

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 26 Ιουνίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ιωάννα Θεμελή, Πρόεδρος, Ειρήνη Αψοκάρδου Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην 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 «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην, επί της οδού, αρ., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Με την προδικαστική προσφυγή στην οποία σωρεύει και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί ο υπ' αριθ. ο όρος 2.2.9. και το τμήμα Β6 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.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ειρήνη Αψοκάρδου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης 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

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

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 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.

3.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

4.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.

5.Επειδή η υπό εξέταση 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 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 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.

6. 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

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτήν τους κανόνες που αφορούν τις 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 ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

7. 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).

8. Επειδή η προσφεύγουσα έχει, κατ' αρχήν, 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 ότι: *«[...]Ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά σχετικής διακήρυξης πρέπει προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί αυτήν 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 αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στο διαγωνισμό (ΕΑ ΣΤΕ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ., 146148/2016 Ολομ., 129-131/2016 Ολομ., ΔΕΚ C-230/2002, *Grossman Air Services*). Συνεπώς, ως επίκληση βλάβης νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιοδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση και ανάδειξη των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευμένων στοιχείων, που αφορούν τη*

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, και ως εκ των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμά του λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (ΕΑ ΣτΕ 86/2018, ΕΑ ΣτΕ 146-8/2016, 965/2010, 1046/2009, 1149/2009). Όλα τα παραπάνω ισχύουν, όχι μόνον στην περίπτωση που ο ενδιαφερόμενος να του ανατεθεί η σύμβαση εν τέλει δεν μετέσχε στον διαγωνισμό, αλλά και στην περίπτωση που ο τελευταίος μετάσχει στο διαγωνισμό με επιφύλαξη (ΕΑ ΣτΕ 353/2018, 146-148/2016 Ολομ., 16/2015, 718/2012, 616/2012).

Προς εξυπηρέτηση των απαιτήσεων των ανωτέρω αναφέρω τα εξής:

Διατηρώ εταιρεία με αντικείμενο σύμφωνα με το καταστατικό, την ανάληψη εργολαβιών καθαριότητας ιδιωτικών και δημόσιων χώρων, παροχή υπηρεσιών καθαρισμού κοινοχρήστων χώρων κατοικιών και επαγγελματικών χώρων, υπηρεσιών καθαρισμού ειδικών επαγγελματικών χώρων – Υγειονομικών χώρων (Νοσοκομείων κ.λ.π.), διάθεση λυμάτων και απορριμμάτων- υγιεινή και παρόμοιες δραστηριότητες, υπηρεσιών καθαρισμού μεταφορικών μέσων, υπηρεσιών καθαρισμού ταπήτων και μοκετών, υπηρεσιών αχθοφόρων, η απολύμανση και η επιστημονικά ελεγμένη ,σύμφωνα με τους κανόνες και τα διεθνή στάνταρτ υγιεινής, παροχή υπηρεσιών καθαριότητας, υπηρεσιών σιδηροδρομικών μεταφορών εμπορευμάτων, υπηρεσιών φορτοεκφόρτωσης και στοίβασης εμπορευματοκιβωτίων, φορτοεκφόρτωσης και στοίβασης φορτίων σε εγκαταστάσεις τερματικών σταθμών κάθε μέσου μεταφοράς- υπηρεσίες, παροχή υπηρεσιών ταχυμεταφοράς εγγράφων και δεμάτων, μεταφοράς - διεκπεραίωσης εμπορεύσιμων αντικειμένων, εκμετάλλευση χώρων στάθμευσης αυτοκινήτων (πάρκινγκ), δραστηριότητες υπηρεσιών εστίασης, δραστηριότητες απασχόλησης υπηρεσίες διάθεσης ανθρώπινου δυναμικού, δραστηριότητες παροχής προστασίας και έρευνας, καταπολέμηση εντόμων και τρωκτικών σε κατοικημένους χώρους, διαχείριση (συλλογή και μεταφορά) στερεών– μη επικινδύνων απόβλητων όπως αυτά ορίζονται στην ΚΥΑ ΗΠ 50910/2727 (ΦΕΚ 1909β/22-12-2003), δραστηριότητες παροχής υπηρεσιών

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

σε κτίρια και εξωτερικούς χώρους και άλλων διάφορων παρεμφερών εργασιών, επιδιώκοντας την επίτευξη οικονομικού κέρδους, υπηρεσίες φυσικού τοπίου, χονδρικό εμπόριο υλικών καθαρισμού, λιανικό εμπόριο υλικών καθαρισμού, χονδρικό εμπόριο άλλων μηχανημάτων, συσκευών και εξοπλισμού γενικής και ειδικής χρήσης, υπηρεσίες ενοικίασης εξοπλισμού καθαριότητας, υπηρεσίες ενοικίασης και χρηματοδοτικής μίσθωσης άλλων μηχανών, εξοπλισμού και υλικών αγαθών, υπηρεσίες ταφής νεκρών, εργασίες υδραυλικών εγκαταστάσεων, αποχετευτικών αγωγών, θέρμανσης, αερισμού και κλιματισμού. κ.α. Για την επίτευξη του εταιρικού σκοπού της, η εταιρία μπορεί να συνιστά με άλλα φυσικά ή νομικά πρόσωπα, εταιρίες κάθε τύπου, όπως επίσης να συμμετέχει και να συνεργάζεται με επιχειρήσεις ή εταιρίες υφιστάμενες ή μέλλουσες να δημιουργηθούν και οι οποίες επιδιώκουν τον ίδιο ή παραπλήσιο σκοπό. Η εταιρεία δύναται να πραγματοποιεί ενδοκοινοτικές συναλλαγές.[...] Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και με προφανές έννομο συμφέρον, άμεσο, προσωπικό και ενεστώς, στρέφομαι κατά της υπόψη προσβαλλόμενης πράξης, δοθέντος ότι δραστηριοποιούμαι στο χώρο του αντικείμενου του υπό εξέταση διαγωνισμού, έχω ολοκληρώσει παρόμοιες με την προκηρυχθείσα συμβάσεις και έχω πρόθεση να συμμετέχω και στον υπό προκήρυξη διαγωνισμό, υποβάλλοντας σχετική προσφορά, στερούμενη, όμως, τη δυνατότητα αυτή και υφιστάμενη ζημία, αφού παρεμποδίζεται λόγω των τιθέμενων όρων της διακήρυξης κατά των οποίων στρέφομαι και συνεπώς παραδεκτώς αιτούμαι την ακύρωση της προσβαλλόμενης, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στους λόγους της Προσφυγής μου [...].»

9. 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 προσφυγής σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

10. 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 του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων και επί της υπό εξέταση προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

11.Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις 18.06.2019 μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού απέστειλε τις απόψεις της στην ΑΕΠΠ επί του αιτήματος προσωρινών μέτρων της υπό κρίση προσφυγής.

12. 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 του ν. 4412/2016, επί της υπό εξέταση προσφυγής, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν στην προσφεύγουσα.

13. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή με το υπό εξέταση αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων και ίδια αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας, νομίμως εισάγεται 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

14.Επειδή η 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 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

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

..... 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 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

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

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 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

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

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 τηρήσεως 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 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

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

(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 ΑΕΠΠ).

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 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 απαράβατο όρο συμμετοχής, πλην των προϋποθέσεων που απαιτούν οι σχετικές διατάξεις της

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

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, 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 καταστώ 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 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

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

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./24.05.2017 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./06/07/2018 βεβαίωση που εξέδωσε η ίδια αναθέτουσα αρχή (Δήμος) [....]».

15. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί του αιτήματος αναστολής αναφέρει αυτολεξεί τα κάτωθι: « [....]Όπως αναφέρεται σε αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π. οι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων είναι :

α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το προδήλως παραδεκτό της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος, γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου, ή

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί 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. Η προσφεύγουσα εταιρεία με την προδικαστική της προσφυγή, βάλει κατά του όρου του διαγωνισμού, 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». Βάσει της υποβληθείσας προδικαστικής προσφυγής, τον ανωτέρω όρο η προσφεύγουσα εταιρεία τον θεωρεί καταχρηστικό διότι συνεπάγεται γεωγραφικό περιορισμό, υποστηρίζει ότι δεν αντιμετωπίζει η αναθέτουσα αρχή ισότιμα τους υποψήφιους αναδόχους, ότι οι απαιτήσεις της διακήρυξης θα πρέπει να είναι ανάλογες της σύμβασης, περιορίζεται ο ελεύθερος ανταγωνισμός, μεροληπτεί ο Δήμος για εταιρείες που δραστηριοποιούνται στο Ν. και είναι 2-3, ότι εμποδίζεται η συμμετοχή της στον διαγωνισμό διότι δεν απασχολεί την περίοδο δημοσίευσης του διαγωνισμού στο Ν. 15 άτομα και πως εφόσον δεν αφαιρεθεί ο συγκεκριμένος όρος επιθυμεί η πρόσληψη των υπαλλήλων (που όπως υποστηρίζει είναι κάτοικοι Ν.) να γίνει κατά την υπογραφή της σύμβασης και όχι διενέργειας του διαγωνισμού. Τέλος αναφέρει πως σε διαγωνισμό του 2016 δεν υπήρχε ο όρος, ενώ αντικρούει τον ισχυρισμό του Δήμου πως λόγω εκτάκτων αναγκών που μπορεί να προκύψουν ετέθη ο όρος, διότι όπως αναφέρει υπήρχε και σε περσινό διαγωνισμό με λιγότερα άτομα.

Λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω, σας αναφέρουμε τα επόμενα σε σχέση με

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

το αίτημα αναστολής εκτέλεσης της διαδικασίας που αιτείται στην από 15/06/2020 προδικαστική προσφυγή η υποψήφια εταιρεία «» κατά των όρων της διακήρυξης:

□ 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. Σύμφωνα με την πράξη του προέδρου ορίστηκε ως ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής η 24η Ιουλίου 2020. Θεωρούμε πως εφόσον ανασταλεί ο διαγωνισμός και γίνει αποδεκτό το αίτημα προσωρινών μέτρων και λόγω της αξίας της υπό ανάθεσης σύμβασης η οποία χρήζει και προσυμβατικού ελέγχου, η υπογραφή του επομένου συμφωνητικού θα καθυστερήσει με δυσμενείς συνέπειες για την εκτέλεση υπηρεσιών καθαριότητας των κτιριακών εγκαταστάσεων όλων των υπηρεσιών και δομών του Δήμου Οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη αποδοχής του αιτήματος.

□ 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 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

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

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. Η αποδοχή του αιτήματος αναστολής θα οδηγήσει την αναθέτουσα αρχή σε δυσμενείς καταστάσεις λόγω έλλειψης παροχής υπηρεσιών καθαριότητας σε μία περίοδο που είναι απολύτως απαραίτητες. Οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη αποδοχής του αιτήματος.

□ Μέχρι την οριστική κατακύρωση του αναδόχου της παρούσας δημόσιας σύμβασης εκκρεμούν μεταξύ άλλων, η αξιολόγηση του διαγωνισμού από την επιτροπή, οι εγκρίσεις των πρακτικών της επιτροπής αξιολόγησης, οι κοινοποιήσεις των αποφάσεων έγκρισης με το χρονικό διάστημα που πρέπει να δοθεί στους συμμετέχοντες για άσκηση ενδίκων μέσων, το χρονικό διάστημα για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ο έλεγχος νομιμότητας της απόφασης κατακύρωσης από την αποκεντρωμένη διοίκηση Α.Μ.Θ., ο προσυμβατικός έλεγχος από την αρμόδια υπηρεσία επιτρόπου στο Ν., η ανακοίνωση κατακύρωσης και το χρονικό διάστημα έκδοσης εγγυητικής επιστολής από τον ανάδοχο. Επομένως θεωρούμε πως με την αποδοχή του αιτήματος αναστολής και την χρονική καθυστέρηση που συνεπάγεται οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη αποδοχής του αιτήματος.

□ 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

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

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 ανάθεση σύμβασης). Η ιδιαιτερότητα της φύσης της δημόσιας σύμβασης καθιστούν αναγκαία την εκτέλεσή της προς το συμφέρον των υπηρεσιών του Δήμου και των δημοτών.

□ Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) δίνεται η δυνατότητα στην Α.Ε.Π.Π. να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα 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 ...». Ομοίως, δε, ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017). Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, με την επιφύλαξη των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016. Επομένως υφίσταται η δυνατότητα να μην γίνει αποδοχή του αιτήματος.

□ Από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, τις αιτιάσεις της προσφυγής και τις διατάξεις του Ν. 4412/2016 (όπως η δυνατότητα στήριξης σε ικανότητα τρίτων) θεωρούμε ότι δεν υφίσταται βλάβη της προσφεύγουσας, η οποία και θα πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού δεν υφίσταται επικείμενος κίνδυνος, ή ανεπανόρθωτη βλάβη, ή ζημία από την συνέχιση της διαδικασίας.

□ Λαμβάνοντας υπόψη το άρθρο 78 του Ν. 4412/2016, η προσφεύγουσα εφόσον δεν διαθέτει τον συγκεκριμένο όρο που προσβάλλει, δύναται να στηριχθεί στην ικανότητα τρίτου οικονομικού φορέα. Επομένως δεν τίθεται θέμα γεωγραφικού περιορισμού, διότι για την παρούσα διαδικασία σύναψης

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

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 και επομένως να μην υποστεί καμία βλάβη από την μη συμμετοχή της.

□ Επιπλέον μπορεί να υποβάλει ή και να δοθεί η δυνατότητα στην προσφεύγουσα να υποβάλει προσφορά στον διαγωνισμό με επιφύλαξη, χωρίς να ανασταλεί η διαδικασία ανάδειξης αναδόχου και να μην υπάρξουν καθυστερήσεις. Δεν πρέπει να ανασταλεί η διαδικασία του διαγωνισμού διότι ο επίμαχος όρος, ο οποίος επηρεάζει κατά τον ίδιο τρόπο όλους τους συμμετέχοντες κατά τη διαμόρφωση της προσφοράς τους, δεν καθιστούν αδύνατη τη συμμετοχή της προσφεύγουσας στο διαγωνισμό, εφόσον αυτή μπορεί να λάβει μέρος στο διαγωνισμό και να καταθέσει προσφορά, διατυπώνοντας σχετική επιφύλαξη.

□ 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.

□ 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

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

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. Ενεστώως 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.

□ Λαμβανομένων υπόψη των προαναφερόμενων και των τευχών της διακήρυξης, δεν πιθανολογείται παραβίαση κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου και ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την αποτροπή τυχόν ζημίας των συμφερόντων της προσφεύγουσας.

□ Σημειώνεται πως στο Δήμο υφίσταται η ανάγκη εκτέλεσης εργασιών καθαριότητας των Δημοτικών κτιρίων και ιατρείων του Δήμου για ένα έτος, από την 06-09-2020 (λήξη χρονικής διάρκειας υφιστάμενης σύμβασης), διότι ο Δήμος αδυνατεί με τα τεχνικά μέσα και το προσωπικό που διαθέτει, να ανταποκριθεί στις ανάγκες εύρυθμης λειτουργίας των υπηρεσιών καθαριότητας και της συλλογής και μεταφοράς στερεών αποβλήτων από το σημείο αποκομιδής μέχρι το σημείο απόρριψης αυτών. Η έλλειψη κατάλληλου μηχανολογικού εξοπλισμού και προσωπικού καθαριότητας καθιστούν αναγκαία την εκτέλεση των εργασιών από ανάδοχο. Ο Δήμος μετά την ισχύ του Ν. 3852/2010 συνεστήθη με έδρα την συγκροτούμενος από τους Δήμους α. β. γ. Νέου, εκτείνεται δε βόρεια από τον ορεινό όγκο έως την παράκτια ζώνη σε έκταση 644.934 km. Η νέα σύσταση και συγκρότηση είχε ως αποτέλεσμα τη δημιουργία ενός Ο.Τ.Α. με 2 Δημοτικές Κοινότητες, 24 Τοπικές Κοινότητες και 17 Οικισμούς, ήτοι σύνολο

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

41. Από τις ανωτέρω Τοπικές Κοινότητες και Οικισμούς οι 15 είναι διάσπαρτοι στον ορεινό όγκο του Δήμου και απέχουν έως 60km από την έδρα του Δήμου, όπως είναι ο Οικισμός της και οι υπόλοιποι 26 είναι διάσπαρτοι στις πεδινές περιοχές και απέχουν έως 32 km από την έδρα του Δήμου, όπως είναι η παραλιακή Τοπική Κοινότητα Το γεγονός αυτό συνιστά για το Δήμο μας ειδική συνθήκη, όσον αφορά τις παρεχόμενες υπηρεσίες στον τομέα καθαριότητας σε όλους τους παραπάνω απομακρυσμένους και διάσπαρτους οικισμούς σε συνάρτηση ασφαλώς με το υφιστάμενο και υπηρετούν προσωπικό του Δήμου. Ο Δήμος έχει στη χωρική του αρμοδιότητα 77 παιδικές χαρές, 60 πλατείες και διαχειρίζεται κοινόχρηστους χώρους στον τομέα της καθαριότητας εντός οδικού δικτύου 700 km σε όλο τον Καλλικρατικό Δήμο, προβαίνει δε σε ημερήσια μηχανική αποκομιδή απορριμμάτων. Επίσης διαχειρίζεται την καθαριότητα όλων των Δημοτικών κοιμητηρίων τόσο στην πόλη όσο και στους οικισμούς και στις Τοπικές Κοινότητες. Από τον κατάλογο των ανωτέρω γίνεται εμφανές ότι ο Δήμος είναι μεγάλος σε έκταση, ο οποίος με την ενίσχυση μόνο εποχιακού προσωπικού (κοινωνική προγράμματα ορισμένου χρόνου), μπορεί να ανταποκριθεί μερικώς στις παρεχόμενες υπηρεσίες καθαριότητας προς τους πολίτες, οι οποίες μάλιστα είναι ανταποδοτικού χαρακτήρα και ο πολίτης δικαίως απαιτεί ανταπόδοση στις παρεχόμενες υπηρεσίες για τα τέλη που καταβάλλει στο Δήμο. Επομένως αποτελεί επιτακτική ανάγκη και είναι προς το δημόσιο συμφέρον να συνεχιστεί η διαδικασία σύναψης σύμβασης και να υπάρξει σύμβαση παροχής υπηρεσιών καθαριότητας χωρίς διακοπή από την υφιστάμενη σύμβαση.

Παρακαλούμε την Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών και τα μέλη του αρμοδίου κλιμακίου, όπως λάβετε υπόψη σας τις ανωτέρω απόψεις μας επί του αιτήματος αναστολής της προσφεύγουσας προκειμένου να μην γίνει δεκτό το κρινόμενο αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, διότι η καθυστέρηση ανάδειξης αναδόχου θα έχει ως αποτέλεσμα την μη ομαλή λειτουργία των υπηρεσιών του Δήμου, των δομών του και κυρίως της εξυπηρέτησης των δημοτών σε μία χρονική περίοδο κατά την οποία υφίσταται η πανδημία του κορονοϊού – covid 19, κατά την οποία είναι άμεσος ο κίνδυνος εξάπλωσής του από την μη παροχή υπηρεσιών καθαριότητας [.....]».

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

16. 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».

Βάσει της υποβληθείσας προδικαστικής προσφυγής, τον ανωτέρω όρο η προσφεύγουσα εταιρεία τον θεωρεί καταχρηστικό διότι συνεπάγεται γεωγραφικό περιορισμό, υποστηρίζει ότι δεν αντιμετωπίζει η αναθέτουσα αρχή ισότιμα τους υποψήφιους αναδόχους, ότι οι απαιτήσεις της διακήρυξης θα πρέπει να είναι ανάλογες της σύμβασης, περιορίζεται ο ελεύθερος ανταγωνισμός, μεροληπτεί ο Δήμος για εταιρείες που δραστηριοποιούνται στο Ν. και είναι 2-3, ότι εμποδίζεται η συμμετοχή της στον διαγωνισμό διότι δεν απασχολεί την περίοδο δημοσίευσης του διαγωνισμού στο Ν. 15 άτομα και πως εφόσον δεν αφαιρεθεί ο συγκεκριμένος όρος επιθυμεί η πρόσληψη των υπαλλήλων (που όπως υποστηρίζει είναι κάτοικοι Ν.) να γίνει κατά την υπογραφή της σύμβασης και όχι διενέργειας του διαγωνισμού. Τέλος αναφέρει πως σε διαγωνισμό του 2016 δεν υπήρχε ο όρος, ενώ αντικρούει τον ισχυρισμό του Δήμου πως λόγω εκτάκτων αναγκών που μπορεί να προκύψουν ετέθη ο όρος, διότι όπως αναφέρει υπήρχε και σε περσινό διαγωνισμό με λιγότερα άτομα.

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

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

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 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

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

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 αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

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

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) μέσω της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr, ύστερα από 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 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 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 2-3 οικονομικοί φορείς μπορούν να συμμετέχουν είναι απαράδεκτη και

απορριπτέα.

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' αποτελεσμα 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 εφόσον δεν διαθέτει τον συγκεκριμένο όρο, δύναται να στηριχθεί στην

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

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 πιθέμενα 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

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

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

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

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. Ροδόπης.

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

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

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 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

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

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.

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 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.

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

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

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 [...].».

17. 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[...]».

18. 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 σύμβασηςπεριέχουν ιδίως : [...] ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικειμένου 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,[...]».

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

19. 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

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

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».

20. 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 ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ 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 [...]

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 [...].».

21. Επειδή στην επίμαχη Διακήρυξη προβλέπεται ότι: «[...] 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται Να έχουν ολοκληρώσει τουλάχιστον μία (1) όμοια σύμβαση (καθαρισμό Δημοτικών κτιρίων) – διάρκειας ενός έτους τουλάχιστον - κατά την τελευταία τριετία. Προκειμένου να αποδεικνύεται ότι διαθέτει ανάλογη εμπειρία για τις συγκεκριμένες εργασίες θα πρέπει να υποβληθούν έγγραφα (βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης, ή τιμολόγια, ή κατάλογος κυριότερων παρόμοιων εργασιών) κατά την τελευταία τριετία. Θα πρέπει να γίνει αναφορά της αναθέτουσας αρχής (δημοσίου ή ιδιωτικού τομέα) με συνοπτική περιγραφή του αντικειμένου και της χρονικής διάρκειας υλοποίησης.

Σημ.: Θα προσκομιστούν αποδεικτικά έγγραφα για την καλή εκτέλεση των υπηρεσιών. Εάν ο αποδέκτης είναι δημόσιος φορέας, θα πρέπει να προσκομιστούν συμβάσεις και βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης εργασιών που έχουν εκδοθεί από την κατά περίπτωση αναθέτουσα αρχή, ενώ εάν ο αποδέκτης είναι ιδιωτικός φορέας, θα πρέπει να προσκομιστούν τιμολόγια ή συμφωνητικά ή βεβαιώσεις.

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

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

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

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

Α. 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. 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.

Οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία, αν και στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος - μέλος της Ένωσης, η οποία διατίθεται δωρεάν, όπως εθνικό μητρώο συμβάσεων, εικονικό φάκελο επιχείρησης, ηλεκτρονικό σύστημα αποθήκευσης

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

εγγράφων ή σύστημα προεπιλογής. Η δήλωση για την πρόσβαση σε εθνική βάση δεδομένων εμπεριέχεται στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ).

Οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλουν δικαιολογητικά, όταν η αναθέτουσα αρχή που έχει αναθέσει τη σύμβαση διαθέτει ήδη τα ως άνω δικαιολογητικά και αυτά εξακολουθούν να ισχύουν [...] Β.4. Για την απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 2.2.6. (απόδειξη τεχνικής και επαγγελματικής καταλληλότητας) ο προσωρινός ανάδοχος θα προσκομίσει έγγραφα που αποδεικνύουν την εκπλήρωση των εν απαιτήσεων της παρούσας και ειδικά Πίνακα των εργασιών που εκτέλεσε ο προσωρινός ανάδοχος σε δημόσιους φορείς, ή ιδιωτικό τομέα, όπου θα αποδεικνύεται πως είναι όμοιες ή ανάλογες από πλευράς απαιτήσεων υλοποίησης, ώστε να αποδεικνύεται ότι εκτελέστηκαν όμοιες εργασίες περισυλλογής/επανένταξης. Για κάθε εργασία που περιέχεται στον ανωτέρω πίνακα, ως στοιχείο τεκμηρίωσης θα υποβληθεί πιστοποιητικό ή πρωτόκολλο παραλαβής/βεβαίωση καλής εκτέλεσης, ή τιμολόγιο που συντάσσεται από την αρμόδια αρχή ή αντίγραφο τιμολογίου.

Β.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.

Β.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 Ε4 από το σύστημα «Εργάνη» στην οποία θα αποδεικνύεται πως απασχολεί στο Νομό Ροδόπης 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:

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

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 [...]».

22. 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 ουσιαδώς 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

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει 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.).

23. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα 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).

24. Επειδή, εξάλλου, συνιστά ενωσιακή αρχή του δικαίου δημοσίων συμβάσεων, η αποφυγή κάθε ανοικτής ή και συγκεκαλυμμένης 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

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

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)

25. 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*»).

26. 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.

27. 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, 2^η 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.) .

28. 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).

29. 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.

30. 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).

31. 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.

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

32. 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). Ο δανεισμός της ικανότητας μπορεί να έχει ως νομική βάση οποιαδήποτε άλλη έννομη σχέση, αρκεί να αποδεικνύεται με την προσκόμιση των αποδείξεων που προβλέπονται στην διακήρυξη η δέσμευση περί διάθεσης των πόρων από τον τρίτο προς τον προσφέροντα για τους σκοπούς εκτέλεσης της προμήθειας εφόσον ανατεθεί. . Αρκεί δηλαδή να υφίσταται η εν λόγω δέσμευση του τρίτου, ανεξάρτητα από τη φύση του νομικού δεσμού μεταξύ του διαγωνιζόμενου και του τρίτου, στα πλαίσια της οποίας θέλει αναπτυχθεί συνεργασία περί την εκτέλεση της σύμβασης εφόσον ανατεθεί (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, 2017, σ.451 με

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

παραπομπές σε ΔΕΚ Απόφαση της 2.12.1999, υπόθεση C-176/98, *Holst Italia κατά Comune di Cagliari*, Απόφαση της 12.7.2001, υπόθεση C-399/98, *Ordine degli Architecti delle Province di Milano e Lodi κ.λ.π. κατά Comune di Milano*).

33. 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 [...]»..

34. 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

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

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».

35.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».

36.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

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

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».

37.Επειδή, 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.

38.Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης της προσφεύγουσας 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).

39. Επειδή για την οριστική κρίση περί του παραδεκτού και της βασιμότητας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας οι οποίοι δεν πιθανολογούνται καταρχήν στο σύνολο τους ως προδήλως απαράδεκτοι ή προδήλως αβάσιμοι σε σχέση με το φυσικό αντικείμενο της σύμβασης, σε

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

κάθε δε περίπτωση, η προσφεύγουσα επικαλείται συγκεκριμένους λόγους περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, από τους όρους της διακήρυξης, είναι κρίσιμη η ενδελεχής εξέταση του σχηματισθέντος φακέλου σε σχέση με τους όρους της διακήρυξης, της κείμενης νομοθεσίας στην οποία αυτή ρητά παραπέμπει, των εκατέρωθεν ισχυρισμών, καθώς και, ενδεχόμενη περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων, που δεν μπορούν να συναχθούν στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (βλ. κατ' αναλογία ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015).

40. Επειδή η αναθέτουσα αρχή επικαλείται ως λόγο επιτακτικού δημοσίου συμφέροντος τη μη καθυστέρηση της υπογραφής της επόμενης σύμβασης με δυσμενείς συνέπειες για την εκτέλεση υπηρεσιών καθαριότητας των κτιριακών εγκαταστάσεων όλων των υπηρεσιών και δομών της λόγω της πανδημίας του κορωνοϊού, περιγράφοντας αναλυτικά όλα τα υπολειπόμενα στάδια της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας.

Ωστόσο, δοθέντος ότι ο χρόνος έναρξης της διαγωνιστικής διαδικασίας συνιστά καταρχήν δική της ευθύνη και η επίμαχη Διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 2-6-2020 σε συνδυασμό με το γεγονός ότι λόγω της πανδημίας του κορωνοϊού προβλέφθηκαν ειδικά νομοθετικά μέτρα για την αντιμετώπιση έκτακτων αναγκών από τις αναθέτουσες αρχές και του ότι δεν υφίσταται ρητή επίκληση αδυναμίας ικανοποίησης των επίμαχων αναγκών καθαρισμού, η εξασφάλιση των οποίων αποτελεί δική της ευθύνη (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 38/2011, πρβλ. Ε.Α. 1318/2009, 1105/2010) με άλλο νόμιμο τρόπο, τεκμαίρεται ότι δεν υφίστανται υπέρτεροι λόγοι δημοσίου συμφέροντος οι οποίοι δεν ανάγονται στη σφαίρα επιρροής της αναθέτουσας αρχής και κωλύουν την παροχή αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας παρά την επίκλησή τους από την ίδια. Το δε δημόσιο συμφέρον επιτάσσει επίσης την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων από επιχειρήσεις στις οποίες η ανάθεση των σχετικών συμβάσεων έχει γίνει νομίμως (πρβλ. Ε.Α. 998/2004, 323/2005, 1216/2006, 768/2009 κ.α.). Εξάλλου, σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής θα ακυρωθούν ουσιώδεις όροι της Διακήρυξης, γεγονός που θα

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

οδηγήσει σε περαιτέρω καθυστέρηση της επίμαχης σύμβαση και σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία έχει προχωρήσει σε επόμενα στάδια, θα οδηγήσει σε ανεπανόρθωτες ή δυσχερώς αναστρέψιμες καταστάσεις (πρβλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. Ι-14527, σκέψεις 92-95).

41. Επειδή εν προκειμένω: α) η υπό εξέταση προσφυγή δεν είναι προδήλως απαράδεκτη και χρήζει περαιτέρω ελέγχου ιδία ως προς τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας εξαιτίας των επίμαχων όρων β) η ύπαρξη βλάβης της προσφεύγουσας ως στοιχείο του παραδεκτού του αιτήματος αναστολής του διαγωνισμού θεμελιώνει, καταρχήν, το έννομο συμφέρον του υπό την αίρεση των ως άνω διαλαμβανομένων, από την ιδιότητά της ως προτιθέμενης να συμμετάσχει πλην όμως αποκλειόμενης λόγω των όρων της διακήρυξης γ) οι λόγοι της προσφυγής δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησης δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης και δ) δεν υφίσταται, από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής επίκληση συγκεκριμένης ζημίας, που ανάγεται στο πεδίο του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος, και συντείνει στην αποτροπή της αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας, ως, επί παραδείγματι, ρητής επίκλησης αδυναμίας ικανοποίησης των επίμαχων αναγκών καθαριότητας (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 38/2011, πρβλ. Ε.Α. 1318/2009, 1105/2010) με άλλο νόμιμο τρόπο ενώ λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΣΤΕ ΕΑ 840/2008). Σε κάθε περίπτωση, υφίσταται η νόμιμη δυνατότητα σύντηξης των προθεσμιών (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 38/2011, πρβλ. Ε.Α. 1318/2009, 1105/2010). Εξάλλου, δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από κάποιον τρίτο που να αποδεικνύει έννομο συμφέρον, ως προς την *ad hoc* προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του, ήτοι σε σχέση περιοριστικώς με την χορήγηση προσωρινών μέτρων. Σε κάθε δε περίπτωση, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος και υπό τις δυο εκτεθείσες πτυχές του, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

42. Επειδή η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία και εύλογη διάρκεια, δηλαδή μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, 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.

43. Επειδή, επομένως, κρίνεται από τη στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκομένων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, ως προβάλλονται παραδεκτως, ότι προκύπτει αναμφίβολα ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων δεν είναι περισσότερες από τα οφέλη της προσφεύγουσας καθώς άλλωστε, το αίτημα περιορίζεται στη χορήγηση προσωρινών μέτρων, ήτοι στην αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας.

44. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το πλέον πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας. έως την έκδοση απόφασης επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής από την ΑΕΠΠ.

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

Για τους λόγους αυτούς

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Α 187/2020

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26 Ιουνίου 2020 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΙΩΑΝΝΑ ΘΕΜΕΛΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΑ ΔΟΥΓΚΑ