

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε την 10^η Φεβρουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη-Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Μιχάλης Σειραδάκης και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 03.02.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 264/2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής προσφεύγων), που εδρεύει ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στην οποία σωρεύει και αίτημα λήψης κατάλληλων μέτρων προσωρινής προστασίας, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης με αρ. ... διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής και συγκεκριμένα ο με αρ. 2.2.5 όρος αλλά και κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξη ή παράλειψη της Διοίκησης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

Αριθμός απόφασης: Α25/2021

1. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο ύψους 4.263,82 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ...).

2.Επειδή, με την με αριθμό ... διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε Δημόσιο Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό για την σύναψη σύμβασης «Ασφάλιση οχημάτων, μηχανημάτων έργου και μηχανήματος θρυμματισμού ογκωδών (σπαστήρα) του Δήμου ..., προσυπολογιζόμενης δαπάνης 852.764,00 € (762.764,00 € + δικαίωμα προαίρεσης 90.000,00 €) μη επιβαρυνόμενου με Φ.Π.Α. για είκοσι τέσσερις μήνες από την υπογραφή του συμφωνητικού» Η σύμβαση υποδιαιρείται στα κάτωθι τμήματα: ΤΜΗΜΑ 1 : «ΟΧΗΜΑΤΑ – ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΑ ΕΡΓΟΥ» εκτιμώμενης αξίας 756.764,00 € μη επιβαρυνόμενης με Φ.Π.Α. ΤΜΗΜΑ 2 : «ΜΗΧΑΝΗΜΑ ΘΡΥΜΜΑΤΙΣΜΟΥ ΟΓΚΩΔΩΝ » εκτιμώμενης αξίας 6.000,00 € μη επιβαρυνόμενης με Φ.Π.Α. Προσφορές υποβάλλονται για ένα ή και όλα τα τμήματα. Ο μέγιστος αριθμός ΤΜΗΜΑΤΩΝ που μπορεί να ανατεθεί σε έναν προσφέροντα ορίζεται σε δύο (2). Η καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών είναι η 15/02/2021, ημέρα Δευτέρα.

3. Επειδή, περίληψη της διακήρυξης απεστάλη στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης [αριθμός προκήρυξης στην ΕΕ :2021/S 013-028084 βλ. άρθρο 1.6 της διακήρυξης], η διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με αρ. ... 2021-01-20 και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

4. Επειδή, ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 03.02.2021 στην επικοινωνία του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού δοθέντος ότι η διακήρυξη αναρτήθηκε στο

ΚΗΜΔΗΣ στις 20.01.2021 και ο προσφεύγων δηλώνει ότι έλαβε γνώση στις 28.01.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 είναι νομίμως υπογεγραμμένη και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016 και του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, με την με αρ, 302/04.02.2021 Πράξη της Προέδρου του 7ου Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προέβη, στις 04.02.2021 σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο.

8. Επειδή, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 346 (παρ. 1 και 2) και 360 (παρ. 1) του ν. 4412/2016, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή σωρεύοντας και αίτηση παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας 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 ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη (λυσίτελή) συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΕΑ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ.). Η βλάβη, δηλαδή, αυτή δεν ταυτίζεται με το έννομο συμφέρον για την άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως αλλά, στο πλαίσιο εξετάσεως αιτήσεως προσωρινής έννομης προστασίας, πρέπει να ανάγεται σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία να είναι προσωρινά προστατευτέα και να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου. Συνεπώς, 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 ο οποίος και ενδιαφέρεται να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, και ως εκ των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του, λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (βλ. ΕΑ 353/2018 σκ. 6, 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ.). Η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος προς άσκηση αιτήσεως αναστολής εκτελέσεως κατά της διακήρυξης απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης όσο και κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητά της (βλ. ΕΑ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ.). Τα παραπάνω ισχύουν και σε περίπτωση που ο αιτών μετάσχει στο διαγωνισμό με επιφύλαξη (πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ., 16/2015, 718/2012, 616/2012 κ.ά., όσον αφορά την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010 που εν προκειμένω δεν έχει διαφοροποιηθεί αναφορικά με το έννομο συμφέρον αιτούντος προσωρινή προστασία κατά όρων διακήρυξης). Εν προκειμένω, ο προσφεύγων προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του ισχυρίζεται ότι *«Παρ' ότι η εταιρία μας δραστηριοποιείται στο αντικείμενο του υπό κρίση διαγωνισμού, η συμμετοχή της στον επίμαχο διαγωνισμό καθίσταται αδύνατη, άλλως ουσιωδώς δυσχερής λόγω συγκεκριμένου όρου της διακήρυξης και συγκεκριμένα λόγω του υπ' αριθμόν 2.2.5. όρου αυτής. Η εταιρεία μας, είναι ... με έδρα ..., που ιδρύθηκε ... και δραστηριοποιείται σε όλη την Ελλάδα μέσα από ένα ευρύ Δίκτυο πιστοποιημένων Η δε προς ανάθεση σύμβαση εμπίπτει στους σκοπούς της. Έχουμε, λοιπόν, προφανές έννομο συμφέρον να ασκήσουμε την παρούσα,*

ώστε να εξασφαλιστεί πραγματικός και ισότιμος ανταγωνισμός στην υπόψη διαδικασία ανάθεσης Η εταιρία μας επιθυμεί να συμμετάσχει στον διαγωνισμό αυτό, διεξαγόμενο, όμως, υπό καθεστώς νομιμότητας και πραγματικού ανταγωνισμού. Παρά ταύτα, οι διατάξεις της προσβαλλόμενης διακήρυξης σχετικά με το κριτήριο επιλογής της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας είναι παράνομες, υπερβολικές και δυσανάλογες, με αποτέλεσμα να καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή μας στον επίμαχο διαγωνισμό. Ειδικότερα, στον υπ' αριθμόν 2.2.5. όρο της διακήρυξης προβλέπεται ότι οι οικονομικοί φορείς πρέπει να διαθέτουν ίδια κεφάλαια (Μετοχικό κεφάλαιο + Αποθεματικά + Αποτελέσματα εις Νέον) άνω των εκατό εκατομμυρίων ευρώ, απαίτηση που είναι παράνομη, όπως αναλύεται ακολούθως και την οποία δεν πληρούμε, με αποτέλεσμα να καθίσταται αδύνατη, άλλως ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή μας στον επίμαχο διαγωνισμό, παρότι πληροί όλες τις υπόλοιπες προϋποθέσεις αλλά και ότι «η εταιρία μας διαθέτει την πραγματικά αναγκαία οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την εκτέλεση της επίμαχης σύμβασης, όχι όμως τη μη νόμιμη, εικονική και δυσανάλογη υπό κρίση απαίτηση. Πιο συγκεκριμένα, η εταιρία μας, όπως προκύπτει από τον ισολογισμό της, διαθέτει μετοχικό κεφάλαιο 10.955.068 ευρώ, αποθεματικά 21.395.800 ευρώ και αποθεματικά εις νέον 61.893.701 ευρώ. Συνολικά, δηλαδή, διαθέτει 94.244.572 ευρώ ίδια κεφάλαια, με αποτέλεσμα να καθίσταται αδύνατη, άλλως ουσιωδώς δυσχερής η λυσιτελής συμμετοχή της στον διαγωνισμό.».

9. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, νομίμως και καταρχήν παραδεκτώς εισάγεται ενώπιον του 7ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, το υπό εξέταση αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων και ίδια αναστολής της υπό στοιχείο διαγωνιστικής διαδικασίας που σωρεύεται στην υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

10. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται ότι Κριτήρια Επιλογής «2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» Όσον αφορά

την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν : Ίδια κεφάλαια (Μετοχικό κεφάλαιο + Αποθεματικά + Αποτελέσματα εις Νέον) άνω των εκατό εκατομμυρίων ευρώ (100.000.000,00 €).

11. Επειδή, ο προσφεύγων, κατόπιν παράθεσης σύντομου ιστορικού ισχυρίζεται ότι υφίσταται παραβίαση της διάταξης του άρθρου 75 του ν. 4412/2016 - Μη νόμιμη η απαίτηση της διάταξης του άρθρου 2.2.5 της διακήρυξης - Παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας και της αρχής του ελεύθερου ανταγωνισμού. Παραθέτει τις διατάξεις του άρθρου 18 και 75 του ν. 4412/2016, παραθέτει νομολογία για την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατά τον καθορισμό των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και ισχυρίζεται ότι: *«Η ελευθερία, λοιπόν, της αναθέτουσας αρχής **δεν είναι απεριόριστη**, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ένα ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας καθορισμένο με γνώμονα ορισμένο στοιχείο ή ορισμένα στοιχεία του ισολογισμού, εφόσον από το ή τα στοιχεία αυτά μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα και εφόσον το επίπεδο αυτό είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας συμβάσεως, υπό την έννοια ότι αποτελεί αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσεως για την καλή εκτέλεση της συμβάσεως, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό. 3. Εν προκειμένω, στον υπ' αριθμόν 2.2.5. όρο της διακήρυξης προ βλέπεται ότι: «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης/ οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν : Ίδια κεφάλαια (Μετοχικό κεφάλαιο + Αποθεματικά + Αποτελέσματα εις Νέον) άνω των εκατό εκατομμυρίων ευρώ (100.000.000,00 €)».*

Επιπρόσθετα, στον υπ' αριθμόν 2.2.9.2. όρο της διακήρυξης αναφέρεται ότι: «...B.3. Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν ισολογισμό/οικονομική κατάσταση του τελευταίου έτους (2019) από όπου να προκύπτει ότι τα Ίδια

Κεφάλαια τους (Μετοχικό Κεφάλαιο + Αποθεματικά + Αποτελέσματα εις Νέον) είναι άνω των εκατό εκατομμυρίων ευρώ (100.000.000,00 €). Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα ανωτέρω δικαιολογητικά, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο έγγραφο...». Η ανωτέρω απαίτηση της διακήρυξης, όπως αποτυπώνεται στον υπ' αριθμόν 2.2.5 όρο αυτής, παραβιάζει ευθέως την αρχή της αναλογικότητας και τις διατάξεις των άρθρων 18 και 75 του ν. 4412/2016, δεδομένου ότι βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, ήτοι να παράσχει ένδειξη για την οικονομική φερεγγυότητα και την επάρκεια της οικονομικής βάσης του ενδιαφερομένου να αναλάβει και να εκτελέσει επίτυχώς τη συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση.

Ειδικότερα, στην προκειμένη περίπτωση, το φυσικό και οικονομικό αντικείμενο της σύμβασης είναι η ασφάλιση οχημάτων, μηχανημάτων έργου και μηχανήματος θρυμματισμού ογκωδών προϋπολογιζόμενης δαπάνης 852.764 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης, ώστε είναι άκρως υπερβολικό για σύμβαση προϋπολογιζόμενης δαπάνης 852.764 ευρώ να ζητείται να διαθέτουν οι συμμετέχοντες ίδια κεφάλαια ύψους 100.000.000 ευρώ! Και τούτο διότι το ποσό αυτό είναι πολλαπλάσιο από τον προϋπολογισμό της σύμβασης, ενώ με κανέναν άλλο τρόπο δεν δικαιολογείται η εν λόγω απαίτηση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, λαμβανομένου υπόψη ότι δεν παρατίθεται καμία σχετική αιτιολογία για την υπερβολική αυτή απαίτηση.

Πιο συγκεκριμένα, ενώ η προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης υπολείπεται του 1.000.000 ευρώ, η απαίτηση της αναθέτουσας αρχής να διαθέτει ο οικονομικός φορέας ίδια κεφάλαια που ξεπερνούν τα 100.000.000 ευρώ είναι τουλάχιστον εκατό φορές μεγαλύτερη από τον προϋπολογισμό της σύμβασης. Δεν δικαιολογείται, όμως, για ποιον λόγο ένας οικονομικός φορέας θα πρέπει να διαθέτει ίδια κεφάλαια 100.000.000 ευρώ για την εκτέλεση μίας σύμβασης προϋπολογισμού 852.764 ευρώ.

Σημειωτέον ότι, στη διάταξη του άρθρου 75 του ν. 4412/2016 τίθεται ως όριο ειδικά για τον ελάχιστο κύκλο εργασιών να μην υπερβαίνει η απαίτηση της αναθέτουσας αρχής το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης. Τούτο, όμως, δεν σημαίνει ότι η αναθέτουσα αρχή σε περίπτωση που δεν θέτει απαίτηση για κύκλο εργασιών, αλλά διαφορετική απαίτηση έχει απεριόριστη ελευθερία ως προς τη θέσπιση των κριτηρίων της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, λαμβανομένου υπόψη ότι δεν πρέπει να ζητούνται στοιχεία πέραν των ευλόγως αναγκαίων για τον σκοπό αυτό.

Η επιλογή, λοιπόν, τόσο αυστηρού και υπερβολικού κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, το οποίο μάλιστα, δεν αποτελεί το μοναδικό πρόσφορο μέσο απόδειξης της οικονομικής ευρωστίας ενός οικονομικού φορέα προκειμένου αυτός να εκτελέσει επιτυχώς την κρίσιμη σύμβαση, περιορίζει δυσανάλογα το άνοιγμα του διαγωνισμού στον ευρύτερο ανταγωνισμό και τη δυνατότητα των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων να μετάσχουν στον διαγωνισμό.

Το γεγονός ότι πράγματι η εν λόγω απαίτηση είναι προφανώς δυσανάλογη και υπερβολική προκύπτει επιπρόσθετα και από την προηγούμενη διακήρυξη για το αυτό αντικείμενο της ίδιας αναθέτουσας αρχής. Ειδικότερα, ο προϋπολογισμός της προηγούμενης διακήρυξης του Δήμου ... για την ασφάλιση οχημάτων, μηχανημάτων έργου, ακινήτων, μέρους του εξοπλισμού και έργων τέχνης, της οποίας σημειωτέον ανάδοχος ήταν η εταιρία μας και την οποία εκτελέσαμε επιτυχώς, προσηκόντως και με ασφάλεια, ανερχόταν στο ποσό των 914.913,38 ευρώ για είκοσι τέσσερις μήνες, ήτοι ελαφρός μεγαλύτερος από τον υπό κρίση. Ωστόσο, η αντίστοιχη απαίτηση του υπ' αριθμόν 2.2.5 όρου σχετικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια ήταν ως εξής: «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν : 1. Για προσφορά που αφορά στο σύνολο του προϋπολογισμού (τμήμα 1+2) ή μόνο στο τμήμα 1, ίδια κεφάλαια (Μετοχικό κεφάλαιο + Αποθεματικά + Αποτελέσματα εις Νέον) άνω των πενήντα εκατομμυρίων ευρώ (50.000.000,00 €) 2. Για

προσφορά που αφορά μόνο στο τμήμα 2, ίδια κεφάλαια (Μετοχικό κεφάλαιο + Αποθεματικά + Αποτελέσματα εις Νέον) άνω των δέκα εκατομμυρίων ευρώ (10.000.000,00 €)» (βλ. την με ΑΔΑΜ ... 2019-03-08 διακήρυξη του Δήμου ... για την ασφάλιση οχημάτων, μηχανημάτων έργου, ακινήτων, μέρους του εξοπλισμού και έργων τέχνης του Δήμου ...). Προκύπτει, λοιπόν, ξεκάθαρα ότι ενώ με την υπό κρίση διακήρυξη μειώθηκε ο προϋπολογισμός της σύμβασης σε σύγκριση με την προηγούμενη διακήρυξη, εντούτοις διπλασιάστηκε παντελώς αδικαιολόγητα και αυθαίρετα το ποσό των ιδίων κεφαλαίων που θα πρέπει να διαθέτει ο οικονομικός φορέας για να λάβει μέρος στον διαγωνισμό. Ειδικότερα, ενώ για το τμήμα 1 του προηγούμενου διαγωνισμού, το οποίο είχε προϋπολογιζόμενη δαπάνη 885.087,38 ευρώ, απαιτούνταν ίδια κεφάλαια 50.000.000 ευρώ, στον υπό κρίση διαγωνισμό απαιτούνται ίδια κεφάλαια 100.000.000 ευρώ. Όχι μόνο, δηλαδή, δεν μειώθηκε ανάλογα και το απαιτούμενο ποσό των ιδίων κεφαλαίων σε αντιστοιχία και με την μείωση του προϋπολογισμού, αλλά αντίθετα διπλασιάστηκε! η ήδη υψηλή σχετική απαίτηση της αναθέτουσας αρχής. Τούτο, μάλιστα, χωρίς με κανέναν τρόπο να δικαιολογείται η τεράστια αυτή αύξηση και ο διπλασιασμός της ανωτέρω απαίτησης και χωρίς να υπάρχει, αλλά ούτε η αναθέτουσα αρχή να επικαλείται οποιαδήποτε αλλαγή συνθηκών, που θα μπορούσε να επηρεάσει την απαίτησή της.

Επίσης, το γεγονός ότι πράγματι η εν λόγω απαίτηση είναι δυσανάλογη και υπερβολική προκύπτει και από τη σύγκριση γενικότερα με άλλες διακηρύξεις αντίστοιχου φυσικού και οικονομικού αντικειμένου με την προσβαλλόμενη. Καθίσταται, δηλαδή, και από τη σύγκριση προφανές ότι δεν είναι σε καμία περίπτωση συνηθισμένη μια τέτοια απαίτηση, δεδομένου ότι υπάρχουν και άλλες διακηρύξεις ανάλογου φυσικού και οικονομικού αντικειμένου με την υπό κρίση, στις οποίες όμως η απαίτηση για την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια δεν είναι τέτοιου μεγάλου ύψους όπως στην υπό κρίση. Ενδεικτικά, στην με ΑΔΑΜ ... 2020-04-15 διακήρυξη του Δήμου Πειραιά για την τριετή ασφάλιση κινητής και ακίνητης περιουσίας προϋπολογισμού 790.500 ευρώ

απαιτούνταν ο οικονομικός φορέας να διαθέτει μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τα τρία τελευταία έτη 1.000.000 ευρώ και στην με ΑΔΑΜ ... 2019-12-13 διακήρυξης για την Ασφάλιση Οχημάτων - Μηχανημάτων ..., προϋπολογισμού 759.250 ευρώ απαιτούνταν ο οικονομικός φορέας να διαθέτει ελάχιστο μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών, ίσο με το 200% του προϋπολογισμού της σύμβασης.

Πέραν των ανωτέρω, η ως άνω υπερβολική και δυσανάλογη απαίτηση της αναθέτουσας αρχής δεν δικαιολογείται ούτε από το συνολικό κεφάλαιο της ασφαλιστικής κάλυψης των οχημάτων και μηχανημάτων έργου, όπως αυτό αποτυπώνεται στη διακήρυξη του διαγωνισμού (βλ. το σχετικό Υπόδειγμα Προσφοράς), αν υποθεθεί ότι αυτός ήταν ο δικαιολογητικός λόγος για μια τέτοια απαίτηση. Ειδικότερα, το άθροισμα των κεφαλαίων ασφαλιστικής κάλυψης των οχημάτων και μηχανημάτων έργου της αναθέτουσας αρχής, ήτοι το ανώτατο όριο ευθύνης του ασφαλιστή, ανέρχεται μόλις στο ποσό των 13.322.283 ευρώ, γεγονός που σημαίνει αναμφίβολα ότι στην υπό κρίση περίπτωση η απαίτηση της αναθέτουσας αρχής για ίδια κεφάλαια 100.000.000 ευρώ είναι προφανώς δυσανάλογη ακόμα και με το συνολικό κεφάλαιο της ασφαλιστικής κάλυψης. Και τούτο διότι η απαίτηση του υπ' αριθμόν 2.2.5 όρου της διακήρυξης να διαθέτει ο οικονομικός φορέας ίδια κεφάλαια άνω των 100.000.000 ευρώ είναι σχεδόν δεκαπλάσια ακόμα και από το σύνολο των κεφαλαίων ασφαλιστικής κάλυψης, ήτοι από το ποσό των 13.322.2833 ευρώ, πόσο μάλλον από το προϋπολογιζόμενο αντικείμενο της υπό έλεγχο σύμβασης που σε κάθε περίπτωση είναι το κρίσιμο μέγεθος. Σε κάθε περίπτωση, δηλαδή, είναι υπερβολικό και μη νόμιμο να τίθεται απαίτηση για την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια να διαθέτει ο οικονομικός φορέας ίδια κεφάλαια 100.000.000 ευρώ, ήτοι ποσού που υπερβαίνει πολλαπλώς ακόμη και το ανώτατο όριο ευθύνης του ασφαλιστή.

Ακόμη, συνεπώς, και υπό την εκδοχή και εάν παρ' ελπίδα γίνει δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή έθεσε την ως άνω απαίτηση όχι σε αναλογία με τον προϋπολογισμό της σύμβασης ως όφειλε, αλλά σε αναλογία με το άθροισμα των

κεφαλαίων ασφαλιστικής κάλυψης των οχημάτων και μηχανημάτων έργου της, τότε και πάλι ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης παραμένει και εξακολουθεί να είναι υπερβολικός και δυσανάλογος. Και αυτό γιατί το ποσό των 100.000.000 ευρώ υπερβαίνει κατά πολύ ακόμη και το συνολικό ποσό του κεφαλαίου ασφαλιστικής κάλυψης. Υπό καμία, δηλαδή, εκδοχή, ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης δεν είναι ανάλογος του αντικειμένου του διαγωνισμού, ούτε και του συνολικού ασφαλιστικού κεφαλαίου και κατά συνέπεια πρέπει να ακυρωθεί.

Με δεδομένο, λοιπόν, ότι οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να περιορίζουν τις όποιες προϋποθέσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες, ώστε να εξασφαλίζεται ότι ένας υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις νομικές και χρηματοοικονομικές δυνατότητες για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης μη νομίμως τέθηκε η ως άνω απαίτηση για την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια.

Καθίσταται, συνεπώς, προφανές ότι η ανωτέρω απαίτηση του υπ' αριθμόν 2.2.5. όρου της προσβαλλόμενης διακήρυξης είναι υπερβολική και δυσανάλογη, έρχεται δε σε πλήρη αντίθεση με τις διατάξεις των άρθρων 18 και 75 του ν. 4412/2016, καθώς θέτει αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη ανταγωνισμού.

Σημειωτέον, επίσης, ότι η ανωτέρω απαίτηση είναι μη νόμιμη επιπρόσθετα και για τον λόγο ότι δεν διαφοροποιείται ως προς τα δύο διακριτά τμήματα του διαγωνισμού. Πιο συγκεκριμένα, όπως ήδη αναλυτικά προεκτέθηκε στο άρθρο 75 παρ. 3 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «...Όταν μια σύμβαση υποδιαιρείται σε τμήματα, το παρόν άρθρο εφαρμόζεται σε σχέση με κάθε επιμέρους τμήμα...».

Στην προκειμένη περίπτωση, παρ' ότι σύμφωνα με το άρθρο 1.3. της διακήρυξης η σύμβαση, υποδιαιρείται σε δύο τμήματα και συγκεκριμένα «ΤΜΗΜΑ 1 : «ΟΧΗΜΑΤΑ - ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΑ ΕΡΓΟΥ» εκτιμώμενης αξίας 756.764,00 € μη επιβαρυνόμενης με Φ.Π.Α. και ΤΜΗΜΑ 2 : «ΜΗΧΑΝΗΜΑ ΘΡΥΜΜΑΤΙΣΜΟΥ ΟΓΚΩΔΩΝ» εκτιμώμενης αξίας 6.000,00 € μη επιβαρυνόμενης με Φ.Π.Α.», στον υπ' αριθμόν 2.2.5. όρο της διακήρυξης σχετικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια δεν γίνεται καμία

διάκριση ως προς τα ανωτέρω δυο τμήματα, κατά παράβαση της ως άνω διάταξης του άρθρου 75 παρ. 3 του ν. 4412/2016. Ως αποτέλεσμα, ο οικονομικός φορέας που προτίθεται να λάβει μέρος στον διαγωνισμό οφείλει να διαθέτει ίδια κεφάλαια 100.000.000 ευρώ, ακόμη και εάν λάβει μέρος μόνο στο Τμήμα 2 του διαγωνισμού εκτιμώμενης αξίας 6.000 ευρώ! Είτε, δηλαδή, λάβει μέρος για τη διεκδίκηση του 1ου Τμήματος, είτε για τη διεκδίκηση του 2ου Τμήματος ή και για τα δύο τμήματα θα πρέπει να πληροί την ως άνω ήδη μη νόμιμη υπερβολική και δυσανάλογη απαίτηση.

Προκύπτει, λοιπόν, ξεκάθαρα η δυσαναλογία της ανωτέρω απαίτησης της διακήρυξης και ως προς το σημείο αυτό, λαμβανομένου υπόψη ότι δεν μπορεί να τίθεται η ίδια απαίτηση για μία σύμβαση αξίας 6.000 ευρώ και για μία σύμβαση αξίας 756.764 ευρώ. Η απαίτηση αυτή είναι πάντως υπερβολική και παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας για το σύνολο του αντικείμενου του διαγωνισμού, ήτοι και των δύο τμημάτων, όπως ανωτέρω αναλυτικά προεκτέθηκε. Για τους λόγους αυτούς, λοιπόν, θα πρέπει να ακυρωθεί. ...Πέραν τούτου, η ανωτέρω απαίτηση νοθεύει τον ανταγωνισμό και κατά συνέπεια είναι άκρως πιθανό να ακυρωθεί η διαγωνιστική διαδικασία (βλ. ΕΣ ΚλιμΝ/Ι Πράξη 151/2018, που έκρινε ότι κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης διότι οι απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής ως προς την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια επηρέασαν την ανάπτυξη του ελεύθερου ανταγωνισμού)».

12. Επειδή, στο ΕΣΗΔΗΣ (ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού) και στο φάκελο της υπόθεσης δεν περιλαμβάνονται απόψεις της αναθέτουσας αρχής επί του αιτήματος λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας (βλ. σκ. 6 της παρούσας) πολλώ δε μάλλον περιέχουσες λόγους που να προβάλλουν ένσταση χορήγησης τους.

13. Επειδή, η παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «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 [...].»

14. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν. 4412/2016, ορίζεται : «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.

15. Επειδή, κατά πάγια νομολογία η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη, να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, 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, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, 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, Ε.Α. 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006).

16. Επειδή, σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, εναργώς προκύπτει 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.

Περαιτέρω, κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων επιλογής των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται οι βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις συμμετοχής αυτών. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να τελούν σε σύνδεση και αναλογία προς το αντικείμενο της (βλ. και κατευθυντήρια Οδηγία 13 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων), χωρίς να περιορίζεται αδικαιολόγητα ο ανταγωνισμός

17. Επειδή, στην περίπτωση που ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επικαλείται λόγους με τους οποίους επιχειρεί, υπό την μορφή

γενικής αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, βάση δικών του εκτιμήσεων, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, αυτοί οι λόγοι είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 307/2007).

18. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, και 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. Περαιτέρω, κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων επιλογής των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται οι βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις συμμετοχής αυτών. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να τελούν σε σύνδεση και αναλογία προς το αντικείμενο της (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.) .

19. Επειδή σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη με αρ. 83 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζεται ότι : «Οι υπερβολικά αυστηρές απαιτήσεις όσον αφορά την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητα συχνά αποτελούν αδικαιολόγητο εμπόδιο στη συμμετοχή ΜΜΕ σε δημόσιες προμήθειες. Ενδεχόμενες τέτοιες απαιτήσεις θα πρέπει να είναι συναφείς και ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. Ειδικότερα, δεν θα πρέπει να επιτρέπεται στις αναθέτουσες αρχές να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να έχουν έναν ελάχιστο κύκλο εργασιών ο οποίος θα είναι δυσανάλογος προς το αντικείμενο της σύμβασης· η σχετική απαίτηση δεν θα πρέπει κανονικά να υπερβαίνει κατ' ανώτατο όριο το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης. Ωστόσο, σε δεόντως δικαιολογημένες περιστάσεις, θα πρέπει να μπορούν να εφαρμόζονται υψηλότερες απαιτήσεις. Οι εν λόγω περιστάσεις μπορεί να σχετίζονται με τους υψηλούς κινδύνους που συνεπάγεται η εκτέλεση της σύμβασης ή με το γεγονός ότι η έγκαιρη και ορθή εκτέλεσή της είναι κρίσιμης σημασίας, παραδείγματος χάρη γιατί αποτελεί απαραίτητη προκαταρκτική προϋπόθεση για την εκτέλεση άλλων συμβάσεων. Σε αυτές τις δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να παραμένουν ελεύθερες να αποφασίσουν αυτόνομα αν είναι σκόπιμο και κατάλληλο να προβλεφθούν υψηλότερες ελάχιστες απαιτήσεις κύκλου εργασιών χωρίς διοικητική ή δικαστική εποπτεία. Όταν πρόκειται να εφαρμοστούν υψηλότερες ελάχιστες απαιτήσεις κύκλου εργασιών, οι αναθέτουσες αρχές παραμένουν ελεύθερες να ορίσουν το επίπεδο, εφόσον είναι συναφές και ανάλογο με το αντικείμενο της σύμβασης. Όταν η αναθέτουσα αρχή αποφασίσει ότι η ελάχιστη απαίτηση κύκλου εργασιών θα πρέπει να ορισθεί σε επίπεδο άνω του διπλασίου της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, οι βασικοί λόγοι της επιλογής της αναθέτουσας αρχής θα πρέπει να αναφέρονται στη χωριστή έκθεση ή τα έγγραφα της προμήθειας. Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να μπορούν επίσης να ζητήσουν πληροφορίες σχετικά με την αναλογία, φερ' ειπείν, ενεργητικού και παθητικού στους ετήσιους λογαριασμούς. Η θετική αναλογία από την οποία προκύπτουν επίπεδα ενεργητικού υψηλότερα από του παθητικού θα μπορούσε να παράσχει

πρόσθετα αποδεικτικά στοιχεία για την οικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα».

20. Επειδή, ωστόσο, τα ελάχιστα επίπεδα των ικανοτήτων που απαιτούνται για μια συγκεκριμένη σύμβαση πρέπει να σχετίζονται με το αντικείμενο της σύμβασης και να είναι ανάλογα προς αυτό. Επομένως, τα στοιχεία που απαιτούνται όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια πρέπει, αφενός, να είναι κατάλληλα για την αξιολόγηση της επάρκειας αυτής του οικονομικού φορέα και, αφετέρου, να είναι προσαρμοσμένα στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελούν μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσης για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς όμως να ζητούνται στοιχεία πέραν των ευλόγως αναγκαίων για τον σκοπό αυτό (βλ., C-76/16, ECLI:EU:C:2017:549 *Ingsteel spol. s r. o., Metrostav a.s* σκ.33 συναφώς, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2012, *Édukönizig και Hochtief Construction*, C-218/11, EU:C:2012:643, σκέψη 29).

21. 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 C213/07, *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). 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.

22. Επειδή, από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 20 παρ. 1, 94 και 95 του Συντάγματος, συνάγεται ότι ο κοινός νομοθέτης υποχρεούται να εξασφαλίζει τη δυνατότητα έννομης προστασίας έναντι των εκτελεστών πράξεων των διοικητικών αρχών. Η προστασία αυτή, δεν αφορά μόνο την οριστική επίλυση της διαφοράς, αλλά περιλαμβάνει και την προσωρινή δικαστική προστασία, δηλαδή τη λήψη του μέτρου που κρίνεται κατάλληλο για να αποσοβηθεί η ανεπανόρθωτη βλάβη, που κατά περίπτωση συνδέεται με την άμεση εκτέλεση της διοικητικής πράξης, ήτοι για να αποσοβηθεί η ματαίωση του σκοπού, για τον οποίο παρέχεται το κύριο ένδικο βοήθημα. Ως ανεπανόρθωτη δε βλάβη, η αποσόβηση της οποίας καθιστά, συνταγματικά επιβεβλημένη την παροχή προσωρινής προστασίας, νοείται όχι μόνον η κατά κυριολεξία μη αναστρέψιμη, αλλά και εκείνη, της οποίας η αποκατάσταση, υπό τις συγκεκριμένες οικονομικές και λοιπές συνθήκες, είναι για το διάδικο δυσχερής σε τέτοιο βαθμό, ώστε να αδυνατεί πράγματι να την επιτύχει. Περίπτωση δε πρόδηλης βασιμότητας του κύριου ένδικου βοηθήματος συντρέχει, ιδίως, όταν αυτό βασίζεται σε πάγια νομολογία ή σε νομολογία της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικράτειας και, πάντως, όχι όταν πιθανολογείται απλώς η ευδοκίμησή του (ΕΑ ΣΤΕ 496/2011).

23. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : *«1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση*

οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

24. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως απαράδεκτη – ως και προδήλως αβάσιμη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

25.Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «*Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας*». Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των –

κατ'ελάχιστον - αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

26.Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

27. Επειδή, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη με την προσβαλλομένη και τους τιθέμενους όρους της διακήρυξης αυτής, χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, σύμφωνα και με τους ανωτέρω προβαλλόμενους ισχυρισμούς, που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015), αλλά απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

28. Επειδή εν προκειμένω α) η υπό εξέταση προσφυγή έχει ασκηθεί καταρχήν παραδεκτώς β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού του αιτήματος αναστολής του διαγωνισμού θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του, γ) ο λόγος της προσφυγής δεν πιθανολογείται ως

προδήλως αβάσιμος ή απαράδεκτος και δ) δεν υφίσταται επίκληση ζημίας ως προς την *ad hoc* προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, δηλαδή σε σχέση περιοριστικώς με την χορήγηση προσωρινών μέτρων. Σε κάθε περίπτωση, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, λαμβάνοντας υπόψη ότι σημαντική πτυχή της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος είναι και η εξασφάλιση της νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

29. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία (αναστολή) δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαγωνιστική διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο και ολοκλήρωση αυτής.

30.Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

31.Επειδή κατόπιν των ανωτέρω το υπό εξέταση αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής του προσφεύγοντος.

Διατάσσει την αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι της καταληκτικής προθεσμίας υποβολής προσφορών, μέχρι την έκδοση απόφασης από την ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Α25/2021

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10.02.2021 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Ελένη Λεπίδα