

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 25 Ιουλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αθηνά Μπουζιούρη Πρόεδρος, Ειρήνη Αψοκάρδου Εισηγήτρια και Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να επανεξετάσει, σε συμμόρφωση η οποία διατάχθηκε με την υπ' αρ. Α976/2022 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, η οποία εκδόθηκε επί της ΑΚ 905/9.07.2021 αίτησης ακυρώσεως του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην, όπως εκπροσωπείται νόμιμα με την οποία ακυρώθηκε η υπ' αριθμ. 336/2020 απόφαση ΑΕΠΠ (εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή), την από 29.01.2020 Προδικαστική Προσφυγή της με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 100/29.1.2020, κατά της εταιρείας με την επωνυμία «...» (...) (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί άλλως τροποποιηθεί: α) η υπ' αριθ. πρωτ. 1090/22-1-2020 προκήρυξη διαγωνισμού παροχής υπηρεσιών ... της ... β) η υπ' αριθ. ... διακήρυξη για την παροχή υπηρεσιών γ) κάθε άλλη συναφής προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξη ή παράλειψη του αναθέτοντος φορέα.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ειρήνη Αψοκάρδου
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 95 παρ. 5 του Συντάγματος ορίζεται ότι : *«Η διοίκηση έχει υποχρέωση να συμμορφώνεται προς τις*

δικαστικές αποφάσεις. Η παράβαση της υποχρέωσης αυτής γεννά ευθύνη για κάθε αρμόδιο όργανο, όπως νόμος ορίζει. Νόμος ορίζει τα αναγκαία μέτρα για τη διασφάλιση της συμμόρφωσης της διοίκησης».

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...) ποσού 1.650,00 ευρώ, το οποίο υπολογίζεται με βάση την προϋπολογισθείσα δαπάνη της σύμβασης, ήτοι 330.000 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3. Επειδή με την υπ' αριθμ. πρωτ. ...Διακήρυξη ο αναθέτων φορέας προκήρυξε δημόσιο ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό για την Παροχή Υπηρεσιών ... (CPV ...), διάρκειας δύο μηνών από την υπογραφή της σύμβασης, με κριτήριο κατακύρωσης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει της τιμής, εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης 330.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ.

4. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 22-1-2020 με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

5. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, του ύψους της προϋπολογισθείσας δαπάνης και της ιδιότητας της εταιρείας «...» ως αναθέτοντος φορέα, κατά την έννοια του άρθρου 224 του ν. 4412/2016 (Α' 147), στον τομέα των μεταφορών (ΕΑ ΣτΕ 10/2021, 19, 20/2020, 43/2019), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ του ν. 4412/2016, ενόψει δε του χρόνου εκκίνησης της σχετικής διαδικασίας η υπό κρίση διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του ίδιου νόμου σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 29.01.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η

προσβαλλόμενη Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 22-1-2020, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν . 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή στις 6.02.2020 ο αναθέτων φορέας προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της κεντρικής σελίδας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με τις υπ' αριθμ. 145 και 238/2020 Πράξεις της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε ο αναθέτων φορέας να υποβάλει τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής, ενώ με την υπ'αριθμ. 1391/2022 Πράξη της Προέδρου του 1ου Κλιμακίου ορίσθηκε εκ νέου Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης της ως άνω προσφυγής προς συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. Α976/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών.

9. Επειδή ο αναθέτων φορέας με το υπ' αριθ. πρωτ. 2085/10-2-2020 έγγραφο απέστειλε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ (και ήδη ΕΑΔΗΣΥ) στις 10.02.2020 τις απόψεις του επί της προσφυγής, τις οποίες κοινοποίησε μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στην προσφεύγουσα στις 14-02-2020.

10. Επειδή η προσφεύγουσα στις 26.02.2020 υπέβαλε μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού Υπόμνημά της αντικρούοντας τις απόψεις του αναθέτοντος φορέα και δοθέντος ότι η συζήτηση της προσφυγής ορίσθηκε στις 6.03.2020, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 ως ίσχυε κατά την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής, το ανωτέρω Υπόμνημα υποβλήθηκε

εμπροθέσμως και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

11. Επειδή με την υπ' αριθμ. Α976/2022 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών κρίθηκε ότι: «[...] 6. Επειδή, η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών απέρριψε την προδικαστική προσφυγή της αιτούσας ως απαράδεκτη, καθώς κατά το χρόνο εξέτασης αυτής δεν αποδείχτηκε το έννομο συμφέρον της. Ειδικότερα, με την εν λόγω απόφαση έγινε δεκτό ότι για την παραδεκτή άσκηση προδικαστικής προσφυγής απαιτείται να συντρέχει προσωπικό, άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος, το οποίο να υφίσταται τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης όσο και κατά την άσκηση και την εξέταση της προσφυγής. Περαιτέρω, λήφθηκε υπόψη ότι κατά τη συζήτηση της προδικαστικής προσφυγής η αιτούσα είχε ήδη λάβει μέρος στο διαγωνισμό, καταθέτοντας ηλεκτρονικά την προσφορά της στις 7.2.2020 (καταληκτική ημερομηνία), ήτοι μια μέρα μετά την κοινοποίηση σε αυτήν της Α58/6.2.2020 απόφασης της Α.Ε.Π.Π., με την οποία ανεστάλη η πρόοδος της διαδικασίας, ενόψει, όμως, μη αποσφράγισης των προσφορών, από τα έγγραφα που βρίσκονταν αναρτημένα στην επικοινωνία και στην κεντρική ηλεκτρονική σελίδα του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. δεν υπήρχε οποιαδήποτε δήλωση ή ηλεκτρονικό έγγραφο από το οποίο να προκύπτει ότι η αιτούσα είχε υποβάλει την προσφορά με επιφύλαξη. Εξάλλου, κατά την Α.Ε.Π.Π., ούτε από την προδικαστική προσφυγή ούτε από το κατατεθέν στις 26.2.2020 υπόμνημα της αιτούσας (μετά την κατάθεση της προσφοράς της στο διαγωνισμό) προέκυπτε ότι αυτή κατέθεσε την προσφορά της με τη ρητή επιφύλαξη της νομιμότητας του πληττόμενου όρου τεχνικής επάρκειας, ενώ "αντιφατικά αόριστα και ανυποστήρικτα η προσφεύγουσα ισχυρίζεται στην υπό κρίση προσφυγή ότι προτίθεται μεν να συμμετάσχει στον διαγωνισμό πλην όμως αποκλείεται η συμμετοχή της, λόγω ακριβώς του πλησσόμενου ως παράνομου όρου της διακήρυξης τον οποίο δεν εκπληρώνει και, ως εκ τούτου, υφίσταται βλάβη επειδή ακριβώς αποκλείεται η συμμετοχή της στην διαδικασία... Ειδικότερα

μάλιστα, δεν προκύπτει από την προσφυγή δήλωση της προσφεύγουσας περί συμμετοχής της στο διαγωνισμό με επιφύλαξη, αλλά αντίθετα ρητά δηλώνεται ότι παρότι η ίδια επιθυμεί να συμμετάσχει όμως αποκλείεται η συμμετοχή της, ενώ περαιτέρω δεν προκύπτει ούτε από το υπόμνημα ότι η προσφεύγουσα κατέθεσε προσφορά και συμμετέχει στο διαγωνισμό με ρητή επιφύλαξη. Η δε απλή αναφορά στο υπόμνημα της νομολογίας περί δυνατότητας υποβολής προσφοράς με επιφύλαξη ουδόλως συνιστά απόδειξη ότι η προσφεύγουσα πράγματι κατέθεσε στον υπό κρίση διαγωνισμό την προσφορά της με ρητή επιφύλαξη."

7. Επειδή, η ανωτέρω κρίση της Α.Ε.Π.Π. δεν είναι νόμιμη. Και τούτο, διότι, κατά τον κρίσιμο εν προκειμένω χρόνο άσκησης της προδικαστικής προσφυγής (29.1.2020) δεν είχε λήξει η προθεσμία υποβολής προσφορών και, συνεπώς, με έννομο συμφέρον η αιτούσα άσκησε την εν λόγω προσφυγή ως ενδιαφερόμενη να συμμετάσχει στο διαγωνισμό (δραστηριοποιούμενη επί σειρά ετών στην παροχή υπηρεσιών φύλαξης, όπως σχετικώς ανέφερε), προβάλλοντας με αυτήν κατά τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει όρο που αποκλείει παρανόμως τη συμμετοχή της σε αυτόν (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 9/2015, 415/2014, 314/2013, κ.α.), καθώς δεν διαθέτει τον απαιτούμενο ελάχιστο αριθμό προσωπικού (330 άτομα μέσο ετήσιο μόνιμο προσωπικό με ειδικότητα "προσωπικό ασφαλείας" κατά την τελευταία Ζετία). Άλλωστε, κατά τον χρόνο εξέτασης της προσφυγής δεν είχε ακόμα χωρήσει η αποσφράγιση των υποβληθεισών (μέσω Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) προσφορών ώστε να μπορεί να εξακριβωθεί από την Α.Ε.Π.Π. η ανεπιφύλακτη ή όχι συμμετοχή της απούσας στον διαγωνισμό και, συνεπώς, η διατήρηση ή μη του έννομου συμφέροντος της. Το γεγονός αυτό μη εξαρτώμενο από την ίδια την αιτούσα δεν μπορούσε να λειτουργήσει σε βάρος της (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 649/2010), ενώ επιπλέον αυτή δεν ήταν δυνατό να προσκομίσει στην Α.Ε.Π.Π. (κατά το χρόνο εξέτασης της προσφυγής της) στοιχεία της υποβληθείσας προσφοράς της, η δε υποβολή υπομνήματος, με αναφορά περί υποβολής προσφοράς με επιφύλαξη, πέραν του ότι δεν είναι υποχρεωτική για τον οικονομικό φορέα, δεν

θα αποτελούσε σχετική απόδειξη. Συνεπώς, με μη νόμιμη αιτιολογία απορρίφθηκε, με την προσβαλλόμενη απόφαση, η προδικαστική προσφυγή της αιτούσας ως απαράδεκτη, όπως βάσιμα προβάλλεται από την τελευταία.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. απέρριψε, κατά τα προαναφερθέντα, την προδικαστική προσφυγή της αιτούσας, χωρίς να εξετάσει, ως όφειλε (κατά το άρθρο 367 του ν. 4412/2016), τους προβαλλόμενους με αυτήν (και επαναλαμβανόμενους με την υπό κρίση αίτηση) ισχυρισμούς για τη νομιμότητα του όρου 2.2.6 της ένδικης διακήρυξης («Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα»). Ως εκ τούτου, το Δικαστήριο δεν δύναται να προβεί πρωτογενώς στην εξέταση των αιτιάσεων της προδικαστικής προσφυγής, επί των οποίων δεν έχει αποφανθεί η Α.Ε.Π.Π. (ΕΑ ΣτΕ 182/2020, 30, 312/20 19), ανεξαρτήτως των επί μέρους ισχυρισμών που προβλήθηκαν με αυτή (πρβλ. ΣτΕ 7μ 194/2022)[....]. Επομένως, δοθέντος ότι με την ως άνω δικαστική απόφαση κρίθηκε ότι η προσφεύγουσα μετ'εννόμου συμφέροντος άσκησε την υπό εξέταση προσφυγή της, η ΕΑΔΗΣΥ, προς συμμόρφωση, να την εξετάσει στην ουσία της.

12. Επειδή η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι: «[...] Στην προκειμένη περίπτωση η διακήρυξη:

- Στο κεφάλαιο 2, ΓΕΝΙΚΟΙ ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ 2.2. ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ στον όρο 2.2.6 Τεχνική-Επαγγελματική ικανότητα, περ. Β ορίζει ότι [...]
- Στο άρθρο 6.2. διάρκεια Σύμβασης περ. 6.2.1. ορίζει:[...]
- Στη συνέχεια στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ VI Τεχνικές προδιαγραφές, «ΤΠ-4 κατανομή προσωπικού φύλαξης» ορίζει τους σταθμούς του συστήματος, τον αριθμό των ατόμων σε κάθε σταθμό και τα ωράρια απασχόλησής τους, ήτοι σύνολο προσωπικού φύλαξης 75 άτομα και συγκεκριμένα : [...]Από τους ανωτέρω όρους της διακήρυξης συνάγονται αφενός μεν ότι προϋπόθεση συμμετοχής στον διαγωνισμό αποτελεί η υποχρέωση από μέρους των οικονομικών φορέων (ήτοι οι οικονομικοί φορείς πρέπει) να διαθέτουν τουλάχιστον 330 άτομα μέσο ετήσιο μόνιμο προσωπικό με την αναφερόμενη ειδικότητα (προσωπικό ασφαλείας) κατά την τελευταία

Αριθμός απόφασης: Σ1109/2022

Ζετία ενώ αφετέρου ότι ο οικονομικός φορέας που θ' αναλάβει την παροχή των υπηρεσιών φύλαξης, θα πρέπει ν' απασχολήσει συνολικά 75 άτομα- φύλακες για την κάλυψη των αναγκών φύλαξης.

Ο ανωτέρω τιθέμενος αριθμός ατόμων μόνιμου προσωπικού (330 άτομα) με ειδικότητα προσωπικό ασφαλείας ως ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που θεσπίζεται για την υπό ανάθεση σύμβαση διάρκειας δύο (2) μηνών για την εκτέλεση της οποίας θα απασχοληθούν 75 άτομα δεν συνδέεται με την οικεία σύμβαση, ούτε τελεί σε αναλογία με το αντικείμενό της, ενώ μειώνει, χωρίς να συντρέχει λόγος την ανταγωνιστική βάση του διαγωνισμού, καθόσον :

1. Η σύμβαση που θα συναφθεί θα είναι διάρκειας μόλις δύο (2) μηνών και για την εκτέλεσή της θα απασχοληθούν 75 άτομα. Ήτοι το ελάχιστο απαιτούμενο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας σύμφωνα με το κριτήριο 2.2.6, περ. Β της διακήρυξης του διαγωνισμού είναι μεγαλύτερο του 4πλάσιου αριθμού των ατόμων που απαιτούνται για να επανδρώσουν το έργο!

Με βάση την διάρκεια και τις ανάγκες της συμβάσεως, η απαίτηση για ύπαρξη προσωπικού 330 ατόμων, ως προϋπόθεση συμμετοχής, υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες της συμβάσεως και δεν είναι συνδεδεμένη με τους υπόλοιπους όρους της σχετικά με τη διάρκεια και τον αριθμό των ατόμων που πραγματικά θ' απασχοληθεί για την εκτέλεσή της.

2. Το θεσπιζόμενο κατώτατο όριο προσωπικού των 330 ατόμων δεν αποτελεί αντικειμενική ένδειξη για την ύπαρξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και σε κάθε περίπτωση υπερβαίνει κατά πολύ αυτό που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του σκοπού που είναι η φύλαξη των σταθμών για δύο (2) μήνες.

3. Δεν είναι συναφές ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση συμβάσεως ούτε ανάλογο με τον επιδιωκόμενο σκοπό της και ως εκ τούτου δεν αποτελεί απόδειξη της γενικής καταλληλότητας των διαγωνιζομένων.

4. Ακόμη ο τιθέμενος όρος δεν είναι πρόσφορος για την διακρίβωση της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων. Ούτω η ημετέρα εταιρεία, η οποία δεν διαθέτει τον απαιτούμενο από την διακήρυξη ελάχιστο αριθμό προσωπικού (330 άτομα μέσο ετήσιο μόνιμο προσωπικό με την ειδικότητα «προσωπικό ασφαλείας» κατά την τελευταία τριετία) παρέχει ήδη από 1/5/2019, με συνέπεια και επιτυχία τις συμφωνημένες με τις υπ.΄ αριθμ. ...και ...Συμβάσεις παροχής υπηρεσιών, οι οποίες (υπηρεσίες) γίνονται αποδεκτές από την αναθέτουσα αρχή. Επομένως η θέσπιση τέτοιου ορίου, ως προϋπόθεση καταλληλότητας για την δυνατότητα των οικονομικών φορέων να μετάσχουν στον διαγωνισμό και στη συνέχεια να ανταποκριθούν στην απρόσκοπτη εκτέλεση των υπό ανάθεση υπηρεσιών δεν είναι εύλογη, ούτε πρόσφορη για την απόδειξη της ικανότητάς τους.

5. Η θέσπιση τέτοιου όρου περιορίζει αναμφίβολα τον κύκλο των ενδιαφερομένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό, και αποτελεί επαχθή παρέμβαση στο δικαίωμα των οικονομικών φορέων που επιθυμούν να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό και ως τοιαύτη θα πρέπει να μην παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας.

Ειδικότερον, η ως άνω αρχή παραβιάζεται όταν το μέτρο που λαμβάνεται, δεν είναι:

- πρόσφορο για την επίτευξη του σκοπού που επιδιώκεται
- αναγκαίο για την επίτευξη του εν λόγω σκοπού, υπό την έννοια ότι το αυτό αποτέλεσμα μπορεί να επιτευχθεί με ένα ανώδυνο ή ηπιότερο μέτρο.
- αναλογικό εν στενή εννοία, δηλαδή τελεί σε εσωτερική αλληλουχία προς τον επιδιωκόμενο σκοπό ώστε η αναμενόμενη ωφέλεια να μην είναι ποιοτικά και ποσοτικά κατώτερη από την βλάβη που προκαλείται.

Στην επίδικη περίπτωση το θεσπιζόμενο όριο δεν είναι:

- πρόσφορο γιατί η παροχή των υπηρεσιών αποδεδειγμένα, μπορεί να παρασχεθεί και από οικονομικούς φορείς που έχουν μικρότερο

αριθμό μόνιμου προσωπικού (ημετέρα εταιρεία που παρέχει όμοιες υπηρεσίες στην ίδια γραμμή)

- αναγκαίο αφού το αποτέλεσμα (επιτυχής φύλαξη των σταθμών) μπορεί να επιτευχθεί και από οικονομικούς φορείς που έχουν ανάλογη εμπειρία έστω και αν διαθέτουν μικρότερο αριθμό προσωπικού
- αναλογικό γιατί δεν συνδέεται με τους υπόλοιπους όρους της διακήρυξης και υπερβαίνει κατά πολύ τ' αναγκαία για την επίτευξη του σκοπού του οποίου υποτίθεται ότι επιδιώκει να διασφαλίσει.

Συνεπώς με τον θεσπιζόμενο όρο παραβιάζεται η συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή της αναλογικότητας (αρθρ. 25§1 Συντ.)

Η αρχή της αναλογικότητας, που αποτελεί γενική αρχή του κοινοτικού δικαίου και διέπει και την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, επιβάλλει να μην υιοθετούνται στο πλαίσιο μιας διαγωνιστικής διαδικασίας μέτρα, τα οποία είναι υπέρμετρα επαχθή και δυσανάλογα του σκοπού που καλούνται να εξυπηρετήσουν, ήτοι της ανάθεσης της σύμβασης υπό συνθήκες του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού σε ικανό υποψήφιο με την πλέον συμφέρουσα προσφορά, προς όφελος του δημοσίου συμφέροντος. Ειδική εκδήλωση της αρχής της αναλογικότητας συνιστά η διάταξη του άρθρου 44 παρ. 1 της οδηγίας 2004/18/EK, σύμφωνα με την οποία: [.....] Κατά συνέπεια, εκ των προαναφερομένων, προκύπτει σαφέστατα ότι η αρχή της αναλογικότητας όπως έχει ερμηνευθεί από το ΔΕΕ, απαγορεύει την υιοθέτηση υπερβολικών όρων καταλληλότητας και κριτηρίων τεχνικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας που δεν είναι πρόσφοροι ή κατάλληλοι ή αναγκαίοι για τον διαγωνισμό και δεν δικαιολογούνται από το αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης

Οι διατάξεις που ρυθμίζουν την διενέργεια δημοσίων προμηθειών είναι δημοσίας τάξης, διότι πρόκειται για διατάξεις δημοσίου δικαίου. Η ελευθερία του ανταγωνισμού στο δίκαιο των δημοσίων προμηθειών έχει την έννοια ότι τα κριτήρια συμμετοχής σε διαγωνισμό και ανάθεσης, πρέπει να διέπονται από τα εξής βασικά γνωρίσματα : Να είναι αμερόληπτα, αντικειμενικά, σαφή και πλήρη

και εφικτά. Σε περίπτωση κατά την οποία τα κριτήρια δεν φέρουν τα ανωτέρω γνωρίσματα, προσβάλλεται η οικονομική ελευθερία του ατόμου (άρθρο 5 παρ.1 του Συντάγματος), υπό την μορφή της προσβολής της ελευθερίας ανταγωνισμού (Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2003, ΣΕ 1405/2002, Α. Τάχος, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο 1992).

Έτσι, η γενική αρχή της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της διαφάνειας (άρθρα 14,παρ.9, 29 παρ. 2, 102 παρ. 5, 103 παρ. 7, β', Συντάγματος) προϋποθέτει ότι η προκήρυξη πρέπει να περιέχει σαφή, αντικειμενικά και πλήρη κριτήρια επιλογής και ανάθεσης (άρθρο 82 παρ. 2, Νόμου 2362/95. Ο νόμος, δηλ. όλο το πλέγμα των διατάξεων των εφαρμοστέων κοινοτικών οδηγιών επιβάλλει συγκεκριμένους όρους διενέργειας του διαγωνισμού, ελάχιστα επίπεδα ελέγχου ως προς τη συμμόρφωση στα κριτήρια επιλογής προσφορών, περιπτώσεις αποκλεισμού, κριτήρια ανάθεσης κλπ. Συνεπώς, η διασφάλιση διά μέσου των όρων της διακήρυξης συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού προάγει το δημόσιο συμφέρον συνιστά κοινοτικό κεκτημένο και αποτελεί εξειδίκευση της από την Συνθήκη ΕΟΚ απορρέουσα αρχή της ενίσχυσης του υγιούς ανταγωνισμού. Η ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού συνιστά λοιπόν προϋπόθεση για το στάδιο που προηγείται της συνάψεως οποιασδήποτε δημόσιας σύμβασης, και κάμπτεται μόνον κατ' εξαίρεση και για ιδιαίτερα αιτιολογημένους και συγκεκριμένους λόγους, συστατικά ερμηνευόμενους. Ακόμη η ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού με αντικειμενικά κριτήρια αποτελεί το κύριο μέσο για να ανατεθεί τελικά από τον φορέα η σύμβαση, προς όφελος του δημόσιου συμφέροντος. Από τ' ανωτέρω εκτεθέντα-συνάγεται ότι ο πληττόμενος όρος δεν συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης ούτε αποτελεί πρόσφορο μέτρο διακρίβωσης της ικανότητας των υποψηφίων, ούτε τελεί σε αναλογία με τον περιορισμό που επιβάλλει, αφού αποκλείει οικονομικούς φορείς που έχουν την εμπειρία και τα προσόντα να παράσχουν τις ειρημμένες υπηρεσίες, με συνέπεια να επέρχεται η κατάλυση των κανόνων ανταγωνισμού, που αποτελεί κοινοτικό κεκτημένο.

Επιπροσθέτως οι διατάξεις περί δημοσίων προμηθειών Ν. 4412/2016, που ενσωμάτωσε τις προβλέψεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ προβλέπουν κανόνες και διαδικασίες ώστε να διασφαλίζεται η αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης, η αρχή της διαφάνειας και η ισότιμη μεταχείριση των διαγωνιζομένων, η αρχή της αναλογικότητας και να αποκλείεται η αυθαιρεσία του διεξάγοντος τον διαγωνισμό. Οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν δεσμευτική αρμοδιότητα και ανύπαρκτο περιθώριο διακριτικής ευχέρειας στα θέματα παραβιάσεων της αρχής της ανάπτυξης υγιούς και ισότιμου ανταγωνισμού στις δημόσιες συμβάσεις, της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων, της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών και της διαφάνειας. Η ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού σε καθεστώς ισότητας και διαφάνειας συνιστά λοιπόν προϋπόθεση για το στάδιο που προηγείται της συνάψεως οποιοσδήποτε δημόσιας σύμβασης, και κάμπτεται μόνον κατ' εξαίρεση και για ιδιαίτερα αιτιολογημένους και συγκεκριμένους λόγους, συστατικά ερμηνευόμενους. Η ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού σε καθεστώς ισότητας των όπλων των συμμετεχόντων και η αποχή της αναθέτουσας αρχής από πρακτική διακρίσεων υπέρ και σε βάρος κατηγορίας συμμετεχόντων, αποτελεί το κύριο μέσο για να ανατεθεί τελικά από τον φορέα η σύμβαση, προς όφελος του δημόσιου συμφέροντος. Συνεπώς με το θεσπιζόμενο όριο επέρχεται ανεπίτρεπτη μείωση της ανταγωνιστικής βάσης του διαγωνισμού, προς βλάβη του δημοσίου συμφέροντος [...].».

13. Επειδή ο αναθέτων φορέας στις απόψεις του αναφέρει ότι: «[...]1.

Η ... έχει προβεί στην προκήρυξη σημαντικού αριθμού διαγωνισμών με ανάλογα ή και - τηρουμένων των αναλογιών - πιο αυστηρά κριτήρια ποιοτικής επιλογής (τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας) αναφορικά με τον απαιτούμενο αριθμό εργαζομένων (βλέπε, ενδεικτικά ..., ..., ..., ..., - όπως οι σχετικές διακηρύξεις έχουν αναρτηθεί στον ιστότοπο της ...) χωρίς να υπάρχει η παραμικρή αντίδραση (τυπική ή άτυπη) εκ μέρους της προσφεύγουσας ούτε εκ μέρους οιοσδήποτε άλλου ενδιαφερομένου περί της εγκυρότητας των σχετικών όρων. Το γεγονός αυτό, από μόνο του, αποτελεί

ισχυρότατο τεκμήριο ότι τα σχετικά κριτήρια έχουν γίνει απολύτως αποδεκτά από τους δραστηριοποιούμενους στον οικείο κλάδο επιχειρηματικής δραστηριότητας και ότι επ' ουδενί δεν έχει εντεύθεν αλλοιωθεί ή μειωθεί ο σχετικός προσήκων ανταγωνισμός (ως μη βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα).

2. Ως εκ τούτου, προκαλεί έκπληξη η παρούσα προσφυγή της ..., και το ότι αίφνης εμποδίζεται η συμμετοχή της εκ των όρων αυτών. Ιδίως δε εφόσον η ... είναι αντισυμβαλλόμενη της ... (όπως και η ίδια αναφέρει στην προσφυγή της) σε άλλες σχετικές συμβάσεις της ..., θα

έπρεπε, προ της ασκήσεως της παρούσας προσφυγής, και σύμφωνα με την εν γένει καλή πίστη και συναλλακτικά ήθη να ενημερώσει καλόπιστα (π.χ. μέσω σχετικού υπομνήματος ή ακόμη και απλής ηλεκτρονικής αλληλογραφίας) την ... για τα όποια παράπονα ή προβλήματα συμμετοχής έχει ένεκα των όρων αυτών, προκειμένου αυτά να συζητηθούν και ενδεχομένως να επιλυθούν. Πρέπει δε ιδίως να σημειωθεί ότι η προσφεύγουσα εκτελεί, στον παρόντα χρόνο, το με την προσβαλλόμενη προκήρυξη προς ανάθεση έργου παροχής υπηρεσιών, δυνάμει προγενέστερου διαγωνισμού της ... (ως και η ίδια αναφέρει στη σελίδα 6 της προσφυγής της). Συνεπώς, η οιαδήποτε καθυστέρηση στην δια του επιδικίου διαγωνισμού εκ νέου ανάθεση του έργου έχει προφανή για αυτήν επωφελή αποτελέσματα. Ομοίως, πρέπει να σημειωθεί ότι η προσφεύγουσα, παρά την εκ μέρους της προσφυγή έχει καταθέσει προσφορά και συμμετέχει και στον επίδικο διαγωνισμό (καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 7/2/2020 - η δε απόφαση Α58/2020 περί αναστολής του διαγωνισμού της ΑΕΠΠ εκδόθηκε την 6/2/2020), τους όρους του οποίου ταυτοχρόνως προσβάλλει (οιονεί προσχηματικώς και με τρόπο αντιφατικό και αντικείμενο στην καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη).

3. Η ... επιτελεί ένα ιδιαίτερα σημαντικό κοινωνικό έργο, έχοντας αναλάβει την ύψιστη ευθύνη και υποχρέωση παροχής ασφαλούς μεταφοράς του κοινωνικού συνόλου με μέσα σταθερής τροχιάς. Η ιδιαίτερη βαρύτητα του έργου αυτού, η πολυπλοκότης του, οι τεχνικές δυσκολίες που συνεχονται με την προσήκουσα

εκτέλεσή του και η προάσπιση του πρωταρχικού κοινωνικού αγαθού της μεταφοράς των πολιτών, επιβάλλουν στην ... την ιδιαίτερη επιμέλεια και προσοχή της στην επιλογή των αναδοχών παρόμοιων συμβάσεων, από την επιτυχή εκτέλεση των οποίων εξαρτάται η ίδια η ασφάλεια του κοινωνικού συνόλου. Ως εκ τούτου, οφείλει να προσδίδει ιδιαίτερη βαρύτητα στην επιλογή αξιόπιστων και σοβαρών αναδοχών, με επαρκές και κατάλληλα εκπαιδευμένο προσωπικό, με εχέγγυα ευρωστίας και συνεχούς, υγιούς επιχειρηματικής δράσης, έτσι ώστε να

διασφαλίζεται, κατά το δυνατόν, η απρόσκοπτη, προσήκουσα και λυσιτελής φύλαξη των γραμμών και σταθμών των μεταφορικών μέσων που διαχειρίζεται, με υψηλό αίσθημα ευθύνης, η Ο επιλεγόμενος ανάδοχος, δηλαδή, ιδίως εν όψει των ιδιαίτερα κρίσιμων καθηκόντων που πρέπει με επιμέλεια και συνέπεια να εκτελέσει, αλλά και των δυσκολιών και ιδιαιτεροτήτων του αντικειμένου των εν θέματι υπηρεσιών (φύλαξη συστήματος σταθμών Γραμμής 1 και έναντι κακόβουλων ενεργειών τρίτων) θα πρέπει να έχει ένα ικανό μέγεθος, κόρος και αξιοπιστία.

3.1 Ως αναφέρεται στο άρθρο 75&4 ν. 4412/2016: [...]

Επιπροσθέτως, στο εν προκειμένω εφαρμοστέο Βιβλίο II του ν. 4412/2016 (και δη στο άρθρο 305 αυτού), καταλείπεται, στους Αναθέτοντες Φορείς (ως η ...), η επιπλέον δυνατότητα διακριτικής ευχέρειας διαμόρφωσης των σχετικών κριτηρίων ποιοτικής επιλογής συμμετεχόντων σε διαδικασίες ανάθεσης, προφανώς και ευλόγως επειδή τόσο ο ενωσιακός, όσο και ο εθνικός νομοθέτης κατανοούν τις ιδιαιτερότητες του έργου που αυτοί οι φορείς αναλαμβάνουν, ως και την εξειδικευμένη γνώση και εμπειριστατωμένη κρίση που αυτοί διαθέτουν σε σχέση με τα τεχνικά και λοιπά στοιχεία του φυσικού αντικειμένου μιας σύμβασης.

Ως και η σχετική και η ίδια η προσφεύγουσα αναφέρει (βλέπε σ. 7 της προσφυγής): [...]

Δεν υφίσταται, συνεπώς, ουδεμία αμφιβολία ότι η Αναθέτουσα Αρχή και, *a fortiori*, ο Αναθέτων Φορέας (ως η ...), δύναται (ως η ίδια η προσφεύγουσα

τονίζει) «να διαμορφώνει, κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης με βάση τις ανάγκες της και τη σκοπιμότητα που εκείνη κρίνει».

3.2 Υπό το ανωτέρω πρίσμα, σημαντικό συστατικό της τεχνικής ικανότητας και εν γένει αξιοπιστίας του υποψηφίου είναι, κατά τη κοινή λογική, αλλά και, ιδίως, κατά την ειδικότερη τεχνική και αμερόληπτη κρίση της ..., λαμβανομένων υπ' όψιν των ιδιαιτεροτήτων, συνθηκών και τόπου παροχής των εν θέματι υπηρεσιών, ο αριθμός των εργαζομένων που ο υποψήφιος απασχολεί, ιδίως δεδομένων των συχνών προβλημάτων που παρουσιάζονται στην απρόσκοπτη παροχή παρόμοιων υπηρεσιών, των συχνότατων και συνεχών αποχωρήσεων (οικειοθελών ή μη) και απολύσεων εργαζομένων στο πεδίο αυτό επιχειρηματικής δραστηριότητας, και της κρισιμότητας των εν θέματι υπηρεσιών για το κοινωνικό σύνολο.

Η ... προφανώς, ουδένα συμμετέχοντα, και φυσικά ούτε την προσφεύγουσα, στην οποία έχει ήδη αναθέσει την εκτέλεση σχετικών συμβάσεων έχει την πρόθεση εκ των προτέρων να αποκλείσει αδικαιολόγητα από τη διαγωνιστική διαδικασία.

Αντιθέτως, η ... καλοπίστως, άνευ διακρίσεων και παντελώς αμερόληπτα έχει συνεργασθεί με όλες τις, κατά τεκμήριο, αξιόπιστες εταιρείες που δραστηριοποιούνται στο εν θέματι πεδίο (πράγμα που αποδεικνύεται και από τις σχετικές ανατεθείσες συμβάσεις), με γνώμονά της την ανάπτυξη του ανταγωνισμού, την ίση μεταχείριση, τη χρηστή διοίκηση και την λήψη ποιοτικών και αξιόπιστων υπηρεσιών προς προάσπιση του δημοσίου συμφέροντος: επιδιώκοντας, ακριβώς, την καλύτερη δυνατή διασφάλιση του παρεχόμενου κοινωνικού έργου έθεσε, κατόπιν προσεκτικών εκτιμήσεων, με υψηλό αίσθημα ευθύνης και επί τη βάση της εκτεταμένης εμπειρίας της και των εμπειριστατωμένων τεχνικών της κρίσεων, ως όριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας την απασχόληση, εκ μέρους του κατάλληλου υποψηφίου, τουλάχιστον 330 ατόμων ως μόνιμου προσωπικού φύλαξης.

3.2.1 Ειδικότερα, η φύλαξη των σταθμών της Γραμμής 1 απαιτεί, κατ'

ελάχιστον την απασχόληση 107, περίπου, ατόμων ανά ημέρα φύλαξης (συνυπολογιζομένων των αναγκών αδειών, αργιών, εορτών κλπ. σύμφωνα με το κείμενο νομοθετικό και κανονιστικό ρυθμιστικό πλαίσιο - άρθρο 68, ν. 3863/2010 κλπ.). Ιδιαίτερα δε πρέπει να επισημανθεί ότι, παρά τα όσα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ο αριθμός αυτός είναι αναγκαίος ανά ημέρα φύλαξης και ανεξάρτητα από τη συνολική χρονική διάρκεια της σχετικής συμβάσεως.

3,2.2 Ο αριθμός αυτός (των 330 ατόμων) φαίνεται, ίσως, εκ πρώτης όψεως, μεγάλος. Όμως, ο αριθμός αυτός (των 330 ατόμων) παρίσταται απολύτως εύλογος και δικαιολογημένος, αν ληφθούν επιπλέον υπ' όψιν τα ακόλουθα:

Κατ' αρχήν, το σύστημα της Γραμμής 1 («Πειραιάς - Κηφισιά») έχει επεκταθεί ως προς τη πυκνότητα των σταθμών του εξυπηρετώντας όλο το λεκανοπέδιο, συνίσταται δε σε ανοικτό δίκτυο, με όλους τους κινδύνους που τούτο εγκυμονεί. Επιπλέον, οι σταθμοί του συστήματος, ιδιαίτερα πολυσύχναστοι καθ'όλο το ωράριο λειτουργίας του συστήματος, με συνεχή κίνηση και με ιδιαίτερα υψηλούς αριθμούς επιβατικού κοινού (κατά μέσο όρο 280.000 άτομα μηνιαίως) είναι εγκατεστημένοι σε περιοχές αυξημένης επικινδυνότητας, με έντονη παρουσία περιθωριακών ομάδων, οι δε χρήστες - επιβάτες των υπηρεσιών σε πολλούς από τους σταθμούς είναι επιρρεπείς σε παραβατικές, μη νουνεχείς ή έκνομες ενέργειες (συμπεριλαμβανομένων χρηστών ναρκωτικών ουσιών, λαθρεπιβατών, αστέγων, παράνομων μεταναστών, ψυχικά ασθενών, ατόμων με εν γένει αντικοινωνική συμπεριφορά). Προεχόντως συναφώς επισημαίνονται πρόσφατα σχετικά θανατηφόρα / αυτοκτονικά επεισόδια σε χώρους της Γραμμής 1. Επίσης πρέπει ιδιαίτερα να τονισθεί ότι οι εν θέματι σταθμοί στερούνται σταθμαρχών κατά τις νυκτερινές ώρες, ενώ δεν έχουν ακόμη καλυφθεί οι θέσεις σταθμαρχών για της ημερήσιες ώρες, γεγονός που και αυτό καθιστά απαραίτητη την ύπαρξη επιπλέον, έμπειρου και «έτοιμου προς δράση» προσωπικού.

Οι ιδιαίτερα αυξημένες ανάγκες φύλαξης των ιδιαίτερων χώρων - σταθμών της Γραμμής 1 απαιτούν, σύμφωνα και με την σχετική μακρόχρονη εμπειρία και

ειδική τεχνική κρίση των αρμόδιων υπηρεσιών της ..., την ύπαρξη, δυνατότητας άμεσης αντικατάστασης προσωπικού που ενδεχομένως δεν εκτελεί προσηκόντως τα ιδιαίτερα δύσκολα καθήκοντα του (πράγμα που δεν συμβαίνει σε άλλες, μη ιδιόζουσες, υπηρεσίες φύλαξης άλλων χώρων): η φύλαξη των σταθμών αυτών (σε αντίθεση, π.χ., με τη φύλαξη κτιρίων ή άλλων σταθμών) απαιτεί την εκτέλεση ιδιαίτερα επίπονων «βαρδιών» που απαιτούν, εκ μέρους των εργαζομένων; την αυξημένη εγρήγορση, ετοιμότητα για την αντιμετώπιση κινδύνων, την ψυχική και σωματική καταπόνησή τους, και εξαντλούν και κουράζουν τους εργαζομένους που θα πρέπει να αντικαθίστανται άμεσα και με πιο γρήγορους ρυθμούς.

Επ' αυτού, άλλωστε, υφίσταται ειδική πρόβλεψη και επισήμανση στο οικείο Παράρτημα II (Οροι Ασφαλείας) της διακήρυξης: [...]

Επιπρόσθετος καθίσταται απαραίτητη η ύπαρξη άμεσα διαθέσιμου επιπλέον προσωπικού για την αντιμετώπιση οιασδήποτε απρόοπτων τεχνικής φύσεως αλλά και για την προσήκουσα αντιμετώπιση, αποτροπή και πρόληψη οργανωμένων ή μη, εκτεταμένων, κακόβουλων, επικίνδυνων και απειλητικών ενεργειών τρίτων, περιθωριακών και οργανωμένων ομάδων, επιρρεπών σε αντικοινωνικές συμπεριφορές, παρενοχλήσεις του επιβατικού κοινού, διάπραξη αδικημάτων, κλοπών και βιαιοπραγιών, ταραχών, μαζικών εκδηλώσεων, ενεργειών δολιοφθοράς κλπ..

Τούτο, άλλωστε, είναι ρητώς διατυπωμένο στην περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της συμβάσεως, σύμφωνα με το οποίο, η φύλαξη του συστήματος της Γραμμής 1 μετ' επιτάσεως αποσκοπεί σε και περιλαμβάνει την προστασία των επιβατών και του προσωπικού της αποτρέποντας ενοχλητικές, απειλητικές και επικίνδυνες ενέργειες τρίτων.

3.2.3 Εν γένει, ο υποψήφιος ανάδοχος θα πρέπει να διαθέτει ένα ικανό κρίσιμο μέγεθος άμεσα διαθέσιμου ανθρώπινου δυναμικού που να του επιτρέπει, σε κάθε περίπτωση, και λαμβανομένων υπ' όψιν και των λοιπών ανειλημμένων συμβατικών του υποχρεώσεων, να αντιμετωπίσει οιοδήποτε (απολύτως πιθανό) απρόοπτο γεγονός, ακόμη δε, ως προελέχθη, και

συντονισμένες επιθετικές ενέργειες εκ μέρους οργανωμένων ομάδων. Ήδη δε η προσφεύγουσα εκτελεί ανάλογες συμβάσεις φύλαξης της ... (διαγωνισμοί ΤΔ ... και ΤΔ ...), ενώ προφανώς θα έχει αναλάβει και εκτελεί ανάλογες συμβάσεις φύλαξης ανατεθείσες από άλλους δημόσιους ή ιδιωτικούς φορείς. Το αυτό δε συμβαίνει και με όλους τους υποψηφίους αναδόχους που δραστηριοποιούνται στον εν θέματι κλάδο επιχειρηματικής δραστηριότητας, και αυτός είναι ένας επιπλέον σοβαρότατος λόγος (που προκύπτει από την προσεκτική εκτίμηση των στοιχείων της «αγοράς» του πεδίου αυτού) για την πρόβλεψη του ανωτέρω ορίου (των 330 εργαζομένων). Τίθεται, συνεπώς, ευλόγως εν αμφιβολία η τεχνική ικανότητα της προσφεύγουσας για την προσήκουσα εκτέλεση επιπλέον και της εν θέματι συμβάσεως, εφόσον αυτή δεν διαθέτει τον με την διακήρυξη προσδιοριζόμενο αριθμό εργαζομένων ως μόνιμο προσωπικό.

Σημειωτέο δε εκ νέου και ιδιαίτερος ότι οι εν θέματι προς φύλαξη χώροι, οι συνθήκες παροχής αυτών των υπηρεσιών, οι επικείμενοι σχετικοί κίνδυνοι συνιστούν κρίσιμες ιδιαιτερότητες, ιδιαίτερα απαιτητικές για τον υποψήφιο ανάδοχο που δεν απαντώνται συνήθως στην παροχή παρόμοιων υπηρεσιών. Λαμβανομένων υπ' όψιν αυτών των ιδιαιτεροτήτων και αυξημένων αναγκών, όπως και των ιδιαίτερα κρίσιμων σχετικών διακυβευσμάτων, το εν θέματι κριτήριο στηρίζεται σε απολύτως αντικειμενικές, εξειδικευμένες τεχνικές εκτιμήσεις, είναι, φυσικά, σαφέστατο και πλήρες και παρίσταται εύλογο και αναλογικό, σε σχέση με τις ιδιαίτερες συνθήκες εκτέλεσης της συγκεκριμένης συμβάσεως και τους υφιστάμενους ή πιθανούς, απολύτως ορατούς και κατά τη κοινή πείρα, σοβαρούς και πολλαπλούς κινδύνους που επαπειλούν το ύψιστο κοινωνικό αγαθό της ασφαλούς εκτελέσεως του έργου των δημοσίων μεταφορών που επιτελεί η

Ως εκ των ανωτέρω, εκ του εν-θέματι όρου της διακήρυξης ΤΔ ... της ..., ουδόλως θίγεται ο προσήκων ανταγωνισμός, ούτε, βέβαια, οι αρχές της αναλογικότητας, ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής των διακρίσεων.

4. Πρέπει επίσης να επισημανθεί η προφανής ύπαρξη υπέρτερου δημοσίου

συμφέροντος για την ομαλή συνέχιση του διαγωνισμού και την απόρριψη της εν θέματι προσφυγής, δεδομένων των άμεσων και επείγουσών αναγκών φύλαξης της Γραμμής 1 και των υψίστων διακινδυνευομένων κοινωνικών αγαθών. Οι οίεσδήποτε σχετικές καθυστερήσεις διακινδυνεύουν την απρόσκοπτη και προσήκουσα παροχή των υπηρεσιών αυτών και καθιστούν αναπόφευκτες βραχυχρόνιες αναθέσεις αυτών των υπηρεσιών, με εύλογες ενδεχόμενες συνέπειες και ως προς την ενδεδειγμένη ποιότητά τους.

Ως εκ των ανωτέρω, οι λόγοι της εν θέματι προσφυγής είναι, ένας προς ένας και συνολικώς, μη βάσιμοι, δεν έχουν έρεισμα επί των όρων της διακήρυξης ή των εφαρμοστέων διατάξεων ή/και αρχών του δικαίου και η εν θέματι προσφυγή πρέπει εξ ολοκλήρου να απορριφθεί [...]».

14. Επειδή η προσφεύγουσα στο υπόμνημά της ισχυρίζεται ότι: «[...]1. Είναι γνωστό ότι κάθε διαγωνισμός έχει την αυτοτέλειά του. Η μη ενάσκηση από οικονομικό φορέα ένδικου βοηθήματος κατά της διακήρυξης ή άλλης πράξεως σε κάποιο άλλο διαγωνισμό, δεν συνιστά σιωπηρή παραίτηση από την άσκηση του οριζομένου στο νόμο ένδικου βοηθήματος επί ευκαιρία και με αφορμή κάποιας άλλης διακήρυξης.

Ούτω η μη προσβολή ενός κριτηρίου που είχε τεθεί σε άλλο διαγωνισμό, δεν εμποδίζει την προσβολή σε μεταγενέστερο, ούτε καθιστά τούτο απρόσβλητο. Και τούτο γιατί σημασία έχει αν το κριτήριο που τίθεται είναι σύμφωνο με τις διατάξεις της κείμενης εσωτερικής και κοινοτικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων. Συνεπώς, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής περί μη προσβολής αναλόγου κριτηρίου κατά το παρελθόν είναι ουσιαστικά αδιάφορος και αβάσιμος.

2. Η ιδιότητα της ημετέρας εταιρείας, ως αναδόχου από προηγούμενο διαγωνισμό δεν κωλύει την άσκηση οποιουδήποτε ένδικου βοηθήματος, που ορίζεται στο νόμο, κατά τη διενέργεια ενός μεταγενέστερου διαγωνισμού. Μάλιστα, η επιτυχής εκτέλεση των συμβάσεων που η ημετέρα εταιρεία έχει συνάψει, γεγονός που δεν αμφισβητείται από την αναθέτουσα αρχή ούτε με το έγγραφο των απόψεων, καίτοι δεν έχει τον απαιτούμενο από την

προσβαλλόμενη διακήρυξη αριθμό προσωπικού, καταδεικνύει ότι ο όρος αυτός δεν συνδέεται με το επίπεδο απόδοσης της σύμβασης (κατωτέρω).

3. Κατά πάγια νομολογία, η προσβολή όρων της διακήρυξης που εμποδίζουν ή καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή οικονομικού φορέα στον διαγωνισμό δεν κωλύουν την συμμετοχή του στο διαγωνισμό αρκεί να διατυπώσει επιφύλαξη για την προσβολή. Ούτω, έχει κριθεί ότι αν ο αιτών έλαβε μέρος σε διαγωνισμό αλλά διατύπωσε σχετική ειδική επιφύλαξη ως προς τη νομιμότητα των όρων που αμφισβητεί, τότες το έννομο συμφέρον του διατηρείται, κατά το μέρος που ο αμφισβητούμενος όρος περιλαμβάνεται στην επιφύλαξη (ΣτΕ Ε.Α. 342/2009). Επομένως, όσα διατείνεται περί τούτου η αναθέτουσα αρχή είναι απορριπτέα ως αβάσιμα.

4. Η διάταξη του άρθρου 75§4 του ν. 4412/2016, στην οποία αναφέρεται η αναθέτουσα αρχή, ερμηνευόμενη απαιτεί ότι οι οικονομικοί φορείς πρέπει να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενου με κατάλληλες συστάσεις και ιδίως από συμβάσεις που έχουν εκτελεσθεί στο παρελθόν. Ακόμη, από την ίδια διάταξη συνάγεται ότι τα προσόντα που σχετίζονται με την τεχνική - επαγγελματική ικανότητα, πρέπει να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και ανάλογα του επιδιωκόμενου σκοπού τους και ικανά στην διακρίβωση της ικανότητας του οικονομικού φορέα.

Στην προκειμένη περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή με το έγγραφο των απόψεων, δεν αναφέρει συγκεκριμένα ποια από τα ανωτέρω κρίσιμα και αναγκαία στοιχεία εξυπηρετεί ο προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης, ήτοι:

- Δεν αποδεικνύει επίπεδο εμπειρίας με την σύναψη προηγούμενων συμβάσεων, αφού οικονομικοί φορείς με μικρότερο αριθμό προσωπικού, αποδεικνύουν ότι έχουν συνάψει και εκτελέσει πλήθος συμβάσεων σε βάθος εικοσαετίας.
- Η ύπαρξη τριακοσίων τριάντα (330) ατόμων μόνιμου προσωπικού δεν αποτελεί προσόν απόδειξης ικανότητας.
- Ο όρος όπως τίθεται δεν είναι συναφής ποσοτικά και ποιοτικά με το

αντικείμενο της σύμβασης, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην ασκηθείσα προσφυγή μου.

5) Στην οδηγία 2014/24/Ε.Ε., σκέψη 74 ορίζεται: «... κατά συνέπεια οι τεχνικές προδιαγραφές θα πρέπει να καταρτίζονται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται ο τεχνικός περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που να ευνοούν ένα συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, αντικατοπτρίζοντας βασικά χαρακτηριστικά των αγαθών, υπηρεσιών και έργων που παρέχονται συνήθως από τον οικονομικό φορέα αυτό.»

Από τα ανωτέρω συνάγονται ευθέως τα εξής:

- Δεν θα πρέπει, μέσω των τεχνικών προδιαγραφών, να περιορίζεται τεχνικά, ο ανταγωνισμός που μπορεί να αναπτυχθεί.
- Δεν θα πρέπει, μέσω των τεχνικών προδιαγραφών, να εξυπηρετείται κάποιος οικονομικός φορέας.
- Οι θεσπιζόμενες τεχνικές προδιαγραφές πρέπει να συνδέονται με τα βασικά χαρακτηριστικά των υπηρεσιών που προσφέρουν, δηλαδή να συναρτώνται (αντικατοπτρίζουν) τις πραγματικές ανάγκες του έργου που πρόκειται να εκτελεσθεί.

Στην προκειμένη περίπτωση, ο προσβαλλόμενος όρος, αφενός περιορίζει τον ανταγωνισμό και εξυπηρετεί ορισμένους οικονομικούς φορείς και αφετέρου δεν συνδέεται με τα βασικά χαρακτηριστικά και τις ανάγκες του προκηρυχθέντος έργου.

6) Ειδικότερον, οι δυσχέρειες που κατά την παροχή των υπηρεσιών επικαλείται η αναθέτουσα αρχή είναι μεν υπαρκτές, αν και υπερβολικές, αλλά αυτές μπορεί να αντιμετωπισθούν από τους φύλακες που θα προσφέρουν τις υπηρεσίες, τον αριθμό των οποίων - εβδομήντα πέντε (75) άτομα - καθόρισε η ίδια με την διακήρυξη. Πράγματι, η αναθέτουσα αρχή, έχουσα επίγνωση των συνθηκών που επικρατούν στους σταθμούς (υψηλός αριθμός επιβατών, παραβατικότητα κ.λ.π.) προφανώς κατά τον ορισμό των ατόμων - τρία (3) ανά σταθμό, επί 24ώρου - που θα παρέχουν τις υπηρεσίες είχε υπ' όψη της τις επικρατούσες συνθήκες και τις ανάγκες που προκύπτουν. Δηλαδή, έκρινε ότι

με την απασχόληση του συγκεκριμένου αριθμού - εβδομήντα πέντε (75) - καλύπτονται επαρκώς οι ανάγκες φύλαξης.

Αλλά, πέραν τούτου, δεν επεξηγείται στο έγγραφο των απόψεων, γιατί οι αυξημένες αυτές ανάγκες για επαγρύπνηση δεν καλύπτονται από τους φύλακες που θα απασχοληθούν και κυρίως πως οι αυξημένες αυτές ανάγκες συνδέονται αιτιωδώς με το μόνιμο προσωπικό του οικονομικού φορέα!

Ούτω, δεν μπορεί να γίνει αντιληπτό, με ποιο τρόπο το μόνιμο προσωπικό που διαθέτει ο οικονομικός φορέας και το οποίο κατά την αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να υπερβαίνει τα 330 άτομα, μπορεί να συμβάλει ουσιαστικά και αποτελεσματικά στην αντιμετώπιση των αναγκών που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή. Διότι είναι προφανές ότι ο ανάδοχος δεν θα έχει την υποχρέωση απασχόλησης ατόμων πέραν του οριζόμενου στη σύμβαση αριθμού.

Με τα δεδομένα αυτά, η επίκληση των ιδιαίτερων συνθηκών και δυσχερειών που εμφανίζονται στους σταθμούς, κατά τη φύλαξη, είναι μεν υπαρκτές αν και, επαναλαμβάνω, υπερτονισμένες, αλλά σε καμία περίπτωση η αντιμετώπισή τους δεν συνδέεται με το υπάρχον μόνιμο προσωπικό του οικονομικού φορέα. Απεναντίας, η αντιμετώπισή τους πρέπει να γίνει από ανάδοχο που έχει την εμπειρία και την οργάνωση αντιμετώπισης παρόμοιων καταστάσεων, όπως πράττει επί σειρά ετών η ημετέρα εταιρεία.

Γι' αυτό άλλωστε και με την διάταξη του άρθρου 75§4 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προσδιορίζει τις ελάχιστες απαιτήσεις της, για την τεκμηρίωση της επαγγελματικής - τεχνικής επάρκειας των υποψηφίων αναδοχών, με αναφορά στην προηγούμενη υλοποίηση συναφούς αντικειμένου συμβάσεων, στο είδος των υπηρεσιών, τον απαιτούμενο αριθμό ολοκληρωμένων συμβάσεων, συνοδευόμενο από πιστοποιητικά καλής εκτέλεσης και στον απαιτούμενο τεχνικό εξοπλισμό.

Συνεπώς, η αντιμετώπιση των προβλημάτων που επισημαίνει η αναθέτουσα αρχή απαιτεί εμπειρία και υπευθυνότητα και όχι πλεονάζον προσωπικό, στα γραφεία του οικονομικού φορέα.

7. Επίσης ανεπιτυχής είναι η προσπάθεια της αναθέτουσας αρχής να δικαιολογήσει την θέσπιση του προσβαλλόμενου όρου με τον αριθμό των αντικαταστατών των φυλάκων σε περιπτώσεις αδειών και ασθενειών.

Το γεγονός ότι οι εργαζόμενοι που θα απασχοληθούν δικαιούνται άδειες κ.λ.π., οπότε θα αντικατασταθούν κατά τις ημέρες αυτές από συναδέλφους τους, δεν αλλάζει ούτε προσαυξάνει τον αριθμό των εργαζομένων που πραγματικά θα απασχοληθεί με την παροχή των ειρημμένων υπηρεσιών και ο οποίος θα παραμείνει σταθερός (75 άτομα).

Επομένως δεν υπάρχει απασχόληση 107 ατόμων, όπως επιχειρεί να την εμφανίσει η αναθέτουσα, αλλά απασχόληση 75 ατόμων, από τα οποία, κάποια θα λάβουν την άδεια που δικαιούνται κατά τις διατάξεις της κείμενης εργατικής νομοθεσίας.

Αλλά, ακόμη και ο αριθμός που προβάλλει (107 άτομα) υπολείπεται κατά πολύ του τεθειμένου ως κριτηρίου συμμετοχής του αριθμού των 330 ατόμων μόνιμου προσωπικού και εξακολουθεί να μην τελεί σε αναλογία κατά τα εκτειθέμενα στην υπό κρίση προσφυγή.

Συνεπώς, όσα περί του αντιθέτου διατείνεται η αναθέτουσα αρχή είναι απορριπτέα ως αβάσιμα.

8. Σε κάθε περίπτωση το μόνιμο προσωπικό που διαθέτει ένας οικονομικός φορέας απασχολείται σε συγκεκριμένα έργα - συμβάσεις που αυτός (ο οικονομικός φορέας) εκτελεί τη δεδομένη χρονική στιγμή. Έτσι ο οικονομικός φορέας που διαθέτει μόνιμο προσωπικό 330 ατόμων - εν προκειμένω 330 φύλακες - είναι δεδομένο ότι απασχολεί αυτά τα άτομα σε συγκεκριμένα έργα, σύμφωνα με τις διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας. Επομένως καθίσταται σαφές ότι τα άτομα αυτά δεν είναι δυνατόν να απασχοληθούν για οιοδήποτε λόγο για την κάλυψη των τακτικών ή τυχόν έκτακτων αναγκών της ..., αφού κάτι τέτοιο αν θεωρηθεί ότι συνέβαινε θα συνέβαινε κατά παράβαση των διατάξεων της κείμενης νομοθεσίας.

Ήτοι το μόνιμο προσωπικό 330 ατόμων δεν συμβάλει στην ουσιαστική και αποτελεσματική αντιμετώπιση του έργου της φύλαξης της

9. *Εν κατακλείδι είναι πασιφανές ότι ο αριθμός του υπάρχοντος προσωπικού του οικονομικού φορέα δεν επηρεάζει το επίπεδο απόδοσης της σύμβασης ούτε συνδέεται με αυτήν, ούτε αποτελεί τεκμηρίωση για καλή εκτέλεσή της [...]*».

15. Επειδή το άρθρο 253 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της προστασίας του ανταγωνισμού, της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης και λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων.

Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων [...]

16. Επειδή το άρθρο 281 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι όροι που περιέχονται στα έγγραφα της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών.

2. Τα έγγραφα της σύμβασης [...] περιέχουν ιδίως: [...] ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, καθώς και την τεχνική ή επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται απόρριψη της προσφοράς, [...]

17. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 304 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «1. Οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να θεσπίζουν αντικειμενικούς κανόνες

και κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής των προσφερόντων ή των υποψηφίων οι εν λόγω κανόνες και κριτήρια αναφέρονται στα έγγραφα της σύμβασης[...]

18. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 305 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «1. Οι αντικειμενικοί κανόνες, οι λόγοι αποκλεισμού και τα κριτήρια για την επιλογή των οικονομικών φορέων που υποβάλλουν αίτηση προεπιλογής σε ένα σύστημα προεπιλογής, καθώς και οι αντικειμενικοί κανόνες, οι λόγοι αποκλεισμού και τα κριτήρια για την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων σε ανοικτή διαδικασία, σε κλειστή διαδικασία, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, σε ανταγωνιστικό διάλογο, σε σύμπραξη καινοτομίας, σε συνοπτικό διαγωνισμό ή σε απευθείας ανάθεση, μπορούν να περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που παρατίθενται στο άρθρο 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό. Όταν ένας αναθέτων φορέας είναι αναθέτουσα αρχή, οι εν λόγω κανόνες περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που απαριθμούνται στις παραγράφους 1 και 2 του άρθρου 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στο εν λόγω άρθρο.

2. Τα κριτήρια και οι κανόνες που αναφέρονται στην παράγραφο 1 μπορούν να περιλαμβάνουν τα κριτήρια επιλογής που παρατίθενται στα άρθρα 75 έως 77, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό, ιδιαίτερα όσον αφορά στα όρια για τις απαιτήσεις που αφορούν τους ετήσιους κύκλους εργασιών».

19. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 75 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν:

α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας,

β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια,

γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. [...]

4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας.

Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς

φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης.

Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους.

5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος».

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

21. Επειδή το άρθρο 360 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία

Αριθμός απόφασης: Σ1109/2022

από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

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

Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς πρέπει: [...]B) Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στο διαγωνισμό θα πρέπει να διαθέτουν τουλάχιστον 330 άτομα μέσο ετήσιο μόνιμο προσωπικό με ειδικότητα «προσωπικό ασφαλείας» κατά την τελευταία τριετία ή για όσο χρόνο βρίσκεται σε νόμιμη λειτουργία εάν αυτός είναι μικρότερος από τα τρία (3) έτη [...]6.2 Διάρκεια σύμβασης

6.2.1. Η διάρκεια της Σύμβασης ορίζεται σε δύο (2) μήνες. Το εν λόγω χρονικό διάστημα αρχίζει από την ημερομηνία υπογραφής του συμφωνητικού ή από την ημερομηνία που ορίζεται σε αυτό και λήγει είτε σε δήλη ημερομηνία ή προθεσμία [...] ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ VI – Τεχνικές Προδιαγραφές [...]ΤΠ-4 ΚΑΤΑΝΟΜΗ ΤΟΥ ΠΡΟΣΩΠΙΚΟΥ ΦΥΛΑΞΗΣ

Στο πίνακα κατανομής προσωπικού φύλαξης φαίνεται η κατανομή του προσωπικού στους σταθμούς του συστήματος.

ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΡΟΣΩΠΙΚΟΥ ΦΥΛΑΞΗΣ ΤΟΥ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΤΗΣ ΓΡΑΜΜΗΣ 1				
ΩΡΑΡΙΟ				
α/α	ΣΤΑΘΜΟΣ	06:00-14:00	14:00-22:00	22:00-06:00
1		1		
2		1	1	1
3		1	1	1
4		1	1	1
5		1	1	1
6		1	1	1

Αριθμός απόφασης: Σ1109/2022

7		1	1	1
8		1	1	1
9		1	1	1
10		1	1	1
11		1	1	1
12		1	1	1
13		1	1	1
14		1	1	1
15		1	1	1
16		1	1	1
17		1	1	1
18		1	1	1
19		1	1	1
20		1	1	1
21		1	1	1
22		1	1	1
23		1	1	1
24		1	1	1
Εποπτεία - Κέντρο Λήψης Σημάτων (1	1	1
ΣΥΝΟΛΟ		25	25	25
ΣΗΜΕΙΩΣΗ : στους σταθμούς ..., ενδέχεται να εργασθεί προσωπικό της ...περιστασιακά στην νυχτερινή βάρδια [.....]».				

23. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το

διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

24. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης με βάση τις ανάγκες της και τη σκοπιμότητά που εκείνη κρίνει. Η δε θέσπιση με την διακήρυξη των προδιαγραφών και των αναγκών της αναθέτουσας αρχής από ποσοτική και ποιοτική άποψη, που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτησή τους, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (Ε.Α. ΣτΕ 354/2014, 1140/2010 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ. 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010 κ.ά.).

25. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25

και απόφαση *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27).

26. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, *Επιτροπή κατά Δανίας*, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική*, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, *MT Højgaard και Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *Universale-Bau*, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

27. Επειδή, οι κανονιστικές πράξεις δεν έχουν ανάγκη αιτιολογίας (βλ. ΣΤΕ 1463/2015, 2929/2016), εκτός εάν η αιτιολόγηση απαιτείται ρητά από τον νόμο ή αυτό προκύπτει σαφώς (ΣΤΕ 3915/1988, 2465/1993, 2230/2000), όπως στην περίπτωση που η έκδοση της πράξης επιτρέπεται ή επιβάλλεται όταν συντρέχουν ορισμένες προϋποθέσεις που καθορίζει η εξουσιοδοτική διάταξη (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμος Ι, 15η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ .158). Ωστόσο, δεδομένου ότι οι λόγοι βάσει των οποίων επελέγησαν οι δεδομένες προδιαγραφές από την αναθέτουσα αρχή, εμπίπτοντας στο πεδίο της σκοπιμότητας, συνιστούν ανέλεγκτη καταρχήν κρίση της αναθέτουσας αρχής, η οποία δύναται να ελεγχθεί μόνο σε επίπεδο υπέρβασης άκρων ορίων διακριτικής ευχέρειας, ήτοι υπέρβασης του αναγκαίου μέτρου για την επιδίωξη των σκοπών της (πρβλ. ΕΑ 354/2014, 257/2010), δια της εξέτασης της αιτιολογίας που οφείλει να αποστείλει με τις απόψεις της.

28.Επειδή, κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν (Π. Δαγτόγλου, *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο*, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004, αρ. περ. 642 Β). Επειδή ο προσδιορισμός των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας καθορίζεται: α) από το λογικό, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, περιεχόμενο της αόριστης αξιολογικής έννοιας σε συνδυασμό με την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης σε συνδυασμό προς τον επιδιωκόμενο από τον κανόνα αυτό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, β) από την ισότητα κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, δηλαδή, την ίση κρίση ομοειδών νομικών και πραγματικών καταστάσεων γ) από την αρχή της χρηστής διοίκησης και δ) από την αρχή της αναλογικότητας ή της αναλογίας, σύμφωνα με την οποία το επαχθές μέτρο που επιβάλλεται στον διοικούμενο με τη διοικητική πράξη πρέπει να είναι αναγκαίο, πρόσφορο και ανάλογο προς το εξυπηρετούμενο

δημόσιο συμφέρον ή ιδιωτικό προστατευόμενο συμφέρον στο πλαίσιο του σκοπού που επιδιώκει ο νόμος (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμ. 2, 13η έκδ., 2010, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 514).

29. Επειδή στην αιτιολογική σκέψη 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ L 94, σ. 65), αναφέρονται τα εξής: «[...] οι ισχύοντες κανόνες για τις δημόσιες προμήθειες που εγκρίθηκαν δυνάμει [...] της οδηγίας [...] 2004/18/ΕΚ [...], θα πρέπει να αναθεωρηθούν και να εκσυγχρονιστούν, για να αυξηθεί η αποδοτικότητα των δημόσιων δαπανών, με τη διευκόλυνση ιδίως της συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες προμήθειες».

30. Επειδή, σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, συνάγεται ότι, οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, δύνανται να ελέγχουν την «ικανότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη τα περιοριστικώς αναφερομένα στην εν λόγω διάταξη κριτήρια επιλογής αυτών, ήτοι σε σχέση με: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.

Περαιτέρω, κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων επιλογής των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται οι βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις συμμετοχής αυτών. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που

αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να τελούν σε σύνδεση και αναλογία προς το αντικείμενο της. Εν προκειμένω, για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια περί τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, καθώς και τον προϋπολογισμό της (πρβλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13- απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων), χωρίς να περιορίζεται αδικαιολόγητα ο ανταγωνισμός και ειδικά η πρόσβαση των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων στις δημόσιες Συμβάσεις. Εξάλλου, όπως περιγράφεται και στον *«Ευρωπαϊκό Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις»* και ειδικότερα στο πεδίο 4.1 αυτού με τίτλο *«Διατήρηση της αναλογικότητας των κριτηρίων επιλογής»* διευκρινίζεται ότι *«...Όλα τα κριτήρια επιλογής πρέπει να είναι σαφή και αναλογικά προς τη συγκεκριμένη σύμβαση και να μην εισάγουν διακρίσεις. Στην περίπτωση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που της επιτρέπουν να καθορίσει μάλλον κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων. Ωστόσο, πρέπει να ληφθεί μέριμνα ώστε κάτι τέτοιο να μην περιορίζει αδικαιολόγητα το πεδίο των επιλέξιμων υποψηφίων. Επιπλέον, τα κριτήρια επιλογής δεν πρέπει να είναι διατυπωμένα κατά τρόπο που να περιορίζουν το πεδίο του ανταγωνισμού λαμβάνοντας υπόψη θέματα ήσσονος σημασίας. Για παράδειγμα, η απαίτηση ότι θα ληφθεί υπόψη μόνον η πείρα που έχει αποκτηθεί σε συναλλαγές με τον δημόσιο τομέα είναι, αφεαυτής, άνευ σημασίας και περιορίζει τον ανταγωνισμό.....»*.

31. Επειδή, η αρχή του ελεύθερου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού συνδέεται κατά το ίδιο ενωσιακό δίκαιο και με την προώθηση συμμετοχής των Μικρών και Μεσαίων Επιχειρήσεων (ΜΜΕ), στις αντίστοιχες διαδικασίες

ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (βλ. ενδεικτικά και Αποφάσεις ΑΕΠΠ με αρ. 154, 39/2017), ως μοχλός άσκησης ανταγωνιστικής πίεσης και ως εκ τούτου αύξησης του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, με ταυτόχρονο γνώμονα τα ιδιαίτερα κοινωνικά γνωρίσματα και χαρακτήρα της μικρομεσαίας επιχειρηματικότητας, στοιχείο η έμφαση επί του οποίου αποτελεί ειδικότερη εξέλιξη σε σχέση με το προϊσχύσαν αντίστοιχο ενωσιακό πλαίσιο (βλ. αιτιολογικές σκέψεις 1, 50,61, 63,68,74, και ιδίως 78-80, 101, 122 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και άρ. 83 αυτής όπου η συμμετοχή των ΜΜΕ τίθεται ως δείκτης αποτελεσματικής διακυβέρνησης του συστήματος δημοσίων συμβάσεων).

32. Επειδή το Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α΄ του Ν. 4412/16 απαριθμεί εξαντλητικά τα στοιχεία βάσει των οποίων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αξιολογεί και να ελέγχει τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των διαγωνιζομένων, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνονται: «[...] β) αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των υπευθύνων για τον έλεγχο της ποιότητας και, όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις έργων, εκείνων που θα έχει στη διάθεσή του ο εργολήπτης για την εκτέλεση του έργου· για την εκτέλεση του έργου [...] η) δήλωση στην οποία αναφέρονται το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη και ο αριθμός των στελεχών της επιχείρησής του κατά τα τελευταία τρία χρόνια [...]».

33. Επειδή, περαιτέρω, από τα εθνικά δικαστήρια έχει κριθεί ότι τα προσόντα που σχετίζονται με την οικονομική επάρκεια και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες πρέπει να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και ανάλογα με το σκοπό της, αλλά και να είναι πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της ικανότητας των υποψηφίων. (Βλ. ΣτΕ ΕπΑν 660/2002, 528/2002, 990/2003).

34. Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει

να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ).

35. Επειδή τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής διαμορφώνονται με γνώμονα τις αρχές της αναλογικότητας και της χρηστής δημοσιονομικής διοίκησης στα πλαίσια του ελεύθερου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. και A.S. Graelis, *Public Procurement and the EU Competition Rules* (Hart 2015, 2η εκδ.) 6.II.A.vii) και κρίνονται με βάση την συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση και όχι *in abstracto* (βλ.κατ' αναλογία Δ. Ράικο, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 410 επ.).

36. Επειδή εν προκειμένω, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη.

37. Επειδή στον μοναδικό λόγο της υπό εξέταση προσφυγής η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ο όρος 2.2.6 της προσβαλλόμενης Διακήρυξης που αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα και προβλέπει ότι οι οικονομικοί φορείς πρέπει κατά την τελευταία τριετία να διαθέτουν μέσο ετήσιο μόνιμο προσωπικό με την ιδιότητα «προσωπικό ασφαλείας» όταν η διάρκεια της υπό ανάθεση σύμβασης είναι 2 μήνες και το απαιτούμενο για την εκτέλεσή της προσωπικό είναι 75 άτομα, δεν συνδέεται με την οικεία σύμβαση ούτε τελεί σε αναλογία με το αντικείμενό της και περιορίζει υπέρμετρα τον ανταγωνισμό απαιτώντας ως ελάχιστο επίπεδο

τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας τον τετραπλάσιο αριθμό ατόμων από αυτά που απαιτούνται για την εκτέλεση της σύμβασης. Προς επίρρωση των ισχυρισμών της η προσφεύγουσα επικαλείται τις συμβάσεις που έχει εκτελέσει με επιτυχία για τον αναθέτοντα φορέα χωρίς να διαθέτει τον ως άνω αριθμό ατόμων ως προσωπικό.

Περαιτέρω, ο αναθέτων φορέας στις απόψεις του αναφέρει ότι, κατά το παρελθόν, έχει προκηρύξει διαγωνισμούς και με αυστηρότερα κριτήρια επιλογής στα οποία δεν έχει αντιδράσει η προσφεύγουσα και ότι, λαμβανομένου υπόψη των ιδιαιτεροτήτων, των συνθηκών και του τόπου παροχής των υπό ανάθεση υπηρεσιών, ο αριθμός των εργαζομένων που απασχολεί ο υποψήφιος, δοθέντος και των συχνών και συνεχών αποχωρήσεων που προκύπτουν σε αυτό το πεδίο επιχειρηματικής δραστηριότητας, αποτελεί στοιχείο της αξιοπιστίας του. Κατά τον αναθέτοντα φορέα, η φύλαξη των σταθμών της Γραμμής 1 απαιτεί την απασχόληση 107 περίπου ατόμων ημερησίως, συνυπολογιζομένων των αδειών και των αργιών, ανεξάρτητα από τη διάρκεια της σύμβασης και, αν και ενδεχομένως, ο αριθμός των 330 ατόμων να φαίνεται εκ πρώτης όψεως μεγάλος, παρίσταται, ωστόσο, εύλογος και δικαιολογημένος δοθέντος ότι οι σταθμοί είναι πολυσύχναστοι και εγκατεστημένοι σε περιοχές αυξημένης επικινδυνότητας και είναι σημαντική η δυνατότητα άμεσης αντικατάστασης προσωπικού που δεν εκτελεί προσηκόντως τα ιδιαίτερα δύσκολα καθήκοντά του τα οποία εξαντλούν και κουράζουν γρήγορα. Επομένως, ως διατείνεται ο αναθέτων φορέας, ο υποψήφιος ανάδοχος είναι κρίσιμο να διαθέτει ένα ικανό μέγεθος άμεσα διαθέσιμου ανθρωπίνου δυναμικού που να του επιτρέπει να αντιμετωπίσει οποιοδήποτε, απολύτως πιθανό, απρόοπτο περιστατικό και ευλόγως τίθεται εν αμφιβολία η τεχνική ικανότητα της προσφεύγουσας εφόσον δεν διαθέτει τον απαιτούμενο αριθμό προσωπικού. Επικαλείται δε λόγους υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος για την ομαλή συνέχιση του διαγωνισμού και την απόρριψη της προσφυγής.

Εξάλλου, στο υπόμνημά της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι κάθε διαγωνισμός έχει την αυτοτέλειά του και, επομένως, η μη αντίδρασή της σε έτερους διαγωνισμούς δεν συνιστά σιωπηρή παραίτηση από την άσκηση προσφυγής στον επίμαχο διαγωνισμό και δεν καθιστά απρόσβλητους τους όρους της εν θέματι Διακήρυξης. Σχετικά με τον προσβαλλόμενο όρο, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι δεν συνιστά απόδειξη εμπειρίας ούτε ικανότητας εκτέλεσης της υπό ανάθεση σύμβασης διότι δεν είναι ποιοτικά και ποσοτικά συναφής με το αντικείμενό της καθώς οι δυσχέρειες που επικαλείται ο αναθέτων φορέας, αν και υπερβολικές, είναι υπαρκτές και μπορούν να αντιμετωπιστούν από το προσωπικό που ο ίδιος ο αναθέτων φορέας έκρινε ότι επαρκεί για την εκτέλεση της σύμβασης λαμβάνοντας υπόψη τις ιδιαιτερότητές της. Για τον δε αριθμό των 107 ατόμων που επικαλείται ο αναθέτων φορέας, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η αντικατάσταση του απασχολούμενου προσωπικού δεν αυξάνει τον αριθμό των εργαζομένων που πραγματικά θα απασχολείται για την εκτέλεση της σύμβασης, ο οποίος παραμένει σταθερός (75 άτομα), αλλά και υπό την εκδοχή των 107 ατόμων, ο απαιτούμενος αριθμός των 330 ατόμων μόνιμου προσωπικού εξακολουθεί να μην τελεί σε αναλογία.

38. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 75 του Ν.4412/2016, η διάθεση των αναγκαίων ανθρώπινων πόρων για την εκτέλεση της σύμβασης σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας συνιστά απαίτηση στο πλαίσιο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας την οποία δύνανται οι αναθέτουσες αρχές να επιβάλουν. Ομοίως, σύμφωνα με το Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α΄ του Ν.4412/2016, το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών και ο αριθμός των στελεχών της επιχείρησής του κατά τα τελευταία τρία χρόνια αποτελεί ένα από τα αποδεικτικά μέσα τα οποία μπορούν οι αναθέτουσες αρχές να υποδεικνύουν στο πλαίσιο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας.

39. Επειδή, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, βασίμως υποστηρίζει ο αναθέτων φορέας ότι ο αριθμός του απασχολούμενου μόνιμου

προσωπικού του υποψηφίου κατά την τελευταία τριετία συνδέεται με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και δύναται να αποτελέσει κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας καθώς συνδέεται με την ικανότητα και την αξιοπιστία του υποψηφίου να εκτελέσει σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας σύμβαση η οποία απαιτεί μεγάλο αριθμό ατόμων για την εκτέλεσή της και παρουσιάζει δυσχέρειες και ιδιαιτερότητες, παρά τα περί αντιθέτου προβαλλόμενα. Ωστόσο, ως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, η απαίτηση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης για μέση ετήσια απασχόληση 330 ατόμων μόνιμου προσωπικού ασφαλείας κατά την τελευταία τριετία, για την εκτέλεση σύμβασης για την οποία απαιτούνται 75 άτομα (ή και 107 κατά τον αναθέτοντα φορέα), υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. Δοθέντος ότι οι απαιτήσεις τόσο των κριτηρίων επιλογής όσο και των αποδεικτικών μέσων κρίνονται με βάση την αρχή της αναλογικότητας και δη ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών και των υπηρεσιών και, ειδικότερα, το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας πρέπει να είναι συνδεδεμένο με το αντικείμενο της σύμβασης και ανάλογο με το σκοπό της αλλά και πρόσφορο ώστε να οδηγεί στη διακρίβωση της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων για την υπό ανάθεση σύμβαση (ΕΑ ΣτΕ 990/2003, 660/2002, 528/2002), η απαίτηση για μέση ετήσια απασχόληση 330 ατόμων μόνιμο προσωπικό κατά την τελευταία τριετία, ήτοι, σε κάθε περίπτωση, υπερτριπλάσιου αριθμού απασχολούμενων σε σχέση με τον απαιτούμενο για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης αριθμό, είναι και ποιοτικά και ποσοτικά δυσανάλογη με το αντικείμενο της σύμβασης και περιορίζει υπέρμετρα τον ανταγωνισμό και τη συμμετοχή περισσότερων ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων που δραστηριοποιούνται στο πλαίσιο της οικείας αγοράς, ως η προσφεύγουσα δοθέντος ότι υποψήφιοι με μικρότερο αριθμό μόνιμου προσωπικού ασφαλείας κατά την τελευταία τριετία, θα εδύναντο να εκτελέσουν προσηκόντως την επίμαχη σύμβαση λαμβανομένου υπόψη ότι με τα κριτήρια επιλογής η αναθέτουσα αρχή

καθορίζει τα ελάχιστα επίπεδα ικανότητας για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης καθώς και ότι ο πληττόμενος όρος συνιστά μία εκ των πέντε συνολικά απαιτήσεων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για τη συμμετοχή των οικονομικών φορέων στον επίμαχο διαγωνισμό. Εξάλλου, ουδόλως αιτιολογεί ο αναθέτων φορέας για ποιον λόγο συγκεκριμένα ο αριθμός των 330 ατόμων μόνιμου προσωπικού εξασφαλίζει την προσήκουσα εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης και όχι κάποιος άλλος αριθμός ατόμων. Περαιτέρω, οι εκατέρωθεν ισχυρισμοί σχετικά με έτερους διαγωνισμούς που προκήρυξε ο αναθέτων φορέας κατά το παρελθόν, τυγχάνουν απορριπτέοι ως απαράδεκτοι πρωτίστως λόγω της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών (ΣΤΕ ΕΑ 200, 72/2015, 269/2014, 416, 215-216/2013 κ.ά.). Επομένως, ο μόνος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

40. Επειδή τέλος, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της Διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών ή τα κριτήρια υπολογισμού της πλέον συμφέρουσας προσφοράς, όπως στην υπό κρίση Διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΣΤΕ ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004, ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, *ENVAG Wienstrom GmbH κ.λ.π.*, σκέψεις 92-95) ώστε να δοθεί η δυνατότητα σε οικονομικούς φορείς που δεν είχαν επιδείξει ενδιαφέρον εξαιτίας της αρχικής της μορφής, να υποβάλουν προσφορές κατόπιν της τροποποίησής της. Συνεπώς, σύμφωνα με τα ως άνω προεκτεθέντα, η εν θέματι Διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της.

41. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

42. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, κρινόμενη προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

43. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. πρωτ. ...Διακήρυξη, κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ποσού χιλίων εξακοσίων πενήντα (1.650) ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 25 Ιουλίου 2022 και εκδόθηκε στις 26 Ιουλίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΑΘΗΝΑ ΜΠΟΥΖΙΟΥΡΗ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ
Α/Α ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΛΙΖΙΔΗΣ**