

Αριθμός απόφασης: Α 58 / 2020

Η

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

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της την 6^η Φεβρουαρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής της προόδου του διαγωνισμού που ενσωματώνεται στην από 29.1.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 100/29.1.2020 της εταιρείας με την επωνυμία ..., με τον διακριτικό τίτλο ...ΑΕ, που εδρεύει στη ..., οδός ...αριθ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ... ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ, που εδρεύει στην ..., οδός ...αριθ. ..., και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής ο αναθέτων φορέας).

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά: α) Να ακυρωθεί άλλως τροποποιηθεί η υπ' αριθ. πρωτ. ...προκήρυξη διαγωνισμού παροχής υπηρεσιών φύλαξης του συστήματος της γραμμής 1 της ...ΑΕ β) Η υπ' αριθ. ...διακήρυξη για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης του συστήματος της γραμμής 1 της ...ΑΕ. γ) Κάθε άλλη συναφής προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξη ή παράλειψη της ως άνω αναθέτουσας αρχής που σχετίζεται με την ανωτέρω προκήρυξη και αναφέρεται στον διαγωνισμό που προκηρύχθηκε με την ανωτέρω διακήρυξη, και με αίτημα αναστολής-προσωρινών μέτρων ζητά δ) Να ανασταλεί η πρόοδος του διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. ...διακήρυξη ως και κάθε άλλη συναφής

Αριθμός απόφασης: Α 58 / 2020

προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξη ή παράλειψη και να ορισθούν τα κατάλληλα μέτρα, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της παρούσης προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο επί τη βάσει της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης ποσού 330.000 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ποσού 1.650,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης, με κωδικό ...με την ένδειξη ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ, εκτύπωση από την επίσημη ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του ΥΠΟΙΚ με τα στοιχεία του παραβόλου και την ένδειξη ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ, και το από 29-1-2020 αποδεικτικό πληρωμής του στην Alpha Bank).

2. Επειδή με την υπ' αριθ.πρωτ. 1091/22-1-2020 διακήρυξη με αριθ. ...διακηρύχθηκε από τον αναθέτοντα Διαγωνισμός με ανοικτή διαδικασία για την Παροχή Υπηρεσιών Φύλαξης του Συστήματος της Γραμμής 1, διάρκειας δύο μηνών από την υπογραφή της σύμβασης, με κριτήριο κατακύρωσης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει της τιμής, εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης 330.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ (CPV 79713000-5), με χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), με καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών την 7-2-2020, και με ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών την 12-2-2020 (σελ. 1, 5, όροι 1.3,1.5, 2.3.1, 2.4.2, 3.1.1 της διακήρυξης).

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε την 22-1-2020 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. ...καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε αριθμό συστήματος

Αριθμός απόφασης: Α 58 / 2020

4. Επειδή, στο αρθ. 1 με τον τίτλο «Αντικείμενο - Πεδίο Εφαρμογής» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. Οι διατάξεις του παρόντος αποτελούν προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις: ...β) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις προμήθειες φορέων, που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση Οδηγίας 2004/17/ΕΚ...2. Ο παρών νόμος θεσπίζει κανόνες: α) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης δημοσίων συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου I (άρθρα 2 έως 221), β) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου II (άρθρα 2 και 222 έως 338), ...από τις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς ...Οι διατάξεις του παρόντος εφαρμόζονται, με την επιφύλαξη των παραγράφων 3 έως 7, σε όλες τις συμβάσεις των περιπτώσεων α' και β', ανεξαρτήτως είδους και εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν άλλως ορίζεται στις επιμέρους διατάξεις αυτού.... 6. Οι διατάξεις των άρθρων 200 έως 220 εφαρμόζονται στην εκτέλεση συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 2, συμπληρωματικά προς τις διατάξεις του Κεφαλαίου I του Μέρους Β' του Βιβλίου I (άρθρα 129 έως 133) ...» Περαιτέρω στο άρθρ 2 με τον τίτλο «Ορισμοί (άρθρο 2 και άρθρο 33 παρ. 1 εδάφιο β' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και άρθρο 2 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) » προβλέπεται ότι «1. Για τους σκοπούς του παρόντος εφαρμόζονται οι ακόλουθοι ορισμοί: ...9) ως «δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών» και ως «συμβάσεις υπηρεσιών» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών, ...»

5. Επειδή, στο αρθ. 222 με τον τίτλο «Αντικείμενο και πεδίο εφαρμογής (άρθρο 1 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι « 1. Το παρόν Βιβλίο (άρθρα 222 έως 338) θεσπίζει κανόνες για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης που πραγματοποιούνται από αναθέτοντες φορείς για συμβάσεις.... 2. Διαδικασία σύναψης σύμβασης κατά την έννοια του παρόντος Βιβλίου, είναι η διαδικασία για την απόκτηση έργων, προμηθειών ή

Αριθμός απόφασης: Α 58 / 2020

υπηρεσιών από οικονομικούς φορείς που επιλέγονται από έναν ή περισσότερους αναθέτοντες φορείς, εφόσον τα εν λόγω έργα, προμήθειες ή υπηρεσίες προορίζονται για την εκτέλεση μιας εκ των δραστηριοτήτων που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234. ...».

6. Επειδή σύμφωνα με το άρθρ. 2 παρ. 1 α) και παρ. 4 του ν. 4412/2016 και περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρ. 224 του ν. 4412/2016 « 1. Για τους σκοπούς του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) αναθέτοντες φορείς είναι εκείνοι οι οποίοι: α) είναι αναθέτουσες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις, οι οποίες ασκούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234.. 2. Ως «δημόσια επιχείρηση» νοείται κάθε επιχείρηση στην οποία οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ασκούν, άμεσα ή έμμεσα, δεσπίζουσα επιρροή λόγω κυριότητας, χρηματοδοτικής συμμετοχής ή των κανόνων που τη διέπουν. Η δεσπίζουσα επιρροή εκ μέρους των αναθετουσών αρχών τεκμαίρεται σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις στις οποίες οι εν λόγω αρχές, άμεσα ή έμμεσα: α) κατέχουν την πλειοψηφία του εγγεγραμμένου κεφαλαίου της επιχείρησης.....»

7. Επειδή σύμφωνα με το άρθρ. 231 «Υπηρεσίες μεταφορών (άρθρο 11 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» : «1. Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) εφαρμόζονται στις δραστηριότητες που αποσκοπούν στην παροχή ή τη λειτουργία δικτύων που παρέχουν υπηρεσίες στο κοινό στους τομείς των μεταφορών με σιδηρόδρομο, αυτόματα συστήματα, τραμ, τρόλεϊ, λεωφορεία ή καλώδιο»

8. Επειδή εν προκειμένω, ως αναφέρεται και στην σελ. 4 της διακήρυξης Η ανώνυμη εταιρία, με την επωνυμία ... και το δ.τ. ...Α.Ε. (εφεξής «...»), ιδρύθηκε κατόπιν της απορρόφησης των εταιρειών ...Α.Ε. και ...Α.Ε. από την ...Α.Ε. σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 3920/2011. Η ...αποτελεί εταιρεία του ομίλου ..., υπάγεται δε, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 7 παρ.1 του ν. 3920/2011, στον ν. 3429/2005 περί ΔΕΚΟ και έχει ως κύρια αρμοδιότητα την εκτέλεση του συγκοινωνιακού έργου μμέσα στα όρια της Περιφέρειας Αττικής, όπως αυτή ορίζεται στο ν. 3852/2010 (ΦΕΚ 87 Α'), εκτός από τις νήσους, οι οποίες εξυπηρετούν το γενικότερο δημόσιο συμφέρον, με τα (επίγεια και

Αριθμός απόφασης: Α 58 / 2020

υπόγεια) μέσα σταθερής τροχιάς (αστικοί σιδηρόδρομοι, τροχιόδρομοι-τραμ και λοιπά μέσα σταθερής τροχιάς). Στην εταιρεία ...ΑΕ περιλαμβάνονται ο ... (...), η ... (...), και η ...Α.Ε. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθ. 197 του ν. 4389/27.5.2016 (ΦΕΚ Α, 94) συστήθηκε ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «Εταιρεία Δημοσίων Συμμετοχών» (ΕΔΗΣ) της οποίας σκοπός είναι να κατέχει τις συμμετοχές του κράτους σε δημόσιες επιχειρήσεις να τις διαχειρίζεται επαγγελματικά και να επαυξάνει τις συμμετοχές αυτών όπως και να τις αξιοποιεί σύμφωνα με βέλτιστες διεθνείς πρακτικές και σύμφωνα με τις κατευθυντήριες γραμμές του ..., και για τους σκοπούς αυτούς, οι μετοχές των δημοσίων επιχειρήσεων που απαριθμούνται στο Παράρτημα Δ΄ του νόμου, μεταξύ άλλων και οι μετοχές των : 1. ..., 2. ...ΑΕ, 3. ...ΑΕ, μεταβιβάστηκαν αυτοδικαίως και χωρίς αντάλλαγμα στην Ακολούθως, το άρθρο 81 του ν. 4472/19.05.2017 (Τεύχος Α΄ αρ. φύλλου 74) τροποποίησε το άρθρο 197 του ν. 4389/2016 αντικαθιστώντας το Παράρτημα Δ΄ ως εξής: «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Δ΄ (Επιχειρήσεις που μεταβιβάζονται στην ...): 1. ...Α.Ε. και οι θυγατρικές του (...Α.Ε.- ...Α.Ε.) σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 3920/2011 που αφορούν τις διεταιρικές σχέσεις των ...Α.Ε., ...Α.Ε. και ...Α.Ε.». Έπειτα, τον Ιανουάριο του 2018 ψηφίστηκε ο ν. 4512/2018 (το Υπερταμείο), όπου σύμφωνα με το άρθ. 380 η ...» (...) αντικαθίσταται με την «... Α.Ε.», και το άρθ. 197 του ν. 4389/2016, αντικαταστάθηκε ως εξής: «Άρθρο 197. Ειδικές διατάξεις για τις λοιπές θυγατρικές 1. Το σύνολο των μετοχών κυριότητας του Ελληνικού Δημοσίου στις δημόσιες επιχειρήσεις που απαριθμούνται στα Παραρτήματα Δ΄ , Ε΄ και ΣΤ΄, τα οποία αποτελούν αναπόσπαστα μέρη του παρόντος νόμου, μεταβιβάζονται αυτοδικαίως και χωρίς αντάλλαγμα στην εταιρεία.» Εξ άλλου, ως ανωτέρω αναφέρεται, σκοπός της ...ΑΕ είναι -μεταξύ άλλων- α) Ο προγραμματισμός, η οργάνωση και η εκτέλεση του συγκοινωνιακού έργου στην περιοχή αρμοδιότητας του ...που συντελείται με τα μέσα σταθερής τροχιάς (επίγεια & υπόγεια) , δηλαδή του δικτύου αστικού σιδηροδρόμου των γραμμών 1,2 και 3, και του δικτύου τροχιοδρόμου (...) του Νομού Αττικής, και κάθε πιθανής επέκτασης αυτών ή και νέων γραμμών εντός του Νομού Αττικής, καθώς επίσης και των εγκαταστάσεων, οχημάτων και των εν γένει και μέσων,

Αριθμός απόφασης: Α 58 / 2020

ως και η σύμπραξη κι η συνεργασία με άλλους οργανισμούς και φορείς συγκοινωνιών του Νομού Αττικής. Το δε μετοχικό της κεφάλαιο ενσωματώνεται σε μία ονομαστική μετοχή ονομαστικής αξίας ενός δισεκατομμυρίου διακοσίων ενός εκατομμυρίων ογδόντα έξι χιλιάδων διακοσίων πέντε ευρώ και ογδόντα έξι λεπτών (€1.201.086.205,86), η οποία ανήκει στον ... (ΚΥΑ της 17-6-2011 ΦΕΚ Β, 2011, 1454) (βλ. αναλυτικά τις Ετήσιες Οικονομικές Καταστάσεις της ...ΑΕ για την χρήση 2018 που συντάχθηκαν την 20-6-2019 και είναι αναρτημένες στην επίσημη ιστοσελίδα της :

http://www.stasy.gr/fileadmin/uploads/RFPs/03.07.2019_TELIKO_STASY_Oikonomikes_Kat_astaseis_Notes_31.12.2018.pdf

Ο δε μητρικός οργανισμός ...που αναδιοργανώθηκε σύμφωνα με τα παραπάνω, ανήκει εξ ολοκλήρου στο Ελληνικό Δημόσιο, σύμφωνα με τις Ετήσιες Οικονομικές Καταστάσεις του για την χρήση 2018 (σημείο 3.6.3.1 *Μετοχικό Κεφάλαιο*) που συντάχθηκαν την 15-7-2019 και είναι αναρτημένες στην επίσημη ιστοσελίδα του ...:

http://www.oasa.gr/pdf/el/annualreports/OASA_notes_2018_final.pdf

Συνεπώς, σύμφωνα με τον συνδυασμό των άρθρων 1, 2 παρ. 1 α), 222, 224 παρ. 1 και 2, 231 του ν.4412/2016, και ν. 3891/2010, η ...ΑΕ συνιστά αναθέτοντα φορέα κατά την έννοια του ν. 4412/2016, ως δημόσια επιχείρηση, δραστηριοποιούμενη στην παροχή προς το κοινωνικό σύνολο συγκοινωνιακού έργου με την λειτουργία στον Νομό Αττικής συγκοινωνιακού δικτύου με μέσα σταθερής τροχιάς, στην οποία το Ελληνικό Δημόσιο ασκεί δεσπόμενη επιρροή λόγω κυριότητας, ως μέτοχος του 100% του εταιρικού κεφαλαίου του ..., ο οποίος είναι ο μόνος μέτοχος του 100% του εταιρικού κεφαλαίου της ...ΑΕ, και επομένως οι συμβάσεις της ...ΑΕ διέπονται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ του ν.4412/2016.

9. Επειδή ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του ν. 4412/2016 σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016, και επομένως

Αριθμός απόφασης: Α 58 / 2020

παραδεκτά έχει ασκηθεί η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

10. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα την 29-1-2020, μέσω της λειτουργικότητας *επικοινωνία* του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (εφεξής η *επικοινωνία*), λαμβανομένου υπ' όψιν ότι α) η προσβαλλόμενη διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ αυθημερόν την 22-1-2020, β) η κρινόμενη προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου, και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την 29-1-2019, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο εδ. (γ) της 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 ΠΔ 39/2017.

11. Επειδή ειδικότερα, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον προσβαλλόμενο όρο, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν στις 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 του 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).

12. Επειδή κατ' αρχήν, η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, στην οποία ενσωματώνει και το υπό εξέταση αίτημα αναστολής του διαγωνισμού, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρου της διακήρυξης περί κριτηρίου ποιοτικής επιλογής και δη κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, το οποίο κατά τους ισχυρισμούς της προσκρούει στον νόμο, και αποκλείει την συμμετοχή της στον διαγωνισμό. Η προσφεύγουσα δηλώνει ότι δραστηριοποιείται επί σειρά ετών στον τομέα της παροχής υπηρεσιών φύλαξης, ότι ήδη παρέχει στον αναθέτοντα φορέα υπηρεσίες φύλαξης και συγκεκριμένα παρέχει *δυνάμει (α) της υπ' αριθμ ΤΔ-034/15 Συμβάσεως υπηρεσίες φύλαξης του συστήματος της Γραμμής 1 της*

Αριθμός απόφασης: Α 58 / 2020

...Α.Ε. και δυνάμει (β) της υπ. αριθμ. ΤΔ-67/15 Συμβάσεως υπηρεσίες φύλαξης των αποβαθρών του συστήματος της Γραμμής 1 της ...Α.Ε. για το χρονικό διάστημα από 1/5/2019 έως 30/4/2020 και ότι προτίθεται να συμμετάσχει στον διαγωνισμό, πλην όμως εμποδίζεται η συμμετοχή της εξαιτίας του πλησσομένου ως ευθέως παρανόμου όρου της διακήρυξης.

13. Επειδή ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε την υπό εξέταση προσφυγή προς πάντα ενδιαφερόμενο με ανάρτηση στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού κατά τα προβλεπόμενα στο άρθ. 365 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/20169 και στο άρθ. 9 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017.

14 . Επειδή ο αναθέτων φορέας, δεν έχει αποστείλει μέχρι την σύνταξη της παρούσης στην ΑΕΠΠ τις απόψεις του επί της προσφυγής, και τον φάκελο του διαγωνισμού.

15. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή με το υπό εξέταση αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων και ίδια αναστολής του διαγωνισμού νόμιμα εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του ΠΔ 39/2017, κατόπιν της με αριθ. 145/2020 Πράξης της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου «περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή-κλήση περί απόψεων επί αιτήματος προσωρινών μέτρων», η οποία κοινοποιήθηκε εμπροθέσμως στον αναθέτοντα φορέα την 31-1-2020 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

16. Επειδή, σύμφωνα με τον όρο 2. ΓΕΝΙΚΟΙ ΚΑΙ ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ της διακήρυξης προβλέπεται ότι : « 2.2 Δικαίωμα Συμμετοχής - Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής Κριτήρια Επιλογής... 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ... Β) Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στο διαγωνισμό θα πρέπει να διαθέτουν τουλάχιστον 330 άτομα μέσο ετήσιο μόνιμο προσωπικό με ειδικότητα «προσωπικό ασφαλείας» κατά την τελευταία τριετία ή για όσο χρόνο βρίσκεται σε νόμιμη λειτουργία εάν αυτός είναι μικρότερος από τα τρία (3) έτη... 2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα... Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί

Αριθμός απόφασης: Α 58 / 2020

φορείς προσκομίζουν: .. Για την απαίτηση 2.2.6B θα προσκομιστεί σε ηλεκτρονικά αρχεία η τελευταία Αναλυτική Περιοδική Δήλωση (ΑΠΔ) του τρέχοντος έτους καθώς και οι Αναλυτικές Περιοδικές Δηλώσεις (ΑΠΔ) των αντίστοιχων περιόδων των δύο (2) προηγούμενων ετών από τον ΕΦΚΑ. Σε έντυπη μορφή θα κατατεθούν και οι σχετικές καταστάσεις επιθεώρησης εργασίας προσωπικού...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: α) η οποία δεν υποβάλλεται ... με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους ... 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας.. θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους ...της σύμβασης». Περαιτέρω, στον όρο 3. ΔΙΕΝΕΡΓΕΙΑ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ - ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ προβλέπεται ότι «.. 3.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου - Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση μέσω του συστήματος στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας, δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα ... όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2. της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία ... για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 - 2.2.8 αυτής.Απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ του αναθέτοντα φορέα η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, .. εάν:... ii) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή iii) από τα δικαιολογητικά που

Αριθμός απόφασης: Α 58 / 2020

προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα ... 2.2.4 έως 2.2.8 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας, .. » Ακολούθως, στον όρο 6. ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ προβλέπεται ότι «...6.2.1. Η διάρκεια της Σύμβασης ορίζεται σε δύο (2) μήνες. Το εν λόγω χρονικό διάστημα αρχίζει από την ημερομηνία υπογραφής του συμφωνητικού ή από την ημερομηνία που ορίζεται σε αυτό και λήγει είτε σε δήλη ημερομηνία ή προθεσμία. 6.2.2. Η συνολική διάρκεια της σύμβασης μπορεί να παρατείνεται μετά από αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής μέχρι το 50% αυτής ύστερα από σχετικό αίτημα του αναδόχου που υποβάλλεται πριν από τη λήξη της διάρκειάς της, σε αντικειμενικά δικαιολογημένες περιπτώσεις που δεν οφείλονται σε υπαιτιότητα του αναδόχου...» Περαιτέρω, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ VI – Τεχνικές Προδιαγραφές ορίζεται ότι «ΤΠ-4 ΚΑΤΑΝΟΜΗ ΤΟΥ ΠΡΟΣΩΠΙΚΟΥ ΦΥΛΑΞΗΣ Στο πίνακα κατανομής προσωπικού φύλαξης φαίνεται η κατανομή του προσωπικού στους σταθμούς του συστήματος

ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΡΟΣΩΠΙΚΟΥ ΦΥΛΑΞΗΣ ΤΟΥ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΤΗΣ ΓΡΑΜΜΗΣ 1 ΩΡΑΡΙΟ

		06.00-14.00	14.00-22.00	22.00-06.00
α/α	ΣΤΑΘΜΟΣ			
1	ΠΕΙΡΑΙΑΣ	1	1	1
2	ΦΑΛΗΡΟ	1	1	1
3	ΜΟΣΧΑΤΟ	1	1	1
4	ΚΑΛΛΙΘΕΑ	1	1	1
5	ΤΑΥΡΟΣ	1	1	1
6	ΠΕΤΡΑΛΩΝΑ	1	1	1
7	ΘΗΣΕΙΟ	1	1	1
8	ΜΟΝΑΣΤΗΡΑΚΙ	1	1	1
9	ΟΜΟΝΟΙΑ	1	1	1
10	ΒΙΚΤΩΡΙΑ	1	1	1
11	ΑΤΤΙΚΗ	1	1	1
12	ΑΓ.ΝΙΚΟΛΑΟΣ	1	1	1

Αριθμός απόφασης: Α 58 / 2020

13	Κ.ΠΑΤΗΣΙΑ	1	1	1
14	ΑΓ.ΕΛΕΥΘΕΡΙΟΣ	1	1	1
15	ΑΝ.ΠΑΤΗΣΙΑ	1	1	1
16	ΠΕΡΙΣΣΟΣ	1	1	1
17	ΠΕΥΚΑΚΙΑ	1	1	1
18	Ν.ΙΩΝΙΑ	1	1	1
19	ΗΡΑΚΛΕΙΟ	1	1	1
20	ΕΙΡΗΝΗ	1	1	1
21	ΝΕΡΑΤΖΙΩΤΙΣΣΑ	1	1	1
22	ΜΑΡΟΥΣΙ	1	1	1
23	ΚΑΤ	1	1	1
24	ΚΗΦΙΣΙΑ	1	1	1
<i>Εποπτεία – Κέντρο Λήψης</i>				
	Σημάτων (ΤΑΥΡΟΣ)	1	1	1
	ΣΥΝΟΛΟ	25	25	25

... »

17. Επειδή, με τον μόνο λόγο της υπό εξέταση προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλούμενη τα άρθ. 253 και 75 του ν. 4412/2016, την ΚΟ 13 ΕΑΑΔΗΣΥ, το άρθ. 44 παρ. 1 της οδηγίας 2004/18/ΕΚ, τις αρχές της αναλογικότητας της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού, σχετική νομολογία των Δικαστηρίων, ισχυρίζεται ότι ο πλησσόμενος όρος 2.2.6 της διακήρυξης δεν είναι σύννομος επειδή «...Από τους ανωτέρω όρους της διακήρυξης συνάγονται αφενός μεν ότι προϋπόθεση συμμετοχής στον διαγωνισμό αποτελεί η υποχρέωση από μέρους των οικονομικών φορέων (ήτοι οι οικονομικοί φορείς πρέπει) να διαθέτουν τουλάχιστον 330 άτομα μέσο ετήσιο μόνιμο προσωπικό με την αναφερόμενη ειδικότητα (προσωπικό ασφαλείας) κατά την τελευταία Ζετία ενώ αφετέρου ότι ο οικονομικός φορέας που θ' αναλάβει την παροχή των υπηρεσιών φύλαξης, θα πρέπει ν' απασχολήσει συνολικά 75 άτομα- φύλακες για την κάλυψη των αναγκών φύλαξης. Ο ανωτέρω πιθέμενος αριθμός ατόμων μόνιμου προσωπικού (330 άτομα) με ειδικότητα προσωπικό ασφαλείας ως ελάχιστο

Αριθμός απόφασης: Α 58 / 2020

επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που θεσπίζεται για την υπό ανάθεση σύμβαση διάρκειας δύο (2) μηνών για την εκτέλεση της οποίας θα απασχοληθούν 75 άτομα δεν συνδέεται με την οικεία σύμβαση, ούτε τελεί σε αναλογία με το αντικείμενό της, ενώ μειώνει, χωρίς να συντρέχει λόγος την ανταγωνιστική βάση του διαγωνισμού, καθόσον :

1. Η σύμβαση που θα συναφθεί θα είναι διάρκειας μόλις δύο (2) μηνών και για την εκτέλεσή της θα απασχοληθούν 75 άτομα. Ήτοι το ελάχιστο απαιτούμενο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας σύμφωνα με το κριτήριο 2.2.6, περ. Β της διακήρυξης του διαγωνισμού είναι μεγαλύτερο του 4πλάσιου αριθμού των ατόμων που απαιτούνται για να επανδρώσουν το έργο! Με βάση την διάρκεια και τις ανάγκες της συμβάσεως, η απαίτηση για ύπαρξη προσωπικού 330 ατόμων, ως προϋπόθεση συμμετοχής, υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες της συμβάσεως και δεν είναι συνδεδεμένη με τους υπόλοιπους όρους της σχετικά με τη διάρκεια και τον αριθμό των ατόμων που πραγματικά θ' απασχοληθεί για την εκτέλεσή της.
2. Το θεσπιζόμενο κατώτατο όριο προσωπικού των 330 ατόμων δεν αποτελεί αντικειμενική ένδειξη για την ύπαρξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και σε κάθε περίπτωση υπερβαίνει κατά πολύ αυτό που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του σκοπού που είναι η φύλαξη των σταθμών για δύο (2) μήνες.
3. Δεν είναι συναφές ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση συμβάσεως ούτε ανάλογο με τον επιδιωκόμενο σκοπό της και ως εκ τούτου δεν αποτελεί απόδειξη της γενικής καταλληλότητας των διαγωνιζομένων.
4. Ακόμη ο πιθέμενος όρος δεν είναι πρόσφορος για την διακρίβωση της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων. Ούτω η ημετέρα εταιρεία, η οποία δεν διαθέτει τον απαιτούμενο από την διακήρυξη ελάχιστο αριθμό προσωπικού (330 άτομα μέσο ετήσιο μόνιμο προσωπικό με την ειδικότητα «προσωπικό ασφαλείας» κατά την τελευταία τριετία) παρέχει ήδη από 1/5/2019, με συνέπεια και επιτυχία τις συμφωνημένες με τις υπ. αριθμ. ΤΔ- 034/15 και ΤΔ-067/15 Συμβάσεις παροχής υπηρεσιών φύλαξης της γραμμής 1 της ...Α.Ε., οι οποίες (υπηρεσίες) γίνονται αποδεκτές από την αναθέτουσα αρχή. Επομένως η θέσπιση τέτοιου ορίου, ως προϋπόθεση καταλληλότητας για την δυνατότητα των οικονομικών φορέων να

Αριθμός απόφασης: Α 58 / 2020

μετάσχουν στον διαγωνισμό και στη συνέχεια να ανταποκριθούν στην απρόσκοπτη εκτέλεση των υπό ανάθεση υπηρεσιών δεν είναι εύλογη, ούτε πρόσφορη για την απόδειξη της ικανότητάς τους. 5. Η θέσπιση τέτοιου όρου περιορίζει αναμφίβολα τον κύκλο των ενδιαφερομένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό, και αποτελεί επαχθή παρέμβαση στο δικαίωμα των οικονομικών φορέων που επιθυμούν να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό και ως τοιαύτη θα πρέπει να μην παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας. Ειδικότερον, η ως άνω αρχή παραβιάζεται όταν το μέτρο που λαμβάνεται, δεν είναι: • πρόσφορο για την επίτευξη του σκοπού που επιδιώκεται • αναγκαίο για την επίτευξη του εν λόγω σκοπού, υπό την έννοια ότι το αυτό αποτέλεσμα μπορεί να επιτευχθεί με ένα ανώδυνο ή ηπιότερο μέτρο. • αναλογικό εν στενή έννοια, δηλαδή τελεί σε εσωτερική αλληλουχία προς τον επιδιωκόμενο σκοπό ώστε η αναμενόμενη ωφέλεια να μην είναι ποιοτικά και ποσοτικά κατώτερη από την βλάβη που προκαλείται. Στην επίδικη περίπτωση το θεσπιζόμενο όριο δεν είναι: • πρόσφορο γιατί η παροχή των υπηρεσιών αποδεδειγμένα, μπορεί να παρασχεθεί και από οικονομικούς φορείς που έχουν μικρότερο αριθμό μόνιμου προσωπικού (ημετέρα εταιρεία που παρέχει όμοιες υπηρεσίες στην ίδια γραμμή) • αναγκαίο αφού το αποτέλεσμα (επιτυχής φύλαξη των σταθμών) μπορεί να επιτευχθεί και από οικονομικούς φορείς που έχουν ανάλογη εμπειρία έστω και αν διαθέτουν μικρότερο αριθμό προσωπικού • **αναλογικό** γιατί δεν συνδέεται με τους υπόλοιπους όρους της διακήρυξης και υπερβαίνει κατά πολύ τ' αναγκαία για την επίτευξη του σκοπού του οποίου υποτίθεται ότι επιδιώκει να διασφαλίσει. Συνεπώς με τον θεσπιζόμενο όρο παραβιάζεται η συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή της αναλογικότητας (αρθρ. 25§1 Συντ.).... Από τ' ανωτέρω εκτεθέντα-συνάγεται ότι ο πληττόμενος όρος δεν συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης ούτε αποτελεί πρόσφορο μέτρο διακρίβωσης της ικανότητας των υποψηφίων, ούτε τελεί σε αναλογία με τον περιορισμό που επιβάλλει, αφού αποκλείει οικονομικούς φορείς που έχουν την εμπειρία και τα προσόντα να παράσχουν τις ειρημένες υπηρεσίες, με συνέπεια να επέρχεται η κατάλυση των κανόνων ανταγωνισμού, που αποτελεί κοινοτικό κεκτημένο..... »

Αριθμός απόφασης: Α 58 / 2020

18. Επειδή στο άρθ. 253 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «*Αρχές που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων (άρθρο 36 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)*» ορίζεται ότι «1. Οι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της προστασίας του ανταγωνισμού, της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης και λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων.»

19. Επειδή στο άρθ. 281 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «*Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης*» ορίζεται «1. Οι όροι που περιέχονται στα έγγραφα της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. Τα έγγραφα της σύμβασης, ...περιέχουν ιδίως: ... ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης, ..., 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, ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με ..την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, ...ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται απόρριψη της προσφοράς, ...κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (υπεύθυνες δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.), ...»

Αριθμός απόφασης: Α 58 / 2020

20. Επειδή στο άρθ. 301 «Γενικές αρχές (άρθρο 76 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» του ν.4412/2016 ορίζεται ότι «1. Για τους σκοπούς της επιλογής των συμμετεχόντων στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων εφαρμόζονται οι ακόλουθοι κανόνες: α) οι αναθέτοντες φορείς που έχουν θεσπίσει κανόνες και κριτήρια αποκλεισμού των προσφερόντων ή των υποψηφίων, σύμφωνα με την παράγραφος 1 του άρθρου 304 ή με την παράγραφο 1 του άρθρου 305, αποκλείουν τους οικονομικούς φορείς που προσδιορίζονται, σύμφωνα με τους εν λόγω κανόνες και πληρούν τα εν λόγω κριτήρια αποκλεισμού, β) επιλέγουν τους προσφέροντες και τους υποψηφίους, σύμφωνα με τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που θεσπίζονται δυνάμει των άρθρων 304 και 305...»

21. Επειδή στο άρθ. 304 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής (άρθρο 78 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» προβλέπεται ότι : «1. Οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να θεσπίζουν αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια ..επιλογής των προσφερόντων ή των υποψηφίων οι εν λόγω κανόνες και κριτήρια αναφέρονται στα έγγραφα της σύμβασης.»

22. Επειδή στο άρθ. 305 «Χρήση των λόγων αποκλεισμού και των κριτηρίων επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι (άρθρο 80 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) » του ν.4412/2016 ορίζεται ότι « 1. ...οι αντικειμενικοί κανόνες, οι λόγοι αποκλεισμού και τα κριτήρια για την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων σε ανοικτή διαδικασία ... μπορούν να περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που παρατίθενται στο άρθρο 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό...2. Τα κριτήρια και οι κανόνες που αναφέρονται στην παράγραφο 1 μπορούν να περιλαμβάνουν τα κριτήρια επιλογής που παρατίθενται στα άρθρα 75 έως 77, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό»

23. Επειδή στο άρθ. 307 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο « » προβλέπεται ότι : « 1. ...τα κριτήρια για την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων σε ανοικτή διαδικασία, μπορούν να περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που παρατίθενται στο άρθρο 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό. ...2. Τα κριτήρια και οι κανόνες που αναφέρονται στην παράγραφο 1 μπορούν να περιλαμβάνουν τα κριτήρια

Αριθμός απόφασης: Α 58 / 2020

επιλογής που παρατίθενται στα άρθρα 75 έως 77, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό ...»

24. Επειδή στο άρθρ. 308 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Κανόνες που εφαρμόζονται σε περίπτωση χρήσης των κριτηρίων αποκλεισμού και ποιοτικής επιλογής του Βιβλίου Ι (παρ. 3 του άρθρου 80 και υποπαράγραφος 2 της παρ. 1, καθώς και υποπαράγραφος 2 της παρ. 2 του άρθρου 79 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) » προβλέπεται ότι : «1. Προς το σκοπό εφαρμογής του άρθρου 305, αν οι αναθέτοντες φορείς αναφέρονται στα κριτήρια αποκλεισμού ή επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι, εφαρμόζονται τα άρθρα 79, 80, και 81. ...»

25. Επειδή, στην αιτιολογική σκέψη 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/ΕΕ (ΕΕ L 94, σ. 65), προβλέπεται ότι: «.. οι ισχύοντες κανόνες για τις δημόσιες προμήθειες που εγκρίθηκαν δυνάμει της ...Οδηγίας 2004/18/ΕΚ , θα πρέπει να αναθεωρηθούν και να εκσυγχρονιστούν, για να αυξηθεί η αποδοτικότητα των δημόσιων δαπανών, με τη διευκόλυνση ιδίως της συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες προμήθειες ... 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 προϋποθέσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες, ώστε να εξασφαλίζεται ότι ένας υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις νομικές και χρηματοοικονομικές δυνατότητες και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης ...».

26. Επειδή στο άρθρ. 75 με τίτλο «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν .4412/2016 ορίζεται ότι : «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: ...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

Αριθμός απόφασης: Α 58 / 2020

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 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 ... για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. ... 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....»

27. Επειδή στο άρθρ. 80 με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : « 1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α΄, ως απόδειξη ...της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82....5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄, ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών.... » Σύμφωνα δε με τις διατάξεις του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΜΕΣΑ ΓΙΑ ΤΑ ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ» : «Μέρος II: Τεχνική ικανότητα Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι ακόλουθοι κατάλογοι : β) αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των

Αριθμός απόφασης: Α 58 / 2020

υπευθύνων για τον έλεγχο της ποιότητας, και, όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις έργων, εκείνων που θα έχει στη διάθεσή του ο εργολήπτης για την εκτέλεση του έργου .. η) δήλωση στην οποία αναφέρονται το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών ... και ο αριθμός των στελεχών της επιχείρησής του κατά τα τελευταία τρία χρόνια.....»

28. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. ΔΕΕ απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/1999 CAS Succhi di Frutta SpA).

29. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και Ψ-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

30. 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

Αριθμός απόφασης: Α 58 / 2020

απαιτούμενη ικανότητα και οι οποίοι, υπό άλλες ενδεχομένως προϋποθέσεις, θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στη διαδικασία, ενισχύοντας με τον τρόπο αυτόν τον ανταγωνισμό.

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

32. 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

Αριθμός απόφασης: Α 58 / 2020

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

33. 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.

34. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης, θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του στην τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί, 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

Αριθμός απόφασης: Α 58 / 2020

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).

35. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, οι δε ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων που συντελέστηκε με το πλησσόμενο όρο της προσβαλλομένης διακήρυξης, δεν παρίστανται ως προδήλως αβάσιμοι, πλην για την οριστική κρίση περί του παραδεκτού και της βασιμότητας αυτών απαιτείται ενδελεχής έρευνα που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑΘ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/2015, 41/2015, 46/2015), αλλά απαιτείται η λεπτομερής εξέταση των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων του αναθέτοντα φορέα, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και την σχετική νομολογία, καθώς και ενδεχομένως περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

36. Επειδή ο αναθέτων φορέας δεν έχει επικαλεστεί λόγους υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος που να καθιστούν τις πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων περισσότερες από τα οφέλη.

37. Επειδή εν προκειμένω α) έχει ασκηθεί παραδεκτώς η υπό εξέταση προσφυγή, και β) η ύπαρξη βλάβης της προσφεύγουσας ως στοιχείο του παραδεκτού του αιτήματος αναστολής του διαγωνισμού θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της από την ιδιότητά της ως προτιθέμενης να συμμετάσχει πλην όμως αποκλειόμενης λόγω του πλησσόμενου όρου της διακήρυξης, γ) ο λόγος της προσφυγής δεν πιθανολογείται ως προδήλως αβάσιμος ή απαράδεκτος, και δ) δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από τον αναθέτοντα φορέα, ως προς την *ad hoc* προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του, δηλαδή σε σχέση περιοριστικώς με την χορήγηση προσωρινών μέτρων. Σε κάθε περίπτωση δε, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν,

Αριθμός απόφασης: Α 58 / 2020

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

38. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων μέτρο είναι η αναστολή του διαγωνισμού, η οποία (αναστολή) διατάσσεται με διάρκεια βεβαία και εύλογη δηλαδή μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

39. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

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

Για τους λόγους αυτούς

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 6-2-2020 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή

Βικτωρία Πισμίρη

Αριθμός απόφασης: Α 58 / 2020