

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 20.02.2020 με την εξής σύνθεση: Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Σταυρούλα Κουρή και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 07.02.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/151/10.02.2020 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «*****» και τον διακριτικό τίτλο «*****», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της ***** (*****) [εφεξής αναθέτων φορέας].

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. *****/2019 Διακήρυξη του αναθέτοντος φορέα, με αντικείμενο την «Παροχή υπηρεσιών φύλαξης του συστήματος της γραμμής 1 της *****». Με το αίτημα αναστολής η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της διενέργειας του Διαγωνισμού μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της Προσφυγής.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. ***** Διακήρυξη, προκηρύχθηκε ανοιχτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων, για την «Παροχή υπηρεσιών φύλαξης του συστήματος της γραμμής 1 της *****», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.980.000,00€ πλέον ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης

την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής. Η εν λόγω Πρόσκληση καταχωρήθηκε στις 29.01.2020 στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων με ΑΔΑΜ: ***** και στο ΕΣΗΔΗΣ με Α/Α*****. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 03.03.2020 και ώρα 11.00 π.μ., ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 06.03.2020 και ώρα 11.00 π.μ.

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό*****, ποσού ευρώ εννέα χιλιάδων εννιακοσίων (€9.900,00) από την προσφεύγουσα, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α΄ 64).

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του αντικειμένου αλλά και του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 1.980.000,00€ πλέον ΦΠΑ), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α΄ 116).

5. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την πλήρη, πραγματική γνώση της προσβαλλόμενης πράξης από την προσφεύγουσα, η οποία κατά δήλωσή της έλαβε χώρα την 30.01.2020. Επισημαίνεται ότι η προσφεύγουσα δηλώνει ότι έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης πράξης πριν την παρέλευση δεκαπενθημέρου από τη δημοσίευση της Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, η οποία έλαβε χώρα την 29.01.2020 (ΑΔΑΜ:*****).

6. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής με, περαιτέρω, αίτημα και για την λήψη προσωρινών μέτρων, καθώς δραστηριοποιείται στον τομέα της

υπό ανάθεση σύμβασης και προτίθεται να συμμετάσχει στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, πλην όμως – κατά τους ισχυρισμούς της - οι προσβαλλόμενοι όροι της Διακήρυξης περιορίζουν, χωρίς νόμιμο έρεισμα, τη συμμετοχή της ίδιας, καθώς και άλλων οικονομικών φορέων και την ανάπτυξη του ανταγωνισμού.

7. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού ως άνω αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα επικαλείται τις διατάξεις των άρθρων 253 και 75 του Ν. 4412/2016, ισχυριζόμενη ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί για τους εξής λόγους: *«[...] Ούτω κατά την έννοια της διατάξεως του άρθρου 75 παρ. 4 του Ν. 4412/16 στην περίπτωση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που απαιτείται για μια συγκεκριμένη σύμβαση πρέπει να είναι συνδεδεμένο και ανάλογο προς το αντικείμενο της σύμβασης. Δηλαδή σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις και τα ζητούμενα δικαιολογητικά να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση συμβάσεως. Με το δεδομένο αυτό, το κατώτερο όριο που θα απαιτηθεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας συμβάσεως, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς το σκοπό αυτό (Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων 2017, σελ. 409). Ακόμη, από την νομολογία 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 πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων (ΣΤΕ ΕΑ 990/2003 Δημόσιες Συμβάσεις Κουλουμπίνη, Μάζος, Κίτσος). Στην προκειμένη*

περίπτωση η διακήρυξη: Στο κεφάλαιο 2, ΓΕΝΙΚΟΙ ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ 2.2. ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ στον όρο 2.2.6 Τεχνική-Επαγγελματική ικανότητα, περ. Β ορίζει ότι «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...». • Στη συνέχεια στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ V Τεχνικές προδιαγραφές, «ΤΠ-4 κατανομή προσωπικού φύλαξης» ορίζει τους σταθμούς του συστήματος, τον αριθμό των ατόμων σε κάθε σταθμό και τα ωράρια απασχόλησής τους ήτοι σύνολο προσωπικού φύλαξης 75 άτομα και συγκεκριμένα: [...] 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 3ετία 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 επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που θεσπίζεται για την υπό ανάθεση σύμβαση 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. Για την εκτέλεση της σύμβασης που θα συναφθεί θα απασχοληθούν 75 άτομα, δηλαδή 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 τον αριθμό των ατόμων που πραγματικά θ' απασχοληθεί για την εκτέλεσή της.

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. 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 οπιθέμενος όρος δεν είναι πρόσφορος για την διακρίβωση της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων. Απεναντίας έχει επανειλημμένα κριθεί ότι ασφαλές στοιχείο για την διακρίβωση της ικανότητας των υποψηφίων οικονομικών φορέων αποτελούν άλλα στοιχεία, μεταξύ των οποίων το πελατολόγιο, από το οποίο προκύπτει η εμπειρία και η ενασχόληση στο αντικείμενο του διαγωνισμού, αλλά και οι βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης αντιστοίχου αντικειμένου συμβάσεων. 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*****., οι οποίες (υπηρεσίες) γίνονται αποδεκτές από την αναθέτουσα αρχή. Επιπλέον η ημετέρα εταιρεία διαθέτει πλούσιο πελατολόγιο, από το οποίο προκύπτει η εκτέλεση επί σειρά ετών μεγάλων και δύσκολων έργων, από το οποίο προκύπτει η εμπειρία της στο αντικείμενο και οι τεχνικές της ικανότητες στην εκτέλεση παρόμοιων έργων. Επομένως η θέσπιση τέτοιου ορίου, ως προϋπόθεση καταλληλότητας για την δυνατότητα των οικονομικών φορέων να 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. 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. 5. Ειδικότερα, 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 εννοία, 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' αναγκασία 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 παρ. 1 Συντ.). Η αρχή της αναλογικότητας, που αποτελεί γενική αρχή του κοινοτικού δικαίου και διέπει και την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, επιβάλλει να μην υιοθετούνται στο πλαίσιο μιας διαγωνιστικής διαδικασίας μέτρα, τα οποία είναι υπέρμετρα επαχθή και δυσανάλογα του σκοπού που καλούνται να εξυπηρετήσουν, ήτοι της ανάθεσης της σύμβασης υπό συνθήκες του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού σε ικανό υποψήφιο με την πλέον συμφέρουσα προσφορά, προς όφελος του δημοσίου συμφέροντος. Ειδική εκδήλωση της αρχής της αναλογικότητας συνιστά η διάταξη του άρθρου 44 παρ. 1 της οδηγίας 2004/18/EK, σύμφωνα με την οποία: «Η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στα άρθρα 47 και 48 καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για μια δεδομένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης». Κατά συνέπεια, εκ των προαναφερομένων, προκύπτει σαφέστατα ότι η αρχή της αναλογικότητας όπως έχει ερμηνευθεί από το ΔΕΕ, απαγορεύει την υιοθέτηση υπερβολικών όρων καταλληλότητας και κριτηρίων τεχνικής και

χρηματοοικονομικής ικανότητας που δεν είναι πρόσφοροι ή κατάλληλοι ή αναγκαίοι για τον διαγωνισμό και δεν δικαιολογούνται από το αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης. Οι διατάξεις που ρυθμίζουν την διενέργεια δημοσίων προμηθειών είναι δημοσίας τάξης, διότι πρόκειται για διατάξεις δημοσίου δικαίου. Η ελευθερία του ανταγωνισμού στο δίκαιο των δημοσίων προμηθειών έχει την έννοια ότι τα κριτήρια συμμετοχής σε διαγωνισμό και ανάθεσης, πρέπει να διέπονται από τα εξής βασικά γνωρίσματα : Να είναι αμερόληπτα, αντικειμενικά, σαφή και πλήρη και εφικτά. Σε περίπτωση κατά την οποία τα κριτήρια δεν φέρουν τα ανωτέρω γνωρίσματα, προσβάλλεται η οικονομική ελευθερία του ατόμου (άρθρο 5παρ.1 του Συντάγματος), υπό την μορφή της προσβολής της ελευθερίας ανταγωνισμού (Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2003, ΣΕ 1405/2002, Α. Τάχος, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο 1992). Έτσι, η γενική αρχή της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της διαφάνειας (άρθρα 14, παρ.9, 29 παρ. 2, 102 παρ. 5, 103 παρ. 7, β', Συντάγματος) προϋποθέτει ότι η προκήρυξη πρέπει να περιέχει σαφή, αντικειμενικά και πλήρη κριτήρια επιλογής και ανάθεσης (άρθρο 82 παρ. 2, Νόμου 2362/95. Ο νόμος, δηλ. όλο το πλέγμα των διατάξεων των εφαρμοστέων κοινοτικών οδηγιών επιβάλλει συγκεκριμένους όρους διενέργειας του διαγωνισμού, ελάχιστα επίπεδα ελέγχου ως προς τη συμμόρφωση στα κριτήρια επιλογής προσφορών, περιπτώσεις αποκλεισμού, κριτήρια ανάθεσης κλπ. Συνεπώς, η διασφάλιση διά μέσου των όρων της διακήρυξης συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού προάγει το δημόσιο συμφέρον συνιστά κοινοτικό κεκτημένο και αποτελεί εξειδίκευση της από την Συνθήκη ΕΟΚ απορρέουσα αρχή της ενίσχυσης του υγιούς ανταγωνισμού. Η ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού συνιστά λοιπόν προϋπόθεση για το στάδιο που προηγείται της συνάψεως οποιασδήποτε δημόσιας σύμβασης, και κάμπτεται μόνον κατ' εξαίρεση και για ιδιαίτερα αιτιολογημένους και συγκεκριμένους λόγους, συστατικά ερμηνευόμενους. Ακόμη η ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού με αντικειμενικά κριτήρια αποτελεί το κύριο μέσο για να ανατεθεί τελικά από τον φορέα η σύμβαση, προς όφελος του δημόσιου συμφέροντος. Από το 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. Επιπροσθέτως οι διατάξεις περί δημοσίων προμηθειών Ν. 4412/2016, που ενσωμάτωσε τις προβλέψεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ προβλέπουν κανόνες και διαδικασίες ώστε να διασφαλίζεται η αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης, η αρχή της διαφάνειας και η ισότιμη μεταχείριση των διαγωνιζομένων, η αρχή της αναλογικότητας και να αποκλείεται η αυθαιρεσία του διεξάγοντος τον διαγωνισμό. Οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν δεσμευτική αρμοδιότητα και ανύπαρκτο περιθώριο διακριτικής ευχέρειας στα θέματα παραβιάσεων της αρχής της ανάπτυξης υγιούς και ισότιμου ανταγωνισμού στις δημόσιες συμβάσεις, της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων, της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών και της διαφάνειας. Η ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού σε καθεστώς ισότητας και διαφάνειας συνιστά λοιπόν προϋπόθεση για το στάδιο που προηγείται της συνάψεως οποιασδήποτε δημόσιας σύμβασης, και κάμπτεται μόνον κατ' εξαίρεση και για ιδιαίτερα αιτιολογημένους και συγκεκριμένους λόγους, συστατικά ερμηνευόμενους. Η ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού σε καθεστώς ισότητας των όπλων των συμμετεχόντων και η αποχή της αναθέτουσας αρχής από πρακτική διακρίσεων υπέρ και σε βάρος κατηγορίας συμμετεχόντων, αποτελεί το κύριο μέσο για να ανατεθεί τελικά από τον φορέα η σύμβαση, προς όφελος του δημόσιου συμφέροντος. Συνεπώς με το θεσπιζόμενο όριο επέρχεται ανεπίτρεπτη μείωση της ανταγωνιστικής βάσης του διαγωνισμού, προς βλάβη του δημοσίου συμφέροντος».

9. Επειδή, ο αναθέτων φορέας υπέβαλε τις υπ' αριθμ. 2218/12.02.2020 Απόψεις του, με τις οποίες επιδιώκει την απόρριψη της Προσφυγής. Ειδικότερα, ο αναθέτων φορέας ισχυρίζεται ότι όλοι οι προβαλλόμενοι λόγοι είναι αβάσιμοι και, ειδικά για το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας, αναφέρει τα εξής: «[...] προκαλεί έκπληξη η παρούσα προσφυγή της*****, και το ότι αίφνης εμποδίζεται η συμμετοχή της εκ των όρων

αυτών. Ιδίως δε εφόσον η ***** είναι αντισυμβαλλομένη της ***** (όπως και η ίδια αναφέρει στην προσφυγή της) σε άλλες σχετικές συμβάσεις της *****, θα έπρεπε, προ της ασκήσεως της παρούσας προσφυγής, και σύμφωνα με την εν γένει καλή πίστη και συναλλακτικά ήθη να ενημερώσει καλόπιστα (π.χ. μέσω σχετικού υπομνήματος ή ακόμη και απλής ηλεκτρονικής αλληλογραφίας) την ***** ΑΕ για τα όποια παράπονα ή προβλήματα συμμετοχής έχει ένεκα των όρων αυτών, προκειμένου αυτά να συζητηθούν και ενδεχομένως να επιλυθούν. Πρέπει δε ιδίως να σημειωθεί ότι η προσφεύγουσα εκτελεί, στον παρόντα χρόνο, το με την προσβαλλόμενη προκήρυξη προς ανάθεση έργου παροχής υπηρεσιών, δυνάμει προγενέστερου διαγωνισμού της ***** ΑΕ (ως και η ίδια αναφέρει στη σελίδα και της προσφυγής της). Συνεπώς, η οιαδήποτε καθυστέρηση στην δια του επιδίκου διαγωνισμού εκ νέου ανάθεση του έργου έχει προφανή για αυτήν επωφελή αποτελέσματα. Και ως εκ τούτου, η παρούσα προσφυγή ασκείται με τρόπο οιονεί προσχηματικό και αντικείμενο στην καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη [...] 4. Πρέπει επίσης να επισημανθεί η προφανής ύπαρξη υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος για την ομαλή συνέχιση του διαγωνισμού και την απόρριψη της εν θέματι προσφυγής (ως και του αιτήματος προσωρινών μέτρων - αναστολής που έχει ενσωματώσει στην προσφυγή της η προσφεύγουσα), δεδομένων των άμεσων και επείγουσών αναγκών φύλαξης της Γραμμής 1 και των υψίστων διακινδυνευομένων κοινωνικών αγαθών. Οι οιασδήποτε σχετικές καθυστερήσεις διακινδυνεύουν την απρόσκοπτη και προσήκουσα παροχή των υπηρεσιών αυτών και καθιστούν αναπόφευκτες βραχυχρόνιες αναθέσεις αυτών των υπηρεσιών, με εύλογες ενδεχόμενες συνέπειες και ως προς την ενδεδειγμένη ποιότητά τους. Τούτο δε ιδίως επισημαίνεται αναφορικά με το αίτημα αναστολής - προσωρινών μέτρων που έχει ενσωματώσει στην εν θέματα προσφυγή της η προσφεύγουσα: η ***** ΑΕ, διά του παρόντος διαγωνισμού, επιδιώκει την άμεση κάλυψη των επείγουσών αναγκών φύλαξης της Γραμμής 1 για ένα σημαίνον χρονικό διάστημα, με στόχο την ομαλή, διαρκή και λυσιτελή παροχή υψηλού επιπέδου υπηρεσιών. Η δε τυχόν αναστολή της διαδικασίας αυτής πλήττει καίρια το υψίστης σημασίας δημόσιο συμφέρον της έγκαιρης

παροχής ασφαλών υπηρεσιών στους πολίτες - επιβάτες άνευ καθυστερήσεων και άσκοπων επιπλοκών [...]».

10. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

11. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: «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 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 μη 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 δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

12. Επειδή, όπως προκύπτει και από την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016 για το άρθρο 366, 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.

13. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του Διαγωνισμού. Ωστόσο, δε θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων του προσφεύγοντος μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

14. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν και κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010, ΦΕΚ Α΄ 173), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/2016, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

15. Επειδή για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού αλλά και της βασιμότητας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας κατά της προσβαλλόμενης πράξης, απαιτείται ενδελεχής εξέταση του σχηματισθέντος φακέλου σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία καθώς και, ενδεχόμενη περαιτέρω αναζήτηση διευκρινίσεων ή/και εγγράφων.

16. Επειδή, α) η υπό κρίση Προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, β) πιθανολογείται βλάβη της προσφεύγουσας από την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησής τους, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της Προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης και δ) από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, λαμβάνοντας υπόψη ότι σημαντική πτυχή της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος είναι και η εξασφάλιση της νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό, προκειμένου να αποτραπεί η ζημία των συμφερόντων της προσφεύγουσας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει τη διαγωνιστική διαδικασία έως την έκδοση από την ΑΕΠΠ κύριας απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20.02.2020 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Σιδέρη Μαρία-Ελένη

Τσουλούφα Αργυρώ