

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 7 Οκτωβρίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και
Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 29.08.2019 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1076/30.08.2019 της Ανώνυμης Εταιρείας με
την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο
«.....» που εδρεύει στον, οδός
....., αρ., Τ.Κ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του (εφεξής αναθέτων φορέας).

Με την Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να
ακυρωθεί η με αριθμό πρωτοκόλλου Διακήρυξη.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, ο ως Αναθέτων Φορέας προκήρυξε Διεθνή
Δημόσιο Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, με Αριθμό πρωτοκόλλου
Διακήρυξης και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος
Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), η
οποία αναρτήθηκε στην Υπηρεσία Επίσημων Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής
Ένωσης στις 06.08.2019 με αριθμό αναφοράς και στο
Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις

Αριθμός Απόφασης: 1218/2019

07.08.2019, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την «.....» (CPV, συνολικού προϋπολογισμού δύο εκατομμυρίων εκατόν ογδόντα επτά χιλιάδων τριακοσίων πενήντα τριών ευρώ και δώδεκα λεπτών (2.187.353,12 €) συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, ήτοι προϋπολογισμού χωρίς Φ.Π.Α. ενός εκατομμυρίου επτακοσίων εξήντα τριών χιλιάδων εννιακοσίων ενενήντα τεσσάρων ευρώ και σαράντα πέντε λεπτών (1.763.994,45 €), διάρκειας δύο (2) ετών με δικαίωμα παράτασης ενός (1) επιπλέον έτους, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 16^η Σεπτεμβρίου 2019 και ώρα 14:00 μ.μ. και ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών την 19^η Σεπτεμβρίου 2019, ημέρα Πέμπτη και ώρα 14:00 μ.μ. Ήδη, δυνάμει της υπ' αριθμ. 172/2019 Πράξης (Απόσπασμα από το Νο15/04.09.2019 Πρακτικό) του Διοικητικού Συμβουλίου του, η οποία κοινοποιήθηκε μέσω της «επικοινωνίας» του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 06.09.2019 σε όλους τους εν δυνάμει ενδιαφερόμενους, ο αναθέτων φορέας, αποφάσισε ομόφωνα: *«Την αναστολή της προθεσμίας υποβολής των προσφορών του διεθνούς δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού και κάθε σχετικής ενέργειας (υποβολής, ανοίγματος προσφορών, κλπ), για την ανάδειξη αναδόχου του έργου «.....», του οποίου οι όροι εγκρίθηκαν με την υπ' αριθμόν 109/2019 Πράξη του Διοικητικού Συμβουλίου του και η διακήρυξή του δημοσιεύθηκε με α.π., μέχρι τις 4/11/2019 ημέρα Δευτέρα και ώρα 14:00, ορίζει δε ημερομηνία ανοίγματος των προσφορών, σύμφωνα με το άρθρο 3.1.1 την 7/11/2019 και ώρα 14:00.»*. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 29.08.2019 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την υπό κρίση Προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία στρέφεται κατά της με αριθμό πρωτοκόλλου διακήρυξης, υποστηρίζοντας ότι οι όροι της

διακήρυξης που αφορούν: τη βαθμολόγηση προστίμων, ως κριτήριο ανάθεσης (πρώτος λόγος προσφυγής), την απαγόρευση στήριξης σε ικανότητα τρίτων (δεύτερος λόγος προσφυγής), την απαίτηση για τρεις κερδοφόρες χρήσεις (τρίτος λόγος προσφυγής), τις προδιαγραφές κυνοτεχνικής μονάδας (τέταρτος λόγος προσφυγής), την άδεια ταχυπλόου (πέμπτος λόγος προσφυγής), την απαγόρευση πρόσβασης στο Σχέδιο Ασφάλειας Λιμενικής Εγκατάστασης (Σ.Α.Λ.Ε.) (έκτος λόγος προσφυγής) δεν συμμορφώνονται με την κείμενη νομοθεσία και τις αρχές της προστασίας του ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται: α) να γίνει δεκτή στο σύνολό της η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, β) να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη με αριθμό πρωτοκόλλου διακήρυξη, γ) άλλως και όλως επικουρικώς να ακυρωθούν οι όροι που αναφέρονται στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή και προσβάλλονται με αυτήν, ώστε η διακήρυξη να συμμορφώνεται με την κείμενη νομοθεσία και τις αρχές της προστασίας του ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας.

4. Επειδή, η Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 26.08.2019 αποδεικτικού εξόφλησης της, ποσού δεκατριών χιλιάδων διακοσίων τριάντα ευρώ (13.230,00 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

Αριθμός Απόφασης: 1218/2019

6. Επειδή, ο επίμαχος Διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 04.09.2019, ο Αναθέτων Φορέας προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

11. Επειδή, ο Αναθέτων Φορέας, προσκλήθηκε, από την Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 1374/03.09.2019 Πράξης της «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Αναθέτουσας Αρχής προ Χορήγησης Προσωρινών Μέτρων», η οποία του κοινοποιήθηκε στις 03.09.2019 και υπέβαλε, εντός της οριζόμενης προθεσμίας και συγκεκριμένα στις 09.09.2019, στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

12. Επειδή, κατά τα παγίως γινόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω και στο ισχύον πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με τον νόμο σύστημα παροχής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων

ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους του Αναθέτοντος Φορέα, παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά την έννοια του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 κατά της Διακήρυξης ή των τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί, με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη από συγκεκριμένο όρο της Διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, ενώ περαιτέρω, εάν εν συνεχεία λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στο διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται. (ΣΤΕ (Ασφ) 9/2015, ΔΕφΑΘ (Αναστ.) 44/2015, ΔΕφΑΘ (Ασφ) 561 /2013, ΣΤΕ(Ασφ) 314/2013, ΣΤΕ (Ασφ) 472/2012, ΣΤΕ (Ασφ) 718/2012, ΣΤΕ (Ασφ) 714/2012, ΣΤΕ 890/2009, ΣΤΕ 1415/2008 Ολομ., 881/2008, Ε.Α. 131/2003 κ.ά.).

13. Επειδή, στην κρινόμενη Προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της, λόγω του ότι η διατύπωση των επίμαχων όρων της προσβαλλόμενης με την προσφυγή διακήρυξης, αποκλείει κατά δήλωσή της, αθέμιτα τη συμμετοχή της από τον εν λόγω διαγωνισμό εις βάρος των

συμφερόντων της και με ζημία της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα, το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της με αριθμό πρωτοκόλλου διακήρυξης.

Νομίμως και παραδεκτώως φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

14. Επειδή, εφαρμοστέος στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ο Ν. 4412/2016 και ιδίως το άρθρο 232 «Λιμένες και αερολιμένες» (άρθρο 12 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), το άρθρο 253 παρ. 1 «Αρχές που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 36 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), το άρθρο 281 παρ. 1 και 5 «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης», το άρθρο 305 «Χρήση των λόγων αποκλεισμού και των κριτηρίων επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι» (άρθρο 80 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), το άρθρο 306 «Αποκλεισμός Οικονομικού Φορέα», το άρθρο 307 παρ. 2 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» (άρθρο 79 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), το άρθρο 308 παρ. 1 «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)», το άρθρο 315 «Ειδικοί κανόνες διεξαγωγής της διαδικασίας» και το άρθρο 318 «Ανάθεση συμβάσεων για κοινωνικές και άλλες ειδικές υπηρεσίες» (άρθρο 91 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) του Ν. 4412/2016.

15. Επειδή, περαιτέρω, στο κεφάλαιο 1 της Διακήρυξης με τίτλο «ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ ΚΑΙ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΣΥΜΒΑΣΗΣ», άρθρο 1.3 με τίτλο «Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης» (σελ. 4), ορίζεται ότι: *«Αντικείμενο της σύμβασης είναι η παροχή υπηρεσιών ασφαλείας, από Ιδιωτικές Επιχειρήσεις Παροχής Υπηρεσιών Ασφαλείας (ΙΕΠΥΑ) κατόχους της αδείας του Ν.2518/1997 (ΦΕΚ Α'164) όπως τροποποιήθηκε με το Ν.3707/2008 (ΦΕΚ Α'209) και ισχύει, όπως προβλέπεται*

στον Νόμο 3622/2007 (ΦΕΚ Α'281) όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 12 του Ν.4150/2013 (ΦΕΚ Α'102) και ισχύει, και σύμφωνα με την Υπουργική Απόφαση 4434.1/02/08 (ΦΕΚ Β'1877). Οι υπηρεσίες ασφαλείας αφορούν τον έλεγχο πρόσβασης προσώπων (ταυτοπροσωπία προσώπων, επιβατών, επισκεπτών, ταυτοποίηση οχημάτων και έρευνες ασφαλείας προσώπων, επιβατών, επισκεπτών, οχημάτων και εφοδίων) στους χώρους της Λιμενικής Εγκατάστασης, με τη βοήθεια των ηλεκτρονικών συσκευών ελέγχου χειραποσκευών, αποσκευών, εφοδίων και οχημάτων, όπως μαγνητικών πυλών, ακτινοσκοπικών μηχανημάτων (XRays) ή/και με φυσικό τρόπο ή/και με κυνοτεχνική ομάδα (Κ9). Επίσης έρευνες και περιπολίες ασφαλείας σε χώρους της Λιμενικής Εγκατάστασης και αναφορά συμβάντων στον ΥΑΛΕ ή/και όποιο εκπρόσωπο του Οργανισμού έχει ορίσει ο ΥΑΛΕ ή ορίζεται στο εγκεκριμένο Σχέδιο Ασφάλειας της Λιμενικής Εγκατάστασης (ΣΑΛΕ) και στο Σχέδιο Αντιμετώπισης Καταστάσεων Έκτακτης Ανάγκης (ΣΑΚΕΑ) του [...].» και στο άρθρο 1.4 με τίτλο «Θεσμικό πλαίσιο» (σελ. 5), ορίζεται ότι: «[...]. Οι προβλέψεις του ΣΑΛΕ δεν είναι δυνατόν να κοινοποιηθούν εν όλω ή εν μέρει στην παρούσα Διακήρυξη, δεδομένου ότι τόσο η ΑΑΛΕ, όσο και το ΣΑΛΕ, είναι εμπιστευτικά έγγραφα. Συνεπώς, ούτε στο παρόν κείμενο, ούτε κατά την εξέλιξη του Διαγωνισμού είναι δυνατόν να δοθούν ιδιαίτερες διευκρινήσεις.».

16. Επειδή, στο κεφάλαιο 2 της Διακήρυξης με τίτλο «ΓΕΝΙΚΟΙ ΚΑΙ ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ», άρθρο 2.2 με τίτλο «Δικαίωμα Συμμετοχής-Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής», παρ. 2.2.5 με τίτλο «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» (σελ. 15), ορίζεται ότι: «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού να καταθέτουν στον Φάκελο Δικαιολογητικών Συμμετοχής – Τεχνικής Προσφοράς τα εξής:

VI. Δημοσιευμένες εγκεκριμένες χρηματοοικονομικές καταστάσεις σύμφωνα με τον νόμο για τις διαχειριστικές χρήσεις 1.1.2015 - 31.12.2015, 1.1.2016 - 31.12.2016 και 1.1.2017 - 31.12.2017 (με συνημμένες σε καθεμιά από αυτές την

σχετική ανακοίνωση του Γενικού Εμπορικού Μητρώου), από τις οποίες χρηματοοικονομικές καταστάσεις να προκύπτουν τα μεγέθη των αποτελεσμάτων προ και μετά φόρων και ο κύκλος εργασιών από τα οποία θα αποδεικνύεται ότι i. κάθε μια από τις αναφερθείσες χρήσεις παρουσιάζει κέρδη μετά φόρων για κάθε έτος, επί ποινή αποκλεισμού και ii. κάθε μια από τις αναφερθείσες χρήσεις καλύπτει το δείκτη αποδόσεως και αποδοτικότητας: Αποτελέσματα προ φόρων/κύκλο εργασιών τουλάχιστον 1%. Στις περιπτώσεις όπου η δημοσίευσή τους είναι υποχρεωτική σύμφωνα με την περί εταιρειών νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο υποψήφιος Ανάδοχος. Για τις εταιρείες που δεν υποχρεούνται από το νόμο στην έκδοση Ισολογισμών, απαιτείται Δήλωση του συνολικού ύψους του ετήσιου κύκλου εργασιών και των κερδών για τις χρήσεις 2015 - 2017. [...].», στην παρ. 2.2.6 με τίτλο «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» (σελ. 15), ορίζεται ότι: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν κατάλληλη γνώση, εμπειρία και ικανότητα ώστε να ανταπεξέλθουν πλήρως, άρτια και ολοκληρωμένα στις απαιτήσεις του υπό ανάθεση έργου. Συγκεκριμένα, οι υποψήφιοι απαιτείται **επί ποινή αποκλεισμού** να καταθέτουν στον Φάκελο Δικαιολογητικών Συμμετοχής – Τεχνικής Προσφοράς τα εξής:

[...].

III. Το απαιτούμενο προσωπικό σε πλήρη ανάπτυξη (peak period, peak hours) που απαιτείται και για την κάλυψη ρεπό και αδειών ανέρχεται σε 80 άτομα. Λόγω της έλλειψης κατάλληλου αδειοδοτημένου και έμπειρου προσωπικού ασφαλείας, ο υποψήφιος ανάδοχος επί ποινή αποκλεισμού πρέπει να καταθέσει :

[...].

(η) αποδεικτικά ότι τουλάχιστον 1 άτομο του προτεινόμενου προσωπικού φύλαξης του υποψήφιου Αναδόχου που δύναται να απασχοληθεί στο έργο διαθέτει άδεια ταχυπλόου για περιπτώσεις ελέγχου με σκάφος θαλάσσης του Οργανισμού σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Σχέδιο Ασφάλειας Λιμενικής Εγκατάστασης (ΣΑΛΕ).

[...].

IV. Λόγω της αυξημένης επιβατικής κίνησης της κρουαζιέρας (για το έτος 2019, σύμφωνα με τα στοιχεία του Οργανισμού, περίπου τετρακόσιες (400) αφίξεις κρουαζιερόπλοιων με περίπου 710.000 επιβάτες και για το έτος 2020 περίπου τετρακόσιες δέκα (410) αφίξεις κρουαζιερόπλοιων με περίπου 750.000 επιβάτες) και των επιβατικών – οχηματαγωγών πλοίων από Ιταλία και Αλβανία καθώς και της θαλάσσιας απειλής, οι υποψήφιοι ανάδοχοι πρέπει να καταθέσουν με την προσφορά τους αποδεικτικά ότι διαθέτουν εντός της ομάδας έργου τουλάχιστον μία (1) επιχειρησιακά διαθέσιμη κυνοτεχνική μονάδα (σκύλος και συνοδός/χειριστής), με αποδεδειγμένη εμπειρία ως ενιαία μονάδα (σκύλος και συνοδός/χειριστής) τουλάχιστον εικοσιτεσσάρων (24) μηνών σε χώρα της ΕΕ σε λιμενικές εγκαταστάσεις ή αερολιμένες κατά την τελευταία τριετία για την ανίχνευση εκρηκτικών. Η εμπειρία αποδεικνύεται με βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης και υπογεγραμμένες συμβάσεις αντίστοιχων έργων φύλαξης λιμενικών εγκαταστάσεων ή αερολιμένων στην Ελλάδα ή την ΕΕ με κυνοτεχνική ομάδα (σκύλο και συνοδό/χειριστή) που να καλύπτουν χρονικό διάστημα εικοσιτεσσάρων (24) μηνών κατά την τελευταία τριετία πριν από τη διενέργεια του διαγωνισμού. Επίσης αποδεικτικά ότι μπορούν να διαθέσουν (εντός 12 ωρών, σε περίπτωση ανάγκης) τουλάχιστον μία (1) επιχειρησιακά διαθέσιμη κυνοτεχνική μονάδα (σκύλος και συνοδός/χειριστής), με αποδεδειγμένη εμπειρία τουλάχιστον εικοσιτεσσάρων (24) μηνών στην Ελλάδα ή σε χώρα της ΕΕ σε λιμενικές εγκαταστάσεις ή αερολιμένες κατά την τελευταία τριετία για την ανίχνευση ανθρωπίνων ζώων, που επιχειρούν να παραβιάσουν μέτρα ασφαλείας, σε κρίσιμες καταστάσεις, συναφείς με το αντικείμενο της διακήρυξης (λιμένες). Η εμπειρία αποδεικνύεται με βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης και υπογεγραμμένες συμβάσεις αντίστοιχων έργων φύλαξης λιμενικών εγκαταστάσεων ή αερολιμένων με κυνοτεχνική ομάδα (σκύλο και συνοδό/χειριστή) που να καλύπτουν χρονικό διάστημα εικοσιτεσσάρων (24) μηνών κατά την τελευταία τριετία πριν από τη διενέργεια του διαγωνισμού. Οι συνοδοί των κυνοτεχνικών μονάδων πρέπει να διαθέτουν κατά την υποβολή προσφοράς τεκμηριωμένα απολυτήριο λυκείου, εν ισχύ άδεια προσωπικού ασφαλείας κατά τα οριζόμενα στο Ν. 2518/1997, με προϋπηρεσία τουλάχιστον 3

ετών σε υπηρεσίες φύλαξης λόγω της σπουδαιότητας και της επικινδυνότητας του έργου καθώς και εκπαίδευση στη διαχείριση πλήθους, να διαθέτουν προϋπηρεσία τουλάχιστον εικοσιτεσσάρων (24) μηνών στην φύλαξη πιστοποιημένης κατά ISPS Λιμενικής Εγκατάστασης ή αερολιμένες κατά τα τελευταία τρία (3) έτη και προϋπηρεσία ως συνοδοί / χειριστές σκύλων κυνοτεχνικής μονάδας σε λιμενικές εγκαταστάσεις ή αερολιμένες τουλάχιστον εικοσιτεσσάρων (24) μηνών.», στην παρ. 2.2.7 με τίτλο «Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης» (σελ. 18), ορίζεται ότι: «Οι οικονομικοί φορείς για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης οφείλουν επί ποινή απόρριψης να αποδείξουν -προσκομίζοντας με το φάκελο Δικαιολογητικών Συμμετοχής - Τεχνικής τους προσφοράς τα αντίστοιχα πιστοποιητικά ISO- ότι συμμορφώνονται με:

Ι. ISO 9001:2015 ή ισοδύναμο αυτού - Συστήματα Διαχείρισης Ποιότητας στις υπηρεσίες ασφάλειας και εκπαίδευσης για λιμενικές εγκαταστάσεις & ασφάλεια λιμένων, φύλαξης κτιριακών εγκαταστάσεων & περιπολίες, υπηρεσίες γενικής ασφάλειας, λειτουργία υπηρεσιών Κ9 (Κυνοτεχνικών Ομάδων) για την ανίχνευση εκρηκτικών, παράνομων ουσιών (ναρκωτικών) & παράνομων μεταναστών σε ισχύ με δυνατότητα υποστήριξης της προσβασιμότητας για άτομα με ειδικές ανάγκες, [...].» και στην παρ. 2.2.8 με τίτλο «Στήριξη στην ικανότητα τρίτων» (σελ. 19), ορίζεται ότι: «Δεν είναι αποδεκτή η στήριξη σε ικανότητα τρίτων.», ενώ στην παρ. 2.3.1 με τίτλο «Κριτήριο Ανάθεσης» (σελ. 22), ορίζεται ότι: «Κριτήριο ανάθεσης της Σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά: βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής.

Για τις ανάγκες της τεχνικής αξιολόγησης, η Επιτροπή Διαγωνισμού θα ακολουθήσει την παρακάτω περιγραφόμενη διαδικασία:

Ι. Θα ελέγξει το περιεχόμενο των τεχνικών προσφορών, προκειμένου να διαπιστώσει εάν ικανοποιούν τους όρους της Διακήρυξης και θα καταχωρήσει, σε σχετικό πρακτικό της, τυχόν προσφορές που χαρακτηρίζει απορριπτές, αναλύοντας, για κάθε μία από αυτές, τους ακριβείς λόγους απόρριψης.

Αριθμός Απόφασης: 1218/2019

II. Εφόσον σε αυτό το στάδιο της διαδικασίας υπάρχουν τέτοιες απορριπτικές προσφορές, η Επιτροπή Διαγωνισμού θα διαβιβάσει το πρακτικό απόρριψης στην Αναθέτουσα Αρχή για την έκδοση των σχετικών αποφάσεων απόρριψης.

III. Θα προχωρήσει στη βαθμολόγηση της τεχνικής προσφοράς των αποδεκτών προσφορών σύμφωνα με τα “Κριτήρια Αξιολόγησης”, όπως αυτά προσδιορίζονται στον παρακάτω πίνακα:

Κριτήρια αξιολόγησης τεχνικών προσφορών

- Για την τεχνική βαθμολόγηση των προσφορών που θα κριθούν αποδεκτές και δεν θα απορριφθούν για οποιοδήποτε λόγο σε προηγούμενο στάδιο της διαδικασίας διενέργειας, θα χρησιμοποιηθούν οι παρακάτω πίνακες κριτηρίων και αναλυτικής βαθμολογίας με τους αντίστοιχους συντελεστές βαρύτητας.

A/A	Κριτήρια Αξιολόγησης	Συντελεστής Βαρύτητας
A.1	Συμβατική Συμπεριφορά Η Συμβατική Συμπεριφορά ελέγχεται από την επιτυχή εκτέλεση προηγούμενης συμβατικής σχέσης στον τομέα της παροχής υπηρεσιών ασφάλειας κατά την περίοδο 2015 έως και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, η οποία τεκμαίρεται με πράξεις επιβολής προστίμων υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας εις βάρος της εταιρείας στο διάστημα αυτό	40%
A.2.	Προσόντα Ομάδας Έργου - Στελεχών και προσωπικού Εκτέλεσης των Εργασιών Τα προσόντα βαθμολογούνται σύμφωνα με τις περιπτώσεις 2γ & 2δ του άρθρου 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα	40%
A.3	Οργάνωση και υποδομή του Υποψηφίου για την Εκτέλεση του Έργου Πληρότητα, ρεαλιστικότητα, αποτελεσματικότητα του	20%

<p><i>προτεινόμενου από τον συμμετέχοντα σχεδίου φύλαξης και των μεθόδων αντιμετώπισης τυχόν παραβατικών περιστατικών ή εκτάκτων αναγκών κυρίως στους χώρους της Λιμενικής Εγκατάστασης</i></p> <p><i>Αξιοπιστία και ρεαλιστικότητα της μεθοδολογίας εσωτερικού ελέγχου και επόπτευσης των υπηρεσιών φύλαξης</i></p> <p><i>Μέτρα Εξασφάλισης της ποιότητας - Μέσα Έρευνας και Μελέτης - Συστήματα Εξυπηρέτησης Πελατών</i></p> <p><i>Προγράμματα Εκπαίδευσης Προσωπικού - Συστήματα Διαχείρισης Εκπαίδευσης και Διαρκούς Επιμόρφωσης του προσωπικού φύλαξης</i></p>	
ΑΘΡΟΙΣΜΑ ΣΥΝΟΛΟΥ ΣΥΝΤΕΛΕΣΤΩΝ ΒΑΡΥΤΗΤΑΣ 100%	100%

A.1 Συμβατική Συμπεριφορά:

Συγκεκριμένα βαθμολογείται:

- Με 100 βαθμούς ο υποψήφιος στον οποίο είχαν επιβληθεί δύο (2) πρόστιμα υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας κατά την ως άνω αναφερόμενη χρονική περίοδο (Βλέπε κριτήριο A1).
- Με 110 βαθμούς ο υποψήφιος στον οποίο είχε επιβληθεί ένα (1) πρόστιμο υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας κατά την ως άνω αναφερόμενη χρονική περίοδο (Βλέπε κριτήριο A1).
- Με 120 βαθμούς ο υποψήφιος στον οποίο δεν είχαν επιβληθεί κανένα πρόστιμο υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας κατά την ως άνω αναφερόμενη χρονική περίοδο (Βλέπε κριτήριο A1).

Σε περίπτωση υποβολής ανακριβών στοιχείων ή επιβολής άνω των δύο (2) πρόστιμων υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας κατά την ως άνω αναφερόμενη χρονική περίοδο (Βλέπε κριτήριο A1) η προσφορά του συμμετέχοντα στον διαγωνισμό είναι απαράδεκτη και δεν βαθμολογείται. [...].».

17. Επειδή, τέλος, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II – Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων (προσαρμοσμένο από την Αναθέτουσα Αρχή) της Διακήρυξης, στα «**Διαθέσιμα**

Μέσα» (σελ. 45), ορίζεται ότι: «Ο Ανάδοχος, είναι υποχρεωμένος να διαθέσει στο προσωπικό που θα χρησιμοποιήσει για την παροχή υπηρεσιών ασφαλείας στη Λιμενική Εγκατάσταση Κέρκυρας, τα κατάλληλα για το σκοπό αυτό μέσα, σύμφωνα πάντα με τις κείμενες διατάξεις και το εγκεκριμένο ΣΑΛΕ. Ο ανάδοχος υποχρεούται να διαθέτει το κατά τα ανωτέρω προσωπικό του ανάλογα με τις εκάστοτε ανάγκες της και τις σχετικές οδηγίες. Το προσωπικό της αναδόχου Εταιρείας θα φέρει στολή με τα διακριτικά και τα σήματα της Εταιρείας καθώς και το διατιθέμενο από αυτή ατομικό εξοπλισμό ασφαλείας για την άσκηση της φύλαξης, όπως φακό, σφυρίχτρα κλπ σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις. Η κατά τα ανωτέρω φύλαξη πραγματοποιείται από ένστολο προσωπικό σύμφωνα με το εφαρμοζόμενο εγκεκριμένο Σχέδιο Ασφάλειας Λιμενικής Εγκατάστασης σύμφωνα με τις απαιτήσεις του κώδικα ISPS (ΣΑΛΕ). Απαιτείται η διάθεση εντός της ομάδας έργου τουλάχιστον μίας επιχειρησιακά διαθέσιμης κυνοτεχνικής ομάδας K9 για την ανίχνευση εκρηκτικών αποτελούμενη από εκπαιδευμένο σκύλο K9 και τον εκπαιδευτή / συνοδό του σκύλου με προϋπηρεσία τουλάχιστον 24 μήνες σε αντίστοιχο έργο λιμενικών εγκαταστάσεων ή αερολιμένα και μιας επιχειρησιακά διαθέσιμης κυνοτεχνικής ομάδας K9 ανίχνευσης ανθρωπίνων ζώων (και μπορούν να παρουσιάσουν εντός 12 ωρών, σε περίπτωση ανάγκης) αποτελούμενη από εκπαιδευμένο σκύλο K9 και τον εκπαιδευτή / συνοδό του σκύλου με προϋπηρεσία τουλάχιστον 24 μήνες σε αντίστοιχο έργο λιμενικών εγκαταστάσεων ή αερολιμένα και σύμφωνα με τις απαιτήσεις της παραγράφου 1ζ του άρθρου 4 του ν. 3707/2008 (Α΄209). [...]».

18. Επειδή, έτι περαιτέρω, έχει κριθεί ότι ο αναθέτων φορέας είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερος να διαμορφώνει κατά την κρίση του τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης παροχής υπηρεσιών, ως προς τις παρασχετέες υπηρεσίες, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες του από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών του, δεν παραβιάζει τους κανόνες του

Αριθμός Απόφασης: 1218/2019

ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σε αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (πρβλ. ΣτΕ 189/2015, ΕΑ ΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Περαιτέρω, η θέσπιση όρων τεχνικής ικανότητας των προσφερόντων, ενόψει των περιορισμών που συνεπάγονται, πρέπει να δικαιολογείται από τη φύση, την ποσότητα, το μέγεθος, τη σπουδαιότητα, την πολυπλοκότητα και τις εξειδικευμένες απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, ώστε να μην παραβιάζεται ομοίως η γενική αρχή της αναλογικότητας που ορίζει κατά το ενωσιακό δίκαιο, ότι οι όροι αυτού δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου (βλ. ΕΛΣυν 2590/2016, ΔΕΕ C-213/07, Μηχανική Α.Ε. σκ. 44-48 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία, C-234/03 CONTSE και τη 2η αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ). Ως εκ τούτου, τα κριτήρια και τα μέσα απόδειξης της ελάχιστης απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων που επιλέγονται από τις αναθέτουσες αρχές πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης και να μην άγουν σε υπέρμετρο περιορισμό του δικαιώματος πρόσβασης στον διαγωνισμό, ώστε να διασφαλίζεται η ανάπτυξη ανταγωνισμού και η επιλογή της βέλτιστης προσφοράς (ΕΛΣυν Τμ. Μείζονος – Επταμελούς Σύνθεσης 3372/2011, 3065/2014, VI Τμ. 2484/2012, 558/2014, 3392/2015, 1759, 3329/2015).

19. Επειδή, ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 282 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, το οποίο ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 60 της Οδηγίας

2014/25/ΕΕ, θα πρέπει οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και επιπλέον να μην θέτουν 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 αυτής χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου. Εξάλλου είναι αδικαιολόγητος ο περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω τεχνικής προδιαγραφής που λειτουργεί ως κριτήριο αποκλεισμού από την ανάθεση, όταν μεταξύ άλλων δεν συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης (ΔΕΕ, Απόφαση της 17^{ης} Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99 Concordia, Συλλογή 2002, σ. I-7213, σκέψεις 59 και 65, Απόφαση της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01 Wienstrom, Συλλογή 2003, σ. I4527, σκέψη 34) ή παραβιάζει αρχές του ενωσιακού δικαίου, όπως της ίσης μεταχείρισης (ΔΕΕ, Απόφαση της 12^{ης} Μαρτίου 2015, C-538/13 eVigilo, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2015:166, σκέψη 33, Απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψη 110, Απόφαση 6^{ης} Νοεμβρίου 2014, C-42/13 Cartiera dell' Adda, Ηλεκτρ. Συλλογή EU:C:2014:2345, σκέψη 44, απόφαση της 10ης Μαΐου 2012, C-368/10 Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:284, σκέψη 87 και Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέως Kokkot στην ίδια υπόθεση, σημ. 104).

20. Επειδή, εξάλλου, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό τη μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 303/2007, 307/2007), ενώ ομοίως έχει παγίως κριθεί, ότι απαράδεκτως προβάλλονται ισχυρισμοί ως προς την σκοπιμότητα της θέσπισης συγκεκριμένης

Αριθμός Απόφασης: 1218/2019

προδιαγραφής (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 354/2014, 1140/2010 ΕΑ ΣΤΕ 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.).

21. Επειδή κατά την έννοια των προαναφερθεισών διατάξεων του νόμου, θα πρέπει οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και επιπλέον να μην θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού με τη θέσπιση απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτές χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη ανταγωνισμού (βλ. απόφαση ΕλΣυν, Τμήμα VI 2402/2010), καθώς επίσης, και συμφώνως με την αρχή της διαφάνειας, να μην περιλαμβάνουν ορολογία, η οποία θα μπορούσε να οδηγήσει σε απροσδιοριστία, ούτε στοιχεία που μειώνουν τον ανταγωνισμό ή δημιουργούν διακρίσεις (ΑΕΠΠ 206/2017).

22. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με τις εισαγωγικές παρατηρήσεις του, όπως αναφέρονται στις προαναφερθείσες απόψεις του, υποστηρίζει τα ακόλουθα:

«Νομικό καθεστώς διέπουν την υπό κρίση διακήρυξη

Η παροχή υπηρεσιών ασφαλείας λιμενικών εγκαταστάσεων ανάγεται στην εκμετάλλευση γεωγραφικής περιοχής με αντικείμενο τη διάθεση λιμένος σε θαλάσσιους μεταφορείς και εμπίπτει ως εκ τούτου στο Βιβλίο II του ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα αφορά σε κοινωνικές και άλλες ειδικές υπηρεσίες που περιέχονται στον κατάλογο του Παραρτήματος XVII του Προσαρτήματος Β. Ειδικά δε για την ανάθεση υπηρεσιών ασφαλείας, που περιέχονται στον κατάλογο του Παραρτήματος XVII του Προσαρτήματος Β η Οδηγία 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 έχει προβλέψει στο προοίμιό της ότι: «120. Ορισμένες κατηγορίες υπηρεσιών εξακολουθούν λόγω της φύσης τους να έχουν περιορισμένη διασυνοριακή διάσταση, και συγκεκριμένα οι υπηρεσίες που είναι γνωστές ως προσωπικές, όπως ορισμένες κοινωνικές, υγειονομικές και εκπαιδευτικές υπηρεσίες. Οι εν

λόγω υπηρεσίες παρέχονται εντός συγκεκριμένου πλαισίου που ποικίλλει σημαντικά από το ένα κράτος μέλος στο άλλο, λόγω διαφορετικών πολιτισμικών παραδόσεων. Συνεπώς πρέπει να θεσπιστεί ειδικό καθεστώς για τις συμβάσεις που καλύπτουν αυτές τις υπηρεσίες, με υψηλότερο όριο, εν σχέσει με το ισχύον για άλλες υπηρεσίες. [...] 123. Η κτηθείσα πείρα έχει καταδείξει ότι μια σειρά άλλων υπηρεσιών, όπως οι υπηρεσίες διάσωσης, οι υπηρεσίες πυρόσβεσης και οι σωφρονιστικές υπηρεσίες, ως επί το πλείστον παρουσιάζουν κάποιο διασυνοριακό ενδιαφέρον μόνο από τη στιγμή που αποκτούν επαρκή κρίσιμη μάζα μέσω της σχετικά υψηλής αξίας τους. Εφόσον δεν αποκλείονται από το πεδίο εφαρμογής της παρούσας οδηγίας, θα πρέπει να καλύπτονται από το απλοποιημένο καθεστώς. Η πιθανότητα να παρουσιάσουν διασυνοριακό ενδιαφέρον ορισμένες άλλες κατηγορίες υπηρεσιών, όπως οι υπηρεσίες διερεύνησης και ασφάλειας, θα είναι κατά κανόνα υπαρκτή μόνον άνω του ορίου του 1 000 000 EUR και κατά συνέπεια μόνο τότε θα πρέπει να υπόκεινται στο απλοποιημένο καθεστώς.» Επίσης το άρθρο 91 - Ανάθεση συμβάσεων για κοινωνικές και άλλες ειδικές υπηρεσίες της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ ορίζει ότι: «Οι συμβάσεις για κοινωνικές και άλλες ειδικές υπηρεσίες, όπως υπηρεσίες ξενοδοχείων και εστίασης ή ορισμένες νομικές, σωστικές ή διοικητικές υπηρεσίες, οι οποίες αναφέρονται στο παράρτημα XVII ανατίθενται σύμφωνα με το παρόν κεφάλαιο εφόσον η αξία των συμβάσεων ισούται ή υπερβαίνει το κατώτατο όριο που ορίζεται στο άρθρο 15 στοιχείο γ).». Το άρθρο 91 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ μεταφέρθηκε από το νομοθέτη στο ελληνικό δίκαιο με το άρθρο 318 ν. 4412/2016, που προβλέπει στην παρ. 1 ότι «... Οι συμβάσεις για κοινωνικές και άλλες ειδικές υπηρεσίες, που αναφέρονται στο Παράρτημα XVII του Προσαρτήματος Β', ανατίθενται, σύμφωνα με την παρ. 3, τα άρθρα 319 έως 321, καθώς και τις ειδικότερες διατάξεις που καθορίζουν τους εφαρμοστέους διαδικαστικούς κανόνες και προβλέπονται στα έγγραφα της σύμβασης. ...». Στο Παράρτημα XVII του Προσαρτήματος Β' περιλαμβάνονται ως Υπηρεσίες ερευνών και ασφαλείας οι υπηρεσίες με αριθμούς CPV έως οι υπηρεσίες φύλαξης με CPV, που αναφέρεται στον όρο 1.3 της διακήρυξης ως αντικείμενο της διακήρυξης.

Συνεπώς ο Οργανισμός μας ως αναθέτουσα αρχή στην προκειμένη περίπτωση ανάθεσης υπηρεσιών φύλαξης, που περιλαμβάνονται στις κοινωνικές και άλλες ειδικές υπηρεσίες που εμπίπτουν λόγω της σύνδεσής του με τους πρώην εξαιρούμενους τομείς στις ρυθμίσεις του Βιβλίου II με CPV, δεν είναι εκ του νόμου υποχρεωμένος να τηρήσει τις προβλέψεις των άρθρων που επικαλείται η προσφεύγουσα, στις οποίες στηρίζει το μη νόμιμο του όρου 2.3.1 ως κριτηρίου ανάθεσης, αλλά δεσμεύεται για την επιλογή των κριτηρίων ανάθεσης μόνο από το άρθρο 318 ν. 4412/2016, σύμφωνα με το οποίο οι συμβάσεις αυτές ανατίθενται σύμφωνα με την παράγραφο 3 του ίδιου άρθρου και τα άρθρα 319 έως 321. Σύμφωνα με την ειδικότερη αυτή διάταξη, που διέπει τον συγκεκριμένο διαγωνισμό, η αναθέτουσα αρχή είναι ελεύθερη (χωρίς τις δεσμεύσεις του Βιβλίου I, αλλά και χωρίς τις δεσμεύσεις των λοιπών άρθρων του Βιβλίου II, πλην των ειδικώς αναφερομένων στο άρθρο 318), να επιλέξει τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και ανάθεσης που θα περιλάβει στα έγγραφα της σύμβασης, προκειμένου ο ανάδοχος που θα επιλεγεί να είναι ο πλέον κατάλληλος σύμφωνα με τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά των προς ανάθεση υπηρεσιών και η προσφορά η πλέον συμφέρουσα βάσει της προσφοράς που παρουσιάζει τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής, όπως ρητά ορίζεται στην παράγραφο 3 του άρθρου 318 ν. 4412/2016 και στο άρθρο 320 ν. 4412/2016, στο οποίο παραπέμπει η παράγραφος 1 του άρθρου 318, που προβλέπει στην παράγραφο 2 ότι «2. Οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να προβλέπουν ότι η επιλογή του παρόχου υπηρεσιών γίνεται βάσει της προσφοράς που παρουσιάζει τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής, λαμβανομένων υπ' όψιν των κριτηρίων ποιότητας και βιωσιμότητας για τις κοινωνικές υπηρεσίες». Ρητά δε προβλέπεται στην ίδια παράγραφο 3 του άρθρου 318 ν. 4412/2016 ότι οι αναθέτοντες φορείς πρέπει να τηρούν μόνο τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης χωρίς καμία ειδικότερη αναφορά σε συγκεκριμένα κριτήρια ανάθεσης και δεν προβλέπεται ούτε στην οδηγία 2014/25 ούτε στο ν. 4412/2016 εφαρμογή των διατάξεων και των περιορισμών που επικαλείται η προσφεύγουσα στην προσφυγή της.

Επισημαίνεται πάντως ότι ούτε μία από τις επικαλούμενες από την προσφεύγουσα αποφάσεις δεν αφορά σε υπηρεσίες ασφαλείας ή άλλες υπηρεσίες που περιέχονται στον κατάλογο του Παραρτήματος XVII του Προσαρτήματος Β και συνεπώς δεν έχουν εφαρμογή στην προκειμένη περίπτωση.

Πέραν της πρώτης αυτής καθοριστικής επισήμανσης, που καθιστά όλους τους λόγους προσφυγής της προσφεύγουσας εξ ορισμού απορριπτέους, αναφέρουμε επιπροσθέτως και τα ακόλουθα: [...]».

23. Επειδή, σχετικά με τις ανωτέρω αναφορές του αναθέτοντος φορέα, λεκτέα τυγχάνουν τα εξής. Όπως ορθά επισημαίνει ο αναθέτων φορέας, το αντικείμενο του προκειμένου διαγωνισμού, όπως αποτυπώνεται στα έγγραφα του διαγωνισμού, αλλά και στο αντίστοιχο CPV (.....), πράγματι εμπίπτει στην έννοια των κοινωνικών και άλλων ειδικών υπηρεσιών που αναφέρονται στο Παρτάρτημα XVII του Προσαρτήματος Β του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 318 του νόμου, όπως αυτό ενσωμάτωσε στην εθνική νομοθεσία το άρθρο 91 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ. Επίσης, είναι αληθές ότι οι εν λόγω συμβάσεις για κοινωνικές και άλλες ειδικές υπηρεσίες, πράγματι, σύμφωνα με τη ρητή διατύπωση του άρθρου 318, ανατίθενται σύμφωνα με την παρ. 3 αυτού, τα άρθρα 319 έως 321 του Ν. 4412/2016, καθώς και τις ειδικότερες διατάξεις που καθορίζουν τους εφαρμοστέους διαδικαστικούς κανόνες και προβλέπονται στα έγγραφα της σύμβασης. Ωστόσο, σε αντίθεση με τα εσφαλμένα συμπεράσματα του αναθέτοντος φορέα, από κανένα σημείο του προαναφερθέντος πλέγματος διατάξεων δεν συνάγεται ότι αποκλείεται εκ προοιμίου η εφαρμογή του συνόλου των λοιπών άρθρων του Βιβλίου Ι και ΙΙ του Ν. 4412/2016. Πολλώ δε μάλλον, καίτοι εφαρμοστέα στους διαγωνισμούς των κατηγοριών συμβάσεων του άρθρου 318 είναι αποκλειστικά και μόνο τα άρθρα 319-321, τα οποία αφορούν απλά και μόνο τις διαδικασίες δημοσίευσης, τη διαδικασία ανάθεσης και τις συμβάσεις υπηρεσιών που ανατίθενται κατ' αποκλειστικότητα είναι σαφές ότι, εξ ορισμού δεν επαρκούν για να ρυθμίσουν ικανοποιητικά όλο το φάσμα των ανακυπτόμενων ζητημάτων σε μία

διαγωνιστική διαδικασία. Σε συνέχεια των ανωτέρω συλλογισμών, είναι όλως εσφαλμένος ο ισχυρισμός του αναθέτοντος φορέα ότι είναι ελεύθερος να επιλέξει τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και ανάθεσης που θα περιλάβει στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς τους περιορισμούς που τίθενται από το εθνικό και ενωσιακό δίκαιο, συγχέοντας ανεπίτρεπτα το κριτήριο ανάθεσης με τα κριτήρια επιλογής του υποψηφίου, τα οποία αφορούν την προσωπική του κατάσταση και έχουν κριθεί ήδη σε προγενέστερο στάδιο. Τα ανωτέρω δε επιρρωνύονται από τις ίδιες τις ρυθμίσεις που επικαλείται ο αναθέτων φορέας, καθώς στην παρ. 3 του άρθρου 318 αναφέρεται ρητά ότι: *«Σε κάθε περίπτωση οι αναθέτοντες φορείς πρέπει να τηρούν τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων και οι διαδικαστικοί κανόνες των παραγράφων 1 και 2 πρέπει να επιτρέπουν στις αρμόδιες αρχές να λαμβάνουν υπ' όψιν τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά των σχετικών υπηρεσιών.»*, ενώ και στην παρ. 2 του άρθρου 320, ορίζεται σαφώς ότι: *«Οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να προβλέπουν ότι η επιλογή του παρόχου υπηρεσιών γίνεται βάσει της προσφοράς που παρουσιάζει τη βέλτιστη σχέση ποιότητας – τιμής, λαμβανομένων υπ' όψιν των κριτηρίων ποιότητας και βιωσιμότητας για τις κοινωνικές υπηρεσίες.»*. Από τις σχετικές διατάξεις όμως, ουδόλως μπορεί να εξαχθεί το συμπέρασμα ότι ο αναθέτων φορέας, κατά τη διεξαγωγή διαγωνισμών για την ανάθεση των συμβάσεων του άρθρου 318, μπορεί να αποκλίνει ως προς την επιλογή του κριτηρίου ανάθεσης ή να αλλοιώνει το περιεχόμενο αυτού, όπως αποτυπώνεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, όπως όλως αβάσιμα υποστηρίζει ο αναθέτων φορέας. Τουναντίον, υπόκειται και η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης, σαφώς στο ρυθμιστικό πλαίσιο του Ν. 4412/2016 εν συνόλω, υπό την έννοια της τήρησης των θεμελιωδών αρχών του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, όπως άλλωστε προκύπτει και από το περιεχόμενο της ίδιας της διακήρυξης, όπου στο άρθρο 1.2 αναφέρεται απερίφραστα ότι: *«Ο διαγωνισμός θα διεξαχθεί με την ανοικτή διαδικασία του άρθρου 311 του ν. 4412/16 και γενικότερα σύμφωνα με τις διατάξεις του ΒΙΒΛΙΟΥ II του Ν. 4412/16, λόγω της δραστηριότητας της Αναθέτουσας Αρχής.»*, ενώ και στο «Θεσμικό πλαίσιο» του άρθρου 1.4 της

διακήρυξης, ρητά αναφέρεται ο Ν. 4412/2016 ως ισχύον κανονιστικό πλαίσιο. Κατά συνέπεια, οι σχετικοί ισχυρισμοί του αναθέτοντος φορέα, σχετικά με το ρυθμιστικό πλαίσιο διεξαγωγής του επίμαχου διαγωνισμού είναι μερικώς μόνο ορθοί κατά τα ως άνω εκτεθέντα.

24. Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο προσφυγής (υπό ΙΙΙ. Λόγοι προσφυγής, «Πρώτος λόγος προσφυγής: Η βαθμολόγηση προστίμων, ως κριτήριο ανάθεσης»), η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο προσβαλλόμενος υπό 2.3.1 όρος της διακήρυξης, αν και χαρακτηρίζεται ως κριτήριο αξιολόγησης, συνιστά συγκαλυμμένο κριτήριο ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων αναδόχων. Ως εκ τούτου, δεν είναι επιτρεπτό, μεταξύ των στοιχείων που καθορίζουν την ποιότητα, ως επιμέρους στοιχείο της συμβατικής συμπεριφοράς του υποψήφιου αναδόχου σε προηγούμενες συμβάσεις (σε ποσοστό συντελεστή βαρύτητας 40%), να βαθμολογείται και να κρίνεται κατ' αποκλειστικότητα, η συμβατική συμπεριφορά με αναγωγή στις πράξεις επιβολής προστίμων υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας εις βάρος των οικονομικών φορέων και μάλιστα από το έτος 2015 έως και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Συγκεκριμένα, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι ο επίμαχος όρος της διακήρυξης είναι ακυρωτέος, δοθέντος ότι παράνομα τίθεται ως κριτήριο αξιολόγησης, ενώ περαιτέρω επικαλείται ότι ο όρος αυτός κρίνεται ως μη νόμιμος, στο μέτρο που εισάγει συγκαλυμμένα έναν νέο λόγο αποκλεισμού, σε αντίθεση προς τον νόμο και τους λοιπούς όρους της διακήρυξης και αποκλείει εκ προοιμίου το δικαίωμα των οικονομικών φορέων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό για λόγους που δεν προβλέπονται στον νόμο, όπως αναλυτικά εκθέτει στις σελ. 7-18 της υπό κρίση προσφυγής της, υπό α)-δ). Επί του ίδιου ως άνω λόγου προσφυγής, ο αναθέτων φορέας, με τις από 09.09.2019 Απόψεις του, οι οποίες κοινοποιήθηκαν αυθημερόν στην Α.Ε.Π.Π. υποστηρίζει ότι: *«1. Ως προς τον πρώτο λόγο προσφυγής:*

Ο συγκεκριμένος διαγωνισμός αφενός μεν δεν καταλαμβάνεται από τους περιορισμούς του άρθρου 305 και των λοιπών άρθρων του ν. 4412/2016 που επικαλείται η προσφεύγουσα, όπως προαναφέρθηκε, αλλά διέπεται μόνο από τα

άρθρα 319-321 ν. 4412/2016, αφετέρου δε οι προς ανάθεση υπηρεσίες είναι άκρως εξειδικευμένες υπηρεσίες ασφαλείας λιμενικών εγκαταστάσεων σύμφωνα με τον Κώδικα ISPS και τον Ευρωπαϊκό Κανονισμό (ΕΚ) αριθ. 725/2004 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 31^{ης} Μαρτίου 2004 για τη βελτίωση της ασφάλειας στα πλοία και στις λιμενικές εγκαταστάσεις. Για την εξασφάλιση υψηλής ποιότητας υπηρεσιών ασφαλείας στη λιμενική μας εγκατάσταση, όπου διέρχονται εκατομμύρια επιβάτες ετησίως, απαιτείται αυξημένη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του αναδόχου, όπως έχει ρητά προβλεφθεί στον όρο 2.2.6 της διακήρυξης, με ιδιαίτερη μάλιστα έμφαση στην ικανότητα και εμπειρία του προσωπικού, που θα αναλάβει να εκτελέσει τις υπηρεσίες ασφαλείας στη λιμενική μας εγκατάσταση. Επιπροσθέτως δε το κριτήριο της συμβατικής συμπεριφοράς του υποψηφίου αναδόχου, όπως προβλέπεται στον όρο 2.3.1. Α1 της διακήρυξης συνδέεται άρρηκτα και με τον τρόπο παροχής των συγκεκριμένων υπό ανάθεση υπηρεσιών και ειδικότερα με την ποιοτική εκτέλεσή τους, αφού η επίτευξη υψηλού επιπέδου οργάνωσης των παρεχομένων υπηρεσιών με την λήψη των κατάλληλων οργανωτικών μέτρων συντελεί αποτελεσματικά στην αποφυγή τυχόν παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας και συνακόλουθα στην μη επιβολή προστίμων, συνεπώς συνδέεται άρρηκτα με την ποιότητα των προσφερομένων υπηρεσιών και ορθώς και νομίμως έχει προβλεφθεί ως κριτήριο αξιολόγησης με μειωμένο μάλιστα συντελεστή βαρύτητας μόλις 40% και συνεπώς πρόκειται για επιτρεπτό και θεμιτό συνδυασμό κριτηρίων επιλογής και ανάθεσης για τις συγκεκριμένες εξειδικευμένες υπηρεσίες υπό ανάθεση (ΕΣ 393/2013, ΕΣ 3212/2013, ΕΣ 558/2014, βλ. και Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Γ' έκδοση 2019, σελ. 520-521 περί του ότι υπό συγκεκριμένες συνθήκες πράγματι κριτήρια ποιοτικής επιλογής μπορούν να αποτελούν και κριτήρια ανάθεσης, ακόμα και για τις διεπόμενες από τις γενικές διατάξεις των οδηγιών υπηρεσίες).

Επισημαίνεται δε ότι λόγος αποκλεισμού του υποψηφίου οικονομικού φορέα συντρέχει σύμφωνα με το νόμο, όταν έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς: αα)

τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους, ενώ σύμφωνα με τη γνωστή καθυστέρηση στην απονομή δικαιοσύνης μόνο εάν δεν ασκήσει ο οικονομικός φορέας προσφυγή κατά των πράξεων επιβολής προστίμου, εκείνα θα έχουν τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ εντός των προβλεπομένων στο νόμο δύο (2) ετών. Ενδεικτικό μάλιστα είναι ότι δεν έχει καν προσδιορισθεί δικάσιμος για την συζήτηση της πολύ υψηλής σοβαρότητας παράβασης και πράξης επιβολής προστίμου στην προσφεύγουσα με ημερομηνία 9.11.2017, όπως η ίδια αναφέρει στη σελίδα 15 της προδικαστικής της προσφυγής, με συνέπεια να μην μπορεί να συντρέξει ποτέ λόγος αποκλεισμού της με βάση την πολύ σοβαρή αυτή παράβαση της εργατικής νομοθεσίας, δεδομένου ότι όταν θα αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ η εν λόγω παράβαση μετά από πολλά χρόνια, θα έχει οπωσδήποτε παρέλθει χρονικό διάστημα πολύ μεγαλύτερο των δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς (σε οποιοδήποτε διαγωνισμό) και συνεπώς ουδέποτε θα δύναται να ληφθεί υπόψη ως λόγος αποκλεισμού ακόμα και αν λάβει εν τέλει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Με βάση τα παραπάνω, ένας υποψήφιος οικονομικός φορέας που επιθυμεί να συμμετέχει σε δημόσιους διαγωνισμούς με το ελάχιστο κόστος προκειμένου να είναι μειοδότης, θα επιλέξει να μην λαμβάνει οργανωτικά και τεχνικά μέτρα που εξασφαλίζουν την ορθολογική διαχείριση του προσωπικού, την τήρηση της εργατικής νομοθεσίας περί χρόνου εργασίας, αμοιβών, αδειών κ.ο.κ. και εν τέλει την υψηλότερη ποιότητα υπηρεσιών, επειδή έχουν αυξημένο κόστος και συνεπώς επιλέγεται υψηλότερη τιμή προσφοράς, πλην όμως συμβάλλουν αποφασιστικά σε υψηλότερο επίπεδο προσωπικού και παρεχομένων

υπηρεσιών ασφαλείας. Προκειμένου να λαμβάνεται υπόψη αυτή η σχέση ποιότητας τιμής, προβλέφθηκε το συγκεκριμένο κριτήριο αξιολόγησης στον όρο 2.3.1. Α1 της διακήρυξης.

Συνεπώς το κριτήριο της συμβατικής συμπεριφοράς εν προκειμένω κατ' εξοχήν συνδέεται με τον τρόπο και την ποιότητα εκτέλεσης της συγκεκριμένης υπό ανάθεση υπηρεσίας, ιδίως λαμβανομένων υπόψη των εξής: Πρόστιμα για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας επιβάλλονται για μη τήρηση του ωραρίου εργασίας ή εργασία κατά παράβαση των διατάξεων του νόμου, μη καταβολή της νόμιμης αμοιβής, μη χορήγηση αδειών και για άλλες παραβάσεις διατάξεων που αποσκοπούν στην προστασία των εργαζομένων του υποψηφίου αναδόχου, δια των οποίων παρέχονται οι υπηρεσίες ασφαλείας. Η διασφάλιση της τήρησης όλων αυτών των διατάξεων που επιτυγχάνεται μέσω των κατάλληλων τεχνικών και οργανωτικών μέτρων που λαμβάνει η κάθε εταιρεία παροχής υπηρεσιών ασφαλείας, προδήλως συμβάλλει στη καλύτερη ποιότητα των παρεχομένων υπηρεσιών ασφαλείας και για το λόγο αυτό είναι νόμιμη η πρόβλεψη στη διακήρυξη του συγκεκριμένου κριτηρίου ανάθεσης.

Για τους ίδιους λόγους πρέπει να απορριφθεί και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι με τον όρο 2.3.1. Α1 εισάγεται δήθεν συγκαλυμμένα νέος λόγος αποκλεισμού, επειδή σε περίπτωση επιβολής άνω των δύο προστίμων «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας κατά την ως άνω αναφερόμενη χρονική περίοδο, η προσφορά του συμμετέχοντα στο διαγωνισμό είναι απαράδεκτη και δεν βαθμολογείται. Συγκεκριμένα καθίσταται απαράδεκτη η τεχνική προσφορά του υποψηφίου, αφού σύμφωνα με τη διακήρυξη, εάν κατά τη διενέργεια τουλάχιστον τριών διαφορετικών ελέγχων σε τρεις διαφορετικές χρονικές περιόδους επιβληθούν τουλάχιστον τρία πρόστιμα για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας, τούτο σημαίνει ότι ο υποψήφιος οικονομικός φορέας δεν έλαβε ούτε μετά τον πρώτο έλεγχο και την πρώτη επιβολή προστίμου, αλλά ούτε και μετά τον δεύτερο έλεγχο και τη δεύτερη επιβολή προστίμου τα απαραίτητα οργανωτικά μέτρα προκειμένου να διασφαλίσει την ορθολογική οργάνωση του προσωπικού και των υπηρεσιών

του, με την οποία διασφαλίζεται υψηλή ποιότητα των παρεχομένων υπηρεσιών και αποφεύγονται λάθη οργάνωσης και διαχείρισης προσωπικού, με αποτέλεσμα κατά τον τρίτο έλεγχο να διαπιστωθούν και πάλι παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας υψηλής και πολύ υψηλής σοβαρότητας που αφορούν το χρόνο εργασίας, τις αμοιβές του προσωπικού κ.ο.κ, που επισύρουν πρόστιμα. Τέτοια επανειλημμένα λάθη οργάνωσης και η επί σειρά ετών μη λήψη κατάλληλων μέτρων από την πλευρά του υποψήφιου οικονομικού φορέα έχουν άμεσο αντίκτυπο στην ποιότητα των παρεχομένων άκρως εξειδικευμένων υπηρεσιών ασφαλείας και καθιστούν τόσο χαμηλής ποιότητας την προσφορά των παρεχόμενων υπηρεσιών που υπολείπεται του ελάχιστου αποδεκτού ποιοτικού ορίου και για το λόγο αυτό τέτοια τεχνική προσφορά σύμφωνα με τη διακήρυξη κρίνεται ποιοτικά απαράδεκτη. Είναι γνωστό άλλωστε στον τομέα της παροχής υπηρεσιών ασφαλείας, ότι φορείς με επανειλημμένα πρόστιμα για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, βαρύνονται συχνά και με πρόστιμα ή άλλες συναφείς κυρώσεις και για παραβάσεις των συμβατικών τους υποχρεώσεων, ως εκ τούτου διατρέχουν αυξημένο κίνδυνο πλημμελούς εκπλήρωσης ή και αδυναμίας εκπλήρωσης των συμβατικών τους υποχρεώσεων, που είναι ο κίνδυνος που ο Οργανισμός μας έπρεπε να αποφύγει μετά από τα σοβαρότατα προβλήματα λειτουργίας που αντιμετώπισε, όταν προηγούμενη ανάδοχος παροχής υπηρεσιών ασφαλείας εν μέσω θερινής περιόδου αυξημένης τουριστικής κίνησης διέκοψε ξαφνικά τη λειτουργία της. Επισημαίνεται ότι ο Οργανισμός μας δεν γνωρίζει πριν από τη διενέργεια του διαγωνισμού και αποστολή σχετικού ερωτήματος στο ΣΕΠΕ σε ποιον οικονομικό φορέα έχουν επιβληθεί πάνω από δύο πρόστιμα, τη σοβαρότητα ή το χρονικό διάστημα των παραβάσεων και εν γένει δεν γνωρίζει κατά την προκήρυξη του διαγωνισμού τίποτα από όσα αναφέρει η προσφεύγουσα σχετικά με τα επιβληθέντα σε αυτήν πρόστιμα, άλλωστε έλεγχοι διενεργούνται συνεχώς σε επιχειρήσεις και ως εκ τούτου μπορούν να διαπιστωθούν τυχόν παραβάσεις και να επιβληθούν πρόστιμα και μετά την προκήρυξη του διαγωνισμού, που μπορεί να καταστήσουν την τεχνική προσφορά οποιουδήποτε οικονομικού φορέα απαράδεκτη. Σε κάθε περίπτωση με τα δεδομένα που αναφέρονται στην

συγκεκριμένη προσφυγή, δεν θα ήταν απαράδεκτη η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας λόγω επιβολής προστίμων, αφού όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα δεν της έχουν επιβληθεί κατά τη διενέργεια τουλάχιστον τριών διαφορετικών ελέγχων σε τρεις διαφορετικές χρονικές περιόδους τουλάχιστον τρία πρόστιμα για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας.

Για όλους τους προεκτεθέντες λόγους ο πρώτος λόγος προσφυγής της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί.».

25. Επειδή, σχετικά με τον πρώτο λόγο προσφυγής, πρέπει να γίνουν οι ακόλουθες αναφορές. Όπως ορθά επισημαίνει η προσφεύγουσα και όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία των Ευρωπαϊκών Δικαστηρίων, η ποιότητα των προσφορών πρέπει να αξιολογείται βάσει των ιδίων των προσφορών και όχι βάσει κριτηρίων επιλογής, τα οποία ανάγονται στη φερεγγυότητα, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια ή την τεχνική-επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων. Εφόσον αυτά ήδη αξιολογήθηκαν κατά τη φάση της επιλογής των υποψηφιοτήτων, δεν μπορούν εκ νέου να ληφθούν υπόψη για τη σύγκριση των προσφορών και ως εκ τούτου δεν είναι δυνατό να τεθούν ως κριτήρια βαθμολόγησης της τεχνικής προσφοράς των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 20^{ης} Σεπτεμβρίου 1988, Υπόθεση C-31/87, Gebroeders Beentjes BV, Συλλογή της Νομολογίας 1988, 04635, EU:C:1988:422, σκέψεις 15-20 και 24, Απόφαση της 12^{ης} Νοεμβρίου 2009, Υπόθεση C-199/07, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, Συλλογή της Νομολογίας 2009, σελ. I-10669, EU:C:2009:693, σκ. 50-56, Απόφαση της 24^{ης} Ιανουαρίου 2008, Υπόθεση C-532/06, Λιανάκης κ.λπ., Συλλογή της Νομολογίας 2008, σελ. I-251, σκ. 26-32, Γενικό Δικαστήριο, Απόφαση της 6^{ης} Ιουλίου 2005, Υπόθεση T-148/04, TQ3 Travel Solutions Belgium SA, Συλλογή της Νομολογίας 2005 II-02627, EU:T:2005:274, σκέψεις 86-88 και Γενικό Δικαστήριο, Απόφαση της 26^{ης} Φεβρουαρίου 2002, Υπόθεση T-169/00, Esedra SPRL, Συλλογή της Νομολογίας 2002 II-00609, EU:T:2002:40, σκέψη 158). Ομοίως, όπως χαρακτηριστικά γίνεται δεκτό (βλ. και

την με αριθμό πρωτοκόλλου 5785/24.12.2015 Κατευθυντήρια Οδηγία 11, της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), Απόφαση 263/2015, με θέμα: «Κριτήρια ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων»), σχετικά με την προσφορότητα και την καταλληλότητα των κριτηρίων ανάθεσης όταν η κατακύρωση γίνεται στη συμφερότερη οικονομική προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής: *«Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να επιλέξει τα κριτήρια ανάθεσης της συμβάσεως που προτίθεται να εφαρμόσει, πλην όμως η επιλογή αυτή δεν μπορεί να αφορά παρά μόνο στα κριτήρια που είναι κατάλληλα για την επιλογή της προσφοράς που παρουσιάζει την καλύτερη σχέση ποιότητας/τιμής»* (ΔΕΚ απόφαση της 20-9-1988, υπόθεση C-31/87, Gebroeders Beentjes BV κατά Staat der Nederlanden, σκέψη 19, ΔΕΚ απόφαση στην υπόθεση C-513/99 ό.π. σκέψη 59, ΔΕΚ απόφαση της 28-3-1995, υπόθεση C-324/93, The Queen κατά Secretary of State for the Home Department, ex parte: Evans Medical Ltd και Macfarlan Smith Ltd, σκέψη 42, ΔΕΚ απόφαση στην υπόθεση C-19/00, ό.π., σκέψη 36, ΔΕΚ απόφαση της 4-12-2003, υπόθεση C-448/01, ENV AG, Wienstrom GmbH κατά Republik Osterreich, σκέψη 37, ΔΕΚ απόφαση στην υπόθεση C-315/01, ό.π., σκέψη 64, ΔΕΚ απόφαση στην υπόθεση C-532/06, ό.π., σκέψη 29, ΔΕΚ απόφαση στην υπόθεση C-199/07, ό.π., σκέψη 54, ΔΕΚ απόφαση της 9-10-2014, υπόθεση C-641/13 P, Βασίλειο της Ισπανίας κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σκέψη 34. Πρβ., επίσης, σχετικά τις από 15.12.2011 προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως Juliane Kokott στην υπόθεση C-368/10, ό.π., σημ. 104, καθώς και απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου της 25-2-2003, υπόθεση T-183/00, Strabag Benelux NV κατά Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, σκέψη 74. Πρβ. και σχετική απόφαση ΕΑ ΣτΕ 573/2009 §6: *“Η σχετική απαρίθμησης των κριτηρίων εις την οδηγίαν 2004/18/ΕΚ και το πδ 60/07 είναι ενδεικτική, όπως συνάγεται εκ της γραμματικής διατυπώσεως των σχετικών διατάξεων ούτω δε, καταλείπεται εις την αναθέτουσαν αρχήν η ευχέρεια να επιλέγη τα ειδικότερα κριτήρια, τα οποία θα χρησιμοποιήση δια την αξιολόγησιν των προσφορών. Η επιλογή, εν τούτοις, των επί μέρους κριτηρίων αναθέσεως δεν δύναται να αναφέρεται παρά μόνον εις τα κριτήρια, τα οποία είναι πρόσφορα προς εξεύρεσιν της πλέον συμφερούσης*

προσφοράς”)., ενώ σε άλλο σημείο αναφέρεται στην ανωτέρω Οδηγία ότι: «[...]. Για την επιλογή της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, ναι μεν μπορεί να τίθενται και κριτήρια συνδεδεμένα με την ποιότητα των παρεχόμενων υπηρεσιών και την οργάνωση του διαγωνιζόμενου για την εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης, δεν δύνανται, ωστόσο, να ανάγονται σε κριτήρια ανάθεσης τα στοιχεία που αφορούν στην καταλληλότητα των συμμετεχόντων, βάσει των οποίων πιστοποιείται η οικονομική φερεγγυότητα και η τεχνική και επαγγελματική επάρκειά τους, προκειμένου να τους επιτραπεί η συμμετοχή στο διαγωνισμό (δηλαδή τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, όπως π.χ. η προηγούμενη εμπειρία, το ύψος του κύκλου εργασιών, ο τεχνικός εξοπλισμός, η λήψη περιβαλλοντικών μέτρων διαχείρισης), εφόσον τα στοιχεία αυτά δεν συνδέονται με τον τρόπο εκτέλεσης της συγκεκριμένης προς ανάθεση σύμβασης, όπως λ.χ. με τα ποιοτικά χαρακτηριστικά και την αποδοτικότητα των παρεχόμενων υπηρεσιών/προμηθειών, και τα οποία, όπως ελέχθη ήδη, μόνο στο πλαίσιο του ελέγχου της συνδρομής των τυπικών προϋποθέσεων συμμετοχής στο διαγωνισμό μπορούν να εκτιμηθούν.».

26. Επειδή, σε κάθε περίπτωση αποτελεί διαφορετικό ζήτημα και δεν θα πρέπει να συγχέεται η αξιολόγηση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, με το ζήτημα της αξιολόγησης των κριτηρίων ανάθεσης της σύμβασης, λαμβάνοντας υπόψη ότι ο έλεγχος της καταλληλότητας των διαγωνιζομένων έγκειται στο αν οι υποψήφιοι διαθέτουν τις απαιτούμενες ιδιότητες όπως ορίζονται στη διακήρυξη, σύμφωνα με τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και οικονομικής χρηματοοικονομικής επάρκειας, όπως ορίζονται στο άρθρο 75 του Ν. 4412/2016, ενώ αντιθέτως η ανάθεση της σύμβασης γίνεται με την αξιολόγηση των κριτηρίων ανάθεσης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 86 του Ν. 4412/2016. Οι ανωτέρω αξιολογήσεις, συνιστούν απολύτως διακριτές έννοιες (βλ. ΔΕΚ C-532/06, απόφαση της 24^{ης} Ιανουαρίου 2008, Εμμ. Λιανάκης κλπ. κατά Δήμου Αλεξανδρούπολης κλπ., ECLI:EU:C:2008:40, ΔΕΚ C-513/99, απόφαση της 17^{ης} Σεπτεμβρίου 2002, Concordia Bus Finland Oy Ab κατά Helsingin kaupunki κλπ., ECLI:EU:C:2002:495, ΔΕΚ C-31/87, απόφαση της

Αριθμός Απόφασης: 1218/2019

20^{ης} Σεπτεμβρίου 1988, Gebroeders Beentjes BV κατά Staat der Nederlanden, ECLI:EU:C:1988:422, ΕΑ ΣτΕ 1148/2009, 1318/2009, 1091/2006). Ως εκ τούτου, τα κριτήρια επιλογής καθορίζουν εν τοις πράγμασι μέσω μιας προεπιλογής, έναν κύκλο συμμετεχόντων, εντός του οποίου γίνονται κατ' αρχήν αποδεκτές οι προσφορές των υποψηφίων οικονομικών φορέων που ανταποκρίνονται *prima facie* στα απαιτούμενα από τη διακήρυξη στοιχεία, ενώ η τελική ανάθεση της σύμβασης στον προσφέροντα θα γίνει σύμφωνα με τα κριτήρια αξιολόγησης ή το κριτήριο ανάθεσης της τιμής, εφόσον πρόκειται για διαγωνισμό που διεξάγεται βάσει αποκλειστικά της τιμής, όπως εν προκειμένω, να ορίζει την τελική φάση επιλογής μεταξύ αυτού του κύκλου και να συγκεκριμενοποιεί τον πλέον ικανό προς ανάθεση υποψήφιο μεταξύ περισσοτέρων κατ' αρχήν αποδεκτών υποψηφίων (βλ. ΔΕΚ C-532/06, απόφαση της 24^{ης} Ιανουαρίου 2008, Εμμ. Λιανάκης κλπ. κατά Δήμου Αλεξανδρούπολης κλπ., ECLI:EU:C:2008:40, σκέψη 26, ΔΕΚ C-31/87, απόφαση της 20^{ης} Σεπτεμβρίου 1988, Gebroeders Beentjes BV κατά Staat der Nederlanden, ECLI:EU:C:1988:422, σκέψεις 15 και 16). Κατ' αποτέλεσμα, ακριβώς λόγω της ως άνω διάστασης στόχου, προτεραιότητας μεταξύ τους και θέσης τους στη διαγωνιστική διαδικασία, υφίσταται και διάκριση ως προς το περιεχόμενο τους και τις επιμέρους παραμέτρους που συγκροτούν τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και τα κριτήρια ανάθεσης (πρβλ. Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Αθήνα 2014, σελ. 476).

27. Επειδή, ειδικότερα, όπως έχει κριθεί από τη νομολογία (ΕΣ 255/2012, Τμ. VI) κατά τη διαδικασία για την κατάρτιση δημόσιας συμβάσεως υπηρεσιών, λαμβάνουν χώρα δύο διακριτά και αυτοτελή στάδια, τα οποία διέπονται από διαφορετικούς κανόνες και ικανοποιούν διαφορετικούς στόχους: στο πρώτο στάδιο επιλέγονται οι υποψήφιοι, οι οποίοι είναι κατάλληλοι από άποψη τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας και χρηματοοικονομικών δεδομένων να αναλάβουν την εκτέλεση της συγκεκριμένης συμβάσεως, με κριτήρια ποιοτικής επιλογής, ενώ στο δεύτερο στάδιο προσδιορίζεται, επί τη βάσει των κριτηρίων αναθέσεως που συνδέονται με το αντικείμενο της συγκεκριμένης δημόσιας

συμβάσεως, ποια από τις προσφορές των υποψηφίων, οι οποίοι κρίθηκαν στο πρώτο στάδιο «κατάλληλοι», είναι η καλύτερη για την εκτέλεση της συμβάσεως (ΔΕΚ απόφαση της 20.09.1988, C-31/1987, Beentjes, Συλλογή 1988, σελ. 4635, σκέψεις 15 και 16, απόφαση της 12.11.2009, C-199/2007, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, σκέψεις 51 έως 53, ΕΑ ΣΤΕ 1148/2009, 1318/2009, 100/2009, 1091/2006). Όταν η κατακύρωση της συμβάσεως γίνεται βάσει του κριτηρίου της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, καταλείπεται στην αναθέτουσα αρχή περιθώριο επιλογής ως προς τον καθορισμό των επιμέρους κριτηρίων, τα οποία λαμβάνονται υπόψη για την ανάδειξη του αναδόχου, όμως, η επιλογή αυτή αφορά αποκλειστικά τα κριτήρια βάσει των οποίων θα καθορισθεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως προσφορά και μόνον. Ως εκ τούτου, δεν δύνανται να ανάγονται σε κριτήρια αναθέσεως, τα στοιχεία βάσει των οποίων πιστοποιείται η τεχνική και επαγγελματική επάρκεια των διαγωνιζομένων, προκειμένου να τους επιτραπεί η συμμετοχή στο διαγωνισμό (δηλαδή τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής), τα οποία μόνο στο πλαίσιο του ελέγχου της συνδρομής των τυπικών προϋποθέσεων συμμετοχής στο διαγωνισμό μπορούν να εκτιμηθούν (ΔΕΚ απόφαση της 20.9.1988, C-31/1987, Beentjes, Συλλογή 1988, σελ. 4635, σκέψεις 17 έως 20 και 24, απόφαση της 19.6.2003, C-315/2001, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT), σκέψεις 59 έως 67, απόφαση της 24.1.2008, C-532/2006, Εμ. Γ. Λιανάκης Α.Ε., σκέψεις 26 έως 32, απόφαση της 12.11.2009, C-199/2007 Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, σκέψεις 50 έως 58, ΣΤΕ 2229/2010, 1128/2009, ΕΑ ΣΤΕ 1318/2009, 1148/2009, 101/2009). Ακολούθως, η αναθέτουσα αρχή έχει υποχρέωση να αναφέρει στην προκήρυξη όλα τα κριτήρια αναθέσεως, τα οποία πρόκειται να χρησιμοποιήσει κατά την επιλογή αναδόχου, προκειμένου να τα καταστήσει γνωστά στους εν δυνάμει προσφέροντες, πριν από την υποβολή των προσφορών τους (ΔΕΚ απόφαση της 12.12.2002, C-470/1999, Universale - Bau AG κ.λπ., σκέψεις 97 και 98) ενώ, περαιτέρω, δεν δύναται να εφαρμόσει υποκριτήρια για τα κριτήρια αναθέσεως, τα οποία δεν είχαν προηγουμένως γνωστοποιηθεί στους υποψηφίους (ΔΕΚ απόφαση της 24.12.2008, C-532/2006, Εμ. Γ. Λιανάκης Α.Ε.,

Αριθμός Απόφασης: 1218/2019

σκέψεις 34 έως 38, ΣΤΕ 798/2009, 4024/2008, 1794/2008). Τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται κατά τρόπον ώστε, αφενός να επιτρέπεται στους ενδιαφερόμενους, οι οποίοι είναι καλώς πληροφορημένοι και επιμελείς να τα κατανοούν πλήρως και να τα ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, και, αφετέρου, να παρέχεται επαρκής εγγύηση περί της εφαρμογής τους από τη Διοίκηση κατά τρόπο αντικειμενικό και ενιαίο ως προς όλους τους προσφέροντες (ΔΕΚ απόφαση της 17.9.2002, C-513/1999, Concordia Bus Finland Oy Ab κ.λπ., σκέψεις 81 έως 83, απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construction Ltd, σκέψεις 41 έως 44, ΣΤΕ 2183/2004, ΕΑ ΣΤΕ 1148/2009, 603/2009, 113/2008). Τέλος, η αξιολόγηση των προσφορών των υποψηφίων για την ανάληψη δημόσιας συμβάσεως υπηρεσιών πρέπει να είναι ειδικώς και εμπειριστατωμένως αιτιολογημένη, με την παράθεση, στο οικείο πρακτικό, όλων των στοιχείων που ελήφθησαν υπόψη για την επιλογή του αναδόχου (Πράξεις VI Τμήματος 168/2008, 253/2007). Η επιλογή αυτή λαμβάνει χώρα μετά από αξιολόγηση, κατ' εκτίμηση των οριζομένων στον νόμο και τη διακήρυξη, κριτηρίων, των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων, η δε βαθμολόγηση, ερειδομένη επί συγκριτικής εκτιμήσεως των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων, πρέπει να αιτιολογείται ειδικώς, με αναφορά σε συγκεκριμένα στοιχεία, ανταποκρινόμενα στα προμνησθέντα νόμιμα κριτήρια (ΣΤΕ 2321/2009, ΕΑ ΣΤΕ 541/2009, 1073/2008, VI Τμ. ΕλΣυν 472/2011).

28. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, όπως έχει κριθεί (βλ. ΑΕΠΠ 807/2019 σκ. 26-27) μοναδική ρητή κάμψη του ανωτέρω κανόνα εισάγει η παρ. 2 β) του άρθρου 311 του Ν. 4412/2016 (ταυτόσημη με την αντίστοιχη διάταξη της παρ. 2 β) του άρθρου 86 του νόμου), η οποία κατ' εξαίρεση και σε περιοριστικά αναφερόμενες περιπτώσεις δέχεται τη δυνατότητα χρησιμοποίησης κριτηρίων ποιοτικής επιλογής ως κριτηρίων ανάθεσης (βλ. σχετικά και τη με αριθμό πρωτοκόλλου 472/20.01.2017 Κατευθυντήρια Οδηγία 16, της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), Απόφαση 180/2016, με θέμα: «Οδηγίες συμπλήρωσης των Προτύπων Τευχών διακηρύξεων ανοικτής διαδικασίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων

μελετών, άνω των ορίων και κάτω των ορίων του ν. 4412/2016, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4412/2016»). Ενόψει των ανωτέρω, προκύπτει αβίαστα ότι παρά τους περί του αντιθέτου προβαλλόμενους ισχυρισμούς του αναθέτοντος φορέα και σύμφωνα με όσα βάσιμα επικαλείται η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της κρινόμενης προσφυγής της, εσφαλμένα έχουν τεθεί σαν κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης με τον προσβαλλόμενο υπό 2.3.1 όρο της διακήρυξης, κριτήρια ποιοτικής επιλογής που ανάγονται σε λόγους αποκλεισμού του υποψήφιου οικονομικού φορέα. Η ανωτέρω παραδοχή ενισχύεται από το ίδιο το κείμενο της διακήρυξης, αφού κατά αυτούσια μεταφορά της παρ. 2 γ) του άρθρου 73, έχει ρητά συμπεριληφθεί στα κριτήρια ποιοτικής επιλογής του τελικού αναδόχου και συγκεκριμένα ως λόγος αποκλεισμού, στην υποπαραγ. 2.2.3.2 η φερεγγυότητα του προσφέροντος οικονομικού φορέα, η οποία και προφανώς θα αξιολογηθεί σε αυτό το στάδιο και μόνο, χωρίς να μπορεί και εκ των υστέρων να αποτελέσει κριτήριο αξιολόγησης για την ανεύρεση της βέλτιστης προσφοράς βάσει της σχέσης ποιότητας-τιμής. Εξάλλου, όπως ήδη ειπώθηκε και ανωτέρω στη σκέψη 23 της παρούσας, καίτοι η ανάθεση των συμβάσεων του άρθρου 318 του Ν. 4412/2016, διέπεται κατ' αρχήν από τα άρθρα 319-321, δεν μπορεί συλλήβδην και εκ προοιμίου να αποκλειστεί η εφαρμογή και άλλων διατάξεων του Ν. 4412/2016, υπό την έννοια της απαγόρευσης παραβίασης των θεμελιωδών αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων και με δεδομένο ότι με την προσβαλλόμενο όρο της διακήρυξης επέρχεται σύγχυση του κριτηρίου ανάθεσης με ήδη αξιολογηθέντα κριτήρια ποιοτικής επιλογής του υποψηφίου αναδόχου, ο πρώτος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός και να απορριφθούν οι αντίθετοι ισχυρισμοί του αναθέτοντος φορέα.

29. Επειδή, σχετικά με τον δεύτερο λόγο προσφυγής (υπό III. Λόγοι προσφυγής, «Δεύτερος λόγος προσφυγής: Απαγόρευση στήριξης σε ικανότητα τρίτων»), η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ο αποκλεισμός της δυνατότητας

στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα, όπως έχει τεθεί από τον αναθέτοντα φορέα στον 2.2.8 όρο της διακήρυξης, παρίσταται μη νόμιμος και έχει ως συνέπεια την περαιτέρω μείωση του ανταγωνισμού, τον εκ των προτέρων αποκλεισμό ή εκ των προτέρων προσδιορισμό χαμηλής βαθμολογίας πολλών οικονομικών φορέων που ενδεχομένως θα μπορούσαν να λάβουν μέρος στον διαγωνισμό ή να επιτύχουν υψηλότερη βαθμολογία στηριζόμενοι σε ικανότητες τρίτων φορέων, όπως ρητά επιτρέπει η ευρωπαϊκή και εθνική νομοθεσία, για τους λόγους που διεξοδικά αναλύει στις σελ. 18-22 της υπό κρίση προσφυγής της. Επί του ίδιου ως άνω λόγου προσφυγής, ο αναθέτων φορέας, με τις προαναφερθείσες απόψεις του, ισχυρίζεται ότι: «2. Ως προς τον δεύτερο λόγο προσφυγής:

*Στην Κατευθυντήρια Οδηγία 14 (Απόφαση 295/2015) της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων με θέμα “Δυνατότητα δανεισμού ικανότητας τρίτων κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων” αναγράφεται ότι «η Οδηγία 2004/18/EK δεν επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να εφαρμόζουν το άρθρο 47 παρ. 2 της οδηγίας αυτής και στις συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο υπηρεσίες του Παραρτήματος II B της εν λόγω οδηγίας.» [βλ. σχετικά και το διατακτικό της απόφασης C-95/10 *Strong Segurança SA κατά Município de Sintra, Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança*, όπου αναγράφεται ότι «Η οδηγία 2004/18/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, δεν επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να εφαρμόζουν το άρθρο 47, παράγραφος 2, της οδηγίας αυτής και στις συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο υπηρεσίες του παραρτήματος II B της εν λόγω οδηγίας.»]. Η Οδηγία 14 της ΕΑΑΔΗΣΥ δημοσιεύθηκε στις 25/04/2016, δηλαδή πριν από την θέση του ν. 4412/2016 σε ισχύ, εξ ου δε και η αναφορά στην τότε ισχύουσα Οδηγία 2004/18/EK. Συνεχίζει όμως να ισχύει το ότι δεν επιβάλλεται στα κράτη μέλη η υποχρέωση να επιτρέπουν την δυνατότητα δανεισμού ικανότητας τρίτων κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων και με τον ν. 4412/2016, με τον οποίο εισήχθησαν στο εθνικό δίκαιο οι ρυθμίσεις των Οδηγιών 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ, αφού το αντικείμενο των υπηρεσιών του*

Αριθμός Απόφασης: 1218/2019

Παραρτήματος IIB (υπό την ισχύ της οδηγίας 2004/18/EK) συνεχίζει να υπάγεται σε ειδικό διακριτό εν σχέσει με άλλα συμβατικά αντικείμενα καθεστώς και τα αυτά αντικείμενα υπάρχουν σήμερα στο Παράρτημα XVII του Προσαρτήματος Β΄.

Ειδικότερα, όσον αφορά τις υπό ανάθεση υπηρεσίες ασφαλείας αυτές θα υπάγονταν υπό το καθεστώς της Οδηγίας 2004/18/EK στην κατηγορία «Υπηρεσίες ερευνών και ασφαλείας, εξαιρουμένων των υπηρεσιών θωρακισμένων οχημάτων» (Από 74600000-4 έως 74620000-1), ήδη δε υπό το καθεστώς των Οδηγιών 2014/24/EE και 2014/25/EE φέρουν τον ειδικότερο CPV και συγκαταλέγονται στις Υπηρεσίες ερευνών και ασφαλείας με αριθμούς CPV έως [Υπηρεσίες ερευνών και ασφάλειας, Υπηρεσίες ασφάλειας, Υπηρεσίες παρακολούθησης συστημάτων συναγερμού, Υπηρεσίες φύλαξης, Υπηρεσίες επιτήρησης, Υπηρεσίες συστήματος ανίχνευσης, Υπηρεσίες ανεύρεσης φυγόδικων, Υπηρεσίες περιπόλου, Υπηρεσίες παράδοσης υπηρεσιακού διακριτικού σήματος, Ανακριτικές υπηρεσίες και Υπηρεσίες γραφείου ιδιωτικής αστυνομίας]. Σύμφωνα με τα παραπάνω για την κατηγορία υπηρεσιών, όπως είναι αυτές της κρινόμενης διακήρυξης, δεν υφίσταται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να επιτρέψει την στήριξη σε ικανότητα τρίτων και συνεπώς κανένα απολύτως ζήτημα αντίθεσης του όρου αυτού της διακήρυξης με τις διατάξεις των Οδηγιών δεν εγείρει, σε αντίθεση προς τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, που όσα αναφέρει στην προσφυγή της δεν αφορούν παροχή υπηρεσιών ασφαλείας λιμενικών εγκαταστάσεων που εμπίπτουν στο Βιβλίο II του ν. 4412/2016 και ειδικότερα μάλιστα τις ειδικές υπηρεσίες που περιέχονται στον κατάλογο του Παραρτήματος XVII του Προσαρτήματος Β κατά τα προεκτεθέντα, τα οποία όλα αποκρύπτονται από την προσφεύγουσα, η οποία επικαλείται άλλες περιπτώσεις που δεν υπάγονται καν στο Βιβλίο II, όπως ενδεικτικά την απόφαση 21/2017 ΑΕΠΠ, η οποία όμως αφορά προμήθεια φωτισμού σε δήμο, που δεν έχει καμία σχέση με τις υπό ανάθεση υπηρεσίες και δεν διέπεται από το Βιβλίο II και συγκεκριμένα από το άρθρο 318 ν. 4412/2016.

Για τους παραπάνω λόγους πρέπει να απορριφθεί και ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής.».

30. Επειδή, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο προσφυγής, λεκτέα τυγχάνουν τα ακόλουθα. Όπως βάσιμα υποστηρίζει ο αναθέτων φορέας και έχει κριθεί από το ΔΕΕ (βλ. Απόφαση της 17^{ης} Μαρτίου 2011, Υπόθεση C-95/10, *Strong Segurança SA κατά Município de Sintra*, Συλλογή της Νομολογίας 2011 I-01865, EU:C:2011:161, σκέψεις 36 επ.), το σύστημα που θεσπίζει η οδηγία 2004/18 δεν επιβάλλει ευθέως στα κράτη μέλη την υποχρέωση να εφαρμόζουν το άρθρο 47, παράγραφος 2, της οδηγίας αυτής και στις δημόσιες συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο υπηρεσίες του παραρτήματος II Β της οδηγίας αυτής (πρόκειται για τις υπηρεσίες του Παραρτήματος XVII του Προσαρτήματος Β που αναφέρεται στο άρθρο 318 του Ν. 4412/2016 κατά μεταφορά του άρθρου 91 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, το οποίο και παραπέμπει στο παράρτημα XVII της Οδηγίας), ενώ μία τέτοια υποχρέωση, δεν μπορεί να υποστηριχθεί ότι επιβάλλεται στα κράτη-μέλη ούτε με την επίκληση των γενικών αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, εφόσον πρόκειται για τις εν λόγω υπηρεσίες (βλ. σκέψη 44). Εντούτοις, το ΔΕΕ, διευρύνοντας τον συλλογισμό του κατέληξε ότι η οδηγία αυτή δεν εμποδίζει τα κράτη μέλη και, ενδεχομένως, τις αναθέτουσες αρχές να προβλέπουν, στη νομοθεσία και στα έγγραφα της συμβάσεως αντιστοίχως, την εφαρμογή της διατάξεως αυτής (σκέψη 46). Η κατ' αρχήν ευχέρεια που αναγνωρίζεται στους αναθέτοντες φορείς να μην εφαρμόσουν της δυνατότητα προσφυγής στη στήριξη στις ικανότητες τρίτων φορέων εκκινεί από τη σκέψη ότι οι υπηρεσίες του παραρτήματος I Β της οδηγίας 92/50 δεν παρουσιάζουν a priori, δεδομένης της ιδιάζουσας φύσεώς τους, διασυνοριακό ενδιαφέρον ικανό να δικαιολογήσει τη σύναψή τους κατόπιν διαδικασίας διαγωνισμού, η οποία θεωρείται ότι παρέχει σε επιχειρήσεις άλλων κρατών μελών τη δυνατότητα να λάβουν γνώση της προκηρύξεως και να υποβάλουν προσφορά (βλ., Απόφαση της 13^{ης} Νοεμβρίου 2007, Υπόθεση C-507/03, Επιτροπή κατά Ιρλανδίας, Συλλογή της Νομολογίας 2007 I-09777, EU:C:2007:676, σκέψη 25). Μάλιστα το Δικαστήριο έκρινε ότι ακόμα και σε περιπτώσεις που τέτοιου είδους συμβάσεις, πράγματι παρουσιάζουν βέβαιο διασυνοριακό ενδιαφέρον και άρα υπόκεινται στις γενικές αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισεως που απορρέουν από τα άρθρα 49 ΣΛΕΕ και 56

ΣΛΕΕ (βλ., συναφώς, Απόφαση της 13^{ης} Νοεμβρίου 2007, Υπόθεση C-507/03, Επιτροπή κατά Ιρλανδίας, Συλλογή της Νομολογίας 2007 I-09777, EU:C:2007:676, σκέψεις 26 και 29 έως 31), δεν μπορεί να αλλοιώσουν το διακριτό κανονιστικό πλαίσιο των συμβάσεων που συνάπτονται για υπηρεσίες με τον εξαιρετικό αυτό χαρακτήρα. Ειδικότερα, το ΔΕΕ απέκλεισε, ακόμα και στις περιπτώσεις που μία τέτοια σύμβαση σαφώς παρουσιάζει διασυνοριακό ενδιαφέρον, λόγω του ύψους του προϋπολογισμού της, όπως εν προκειμένω, την επίκληση των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, προκειμένου να καταστεί εν τέλει υποχρεωτική η δυνατότητα στήριξης στην ικανότητα τρίτων φορέων. Συγκεκριμένα, κρίθηκε στις σκέψεις 38-46 ότι αφενός η αδυναμία ενός οικονομικού φορέα να επικαλεστεί την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια άλλων οντοτήτων δεν έχει σχέση με τη διαφάνεια της διαδικασίας αναθέσεως του αντικειμένου μιας σύμβασης, καθώς και ότι η παράλειψη της δυνατότητας στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα, για τις συγκεκριμένες υπηρεσίες, ουδόλως μπορεί να συνεπάγεται άμεση ή έμμεση δυσμενή διάκριση βάσει της ιθαγένειας ή του τόπου εγκαταστάσεως. Τα ανωτέρω δε, για τον λόγο ότι όπως τόνισε σχετικά το Δικαστήριο, μια τέτοια διασταλτική ερμηνεία ως προς την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως θα μπορούσε να έχει ως επακόλουθο την εφαρμογή, στην περίπτωση των συμβάσεων υπηρεσιών του παραρτήματος II Β της οδηγίας 2004/18, άλλων ουσιωδών διατάξεων της οδηγίας αυτής, για παράδειγμα, όπως παρατηρεί το αιτούν δικαστήριο, διατάξεων περί καθορισμού των ποιοτικών κριτηρίων επιλογής των υποψηφίων (άρθρα 45 έως 52) και των κριτηρίων αναθέσεως του αντικειμένου των συμβάσεων (άρθρα 53 έως 55). Τούτο θα εγκυμονούσε τον κίνδυνο να καταστεί άνευ πρακτικής αποτελεσματικότητας η γενομένη με την οδηγία 2004/18 διάκριση μεταξύ των υπηρεσιών των παραρτημάτων II Α και II Β, καθώς και η εφαρμογή της σε δύο επίπεδα, κατά τους όρους που χρησιμοποιεί η νομολογία του Δικαστηρίου. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο δεύτερος λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος, καθώς εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια του αναθέτοντος φορέα και δεν συνιστούσε καθ' οιονδήποτε τρόπο υποχρέωσή του, η περίληψη στη διακήρυξη του

διαγωνισμού διάταξης που να επιτρέπει τη στήριξη στις ικανότητες τρίτων φορέων. Ομοίως, πρέπει να γίνουν δεκτοί οι σχετικοί ισχυρισμοί του αναθέτοντος φορέα.

31.Επειδή, αναφορικά με τον τρίτο λόγο προσφυγής (υπό III. Λόγοι προσφυγής, «Τρίτος λόγος προσφυγής: Η απαίτηση για τρεις κερδοφόρες χρήσεις»), η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η απαίτηση της παρ. 2.2.5 της διακήρυξης, την εμποδίζει να υποβάλλει παραδεκτή προσφορά, για τους λόγους που αναλυτικά εκθέτει στις σελ. 22-30 της κρινόμενης προσφυγής της. Επί του ίδιου ως άνω λόγου προσφυγής, ο αναθέτων φορέας, με τις προαναφερθείσες απόψεις του, ισχυρίζεται ότι: «3. Ως προς τον τρίτο λόγο προσφυγής:

Όσον αφορά τον ισολογισμό, έχει κριθεί από το ΔΕΕ ότι το ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας δε μπορεί να καθορίζεται με κριτήριο τον ισολογισμό εν γένει, αλλά μόνο με αναφορά σε ένα ή περισσότερα ειδικά στοιχεία του ισολογισμού, ότι νομίμως μία αναθέτουσα αρχή ορίζει ως ελάχιστο επίπεδο για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, να μην υπήρξε περισσότερες από μία φορά αρνητικό το αποτέλεσμα του ισολογισμού των τριών τελευταίων οικονομικών χρήσεων και ότι είναι νόμιμος ο αποκλεισμός εταιρείας για το λόγο ότι υπέβαλε ζημιολόγους ισολογισμούς των τριών τελευταίων χρήσεων και, συνεπώς, κρίθηκε ότι δεν έχει την απαιτούμενη κατά την Διακήρυξη και τον νόμο χρηματοοικονομική επάρκεια (βλ. και την Οδηγία 13 της ΕΑΑΔΗΣΥ).

Πέραν αυτού μία αναθέτουσα αρχή έχει το δικαίωμα να καθορίζει ελεύθερα κατά την κρίση της τους όρους του διαγωνισμού, παγίως νομολογείται δε ότι μόνη η αδυναμία ενός οικονομικού φορέα να συμμετάσχει λόγω της ύπαρξης μη συμφέροντος γι' αυτόν όρο δεν συνιστά παράνομο περιορισμό του ανταγωνισμού. Και είναι κατά συνέπεια ο πληττόμενος με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή όρος της διακήρυξης απολύτως νόμιμος. Πέραν δε της αδιαμφισβήτητης νομιμότητάς του όρου, όπως προεκτέθηκε, η απαίτηση απόδειξης κερδοφορίας είναι συνήθης όρος σε πλήθος διαγωνισμών.

Ενδεικτικά, παραθέτουμε κατωτέρω τις σχετικές πληροφορίες για πέντε (5) πλέον πρόσφατα προκηρυχθέντες διαγωνισμούς, στους οποίους όλους προβλέπεται όμοια κατά περιεχόμενο απαίτηση για κερδοφορία χρήσεων:

(α) υπ' αρ. πρωτ. Διακήρυξη Ηλεκτρονικού Διεθνούς Διαγωνισμού με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέση ποιότητας – τιμής για την ανάδειξη αναδόχου και τη σύναψη σύμβασης παροχής υπηρεσιών φύλαξης κτηρίων, χώρων και παραρτημάτων του για το χρονικό διάστημα από 1/1/2019 έως και 31/12/2021 (Προϋπολογισθείσα Δαπάνη : 1.944.000,00€).

2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια

Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, σύμφωνα με το άρθρο 75 του ν. 4412/2016, αποδεικνύεται με τα ακόλουθα δικαιολογητικά:

3. Ο υποψήφιος ανάδοχος δε θα πρέπει να έχει εμφανίσει ζημίες στις τρεις (3) τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις.

4. Ως τελευταία χρήση νοείται αυτή του έτους 2017 και θα πρέπει να προσκομιστούν τα απαραίτητα δικαιολογητικά σύμφωνα με τη διακήρυξη.

(β) υπ' αρ. πρωτ. Διακήρυξη Διεθνούς Δημόσιου Ηλεκτρονικού Ανοικτού Διαγωνισμού για την «.....» Χρονικής διάρκειας δυο (2) ετών με δικαίωμα προαίρεσης καθώς και δικαίωμα παράτασης ενός (1) επιπλέον έτους με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά : Βάσει Τιμής[Χαμηλότερη Τιμή ανά έτος]

ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΤΡΙΩΝ (3) ΕΤΩΝ 2.145.000,00€ (ΧΩΡΙΣ ΦΠΑ 24%), ΗΤΟΙ 2.659.800,00€ (ΜΕ ΦΠΑ)

Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού να διαθέτουν και να καταθέτουν στον Φάκελο Δικαιολογητικών Συμμετοχής – Τεχνικής Προσφοράς τα εξής:

Μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τα έτη 2015-217 τουλάχιστον 1.310.000,00€

Αριθμός Απόφασης: 1218/2019

Μέσο ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τα έτη 2015-217 τουλάχιστον 655.000,00€.

Αυτό θα αποδεικνύεται από τον ανάδοχο προσκομίζοντας στον Φάκελο Δικαιολογητικών Συμμετοχής – Τεχνικής Προσφοράς:

Δημοσιευμένες εγκεκριμένες χρηματοοικονομικές καταστάσεις για τις διαχειριστικές χρήσεις 1.1.2015-31.12.2015, 1.1.2016-31.12.2016 και 1.1.2017-31.12.2017 (με συνημμένες σε καθεμιά από αυτές την σχετική ανακοίνωση του Γενικού Εμπορικού Μητρώου), από τις οποίες χρηματοοικονομικές καταστάσεις να προκύπτει ότι κάθε μια από τις αναφερθείσες χρήσεις παρουσιάζει κέρδη για κάθε έτος, επί ποινή αποκλεισμού, στις περιπτώσεις όπου η δημοσίευσή τους είναι υποχρεωτική σύμφωνα με την περί εταιρειών νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο υποψήφιος Ανάδοχος.

Για τις εταιρείες που δεν υποχρεούνται από το νόμο στην έκδοση Ισολογισμών, απαιτείται Δήλωση του συνολικού ύψους του ετήσιου κύκλου εργασιών και των κερδών για τις χρήσεις 2015 - 2017. , με την κατάθεση των αντίστοιχων Ε1&Ε3.

Αποδεικτικά ότι διαθέτουν δείκτη Αποδόσεως και αποδοτικότητας/ΔΑΑ (Καθαρά αποτελέσματα χρήσεως προ φόρων προς Κύκλο Εργασιών) μεγαλύτερο του 0% για κάθε διαχειριστική χρήση 2015 – 2017.

(γ) υπ' αρ. πρωτ. Διακήρυξη Ηλεκτρονικού Δημόσιου Διεθνούς Ανοιχτού Διαγωνισμού, σε ευρώ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει της τιμής (χαμηλότερη τιμή) για την ανάδειξη αναδόχου και τη σύναψη σύμβασηςγια το χρονικό διάστημα από 1/1/2019 έως και 31/12/2021 2021 (Προϋπολογισθείσα Δαπάνη : 690.000,00€).

2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια

Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού, να διαθέτουν/ παρέχουν:

Αριθμός Απόφασης: 1218/2019

γ) Ο υποψήφιος ανάδοχος δε θα πρέπει να έχει εμφανίσει ζημίες στις τρεις (3) τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις. Ως τελευταία χρήση νοείται αυτή του έτους 2017.

(δ) ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός κάτω των ορίων με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής ανά ομάδα που προκήρυξε ο

Η οικονομική προσφορά υποβάλλεται είτε και για τις δύο (2) ομάδες, είτε μόνο για την ομάδα Α, είτε μόνο για την ομάδα Β της αριθ.23/2018 μελέτης, συνολικού προϋπολογισμού 114.882,12 € συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α 24%, για την εργασία «.....»

11.2 Οι ελάχιστες αναγκαίες απαιτήσεις που πρέπει να πληρούν οι οικονομικοί φορείς όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, είναι:

Β) Επίσης πρέπει να καλύπτει το δείκτη βιωσιμότητας: κυκλοφορούν ενεργητικό/βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις > 1 συνολικά κατά τις τρεις τελευταίες, πριν από το έτος του διαγωνισμού, διαχειριστικές χρήσεις [10] (δηλαδή για το σύνολο της τριετίας από 1-1 έως 31-12 των χρήσεων 2014, 2015 και 2016), το οποίο αποδεικνύεται με τα αντίγραφα των ισολογισμών που αναφέρονται παραπάνω. Ειδικότερα για τους συμμετέχοντες που δεν έχουν κατά νόμο υποχρέωση δημοσίευσης ισολογισμών, προσκομίζεται επιπλέον υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου και του λογιστή με την οποία θα δηλώνονται τα μεγέθη του κυκλοφορούν ενεργητικού και των βραχυπρόθεσμων υποχρεώσεων της εταιρείας

(ε) υπ' αρ. πρωτ. Διακήρυξη επαναληπτικού ηλεκτρονικού δημοσίου διεθνούς διαγωνισμού άνω των ορίων με ανοικτές διαδικασίες και κριτήριο αξιολόγησης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής για την ανάδειξη αναδόχου για την φύλαξη των κτιρίων του (Προϋπολογισθείσα Δαπάνη : 400.000,00€):

2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια

Αριθμός Απόφασης: 1218/2019

Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού να διαθέτουν:

Δεν θα πρέπει να έχουν εμφανίσει ζημίες στις τρεις (3) τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις.

Είναι δε και απολύτως εύλογη η απαίτηση του προσβαλλόμενου όρου της διακήρυξης, καθώς η ύπαρξη συνεχούς κερδοφορίας για τις τρεις (3) τελευταίες οικονομικές χρήσεις αποτελεί ισχυρότατη ένδειξη (αν όχι απόδειξη) ορθολογικοποίησης της οικονομικής δραστηριότητας από τους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό οικονομικούς φορείς, συνετής διαχείρισης των οικονομικών, καθώς και δημιουργίας οικονομιών κλίμακας, αλλά και ιδίως πρόνοιας του οικονομικού φορέα για τη συνέχιση των δραστηριοτήτων του σε «δύσκολες» οικονομικά περιόδους, οπότε και πρέπει με συνετό τρόπο να έχει προβλέψει για την ύπαρξη ικανών πόρων για την αποπληρωμή των πάσης φύσεως υποχρεώσεων του προς τρίτους, στους οποίους πρωτίστως συμπεριλαμβάνονται οι εργαζόμενοι στον οικονομικό φορέα, και η συνέχιση της παροχής των υπηρεσιών του προς τους πελάτες του.

Πάντως και πάλι σύμφωνα με το άρθρο 318 ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με τα άρθρα 319 έως 321 του νόμου αυτού ο Οργανισμός μας είναι ελεύθερος να επιλέξει τα κριτήρια επιλογής και ανάθεσης της σύμβασης δεσμευόμενος μόνο από τα οριζόμενα στην ειδικότερη διάταξη του άρθρου 318 ν. 4412/2016 και μπορεί να επιλέξει τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και ανάθεσης, προκειμένου ο ανάδοχος που θα επιλεγεί να είναι ο πλέον κατάλληλος κατά την κρίση του Οργανισμού σύμφωνα με τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά των προς ανάθεση υπηρεσιών, όπως ρητά ορίζεται στην παράγραφο 3 του άρθρου 318 ν. 4412/2016. Το ότι ενδεχομένως υφίστανται και άλλα κριτήρια που ενδεχομένως αποτελούν επίσης ένδειξη χρηματοοικονομικής ικανότητας οπωσδήποτε δεν καθιστά μη νόμιμα τα κριτήρια που έθεσε ο Οργανισμός μας, τα οποία ενδεχομένως να μην πληρούν κάποιοι οικονομικοί φορείς.

Συνεπώς ο Οργανισμός μας και ορθώς και νομίμως έχει περιλάβει ως κριτήριο επιλογής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των υποψήφιων οικονομικών

φορέων την ύπαρξη ελάχιστης κερδοφορίας κατά τις τρεις (3) τελευταίες οικονομικές χρήσεις και για το λόγο αυτό πρέπει να απορριφθεί και ο τρίτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής.».

32. Επειδή, σχετικά με τον τρίτο λόγο προσφυγής, πρέπει να γίνουν οι εξής αναφορές. Όπως έχει κριθεί και από την Α.Ε.Π.Π. (ΑΕΠΠ 211/2017), οι αναθέτοντες φορείς, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, έχουν τη δυνατότητα να ελέγχουν την «καταλληλότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικού ελέγχου του υποψηφίου. Η διαδικασία ποιοτικού ελέγχου περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων και τον έλεγχο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, αλλά και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου αναδόχου. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας, εάν ο εκάστοτε προσφέρων/αιτών οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις καταλληλότητας των υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις διατάξεις της διακήρυξης και του νόμου, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο αυτής. Για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του. Κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων καταλληλότητας των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων (πρβλ. και τη με αριθμό πρωτοκόλλου 1111/04.03.2016 Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, απόφαση 303/2015, με θέμα «Κριτήρια ποιοτικής

επιλογής δημοσίων συμβάσεων και έλεγχος καταλληλότητας: ειδικά η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα»). Ενδεικτικά, τα κριτήρια επιλογής πρέπει να σχεδιάζονται κατά τρόπο ώστε να μην περιορίζεται δυσανάλογα η συμμετοχή οικονομικών φορέων και ειδικά η πρόσβαση των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων στις δημόσιες Συμβάσεις, όπως περιγράφεται και στον «Ευρωπαϊκό Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις» (πρβλ. τη με αριθμό πρωτοκόλλου 6510/28.12.2016 Κατευθυντήρια Οδηγία 17 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, απόφαση 181/2016, με θέμα «Ενίσχυση συμμετοχής των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων»). Στο πεδίο 4 του εν λόγω Κώδικα και δη στην παρ. 4.1 με τίτλο «Διατήρηση της αναλογικότητας των κριτηρίων επιλογής» διευκρινίζεται ότι οι οδηγίες της ΕΚ για τις δημόσιες συμβάσεις επαναδιακηρύσσουν ρητά τη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, σύμφωνα με την οποία τα κριτήρια χρηματοοικονομικών και οικονομικών δυνατοτήτων και τεχνικών ικανοτήτων πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης. Όλα τα κριτήρια επιλογής πρέπει να είναι σαφή και αναλογικά προς τη συγκεκριμένη σύμβαση και να μην εισάγουν διακρίσεις. Επιπλέον, τα κριτήρια επιλογής δεν πρέπει να είναι διατυπωμένα κατά τρόπο που να περιορίζουν το πεδίο του ανταγωνισμού λαμβάνοντας υπόψη θέματα ήσσονος σημασίας. Επιπρόσθετα, οι δυσανάλογες χρηματοοικονομικές απαιτήσεις των αναθετουσών αρχών (π.χ. τραπεζικές εγγυήσεις για την κάλυψη των κινδύνων που συνδέονται με τη διαδικασία ανάθεσης και την εκτέλεση μιας σύμβασης, ακόμη και εκείνων που εκφεύγουν του ελέγχου της επιχείρησης) αποτελούν εμπόδιο στη συμμετοχή των Μ.Μ.Ε. σε δημόσιες συμβάσεις. Επιπλέον, η αδικαιολόγητη και παρατεταμένη παρακράτηση των πόρων (π.χ. εγγύηση συμμετοχής) των οικονομικών φορέων πρέπει να αποφεύγεται και αντιθέτως πρέπει να ενθαρρύνεται η μείωση των οικονομικών εγγυήσεων κατ' αναλογία προς την εκτέλεση της σύμβασης. Το Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016 απαριθμεί εξαντλητικά τα στοιχεία βάσει

των οποίων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αξιολογεί και να ελέγχει την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των διαγωνιζομένων και επομένως καθιερώνει ένα κλειστό σύστημα περιορίζοντας τους τρόπους αξιολόγησης και ελέγχου που διαθέτουν οι ως άνω αρχές (πρβλ. και Απόφαση της 10^{ης} Μαΐου 2012, Υπόθεση C-368/10, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, EU:C:2012:284, σκέψεις 105-108). Αυτό δεν σημαίνει, πάντως, ότι οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να απαιτούν πιο εξειδικευμένα τα αποδεικτικά μέσα που ορίζονται στα άρθρα αυτά. Σε κάθε περίπτωση, οι απαιτήσεις τόσο των κριτηρίων όσο και των αποδεικτικών μέσων αυτών κρίνονται με βάση την αρχή της αναλογικότητας. Επίσης, είναι σαφές ότι όλες οι πληροφορίες πρέπει να συνδέονται με τα στοιχεία και τα κριτήρια που απαριθμούνται στα σχετικά άρθρα της Οδηγίας (βλ. Sue Arrowsmith "The Law of Public and Utilities Procurement", παρ 12-48 και 12-49. σελ. 1220-1221). Με άλλα λόγια, σύμφωνα και 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 σύμβασης, υπό δύο βασικές προϋποθέσεις. Πρώτον, από το στοιχείο ή από τα στοιχεία που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή για να αποδειχθεί το ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας, πρέπει να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα. Δεύτερον, το κατώτατο όριο που θα καθοριστεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό (βλ. την ανωτέρω κατευθυντήρια Οδηγία 13).

33.Επειδή, περαιτέρω, έχει κριθεί από το ΔΕΕ (βλ. Απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2012, Υπόθεση C-218/11, Édukönizig και Hochtief Construction, EU:C:2012:643, σκέψεις 26-29) ότι δυνάμει του άρθρου 44, παράγραφος 2, πρώτο εδάφιο, της Οδηγίας 2004/18, η αναθέτουσα αρχή επιτρέπεται να

απαιτεί ένα ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 47 της εν λόγω Οδηγίας. Το άρθρο αυτό ορίζει, στην παράγραφο 1, στοιχείο β', ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί μεταξύ άλλων να ζητήσει από τους υποψηφίους και τους προσφέροντες να αποδείξουν την επάρκειά τους προσκομίζοντας τον ισολογισμό τους. Εντούτοις, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι το ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας δεν μπορεί να καθορίζεται με κριτήριο τον ισολογισμό εν γένει. Εξ αυτού έπεται ότι η παρεχόμενη με το άρθρο 44, παράγραφος 2, πρώτο εδάφιο, της Οδηγίας 2004/18 δυνατότητα μπορεί να χρησιμοποιείται, σε σχέση με το προαναφερθέν άρθρο 47, παράγραφος 1, στοιχείο β', μόνο με αναφορά σε ένα ή σε περισσότερα ειδικά στοιχεία του ισολογισμού. Όσον αφορά την επιλογή αυτών των στοιχείων, το άρθρο 47 της Οδηγίας 2004/18 παρέχει σχετικά μεγάλη ελευθερία στις αναθέτουσες αρχές. Ειδικότερα, σε αντίθεση με το άρθρο 48 της εν λόγω Οδηγίας, το οποίο, όσον αφορά τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες, καθιερώνει ένα κλειστό σύστημα περιορίζοντας τους τρόπους αξιολογήσεως και ελέγχου που διαθέτουν οι ως άνω αρχές και, ως εκ τούτου, τις δυνατότητές τους να καθορίζουν τις αντίστοιχες απαιτήσεις (βλ., όσον αφορά τις αντίστοιχες διατάξεις των οδηγιών που προηγήθηκαν της Οδηγίας 2004/18, απόφαση της 10^{ης} Φεβρουαρίου 1982, 76/81, Transporoute et travaux, Συλλογή 1982, σ. 417, σκέψεις 8 έως 10 και 15), η παράγραφος 4 του άρθρου 47 επιτρέπει ρητώς στις αναθέτουσες αρχές να επιλέγουν τα δικαιολογητικά που πρέπει να προσκομίσουν οι υποψήφιοι ή οι προσφέροντες για να αποδείξουν την οικονομική και χρηματοοικονομική τους επάρκεια. Δεδομένου ότι το άρθρο 44, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18 κάνει μνεία του προαναφερθέντος άρθρου 47, η ίδια ελευθερία επιλογής πρέπει να υφίσταται και για τα ελάχιστα επίπεδα οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Πάντως, η ελευθερία αυτή δεν είναι απεριόριστη. Ειδικότερα, κατά το άρθρο 44, παράγραφος 2, δεύτερο εδάφιο, της Οδηγίας 2004/18, το ελάχιστο επίπεδο ικανότητας πρέπει να συνδέεται και να τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της συμβάσεως. Επομένως, πρώτον, από το στοιχείο ή από τα στοιχεία του ισολογισμού που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή για να καθορίσει το ελάχιστο επίπεδο οικονομικής

και χρηματοοικονομικής επάρκειας πρέπει να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα και, δεύτερον, το κατώτατο όριο που έχει καθοριστεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας συμβάσεως υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσεως για την καλή εκτέλεση της συμβάσεως, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό. Ο καθορισμός απαιτήσεως περί ορισμένου ελαχίστου επιπέδου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας δεν μπορεί καταρχήν να αποκλείεται για τον λόγο και μόνο ότι το επίπεδο αυτό αφορά συγκεκριμένο στοιχείο του ισολογισμού σε σχέση με το οποίο ενδέχεται να υφίστανται διαφορές μεταξύ των νομοθεσιών των κρατών μελών. Τα ανωτέρω επιβεβαιώθηκαν και με πρόσφατες αποφάσεις του ΔΕΕ (βλ. Απόφαση της 29^{ης} Ιουλίου 2019, Υπόθεση C-620/17, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe, EU:C:2019:630, σκέψη 13 και Απόφαση της 13^{ης} Ιουλίου 2017, Υπόθεση C-76/16, INGSTEEL και Metrostav, EU:C:2017:549, σκέψεις 32-34), όπου αναφέρεται χαρακτηριστικά ότι συναφώς, υπενθυμίζεται ότι το άρθρο 47 της Οδηγίας 2004/18 παρέχει ευρεία διακριτική ευχέρεια στις αναθέτουσες αρχές, όπως προκύπτει από τη φράση «κατά κανόνα» που χρησιμοποιείται στη διάταξη αυτή. Από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι, σε αντίθεση με το άρθρο 48 της εν λόγω Οδηγίας, το οποίο καθιερώνει ένα κλειστό σύστημα περιορίζοντας τους τρόπους αξιολόγησης και ελέγχου που διαθέτουν οι ως άνω αρχές και, ως εκ τούτου, τις δυνατότητές τους να καθορίζουν τις αντίστοιχες απαιτήσεις, η παράγραφος 4 του άρθρου 47 επιτρέπει ρητώς στις αναθέτουσες αρχές να επιλέγουν τα δικαιολογητικά που πρέπει να προσκομίσουν οι υποψήφιοι ή οι προσφέροντες για να αποδείξουν την οικονομική και χρηματοοικονομική τους επάρκεια. Δεδομένου ότι το άρθρο 44, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18 κάνει μνεία του προαναφερθέντος άρθρου 47, η ίδια ελευθερία επιλογής πρέπει να υφίσταται και για τα ελάχιστα επίπεδα οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (βλ., συναφώς, απόφαση της 18^{ης} Οκτωβρίου 2012, Édukönizig και Hochtief Construction, C-218/11, EU:C:2012:643, σκέψη 28). Τούτων

δοθέντων, από το άρθρο 44, παράγραφος 2, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 2004/18 προκύπτει ρητώς ότι τα ελάχιστα επίπεδα των ικανοτήτων που απαιτούνται για μια συγκεκριμένη σύμβαση πρέπει να σχετίζονται με το αντικείμενο της σύμβασης και να είναι ανάλογα προς αυτό. Επομένως, τα στοιχεία που απαιτούνται όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια πρέπει, αφενός, να είναι κατάλληλα για την αξιολόγηση της επάρκειας αυτής του οικονομικού φορέα και, αφετέρου, να είναι προσαρμοσμένα στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελούν μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσης για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς όμως να ζητούνται στοιχεία πέραν των ευλόγως αναγκαίων για τον σκοπό αυτό (βλ., συναφώς, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2012, *Édukönizig και Hochtief Construction*, C-218/11, EU:C:2012:643, σκέψη 29).

34. Επειδή, όπως προέκυψε από την ανωτέρω ανάπτυξη, αλλά και τους εκατέρωθεν ισχυρισμούς, ο αναθέτων φορέας, κατά την κρίση του Κλίμακιου, δεν απέδειξε, πέραν πάσης αμφιβολίας, ότι η απαίτηση του επίμαχου όρου της διακήρυξης, πράγματι είναι το μόνο πρόσφορο μέσο για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου αναδόχου, υπό την έννοια ότι είναι το μόνο κατάλληλο μέσο, αλλά και τελεί σε εύλογη σχέση αναλογίας επιλεγέντος μέσου και επιδιωκόμενου σκοπού. Η ανωτέρω παραδοχή επιρρωνύεται έτι περαιτέρω, από τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η οποία βάσιμα υποστηρίζει και προσάγει απτές αποδείξεις, προκειμένου να στηρίξει τους ισχυρισμούς της, ότι η ύπαρξη κερδοφορίας για τρεις (3) συναπτές χρήσεις δεν αποτελεί το μοναδικό αποδεικτικό μέσο για τη διαπίστωση οικονομικής ευρωστίας και σταθερότητας του συμμετέχοντος στον διαγωνισμό οικονομικού φορέα. Πολλώ δε μάλλον, αφ' ης στιγμής, όπως έγινε δεκτό ανωτέρω, στη σκέψη 30 της παρούσας, ότι με τον νόμιμο εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα, αποκλεισμό της δυνατότητας στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα, για την απόδειξη της τεχνικής-επαγγελματικής επάρκειας και της οικονομικής-χρηματοοικονομικής ικανότητας του συμμετέχοντος οικονομικού

φορέα, περιρίζεται ασφυκτικά πλέον, η δυνατότητα συμμετοχής Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στον εν λόγω διαγωνισμό, λαμβανομένου υπόψη και του διασυννοριακού ενδιαφέροντος που παρουσιάζει, εξαιτίας της υπερκάλυψης των κατώτατων ορίων για τον χαρακτηρισμό του ως διεθνούς. Με διαφορετική αφετηρία ιδωμένος ο προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης, ακόμα και στην περίπτωση που μπορούσε να υποστηριχθεί βάσιμα ότι κατ' αρχήν, είναι κατάλληλος για την αξιολόγηση της επάρκειας του οικονομικού φορέα και, επιπλέον, ότι είναι πράγματι προσαρμοσμένος, στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη (απόδειξη κατά τον αναθέτοντα φορέα) ως προς την ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσης για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, υπό τον όρο της αναλογικότητας, σύμφωνα με τα κριτήρια που έθεσε η προπαρατεθείσα νομολογία του ΔΕΕ, είναι βέβαιο, ότι η επιλογή τόσο αυστηρών κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, σε συνδυασμό με τον συλλήβδην αποκλεισμό της δυνατότητας προσφυγής στις ικανότητες τρίτου φορέα για την πλήρωση των κριτηρίων καταλληλότητας, σε ό,τι αφορά την απόδειξη της οικονομικής-χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου, εν τέλει, περιορίζει δυσανάλογα το άνοιγμα του διαγωνισμού σε ευρύτερο ανταγωνισμό, σε βάρος των εν δυνάμει ενδιαφερομένων να μετάσχουν ΜΜΕ. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο τρίτος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος, ενώ απορρίπτονται ως αβάσιμοι οι σχετικοί ισχυρισμοί του αναθέτοντος φορέα.

35.Επειδή, αναφορικά με τον τέταρτο λόγο προσφυγής (υπό III. Λόγοι προσφυγής, «Τέταρτος λόγος προσφυγής: Προδιαγραφές κυνοτεχνικής μονάδας»), η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ο όρος που περιέχεται στις παρ. 2.2.6 υπό IV της διακήρυξης σε συνδυασμό με τα οριζόμενα στην παρ. 2.2.8 αυτής και το Παράρτημα II-Ειδική Συγγραφή υποχρεώσεων, είναι ακυρωτέος, καθώς θέτει τεχνικές απαιτήσεις ιδιαίτερας εξειδικευμένες, οι οποίες καταλήγουν να είναι «φωτογραφικές» και δεν τελούν σε σχέση με το αντικείμενο του διαγωνισμού, για τους λόγους που διεξοδικά αναλύει στις σελ. 30-37 της

Αριθμός Απόφασης: 1218/2019

υπό κρίση προσφυγής της. Επί του ίδιου ως άνω λόγου προσφυγής, ο αναθέτων φορέας, με τις προαναφερθείσες απόψεις του, ισχυρίζεται ότι: «4. Ως προς τον τέταρτο λόγο προσφυγής:

Η αναθέτουσα αρχή είναι κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της Υπηρεσίας από ποιοτική και ποσοτική άποψη. Η θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών, που η αναθέτουσα αρχή κρίνει κατάλληλες ή πρόσφορες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, καθώς από τη φύση τους περιορίζουν τον κύκλο των προσώπων, που συμμετέχουν στον διαγωνισμό, δεν παραβιάζει εξ αυτού του λόγου τους κανόνες του ανταγωνισμού. Το ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή ότι καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή στο διαγωνισμό ενδιαφερομένων που δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές είναι αυτονόητο, επειδή από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό. Επίσης η σκοπιμότητα της θεσπίσεως κάποιων προδιαγραφών απaráδεκτα αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό. Συνεπώς υφίσταται ακώλυτη η ελευθερία της αναθέτουσας αρχής να επιλέγει τα αναγκαία κατά την κρίση της τεχνικά χαρακτηριστικά των προς προμήθεια αγαθών ή της παρασχεθισόμενης υπηρεσίας. Μόνη δε η πιθανή αδυναμία ορισμένου υποψηφίου αναδόχου να ανταποκριθεί στις τιθέμενες από τη διακήρυξη απαιτήσεις δεν συνεπάγεται παραβίαση των κανόνων του υγιούς ανταγωνισμού (όπως ενδεικτικώς ΣτΕ 3719/2011, 676/2011, 691/2009, 1140/2010, 1354/2009, 670/2009, 438/2008, 1049/2007, 303/2007, 977/2006, ΔΕφΘεσ 111/2013, ΔΕφΑθ 296/2013, ΑΕΠΠ 26/2017, 49/2017, 71/2017, 125/2017, 127/2017, 15/2018 κλπ.).

Ο όρος 2.2.6 IV της διακήρυξης ορίζει την υποχρέωση του υποψηφίου αναδόχου να διαθέτει μία τουλάχιστον επιχειρησιακά διαθέσιμη κυνοτεχνική μονάδα με εμπειρία 24 μηνών κατ' ελάχιστον σε λιμενική εγκατάσταση ή αερολιμένες κατά την τελευταία τριετία. Πρόκειται για προδιαγραφή που εξυπηρετεί την αξιόπιστη εκτέλεση του εγκεκριμένου από το Υπουργείο Ναυτιλίας (ΔΕΔΑΠΛΕ) Σχεδίου Ασφαλείας Λιμενικής Εγκατάστασης, που

Αριθμός Απόφασης: 1218/2019

διέπεται από αυστηρό ευρωπαϊκό και εθνικό νομοθετικό πλαίσιο (Ευρωπαϊκός Κανονισμός 725/2004, ν. 3622/2007), το οποίο προσιδιάζει στο επίσης αυστηρό ευρωπαϊκό πλαίσιο που διέπει την παροχή υπηρεσιών ασφαλείας σε αερολιμένες (Ευρωπαϊκός Κανονισμός 300/2008, Κανονισμός ΕΕ 2015/1998 που προβλέπει ρητά την χρήση σκύλων για την εκτέλεση υπηρεσιών ασφαλείας). Με αυτά τα δεδομένα η αναθέτουσα αρχή κρίνει κατάλληλη την συγκεκριμένη προδιαγραφή για την εξυπηρέτηση των αναγκών της, παρότι ενδέχεται να περιορίζει τον ανταγωνισμό περιορίζοντας τον κύκλο των προσώπων, που συμμετέχουν στον διαγωνισμό. Το ότι ενδέχεται να συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό της προσφεύγουσας, εάν δεν πληροί τις προδιαγραφές αυτές δεν καθιστά μη νόμιμη την προδιαγραφή αυτή, αφού από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό. Πέραν δε αυτού τονίζουμε και πάλι ότι σύμφωνα με το άρθρο 318 ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με τα άρθρα 319 έως 321 του νόμου αυτού ο Οργανισμός μας είναι ελεύθερος να επιλέξει τα κριτήρια επιλογής και ανάθεσης της σύμβασης δεσμευόμενος μόνο από τα οριζόμενα στην ειδικότερη διάταξη του άρθρου 318 ν. 4412/2016 και μπορεί να επιλέξει τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και ανάθεσης, προκειμένου ο ανάδοχος που θα επιλεγεί να είναι ο πλέον κατάλληλος σύμφωνα με τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά των προς ανάθεση υπηρεσιών, όπως ρητά ορίζεται στην παράγραφο 3 του άρθρου 318 ν. 4412/2016.

Περαιτέρω και σε αντίθεση προς όλα όσα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ισχύουν τα ακόλουθα:

(Α) Η χρήση σκύλου επιτρέπεται/προβλέπεται από την νομοθεσία.

Καταρχήν τονίζεται ότι η χρήση σκύλων εντός της Λιμενικής Εγκατάστασης κατά την έννοια του Κώδικα ISPS και του Κανονισμού 725/2004/ΕΚ είναι πλήρως συμβατή με τις προβλέψεις της εθνικής μας νομοθεσίας καθόσον η Λιμενική Εγκατάσταση αποτελεί έναν περικλειστο χώρο με ελεγχόμενη/περιορισμένη πρόσβαση και σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί δημόσιος και γενικά προσιτός στο κοινό, χώρος. Τούτο δε, τεκμηριώνεται απολύτως και από τις ακόλουθες διατάξεις της σχετικής διεθνούς (Κώδικας ISPS) και κοινοτικής

Αριθμός Απόφασης: 1218/2019

(Κανονισμός 725/2004/ΕΕ) νομοθεσίας τις οποίες και παραθέτουμε προς επιβεβαίωση του αληθούς της θέσης του Οργανισμού μας.

Καταρχήν σύμφωνα με την παρ. 1.3.3 του Παραρτήματος II του Κανονισμού 725/2004 (Α΄ Μέρος του Κώδικα ISPS)

«Για την επίτευξη των στόχων του, ο παρών κώδικας προβλέπει ορισμένες λειτουργικές απαιτήσεις. Στις απαιτήσεις αυτές περιλαμβάνονται μεταξύ άλλων:

.....

.3 η πρόληψη μη εξουσιοδοτημένης πρόσβασης σε πλοία, λιμενικές εγκαταστάσεις και στις ζώνες περιορισμένης πρόσβασης αυτών,

.....»

Επιπρόσθετα σύμφωνα με την παρ. 14.2 του Παραρτήματος II του Κανονισμού 725/2004 (Α΄ Μέρος του Κώδικα ISPS):

«Στο επίπεδο ασφάλειας 1 διεξάγονται οι ακόλουθες δραστηριότητες, μέσω ενδεδειγμένων μέτρων, σε όλες τις λιμενικές εγκαταστάσεις, λαμβανομένων υπόψη των κατευθύνσεων που παρέχονται στο μέρος Β του παρόντος κώδικα, προκειμένου να προσδιορίζονται και να λαμβάνονται προληπτικά μέτρα για την αντιμετώπιση συμβάντων που θέτουν σε κίνδυνο την ασφάλεια:

.1 διασφάλιση της επιτέλεσης όλων των σχετικών με την ασφάλεια καθηκόντων στη λιμενική εγκατάσταση,

.2 έλεγχος της πρόσβασης στη λιμενική εγκατάσταση,

.3 παρακολούθηση της λιμενικής εγκατάστασης, συμπεριλαμβανομένων των χώρων αγκυροβολίας και προσόρμισης,

.4 παρακολούθηση των ζωνών περιορισμένης πρόσβασης για να διασφαλίζεται ότι έχουν πρόσβαση σε αυτές μόνο εξουσιοδοτημένα άτομα,

.5 επίβλεψη του χειρισμού του φορτίου,

.6 επίβλεψη του χειρισμού των εφοδίων του πλοίου και

.7 διασφάλιση της άμεσης διαθεσιμότητας επικοινωνίας ασφάλειας».

Τέλος σύμφωνα με την παρ. 16.3 του Παραρτήματος II του Κανονισμού 725/2004 (Α΄ Μέρος του Κώδικα ISPS):

«Τα σχέδια αυτά εκπονούνται, λαμβανομένων υπόψη των κατευθύνσεων που παρέχονται στο μέρος Β του παρόντος κώδικα και συντάσσονται στη γλώσσα

εργασίας της λιμενικής εγκατάστασης. Το σχέδιο καλύπτει τα εξής θέματα τουλάχιστον:

.....

2. μέτρα για την πρόληψη μη εξουσιοδοτημένης πρόσβασης στη λιμενική εγκατάσταση, σε πλοία προσδεμένα στη λιμενική εγκατάσταση και σε ζώνες περιορισμένης πρόσβασης της εγκατάστασης,

.....».

Από τις ανωτέρω διατάξεις προκύπτει ξεκάθαρα ότι μια Λιμενική Εγκατάσταση δεν δύναται να θεωρηθεί δημόσιος και γενικά προσιτός στο κοινό χώρος, αντιθέτως είναι ένας χώρος που σύμφωνα με τις ανωτέρω απαιτήσεις η πρόσβαση σε αυτόν είναι καταρχήν ελεγχόμενη και σε κάποιες περιπτώσεις και περιορισμένη.

Αναφορικά δε, με την πρόβλεψη χρήσης κυνοτεχνικών μονάδων για την ανίχνευση εκρηκτικών τονίζουμε ότι είναι ομοίως απολύτως συμβατή με τις προβλέψεις της παραπάνω νομοθεσίας.

Ενδεικτικά αναφέρουμε

Την παρ. 1.3.4 του Παραρτήματος II του Κανονισμού 725/2004 (Α΄ Μέρος του Κώδικα ISPS) όπου καταγράφεται μια από τις βασικές απαιτήσεις της εν λόγω νομοθεσίας, σύμφωνα με την οποία:

«1.3 Για την επίτευξη των στόχων του, ο παρών κώδικας προβλέπει ορισμένες λειτουργικές απαιτήσεις. Στις απαιτήσεις αυτές περιλαμβάνονται μεταξύ άλλων:

.....

.4 η πρόληψη της εισόδου σε πλοία ή λιμενικές εγκαταστάσεις μη εξουσιοδοτημένων όπλων, εμπρηστικών μηχανισμών ή εκρηκτικών,

.....».

Από την παραπάνω πρόβλεψη, προκύπτει η ρητή απαίτηση της νομοθεσίας ώστε τα μέτρα ασφαλείας της Λιμενικής Εγκατάστασης να στοχεύουν μεταξύ άλλων στην πρόληψη εισόδου όπλων, εκρηκτικών και εμπρηστικών μηχανισμών σε αυτή.

Αριθμός Απόφασης: 1218/2019

Η ανωτέρω απαίτηση προκύπτει επίσης από την πρόβλεψη της παρ. 16.3.1 του Παραρτήματος II του Κανονισμού 725/2004 (Α΄ Μέρος του Κώδικα ISPS) σύμφωνα με την οποία:

«16.3 Τα σχέδια αυτά εκπονούνται, λαμβανομένων υπόψη των κατευθύνσεων που παρέχονται στο μέρος Β του παρόντος κώδικα και συντάσσονται στη γλώσσα εργασίας της λιμενικής εγκατάστασης. Το σχέδιο καλύπτει τα εξής θέματα τουλάχιστον:

.1 μέτρα για την πρόληψη της εισόδου στη λιμενική εγκατάσταση ή σε πλοίο όπλων ή άλλων επικίνδυνων ουσιών και μηχανισμών που έχουν σχεδιασθεί για να χρησιμοποιούνται κατά προσώπων, πλοίων ή λιμένων και η μεταφορά των οποίων απαγορεύεται,

.....».

Εν συνεχεία αναφερόμαστε στην απαίτηση της παρ. 14.2.6 του Παραρτήματος II του Κανονισμού 725/2004 (Α΄ Μέρος του Κώδικα ISPS) σύμφωνα με την οποία:

«Στο επίπεδο ασφάλειας 1 διεξάγονται οι ακόλουθες δραστηριότητες, μέσω ενδεδειγμένων μέτρων, σε όλες τις λιμενικές εγκαταστάσεις, λαμβανομένων υπόψη των κατευθύνσεων που παρέχονται στο μέρος Β΄ του παρόντος κώδικα, προκειμένου να προσδιορίζονται και να λαμβάνονται προληπτικά μέτρα για την αντιμετώπιση συμβάντων που θέτουν σε κίνδυνο την ασφάλεια:

.....

.6 επίβλεψη του χειρισμού των εφοδίων του πλοίου και

.....».

Τέλος στις σχετικές κατευθύνσεις που δίδονται στις παρ. 16.40 και 16.41 του Παραρτήματος III του Κανονισμού 725/2004 (Β΄ Μέρος του Κώδικα ISPS) καταγράφεται με ακόμη πιο ξεκάθαρο τρόπο η δυνατότητα χρήσης σκύλων για την έρευνα των εφοδίων προκειμένου καλυφθούν οι παραπάνω απαιτήσεις για την πρόληψη εισόδου όπλων, εκρηκτικών και εμπρηστικών μηχανισμών.

Σύμφωνα με τις κατευθύνσεις αυτές:

«16.40 Για το επίπεδο ασφάλειας 1, στο ΣΑΛΜ θα πρέπει να ορίζονται τα μέτρα ασφάλειας που θα εφαρμόζονται κατά τη διάρκεια της παραλαβής των εφοδίων του πλοίου, τα οποία μπορεί να περιλαμβάνουν:

Αριθμός Απόφασης: 1218/2019

1. έλεγχο των εφοδίων του πλοίου,
2. προηγούμενη ειδοποίηση όσον αφορά τη σύνθεση του φορτίου, τα στοιχεία του οδηγού και τον αριθμό κυκλοφορίας του οχήματος και

16.41 Ο έλεγχος του φορτίου μπορεί να πραγματοποιείται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους ή/και με όλους:

1. οπτική και υλική εξέταση και
2. χρήση εξοπλισμού σάρωσης/ανίχνευσης, μηχανολογικών διατάξεων ή σκύλων».

Από τα προαναφερθέντα προκύπτει με απόλυτα ξεκάθαρο τρόπο, ότι η χρήση σκύλου εντός του περικλειστού χώρου μιας Λιμενικής Εγκατάστασης είναι απολύτως σύμφωνη με τις προβλέψεις της σχετικής, εθνικής, κοινοτικής και διεθνούς νομοθεσίας.

(B) Εκπαίδευση στη διαχείριση πλήθους.

Η εκπαίδευση για τη διαχείριση πλήθους η οποία απαιτείται για τους συνοδούς/χειριστές των κυνοτεχνικών μονάδων δεν είναι φυσικά η μόνη εκπαίδευση που απαιτείται από τη διακήρυξη να διαθέτουν αλλά λειτουργεί σωρευτικά με τις υπόλοιπες απαιτούμενες εκπαιδεύσεις και ως εκ τούτου δεν πρέπει να εξετάζεται απομονωμένα όπως τεχνηέντως πράττει η προσφεύγουσα. Η χρησιμότητα δε της εν λόγω εκπαίδευσής είναι αυτονόητη, καθόσον η κατεξοχήν εργασία των συγκεκριμένων υπαλλήλων με τους χειριζόμενους από αυτούς σκύλους είναι η έρευνα για ύπαρξη ιχθών εκρηκτικών ή ανθρώπινων ζώων, ανάλογα, ως εκ τούτου κρίνεται ιδιαίτερως σημαντική η ψύχραιμη και ασφαλής αντίδραση τους στις περιπτώσεις τυχόν θετικών ενδείξεων.

(Γ) Εκπαίδευση συνοδών και σκύλων

Η διακήρυξη δεν περιορίζει ώστε η εκπαίδευση να έχει πραγματοποιηθεί στην Ελλάδα και επιπρόσθετα είναι αρκετές οι Ιδιωτικές Εταιρείες Παροχής Υπηρεσιών Ασφάλειας, οι οποίες διαφημίζουν στις ιστοσελίδες τους την παροχή τέτοιου είδους υπηρεσιών. Μεταξύ αυτών και η προσφεύγουσα.

(Δ) Απαίτηση παρουσίας κυνοτεχνικής μονάδας

Σύμφωνα με τη διακήρυξη είναι ξεκάθαρο ότι η κυνοτεχνική μονάδα ανίχνευσης εκρηκτικών αποτελεί πάγια υπηρεσία που απαιτείται να παρέχεται από τον υποψήφιο ανάδοχο.

Ειδικότερα σύμφωνα με τον όρο 2.2.6 IV της διακήρυξης

«.....

οι υποψήφιοι ανάδοχοι πρέπει να καταθέσουν με την προσφορά τους αποδεικτικά ότι διαθέτουν εντός της ομάδας έργου τουλάχιστον μία (1) επιχειρησιακά διαθέσιμη κυνοτεχνική μονάδα (σκύλος και συνοδός/χειριστής), με αποδεδειγμένη εμπειρία ως ενιαία μονάδα (σκύλος και συνοδός/χειριστής) τουλάχιστον εικοσιτεσσάρων (24) μηνών σε χώρα της ΕΕ σε λιμενικές εγκαταστάσεις ή αερολιμένες κατά την τελευταία τριετία για την ανίχνευση εκρηκτικών. Η εμπειρία αποδεικνύεται με βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης και υπογεγραμμένες συμβάσεις αντίστοιχων έργων φύλαξης λιμενικών εγκαταστάσεων ή αερολιμένων στην Ελλάδα ή την ΕΕ με κυνοτεχνική ομάδα (σκύλο και συνοδό/χειριστή) που να καλύπτουν χρονικό διάστημα εικοσιτεσσάρων (24) μηνών κατά την τελευταία τριετία πριν από τη διενέργεια του διαγωνισμού.

.....»

Σε ότι αφορά δε, την κυνοτεχνική μονάδα ανίχνευσης ανθρώπινων ζώων, πράγματι δεν αποτελεί πάγια υπηρεσία και για τον λόγο αυτό στον ίδιο όρο της διακήρυξης καθορίσαμε:

«.....

Επίσης αποδεικτικά ότι μπορούν να διαθέσουν (εντός 12 ωρών, σε περίπτωση ανάγκης) τουλάχιστον μία (1) επιχειρησιακά διαθέσιμη κυνοτεχνική μονάδα (σκύλος και συνοδός/χειριστής), με αποδεδειγμένη εμπειρία τουλάχιστον εικοσιτεσσάρων (24) μηνών στην Ελλάδα ή σε χώρα της ΕΕ σε λιμενικές εγκαταστάσεις ή αερολιμένες κατά την τελευταία τριετία για την ανίχνευση ανθρώπινων ζώων, που επιχειρούν να παραβιάσουν μέτρα ασφαλείας, σε κρίσιμες καταστάσεις, συναφείς με το αντικείμενο της διακήρυξης (λιμένες). Η εμπειρία αποδεικνύεται με βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης και υπογεγραμμένες συμβάσεις αντίστοιχων έργων φύλαξης λιμενικών εγκαταστάσεων ή

αερολιμένων με κυνοτεχνική ομάδα (σκύλο και συνοδό/χειριστή) που να καλύπτουν χρονικό διάστημα εικοσιτεσσάρων (24) μηνών κατά την τελευταία τριετία πριν από τη διενέργεια του διαγωνισμού
.....».

Η δε, αυτή «έκτακτη» ανάγκη (προκειμένου να αιτηθούμε τη συγκεκριμένη υπηρεσία) μπορεί να προκύψει ενδεικτικά από μια ενδεχόμενη κορύφωση του φαινομένου των προσπαθειών λαθρεπιβίβασης και ως εκ τούτου παράνομης εξόδου από τη χώρα προς Λιμένες της Ιταλίας με τους οποίους ο Λιμένας μας διασυνδέεται.

(Ε) Απαιτούμενη εμπειρία για συνοδούς/χειριστές

Η εμπειρία των 24 μηνών κατά την τελευταία τριετία την οποία απαιτεί η διακήρυξη για τους συνοδούς/χειριστές ακόμη και αν κάποιος προσπαθήσει (λανθασμένα) να αγνοήσει τη σοβαρότητα/ σπουδαιότητα της συγκεκριμένης παρεχόμενης υπηρεσίας συνάδει απόλυτα με τα κριτήρια που έχουν τεθεί για την απαιτούμενη επαγγελματική εμπειρία του συνόλου του προσωπικού ασφαλείας.

(ΣΤ) ISO 9001:2015

Πέραν των υπολοίπων δικαιολογητικών τα οποία πρέπει να κατατεθούν η διάθεση τέτοιου είδους πιστοποιητικού τεκμηριώνει την ποιότητα της προς παροχή αιτούμενης υπηρεσίας.

(Ζ) Χρήση σκύλων

Πέραν των προαναφερθεισών διατάξεων της σχετικής με την ενίσχυση της ασφάλειας πλοίων, λιμενικών εγκαταστάσεων και λιμένων, διεθνούς, κοινοτικής και εθνικής νομοθεσίας που τεκμηριώνουν πλήρως την νομιμότητα παροχής της συγκεκριμένης Υπηρεσίας, η οποία θα συμβάλλει αποφασιστικά στη σχετική συμμόρφωση της Λιμενικής μας Εγκατάστασης και ως εκ τούτου στην περαιτέρω ενίσχυση της ασφάλειας της, αναφερόμαστε και στις απαιτήσεις της εξαιρετικής σημασίας για τον Οργανισμό μας αγοράς «κρουαζιέρα», καθόσον μεταξύ των πληροφοριών που αιτούνται οι περισσότερες εταιρείες από το Λιμάνι μας είναι και εάν παρέχουμε τέτοιες υπηρεσίες. Ως εκ τούτου η παροχή μιας τέτοιας υπηρεσίας στη Λιμενική Εγκατάσταση της Κέρκυρας πέραν της αυτονόητης

ενίσχυσης της ασφάλειας της θα συμβάλει στην ποιοτική αναβάθμιση της σε μια ιδιαίτερα απαιτητική παγκόσμια αγορά, όπως αυτή της Κρουαζιέρας και για το λόγο αυτό προβλέφθηκε η συγκεκριμένη τεχνική προσδιαγραφή.

Για τους λόγους αυτούς πρέπει να απορριφθεί και ο τέταρτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής.».

Επειδή, αναφορικά με τον τέταρτο λόγο προσφυγής, λεκτέα τυγχάνουν τα εξής. Όπως προέκυψε μετά από ενδελεχή έρευνα όλων των επίμαχων διατάξεων και των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών, το οικείο Κλιμάκιο ήχθη στα ακόλουθα πορίσματα. Σε αντίθεση με όσα υποστηρίζει ο αναθέτων φορέας, το Σχέδιο Ασφαλείας Λιμενικής Εγκατάστασης (Σ.Α.Λ.Ε.), το οποίο εκπονείται από τη Διεύθυνση Ελέγχου Διαχείρισης της Ασφάλειας Πλοίων και Λιμενικών Εγκαταστάσεων (Δ.Ε.Δ.Α.Π.Λ.Ε.) και τελεί σε συμμόρφωση με τις διατάξεις του Κανονισμού (ΕΚ) 725/2004 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 31^{ης} Μαρτίου 2004 για τη βελτίωση της ασφάλειας στα πλοία και τις λιμενικές εγκαταστάσεις (L 129/6/29.04.2004) και του εκτελεστικού του Κανονισμού, Ν. 3622/2007 (ΦΕΚ Α΄ 281/20.12.2007) με τίτλο «Ενίσχυση της ασφάλειας πλοίων, λιμενικών εγκαταστάσεων και λιμένων και άλλες διατάξεις.» κάνει μόνο περιορισμένη αναφορά στη χρήση σκύλων, η οποία πάντως σε κάθε περίπτωση αναφέρεται εναλλακτικά στον έλεγχο φορτίου και όχι επιβατών. Συγκεκριμένα, στο άρθρο 9 του Κανονισμού «ΣΧΕΔΙΟ ΑΣΦΑΛΕΙΑΣ ΠΛΟΙΟΥ», στο τμήμα που αναφέρεται στον χειρισμό του φορτίου, στο Επίπεδο Ασφάλειας 1, υπό 9.28 ορίζεται ρητά ότι: «Ο έλεγχος του φορτίου μπορεί να πραγματοποιείται με τους κατωτέρω τρόπους: 1. οπτική και υλική εξέταση και 2. Χρήση εξοπλισμού σάρωσης/ανίχνευσης μηχανολογικών διατάξεων ή σκύλων.». Ομοίως, στο Επίπεδο Ασφαλείας 2, υπό 9.31 αναφέρεται ότι: «Λεπτομερής έλεγχος του φορτίου μπορεί να επιτυγχάνεται με τους κατωτέρω τρόπους: 1. συχνότερη και λεπτομερέστερη οπτική και υλική εξέταση, 2. συχνότερη χρήση εξοπλισμού σάρωσης/ανίχνευσης, μηχανολογικών διατάξεων ή σκύλων και 3. συντονισμό ενισχυμένων μέτρων ασφάλειας με τον φορτωτή ή άλλο υπεύθυνο μέρος, σύμφωνα με συναφθείσα συμφωνία και διαδικασίες.».

Αντίστοιχες αναφορές υπάρχουν και στο τμήμα του Κανονισμού που αναφέρεται στη μεταφορά φορτίου, Επίπεδο Ασφαλείας 1, υπό 16.33, στο Επίπεδο Ασφαλείας 2, υπό 16.36 και τέλος, στο τμήμα που αναφέρεται στην παραλαβή εφοδίων πλοίου, Επίπεδο Ασφαλείας 1, υπό 16.41 και Επίπεδο Ασφαλείας 2, υπό 16.43. Όλες οι ανωτέρω όμως διατάξεις σχετίζονται με συγκεκριμένη δυνατότητα εναλλακτικής χρήσης σκύλων έναντι άλλων μεθόδων ανίχνευσης για τον έλεγχο του φορτίου και των εφοδίων του πλοίου και όχι για τη μεταφορά επιβατών. Στις δε διατάξεις του Ν. 3622/2007 δεν υπάρχει καμία αναφορά σε χρήση σκύλων. Εξάλλου, όπως ορθά επισημαίνει η προσφεύγουσα, δυνάμει της παρ. 1, στοιχ. ζ του άρθρου 4 του Ν. 2518/1997, όπως αυτό αντικαταστάθηκε με το άρθρο 4 του Ν. 3707/2008 (ΦΕΚ Α΄ 209/08.10.2008), ορίζεται ότι: *«Οι επιχειρήσεις παροχής υπηρεσιών ασφαλείας υποχρεούνται:*

[...].

ζ. να μην χρησιμοποιούν μέσα και μεθόδους που μπορούν να προκαλέσουν ζημία, βλάβη, ενόχληση σε τρίτους ή να θέσουν σε κίνδυνο την ασφάλεια των πολιτών. Η χρήση σκύλων σε δημόσιους και γενικά προσιτούς στο κοινό χώρους, απαγορεύεται. Η χρήση αυτών επιτρέπεται μόνο στο εσωτερικό των φυλασσόμενων κτιρίων και ιδιοκτησιών ή σε περικλειστούς χώρους,» και επομένως, σε αντίθεση με όσα αβάσιμα ισχυρίζεται ο αναθέτων φορέας, πράγματι οι Λιμενικές Εγκαταστάσεις, καίτοι δεν μπορούν να χαρακτηριστούν ως δημόσιοι χώροι, σύμφωνα και με τα οριζόμενα στον Ευρωπαϊκό Κανονισμό (ΕΚ) αριθ. 725/2004 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 31^{ης} Μαρτίου 2004 για τη βελτίωση της ασφάλειας στα πλοία και στις λιμενικές εγκαταστάσεις, εντούτοις, είναι σαφές, ότι εμπίπτουν στην έννοια του *«γενικά προσιτού στο κοινό χώρου»*, λόγω του όγκου των επιβατών που διακινούνται σε αυτούς, ιδιαίτερα τους θερινούς μήνες. Υπό την ανωτέρω εκτεθείσα έννοια, όπως εμμέσως πλην σαφώς, ομολογεί και ο αναθέτων φορέας, η συγκεκριμένη προδιαγραφή, περιορίζει τον ανταγωνισμό, αποκλείοντας εν δυνάμει υποψήφιους οικονομικούς φορείς, οι οποίοι δεν διαθέτουν κυνοτεχνική μονάδα, χωρίς όμως, να δικαιολογεί επαρκώς και τεκμηριωμένα, τους λόγους για τους

οποίους τίθεται το εν λόγω κριτήριο. Προσέτι, δεν μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι είναι το μοναδικό πρόσφορο κριτήριο για τη διακρίβωση της καταλληλότητας των υποψηφίων, πολλώ δε μάλλον, δεν αποδεικνύεται ότι συνδέεται με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, με τρόπο αναπόδραστο, η παράλειψη του οποίου, θα έθετε εν αμφιβόλω την ίδια τη βέλτιστη εκτέλεση της σύμβασης παροχής των προκηρυσσόμενων υπηρεσιών ή τέλος, ότι η θέσπισή του δικαιολογείται από επιτακτικό λόγο δημοσίου συμφέροντος για την επίτευξη σκοπού, ο οποίος δεν θα μπορούσε να επιτευχθεί με λιγότερο περιοριστικά του ανταγωνισμού, μέτρα. Με αυτή την παραδοχή, παρέλκει η περαιτέρω εξέταση των ισχυρισμών που αφορούν το ζητούμενο ISO 9001:2015 και την απαιτούμενη από τους επίμαχους όρους της διακήρυξης εκπαίδευση συνοδών/χειριστών στη διαχείριση πλήρους. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο τέταρτος λόγος προσφυγής, πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμος και ουσία βάσιμος και αντίστοιχα να απορριφθούν οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί του αναθέτοντος φορέα.

36.Επειδή, σχετικά με τον πέμπτο λόγο προσφυγής (υπό III. Λόγοι προσφυγής, «Πέμπτος λόγος προσφυγής: Άδεια ταχυπλόου»), η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη διάταξη της παρ. 2.2.6 υπό III η) της διακήρυξης, είναι παράνομη, δεδομένου ότι δεν σχετίζεται καθ' οιονδήποτε τρόπο με το αντικείμενο του διαγωνισμού όπως περιγράφεται λεπτομερώς στην παρ. 1.3 της διακήρυξης και ως εκ τούτου, εμποδίζει τη συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό, για τους λόγους που εκθέτει στις σελ. 37-38 της κρινόμενης προσφυγής της. Επί του ίδιου ως άνω λόγου προσφυγής, ο αναθέτων φορέας, με τις προαναφερθείσες απόψεις του, υποστηρίζει ότι: «5. Ως προς τον πέμπτο λόγο προσφυγής: Άδεια ταχυπλόου.

Για τον ίδιο προεκτεθέντα λόγο είναι απολύτως νόμιμη και η απαίτηση του όρου 2.2.6 III της διακήρυξης κάθε προσφέρων να προσκομίσει αποδεικτικά ότι τουλάχιστον 1 άτομο του προτεινόμενου προσωπικού φύλαξης του υποψήφιου Αναδόχου που δύναται να απασχοληθεί στο έργο διαθέτει άδεια ταχυπλόου για περιπτώσεις ελέγχου με σκάφος θαλάσσης του Οργανισμού σύμφωνα με τα

Αριθμός Απόφασης: 1218/2019

οριζόμενα στο Σχέδιο Ασφάλειας Λιμενικής Εγκατάστασης (ΣΑΛΕ). Πρόκειται για προδιαγραφή απολύτως συμβατή με το αντικείμενο του διαγωνισμού καθόσον περιλαμβάνεται στην παράγραφο 1.3 αυτού, η οποία προβλέπει:

«Αντικείμενο της σύμβασης είναι η παροχή υπηρεσιών ασφαλείας, από Ιδιωτικές Επιχειρήσεις Παροχής Υπηρεσιών Ασφαλείας (ΙΕΠΥΑ) κατόχους της αδείας του Ν.2518/1997 (ΦΕΚ Α'164) όπως τροποποιήθηκε με το Ν.3707/2008 (ΦΕΚ Α'209) και ισχύει, όπως προβλέπεται στον Νόμο 3622/2007 (ΦΕΚ Α'281) όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 12 του Ν.4150/2013 (ΦΕΚ Α'102) και ισχύει, και σύμφωνα με την Υπουργική Απόφαση 4434.1/02/08 (ΦΕΚ Β'1877). Οι υπηρεσίες ασφαλείας αφορούν τον έλεγχο πρόσβασης προσώπων (ταυτοπροσωπία προσώπων, επιβατών, επισκεπτών, ταυτοποίηση οχημάτων και έρευνες ασφαλείας προσώπων, επιβατών, επισκεπτών, οχημάτων και εφοδίων) στους χώρους της Λιμενικής Εγκατάστασης, με τη βοήθεια των ηλεκτρονικών συσκευών ελέγχου χειραποσκευών, αποσκευών, εφοδίων και οχημάτων, όπως μαγνητικών πυλών, ακτινοσκοπικών μηχανημάτων (XRays) ή/και με φυσικό τρόπο ή/και με κυνοτεχνική ομάδα (K9). Επίσης έρευνες και περιπολίες ασφαλείας σε χώρους της Λιμενικής Εγκατάστασης και αναφορά συμβάντων στον ΥΑΛΕ ή/και όποιο εκπρόσωπο του Οργανισμού έχει ορίσει ο ΥΑΛΕ ή ορίζεται στο εγκεκριμένο Σχέδιο Ασφάλειας της Λιμενικής Εγκατάστασης (ΣΑΛΕ) και στο Σχέδιο Αντιμετώπισης Καταστάσεων Έκτακτης Ανάγκης (ΣΑΚΕΑ) του».

Η ως άνω αναφορά στην εκτέλεση περιπολιών ασφαλείας σε χώρους της Λιμενικής Εγκατάστασης είναι αυτονόητη για όσους έχουν στοιχειώδη γνώση της αναφερόμενης στην παραπάνω παράγραφο της διακήρυξης νομοθεσίας, η δε προσφεύγουσα -λόγω του ότι είναι Αναγνωρισμένος Οργανισμός Ασφάλειας- θα έπρεπε να έχει τις συγκεκριμένες γνώσεις, ίσως όμως και σκοπίμως να αποκρύπτει στην προσφυγή της, ότι στη νομοθεσία προβλέπονται και οι θαλάσσιες περιπολίες.

Οι διατάξεις της σχετικής νομοθεσίας που τεκμηριώνει απολύτως την παραπάνω θέση μας είναι οι ακόλουθες:

Αριθμός Απόφασης: 1218/2019

Καταρχήν και σύμφωνα με τους ορισμούς που δίδονται στο άρθρο 2 του Κανονισμού 725/2004/ΕΕ:

Ως «Λιμενική εγκατάσταση» νοείται μια περιοχή όπου λαμβάνει χώρα η διασύνδεση πλοίου/λιμένα. Η εν λόγω περιοχή περιλαμβάνει ζώνες, όπως τα σημεία προσόρμισης ή οι αποβάθρες αγκυροβόλησης και η περιοχή προσέγγισής τους από τη θάλασσα, ανάλογα με την περίπτωση.

Ενώ με τον όρο «Διασύνδεση πλοίου/λιμένα» νοούνται οι αλληλεπιδράσεις που αναπτύσσονται όταν πραγματοποιούνται άμεσα ή έμμεσα σε ένα πλοίο δραστηριότητες, όπως η επιβίβαση/αποβίβαση ατόμων, η φόρτωση/εκφόρτωση εμπορευμάτων ή η παροχή λιμενικών υπηρεσιών προς ή από το πλοίο.

Πέραν του προαναφερθέντος ορισμού της έννοιας της Λιμενικής Εγκατάστασης, η οποία ως προκύπτει περιλαμβάνει εκτός της χερσαίας και θαλάσσιες ζώνες, υφίστανται και οι ακόλουθες διατάξεις της σχετικής νομοθεσίας.

Σύμφωνα με την παρ. 14.2 του Παραρτήματος II του Κανονισμού 725/2004 (Α΄ Μέρος του Κώδικα ISPS):

«Στο επίπεδο ασφάλειας 1 διεξάγονται οι ακόλουθες δραστηριότητες, μέσω ενδεδειγμένων μέτρων, σε όλες τις λιμενικές εγκαταστάσεις, λαμβανομένων υπόψη των κατευθύνσεων που παρέχονται στο μέρος Β του παρόντος κώδικα, προκειμένου να προσδιορίζονται και να λαμβάνονται προληπτικά μέτρα για την αντιμετώπιση συμβάντων που θέτουν σε κίνδυνο την ασφάλεια:

- .1 διασφάλιση της επιτέλεσης όλων των σχετικών με την ασφάλεια καθηκόντων στη λιμενική εγκατάσταση,
- .2 έλεγχος της πρόσβασης στη λιμενική εγκατάσταση,
- .3 παρακολούθηση της λιμενικής εγκατάστασης, συμπεριλαμβανομένων των χώρων αγκυροβολίας και προσόρμισης,
- .4 παρακολούθηση των ζωνών περιορισμένης πρόσβασης για να διασφαλίζεται ότι έχουν πρόσβαση σε αυτές μόνο εξουσιοδοτημένα άτομα,
- .5 επίβλεψη του χειρισμού του φορτίου,
- .6 επίβλεψη του χειρισμού των εφοδίων του πλοίου και
- .7 διασφάλιση της άμεσης διαθεσιμότητας επικοινωνίας ασφάλειας».

Συναφώς σύμφωνα με την παρ. 16.49 του Παραρτήματος III του Κανονισμού 725/2004 (Β' Μέρος του Κώδικα ISPS)

«Η οργάνωση ασφάλειας της λιμενικής εγκατάστασης θα πρέπει να μπορεί να παρακολουθεί ολόκληρη τη λιμενική εγκατάσταση και τα σημεία που βρίσκονται κοντά σε αυτήν, σε ξηρά και θάλασσα, πάντοτε, ακόμη και κατά τις ώρες της νύχτας και τις περιόδους περιορισμένης ορατότητας, τις ζώνες περιορισμένης πρόσβασης εντός της λιμενικής εγκατάστασης, τα πλοία που βρίσκονται στη λιμενική εγκατάσταση και τις ζώνες γύρω από τα πλοία. Για την παρακολούθηση μπορεί να χρησιμοποιείται:

1. φωτισμός,
2. φρουροί ασφάλειας, συμπεριλαμβανομένων περιπολιών πεζή, με οχήματα ή στη θάλασσα και
3. αυτόματες συσκευές εντοπισμού εισβολέων και εξοπλισμού επιτήρησης».

Από τα ανωτέρω εκτεθέντα προκύπτει ότι ο συγκεκριμένος όρος του διαγωνισμού και περιλαμβάνεται στο αντικείμενο του διαγωνισμού και καλύπτει συγκεκριμένη απαίτηση της κοινοτικής και διεθνούς νομοθεσίας. Είναι δε πράγματι απορίας άξιο, πώς μια εταιρεία η οποία ως προαναφέρθηκε και επικαλείται η ίδια στην προσφυγή της είναι και Αναγνωρισμένος Οργανισμός Ασφάλειας προσφεύγει κατά ενός όρου διακήρυξης, με τον οποίο εξασφαλίζεται η απόλυτη συμμόρφωση της Λιμενικής μας Εγκατάστασης με τις απαιτήσεις της νομοθεσίας.

Για τους λόγους αυτούς πρέπει να απορριφθεί και ο πέμπτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής.».

37. Επειδή, σχετικά με τον πέμπτο λόγο προσφυγής, πρέπει να γίνουν οι ακόλουθες αναφορές. Όπως ορθά υποστηρίζει ο αναθέτων φορέας και σύμφωνα με το αντικείμενο του διαγωνισμού, όπως προδιαγράφεται στο άρθρο 1.3 της διακήρυξης, αλλά και το κανονιστικό πλαίσιο που αφορά την ασφάλεια των Λιμενικών Εγκαταστάσεων και ιδίως τον προαναφερθέντα Κανονισμό (ΕΚ) 725/2004, συνάγεται εξ ορισμού, ότι η αποτελεσματική προστασία και φύλαξη μιας λιμενικής εγκατάστασης, η οποία περιλαμβάνει έρευνες και περιπολίες

ασφαλείας σε χώρους αυτής, προϋποθέτει τη διεξαγωγή τους μεταξύ άλλων και σε θαλάσσιες ζώνες. Στον ίδιο τον ως άνω Κανονισμό, υπάρχει πλειάδα διατάξεων που αφορά τη διασύνδεση πλοίου/λιμένα, με την εν λόγω περιοχή να περιλαμβάνει ζώνες, όπως τα σημεία προσόρμισης ή τις αποβάθρες αγκυροβόλησης και την περιοχή προσέγγισής τους από τη θάλασσα. Συνεπώς, σε αντίθεση με όσα αβάσιμα επικαλείται η προσφεύγουσα, ενόψει και του ίδιου του αντικείμενου του διαγωνισμού, δεν μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι δεν συνδέεται με το τελευταίο, η απαίτηση του αναθέτοντος φορέα από τον υποψήφιο ανάδοχο, να διαθέτει άδεια ταχυπλόου σκάφους για την τελεσφορότερη διεξαγωγή των ερευνών και των περιπολιών στους χώρους της λιμενικής εγκατάστασης από θαλάσσης. Ως εκ περισσού δε, σημειώνεται ότι αβάσιμος κρίνεται και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι βάσει του άρθρου 5 του Ν. 4150/2013, ο από θαλάσσης έλεγχος πραγματοποιείται αποκλειστικά από την Ελληνική Ακτοφυλακή/Λιμενικό Σώμα, καθώς δεν συνάγεται από τη ρητή διατύπωση του εν λόγω άρθρου ότι επιφυλάσσεται αποκλειστική αρμοδιότητα της Ελληνικής Ακτοφυλακής ή/και του Λιμενικού Σώματος έναντι ιδιωτικών επιχειρήσεων ασφαλείας. Αντιθέτως, είναι προφανές ότι μπορούν οι Οργανισμοί Λιμένος, ως νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου, να αναθέτουν κατά την κρίση τους και με σκοπό την αποτελεσματικότερη προστασία των λιμενικών εγκαταστάσεων, υπηρεσίες έρευνας και περιπολίας από θαλάσσης (και) σε ιδιωτικές επιχειρήσεις παροχής υπηρεσιών ασφαλείας, όπως εν προκειμένω. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο πέμπτος λόγος προσφυγής, κρίνεται απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος, ενώ πρέπει να γίνουν δεκτοί οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί του αναθέτοντος φορέα.

38. Επειδή, τέλος, αναφορικά με τον έκτο και τελευταίο λόγο προσφυγής (υπό III. Λόγοι προσφυγής, «Έκτος λόγος προσφυγής: Απαγόρευση πρόσβασης στο ΣΑΛΕ»), η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ο επίμαχος όρος της παρ. 1.4 της διακήρυξης, είναι μη νόμιμος και συνεπώς ακυρωτέος, δοθέντος ότι ο μοναδικός οικονομικός φορέας που εξ ορισμού έχει τη δυνατότητα πρόσβασης στο Σχέδιο Ασφάλειας Λιμενικής Εγκατάστασης

(Σ.Α.Λ.Ε.), είναι η ανάδοχος της προηγούμενης αντίστοιχης σύμβασης παροχής υπηρεσιών ασφαλείας, εφόσον θεωρείται δεδομένο ότι η τελευταία γνωρίζει και εφαρμόζει το Σ.Α.Λ.Ε., όπως αναλύει στις σελ. 38-41 της υπό κρίση προσφυγής της. Επί του ίδιου ως άνω λόγου προσφυγής, ο αναθέτων φορέας, με τις προαναφερθείσες απόψεις του, υποστηρίζει ότι: «6. Ως προς τον έκτο λόγο προσφυγής: Απαγόρευση πρόσβασης στο ΣΑΛΕ.

Ο όρος 1.4 της Διακήρυξης σύμφωνα με τον οποίο «Οι προβλέψεις του ΣΑΛΕ δεν είναι δυνατόν να κοινοποιηθούν εν όλω ή εν μέρει στην παρούσα Διακήρυξη, δεδομένου ότι τόσο η ΑΑΛΕ, όσο και το ΣΑΛΕ, είναι εμπιστευτικά έγγραφα. Συνεπώς, ούτε στο παρόν κείμενο, ούτε κατά την εξέλιξη του Διαγωνισμού είναι δυνατόν να δοθούν ιδιαίτερες διευκρινήσεις.» είναι σε απόλυτη συμφωνία με τις απαιτήσεις της σχετικής νομοθεσίας.

Σύμφωνα δε με το άρθρο 15 του ν. 3622/2007 (281 Α'), όπως ισχύει:

«Τα πρόσωπα που χειρίζονται διαβαθμισμένες πληροφορίες σχετιζόμενες με τη Διεθνή Σύμβαση SOLAS 74 (ΚΕΦ XI-2), τον Κώδικα (ISPS), τον Κανονισμό και την Οδηγία ή διενεργούν ελέγχους ασφαλείας οφείλουν να έχουν τον κατάλληλο βαθμό διαβάθμισης, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις του Εθνικού Κανονισμού Ασφάλειας (Αριθ. Φ.120/6/200994 Σ.1691/8.6.2004 κυρωτική απόφαση Υπουργού Εθνικής Άμυνας) και του Εθνικού Κανονισμού Βιομηχανικής Ασφάλειας (Αριθ. Φ.120/1/136775 Σ.486/14.2.2005 απόφαση Υπουργού Εθνικής Άμυνας-ΦΕΚ 336 Β'/16.3.2005), όπως εκάστοτε ισχύουν».

Στο πλαίσιο δε, της ως άνω απαίτησης, οι μελέτες Αξιολόγησης και Σχεδίου Ασφάλειας της Λιμενικής μας Εγκατάστασης (ΑΑΛΕ και ΣΑΛΕ) είναι διαβαθμισμένα σύμφωνα με την ως άνω νομοθεσία (Ε.Κ.Α και Ε.Κ.Β.Α), έγγραφα και η πρόσβαση σε αυτά είναι απολύτως περιορισμένη με βάση πάντα τις προβλέψεις της εν λόγω νομοθεσίας. Συνεπώς ο προαναφερθείς όρος 1.4 της διακήρυξης συνιστά επανάληψη των ρυθμίσεων του Έλληνα νομοθέτη. Τα ανωτέρω άλλωστε είναι απολύτως γνωστά σε όλους όσους έχουν στοιχειώδη γνώση της σχετικής με την ενίσχυση της ασφαλείας πλοίων, λιμενικών εγκαταστάσεων και λιμένων, νομοθεσίας, όπως η προσφεύγουσα καθόσον μεταξύ άλλων όσο και αν κανείς ανατρέξει σε παρόμοιους διαγωνισμούς

φύλαξης λιμενικών εγκαταστάσεων δεν θα εντοπίσει σε αυτούς σημεία, παραγράφους, κεφάλαια και γενικότερα λεπτομέρειες των Σχεδίων Ασφάλειας. Τούτο δε είναι απολύτως λογικό φυσικά καθόσον σε διαφορετική περίπτωση όπως προαναφέραμε, θα υπήρχε σαφέστατη παραβίαση των διατάξεων της σχετικής νομοθεσίας.

Στο πλαίσιο δε των προαναφερθέντων η επίκληση της προσφεύγουσας ότι η εταιρεία που παρέχει τις υπηρεσίες ασφαλείας στη Λιμενική μας Εγκατάσταση, με βάση την υφιστάμενη σύμβαση, έχει πρόσβαση στο ΣΑΛΕ και ως εκ τούτου έχει συγκριτικό πλεονέκτημα σε σχέση με τους υπόλοιπους υποψήφιους, δεν ευσταθεί καθόσον στο πλαίσιο των προβλέψεων της παραπάνω αυστηρής νομοθεσίας, ουδεμία τέτοια δυνατότητα πρόσβασης της έχει παρασχεθεί μέχρι σήμερα και επιπρόσθετα κανένα συγκριτικό πλεονέκτημα δεν έχει καθόσον όπως είναι ευρύτερα γνωστό σε όλους όσους ασχολούνται με το συγκεκριμένο αντικείμενο της ασφαλείας των Λιμενικών Εγκαταστάσεων, η νομοθεσία που το διέπει είναι πολύ ξεκάθαρη και συγκεκριμένη αναφορικά με τις διαδικασίες ασφαλείας που πρέπει να εφαρμόζονται. Το γεγονός αυτό σε συνδυασμό φυσικά με τις πληροφορίες που μπορεί κάποιος να αντλήσει από την ίδια τη διακήρυξη οδηγεί στο αυταπόδεικτο συμπέρασμα ότι καμία εταιρεία δεν έχει κανενός είδους πλεονέκτημα εκτός φυσικά αν κάποιος κρίνει ως πλεονέκτημα την γνώση της σχετικής νομοθεσίας. Σε κάθε περίπτωση ο όρος 2.1.3 με τίτλο «Παροχή διευκρινήσεων», στον οποίο υφίσταται σαφής πρόβλεψη αναφορικά με τη διαδικασία για την παροχή διευκρινήσεων προς τους υποψήφιους αναδόχους, γεγονός το οποίο τεκμηριώνει ότι ο Οργανισμός μας με τον επίμαχο όρο 1.4, δεν απαγορεύει την παροχή διευκρινήσεων εν συνόλω απλώς υπαγορεύει ότι αυτές δεν μπορούν να είναι τέτοιες που να συνιστούν παραβίαση της σχετικής νομοθεσίας κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα.

Για τους λόγους αυτούς πρέπει να απορριφθεί και ο έκτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής.».

39.Επειδή, σχετικά με τον έκτο και τελευταίο λόγο προσφυγής, πρέπει να γίνουν οι ακόλουθες αναφορές. Ο υπό κρίση λόγος προσφυγής, όπως

Αριθμός Απόφασης: 1218/2019

προκύπτει και από τη διατύπωση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών, τόσο της προσφεύγουσας όσο και του αναθέτοντος φορέα, εδράζεται αποκλειστικά σε εικασία της προσφεύγουσας και όχι επί αποδεδειγμένων πραγματικών περιστατικών και συνεπώς, υπό αυτή την έννοια, πάσχει πρωτευόντως αοριστίας. Ειδικότερα, όπως αναλυτικά εκθέτει ο αναθέτων φορέας στις απόψεις του, οι μελέτες Αξιολόγησης και Σχεδίου Ασφαλείας της Λιμενικής Εγκατάστασης (Α.Α.Λ.Ε. και Σ.Α.Λ.Ε.), της λιμενικής εγκατάστασης του διαγωνισμού, είναι διαβαθμισμένα κατά το άρθρο 15 του Ν. 3622/2007, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία του Εθνικού Κανονισμού Ασφαλείας (Αριθ. Φ.120/6/200994 Σ.1691/08.06.2004 κυρωτική απόφαση Υπουργού Εθνικής Άμυνας) και του Εθνικού Κανονισμού Βιομηχανικής Ασφάλειας (Αριθ. Φ.120/1/136775 Σ.486/14.02.2005 απόφαση Υπουργού Εθνικής Άμυνας-ΦΕΚ Β΄ 336/16.03.2005), όπως ισχύουν, με συνέπεια, η πρόσβαση σε αυτά να είναι απολύτως περιορισμένη. Ο ανωτέρω δε περιορισμός ισχύει ανεξαιρέτα και για τη νυν ανάδοχο και εκτελούσα την τρέχουσα σύμβαση παροχής υπηρεσιών ασφαλείας στους χώρους της λιμενικής εγκατάστασης του αναθέτοντος φορέα, στην οποία, όπως υποστηρίζει ο αναθέτων φορέας, ουδεμία δυνατότητα πρόσβασης έχει παρασχεθεί μέχρι σήμερα και ως εκ τούτου, ουδένα αθέμιτο συγκριτικό πλεονέκτημα έχει αποκτήσει αυτή, έναντι των υπολοίπων υποψήφιων οικονομικών φορέων. Τα ανωτέρω δε, η προσφεύγουσα ουδόλως καταρρίπτει ούτε προσκομίζει επαρκή στοιχεία προς αντίκορυσή τους και απόδειξη των σχετικών ισχυρισμών της, με συνέπεια, ο εξεταζόμενος λόγος προσφυγής να προβάλλεται αορίστως. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο έκτος λόγος προσφυγής απορρίπτεται ως αόριστος, ενώ πρέπει να γίνουν δεκτοί οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί του αναθέτοντος φορέα.

40.Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή.

Αριθμός Απόφασης: 1218/2019

41. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αριθμό πρωτοκόλλου Διακήρυξη, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού δεκατριών χιλιάδων διακοσίων τριάντα ευρώ (13.230,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 7 Οκτωβρίου 2019 και εκδόθηκε στις 29 Οκτωβρίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου

Ελένη Χούλη