετική αντιμετώπιση δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους¹».

Σύμφωνα με την πάγια νομολογία του ΔΕΚ η αρχή της ίσης μεταχείρισης παρά το γεγονός ότι δεν προβλέπεται ευθέως από τις οδηγίες των δημοσίων συμβάσεων εντούτοις το καθήκον τήρησής της από τον αναθέτοντα φορέα ανταποκρίνεται στην ίδια την ουσία τους².

Σύμφωνα εξάλλου με τη νομολογία του ΔΕΚ, η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν περιορίζεται μόνο στον καθορισμό όρων πρόσβασης σε μια οικονομική δραστηριότητα που να μην εισάγουν καθ' εαυτοί διακρίσεις.

Επιβάλλεται περαιτέρω και η λήψη από τις δημόσιες αρχές όλων των μέτρων που είναι σε θέση να εξασφαλίσουν την άσκηση αυτής της δραστηριότητας³. Στη συνέχεια το ΔΕΚ με αφορμή τη νομολογία που ανέπτυξε για τις δημόσιες συμβάσεις διατύπωσε τη θέση ότι: «Η αρχή της ίσης μεταχείρισης της οποίας τα άρθρα 52 και 59 της Συνθήκης συνιστούν συγκεκριμένη έκφραση, απαγορεύει όχι μόνον την πρόδηλη διάκριση λόγω ιθαγένειας, αλλά και οποιαδήποτε συγκαλυμμένη μορφή διακρίσεως, η

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

οποία κατ' εφαρμογήν άλλων κριτηρίων διακρίσεως, καταλήγει στην πραγματικότητα στο ίδιο αποτέλεσμα».

Στην πρόβλεψη της υποχρέωσης ανάπτυξης ελεύθερου ανταγωνισμού βασίσθηκε η υιοθέτηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των προσφερόντων.

Σύμφωνα με την αρχή αυτή κρίσιμο στοιχείο για την αξιολόγηση μιας προσφοράς είναι η εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης.

[υποσημειώσεις: 1 ΔΕΚ Απόφαση της 3ης Μαρτίου 2005, C-21 και C-34/2003, *Fabricom SA*, σκ. 27, ΔΕΚ Απόφαση της 14ης Δεκεμβρίου 2004, C-434/2002, *Arnold Andre*, σκ. 68, ΔΕΚ Απόφαση της 14ης Δεκεμβρίου 2004, C-21/2003, *Swedish Match* κλπ., σκ. 70), ΠΕΚ Απόφαση της 17ης Μαρτίου 2005, T-160/2003, *AFCOn*, σκ.91. Σχετικά βλ. και τις αποφάσεις του ΔΕΚ της 8/10/1980 C-810/79, *Ubertschar*, της 14ης Ιουνίου 2007, C-6/05 *Medipac-Καζαντζίδης ΑΕ*, της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-324/98, *Telaustria* και *Telefonadress*, της 13ης Οκτωβρίου 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, της 21ης Ιουλίου 2005, C-231/03, *Coname* και της 27ης Οκτωβρίου 2005, C-234/03 *Contse*

2 ΔΕΚ Απόφαση της 3ης Μαρτίου 2005, C-21 και C-34/2003, *Fabricom SA*, σκ. 26, ΔΕΚ Απόφαση της 19ης Ιουνίου 2003, C-315/2001 *GAT*, σκ. 73, ΔΕΚ απόφαση της 12ης Δεκεμβρίου 2002, C-470/1999, *Universale Bau*, σκ. 91, ΔΕΚ Απόφαση 17ης Σεπτεμβρίου 2002, C-513/1999, *Concordia Bus Finland*, σκ. 81, ΔΕΚ Απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/1994, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκ. 51, ΔΕΚ Απόφαση της 22ης Ιουνίου 1993, C-243/1989, *Storebaelt*, σκ. 33

3 27 Βλ. σχετικά ΔΕΚ Απόφαση της 26 Φεβρουαρίου 1992, C- 357/89, *Raulin*].

Υπό αυτό το πρίσμα επιβάλλεται να λαμβάνεται μέριμνα από την αναθέτουσα αρχή, ώστε όλοι οι υποβάλλοντες προσφορές να διαθέτουν τις ίδιες ευκαιρίες κατά το στάδιο της ανάθεσης μίας σύμβασης⁴.

Η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως, της οποίας ειδική έκφραση αποτελεί το άρθρο 49 ΕΚ, δεν απαγορεύει μόνον τις εμφανείς διακρίσεις λόγω ιθαγενείας, αλλά και κάθε μορφή συγκεκαλυμμένης διακρίσεως, η οποία, μέσω της εφαρμογής άλλων κριτηρίων διακρίσεως, καταλήγει στην πράξη στο ίδιο

αποτελέσματα. Με τη νομολογία αυτή το ΔΕΚ προσέδωσε στην αρχή της ίσης μεταχείρισης διαστάσεις που πολύ απέχουν από το να περιορίζονται στην ενδεχόμενη διάκριση λόγω ιθαγένειας.

B. Η αρχή της διαφάνειας

Η προμνημονευθείσα απόφαση του ΔΕΚ της 25/4/1996 C- 87/1994, Επιτροπή κατά Βελγίου συνέδεσε την αρχή της ίσης μεταχείρισης ευθέως με την αρχή της διαφάνειας. Βασικό ζητούμενο είναι η διασφάλιση του ότι όλοι οι υποψήφιοι έχουν σε όλα τα στάδια του διαγωνισμού ίσες ευκαιρίες όταν υποβάλλουν τις προσφορές τους⁶. Η αρχή της διαφάνειας, που καθίσταται εξαιρετικά σημαντική λόγω της επέκτασης της διαφθοράς στις δημόσιες υπηρεσίες, διασφαλίζει τον ελεύθερο ανταγωνισμό και την τήρηση της ίσης μεταχείρισης. Δεδομένου ότι, όπως αναφέρθηκε ήδη, η Συνθήκη περιλαμβάνει ειδικές ρυθμίσεις για την εξάλειψη της απάτης, η διαφάνεια συνιστά πλέον αρχή αναγόμενη στην ίδια τη Συνθήκη. Η εν λόγω υποχρέωση διαφάνειας που βαρύνει την αναθέτουσα αρχή συνίσταται στη διασφάλιση, υπέρ όλων των ενδεχομένων αναδόχων, προσήκοντος βαθμού δημοσιότητας που να καθιστά δυνατό το άνοιγμα της αγοράς υπηρεσιών στον ανταγωνισμό καθώς και τον έλεγχο του αμερόληπτου χαρακτήρα των διαδικασιών διαγωνισμού⁷. Συνεπώς εκτός από τη γνώση των διαγωνιζομένων, η διαφάνεια απαιτεί την αμεροληψία της αναθέτουσας αρχής. Συνιστά δηλαδή αμφίπλευρη ιδιότητα. Εφαρμόζεται σε όλα τα διαδικαστικά στάδια⁸ ακόμη και όταν δεν προβλέπεται ρητά και στις περιπτώσεις ακόμη που δεν εφαρμόζονται συνολικά οι κοινοτικές οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις, όπως είναι οι περιπτώσεις των συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών κλπ.

[υποσημειώσεις: 4 ΔΕΚ Απόφαση της 3ης Μαρτίου 2005, C-21 και C-34/2003, *Fabriscom SA*, σκ. 29, ΔΕΚ Απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/1994, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκ. 54.

5 ΔΕΚ Απόφαση της 29ης Οκτωβρίου 1980, 22/80, *Boussac Saint-Frères*, σκέψη 9 και ΔΕΚ Απόφαση της 5ης Δεκεμβρίου 1989, C-3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 8.

6 ΔΕΚ Απόφαση της 14ης Ιουνίου 2007, C-6/05 *Medipac-Καζαντζίδης ΑΕ*, ΔΕΚ Απόφαση της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-324/98, *Telaustria* και

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

Telefonadress, ΔΕΚ Απόφαση της 13ης Οκτωβρίου 2005, C-458/03, Parking Brixen και ΔΕΚ Απόφαση της 21ης Ιουλίου 2005, C-231/03, Coname.

7 ΔΕΚ Απόφαση της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, σκ. 62

8 Βλ. αντί πολλών ΠΕΚ Απόφαση της 25ης Φεβρουαρίου 2003, T-183/00, Strabag Benelux σκ. 39 Βλ. επίσης ΔΕΚ Απόφαση της 15ης Απριλίου 1996, C- 87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου. Η διαφάνεια αποτελεί σήμερα θεμελιακή έννοια του συνολικού πλαισίου κανόνων που διέπει το καθεστώς της ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων κατά το δίκαιο της ΕΕ και κατ' επέκταση και τα εθνικά δίκαια. Θα μπορούσε εύλογα να θεωρηθεί ως γενική αρχή του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων. Θεωρείται πάντως ότι συνιστά σκοπό του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και στόχο στον οποίο αυτό αποβλέπει. Συνεπώς η διαφάνεια ρυθμίζει και τον τρόπο ερμηνείας των κανόνων των δημοσίων συμβάσεων. Από τα προαναφερθέντα φαίνεται ότι η διαφάνεια στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων αφορά τη διαδικαστική ορατότητα που απαιτεί το ΔΕΚ ερμηνεύοντας τους κανόνες και τη Συνθήκη η οποία πηγάζει από την αρχή της ίσης μεταχείρισης και για μεν τους υποψηφίους συνιστά γνώση των διαδικασιών και των κανόνων που διέπουν την ανάθεση ενώ για τις αναθέτουσες αρχές απαιτεί αμεροληψία. Η νομολογία του ΔΕΚ έχει επισημάνει ότι η αρχή της διαφάνειας αποτελεί την συνέπεια της αρχής της ίσης μεταχείρισης, την πρακτική αποτελεσματικότητα της οποίας επιδιώκει να εξασφαλίσει κατοχυρώνοντας τη δημιουργία συνθηκών ανταγωνισμού χωρίς στρεβλώσεις].

Γ. Η αρχή της αναλογικότητας

Η αρχή της αναλογικότητας αποτελεί γενική αρχή του κοινοτικού δικαίου που εφαρμόζεται και στις δημόσιες συμβάσεις και διέπει όχι μόνον τη συνολική δράση αλλά ακόμη και την διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών.

Ιδιαίτερη έκφραση της αρχής της ίσης μεταχείρισης είναι η αρχή της αναλογικότητας, η οποία ομοίως ανάγεται στη Συνθήκη. Σύμφωνα με την αρχή αυτή, ανάλογες καταστάσεις δεν πρέπει να αντιμετωπίζονται με διαφορετικό τρόπο εκτός αν η διαφορετική αντιμετώπιση δικαιολογείται από αντικειμενικούς

λόγους. Σύμφωνα με την αρχή αυτή, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού¹⁰.

Η νομολογία του ΔΕΚ αναγνωρίζει την αρχή της αναλογικότητας παγίως ως μία από τις γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου η οποία ισχύει και για τις εθνικές αρχές κατά την εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου¹¹. Η αρχή της αναλογικότητας αποτελεί επομένως γενική αρχή του κοινοτικού δικαίου που εφαρμόζεται και στις δημόσιες συμβάσεις και διέπει όχι μόνον τη συνολική δράση αλλά ακόμη και την διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών. Έκφραση των ίδιων αρχών αποτελεί και η υποχρέωση αιτιολόγησης της δυσμενούς ή απορριπτικής απόφασης που λαμβάνει κάθε αναθέτουσα αρχή στο πλαίσιο διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων η οποία απορρέει και από τις γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου ορισμένων κρατών μελών.

[υποσημειώσεις: 9 Βλ. ΔΕΚ Απόφαση της 18ης Μαρτίου 1992, C-24/91, Επιτροπή κατά Ισπανίας, όπου τονίζεται ότι ουσιώδης σκοπός της οδηγίας είναι η καθιέρωση διαφάνειας που να επιτρέπει την ισότητα συμμετοχής στις συμβάσεις και την ανάπτυξη πραγματικού ανταγωνισμού.

¹⁰ ΔΕΚ Απόφαση της 18ης Απριλίου 2007, C-507/03, ΔΕΚ Απόφαση της 13ης Νοεμβρίου 2007, C-6/05 Επιτροπή κατά Ιρλανδίας, της 14ης Ιουνίου 2007, C-5/2005, Medipac-Καζαντζίδης ΑΕ, ΔΕΚ Απόφαση της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-324/98, Telaustria και Telefonadress, ΔΕΚ Απόφαση της 13ης Οκτωβρίου 2005, C-458/03, Parking Brixen, ΔΕΚ Απόφαση της 21ης Ιουλίου 2005, C-231/03, Coname, ΔΕΚ Απόφαση της 3ης Μαρτίου 2005, C-21/03 και C-34/03, της 3ης Μαρτίου 2005, ΠΕΚ Απόφαση της 18ης Απριλίου 2007, T- 195/05, Deloitte Business Advisory NV, 41 Βλ. σχετικά και ΠΕΚ Απόφαση της 19 Ιουνίου 1997, T-260/94, Air Inter SA.

¹¹ Σχετικά βλ. ΔΕΚ Απόφαση της 11ης Ιουλίου 1989, C-265/87, Schroeder, ΔΕΚ Απόφαση της 27ης Οκτωβρίου 1993, C-127/92 κλπ Επί τη βάση αυτών των αρχών αναπτύχθηκε και εξειδικεύθηκε η νομολογία κατά περίπτωση ερμηνεύοντας τις οδηγίες με τρόπο που συνάδει στο σκοπό τους. Θα μπορούσε δηλαδή να διαπιστώσει κανείς τη σαφή υιοθέτηση της τελεολογικής μεθόδου από το ΔΕΚ κατά τη θέσπιση γενικών αρχών αλλά και

στο στάδιο της ειδικότερης επεξεργασίας των κανόνων των οδηγιών που τίθενται. Σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας η Επιτροπή διατύπωσε στην Ερμηνευτική της Ανακοίνωση τη θέση ότι ένα κράτος μέλος δεν έχει το δικαίωμα να απαιτήσει, κατά την επιλογή των υποψηφίων, τεχνικές, επαγγελματικές ή χρηματοοικονομικές ικανότητες δυσανάλογες και υπερβολικές σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης παραχώρησης ή μιας ανάλογης μορφής σύμπραξης μεταξύ του δημοσίου και του ιδιωτικού τομέα].

Δ. Η αρχή της υποχρεωτικής αιτιολόγησης των βλαπτικών πράξεων

Έκφραση των ίδιων αρχών αποτελεί και η υποχρέωση αιτιολόγησης της δυσμενούς ή απορριπτικής απόφασης που λαμβάνει κάθε αναθέτουσα αρχή στο πλαίσιο διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων η οποία απορρέει και από τις γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου ορισμένων κρατών μελών.

Η υποχρέωση αιτιολογίας συνδέεται άμεσα με την αρχή της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, αφού αποτελεί το κριτήριο επί τη βάση του οποίου θα εξεταστεί η ίδια η νομιμότητα της δυσμενούς απόφασης. Κατά τη στοιχειοθέτηση της απόφασής της η ίδια η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να ελέγξει η ίδια τη νομιμότητα της πράξης της πριν ακόμη την έκδοσή της.

Η υποχρέωση αιτιολογίας έχει πολύ σημαντικό ρόλο στο κοινοτικό δίκαιο, στο μέτρο που καθιερώνεται από την ίδια τη Συνθήκη και επιβάλλεται, αντίθετα με τα όσα ισχύουν στο εθνικό δίκαιο των περισσότερων κρατών μελών, και στον κοινοτικό νομοθέτη.

3. Αξιολόγηση του όρου υπό το φως και το πνεύμα των ανωτέρω Αρχών.

Η ανωτέρω πρόβλεψη είναι υπέρμετρα επαχθής και δημιουργεί συνθήκες άνισης μεταχείρισης μεταξύ των βουλομένων να συμμετάσχουν στον εν λόγω διαγωνισμό και για το λόγο αυτό προσβάλλεται με την παρούσα.

Α. Κάθε όρος της διακήρυξης πρέπει να ερμηνεύεται με γνώμονα το σκοπό που επιδιώκει ή το έννομο αγαθό που επιχειρεί να προστατεύσει, με βάση τις αρχές της επιείκειας και της αναλογικότητας. Ο όρος αυτός της Διακήρυξης προφανώς αποβλέπει στην αξιολόγηση της επαγγελματικής

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

εμπειρίας των διαγωνιζομένων, πλην όμως υπερβαίνει παντελώς ανατιολόγητα την αρχή της αναλογικότητας, ήτοι την αναλογία, ισορροπίας μεταξύ του μέσου και του επιδιωκόμενου σκοπού. Εάν στην παρούσα διακήρυξη επιδιώκεται η προσέλκυση πεπειραμένων και αξιόπιστων συμμετεχόντων δραστηριοποιούμενων στον τομέα της παροχής υπηρεσιών διανομής γευμάτων σε νοσηλευτικά ιδρύματα, προφανώς το μέσο επίτευξης του εν λόγω σκοπού είναι κατάφορα δυσανάλογο, περιορίζοντας τον υγιή ανταγωνισμό και ευνοώντας μεγάλες επιχειρήσεις του κλάδου.

Δεδομένου ότι τα εκτελούμενα έργα παροχής υπηρεσιών καθαριότητας στο Νομό ... είναι πολύ συγκεκριμένα, οι επιχειρήσεις που καλύπτουν την τιθέμενη γεωγραφική, χρονική και αριθμητική προϋπόθεση, είναι εξαιρετικά περιορισμένες αριθμητικά, με συνέπεια να καθίσταται εξαιρετικά ευχερής η πρόβλεψη σχετικά με τους εν τέλει συμμετέχοντες στο διαγωνισμό.

B. Ο εν λόγω όρος της Διακήρυξης θα γινόταν αντιληπτός και θα επιτελούσε κάποιο σκοπό στην περίπτωση που το δημοπρατούμενο έργο ήταν εξειδικευμένο, πρωτότυπο και τεχνικά δυσχερές, με τους παράγοντες της γεωγραφικής δραστηριοποίησης, σε συγκεκριμένη περίοδο, με συγκεκριμένα άτομα, να επηρεάζουν ΑΜΕΣΑ, ΕΥΘΕΩΣ και ΠΡΑΚΤΙΚΑ την εκτελούμενη σύμβαση.

Στην προκείμενη περίπτωση, κάτι τέτοιο ούτε μνημονεύεται, ούτε αναλύεται στη Διακήρυξη, καθόσον αφορά μια συνήθη εκτέλεση παροχής υπηρεσιών καθαριότητας, αντίστοιχη με οποιαδήποτε άλλη, είτε εντός είτε εκτός Νομού ..., υπό τις κρατούσες συνθήκες. Τεχνικώς δεν παρουσιάζει καμία απολύτως ιδιαιτερότητα. Ανάλογα έργα εκτελούνται σε μεγάλο αριθμό σε όλες τις πόλεις της Ελλάδος, χωρίς ποτέ να ζητείται από τις διακηρύξεις η απόδειξη εμπειρίας ή η προσκόμιση από τους διαγωνιζόμενους πρόσθετων δικαιολογητικών τεχνικών και οικονομικών προσόντων.

Το κύριο τεχνικό αντικείμενο του έργου, είναι ο προσήκων κι υγειονομικά αποδεκτός τρόπος καθαρισμού υπό τις κρατούσες συνθήκες, που, ως είναι αυτονόητο, πρόκειται για εργασία πανομοιότυπη τεχνικά σε οποιαδήποτε πόλη και αν εκτελείται.

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

Κατά μείζονα δε λόγο, δεν το καθιστά ειδικό κατά τη σχετική έννοια του Νόμου. Το γεγονός αυτό προκαλεί εντύπωση ενόψει του δεδομένου ότι αντίστοιχη, “φωτογραφική” και περιοριστική απαίτηση, ευλόγως και ορθώς δεν περιελήφθη σε άλλες, αντιστοίχου αντικειμένου διακηρύξεις της ίδιας περιόδου, του ιδίου αντικειμένου και στην ίδια γεωγραφική περιοχή ή και αλλού.

Τέλος, πρέπει να τονισθεί, ότι ο χαρακτηρισμός ενός έργου ως ειδικού επιφυλάσσεται για όλως εξαιρετικές περιπτώσεις ιδιαζουσών τεχνικών προδιαγραφών κι απολύτως εξειδικευμένων τεχνολογικά απαιτήσεων, οι οποίες δεν δύνανται, ούτε κατά προσέγγιση, αφορούν στον εν λόγω διαγωνισμό.

Οι επιμέρους τεχνικές ιδιαιτερότητες των διαφόρων έργων, οι οποίες υπάρχουν σε κάθε έργο οποιοδήποτε τεχνικού αντικειμένου, επ’ ουδενί συνιστούν λόγο που θα δικαιολογούσε τον χαρακτηρισμό κάποιου έργου ως ειδικού.

Επομένως, ακόμη κι αν τα ανωτέρω συνιστούσαν τεχνική ιδιαιτερότητα κατά την προδιαληφθείσα έννοια, το στοιχείο αυτό δεν αρκεί για να χαρακτηριστεί το προκείμενο έργο ως ειδικό και τούτο διότι το δημοπρατούμενο έργο καλύπτεται τεχνικά από τη μέση Ελληνική επιχείρηση, η οποία δεν εκτελεί κατά τον οριζόμενο χρόνο, αντίστοιχο έργο στη ..., αλλά το έχει πράξει στο παρελθόν ή το πράττει αλλού.

Υπό το φως των προαναφερθέντων, το δημοπρατούμενο έργο δεν είναι ειδικό και ως εκ τούτου δεν συντρέχουν οι ειδικές και ιδιαιτέρως αυστηρές προϋποθέσεις για την εισαγωγή του επίμαχου όρου στη διακήρυξη, ο οποίος είναι για τους προαναφερθέντες λόγους παράνομος και άκυρος.

Εάν ο Αναθέτων Φορέας επιδιώκει να εξασφαλίσει τη συμμετοχή στον επίδικο διαγωνισμό επιχειρήσεων με συγκεκριμένα χαρακτηριστικά για συγκεκριμένους λόγους, οι οποίοι, όμως, δεν προσδιορίζονται, ο εν λόγω όρος δεν δύναται να επιτύχει νομίμως το σκοπό αυτό, επιτείνοντας την αδιαφάνεια καθώς συνιστά φωτογραφική διάταξη.

Είναι θεμιτό κι νόμιμο να απαιτείται στα πλαίσια της αξιολόγησης να υπάρχουν απαιτήσεις, είτε ρητώς απορρέουσες από τις διατάξεις είτε

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

προσαρμοσμένες στις ανάγκες του φορέα, πλην όμως, στο μέτρο, όμως, που αυτό δεν αντιβαίνει στις Αρχές της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.

Η απαίτηση, ως διαδικαστική προϋπόθεση για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό, εκτέλεσης συμβάσεων με συγκεκριμένα χαρακτηριστικά, επιτρέπεται, κατόπιν αιτιολόγησης.

Αντί αυτής της προϋπόθεσης, η οποία από ουδεμία διάταξη Νόμου πηγάζει, ο Αναθέτων Φορέας δύναται να αξιολογήσει την εμπειρία και την αξιοπιστία των συμμετεχόντων μέσω του συνολικού αριθμού των επικαλούμενων συμβάσεων και του συνολικού ποσού αυτών ή να θέσει προδιαγραφές αναφορικά με τη διαθεσιμότητα του προσωπικού ή την έναρξη της παροχής των υπηρεσιών και την ταχύτητα εγκατάστασης.

Προκύπτει ότι κατά τον ανωτέρω όρο δύναται να συμμετάσχει στο διαγωνισμό επιχείρηση εκτελούσα 1, μόλις, έργο, με έστω 15 άτομα, στη ..., κι αυτό εντός της περιόδου, την οποία προσδιορίζει, αλλά να μην μπορεί να συμμετάσχει οποιαδήποτε άλλη εταιρεία, με μεγάλο αριθμό εργαζομένων, έργων, κύκλο εργασιών κι οποιοδήποτε, άλλο, θετικό στοιχείο, απλά γιατί μια ημέρα προ της δημοσίευσης του διαγωνισμού, έπαψε να εκτελεί έργο στη

Είναι, τέλος, σαφές, ότι σε καμία περίπτωση δεν επιτρέπεται να ζητούνται στοιχεία εμπειρίας διαγωνιζομένου κατά τον εξόχως αναλυτικό και λεπτομερειακό τρόπο που προβλέπεται στον προδιαληφθέντα επίμαχο όρο και, μάλιστα, να χρησιμοποιούνται αυτά τα στοιχεία ως τυπικά δικαιολογητικά συμμετοχής στον διαγωνισμό.

Η απαίτηση να προσκομισθούν τέτοια στοιχεία υπερβαίνει και μάλιστα κατά πολύ τα επιτρεπόμενα όρια βάσει των Οδηγιών.

Το στοιχείο αυτό ισχύει, ήδη από την έναρξη ισχύος των νομοθετημάτων των δημοσίων συμβάσεων, από το άρθρου 27 της Οδηγίας 93/37/ΕΟΚ (Έγγραφο Ευρωπαϊκής Επιτροπής 80(94)D/01.3.1994 προς την Ελληνική Κυβέρνηση, το οποίο αφορά πανομοιότυπο όρο στη διακήρυξη διαγωνισμού της Δημοτικής Επιχείρησης Ύδρευσης και Αποχέτευσης της πόλης του ...).

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

Επιπροσθέτως, η απαρίθμηση των δικαιολογητικών που μπορούν να ζητηθούν ως απόδειξη των τεχνικών ικανοτήτων είναι περιοριστική (ΔΕΚ C-76/82, Συλλογή 1982, σ. 417, σκέψη 9). Τα ανωτέρω έχουν την έννοια ότι, ακόμη και υπό την εκδοχή ότι θα μπορούσε η αναθέτουσα αρχή να ζητήσει κατάλογο των εκτελεσθέντων έργων, ο κατάλογος αυτός είναι γενικός και περιλαμβάνει όλα τα έργα και δεν επιτρέπεται σε καμία περίπτωση να γίνεται περιοριστική και αναλυτική αναφορά σε τεχνικά χαρακτηριστικά των εκτελεσθέντων έργων, ώστε αυτά να χρησιμοποιηθούν ως κριτήριο αποκλεισμού διαγωνιζομένου από τον διαγωνισμό. Καθίσταται προφανές ότι η κοινοτική νομοθεσία όχι μόνο έχει παραβιασθεί κατάφωρα στο συγκεκριμένο σημείο, αλλά επιπλέον έχει διαστρεβλωθεί κατά τέτοιο τρόπο κατά την εφαρμογή της, ώστε να καταστρατηγούνται πλήρως οι επιδιωκόμενοι δι' αυτής σκοποί της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων.

Περαιτέρω, ακόμη και στις περιπτώσεις κατά τις οποίες θα ήταν επιτρεπτή η εισαγωγή ειδικού όρου τεχνικών ή οικονομικών προσόντων στις διακηρύξεις, η νομιμότητα του εισαγόμενου όρου κρίνεται βάσει των θεμελιωδών αρχών της αναλογικότητας, της διαφάνειας, της προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, οι οποίες πηγάζουν από την κοινοτική και εσωτερική νομοθεσία και διέπουν τους διαγωνισμούς δημοσίων έργων.

Οι ανωτέρω αρχές έχουν εξειδικευθεί και ενσωματωθεί σε σειρά διατάξεων της κείμενης νομοθεσίας, όπως αυτές του άρθρου 253 του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το οποίο:

«Αρχές που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων (άρθρο 36 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) 1. Οι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της προστασίας του ανταγωνισμού, της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης και λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων.».

Υπό το φως των προαναφερθέντων, ένας επιπλέον όρος ειδικής εμπειρίας ή ένα ειδικό χαρακτηριστικό, απαιτούμενο από τους οικονομικούς φορείς, είναι σύλληπτο, μόνο αν δεν θίγει τις ανωτέρω αρχές και οδηγεί κατ' αποτέλεσμα στη συμμετοχή στον διαγωνισμό όλων των διαγωνιζομένων που είναι κατάλληλοι να αναλάβουν την εκτέλεση του δημοπρατούμενου έργου.

Αν, αντιθέτως, ο επιπλέον όρος οδηγεί στον, δυσανάλογα προς τον επιδιωκόμενο σκοπό που εξυπηρετεί η εισαγωγή του, περιορισμό των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό εργοληπτικών επιχειρήσεων, τότε είναι παράνομος, διότι θίγει ευθέως τις προαναφερθείσες θεμελιώδεις αρχές. Στην προκείμενη περίπτωση όλες οι ανωτέρω αρχές έχουν παραβιασθεί.

Ο επίμαχος όρος, όχι απλώς περιορίζει δραστικά και δυσανάλογα προς τον επιδιωκόμενο δι' αυτού στόχο τον αριθμό των οικονομικών φορέων, οι οποίοι δύνανται να μετάσχουν στην προκείμενη δημοπρασία, αλλά κατ' ουσίαν προκαθορίζει και ταυτοποιεί τις κατ' ιδίαν επιχειρήσεις που θα γίνουν δεκτές στον διαγωνισμό.

Είναι προφανές, λοιπόν, ότι ο επίμαχος όρος της διακήρυξης είναι προδήλως φωτογραφικός, αφού κατ' ουσία κατονομάζει τις επιχειρήσεις που έχουν δικαίωμα συμμετοχής στην προκείμενη διαδικασία: είναι αυτές που κατά τον παρόντα χρόνο εκτελούν, με τουλάχιστον 15 απασχολούμενα άτομα, τις μετρημένες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού στο Νομό

Σημειωτέον, ότι το Υπουργείο Εσωτερικών, προ 20ετίας, έχει εκδώσει την υπ' αρ. 35/23.11.1999 Εγκύκλιο, η οποία αφορά πανομοιότυπες περιπτώσεις φωτογραφικών όρων στις διακηρύξεις διαγωνισμών Ο.Τ.Α. και δημοτικών επιχειρήσεων.

Αναφέρει, συγκεκριμένα, η εν λόγω Εγκύκλιος:

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

«.....γ) Η αναγραφή εξειδικευμένων όρων και προϋποθέσεων είναι δυνατό να δώσουν λαβή αμφισβήτησης της διαφάνειας και του υγιούς ανταγωνισμού, κατά τις διαδικασίες ανάδειξης αναδόχου εκτέλεσης έργου ή προμήθειας, όπως π.χ. ενδεικτικά:

- Προσκόμιση βεβαιώσεων από δημόσιες υπηρεσίες ότι ο διαγωνιζόμενος έχει εμπειρία π.χ. σε πεζοδρομήσεις ΣΤΟ ΚΕΝΤΡΟ ΤΗΣ ΠΟΛΗΣ και αντίστοιχου ΜΕΓΕΘΟΥΣ!

- Υποβολή δηλώσεων κύκλου εργασιών σε ΑΝΤΙΣΤΟΙΧΑ έργα ή προμήθειες κατά τη διάρκεια των «Χ» ΤΕΛΕΥΤΑΙΩΝ ετών προϋπολογισμού τουλάχιστον «Ψ» εκατ. Δρχ. και κατ' ελάχιστον ένα έργο ή προμήθεια προϋπολογισμού ΟΜΟΙΟΥ με το δημοπρατούμενο αντικείμενο ΠΑΡΟΜΟΙΑΣ ΦΥΣΗΣ!

δ) Πάγια θέση του Υπουργείου μας, αλλά εξ όσων γνωρίζουμε και του Υ.ΠΕ.ΧΩ.Δ.Ε. και του Υπουργείου Ανάπτυξης ήταν και παραμένει, να αποφεύγεται, οπωσδήποτε, κατά τη σύνταξη και έγκριση των τευχών δημοπράτησης έργου ή προμήθειας ή πρόβλεψη προϊόντων συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης (επώνυμα) ή άλλων προϋποθέσεων που κατευθύνουν τον διαγωνισμό σε ορισμένο κύκλο υποψηφίων αναδόχων και να τηρούνται όπως επιβάλλεται οι προβλεπόμενες από το Εθνικό και Κοινοτικό Δίκαιο διατάξεις, γιατί, κάθε αντίθετη ενέργεια καταργεί την ουσία του υγιούς ανταγωνισμού και τη διαφάνεια, ενώ επί πλέον αποβαίνει σε βάρος του Δημοσίου συμφέροντος.....».

Ουδμία χρεία περαιτέρω επιχειρημάτων ή στοιχείων έχουμε αναφορικά με την επίμαχη διακήρυξη.

Ο Αναθέτων Φορέας, όχι μόνο παραβίασε τις κείμενες διατάξεις του Εθνικού και Κοινοτικού Δικαίου, αλλά ούτε καν στοιχειωδώς συμμορφώθηκε προς την κατά τα άνω σαφέστατη εντολή – υπόδειξη του εποπτεύοντος τη Δημόσια Διοίκηση Υπουργείου. Εν όψει των προαναφερθέντων, καθίσταται προφανές ότι ο επίμαχος όρος είναι παράνομος, δοθέντος ότι παραβιάζει τον κεντρικό πυρήνα των θεμελιωδών αρχών και κανόνων που διέπουν τους διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων, ήτοι την ελευθερία του ανταγωνισμού, την ίση μεταχείριση όλων των διαγωνιζομένων που έχουν κατ' αρχήν βάσει

του νόμου δικαίωμα συμμετοχής στην προκείμενη διαδικασία, τη διαφάνεια του διαγωνισμού και την αρχή της αναλογικότητας.

Όλες οι προαναφερθείσες αρχές έχουν ενσωματωθεί σε σειρά διατάξεων της εσωτερικής, προεχόντως δε της κοινοτικής, νομοθεσίας για τις δημόσιες συμβάσεις, η δε παράβασή τους, η οποία στη συγκεκριμένη περίπτωση είναι κατάφωρα πρόδηλη, συνεπάγεται την ακυρότητα του επίμαχου όρου της διακήρυξης και του διαγωνισμού γενικότερα.

Τέλος, για την ταυτότητα των προαναφερθέντων λόγων, ο επίμαχος όρος της διακήρυξης είναι παράνομος ως καταχρηστικός, διότι έρχεται σε αντίθεση με τις επιταγές που απορρέουν κι από αυτό το άρθρο 281 Α.Κ..

Γ. Σύμφωνα με το Νόμο σε κάθε διαγωνιστική διαδικασία, τα αρμόδια όργανα του Αναθέτοντος Φορέα υποχρεούνται να εφαρμόζουν τους θεσμοθετημένους όρους για τη διασφάλιση της διαφάνειας των διαδικασιών, του ελεύθερου ανταγωνισμού και του δημόσιου συμφέροντος.

Στο πλαίσιο αυτό, ο σεβασμός του ελεύθερου ανταγωνισμού αποτελεί αρχή που καθιερώνεται ρητά και από τις διατάξεις των άρθρων 85 επ. της Συνθήκης των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, δηλαδή από διατάξεις αυξημένης τυπικής ισχύος και επομένως προσφορά που καταστρατηγεί αυτή την αρχή πρέπει να θεωρηθεί άκυρη και ο υποψήφιος που την παραβίασε πρέπει να αποκλειστεί από την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού.

Περαιτέρω, η αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων αποτελεί συγκεκριμένη εφαρμογή της γενικής αρχής της ισότητας που διατρέχει όλο το κοινοτικό δίκαιο. Η αρχή της ίσης μεταχείρισης απαγορεύει οποιαδήποτε – έστω και συγκεκριμενοποιημένη – μορφή διάκρισης, η οποία κατ' εφαρμογή άλλων κριτηρίων διάκρισης καταλήγει στο ίδιο ή ανάλογο αποτέλεσμα.

Στην προκείμενη περίπτωση, η υιοθέτηση και εφαρμογή του προσβαλλομένου όρου, η οποία αποκλείει πλήθος μικρομεσαίων ελληνικών επιχειρήσεων με πορεία στον κλάδο κι εμπειρία στην προσήκουσα και πλήρη εκτέλεση συμβάσεων παροχής υπηρεσιών και υποστήριξης αντιστοίχων φορέων, περιλαμβανομένης και της προσφεύγουσας, συνιστά άνιση μεταχείριση νοθεύουσα τον ανταγωνισμό, ζημιώνοντας τόσο τις προσφεύγουσες όσο και τα δημόσια οικονομικά του Αναθέτοντος Φορέα.

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

Στο πλαίσιο αυτό, άμεσο παρεπόμενο αποτέλεσμα του αποκλεισμού της εταιρίας μας από τη διαδικασία του διαγωνισμού δυνάμει του προσβαλλομένου, αναιτιολόγητου και νόμου αβάσιμου όρου της Διακήρυξης, είναι ανεπίτρεπτη, καθώς ευθέως νοθεύει τον πραγματικό, ισότιμο και θεμιτό ανταγωνισμό που οφείλεται να χαρακτηρίζει τις διαγωνιστικές διαδικασίες αυξημένης ισχύος αξιολόγησης. Ο εν λόγω όρος, ο οποίος από ουδεμία νομική διάταξη απορρέει, παραβιάζει ευθέως τις διατάξεις και το αναλυόμενο στο προοίμιο αυτής πνεύμα, της ισχύουσας για το σύνολο των διαγωνιστικών διαδικασιών διατάξεις των άρθρων 18 παρ. 1, 75 παρ. 1 & 4 και 253 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 [...]

22. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής αναφέρει αυτολεξεί τα κάτωθι: « [...]Μεταξύ των όρων του διαγωνισμού είναι και αυτός τον οποίο προσβάλλει ο προσφεύγων, ήτοι του άρθρου 2.2.9 (Απαράβατοι όροι συμμετοχής, πλην των προϋποθέσεων που απαιτούν οι σχετικές διατάξεις της νομοθεσίας), σύμφωνα με το οποίο «Λόγω της ιδιαιτερότητας και της φύσης της παρούσας δημόσιας σύμβασης, των απρόβλεπτων και επειγουσών καταστάσεων που δύναται ανά πάσα στιγμή να προκύψουν σε μία δεδομένη στιγμή (όπως η αντιμετώπιση της εξάπλωσης του κορονοϊού – covid-19) και προκειμένου να υφίσταται η ευχέρεια να ανταποκρίνεται ο ανάδοχος άμεσα στις ανάγκες του Δήμου, θα πρέπει να απασχολεί ήδη στο Νομό ... τουλάχιστον 15 άτομα κατά την περίοδο του διαγωνισμού στον τομέα της παροχής υπηρεσιών καθαριότητας κτιρίων (εργατών- εργατριών) κατοίκων του νομού ...».

Επίσης μεταξύ των όρων του διαγωνισμού είναι και αυτός του άρθρου 2.2.7 Μεταξύ των όρων του διαγωνισμού, τον οποίο προσβάλλει ο προσφεύγων, σύμφωνα με το οποίο «Οι οικονομικοί φορείς για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης απαιτείται: Να διαθέτουν τα απαραίτητα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης σε ισχύ, από διαπιστευμένους οργανισμούς πιστοποίησης και ειδικότερα: i) ISO 9001:2015 ή αποδεδειγμένα ισοδύναμό του, με πεδίο εφαρμογής «καθαρισμοί κτιρίων, Εγκαταστάσεων & Εξωτερικών χώρων», ii) ISO 14001:2015 ή αποδεδειγμένα ισοδύναμό του, με πεδίο εφαρμογής «Εργολάβος καθαριότητας (εσωτερικών-

εξωτερικών χώρων), Διαχείριση (συλλογή και μεταφορά) στερεών – μη αποβλήτων», ιι) ISO 1801:2008/OHSAS 18001:2007 ή αποδεδειγμένα ισοδύναμό του, με πεδίο εφαρμογής «Εργολαβίες καθαρισμού, καθαρισμός χώρων υγειονομικού ενδιαφέροντος και αποκομιδή απορριμμάτων και αναλώσιμων για καθαρισμό».

Βάσει της υποβληθείσας προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα εταιρεία υποστηρίζει ότι περιορίζεται ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός και η ευρεία συμμετοχή στον υπό ανάθεση διαγωνισμό. μέσω της επιβολής προδιαγραφών που συρρικνώνουν την ελεύθερη αγορά και πως όροι της διακήρυξης δεν τίθενται κατά τέτοιο τρόπο ώστε να είναι αρκετά ακριβείς και να μην καταλείπεται οιαδήποτε αμφιβολία στους προσφέροντες ως προς την κατανόηση και τον προσδιορισμό του αντικείμενου και των απαιτήσεων της διακήρυξης. Συγκεκριμένα για τους ανωτέρω όρους αναφέρει τυγχάνουν παντελώς καταχρηστικές, υπερβολικές, μη εξυπηρετούσες καθ' οιονδήποτε τρόπο τις πραγματικές ανάγκες της υπό σύναψη σύμβασης, έχουν τεθεί αβάσιμα και αναιτιολόγητα, άλλως προδήλως «φωτογραφικά» και σκοπούν στην, κατ' απαράδεκτο και μη νόμιμο τρόπο, «νόθευση», άλλως περιορισμό του ανταγωνισμού κατά τη διενέργεια της διαγωνιστικής διαδικασίας. Επίσης αναφέρει πως είναι και αόριστοι και ασαφείς.

ΕΠΙ ΤΩΝ ΑΙΤΙΑΣΕΩΝ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ:

Όσον αφορά γενικά την κατάρτιση των όρων, θα πρέπει να αναφέρουμε πως η αναθέτουσα αρχή είναι αυτή που θέτει τις απαιτήσεις που κρίνει αναγκαίες, για να διασφαλίσει με ασφάλεια, ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την καταλληλότητα για να εκτελέσουν την υπό ανάθεση σύμβαση. (άρ. 75 παρ. 1) κατά το οποίο “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.” και ιδίως “Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης”, ενώ τα ίδια εξάλλου προκύπτουν και από τη συνδυαστική θεώρηση του άρ. 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016 (βλ. και A.S. Graelis, Public

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

Procurement and the EU Competition Rules (Hart 2015, 2η εκδ.) 6.II.A.vii). (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 208, 238/2017).

Όσον αφορά την ιδιαιτερότητα της φύσης της υπό ανάθεσης σύμβασης, τις έκτακτες ανάγκες που έχουν προκύψει και δικαιολογούν την χρήση του συγκεκριμένου όρου, αλλά και την δυνατότητα χρήσης του συγκεκριμένου όρου, θα πρέπει να αναφέρουμε τα εξής:

α) Στα πλαίσια των ανωτέρω εργασιών που πρέπει να καλύπτονται από τον ανάδοχο, και σε συνδυασμό με την κάλυψη έκτακτων αναγκών που έχουν προκύψει ήδη από τα μέσα Φεβρουαρίου 2020, λόγω εξάπλωσης της πανδημίας του κορονοϊού - Covid 19, η αναθέτουσα αρχή έκρινε σκόπιμο να τεθεί ο ανωτέρω όρος, όχι για να περιορίσει τη συμμετοχή των οικονομικών φορέων, αλλά για να εξασφαλίσει την ορθή, άρτια και προσήκουσα καθαριότητα των κτιριακών εγκαταστάσεων των υπηρεσιών και δομών του Δήμου ..., ώστε να διασφαλιστεί στο έπακρο η δημόσια υγεία, η οποία σαφώς υπάγεται στα υπέρτερα αγαθά του γενικού δημοσίου συμφέροντος, και επιβάλλεται η προστασία της από τη δημόσια τάξη. Άλλωστε τα κατεπείγοντα μέτρα που ελήφθησαν από την κυβέρνηση για την αντιμετώπιση της διασποράς του κορονοϊού ήταν άμεσης εφαρμογής, και μάλιστα για ένα διάστημα περίπου 45 ημερών απαγορευόταν η μετακίνηση πολιτών μεταξύ των νομών, μέτρο που άρθηκε μόλις στις 18-5-2020. Πιο συγκεκριμένα με την υπ' αρ. Δ1α/ΓΠ.οικ.20036/22.03.2020 (Β' 986), όπως συμπληρώθηκε με την υπ' αρ. 20797/ 26.03.2020 κοινή υπουργική απόφαση (Β' 1040), και παρατάθηκε με την υπ' αρ. Δ1α/ΓΠ.οικ.22824/4-4-2020 κοινή υπουργική απόφαση (ΦΕΚ τ.Β' 168/4-4-2020) και παρατάθηκε εκ νέου με την υπ' αρ. Δ1α/ΓΠ.οικ.26794/25-4-2020 κοινή υπουργική απόφαση (ΦΕΚ τ.Β' 1585/25.04.2020) λήφθηκαν κατεπείγοντα μέτρα για την αντιμετώπιση των συνεπειών του κινδύνου διασποράς του κορωνοϊού COVID-19, επιβλήθηκε δε και παρατάθηκε η ισχύς του μέτρου του προσωρινού περιορισμού της κυκλοφορίας των πολιτών προς αντιμετώπιση του κινδύνου διασποράς του κορωνοϊού COVID-19.

β) Τα σημεία καθαρισμού του Δήμου ... σύμφωνα με τη διακήρυξη είναι στο σύνολο 59, για τον καθαρισμό των οποίων σύμφωνα πάντα με τους όρους της

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

διακήρυξης απαιτείται η απασχόληση τουλάχιστον 25 ατόμων. Η ελάχιστη απασχόληση από τους οικονομικούς φορείς των 15 ατόμων που είναι μόνιμοι κάτοικοι του Νομού ..., κατά το χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού, είναι η ελάχιστη εξασφάλιση που μπορεί να θέσει η αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να διασφαλίσει ότι κατά την υλοποίηση της σύμβασης ο ανάδοχος θα είναι σε θέση να ανταποκριθεί στον καθημερινό καθαρισμό των κτιρίων και δομών του Δήμου ..., ακόμη και αν υπάρξουν έκτακτα μέτρα λόγω της διασποράς του covid -19, ακόμη και κατά τόπον. Διότι πέραν της απαγόρευσης κυκλοφορίας που είναι πολύ πιθανό να επιβληθεί εκ νέου, αναλόγως με την πορεία της νόσου, συνολικά στον Ελλαδικό χώρο, υπάρχει και σοβαρό ενδεχόμενο να αποκλειστούν συγκεκριμένες περιοχές, να τεθούν σε «καραντίνα», που, εάν το απασχολούμενο προσωπικό δεν είναι μόνιμοι κάτοικοι Νομού ..., να υφίσταται σοβαρός κίνδυνος μη προσήκουσας και πλημμελούς εκτέλεσης της σύμβασης και με άμεση και απώτερη απόρροια την μη διαφύλαξη και προστασία της δημόσιας υγείας, καθώς η καθημερινή καθαριότητα των χώρων του Δήμου ... είναι πρώτιστης σημασίας, αφού δέχονται σημαντικό αριθμό πολιτών καθημερινά. Περαιτέρω τη δεδομένη χρονική στιγμή με τη υγειονομική συγκυρία, η εξεύρεση ατόμων που θα απασχοληθούν στην καθαριότητα δημοτικών κτιρίων είναι πραγματικά δύσκολη.

γ) Στην παράγραφο 4 του άρθρου 75 Ν. 4412/2016 αναφέρεται ότι: «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.». Στην Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., η οποία ερμηνεύει και αναλύει την Οδηγία 2004/18/ΕΚ, σχετικά με την απόδειξη των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων των οικονομικών φορέων αναφέρεται ότι για να κριθεί εάν ένας οικονομικός φορέας διαθέτει την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που απαιτείται για την υλοποίηση της σύμβασης, είναι απαραίτητο η αναθέτουσα αρχή να ελέγξει την κάλυψη ορισμένων κριτηρίων, τα οποία πρέπει να έχει ορίσει στα έγγραφα της σύμβασης, προσδιορίζοντας παράλληλα και το ανάλογο μέσο απόδειξης για κάθε ένα από αυτά. Στην

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

εγκύκλιο αυτή, απαριθμούνται εξαντλητικά τα στοιχεία βάσει των οποίων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αξιολογεί και να ελέγχει τις 7 τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των διαγωνιζομένων. Αυτό δεν σημαίνει ότι οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να απαιτούν πιο εξειδικευμένα τα αποδεικτικά μέσα που ορίζονται στα άρθρα αυτά.

δ) Από τα εθνικά δικαστήρια έχει κριθεί ότι τα προσόντα που σχετίζονται με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες πρέπει να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και ανάλογα με το σκοπό της, αλλά και να είναι πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων (Βλ. ΣτΕ ΕπΑν 660/2002, 528/2002, 990/2003). Στην προκειμένη περίπτωση τέθηκε ο συγκεκριμένος όρος, προκειμένου να διασφαλιστεί η τεχνική και η επαγγελματική ικανότητα του οικονομικού φορέα να εξυπηρετήσει και να εκτελέσει άρτια και προσηκόντως τη σύμβαση για την καθαριότητα των κτιριακών εγκαταστάσεων του Δήμου ..., ακόμη και στην περίπτωση που οδηγηθούμε σε νέο αποκλεισμό μετακινήσεων μεταξύ των νομών λόγω της πανδημίας covid -19, επιδιώκοντας με τον τρόπο αυτό να διασφαλιστεί πρωτίστως η δημόσια υγεία , που αποτελεί και το ύψιστο αγαθό και πέραν κάθε άλλου συμφέροντος.

Όσον αφορά τις αιτιάσεις πως μόνο συγκεκριμένοι εργολάβοι παροχής υπηρεσιών καθαριότητας που δραστηριοποιούνται στο Ν. ... την δεδομένη χρονική στιγμή μπορούν να λάβουν μέρος, ότι «φωτογραφίζει» συγκεκριμένες εταιρείες του χώρου και μάλιστα, με τυχαία, συγκυριακά κριτήρια γεωγραφικού προσδιορισμού απασχόλησης εργαζομένων, περιορίζοντας υπέρμετρα και ανατιολόγητα το πεδίο των δυναμένων να συμμετάσχουν και τελώντας σε πλήρη αντίθεση με την ισχύουσα νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων, λαμβανομένου υπόψη ότι απαιτεί, χωρίς ουσιαστική, αιτιολογημένη, τεκμηριωμένη, με αντικειμενικά κριτήρια, με επίκληση της πανδημίας του COVID-19, η οποία δεν μπορεί να αποτελεί άλλοθι και πανάκεια για οποιοδήποτε μέτρο και απόφαση, αναφέρουμε πως :

α) Η οικεία διακήρυξη αφορά διαγωνισμό θα πραγματοποιηθεί με χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) μέσω της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr, ύστερα από

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

συντετμημένη προθεσμία τουλάχιστον τριάντα (30) ημερών, από την επόμενη της ημερομηνίας ηλεκτρονικής αποστολής της προκήρυξης στην Υπηρεσία Επίσημων Εκδόσεων των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (άρθρο 27 παρ. 1 & 4 του Ν. 4412/2016). Οι ανωτέρω διαδικασίες δημοσίευσης και πρόσβασης στις πληροφορίες είναι σύμφωνες με τις διατάξεις του άρθρ. 22 παρ.1 & 5 και του άρθρο 37 του Ν. 4412/2016 και για το λόγο αυτό η προθεσμία παραλαβής των προσφορών μετά την αποστολή της προκήρυξης στην επίσημη εφημερίδα της Ε.Ε, περιορίζεται κατά πέντε (5) ημέρες. Έχουν τηρηθεί όλοι οι κανόνες δημοσιότητας σύμφωνα με τον Ν 4412/16 και όπως αυτός έχει τροποποιηθεί και σύμφωνα με την ΕΑΑΔΗΣΥ οδηγία 19, έχει τύχει ευρείας δημοσιότητας οπότε μπορούμε να υποστηρίξουμε ότι το πεδίο των υποψηφίων αναδόχων που μπορούν να συμμετέχουν στον διαγωνισμό, σύμφωνα με τα παραπάνω όχι μόνο στενό και ικανοποιητικό είναι το επίπεδο ανταγωνισμού, αλλά είναι και ευρύ αποτελεσματικό, βιώσιμο και ουσιώδη. Επομένως η αναφορά ότι μόνο συγκεκριμένοι οικονομικοί φορείς μπορούν να συμμετέχουν είναι απαράδεκτη και απορριπτή.

β) Λαμβάνοντας υπόψη τις δημόσιες συμβάσεις την δεδομένη χρονική στιγμή στο Ν. ... μέσω των δημοσιεύσεων αυτών στο ΚΗΜΔΗΣ και στο πρόγραμμα «διαύγεια» μπορούμε εύκολα να αντιληφθούμε πως δεν είναι μόνο συγκεκριμένες οι επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται. Μόνο στον Δήμο ... (χωρίς να συμπεριλάβουμε το πλήθος των υπολοίπων όμοιων συμβάσεων) για τις δημόσιες συμβάσεις καθαριότητας κτιρίων βάσει της περσινής σύμβασης η οποία είναι σε ισχύ, καθαριότητας παιδικών σταθμών, καθαριότητας δημοτικών σφαγείων και καθαριότητας κοινοχρήστων χώρων είναι 4 διαφορετικές επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στο Ν. Αν δούμε και τις υπόλοιπες εταιρείες που δραστηριοποιούνται σε υπόλοιπους δημόσιους φορείς του Ν. ... είναι αντιληπτοί πως ο αριθμός θα αυξηθεί. Ομοίως μπορεί να αυξηθεί από επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται σε παροχή υπηρεσιών καθαριότητας σε ιδιωτικούς φορείς. Επομένως η αναφορά ότι μόνο συγκεκριμένοι συγκυριακά οικονομικοί φορείς μπορούν να συμμετέχουν είναι απαράδεκτη και απορριπτή.

γ) Επειδή, περαιτέρω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί του ότι ο

επίμαχος όρος τέθηκε προς «όφελος συγκεκριμένων ενδιαφερομένων που φωτογραφίζονται», θα πρέπει να απορριφθούν ως αόριστοι και αναπόδεικτοι καθώς η προσφεύγουσα δεν αναφέρει τους συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς που ευνοούνται, κατά τους ισχυρισμούς της και δεν αποδεικνύει ότι οι εν λόγω οικονομικοί φορείς μπορούν μόνο να συμμετάσχουν. (σκ. 72 αριθ. 215/2019 ΑΕΠΠ).

δ) Δεν είναι άνευ ετέρου παράνομος όρος διακήρυξης για τον μόνο λόγο ότι απλώς περιορίζει τον ανταγωνισμό, όπως αναφέρει η προσφεύγουσα εταιρεία και αυτό ακόμη και όταν η τεθείσα προδιαγραφή ή κριτήριο καθιστά κατ' αποτέλεσμα μόνο έναν οικονομικό φορέα ως δυνάμενο να μετάσχει στη διαδικασία παραδεκτώς. Αντίστροφα δε, δεν είναι δυνατόν ένας όρος να είναι άνευ ετέρου νόμιμος, επειδή απλώς υφίστανται περισσότερα προϊόντα ή οικονομικοί φορείς που μπορούν να τον καλύψουν. Αντίθετα, ένας τέτοιος όρος δύναται να είναι παράνομος και δη ως αντιανταγωνιστικός εφόσον, ακόμη και αν αποκλείει ένα μόνο προϊόν ή οικονομικό φορέα, είναι αδικαιολόγητος βάσει των παραπάνω κριτηρίων. Εξάλλου, η συντρέχουσα αρχή της ισότητας δεν εξαρτάται ως προς την τήρησή της από τον τυχόν αριθμό των αποκλεισμένων και των εν γένει υποκειμένων τα οποία υφίστανται δυσμενή διάκριση (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 238/2018). Προκειμένου να είναι ορισμένος ισχυρισμός περί φωτογραφικού όρου διακήρυξης, πρέπει να κατονομάζεται ο οικονομικός φορέας που είναι ο μόνος δυνάμενος να συμμετάσχει (στην συγκεκριμένη περίπτωση 2-3 που αναφέρεται) ως συνέπεια της εν θέματι προδιαγραφής (ΣΤΕ (Ασφ) 314/2013, ΕΑ ΣΤΕ 474, 829, 1354/2009) πολλώ δε μάλλον καθόσον πρόκειται για διεθνή διαγωνισμό με διευρυμένες υποχρεώσεις δημοσιότητας (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 169/2017).

ε) Όσον αφορά τον «φωτογραφικό» όρο και πως είναι μετρημένες οι συμβάσεις παροχής καθαριότητας στο Ν. ..., όπως αναφέρθηκε ανωτέρω ο Δήμος ... την δεδομένη χρονική στιγμή έχει με 4 διαφορετικές επιχειρήσεις δημόσιες συμβάσεις που αφορούν καθαριότητα, η ίδια η προσφεύγουσα αναφέρει πως εκτελεί σύμβαση παροχής υπηρεσιών καθαριότητας στο δικαστικό μέγαρο ..., ενώ σημειώνεται πως είναι πολλές οι δημόσιες υπηρεσίες (πχ Αστυνομία, Αποκεντρωμένη Διοίκηση ΑΜΘ, Περιφέρεια ΑΜΘ, ΕΦΕΤ,

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

Εφορία, ΕΦΚΑ κλπ) που έχουν αντίστοιχες συμβάσεις. Επίσης θα πρέπει να σημειωθεί πως επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στο τομέα καθαριότητας προσφέρουν υπηρεσίες καθαριότητας και σε ιδιωτικούς φορείς/επιχειρήσεις. Όσον αφορά τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας ότι οι ανωτέρω απαιτήσεις περιορίζουν υπέρμετρα τον πραγματικό ανταγωνισμό, καθώς θέτουν απαιτήσεις που υπερβαίνουν, όχι μόνον τις δυνατότητες της συγκεκριμένης αγοράς, ήτοι την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας, αλλά αντιβαίνουν και στη φύση της αγοράς αυτής, καθώς οι εταιρείες παροχής απασχολούν ανθρώπινο δυναμικό, κατά τεκμήριο μετακινούμενο από Νομό σε Νομό, ακριβώς λόγω της φύσης των παρεχομένων υπηρεσιών,

α) θεωρούμε πως πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι, διότι μία επιχείρηση παροχής υπηρεσιών ανθρωπίνου δυναμικού όπως ή ίδια που έχει συμβάσεις (δημοσιευμένες στο ΚΗΜΔΗΣ) σε πολλές περιοχές της Ελλάδος και σε πολλούς διαφορετικούς φορείς είναι αδύνατο να μετακινεί προσωπικό από Νομό σε Νομό, αλλά κυρίως χρησιμοποιεί το ανθρώπινο δυναμικό που εγκαθίσταται στον συγκεκριμένο νομό της υπό εκτελεσθείσας σύμβασης.

β) θεωρούμε πως πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι, διότι δεν προκύπτει από κανένα επισυναπτόμενο δικαιολογητικό/έγγραφο πως υφίσταται βλάβη η προσφεύγουσα από το συγκεκριμένο όρο ή μετακινεί το ανθρώπινο δυναμικό που διαθέτει και παρέχει σε συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαριότητας.

γ) εφόσον αναφέρει η προσφεύγουσα πως θα χρησιμοποιήσει ανθρώπινο δυναμικό που θα μετακινείται από νομό σε νομό, σε περίπτωση έξαρσης της πανδημίας του κορονοϊού και σε περίπτωση καραντίνας και απαγόρευσης μετακινήσεων, πως θα μπορέσει να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης.

Όσον αφορά τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας πως υφίσταται βλάβη βάσει των όρων που θεωρεί ότι είναι καταχρηστικοί αναφέρουμε τα εξής:

α) Λαμβάνοντας υπόψη το άρθρο 78 του Ν. 4412/2016, η προσφεύγουσα εφόσον δεν διαθέτει τον συγκεκριμένο όρο, δύναται να στηριχθεί στην ικανότητα τρίτου οικονομικού φορέα. Επομένως δεν τίθεται και θέμα γεωγραφικού περιορισμού, διότι για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης μπορούν να συμμετέχουν όσες επιχειρήσεις δραστηριοποιούνται

στον τομέα της παρούσας σύμβασης, εφόσον πληρούν τους όρους της διακήρυξης (και του συγκεκριμένου όρου) από το σύνολο της επικράτειας και του εξωτερικού. Εφόσον κάποια υποψήφια εταιρεία (χωρίς γεωγραφικούς περιορισμούς) δεν πληροί ορισμένα κριτήρια, βάσει και του ανωτέρω άρθρου δύναται να στηριχθεί σε ικανότητα τρίτου φορέα που πληροί τον συγκεκριμένο όρο και να συμμετέχει στον διαγωνισμό.

β) Η προσφεύγουσα δεν εξειδικεύει επαρκώς την βλάβη της σε σχέση με τον προσβαλλόμενο λόγο. Συγκεκριμένα, αν και εμμέσως υποστηρίζει ότι δεν πληροί ατομικά τον όρο, ωστόσο ουδέν σχετικό λόγο δεν αναφέρει πως δεν μπορεί να συνεργαστεί με άλλον φορέα (είτε μέσω στήριξης τρίτων, είτε μέσω ένωσης) προκειμένου να μην μπορεί να συμμετάσχει. Δεν υπεισέρχεται, δηλαδή, στην επεξήγηση των λόγων που η δυνητική συνεργασία με έναν φορέα που πληροί τον όρο είναι δυσχερής ή αδύνατη. Η πρόβλεψη της διακήρυξης περί δυνατότητας συνεργασίας με τρίτο οικονομικό φορέα μπορεί να ξεπεράσει την βλάβη που υποστηρίζει η προσφεύγουσα, παρόλο ταύτα δεν αναφέρεται σε κανένα σημείο γιατί δεν μπορεί να πραγματοποιηθεί εκ μέρους της. Ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα δεν τεκμηριώνει με κανένα βάσιμο επιχείρημα τη συγκεκριμένη και ειδική βλάβη που προκαλεί σε αυτήν, η προσβαλλόμενη με την προσφυγή, διάταξη της διακήρυξης, με τον τρόπο που είναι συνταγμένη και ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα ασκεί την κρινόμενη προσφυγή, απαραδέκτως ως άνευ εννόμου συμφέροντος. (ΑΕΠΠ σκ. 48, αριθ. 1386/2019).

Συνεπώς, εφόσον υφίσταται δυνατότητα στους οικονομικούς φορείς να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ώστε να υπερκαλύπτουν τα τιθέμενα στη διακήρυξη κριτήρια συμμετοχής στο διαγωνισμό και ιδίως τον όρο που τέθηκε στην προσβαλλόμενη διακήρυξη, δεν γίνεται αντιληπτό από την αναθέτουσα αρχή που υφίσταται γεωγραφικός περιορισμός και παραβίαση του ελεύθερου ανταγωνισμού. Με κανένα τρόπο λοιπόν εν εμποδίζεται η συμμετοχή της προσφεύγουσας, αφού ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης σε συνδυασμό με το άρθρο 78 του Ν.4412/2016 υφίσταται η δυνατότητα στήριξης στην ικανότητα τρίτων προς εξασφάλιση των συγκεκριμένων πόρων, εν προκειμένω του προσωπικού των 15 ατόμων – κατοίκων του Νομού ...,

προκειμένου να επιτευχθεί η προσήκουσα και έγκαιρη εκτέλεση του έργου.

Πολύ δε περισσότερο όταν δίδεται στον οικονομικό φορέα που συμμετέχει στο διαγωνισμό να υποβάλει την προσφορά του με τη διατύπωση ρητής επιφύλαξης.

γ) Κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 346 (παρ. 1 και 2), 360 (παρ. 1) και 372 (παρ. 1) του ν. 4412/2016, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της σχετικής διακήρυξης, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του ανάδοχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΕΑ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ.). Ως επίκληση βλάβης, υπό την ανωτέρω έννοια, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας, ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων (και τεκμηριωμένων ενόψει των συνθηκών) στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου ενδιαφερόμενου, 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 αποτέλεσμά του, λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (βλ. ΕΑ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ.).

Βάσει του νόμου και της σχετικής νομολογίας, τρεις είναι οι προϋποθέσεις για την ύπαρξη και αναγνώριση εννόμου συμφέροντος στον διοικούμενο που ασκεί την αίτηση ακύρωσης, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι προσωπικό, άμεσο και ενεστώς. Το έννομο συμφέρον αναγνωρίζεται στον αιτούντα την ακύρωση μιας διοικητικής πράξης, όταν αυτή έχει προκαλέσει σ' αυτόν υλική ή ηθική βλάβη, βάσει την έννομης σχέσης που τους συνδέει. Το έννομο συμφέρον είναι υλικό, όταν η βλάβη που προκαλείται από την προσβαλλόμενη διοικητική πράξη θίγει περιουσιακά του δικαιώματα και ηθικό, όταν αφορά

καταστάσεις που έχουν ηθική αξία για τον αιτούντα. Προσωπικό είναι το έννομο συμφέρον που συνδέεται με την προσωπικότητα του προσβάλλοντος. Άμεσο είναι το έννομο συμφέρον όταν τη βλάβη που προκαλείται από τη διοικητική πράξη ή παράλειψη υφίσταται ο ίδιος ο αιτών την ακύρωσή της. Ενεστώς είναι το έννομο συμφέρον όταν η βλάβη υφίσταται (όχι πιθανόν να υφίσταται) τόσο κατά την έκδοση της πράξης, όσο και κατά την άσκηση και συζήτηση της αιτήσεως ακυρώσεως. Επομένως, το έννομο συμφέρον πρέπει να υπάρχει προαποδεικτικά σε τρία χρονικά σημεία κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης, κατά την άσκηση της αίτησης προσφυγής, διαφορετικά αυτή απορρίπτεται ως απαράδεκτη.

✓ Όσον αφορά τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας πως αναφορικά με τα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας τα οποία απαιτούνται, ότι υπερβαίνουν ανεπίτρεπτα το αντικείμενο του έργου βάσει του κωδικού CPV που η ίδια η Διακήρυξη θέτει, ενώ και η εταιρεία δραστηριοποιούμενη πάνω από 10 έτη στον τομέα της παροχής υπηρεσιών καθαριότητας συμμετέχει με επιτυχία σε δημόσιους διαγωνισμούς παροχής υπηρεσιών καθαριότητας αντίστοιχων με τον παρόντα διαγωνισμό, υποβάλλοντάς με την προσφυγή της, τα οποία ωστόσο δεν καλύπτουν τα πεδία «Διαχείριση (συλλογή και μεταφορά) στερεών – μη αποβλήτων», καθώς και «αποκομιδή απορριμμάτων και αναλώσιμων για καθαρισμό», τα οποία όπως υποστηρίζει είναι παντελώς άσχετα με το αντικείμενο του επίδικου έργου αναφέρουμε τα εξής:

α) Κατά πάγια αρχή οι δημόσιοι διαγωνισμοί διέπονται από αυτοτέλεια (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 1200/2007, 861/2007, 1273/2008, 198/2008, 1065/2007, κ.α.) και επομένως το γεγονός πως συμμετέχει σε άλλους διαγωνισμούς με επιτυχία δεν σημαίνει πως οι τιθέμενοι όροι σε κάθε διαγωνισμό είναι οι ίδιοι ή οι απαιτήσεις του κάθε διαγωνισμού θα πρέπει να είναι με τέτοιο τρόπο ώστε να ανταποκρίνονται στα κριτήρια επιλογής που διαθέτει η ίδια η προσφεύγουσα.

β) Εάν ένας υποψήφιος συμμετέχων σε διαγωνισμό δεν διαθέτει κάποια από τα κριτήρια επιλογής που απαιτούνται, δεν συνεπάγεται πως οι συγκεκριμένοι όροι είναι καταχρηστικοί.

γ) Δεν προκύπτει από κανένα αποδεικτικό στοιχείο της προσφεύγουσας πως τα συγκεκριμένα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας ή περιβαλλοντικής

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

διαχείρισης δεν ανταποκρίνονται στην φύση του αντικειμένου της σύμβασης και επομένως θα πρέπει να αλλάξουν ή να παραλειφθούν.

δ) Σημειώνεται πως τα συγκεκριμένα πιστοποιητικά ISO έχουν τεθεί διότι σύμφωνα με τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων του Ν. 4412/2016 «η οικονομική επιτροπή, μπορεί κατά την κρίση της, να αποφασίζει για τη σύναψη και ανάθεση δημόσιας σύμβασης, για την εκτέλεση συγκεκριμένων υπηρεσιών - συλλογής και μεταφοράς στερεών αποβλήτων και ανακυκλώσιμων υλικών - καθαριότητας κοινόχρηστων χώρων και δημοτικών κτιρίων (άρθρο 61 παρ.1 του ν. 3979/2011, όπως αντικαταστάθηκε από το άρθρο 178 του Ν.4635/2019 και από το άρθρο 117 του Ν.4674/2020). Όπως αποτυπώνεται βάσει νομοθεσίας και της ΚΥΑ Η.Π. 50910/2727/2003 είναι απαραίτητη η πιστοποίηση για εκτέλεση συγκεκριμένων υπηρεσιών - συλλογής και μεταφοράς στερεών αποβλήτων και ανακυκλώσιμων υλικών.

ε) Σύμφωνα με το άρθρο 56 του Ν. 4412/2016 δίνεται η δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να προσκομίζουν έκθεση δοκιμών από οργανισμό αξιολόγησης της συμμόρφωσης ή πιστοποιητικό που έχει εκδοθεί από τέτοιο οργανισμό ως αποδεικτικό μέσο συμμόρφωσης με απαιτήσεις ή κριτήρια που αναφέρονται στις τεχνικές προδιαγραφές, τα κριτήρια ανάθεσης ή τους όρους εκτέλεσης της σύμβασης.

στ) Σύμφωνα με το άρθρο 82 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές, εάν απαιτούν την προσκόμιση πιστοποιητικών εκδιδόμενων από ανεξάρτητους οργανισμούς που βεβαιώνουν ότι ο οικονομικός φορέας συμμορφώνεται με ορισμένα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας, συμπεριλαμβανομένης της προσβασιμότητας για άτομα με ειδικές ανάγκες, παραπέμπουν σε συστήματα διασφάλισης ποιότητας τα οποία βασίζονται στη σχετική σειρά ευρωπαϊκών προτύπων και έχουν πιστοποιηθεί από διαπιστευμένους οργανισμούς. Οι αναθέτουσες αρχές αναγνωρίζουν ισοδύναμα πιστοποιητικά από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη - μέλη. Επίσης, κάνουν δεκτά άλλα αποδεικτικά στοιχεία για ισοδύναμα μέτρα διασφάλισης ποιότητας, εφόσον ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας δεν είχε τη δυνατότητα να αποκτήσει τα εν λόγω πιστοποιητικά εντός των σχετικών προθεσμιών για λόγους για τους

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

οποίους δεν ευθύνεται ο ίδιος, υπό την προϋπόθεση ότι ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι τα προτεινόμενα μέτρα διασφάλισης ποιότητας πληρούν τα απαιτούμενα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας.

ζ) Το γεγονός πως τα πιστοποιητικά ISO της προσφεύγουσας δεν καλύπτουν τα πεδία «Διαχείριση (συλλογή και μεταφορά) στερεών – μη αποβλήτων», καθώς και «αποκομιδή απορριμμάτων και αναλώσιμων για καθαρισμό», δεν συνεπάγεται επ' ουδενί ότι είναι καταχρηστικά ή άσχετα με την φύση του αντικειμένου της υπό ανάθεσης σύμβασης.

η) Δεν απαγορεύεται από καμία νομοθετική διάταξη το να απαιτούνται πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας ή περιβαλλοντικής διαχείρισης με συγκεκριμένα πεδία.

ι) Σημειώνεται πως σε όμοιο διαγωνισμό παροχής υπηρεσιών καθαριότητας (στο Κ.Κ.Π.Π. Θεσσαλίας, τόπο εγκατάστασης της προσφεύγουσας) που κατέστη ανάδοχος η προσφεύγουσα είχε απαιτηθεί μεταξύ άλλων και πιστοποιητικό ISO 27001 (ασφάλεια προσωπικών δεδομένων). Επομένως σύμφωνα με τα λεγόμενα της προσφεύγουσας θα έπρεπε να υφίσταται και ως όρος και στην παρούσα διακήρυξη. Επομένως θα έπρεπε και η ίδια να γνωρίζει πως σε πολλούς όμοιους διαγωνισμούς δεν είναι οι ίδιοι όροι και απαιτήσεις.

ια) Μάλιστα η προσφεύγουσα τονίζει ότι « η εταιρεία μας διαθέτει και τα τρία ανωτέρω πιστοποιητικά σε ισχύ, ωστόσο στον τομέα καθαρισμού, όπως επιτάσσει η Διακήρυξη.» Θα πρέπει λοιπόν να απορριφθεί και αυτός ο λόγος ακύρωσης του ανωτέρω όρου της διακήρυξης ως απαράδεκτος, αφού η προσφεύγουσα δεν περιγράφει ως άμεση και προσωπική συγκεκριμένη βλάβη, από την στιγμή μάλιστα που ομολογεί ότι διαθέτει τα απαιτούμενα πιστοποιητικά ήτοι ουδεμία αναφορά της περί αποκλεισμού ή δυσχέρειάς της να συμμετέχει εξαιτίας του όρου στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία υφίσταται. Σε καμία περίπτωση δεν έχει αποδειχθεί η βλάβη που ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η οποία περιορίζεται σε απλή αναγραφή της δήθεν παραβίασης του εθνικού και κοινοτικού δικαίου σχετικά με την αρχή της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της αιτιολόγησης των βλαπτικών πράξεων.

Όσον αφορά το γεγονός πως η προσφεύγουσα αναφέρει στην προσφυγή της τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας, της αναλογικότητας, της υποχρεωτικής αιτιολόγησης των βλαπτικών πράξεων, αναφέρουμε πως βασικό μέλημα του Δήμου ... ως Αναθέτουσας Αρχής, μέσω των αρμοδίων Οργάνων της και Επιτροπών της σε κάθε διαγωνιστική διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, είναι η διασφάλιση των αρχών της διαφάνειας, της αμεροληψίας και του υγιούς ανταγωνισμού, δηλαδή η προάσπιση της θεμελιώδους Αρχής της νομιμότητας προς όφελος του δημοσίου συμφέροντος, που στην εν λόγω περίπτωση μετουσιώνεται σε πιστή εφαρμογή των Όρων της Διακήρυξης. Επίσης όσον αφορά την αιτιολόγηση των βλαπτικών πράξεων επισημαίνουμε πως δεν έχει υφίσταται βλαπτική πράξη προς την προσφεύγουσα που δεν έχει αιτιολογηθεί.

Η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών, όρων που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού ή είναι παράνομοι εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ'αυτόν των προσφερόντων των οποίων οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές αυτές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θεσπίσεώς τους, απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό.

Ο επίμαχος όρος της διακήρυξης τελεί, σε πλήρη αντιστοιχία με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, αφού τείνει στην αρτιότερη εξασφάλιση εκτέλεσης του αντικειμένου της σύμβασης, εξυπηρετώντας το σκοπό της σύμβασης αυτής, με την κάλυψη τόσο των αναγκών της αναθέτουσας αρχής, των αναγκών των δικαιούχων/δημοτών, όσο και της προστασίας της δημόσιας υγείας.

Σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 «[...]». Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων 10 συμβάσεων στον

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

ανταγωνισμό [...]». Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 75 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζεται ρητώς ότι : «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης [...] 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλουν 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. [...]»

Συνεπώς, και κατόπιν όλων των ανωτέρω ο κρίσιμος όρος της διακήρυξης, ήτοι να διαθέτουν οι υποψήφιοι ανάδοχοι 15 απασχολούμενα άτομα στο Νομό ... συνδέεται αιτιωδώς και άρρηκτα με το αντικείμενο της εν λόγω σύμβασης, δεν βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου και κατά τούτο δεν παραβιάζει τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αναλογικότητας, αφού αιτιολογείται ειδικώς και επαρκώς από τις ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης, κατατείνοντας στην έγκαιρη και προσήκουσα καθαριότητα των κτιριακών εγκαταστάσεων και δομών του Δήμου ..., με απώτερο στόχο την προστασία και τη διαφύλαξη της Δημόσιας υγείας, ακόμη και στην περίπτωση που επανέλθουν τα περιοριστικά μέτρα της κυκλοφορίας των πολιτών λόγω της διασποράς του covid -19.

Τούτων δοθέντων, το εν λόγω κριτήριο περί απασχολούμενου προσωπικού 15 ατόμων εντός Νομού ..., όπου αφορά η εν λόγω σύμβαση, δεν συνιστά γεωγραφικό περιορισμό ούτε δημιουργεί δυσμενή διάκριση σε βάρος

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

συμμετέχοντος, και εκτιμούμε ότι βρίσκεται σε συμφωνία με την Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., αφού οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας ενδιαφέρεται να συμμετάσχει, μπορεί ευχερώς να το πράξει, αφού δεν αποκλείει τη συμμετοχή κανενός οικονομικού φορέα με τις λοιπές προβλέψεις της διακήρυξης.

Ειδικότερα, οι λόγοι αίτησης της προσφυγής, με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό μορφήν της αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προδιαγράψει αυτός, κατά τις επαγγελματικές του ανάγκες και δυνατότητες, και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις τους όρους της διακήρυξης, θεωρούμε η σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (πρβλ.ΕΑ του ΣΤΕ 2/2011, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006, ΕΑ ΣτΕ 307/2007, ΣτΕ ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014).

Σε κανένα σημείο η αναθέτουσα αρχή δεν υπερέβη τα άκρα όρια της διακριτικής της ευχέρειας ως προς την διαμόρφωση των όρων της διακήρυξης. Τέλος θα πρέπει να αντικρούσουμε και ορισμένα σημεία της προσφυγής τα οποία με «ορισμένη δόση ειρωνείας» αναφέρει η προσφεύγουσα προκειμένου να υποστηρίξει την προσφυγή της. Όσον αφορά τα λεγόμενά της στην σελ. 12 της προσφυγής, ήτοι ότι «Προκαλεί απορία για ποιο λόγο οι απαιτούμενοι εργαζόμενοι θα πρέπει να είναι 15 κι όχι, παραδείγματος χάριν, 14 ή 16 ή 10 ή 20», όπως αναφέρθηκε και το παραδέχεται και η εταιρεία στη προσφυγή της, η αναθέτουσα καταρχήν διαθέτει ελευθερία, ήτοι διακριτική ευχέρεια περί τη θέσπιση των τεχνικών προδιαγραφών σύμφωνα με την εκ μέρους της κρίση περί των επιθυμητών επιπέδων καταλληλότητας και του ειδικότερου, ήτοι δια επιμέρους τεχνικών προδιαγραφών, τρόπο επίτευξής τους. Ούτε παραβιάζονται οι κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι κάποιες προδιαγραφές συνεπάγονται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή συμμετοχή σ' αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων τη (ΑΕΠΠ αριθ. 248/2019). Το

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

συγκεκριμένο όριο της τεχνικής αυτής καταλληλότητας είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης και συνίσταται στα αναγκαία και κατάλληλα εκείνα χαρακτηριστικά, για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό. Βάσει των απαιτήσεων της τεχνικής μελέτης (των ωρών που απαιτούνται και τον ατόμων που θα απασχοληθούν) έχει προσδιοριστεί το αναγκαίο όριο των 15 ατόμων.

Θα θέλαμε επίσης να σημειώσουμε, για ποιο λόγο δεν αναρωτιέται η προσφεύγουσα και για άλλους όρους της διακήρυξης όπως τον όρο ότι ο Ανάδοχος πρέπει να έχει αναλάβει κατά την τελευταία τριετία που προηγείται της διενέργειας του διαγωνισμού τουλάχιστον μία φορά για ένα έτος τον καθαρισμό Δημοτικών Κτιρίων; Γιατί δεν αναφέρει για ποιον λόγο όχι 2 ή όχι 3 συμβάσεις; Προφανώς γιατί καλύπτει τον συγκεκριμένο όρο. Και μόνο το γεγονός ότι δεν πληροί κάποιο όριο τεχνικής ικανότητας δεν θα πρέπει να το αναρωτιέται ή πολύ περισσότερο να προσφεύγει κατά αυτού του όρου.

Όσον αφορά τα λεγόμενά της στην σελ. 12 της προσφυγής, ήτοι «Ποια είναι, ακριβώς, η ιδιαιτερότητας και η φύση της παρούσας δημόσιας σύμβασης και πώς εξυπηρετείται με τον επιβαλλόμενο, αριθμητικό και γεωγραφικό προσδιορισμό-περιορισμό, ενεργής απασχόλησης 15 εργαζομένων και μάλιστα μόνιμων κατοίκων του Νομού ...», έχουμε να σημειώσουμε την ιδιαιτερότητα και την φύση της παρούσας σύμβασης θα πρέπει να την γνωρίζει πολύ καλά ως μία επιχείρηση που δραστηριοποιείται στον τομέα υπηρεσιών καθαριότητας.

Σκοπός της ανάθεσης της υπό εξέταση δημόσιας σύμβασης είναι η αποτελεσματική προσφορά υπηρεσιών καθαριότητας των κτιριακών εγκαταστάσεων όλων των υπηρεσιών και δομών του Δήμου ... για χρονικό διάστημα δώδεκα (12) μηνών. Ο καθαρισμός θα πραγματοποιείται από συνεργεία του Αναδόχου σε όλα τα κτίρια του Δήμου που θα υποδείξει η υπηρεσία στον Ανάδοχο. Η υφιστάμενη σύμβαση με ΑΔΑΜ: ... έχει χρονικό διάστημα υλοποίησης από τις 05/09/2019 έως 05/09/2020. Όπως αποτυπώνεται και από την σχετική διακήρυξη, ο συγκεκριμένος όρος έχει τεθεί λόγω της ιδιαιτερότητας και της φύσης της παρούσας δημόσιας σύμβασης, των απρόβλεπτων και επειγουσών καταστάσεων που δύναται ανά πάσα

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

στιγμή να προκύψουν, όπως είναι η αντιμετώπιση των εκτάκτων αναγκών που προκύπτουν από την εξάπλωση του κορονοϊού – covid-19. Σε μία δεδομένη χρονική στιγμή που ταλανίζει όλο τον πλανήτη, χρέος της αναθέτουσας αρχής, του Δήμου, είναι να διασφαλίζει το δημόσιο αγαθό της υγείας. Όπως είχε πραγματοποιηθεί κατά το πρώτο στάδιο εξάπλωσης του κορονοϊού – covid-19, είχαν ληφθεί μέτρα όπως η μη μετακίνηση πολιτών/δημοτών σε άλλους νομούς. Επομένως υπήρχε και υπάρχει το ενδεχόμενο να ληφθεί εκ νέου το συγκεκριμένο μέτρο με αποτέλεσμα να είναι αναγκαίος ο όρος να υπάρχουν άτομα στο Ν. ... άμεσα διαθέσιμα.

Το ελάχιστο απαιτούμενο προσωπικό που πρέπει να διαθέτει ο υποψήφιος ανάδοχος στο Νομό ... κατά την ημερομηνία δημοσίευσης του διαγωνισμού, αποτελεί εχέγγυο της τεχνικής ικανότητας του διαγωνιζομένου για την προσήκουσα και άρτια εκτέλεση της σύμβασης. Και την δεδομένη χρονική στιγμή σύνταξης του παρόντος εγγράφου όπως αποτυπώνεται από τις ανακοινώσεις του Υπουργείου Υγείας υφίστανται κρούσματα ατόμων με κορονοϊό στο Ν. ... και Ν. ... και πιθανολογείται πως υπάρχουν πολλά περισσότερα. Επομένως είναι υποχρέωση του Δήμου και δεν πρέπει να υπάρξει καμία μέρα που να μην παρέχονται υπηρεσίες καθαριότητας των κτιριακών εγκαταστάσεων όλων των υπηρεσιών και δομών του Δήμου ..., προκειμένου να αντιμετωπιστεί το φαινόμενο του κορονοϊού.

Ο επίμαχος όρος της διακήρυξης τελεί σε πλήρη αντιστοιχία με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, αφού τείνει στην αρτιότερη εξασφάλιση εκτέλεσης του αντικειμένου της σύμβασης, εξυπηρετώντας το σκοπό της σύμβασης αυτής, με την κάλυψη τόσο των αναγκών της αναθέτουσας αρχής, όσο και των αναγκών των δικαιούχων/δημοτών. Η καθαριότητα όλων των κτιρίων του Δήμου, των Δημοτικών ιατρείων, των δομών του Δήμου (όπως το κέντρο σίτισης απόρων του Δήμου και τα Δημοτικά ιατρεία στις τοπικές κοινότητες και στα χωριά του Δήμου) αποτελεί υποχρέωση του Δήμου να παρέχει τις συγκεκριμένες υπηρεσίες και επομένως δημόσιο αγαθό και δημόσιο συμφέρον η εκτέλεσή τους χωρίς καθυστερήσεις και διακοπές μεταξύ των δύο συμβάσεων (της υπάρχουσας και της υπό ανάθεσης σύμβασης). Η ιδιαιτερότητα της φύσης της δημόσιας σύμβασης καθιστούν αναγκαία την

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

εκτέλεσή της προς το συμφέρον των υπηρεσιών του Δήμου και των δημοτών. Όσον αφορά τα λεγόμενά της στην σελ. 12 της προσφυγής, και την λεγόμενη μη τυχαία, σύμφωνα με την προσφεύγουσα αοριστία των 15 ατόμων και εάν πρέπει να είναι πλήρους απασχόλησης, μερικής απασχόλησης, ορισμένου ή αορίστου χρόνου, εάν κάποιος, θα μπορούσε, απλά για να καλύψει τους όρους του εν λόγω έργου, να προβεί στην πρόσληψη, για ορισμένο χρόνο και για ελάχιστες ώρες, να προβεί σε προσλήψεις, προκειμένου να καθίσταται επιλέξιμος, αναφέρουμε πως η προσφεύγουσα σύμφωνα με το άρθρο 2.1.3 της διακήρυξης θα μπορούσε να υποβάλει σχετικό ερώτημα στην αναθέτουσα αρχή το αργότερο οκτώ (08) ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών και να της δοθούν επεξηγήσεις. Επιπλέον αναφέρεται στους όρους της τεχνικής μελέτης οι απαιτήσεις καθαριότητας των κτιρίων και δομών και ευκόλως συνάγεται πόσα άτομα θα μπορούν να χρησιμοποιηθούν. Θα μπορούσε να ζητήσει διευκρινίσεις (όπως και αιτήθηκε την 19η Ιουνίου) και όχι να υποβάλει προδικαστική προσφυγή και να χαρακτηρίζει τον όρο ότι έχει τεθεί όχι τυχαία και αθώα.

Όσον αφορά τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας πως της προκαλεί εντύπωση ενόψει του δεδομένου ότι αντίστοιχη, “φωτογραφική” και περιοριστική απαίτηση, ευλόγως και ορθώς δεν περιελήφθη σε άλλες, αντιστοίχου αντικειμένου διακηρύξεις της ίδιας περιόδου, του ίδιου αντικειμένου και στην ίδια γεωγραφική περιοχή ή και αλλού, όπως έχει αναφερθεί ανωτέρω μόνο η επίκληση πως ο όρος είναι «φωτογραφικός» δεν ευσταθεί διότι δεν αποδεικνύεται από κανένα έγγραφο της προσφεύγουσας και το γεγονός πως δεν υφίσταται ο ίδιος όρος σε άλλες διακηρύξεις, δεν θα πρέπει να της προκαλεί εντύπωση όπως αναφέρει, διότι πολλές διακηρύξεις δημοσιευμένες στο ΚΗΜΔΗΣ για παροχή υπηρεσιών καθαριότητας, δεν απαιτούν τα ίδια κριτήρια επιλογής και αυτά πάντα κρίνονται αναλόγως της φύσης, της γεωγραφικής περιοχής, της χρονικής περιόδου δημοσίευσης του διαγωνισμού και της σκοπιμότητας της κάθε αναθέτουσας αρχής (που σε καμία περίπτωση δεν πρέπει και δεν θα πρέπει να είναι αναλόγως των επιθυμιών υποψηφίων αναδόχων όπως της προσφεύγουσας).

Οι συγκεκριμένοι όροι της διακήρυξης δεν τίθενται ως ανελαστικά και αμάχητα

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

τεκμήρια που οδηγούν σε αυτόματο αποκλεισμό διαγωνιζομένων, διαμορφώνοντας, υπό το πνεύμα αυτό, τους δικονομικούς όρους προβολής των σχετικών ισχυρισμών.

Κατά τα ως άνω δεδομένα, κατά την γνώμη μας η υπό εξέταση Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της, καθώς οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας κατά των επίμαχων όρων της υπόψη διακήρυξης κρίνονται ως απαράδεκτες. [...].».

23. Επειδή το άρθρο 18 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης[...]».

24. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης ...περιέχουν ιδίως : [...] ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης. Επίσης οποιαδήποτε δικαιώματα προαίρεσης για συμπληρωματικές ή νέες συμβάσεις και, εφόσον είναι γνωστό, το προσωρινό χρονοδιάγραμμα για την άσκηση των δικαιωμάτων αυτών, καθώς και τον αριθμό των παρατάσεων για την άσκησή τους, [...], ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, [...]ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...]».

25. Επειδή το άρθρο 75 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν:

α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας,

β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια,

γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.

Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης [...]

4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας.

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. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης.

Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους.

5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος».

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

26. Επειδή το άρθρο 78 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς.

Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ΄ του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄ ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν ωστόσο να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.

Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό.

Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2. του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74.

Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης [...]

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

2. Στην περίπτωση συμβάσεων έργων ή συμβάσεων υπηρεσιών ή στην περίπτωση εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης προμηθειών, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή [...]».

27. Επειδή στο άρθρο 80 του Ν. 4412/2016 ορίζεται 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. Όσον αφορά το άρθρο 78, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να στηρίζονται σε οποιοδήποτε κατάλληλο μέσο προκειμένου να αποδείξουν στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχουν τους αναγκαίους πόρους στη διάθεσή τους [...]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 [...]».

Περαιτέρω, σύμφωνα με το Μέρος II Τεχνική ικανότητα του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' «Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75:

α) οι ακόλουθοι κατάλογοι:

i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών· όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία πενταετία,

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

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. Όπου κριθεί 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· για την εκτέλεση του έργου·

γ) περιγραφή του τεχνικού εξοπλισμού και των μέτρων που λαμβάνει ο οικονομικός φορέας για την εξασφάλιση της ποιότητας και των μέσων μελέτης και έρευνας της επιχείρησής του·

δ) αναφορά του τρόπου διαχείρισης της αλυσίδας εφοδιασμού και των συστημάτων ανίχνευσης που θα είναι σε θέση να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης·

ε) εάν τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες που παρέχονται είναι σύνθετα ή, κατ' εξαίρεση, πρέπει να ανταποκρίνονται σε κάποιον ιδιαίτερο σκοπό, έλεγχος διενεργούμενος από την αναθέτουσα αρχή ή, εξ ονόματος της, από αρμόδιο επίσημο οργανισμό της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο προμηθευτής ή ο πάροχος υπηρεσιών, με την επιφύλαξη της συναίνεσης του οργανισμού αυτού· ο έλεγχος αυτός αφορά το παραγωγικό δυναμικό του προμηθευτή ή τις τεχνικές ικανότητες του παρόχου υπηρεσιών και, όπου κριθεί απαραίτητο, τα μέσα μελέτης και έρευνας που αυτός διαθέτει καθώς και τα μέτρα που λαμβάνει για τον έλεγχο της ποιότητας·

στ) αναφορά τίτλων σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης, υπό την προϋπόθεση ότι δεν αξιολογούνται ως κριτήριο ανάθεσης·

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

ζ) αναφορά των μέτρων περιβαλλοντικής διαχείρισης που μπορεί να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης·

η) δήλωση στην οποία αναφέρονται το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη και ο αριθμός των στελεχών της επιχείρησής του κατά τα τελευταία τρία χρόνια·

θ) δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο πάροχος υπηρεσιών ή ο εργολήπτης για την εκτέλεση της σύμβασης·

ι) αναφορά του τμήματος της σύμβασης το οποίο ο οικονομικός φορέας προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας·

ια) όσον αφορά τα προϊόντα που παρέχονται:

i) δείγματα, περιγραφή ή φωτογραφίες, η αυθεντικότητα των οποίων πρέπει να μπορεί να βεβαιώνεται κατόπιν αιτήσεως της αναθέτουσας αρχής,

ii) πιστοποιητικά εκδιδόμενα από επίσημα ινστιτούτα ή επίσημες υπηρεσίες ελέγχου της ποιότητας, αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των αγαθών, επαληθευόμενη με παραπομπές σε ορισμένες τεχνικές προδιαγραφές ή πρότυπα».

28. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 82 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: « 1. Οι αναθέτουσες αρχές, εάν απαιτούν την προσκόμιση πιστοποιητικών εκδιδόμενων από ανεξάρτητους οργανισμούς που βεβαιώνουν ότι ο οικονομικός φορέας συμμορφώνεται με ορισμένα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας, συμπεριλαμβανομένης της προσβασιμότητας για άτομα με ειδικές ανάγκες, παραπέμπουν σε συστήματα διασφάλισης ποιότητας τα οποία βασίζονται στη σχετική σειρά ευρωπαϊκών προτύπων και έχουν πιστοποιηθεί από διαπιστευμένους οργανισμούς. Οι αναθέτουσες αρχές αναγνωρίζουν ισοδύναμα πιστοποιητικά από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη - μέλη. Επίσης, κάνουν δεκτά άλλα αποδεικτικά στοιχεία για ισοδύναμα μέτρα διασφάλισης ποιότητας, εφόσον ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας δεν είχε τη δυνατότητα να αποκτήσει τα εν λόγω πιστοποιητικά εντός των σχετικών προθεσμιών για λόγους για τους οποίους δεν ευθύνεται ο ίδιος, υπό την προϋπόθεση ότι ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι τα προτεινόμενα μέτρα

διασφάλισης ποιότητας πληρούν τα απαιτούμενα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας.

2. Εάν οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν την υποβολή πιστοποιητικών εκδιδόμενων από ανεξάρτητους οργανισμούς που να βεβαιώνουν ότι ο οικονομικός φορέας συμμορφώνεται με συγκεκριμένα συστήματα ή πρότυπα όσον αφορά την περιβαλλοντική διαχείριση, παραπέμπουν στο σύστημα οικολογικής διαχείρισης και ελέγχου (EMAS) της Ένωσης ή σε άλλα συστήματα περιβαλλοντικής διαχείρισης που έχουν αναγνωριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 45 του Κανονισμού (ΕΚ) αριθμ. 1221/2009 ή σε άλλα πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης βασιζόμενα σε αντίστοιχα ευρωπαϊκά ή διεθνή πρότυπα που έχουν εκδοθεί από διαπιστευμένους οργανισμούς. Οι αναθέτουσες αρχές αναγνωρίζουν ισοδύναμα πιστοποιητικά από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη - μέλη.

Όταν ο οικονομικός φορέας τεκμηριωμένα δεν έχει πρόσβαση στα εν λόγω πιστοποιητικά ή δεν έχει τη δυνατότητα να τα αποκτήσει εντός των σχετικών προθεσμιών, για λόγους για τους οποίους δεν ευθύνεται ο ίδιος, η αναθέτουσα αρχή αποδέχεται επίσης άλλα αποδεικτικά μέσα μέτρων περιβαλλοντικής διαχείρισης, υπό την προϋπόθεση ότι ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι τα συγκεκριμένα μέτρα είναι ισοδύναμα με εκείνα που απαιτούνται βάσει του εφαρμοστέου συστήματος ή του προτύπου περιβαλλοντικής διαχείρισης.

3. Εφόσον της ζητηθεί, η Αρχή θέτει στη διάθεση άλλων κρατών μελών, σύμφωνα με το άρθρο 343, κάθε πληροφορία σχετικά με τα έγγραφα που προσκομίζονται ως στοιχεία αποδεικτικά της συμμόρφωσης με ποιοτικά και περιβαλλοντικά πρότυπα που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2».

29. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και

να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

30.Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

31. Επειδή στην επίμαχη Διακήρυξη προβλέπεται ότι: «[...]

2.2.7 Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης

Οι οικονομικοί φορείς για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης απαιτείται: Να διαθέτουν τα απαραίτητα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης σε ισχύ, από διαπιστευμένους οργανισμούς πιστοποίησης και ειδικότερα:

i) ISO 9001:2015 ή αποδεδειγμένα ισοδύναμό του, με πεδίο εφαρμογής «καθαρισμοί κτιρίων, Εγκαταστάσεων & Εξωτερικών χώρων»,

ii) ISO 14001:2015 ή αποδεδειγμένα ισοδύναμό του, με πεδίο εφαρμογής «Εργολάβος καθαριότητας (εσωτερικών- εξωτερικών χώρων), Διαχείριση (συλλογή και μεταφορά) στερεών – μη αποβλήτων»,

iii) ISO 1801:2008/OHSAS 18001:2007 ή αποδεδειγμένα ισοδύναμό του, με πεδίο εφαρμογής «Εργολαβίες καθαρισμού, καθαρισμός χώρων υγειονομικού ενδιαφέροντος και αποκομιδή απορριμμάτων και αναλώσιμων για καθαρισμό» [...]

2.2.8 Στήριξη στην ικανότητα τρίτων

Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα

σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους, τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται.

Όταν οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.

Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων.

2.2.9 Απαράβατοι όροι συμμετοχής, πλην των προϋποθέσεων που απαιτούν οι σχετικές διατάξεις της νομοθεσίας

Λόγω της ιδιαιτερότητας και της φύσης της παρούσας δημόσιας σύμβασης, των απρόβλεπτων και επειγουσών καταστάσεων που δύναται ανά πάσα στιγμή να προκύψουν σε μία δεδομένη στιγμή (όπως η αντιμετώπιση της εξάπλωσης του κορονοϊού – covid-19) και προκειμένου να υφίσταται η ευχέρεια να ανταποκρίνεται ο ανάδοχος άμεσα στις ανάγκες του Δήμου, θα πρέπει να απασχολεί ήδη στο Νομό ... τουλάχιστον 15 άτομα κατά την περίοδο του διαγωνισμού στον τομέα της παροχής υπηρεσιών καθαριότητας κτιρίων (εργατών- εργατριών) κατοίκων του νομού ... [...]

2.2.10.2 Αποδεικτικά μέσα – Δικαιολογητικά Κατακύρωσης

A. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, **ΚΡΙΝΟΝΤΑΙ ΚΑΤΑ ΤΗΝ ΥΠΟΒΟΛΗ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ, ΚΑΤΑ ΤΗΝ ΥΠΟΒΟΛΗ ΤΩΝ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ ΤΗΣ ΠΑΡΟΥΣΑΣ ΚΑΙ ΚΑΤΑ ΤΗ ΣΥΝΑΨΗ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ**, στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/201649, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 107 παρ. 26 του Ν. 4497/2017.

Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8.

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (παράγραφοι 2.2.4- 2.2.8).

Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 2.2.3.1, 2.2.3.2 και 2.2.3.4[...].

B.5. Για την απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 2.2.8. (απόδειξη προτύπων διασφάλισης ποιότητας και προτύπων περιβαλλοντικής διαχείρισης) ο προσωρινός ανάδοχος θα προσκομίσει τα απαραίτητα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης σε ισχύ, από διαπιστευμένους οργανισμούς πιστοποίησης.

B.6. Για την απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 2.2.9. (Απαράβατοι όροι συμμετοχής, πλην των προϋποθέσεων που απαιτούν οι σχετικές διατάξεις της νομοθεσίας) ο προσωρινός ανάδοχος θα προσκομίσει πίνακα προσωπικού E4 από το σύστημα «Εργάνη» στην οποία θα αποδεικνύεται πως απασχολεί στο Νομό ... τουλάχιστον 15 άτομα κατά την περίοδο προ δημοσίευσης της παρούσας διακήρυξης [.....] 2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών

Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:

i. η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) , 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης) της παρούσας,

ii. η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται

συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με τους όρους της παρούσης διακήρυξης.[...]

viii. η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης, [...]

x. προσφορές που δεν φέρουν την ηλεκτρονική υπογραφή του διαγωνιζόμενου ή που δεν είναι σύμφωνες με τους όρους της διακήρυξης απορρίπτονται [...]».

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

33. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους

διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

34. Επειδή, εξάλλου, συνιστά ενωσιακή αρχή του δικαίου δημοσίων συμβάσεων, η αποφυγή κάθε ανοικτής ή και συγκεκριμενοποιημένης διάκρισης και περιορισμού της ελευθερίας ισότιμης συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εις βάρος ομάδας προμηθευτών ή έστω και μεμονωμένου προμηθευτή (πρβλ. ενδεικτικά ΔΕΕ, Απόφαση της 5^{ης} Δεκεμβρίου 1989, C-3/88, *Επιτροπή κατά Ιταλίας*, Συλλογή 1989, σ. 4035, σκ. 8 και Απόφαση της 3ης Ιουνίου 1992, C-360/89 *Επιτροπή κατά Ιταλίας*, Συλλογή I-1992, σ. 3401, σκ. 11). Ως εκ τούτου, το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής επάρκειας πρέπει να είναι συνδεδεμένο και ανάλογο προς το αντικείμενο της σύμβασης. Επομένως, το κατώτατο όριο της τεχνικής καταλληλότητας, πρέπει να συνίσταται στα αναγκαία και κατάλληλα εκείνα χαρακτηριστικά, για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό (βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ, Κατευθυντήρια Οδηγία 13). Τα παραπάνω προκύπτουν και από την αρχή αναλογικότητας και της σχετικότητας των κριτηρίων επιλογής για την ανάθεση της σύμβασης με το αντικείμενο της σύμβασης, σε αντιστοιχία και με όσα σχετικώς ορίζει –ως άνω- το άρ. 75 παρ. 1 σε συνδυασμό με το άρθ. 18 παρ. 1 και 253 ν. 4412/2016 (βλ. και A.S. Graelis, *Public Procurement and the EU Competition Rules* (Hart 2015, 2^η εκδ.) 6.II.A.vii)

35. Επειδή, κατά την επιλογή σε επίπεδο κατάρτισης διακήρυξης των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που της επιτρέπουν να καθορίσει κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων (βλ. ειδικά την παρ. 4.1 του «*Ευρωπαϊκού Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις*» καθώς και την Κατευθυντήρια Οδηγία 13

της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ με θέμα «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής δημοσίων συμβάσεων και έλεγχος καταλληλότητας»).

36. Επειδή την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας τη προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό) οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, C-549/10 κλπ). Υπό το πρίσμα της αρχής του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, τα κριτήρια επιλογής που θέτει η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δε θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι διαθέτουν την απαιτούμενη ικανότητα και οι οποίοι, υπό άλλες ενδεχομένως προϋποθέσεις, θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στη διαδικασία, ενισχύοντας με τον τρόπο αυτόν τον ανταγωνισμό.

37. Επειδή τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής διαμορφώνονται με γνώμονα τις αρχές της αναλογικότητας και της χρηστής δημοσιονομικής διοίκησης στα πλαίσια του ελεύθερου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. και A.S. Graelis, *Public Procurement and the EU Competition Rules* (Hart 2015, 2η εκδ.) 6.II.A.vii) και κρίνονται με βάση την συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση και όχι *in abstracto* (βλ.κατ' αναλογία Δ. Ράικο, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 410 επ.) .

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

39. Επειδή, σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, συνάγεται ότι, οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, δύνανται να ελέγχουν την «ικανότητα» των

οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη τα περιοριστικώς αναφερομένα στην εν λόγω διάταξη κριτήρια επιλογής αυτών, ήτοι σε σχέση με: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.

40. Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, *Impresa Edilux Srl*, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, *Μηχανική Α.Ε.*, σκέψη 49, 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).

41. Επειδή εν προκειμένω, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη.

42. Επειδή με το άρθρο 78 του ν. 4412/2016, παρέχεται η δυνατότητα στήριξης του συμμετέχοντος σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οικονομικού φορέα σε ικανότητες άλλων (τρίτων) φορέων, όσον αφορά είτε την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκειά του, είτε την τεχνική ή επαγγελματική ικανότητά του, ανεξαρτήτως της νομικής φύσεως των δεσμών του με τους φορείς αυτούς. Εφόσον ο υποψήφιος οικονομικός φορέας αδυνατεί να ανταποκριθεί με τα δικά του μέσα στις απαιτήσεις εκτέλεσης της σύμβασης, την οποία επιθυμεί να συνάψει, έχει το δικαίωμα να συμμετέχει στην διαδικασία ανάθεσης με προσφυγή στις δυνατότητες τρίτου φορέα για την απόδειξη της καταλληλότητάς του, αρκεί να αποδείξει με την προσκόμιση των αποδείξεων που προβλέπονται στην διακήρυξη, δέσμευση του τρίτου

φορέα ότι θα διαθέσει τους επικαλούμενους πόρους, ώστε να βρίσκονται στη διάθεσή του αναδόχου για την εκτέλεση της σύμβασης. Το δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα να επικαλείται, για συγκεκριμένη σύμβαση, τις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της φύσεως των δεσμών του με αυτούς, συνάδει με τον σκοπό του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, τον οποίο επιδιώκουν οι σχετικές με το αντικείμενο αυτό Οδηγίες προς όφελος όχι μόνον των οικονομικών φορέων αλλά και των αναθετουσών αρχών και περαιτέρω στην διευκόλυνση της προσβάσης των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις (ΔΕΕ, Απόφαση της 7.4.2016, υπόθεση C-324/14, *Partner Apelski Dariusz κατά Zarzad Oczyszczania Miasta*, σκ. 33, 34, Απόφαση της 10.10.2013, υπόθεση C-94/12, *Swm Construzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI κατά Provincia di Fermo*, σκ. 29 και 33).

43. Επειδή σύμφωνα με την Κατευθυντήρια Οδηγία 2 της ΕΑΑΔΗΣΥ ((Απόφαση 231/2014) προβλέπεται ότι: «Γ) Αποφυγή αναγραφής γεωγραφικών περιορισμών ως όρων συμμετοχής

Η αναθέτουσα αρχή δεν επιτρέπεται να θέτει ως λόγους αποκλεισμού ή προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό όρους, οι οποίοι αντίκεινται στις αρχές της απαγόρευσης διακρίσεων και της αναλογικότητας και δεν δικαιολογούνται από την εξυπηρέτηση του γενικού συμφέροντος.

Ειδικότερα:

- *δέον όπως αποφεύγεται στη διακήρυξη η αναγραφή λόγων αποκλεισμού/όρων συμμετοχής/κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων οι οποίοι συνεπάγονται γεωγραφικούς περιορισμούς, καθώς δημιουργούν δυσμενείς διακρίσεις σε βάρος των συμμετεχόντων, ανάλογα με τον τόπο εγκατάστασής τους, οι οποίες αντίκεινται στις θεμελιώδεις αρχές της ενωσιακής νομοθεσίας περί ισότιμης μεταχείρισης και αποφυγής διακρίσεων των οικονομικών φορέων, [...]*

- *εφόσον οι αναθέτουσες αρχές το κρίνουν απαραίτητο και δικαιολογημένο, βάσει του ειδικότερου αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης και των λοιπών συνθηκών (π.χ. αδυναμία αποθήκευσης των προς προμήθεια ειδών από την αναθέτουσα αρχή), έχουν ευχέρεια να περιλάβουν*

στη διακήρυξη αντίστοιχους όρους, αποκλειστικά ως όρους εκτέλεσης της σύμβασης, σε καμία περίπτωση, ωστόσο, δεν επιτρέπεται να εξαρτήσουν τη συμμετοχή υποψηφίων και άρα τον αποκλεισμό τους από ανάλογο γεωγραφικό περιορισμό [...]»..

44. Επειδή δεν ασκεί έννομη επιρροή η δυνατότητα του υποψηφίου να καλύψει τις σχετικές απαιτήσεις στηριζόμενος στις ικανότητες άλλων φορέων (άρθρο 78 ν. 4412/2016) ή συμμετέχοντας σε ένωση οικονομικών φορέων (άρθρο 19 παρ. 2 ν. 4412/2016), καθόσον τούτο συνιστά δικαίωμα των ίδιων των υποψηφίων που κατοχυρώνεται σε όλους τους διαγωνισμούς και όχι βάση υπέρ της αναθέτουσας αρχής για την εισαγωγή όρων καταλληλότητας που δεν δικαιολογούνται ευλόγως από το αντικείμενο της σύμβασης καθ' εαυτό (βλ. Ελ. Συν Ε' Κλιμάκιο 151/2018, και σχετικά με τη σύνδεση των κριτηρίων επιλογής με το αντικείμενο της σύμβασης βλ. C-76/16, σκ.33, C -218/11 σκ.29, Ελ. Συν Ε' Κλιμάκιο 116/2018, 212/2017, 237/2017 κ.α).

45. Επειδή τα πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης καταδεικνύουν την τεχνική ικανότητα του οικονομικού φορέα να εκτελέσει τη σύμβαση και, επομένως, συνιστούν κριτήρια επιλογής που η συνδρομή τους δηλώνεται προαποδεικτικώς στο υποβληθέν από τους οικονομικούς φορείς ΕΕΕΣ, η απόδειξη συμμόρφωσης στο οποίο συνιστά στοιχείο που ανήκει στη σφαίρα των κριτηρίων επιλογής (βλ. Δημήτριος Γ. Ράικος, Ευαγγελία Γ. Βλάχου, Ευανθία Κ. Σαββίδη, *Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 Ερμηνεία κατ' άρθρο. Σχετικές διατάξεις – Νομολογία*, σελ. 805-506, Ε. Βλάχου, βλ. και ΑΕΠΠ 878/2018).

46. Επειδή ως διδάγματα της κοινής πείρας θεωρούνται γενικές αρχές που συνάγονται επαγωγικά από την καθημερινή παρατήρηση της εμπειρικής πραγματικότητας, τη συμμετοχή στις συναλλαγές και τις γενικές τεχνικές ή επιστημονικές γνώσεις, οι οποίες έχουν γίνει κοινό κτήμα και χρησιμοποιούνται για την εξειδίκευση των αορίστων νομικών εννοιών και για έμμεση απόδειξη κρίσιμων γεγονότων (ΟΛΑΠ 8/2005, ΣΤΕ 414/2006, ΔεΦ Θεσ. 2632/2015).

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

47. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί, προκειμένου να είναι ορισμένος ισχυρισμός περί φωτογραφικού όρου διακήρυξης, πρέπει να κατονομάζεται ο οικονομικός φορέας που είναι ο μόνος δυνάμενος να συμμετάσχει ως συνέπεια της εν θέματι προδιαγραφής (ΣΤΕ (Ασφ) 314/2013, ΕΑ ΣΤΕ 474, 829, 1354/2009). Ισχυρισμοί περί «φωτογραφικής» περιγραφής υπό προμήθεια ειδών, τα οποία κατασκευάζει ή προμηθεύει μόνο μια συγκεκριμένη κατονομαζόμενη εταιρεία και ίδια το γεγονός της ταύτισης των τεχνικών προδιαγραφών με προϊόντα της εν λόγω εταιρείας δεν αρκούν για να θεωρηθεί ότι οι προδιαγραφές είναι «φωτογραφικές» (*ad hoc* ΔΕφΘεσ/κης 126/2018, ΣΤΕ 1140/2010, 1024-25/2010).

48. Επειδή, οι κανονιστικές πράξεις δεν έχουν ανάγκη αιτιολογίας (βλ. ΣΤΕ 1463/2015, 2929/2016), εκτός εάν η αιτιολόγηση απαιτείται ρητά από τον νόμο ή αυτό προκύπτει σαφώς (ΣΤΕ 3915/1988, 2465/1993, 2230/2000), όπως στην περίπτωση που η έκδοση της πράξης επιτρέπεται ή επιβάλλεται όταν συντρέχουν ορισμένες προϋποθέσεις που καθορίζει η εξουσιοδοτική διάταξη (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμος Ι, 15η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ .158).

49. Επειδή στον μοναδικό λόγο της υπό εξέταση προσφυγής η πρώτη προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ο όρος 2.2.9 της προσβαλλόμενης Διακήρυξης που προβλέπει ότι οι οικονομικοί φορείς λόγω της ιδιαιτερότητας και της φύσης της υπό ανάθεση σύμβασης, των απρόβλεπτων και επειγουσών καταστάσεων όπως η αντιμετώπιση της εξάπλωσης του κορωνοϊού και προκειμένου να υφίσταται η ευχέρεια να ανταποκρίνεται ο ανάδοχος άμεσα στις ανάγκες του Δήμου, θα πρέπει να απασχολεί ήδη στον Νομό ... τουλάχιστον 15 άτομα κατά την περίοδο του διαγωνισμού στον τομέα παροχής υπηρεσιών καθαριότητας κτιρίων (εργατών-εργατριών) κατοίκων του νομού ... καθώς και ο σχετικός με τον όρο 2.2.9 όρος της παραγράφου Β6 του άρθρου 2.2.10.2 που, προς απόδειξη, απαιτεί την προσκόμιση πίνακα προσωπικού Ε4 από το σύστημα «ΕΡΓΑΝΗ», παραβιάζουν την εθνική και ενωσιακή νομοθεσία σύμφωνα με την οποία δεν επιτρέπεται ο αποκλεισμός υποψηφίων από ανάλογο γεωγραφικό περιορισμό, εμποδίζουν την ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στην εν θέματι διαγωνιστική διαδικασία

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

και παραβιάζουν τις αρχές της απαγόρευσης των διακρίσεων και της αναλογικότητας και μεροληπτούν υπέρ των επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται στον Νομό ..., εμποδίζοντάς την να συμμετάσχει στον διαγωνισμό αφού δεν απασχολεί 15 άτομα κατά την περίοδο του διαγωνισμού στον εν λόγω Νομό. Επιπλέον, ως ισχυρίζεται η πρώτη προσφεύγουσα, στην περίπτωση που αναδεικνύονταν προσωρινή ανάδοχος θα έχει ήδη δεσμευθεί να ανταποκριθεί στην υποχρέωσή της για τον καθαρισμό των χώρων και, ως εκ τούτου, θα οργανώσει τη δραστηριότητά της κατά τέτοιον τρόπο ώστε να εκτελεί το αντικείμενο της σύμβασης απρόσκοπτα. Επομένως, δεν υφίσταται λόγος να είναι ήδη εγγεγραμμένοι στον πίνακα προσωπικού προ της δημοσίευσης της Διακήρυξης τα άτομα που θα απασχοληθούν μετά την υπογραφή της σύμβασης και η πανδημία αποτελεί πρόφαση εφόσον ο ίδιος όρος είχε τεθεί από την αναθέτουσα αρχή και το προηγούμενο έτος σε έτερο διαγωνισμό.

Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι εκείνη θέτει τις απαιτήσεις που κρίνει αναγκαίες, για να διασφαλίσει με ασφάλεια, ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την καταλληλότητα για να εκτελέσουν την υπό ανάθεση σύμβαση και ότι λόγω εξάπλωσης της πανδημίας του κορωνοϊού - Covid 19, η αναθέτουσα αρχή έκρινε σκόπιμο να τεθεί ο ανωτέρω όρος, όχι για να περιορίσει τη συμμετοχή των οικονομικών φορέων, αλλά για να εξασφαλίσει την ορθή, άρτια και προσήκουσα καθαριότητα των κτιριακών εγκαταστάσεων των υπηρεσιών και δομών της, ώστε να διασφαλιστεί στο έπακρο η δημόσια υγεία, η οποία σαφώς υπάγεται στα υπέρτερα αγαθά του γενικού δημοσίου συμφέροντος, και επιβάλλεται η προστασία της από τη δημόσια τάξη και ότι τα κατεπείγοντα μέτρα που ελήφθησαν από την κυβέρνηση για την αντιμετώπιση της διασποράς του κορωνοϊού ήταν άμεσης εφαρμογής, και μάλιστα για ένα διάστημα περίπου 45 ημερών απαγορευόταν η μετακίνηση πολιτών μεταξύ των νομών. Ως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή, τα σημεία καθαρισμού σύμφωνα με τη διακήρυξη είναι στο σύνολο 59, για τον καθαρισμό των οποίων απαιτείται η απασχόληση τουλάχιστον 25 ατόμων και ότι η ελάχιστη απασχόληση από τους οικονομικούς φορείς των 15 ατόμων που είναι μόνιμοι κάτοικοι του Νομού ..., κατά το χρόνο διενέργειας

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

του διαγωνισμού, είναι η ελάχιστη εξασφάλιση που μπορεί να θέσει η αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να διασφαλίσει ότι κατά την υλοποίηση της σύμβασης ο ανάδοχος θα είναι σε θέση να ανταποκριθεί στον καθημερινό καθαρισμό των κτιρίων και δομών της, ακόμη και αν υπάρξουν έκτακτα μέτρα λόγω της διασποράς του covid -19, ακόμη και κατά τόπον. Διότι πέραν της απαγόρευσης κυκλοφορίας που είναι πολύ πιθανό να επιβληθεί εκ νέου, αναλόγως με την πορεία της νόσου, συνολικά στον ελλαδικό χώρο, υπάρχει και σοβαρό ενδεχόμενο να αποκλειστούν συγκεκριμένες περιοχές, να τεθούν σε «καραντίνα», που, εάν το απασχολούμενο προσωπικό δεν είναι μόνιμοι κάτοικοι Νομού ..., να υφίσταται σοβαρός κίνδυνος μη προσήκουσας και πλημμελούς εκτέλεσης της σύμβασης και με άμεση και απώτερη απόρροια την μη διαφύλαξη και προστασία της δημόσιας υγείας, καθόσον η καθημερινή καθαριότητα των χώρων του Δήμου ... είναι πρώτιστης σημασίας, αφού δέχονται σημαντικό αριθμό πολιτών καθημερινά και ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν πιο εξειδικευμένα τα αποδεικτικά μέσα που ορίζονται στην κείμενη νομοθεσία και ότι ο ισχυρισμός ότι μόνο 2-3 οικονομικοί φορείς μπορούν να συμμετέχουν εξαιτίας του όρου αυτού είναι αβάσιμος είναι δε και αόριστος και αναπόδεικτος καθώς η πρώτη προσφεύγουσα δεν αναφέρει τους συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς που ευνοούνται. Εξάλλου, κατά την αναθέτουσα αρχή, δεν είναι άνευ ετέρου παράνομος όρος διακήρυξης για τον μόνο λόγο ότι απλώς περιορίζει τον ανταγωνισμό, όπως αναφέρει η πρώτη προσφεύγουσα και αυτό ακόμη και όταν η τεθείσα προδιαγραφή ή κριτήριο καθιστά κατ' αποτέλεσμα μόνο έναν οικονομικό φορέα ως δυνάμενο να μετάσχει στη διαδικασία παραδεκτώς και ότι η πρώτη προσφεύγουσα δεν εξειδικεύει επαρκώς την βλάβη της σε σχέση με τον προσβαλλόμενο λόγο διότι, αν και εμμέσως υποστηρίζει ότι δεν πληροί ατομικά τον όρο, ωστόσο ουδέν σχετικό λόγο δεν αναφέρει πως δεν μπορεί να συνεργαστεί με άλλον φορέα (είτε μέσω στήριξης τρίτων, είτε μέσω ένωσης) προκειμένου να μην μπορεί να συμμετάσχει και, ως εκ τούτου, η προσφυγή της πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη. Ο δε ισχυρισμός της σχετικά με την έτερη διαγωνιστική διαδικασία τυγχάνει απορριπτέος λόγω της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών.

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

50. Επειδή σύμφωνα με την προσβαλλόμενη Διακήρυξη, στο άρθρο 2.2.9 υπό τον τίτλο «Απαραβάτοι όροι συμμετοχής, πλην των προϋποθέσεων που απαιτούν οι σχετικές διατάξεις της νομοθεσίας» προβλέπεται ότι, λόγω της ιδιαιτερότητας και της φύσης της παρούσας δημόσιας σύμβασης, των απρόβλεπτων και επειγουσών καταστάσεων που δύναται ανά πάσα στιγμή να προκύψουν σε μία δεδομένη στιγμή (όπως η αντιμετώπιση της εξάπλωσης του κορονοϊού – covid-19) και προκειμένου να υφίσταται η ευχέρεια να ανταποκρίνεται ο ανάδοχος άμεσα στις ανάγκες του Δήμου, θα πρέπει να απασχολεί ήδη στο Νομό ... τουλάχιστον 15 άτομα κατά την περίοδο του διαγωνισμού στον τομέα της παροχής υπηρεσιών καθαριότητας κτιρίων (εργατών- εργατριών) κατοίκων του νομού Στο δε άρθρο 2.2.10.2 υπό τον τίτλο «Αποδεικτικά μέσα – Δικαιολογητικά Κατακύρωσης», στην παρ. Β6 προβλέπεται ότι για την απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 2.2.9., ο προσωρινός ανάδοχος θα προσκομίσει πίνακα προσωπικού Ε4 από το σύστημα «Εργάνη» στην οποία θα αποδεικνύεται πως απασχολεί στο Νομό ... τουλάχιστον 15 άτομα κατά την περίοδο προ δημοσίευσης της παρούσας διακήρυξης. Επομένως, με το άρθρο 2.2.9 η αναθέτουσα αρχή προβλέπει ένα επιπλέον κριτήριο το οποίο αφορά στο απασχολούμενο από τον συμμετέχοντα προσωπικό, ήτοι, εν τοις πράγμασι, εντάσσεται λόγω της φύσεώς του στα κριτήρια επιλογής και δη στο κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Περαιτέρω, στο Μέρος ΙΙ του του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016, σχετικά με τα αποδεικτικά μέσα της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και, ειδικότερα, σχετικά με το απασχολούμενο από τον συμμετέχοντα προσωπικό, προβλέπεται η περ. β) η οποία περιλαμβάνει την 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 την περ. η) η οποία αφορά σε δήλωση στην οποία αναφέρονται το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών και ο αριθμός των στελεχών της επιχείρησής του κατά τα τελευταία τρία χρόνια.

51. Επειδή το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογο προς το

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

αντικείμενο αυτής, γεγονός το οποίο για να διαπιστωθεί θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του (πρβλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13- απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων), χωρίς πάντως αδικαιολόγητα να περιορίζεται ο ανταγωνισμός και επιπροσθέτως των αναφερομένων στη σκ.43 ειδικά η πρόσβαση των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων στις δημόσιες Συμβάσεις, όπως περιγράφεται και στον "Ευρωπαϊκό Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις" (πρβλ. κατευθυντήρια Οδηγία 17- απόφαση 181/2016 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων). Στο πεδίο 4 του εν λόγω Κώδικα και δη 4.1 με τίτλο "Διατήρηση της αναλογικότητας των κριτηρίων επιλογής" διευκρινίζεται ότι οι οδηγίες της ΕΚ για τις δημόσιες συμβάσεις επαναδιακηρύσσουν ρητά τη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, σύμφωνα με την οποία τα κριτήρια χρηματοοικονομικών και οικονομικών δυνατοτήτων και τεχνικών ικανοτήτων πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης. Όλα τα κριτήρια επιλογής πρέπει να είναι σαφή και αναλογικά προς τη συγκεκριμένη σύμβαση και να μην εισάγουν διακρίσεις. Σε κάθε περίπτωση, οι απαιτήσεις τόσο των κριτηρίων όσο και των αποδεικτικών μέσων αυτών κρίνονται με βάση την αρχή της αναλογικότητας, υπό την έννοια ότι το κατώτατο όριο που θα καθοριστεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης και να αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση *ad hoc* της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό, αλλά και να είναι πρόσφορο να οδηγήσει σε διακρίβωση της ικανότητας των υποψηφίων (βλ. ΣΤΕ ΕπΑν 660/2002, 528/2002, 990/2003), ενώ βασικό κριτήριο ερμηνείας της προσφορότητας και καταλληλότητας των ποιοτικών κριτηρίων για την αντικειμενική διακρίβωση των ικανοτήτων των υποψηφίων αναδοχών είναι η αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού, σύμφωνα εξάλλου και του άρ. 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016, η οποία εντός του πλαισίου του ενωσιακού δικαίου συνιστά πρωταρχικό πυλώνα της ασκούμενης δια των δημοσίων συμβάσεων

οικονομικής δραστηριότητας και θεμελιακή αξία για τις διαδικασίες ανάθεσής τους, ως βασίμως υποστηρίζει η πρώτη προσφεύγουσα. Επομένως, τα όποια κριτήρια επιλογής, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δεν θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι υπό άλλη, ομοίως επαρκή για τη διασφάλιση της απαιτούμενης ικανότητας, θα μετείχαν, τονώνοντας ούτως τον ανταγωνισμό.

52. Επειδή τα αποδεικτικά μέσα του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016 απαριθμούνται κατά τρόπο εξαντλητικό. Αυτό, ωστόσο, δεν σημαίνει ότι οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να απαιτούν πιο εξειδικευμένα τα αποδεικτικά μέσα που ορίζονται σε αυτό, καθώς υπάρχουν και μέσα απόδειξης που δεν μπορούν χωρίς εξειδίκευση να αποδείξουν την τεχνική ικανότητα των υποψηφίων (βλ. Δημήτριος Γ. Ράικος, Ευαγγελία Γ. Βλάχου, Ευανθία Κ. Σαββίδη, *Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Ερμηνεία κατ' άρθρο, Σχετικές διατάξεις – Νομολογία*, Τόμος Ι, Εκδόσεις Σάκκουλα 2018, σελ. 794 και Κατευθυντήρια Οδηγία ΕΑΑΔΗΣΥ 13/2016), ως βασίμως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή. Σε κάθε περίπτωση, οι απαιτήσεις τόσο των κριτηρίων όσο και των αποδεικτικών μέσων κρίνονται με βάση την αρχή της αναλογικότητας. Επίσης, είναι σαφές ότι όλες οι πληροφορίες πρέπει να συνδέονται με τα στοιχεία και τα κριτήρια που απαριθμούνται στα σχετικά άρθρα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Σύμφωνα δε με την αρχή της αναλογικότητας, θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις να είναι συναφείς ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και ανάλογα με το σκοπό της αλλά και να είναι πρόσφορες να οδηγήσουν σε διακρίβωση της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων και τα ζητούμενα δικαιολογητικά να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης, να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα, χωρίς ωστόσο να βαίνουν πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό, ήτοι την αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης.

53. Επειδή, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, δεν ασκεί έννομη επιρροή στην τήρηση των ανωτέρω προϋποθέσεων από τις

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

αναθέτουσες αρχές κατά τη θέσπιση κριτηρίων επιλογής και αποδεικτικών μέσων αυτών η δυνατότητα του υποψηφίου να καλύψει τις σχετικές απαιτήσεις στηριζόμενος στις ικανότητες άλλων φορέων ή συμμετέχοντας σε ένωση οικονομικών φορέων, καθόσον τούτο συνιστά δικαίωμα των ίδιων των υποψηφίων που κατοχυρώνεται σε όλους τους διαγωνισμούς και όχι βάση υπέρ της αναθέτουσας αρχής για την εισαγωγή όρων καταλληλότητας που δεν δικαιολογούνται ευλόγως από το αντικείμενο της σύμβασης καθ' εαυτό (C-76/16, σκ.33, C -218/11 σκ.29, Ε΄ Κλιμάκιο 116/2018, 151/2018, 212/2017,237/2017,240/2017,181,322,372,462/2017 κ.α).

54.Επειδή, εν προκειμένω, το άρθρο 2.2.9 της Διακήρυξης θέτει ως κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας την απασχόληση από τον οικονομικό φορέα στο Νομό ... τουλάχιστον 15 ατόμων κατά την περίοδο του διαγωνισμού στον τομέα της παροχής υπηρεσιών καθαριότητας κτιρίων (εργατών- εργατριών) κατοίκων του νομού ..., κριτήριο τα οποίο αφενός μεν αντίκειται στα προβλεπόμενα από το ενωσιακό δίκαιο και τον Ν.4412/2016 κριτήρια δοθέντος ότι εισάγει διπλό αθέμιτο γεωγραφικό περιορισμό (να απασχολούνται ήδη και να είναι και κάτοικοι του νομού ...) που δεν αφορά αποκλειστικά τους όρους εκτέλεσης αλλά ανάθεσης της σύμβασης αφετέρου δε ουδόλως δύναται να επιτρέψει την αντικειμενική αξιολόγηση των συμμετεχόντων βάσει της τεχνικής και επαγγελματικής τους ικανότητας σχετικά με τη διάθεση των αναγκαίων ανθρώπινων πόρων για την εκτέλεση της σύμβασης καθώς δεν απαιτείται ούτε ο οικονομικός φορέας να έχει στη διάθεσή του συγκεκριμένο εν γένει αριθμό προσωπικού που να μπορεί να καλύψει πλήρως το αντικείμενο της σύμβασης, καθώς, ενώ η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι για την εκτέλεση της επίμαχης σύμβασης απαιτούνται τουλάχιστον 25 άτομα, απαιτεί 15 μόλις άτομα ως ελάχιστο αριθμό στον νομό ..., ούτε το προσωπικό αυτό να διαθέτει σχετική εμπειρία προκειμένου να συναχθεί η ικανότητα του οικονομικού φορέα για την προσήκουσα εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης.

55. Επειδή ο επιδιωκόμενος από την αναθέτουσα αρχή σκοπός, ήτοι η των απρόβλεπτων και επειγουσών καταστάσεων που δύναται ανά πάσα στιγμή να προκύψουν σε μία δεδομένη στιγμή, όπως η αντιμετώπιση της

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

εξάπλωσης του κορονοϊού – covid-19, εν τέλει δεν εξυπηρετείται από τον επίμαχο όρο, ως βασίμως υποστηρίζει η πρώτη προσφεύγουσα, καθώς αφενός μεν με την απαίτηση της απασχόλησης ήδη προ της δημοσίευσής της Διακήρυξης προσωπικού στον νομό ... δεν εξυπηρετείται καμία μελλοντική και απρόβλεπτη ανάγκη και αφετέρου διότι, ακόμα και κατά την περίοδο των περιορισμών των μετακινήσεων λόγω του covid-19 ουδόλως απαγορεύθηκε στους εργαζόμενους και δη στον τομέα καθαριότητας δημοσίων υπηρεσιών, η μετάβαση στην εργασία τους ώστε να τεθεί υπό κίνδυνο η μη προσήκουσα εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης ενώ, παράλληλα, περιορίζεται δυσανάλογα η συμμετοχή των οικονομικών φορέων και, εν προκειμένω, της πρώτης προσφεύγουσας η οποία δύναται να αποδείξει την τεχνική της ικανότητα είτε με το να απασχολεί ήδη επαρκές και έμπειρο προσωπικό είτε με το οργανώσει τη δραστηριότητά της κατά τέτοιον τρόπο ώστε να διαθέτει το απαιτούμενο προσωπικό στον νομό ... σε περίπτωση που της ανατεθεί η επίμαχη σύμβαση. Εξάλλου, ούτε ποιοτικά συνάδει ο επίμαχος όρος με το αντικείμενο της σύμβασης καθώς, λόγω της φύσης της παροχής υπηρεσιών καθαριότητας, οι οικονομικοί φορείς που δραστηριοποιούνται στην οικεία αγορά είθισται να χρησιμοποιούν προσωπικό που μετακινείται, ενώ ακόμα και αν ήθελε υποτεθεί ότι οι οικονομικοί φορείς απασχολούν το απαιτούμενο προσωπικό εντός του νομού ..., εφόσον το προσωπικό αυτό είναι πλήρους απασχόλησης, δεν εξασφαλίζεται η προσήκουσα εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης διότι το ήδη απασχολούμενο προσωπικό με πλήρες ωράριο δεν θα δύναται να απασχοληθεί για την εκτέλεση αυτής.

56.Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της δεν αιτιολογεί πλήρως, ειδικώς και επαρκώς τη σκοπιμότητα των επιλογών της ως προς το ως άνω κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας καθόσον ο αριθμός των σημείων καθαριότητας δεν συνδέεται ποσοτικά και ποιοτικά με την απαίτηση να απασχολούνται ήδη πριν τη δημοσίευση της Διακήρυξης 15 άτομα στον Νομό ... και δεν αποδεικνύει ότι το εν λόγω κριτήριο είναι συγχρόνως και αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, ήτοι η αντικειμενική αξιολόγηση των συμμετεχόντων ως προς την

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

τεχνική και επαγγελματική τους καταλληλότητα για την εκτέλεση της σύμβασης σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας.

57. Επειδή η επίμαχη Διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 2-06-2020 ήτοι σε χρονικό διάστημα που ουδόλως να μπορεί να προδικάσει την εξέλιξη της πανδημίας και την έκταση των μέτρων που θέλουν αναληφθεί και δη τον αποκλεισμό παντάπασιν κάθε μετακίνησης ακόμη και για σκοπούς εργασίας, δηλαδή με τρόπο που να αποκλείει ή να αναμένεται να αποκλείσει την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης καθώς κάθε περιοριστικό μέτρο είχε αρθεί ή από τον μήνα Μάιο ως παραδέχεται και η ίδια η αναθέτουσα αρχή. Εξάλλου, η αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής για την αναγκαιότητα του επίμαχου όρου λόγω της αμφίβολης εξέλιξης της πανδημίας που ενδεχομένως καταστήσει αδύνατη την εκτέλεση της σύμβασης λόγω απαγόρευσης μετακίνησης από νομό σε νομό δεν είναι επαρκής καθώς αφενός μεν τούτο δεν αιτιολογεί την αναγκαιότητα απασχόλησης των εργαζομένων στον ίδιο νομό πριν από τη δημοσίευση της επίμαχης Διακήρυξης και, σε κάθε περίπτωση, πριν την υπογραφή της υπό ανάθεση σύμβασης και αφετέρου δεν αρκεί για να τη θεμελιώσει δοθέντος ότι υπήρχε ταυτόσημος όρος σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης σε χρονικό διάστημα που δεν είχε κάνει την εμφάνισή του ο ιός, χωρίς τούτο να επηρεάζεται από το γεγονός της αυτοτέλειας των διαγωνισμών καθώς δεν αναιρεί το γεγονός της ταύτισης του εν θέματι όρου με όρο προηγούμενου διαγωνισμού. Επομένως, ο πρώτος λόγος της υπό εξέταση πρώτης προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

58. Επειδή στον πρώτο λόγο της υπό εξέταση δεύτερης προσφυγής η δεύτερη προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ο όρος 2.2.9 της προσβαλλόμενης Διακήρυξης που προβλέπει ότι οι οικονομικοί φορείς λόγω της ιδιαιτερότητας και της φύσης της υπό ανάθεση σύμβασης, των απρόβλεπτων και επειγουσών καταστάσεων όπως η αντιμετώπιση της εξάπλωσης του κορωνοϊού και προκειμένου να υφίσταται η ευχέρεια να ανταποκρίνεται ο ανάδοχος άμεσα στις ανάγκες του Δήμου, θα πρέπει να απασχολεί ήδη στον Νομό ... τουλάχιστον 15 άτομα κατά την περίοδο του διαγωνισμού στον τομέα παροχής υπηρεσιών καθαριότητας κτιρίων (εργατών-εργατριών) κατοίκων

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

του νομού ... καθώς και ο όρος της παραγράφου Β6 του άρθρου 2.2.10.2 που, προς απόδειξη, απαιτεί την προσκόμιση πίνακα προσωπικού Ε4 από το σύστημα «ΕΡΓΑΝΗ», παραβιάζουν την εθνική και ενωσιακή νομοθεσία σύμφωνα με την οποία δεν επιτρέπεται ο αποκλεισμός υποψηφίων από ανάλογο γεωγραφικό περιορισμό, εμποδίζουν την ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στην εν θέματι διαγωνιστική διαδικασία και παραβιάζουν τις αρχές της απαγόρευσης των διακρίσεων και της αναλογικότητας και μεροληπτούν υπέρ συγκεκριμένων επιχειρήσεων με αποτέλεσμα να είναι φωτογραφικές, εμποδίζοντάς την να συμμετάσχει στον διαγωνισμό. Επιπλέον, ως ισχυρίζεται η δεύτερη προσφεύγουσα, ο εν λόγω όρος είναι αόριστος καθώς δεν προσδιορίζει την περίοδο κατά την οποία θα πρέπει να απασχολείται στον Νομό ... το απαιτούμενο προσωπικό ούτε καθορίζει τη σχέση εργασίας και δεν αιτιολογεί και τον συγκεκριμένο αριθμό των 15 ατόμων. Εξάλλου, ο επίμαχος όρος παραβιάζει, κατά την δεύτερη προσφεύγουσα την αρχή της αναλογικότητας δημιουργώντας δυσμενείς διακρίσεις σε βάρος των συμμετεχόντων και θέτει κριτήρια που περιορίζουν υπέρμετρα τον ανταγωνισμό.

Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι εκείνη θέτει τις απαιτήσεις που κρίνει αναγκαίες, για να διασφαλίσει με ασφάλεια, ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την καταλληλότητα για να εκτελέσουν την υπό ανάθεση σύμβαση και ότι λόγω εξάπλωσης της πανδημίας του κορωνοϊού - Covid 19, η αναθέτουσα αρχή έκρινε σκόπιμο να τεθεί ο ανωτέρω όρος, όχι για να περιορίσει τη συμμετοχή των οικονομικών φορέων, αλλά για να εξασφαλίσει την ορθή, άρτια και προσήκουσα καθαριότητα των κτιριακών εγκαταστάσεων των υπηρεσιών και δομών της, ώστε να διασφαλιστεί στο έπακρο η δημόσια υγεία, η οποία σαφώς υπάγεται στα υπέρτερα αγαθά του γενικού δημοσίου συμφέροντος, και επιβάλλεται η προστασία της από τη δημόσια τάξη και ότι τα κατεπείγοντα μέτρα που ελήφθησαν από την κυβέρνηση για την αντιμετώπιση της διασποράς του κορωνοϊού ήταν άμεσης εφαρμογής, και μάλιστα για ένα διάστημα περίπου 45 ημερών απαγορευόταν η μετακίνηση πολιτών μεταξύ των νομών. Ως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή, τα σημεία καθαρισμού σύμφωνα με τη διακήρυξη είναι στο σύνολο 59,

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

για τον καθαρισμό των οποίων απαιτείται η απασχόληση τουλάχιστον 25 ατόμων και ότι η ελάχιστη απασχόληση από τους οικονομικούς φορείς των 15 ατόμων που είναι μόνιμοι κάτοικοι του Νομού ..., κατά το χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού, είναι η ελάχιστη εξασφάλιση που μπορεί να θέσει η αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να διασφαλίσει ότι κατά την υλοποίηση της σύμβασης ο ανάδοχος θα είναι σε θέση να ανταποκριθεί στον καθημερινό καθαρισμό των κτιρίων και δομών της, ακόμη και αν υπάρξουν έκτακτα μέτρα λόγω της διασποράς του covid -19, ακόμη και κατά τόπον. Διότι πέραν της απαγόρευσης κυκλοφορίας που είναι πολύ πιθανό να επιβληθεί εκ νέου, αναλόγως με την πορεία της νόσου, συνολικά στον ελλαδικό χώρο, υπάρχει και σοβαρό ενδεχόμενο να αποκλειστούν συγκεκριμένες περιοχές, να τεθούν σε «καραντίνα», που, εάν το απασχολούμενο προσωπικό δεν είναι μόνιμοι κάτοικοι Νομού ..., να υφίσταται σοβαρός κίνδυνος μη προσήκουσας και πλημμελούς εκτέλεσης της σύμβασης και με άμεση και απώτερη απόρροια την μη διαφύλαξη και προστασία της δημόσιας υγείας, καθόσον η καθημερινή καθαριότητα των χώρων του Δήμου ... είναι πρώτιστης σημασίας, αφού δέχονται σημαντικό αριθμό πολιτών καθημερινά και ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν πιο εξειδικευμένα τα αποδεικτικά μέσα που ορίζονται στην κείμενη νομοθεσία. Εξάλλου, κατά την αναθέτουσα αρχή, δεν είναι άνευ ετέρου παράνομος όρος διακήρυξης για τον μόνο λόγο ότι απλώς περιορίζει τον ανταγωνισμό, όπως αναφέρει η δεύτερη προσφεύγουσα και αυτό ακόμη και όταν η τεθείσα προδιαγραφή ή κριτήριο καθιστά κατ' αποτελεσμα μόνο έναν οικονομικό φορέα ως δυνάμενο να μετάσχει στη διαδικασία παραδεκτώς και ότι η δεύτερη προσφεύγουσα δεν εξειδικεύει επαρκώς την βλάβη της σε σχέση με τον προσβαλλόμενο λόγο διότι, αν και εμμέσως υποστηρίζει ότι δεν πληροί ατομικά τον όρο, ωστόσο ουδέν σχετικό λόγο δεν αναφέρει πως δεν μπορεί να συνεργαστεί με άλλον φορέα (είτε μέσω στήριξης τρίτων, είτε μέσω ένωσης) προκειμένου να μην μπορεί να συμμετάσχει και, ως εκ τούτου, η προσφυγή της πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

59. Επειδή σύμφωνα με την πλειοψηφούσα γνώμη των Μελών Ι. Θεμελή και Μ. Κανάβα κατόπιν της αποδοχής του πρώτου λόγου της υπό

εξέταση πρώτης προσφυγής κατά της νομιμότητας του όρου 2.2.9 της διακήρυξης παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση του ταυτόσημου πρώτου λόγου της δεύτερης προσφυγής.

60. Επειδή σύμφωνα με τη μειοψηφούσα γνώμη της Εισηγήτριας, Ε. Αψοκάρδου, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, και ατομικό /προσωπικό, με την έννοια ότι πρέπει να αφορά τον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων. Όσον αφορά τις κανονιστικές πράξεις *«η προϋπόθεση για τη συνδρομή του προσωπικού εννόμου συμφέροντος συντρέχει όταν η προσβαλλόμενη κανονιστική ρύθμιση, θίγει συγκεκριμένες ελευθερίες ή δικαιώματα του αιτούντος, τα οποία κατοχυρώνονται από το Σύνταγμα και τους νόμους και των οποίων την πραγμάτωση επιδιώκει να αποκαταστήσει ο αιτών με την έκδοση της ακυρωτικής απόφασης»* (Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», *ΔιοικΔ*, 2010, τ. 4, σελ. 847). Περαιτέρω, κατά τη θεωρία και νομολογία, το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣτΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, *Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα*, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, 2017, σελ. 745 επ.) άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣτΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989), άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σ' αυτήν, αλλά αποκλεισμένου δυνάμει ρήτρας της προκηρύξεως (ΣτΕ 4606/2012, 1982-1985, 1987/2011) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣΤΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, δέον είναι το έννομο συμφέρον να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣΤΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣΤΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣΤΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔΤΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Επιπλέον, η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣΤΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣΤΕ 3905/2004). Σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής της έλλειψής του από την αναθέτουσα αρχή ή τον παρεμβαίνοντα, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής). Εξάλλου, η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερόμενου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος) ούτε δημιουργεί (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017) αντίθεση προς το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ΣΤΕ 2980/2013). Μόνη, δε, εξαίρεση στην ανωτέρω αναφερθείσα

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

υποχρέωση προαπόδειξης είναι να προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις *ad hoc* ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του προσφεύγοντος (ΣΤΕ 2521/2004). Το δε έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, *Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα, όσον αφορά στην προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό και, σε κάθε περίπτωση, δεν αρκεί η απλή επίκληση παρανομίας ή παράβασης διατάξεων που διέπουν τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ΣΤΕ . 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

Επομένως, σύμφωνα και με τα ως άνω αναλυθέντα αλλά και τα διαλαμβανόμενα υπό σκ. 8-9 και 11, η δεύτερη προσφεύγουσα δεν εξειδικεύει τη βλάβη της αναφορικά με τους όρους 2.2.9 και παρ. Β6 του άρθρου 2.2.10.2 της Διακήρυξης καθώς γενικώς και αορίστως υποστηρίζει ότι εμποδίζεται η συμμετοχή της στον διαγωνισμό χωρίς, ωστόσο, να αναφέρει ότι η ίδια δεν διαθέτει τον απαιτούμενο αριθμό προσωπικού που να απασχολείται ήδη στον νομό ... κατά τη διενέργεια του διαγωνισμού ή ότι ουδόλως διαθέτει τέτοιο προσωπικό καθώς αναφέρει έναν κατάλογο με συμβάσεις που έχει συνάψει και ολοκληρώσει στο παρελθόν στη Θράκη προκειμένου να αποδείξει ότι δύναται να εκτελέσει προσηκόντως την παρούσα σύμβαση χωρίς καμία αναφορά στο αν απασχολεί ή όχι προσωπικό στον νομό Προβάλλει δε αιτιάσεις κατά του ορισμένου του επίμαχου όρου, και ιδίως σε σχέση με το αν το απαιτούμενο προσωπικό πρέπει να είναι πλήρους ή μερικής απασχόλησης, χωρίς να αναφέρει αν η ίδια διαθέτει το απαιτούμενο

προσωπικό το οποίο απασχολεί με οιαδήποτε σχέση εργασίας ή αν η βλάβη της συνίσταται στο ότι δεν αναφέρεται η σχέση εργασίας την οποία θα εδύνατο να συνδέει την ίδια με το απασχολούμενο προσωπικό της, ενώ οι αιτιάσεις της κατά του αριθμού των 15 ατόμων δεν καθιστά σαφές το αν η βλάβη της συνίσταται στο συγκεκριμένο αριθμό ατόμων διότι η ίδια διαθέτει ενδεχομένως μικρότερο αριθμό απασχολούμενων στον νομό ... ώστε να υφίσταται βλάβη από τον απαιτούμενο αριθμό και, εν γένει, ουδεμία αναφορά γίνεται στο απασχολούμενο από την ίδια προσωπικό αλλά σε γενική και αόριστη αναφορά στο ότι εμποδίζεται να συμμετάσχει στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία και ότι ο επίμαχος όρος αντίκειται στο ενωσιακό και εθνικό δίκαιο. Ωστόσο, ούτε η γενική και αόριστη αναφορά περί αδυναμίας ή δυσχέρειας συμμετοχής χωρίς εξειδίκευση βλάβης καθώς και η απλή επίκληση παρανομίας δεν αρκούν, ως βασίμως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή προκειμένου να θεμελιώσουν το έννομο συμφέρον της δεύτερης παρεμβαίνουσας να αιτηθεί την ακύρωση του επίμαχου όρου. Επομένως, ο πρώτος λόγος της δεύτερης προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος.

61. Επειδή σύμφωνα με τον δεύτερο λόγο της υπό εξέταση δεύτερης προσφυγής, η δεύτερη προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι τα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας που απαιτεί η Διακήρυξη στο άρθρο 2.2.7 υπερβαίνουν ανεπίτρεπτα το αντικείμενο του έργου με βάση το CPV καθώς η «Διαχείριση (συλλογή και μεταφορά) στερεών-μη αποβλήτων» καθώς και η «αποκομιδή απορριμμάτων και αναλωσίμων για καθαρισμό» είναι παντελώς άσχετα με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και περιορίζει ανεπίτρεπτα τον ανταγωνισμό.

Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι η δεύτερη προσφεύγουσα δεν αποδεικνύει πως τα συγκεκριμένα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας ή περιβαλλοντικής διαχείρισης δεν ανταποκρίνονται στην φύση του αντικείμενου της σύμβασης και επομένως θα πρέπει να αλλάξουν ή να παραλειφθούν, ότι γεγονός πως τα πιστοποιητικά ISO της δεύτερης προσφεύγουσας δεν καλύπτουν τα πεδία «Διαχείριση (συλλογή και μεταφορά) στερεών – μη αποβλήτων», καθώς και «αποκομιδή απορριμμάτων

και αναλώσιμων για καθαρισμό», δεν συνεπάγεται επ' ουδενί ότι είναι καταχρηστικά ή άσχετα με την φύση του αντικειμένου της υπό ανάθεσης σύμβασης και ότι οι όροι στους διαγωνισμούς με το ίδιο αντικείμενο δεν είναι ίδιοι ενώ οι ισχυρισμοί της πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτοι, αφού η δεύτερη προσφεύγουσα δεν περιγράφει ως άμεση και προσωπική συγκεκριμένη βλάβη, από την στιγμή μάλιστα που ομολογεί ότι διαθέτει τα απαιτούμενα πιστοποιητικά ήτοι ουδεμία αναφορά της περί αποκλεισμού ή δυσχέρειάς της να συμμετέχει εξαιτίας του όρου στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία υφίσταται.

62. Επειδή σύμφωνα με την επίμαχη Διακήρυξη, στο άρθρο 2.2.7 Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης προβλέπεται ότι οι οικονομικοί φορείς για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης απαιτείται να διαθέτουν τα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης σε ισχύ, από διαπιστευμένους οργανισμούς πιστοποίησης, ISO 9001:2015 ή αποδεδειγμένα ισοδύναμό του, με πεδίο εφαρμογής «καθαρισμοί κτιρίων, Εγκαταστάσεων & Εξωτερικών χώρων», ISO 14001:2015 ή αποδεδειγμένα ισοδύναμό του, με πεδίο εφαρμογής «Εργολάβος καθαριότητας (εσωτερικών- εξωτερικών χώρων), Διαχείριση (συλλογή και μεταφορά) στερεών – μη αποβλήτων» και ISO 1801:2008/OHSAS 18001:2007 ή αποδεδειγμένα ισοδύναμό του, με πεδίο εφαρμογής «Εργολαβίες καθαρισμού, καθαρισμός χώρων υγειονομικού ενδιαφέροντος και αποκομιδή απορριμμάτων και αναλώσιμων για καθαρισμό». Παράλληλα, το CPV της υπό ανάθεση σύμβασης είναι ..., Υπηρεσίες καθαρισμού κτιρίων και, σύμφωνα με το άρθρο 1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης, το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ IV – ΣΧΕΔΙΟ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΠΑΡΟΧΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΑΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΚΑΘΑΡΙΟΤΗΤΑΣ ΔΗΜΟΤΙΚΩΝ ΚΤΙΡΙΩΝ ΚΑΙ ΙΑΤΡΕΙΩΝ ΓΙΑ ΕΝΑ ΕΤΟΣ αλλά και τη Μελέτη που αποτελεί μέρος του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού, το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης είναι η παροχή υπηρεσιών καθαρισμού κτιρίων καθώς και οι υποχρεώσεις του αναδόχου συνδέονται αποκλειστικά με τον καθαρισμό κτιρίων χωρίς καμία περαιτέρω υποχρέωση αποκομιδής απορριμμάτων και

αναλώσιμων για καθαρισμό ή διαχείριση (συλλογή και μεταφορά) στερεών – μη αποβλήτων.

63. Επειδή, σύμφωνα με την προηγούμενη σκέψη, βασίμως υποστηρίζει η δεύτερη προσφεύγουσα ότι η απαίτηση πιστοποιητικών ISO με πεδία εφαρμογής πέραν της παροχής καθαρισμού υπηρεσιών υπερβαίνουν το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και, ως εκ τούτου, το αναγκαίο μέτρο των απαιτήσεων για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης, ενώ η αναθέτουσα αρχή δεν αιτιολογεί για ποιους λόγους, εν προκειμένω, η φύση, το αντικείμενο ή η πολυπλοκότητα της σύμβασης απαιτούν ενδεχομένως πεδία εφαρμογής των πιστοποιητικών ISO σχετικά με την αποκομιδή απορριμμάτων και αναλώσιμων για καθαρισμό ή διαχείριση (συλλογή και μεταφορά) στερεών – μη αποβλήτων δοθέντος ότι γενικώς και αορίστως προβάλλει ότι είναι στη διακριτική της ευχέρεια να απαιτεί πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης. Περαιτέρω, αβασίμως η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι η δεύτερη προσφεύγουσα εφόσον διαθέτει τα ως άνω πιστοποιητικά δεν έχει βλάβη από τον επίμαχο όρο καθώς, ως ρητώς αναφέρεται στην υπό εξέταση προσφυγή και αποδεικνύεται από τα επισυναπτόμενα σ' αυτήν πιστοποιητικά της δεύτερης προσφεύγουσας, τα πεδία εφαρμογής των πιστοποιητικών που διαθέτει αφορούν στην παροχή υπηρεσιών καθαρισμού και όχι στα επίμαχα πεδία, με αποτέλεσμα να μην δύναται να συμμετάσχει λυσιτελώς στην εν θέματι διαγωνιστική διαδικασία. Εξάλλου, οι εκατέρωθεν ισχυρισμοί σχετικά με έτερους διαγωνισμούς προβάλλονται απαραδέκτως, ενόψει, προεχόντως, της αυτοτέλειας κάθε διαγωνισμού (ΣΤΕ ΕΑ 200, 72/2015, 269/2014, 416, 215-216/2013 κ.ά.). Επομένως, ο δεύτερος λόγος της δεύτερης προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος και να ακυρωθεί το άρθρο 2.2.7 της Διακήρυξης στο βαθμό που προβλέπει απαιτήσεις που υπερβαίνουν το αντικείμενο της παρούσας σύμβασης.

64. Επειδή τέλος, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της Διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών ή τα κριτήρια υπολογισμού της

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

πλέον συμφέρουσας προσφοράς, όπως στην υπό κρίση Διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΣΤΕ ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004, ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, *ENVAG Wienstrom GmbH κ.λ.π.*, σκέψεις 92-95) ώστε να δοθεί η δυνατότητα σε οικονομικούς φορείς που δεν είχαν επιδείξει ενδιαφέρον εξαιτίας της αρχικής της μορφής, να υποβάλουν προσφορές κατόπιν της τροποποίησής της. Συνεπώς, σύμφωνα με τα ως άνω προεκτεθέντα, η εν θέματι Διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της.

65. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση, υπό την επιφύλαξη της σκ.59.

66. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη πρώτη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

67. Επειδή η κρινόμενη δεύτερη Προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

68. Επειδή, ύστερα από τη σκέψη 66, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η πρώτη προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ.5 Ν.4412/2016).

69. Επειδή, ύστερα από τη σκέψη 67, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η δεύτερη προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ.5 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την πρώτη προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται τη δεύτερη προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. πρωτ: ... Διακήρυξη, κατά τα προβλεπόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή στην πρώτη προσφεύγουσα του παραβόλου ποσού χιλίων πεντακοσίων εξήντα έξι ευρώ και είκοσι λεπτών (1.566,20 €).

Ορίζει την επιστροφή στη δεύτερη προσφεύγουσα του παραβόλου ποσού χιλίων πεντακοσίων εξήντα έξι ευρώ και είκοσι λεπτών (1.566,20 €).

Αριθμός απόφασης: 942-943/2020

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 24 Ιουλίου 2020 και εκδόθηκε στις 13 Αυγούστου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΙΩΑΝΝΑ ΘΕΜΕΛΗ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΕΛΕΝΗ ΧΟΥΛΗ**