

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**7<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 23 Σεπτεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Σειραδάκης Πρόεδρος και Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14.08.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1125/17.08.2020 της Εταιρείας Περιορισμένης Ευθύνης με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....» που εδρεύει στον Δήμο ....., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου ..... (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. .... Διακήρυξη.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή, ο Δήμος ..... ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ανοιχτό Διεθνή Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό άνω των ορίων, με Αριθμό Διακήρυξης .....και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ....., η οποία δημοσιεύθηκε στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 22.07.2020 με αριθμό ..... και αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 27.07.2020, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ....., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική

## Αριθμός Απόφασης: 1284/2020

άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για «ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΦΥΛΑΞΗΣ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ» (CPV: .....), εκτιμώμενης δαπάνης οκτακοσίων είκοσι χιλιάδων οκτακοσίων ογδόντα ευρώ (820.880,00 €) συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, ήτοι προϋπολογισμού χωρίς Φ.Π.Α. εξακοσίων εξήντα δύο χιλιάδων ευρώ (662.000,00 €), διάρκειας τριών (3) ετών από την ημερομηνία υπογραφής της, με δικαίωμα εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, μονομερούς παράτασης του συμβατικού χρόνου ή μεταβολής του φυσικού αντικείμενου στα έτη, έως εξαντλήσεως του συμβατικού οικονομικού αντικείμενου, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 6.2 της διακήρυξης, με αρχική καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 24<sup>η</sup> Αυγούστου 2020, ημέρα Δευτέρα και ώρα 08:00 π.μ. και αρχική ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 31<sup>η</sup> Αυγούστου 2020 και ώρα 10:00 π.μ. Ήδη, δυνάμει της υπ' αριθμ. 610/21.08.2020 Απόφασης του Δημάρχου (ΑΔΑ: .....), με θέμα: «Μετάθεση καταληκτικής προθεσμίας διαγωνισμού «Υπηρεσίες φύλαξης εγκαταστάσεων του Δήμου για τρία (3) έτη (ΜΕ ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΠΡΟΑΙΡΕΣΗΣ για τέσσερις (4) μήνες ακόμη)» (ΣΥΣΤ. ΑΡΙΘΜΟΣ ...../2020 ΛΗΞΗ ΠΡΟΘΕΣΜΙΑΣ 24/8/2020 και ΩΡΑ 08:00 πμ», η οποία αναρτήθηκε στην «επικοινωνία» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 21.08.2020, αποφασίστηκε η μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας παραλαβής των προσφορών για την 14<sup>η</sup> Οκτωβρίου 2020 και ώρα 08:00 π.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 14.08.2020 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 υπ' αριθμ. .... Διακήρυξης, υποστηρίζοντας ότι οι τιθέμενοι όροι του διαγωνισμού είναι παράνομοι και παραβιάζουν την υποχρέωση εξασφάλισης συνθηκών υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ενώ παραβιάζουν την αρχή της ίσης μεταχείρισης και οδηγούν *a priori* σε αποκλεισμό της προσφοράς της ή/και καθιστούν αδύνατη την υποβολή προσφοράς εκ μέρους της, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

## **Αριθμός Απόφασης: 1284/2020**

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη Διακήρυξη, καθ' ο μέρος προσβάλλεται με την ασκηθείσα προσφυγή.

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 14.08.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας Πειραιώς, ποσού δύο χιλιάδων εννιακοσίων εβδομήντα εννέα ευρώ (2.979,00 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.). Μάλιστα, η προσφεύγουσα κατέβαλε πλεονάζον το νόμιμο παράβολο, το οποίο στην πραγματικότητα ανέρχεται στο ποσό των δύο χιλιάδων τριακοσίων δεκαεπτά ευρώ (2.317,00 €), καθώς υπολόγισε σε αυτό και το δικαίωμα προαίρεσης της προς ανάθεση σύμβασης, το οποίο όμως έχει κριθεί παγίως (ΕΑ ΣτΕ 187/2017, 10/2017 και ΔεφΘεσσ 58/2019) ότι δεν λαμβάνεται υπόψη για τον υπολογισμό του νομίμου παραβόλου του άρθρου 5 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 363 του Ν. 4412/2016.

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 του 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.

## **Αριθμός Απόφασης: 1284/2020**

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 17.08.2020, η Αναθέτουσα Αρχή 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, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από τον Πρόεδρο του 7ου Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 1337/17.08.2020 Πράξης του «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Αναθέτουσας Αρχής προ Χορήγησης Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 17.08.2020 και υπέβαλε στις 27.08.2020, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας 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, η προσφεύγουσα εταιρεία, βάσει του άρθρου 365 παρ. 1, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019 και ισχύει, υπέβαλε εμπρόθεσμα και παραδεκτά, στις 17.09.2020 μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού, το από 17.09.2020 Υπόμνημά της.

13. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα 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 της Αναθέτουσας Αρχής, 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.).

14. 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 προβαλλόμενων λόγων 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 υπ' αριθμ. ....Διακήρυξης.

Νομίμως και κατ' αρχήν παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

15. Επειδή, εφαρμοστέα στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ιδίως, το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 54 «Τεχνικές Προδιαγραφές» (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 75 «Κριτήριας επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και το άρθρο 80 «Αποδεικτικά μέσα» (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016.

16. Επειδή, περαιτέρω, στο Κεφάλαιο 2 της Διακήρυξης με τίτλο «ΓΕΝΙΚΟΙ ΚΑΙ ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ», άρθρο 2.2. με τίτλο «Δικαίωμα Συμμετοχής-Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής», παρ. ....με τίτλο «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» (σελ. 16), ορίζεται ότι: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα οι οικονομικοί φορείς για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης οφείλουν να συμμορφώνονται με τα αναφερόμενα στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ – Μελέτη και συγκεκριμένα πρέπει να διαθέτει:

1. Άδεια Λειτουργίας του Ν.2518/97 σε ισχύ κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς.
2. Άδεια εγκεκριμένης στολής από το Γ.Ε.Ε.Θ.Α.
3. Άδεια ραδιοδικτύου- Tetra.
4. Πελατολόγιο που να αποδεικνύει ότι ο υποψήφιος ανάδοχος έχει εκτελέσει τουλάχιστον 2 συμβάσεις με χρήση οχημάτων ..... την τελευταία τριετία σε ΟΤΑ.
5. Μέσο όρο Κύκλου εργασιών σε υπηρεσίες φύλαξης, από συμβάσεις με ΟΤΑ ή και Δημόσιους φορείς τουλάχιστον ίση με το 70% του συνολικού προϋπολογισμού της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ για τα τελευταία τρία έτη (2017,2018,2019).
6. 2 βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης υπηρεσιών φύλαξης χώρων και κτιριακών εγκαταστάσεων την τελευταία τριετία, που να αφορά Οργανισμούς Τοπικής Αυτοδιοίκησης.
7. 5 οχήματα τεχνολογίας EURO 6 (να κατατεθούν οι άδειες στο φάκελο της προσφοράς)
8. Σύστημα ελέγχου περιπολιών το οποίο χρησιμοποιεί το προσωπικό του με προσκόμιση πρόσφατων εκτυπώσεων (τελευταίου μήνα).

9. *Mobile DVR στα οχήματα που χρησιμοποιεί με πρόσφατες εκτυπώσεις (τελευταίου μήνα) και δυνατότητα live streaming.*

10. *Στίγμα GPS για τα οχήματα που χρησιμοποιεί με πρόσφατες εκτυπώσεις (τελευταίου μήνα)*

11. *Το προσωπικό φύλαξης, θα πρέπει να είναι ηλικίας άνω των 21 ετών, να έχει σε ισχύ άδεια εργασίας και να διαθέτει βεβαιώσεις εκπαίδευσης σε θέματα πρώτων βοηθειών από επίσημους φορείς πιστοποίησης ( ΕΚΑΒ, Ερυθρό Σταυρό ) και πυρασφάλειας (πυροσβεστική κτλ.)*

12. *Κυρωμένο κανονισμό εργασίας από το Υπουργείο Εργασίας», ενώ στο άρθρο 2.4 με τίτλο «Κατάρτιση-Περιεχόμενο Προσφορών», παρ. 2.4.3 με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά».», υποπαρ. 2.4.3.2 με τίτλο «Τεχνική Προσφορά» (σελ. 25), ορίζεται ότι: «Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή στα παραρτήματα της παρούσης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα.*

*Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν.*

**Οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς επί ποινή αποκλεισμού θα πρέπει να προσκομίσουν κατά το στάδιο υποβολής του φακέλου δικαιολογητικά συμμετοχής –τεχνική προσφορά τα εξής:**

1. *βεβαίωση δανειοληπτικής ικανότητας ικανότητας από αναγνωρισμένη τράπεζα του εσωτερικού ίση ή μεγαλύτερη με το 100% της προϋπολογισθείσας δαπάνης της παρούσας, στην οποία θα αναφέρεται ρητά η δυνατότητα χρηματοδότησης του συμμετέχοντα οικονομικού φορέα, για την εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης.*

## Αριθμός Απόφασης: 1284/2020

2. δημοσιευμένους ισολογισμούς των τριών (3) προηγούμενων διαχειριστικών χρήσεων, σε περίπτωση που υποχρεούνται στην έκδοση ισολογισμών. Σε περίπτωση που δεν υποχρεούνται στην έκδοση ισολογισμών ή δεν υποχρεούνται στην δημοσίευση ισολογισμών ή αυτή δεν έχει εκ της νομοθεσίας ολοκληρωθεί, προσκομίζουν κάθε πρόσφορο δημόσιο έγγραφο ή και υπεύθυνη δήλωση από το οποίο προκύπτει ο κύκλος εργασιών τους για τα προηγούμενα τρία έτη.
3. Αντίγραφο της Άδειας Λειτουργίας του Ν.2518/97 σε ισχύ κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς.
4. Αντίγραφο της Άδειας εγκεκριμένης στολής από το Γ.Ε.Ε.Θ.Α.
5. Αντίγραφο της Άδειας ραδιοδικτύου- Tetra.
6. Πελατολόγιο που να αποδεικνύει ότι ο υποψήφιος ανάδοχος έχει εκτελέσει τουλάχιστον 2 συμβάσεις με χρήση οχημάτων ..... την τελευταία τριετία σε ΟΤΑ. Προσκομίζονται αντίγραφα των αντίστοιχων υπογεγραμμένων συμβάσεων με τους ΟΤΑ.
7. Αντίγραφα συμβάσεων με ΟΤΑ που να αποδεικνύουν ότι ο μέσος όρος Κύκλου εργασιών σε υπηρεσίες φύλαξης, από συμβάσεις με ΟΤΑ ή και Δημόσιους φορείς είναι τουλάχιστον ίση με το 70% του συνολικού προϋπολογισμού της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ για τα τελευταία τρία έτη (2017,2018,2019).
8. 2 βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης υπηρεσιών φύλαξης χώρων και κτιριακών εγκαταστάσεων την τελευταία τριετία, που να αφορά Οργανισμούς Τοπικής Αυτοδιοίκησης.
9. Αντίγραφα Αδειών Κυκλοφορίας για 5 οχήματα τεχνολογίας EURO 6 (να κατατεθούν οι άδειες στο φάκελο της προσφοράς)
10. Πρόσφατες εκτυπώσεις (τελευταίου μήνα) για το Σύστημα ελέγχου περιπολιών το οποίο χρησιμοποιεί το προσωπικό του οικονομικού φορέα
11. Πρόσφατες εκτυπώσεις (τελευταίου μήνα) για το Mobile DVR στα οχήματα που χρησιμοποιεί
12. Πρόσφατες Εκτυπώσεις (τελευταίου μήνα) για το Στίγμα GPS για τα οχήματα που χρησιμοποιεί



14. Υπεύθυνη Δήλωση ότι το προσωπικό φύλαξης, θα είναι ηλικίας άνω των 21 ετών, θα έχει σε ισχύ άδεια εργασίας και θα διαθέτει βεβαιώσεις εκπαίδευσης σε θέματα πρώτων βοηθειών από επίσημους φορείς πιστοποίησης ( ΕΚΑΒ, Ερυθρό Σταυρό ) και πυρασφάλειας (πυροσβεστική κτλ.)

16. Αντίγραφο Κυρωμένου κανονισμού εργασίας από το Υπουργείο Εργασίας».

17. Επειδή, παγίως έχει κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας, ως προς τα προς προμήθεια προϊόντα, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σε αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων τα αγαθά 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 τής 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).

18. Επειδή, ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, το οποίο ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/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, 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). 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 (πρβλ. σημ. 46 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, βλ. και ΔΕΕ, απόφαση της 17ης 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 12ης 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 6ης 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).

19. 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).

20. Επειδή, επιπλέον, όπως συνάγεται από τη ρητή διατύπωση των άρθρων 18, 24, 42 και 56 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, (ενδεικτικά) τις σκέψεις 37, 45 και 90 της ίδιας Οδηγίας, αλλά και τα αντίστοιχα άρθρα 18, 24, 54 και 71 του Ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές κατά τη διεξαγωγή των διαγωνιστικών διαδικασιών ενώπιόν τους, οφείλουν να αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα, χωρίς αδικαιολόγητες διακρίσεις και να ενεργούν κατά την άσκηση των καθηκόντων τους με τρόπο διαφανή και αναλογικό.

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

22. Επειδή, σχετικά με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται στις σελ. 7-19 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «III. Λόγοι Προδικαστικής Προσφυγής», «III. Α' Λόγος Προδικαστικής Προσφυγής – Μη νόμιμοι, δυσανάλογοι, υπέρμετρα περιοριστικοί και ασαφείς όροι στα κριτήρια τεχνικής καταλληλότητας», η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως αυτή προκηρύχθηκε, δυνάμει της προσβαλλόμενης διακήρυξης, καθώς, όπως ισχυρίζεται, οι επίμαχοι όροι αυτής, όπως αναφέρονται υπό 1-4, καθιστούν παράνομο τον εν λόγω διαγωνισμό, δεδομένου ότι είναι περιοριστικοί του ανταγωνισμού, δυσανάλογοι ως προς το αντικείμενο αυτής, παραβιάζουν την αρχή της ίσης μεταχείρισης και οδηγούν σε *a priori* αποκλεισμό της προσφοράς της προσφεύγουσας ή/και καθιστούν αδύνατη την υποβολή προσφοράς εκ μέρους της. Επί του ανωτέρω πρώτου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει των με αριθμό πρωτοκόλλου ..... Απόψεων της, οι οποίες κοινοποιήθηκαν μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 27.08.2020, υποστηρίζει τα εξής: «[...]. **Α. Συνοπτική Αναφορά στον Α' Λόγο της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής, συνιστάμενο (κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας) σε υποτιθέμενα: «Μη νόμιμους, δυσανάλογους, υπέρμετρα περιοριστικούς και ασαφείς όρους στα κριτήρια τεχνικής καταλληλότητας».**

1. Η διάταξη του αρ. 58 παρ. 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η οποία έχει μεταφερθεί στην ελληνική νομοθεσία με τη ρύθμιση των αρ. 75 επ. του ν. 4412/2016, και ειδικότερα σε ότι αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων, προβλέπει την δυνατότητα των αναθετουσών αρχών να επιβάλλουν υποχρεώσεις που εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την πείρα για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης, και μάλιστα στο κατάλληλο επίπεδο ποιότητας.

Περαιτέρω, οι τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των οικονομικών φορέων αξιολογούνται και ελέγχονται σύμφωνα με τη διάταξη του αρ. 80 παρ. 5 του ν. 4412/2016, οι ρυθμίσεις του οποίου περιλαμβάνουν περιοριστική απαρίθμηση των μέσων για την απόδειξη της τεχνικής επάρκειας των προσφορών των οικονομικών φορέων. Η αξιολόγηση της αναθέτουσας αρχής πραγματοποιείται βάσει των κριτηρίων που εισάγονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016.

Από το σύνολο των ανωτέρω διατάξεων συνάγεται ότι καθιερώνεται ένα κλειστό σύστημα, με το οποίο περιορίζεται η ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής κατά την θέσπιση των κριτηρίων επιλογής. Οι απαιτήσεις που διαλαμβάνονται στο περιεχόμενο της διακήρυξης θα πρέπει να είναι σύμφωνες με τους τρόπους αξιολόγησης και ελέγχου των δικαιολογητικών που διαθέτουν οι ως άνω αρχές και τα οποία απαριθμούνται περιοριστικά στον νόμο. Ο καθορισμός των όρων για την τεχνική επάρκεια των οικονομικών φορέων επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, υπό τον ως άνω νομοθετικό περιορισμό που εισάγεται εμμέσως από το Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, ενώ δικαστικά ο έλεγχος της διακριτικής ευχέρειας πραγματοποιείται υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας. Εξάλλου, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, έχει κριθεί (πρβλ. ΑΕΠΠ 470/2018 κ.α.) ότι απόκειται στην **ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής** να θεσπίζει τους όρους της διακήρυξης και τις προδιαγραφές και απαιτήσεις του τρόπου παροχής των υπό ανάθεση υπηρεσιών με τέτοιο τρόπο, που **κατά την κρίση της** εξυπηρετεί το συμφέρον της, ενώ επιβάλλεται η αποφυγή κάθε ανοικτής ή και συγκεκριμένης

διάκρισης και περιορισμού της ελευθερίας και της ισότιμης συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εις βάρος ομάδας προμηθευτών ή έστω και μεμονωμένου προμηθευτή (πρβλ. ενδεικτικά ΔΕΕ, Απόφαση της 5<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 1989, C- 3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1989, σ. 4035, σκ. 8 και Απόφαση της 3ης Ιουνίου 1992, C-360/89 Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή I-1992, σ. 3401, σκ. 11). Ως εκ τούτου, το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής επάρκειας κατά την παροχή των προκηρυσσόμενων υπηρεσιών, όπως αυτή επιτυγχάνεται και προσδιορίζεται δια των προδιαγραφών και απαιτήσεων που απαιτούνται για μια δεδομένη σύμβαση πρέπει να είναι συνδεδεμένο και ανάλογο προς το αντικείμενο της σύμβασης. Τούτο σημαίνει πως θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι απαιτήσεις να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να συνίστανται στα αναγκαία και κατάλληλα εκείνα χαρακτηριστικά, για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βγαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό (Βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ, Κατευθυντήρια Οδηγία 13).

Εν προκειμένω, από το περιεχόμενο της ένδικης προδικαστικής προσφυγής εισάγεται η αιτίαση ότι ... «Όπως προκύπτει από την ως άνω διατύπωση ο κοινοτικός νομοθέτης δεν κάνει διάκριση ανάμεσα σε εμπειρία αποκτηθείσα από συνεργασία με το δημόσιο ή τον ιδιωτικό τομέα αλλά ζητεί διαζευκτικά κατάλογο υπηρεσιών από τον δημόσιο ή τον ιδιωτικό παραλήπτη. Συνεπώς είναι πρόδηλο ότι η απαίτηση της διακήρυξης παραβιάζει τις βασικές αρχές του ενωσιακού δικαίου. Ωστόσο η διακήρυξη δεν κάνει διάκριση μόνο ανάμεσα στον δημόσιο και στον ιδιωτικό τομέα, αλλά προχωρά σε ακόμη μεγαλύτερο περιορισμό, ζητώντας οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να έχουν εμπειρία από παρόμοιες συμβάσεις παρασχεθείσες κατά τους όρους 4 και 6 αποκλειστικά σε Οργανισμούς Τοπικής Αυτοδιοίκησης». Συνεπώς, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας καθίσταται μη νόμιμη η απαιτούμενη από τη διακήρυξη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, κατά το τμήμα με το οποίο ορίζεται η απαιτούμενη προηγούμενη εμπειρία των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν σε εκτέλεση υπηρεσιών για λογαριασμό Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης. Έτσι, η ως

άνω απαίτηση της διακήρυξης χαρακτηρίζεται από την προσφεύγουσα ως εσφαλμένη.

Πλην όμως, η εν λόγω απαίτηση της διακήρυξης σχετίζεται αιτιωδώς, είναι ανάλογη και συνδεδεμένη με το αντικείμενο των προκηρυσσόμενων υπηρεσιών, που αφορούν στη φύλαξη των εγκαταστάσεων του Δήμου, στις οποίες περιλαμβάνονται μεταξύ άλλων σχολικές μονάδες, και λοιπές εγκαταστάσεις, όπου, προδήλως, παρέχονται δημοτικές υπηρεσίες προς τους πολίτες, ή ακόμη και εκπληρώνονται δημοτικοί σκοποί, ώστε να παρίσταται αναγκαία η προηγούμενη εμπειρία των οικονομικών φορέων σε αντίστοιχες υπηρεσίες. Ενδεικτικά, και σε επίρρωση των ανωτέρω, αναφέρεται ότι στους φυλασσόμενους χώρους του Δήμου, περιλαμβάνονται κατά σειρά, μεταξύ άλλων και:

(α) Κοιμητήρια, τα οποία σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία είναι σε κάθε περίπτωση Δημοτικά, δηλαδή ανήκουν κατά κυριότητα στον εκάστοτε Δήμο (βλ. α.ν. 582/1968 «Περί δημοτικών και κοινοτικών κοιμητηρίων», όπου ορίζεται ότι: «1. Η ίδρυσις και συντήρησις κοιμητηρίων (νεκροταφείων) ανήκει εις την αποκλειστικήν αρμοδιότητα των δήμων και κοινοτήτων»). Συνεπώς, η φύλαξη των Κοιμητηρίων συνδέεται με την διευκόλυνση της θρησκευτικής λατρείας, καθώς και την αποτροπή τέλεσης ποινικών αδικημάτων (λχ αποτροπή σύλησης τάφων κοκ), ώστε να καθίσταται επιβεβλημένη η προηγούμενη εμπειρία των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, στην παροχή παρόμοιων υπηρεσιών σε Δήμους και ΟΤΑ.

(β) Δημοτικοί χώροι αναψυχής, όπως πλατείες και πάρκα, όπου η κυκλοφορία του κοινού είναι ελεύθερη, και συνεπώς ο οικονομικός φορέας πρέπει να είναι σε θέση να εξασφαλίζει όχι μόνον την προστασία των εγκαταστάσεων, αλλά και συγχρόνως, να μην παρεμποδίζει, ως και να διευκολύνει την ελεύθερη πρόσβαση του κοινού σε αυτούς τους χώρους.

(γ) Δημοτικές παιδικές χαρές, η προστασία των οποίων δεν καταλαμβάνει μόνον την αποτροπή φθορών, αλλά, έτι περαιτέρω

περιλαμβάνει και το κλείδωμα των χώρων και την αποτροπή πρόσβασης του κοινού σε χρονικά διαστήματα εκτός του ωραρίου λειτουργίας του, αλλά και την απομάκρυνση τρίτων προσώπων που δεν αποτελούν συνοδούς παιδιών κοκ. Από τις ανωτέρω ενδεικτικά αναφερόμενες περιπτώσεις, προκύπτει ότι η φύλαξη των εγκαταστάσεων του Δήμου, παρουσιάζει ιδιάζοντα χαρακτηριστικά, σχετιζόμενα τόσο με τη φύση των εγκαταστάσεων αλλά και με τις παρεχόμενες προς τους πολίτες δημοτικές υπηρεσίες, ώστε ευλόγως να απαιτείται από τη Διακήρυξη, η προηγούμενη εμπειρία σε παροχή υπηρεσιών προς Ο.Τ.Α. Εξάλλου κατά την κρίση και ευχέρεια του Δήμου ....., η εν λόγω απαίτηση εξυπηρετεί επαρκώς τα συμφέροντά του, χωρίς επουδενί να περιορίζει τον ανταγωνισμό. Επαναλαμβάνεται δε, ότι 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 και ασφάλειας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, προσωπικό, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. 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.

2. Περαιτέρω, και ενόψει των ανωτέρω, ομοίως απορριπτέος τυγχάνει ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι τάχα: «Μολονότι ωστόσο το αντικείμενο της σύμβασης περιορίζεται αυστηρά στη φύλαξη της δημοτικής περιουσίας, με τον ως άνω μη νομίμως θεσπισθέντα όρο ζητείται από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς να διαθέτουν προσωπικό που να έχει βεβαιώσεις εκπαίδευσης σε θέματα πυρασφάλειας, αντικείμενο παντελώς διάφορο με τις



ανάγκες του προκείμενου διαγωνισμού». Και αυτό διότι ο εν λόγω όρος, συνιστάμενος στην εκπαίδευση του απασχολούμενου προσωπικού, είτε απασχολείται απευθείας από το Δήμο, είτε κατόπιν ανάθεσης, όπως εν προκειμένω, σε όλως βασικές γνώσεις πυρασφάλειας, είναι κατά την κρίση του Δήμου, απολύτως αναγκαίος για τη διασφάλιση της δημοτικής περιουσίας και της προστασίας της ανθρώπινης ζωής.

3. Τέλος, ως προς την αιτίαση της προσφεύγουσας ότι η τιθέμενη στην παρ. 2.4.3.2 απαίτηση της διακήρυξης «με χρήση μελλοντικού χρόνου «θα είναι ηλικίας», «θα έχει σε ισχύ», «θα διαθέτει βεβαιώσεις» συνδέει παρανόμως το υφιστάμενο προσωπικό με εκείνο που θα χρησιμοποιηθεί για την εκτέλεση της μέλλουσας να συναφθεί σύμβασης», αναφέρονται τα εξής: Και η συγκεκριμένη αιτίαση της προσφεύγουσας τυγχάνει απορριπτέα, αφού, όπως ήδη ελέχθη, εναπόκειται στην ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να θεσπίζει τους όρους της διακήρυξης και τις προδιαγραφές και απαιτήσεις του τρόπου παροχής των υπό ανάθεση υπηρεσιών με τέτοιο τρόπο, που κατά την κρίση της εξυπηρετεί το συμφέρον της. Εξάλλου, όπως γίνεται παγίως δεκτό, οι προϋποθέσεις συμμετοχής των οικονομικών φορέων, θα πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά, τόσο κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς τους, όσο και κατά τον χρόνο ανάθεσης της σύμβασης.

Έτσι, οι ανωτέρω απαιτήσεις της παρούσας διακήρυξης, για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, επιβάλλονται κατά την κρίση του Δήμου ....., προκειμένου να διασφαλιστεί ότι αυτοί διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, καθώς και την αναγκαία τεχνική και επαγγελματική ικανότητα και προσωπικό για την εκτέλεση της υπηρεσίας σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας & ασφάλειας, χωρίς, εν τω μεταξύ, επουδενί να παραβιάζονται οι αρχές της ελεύθερης συμμετοχής και του ανταγωνισμού. Σημειώνεται, ότι τα ανωτέρω ουδόλως παραλλάσσουν, από μόνο το γεγονός ότι η προσφεύγουσα δύναται να συμμετάσχει επιτυχώς στη διαγωνιστική διαδικασία ή όχι.».

23. Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών, λεκτέα τυγχάνουν τα ακόλουθα. Η προσφεύγουσα με τον πρώτο ισχυρισμό της, όπως περιλαμβάνεται στον εξεταζόμενο πρώτο λόγο της κρινόμενης προσφυγής, επικαλείται ότι ο όρος .....της διακήρυξης (βλ. ανωτέρω σκέψη 16 της παρούσας) που απαιτεί πελατολόγιο από το οποίο να αποδεικνύεται ότι έχει εκτελέσει τουλάχιστον δύο (2) συμβάσεις με χρήση οχημάτων ..... την τελευταία τριετία σε Ο.Τ.Α., καθώς και να διαθέτει μέσο όρο κύκλου εργασιών σε υπηρεσίες φύλαξης, από συμβάσει με Ο.Τ.Α. ή και Δημόσιους φορείς, τουλάχιστον ίση με το 70% του συνολικού προϋπολογισμού της σύμβασης προ Φ.Π.Α. για τα τελευταία τρία έτη (2017, 2018 και 2019), αλλά και να διαθέτει βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης υπηρεσιών φύλαξης χώρων και κτιριακών εγκαταστάσεων την τελευταία τριετία που να αφορά Οργανισμούς Τοπικής Αυτοδιοίκησης, είναι παράνομος, υπό την έννοια ότι παραβιάζονται ευθέως τα αναφερόμενα στο Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α΄ κατά παραπομπή από την παρ. 5 του άρθρου 80 του Ν. 4412/2016. Συγκεκριμένα, επικαλείται η προσφεύγουσα ότι ο επίμαχος όρος της διακήρυξης, όχι μόνο κάνει αθέμιτη διάκριση ανάμεσα στην εμπειρία που έχει αποκτηθεί στον δημόσιο ή στον ιδιωτικό τομέα, κατά παράβαση των αρχών του ενωσιακού δικαίου, αλλά περιορίζει έτι περισσότερο τον ανταγωνισμό, απαιτώντας οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν εμπειρία σε παρόμοιες συμβάσεις, παρασχεθείσες αποκλειστικά σε Ο.Τ.Α. Συναφώς, προβάλλει η προσφεύγουσα ότι με τον τρόπο αυτό η προσβαλλόμενη διάταξη παραβιάζει τον πυρήνα του ενωσιακού δικαίου στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων (παραβίαση των αρχών του ελεύθερου ανταγωνισμού) αφού περιορίζεται άνευ προφανούς ερείσματος και χωρίς καμία ειδική αιτιολογία το αντικείμενο της τεχνικής καταλληλότητας σε εμπειρία αποκτηθείσα αποκλειστικά σε συνεργασία με το δημόσιο και έτι περιοριστικά σε Ο.Τ.Α., περιορίζοντας τον κύκλο των δυνητικά δυναμένων να συμμετάσχουν εταιρειών. Μάλιστα, εκ του αντικειμένου της σύμβασης δεν δικαιολογείται ο περιορισμός της εμπειρίας σε συμβάσεις που προέρχονται μόνο από Ο.Τ.Α., αφού σχετικές συμβάσεις συνάπτονται και με άλλους φορείς του Δημοσίου ή και ιδιωτικούς φορείς (λχ τράπεζες ή μεγάλες

εταιρείες). Όπως άλλωστε 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 η αναθέτουσα αρχή, 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»). Συγκεκριμένα, προκύπτει και από την ίδια ως άνω Κατευθυντήρια Οδηγία, όπου υπό «IV. Τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες» (σελ. 13 επ.) αναφέρεται χαρακτηριστικά ότι: *«Και στην περίπτωση των τεχνικών και*

επαγγελματικών ικανοτήτων, οι πληροφορίες που ζητούνται με το άρθρο 48 και το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που απαιτείται για μια δεδομένη σύμβαση πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης. 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.

Πρώτον, από το στοιχείο ή από τα στοιχεία που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή για να αποδειχθεί το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής 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 τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό (Δημήτριος Γ. Ράικος, «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», σελ. 409). Έτσι, δεν επιτρέπεται στην αναθέτουσα αρχή να ελέγξει λ.χ. την τεχνική ικανότητα του οικονομικού φορέα εν γένει, ή να τον αποκλείσει για το λόγο ότι δεν ακολουθεί ορθές περιβαλλοντικές πολιτικές κατά την εκτέλεση των συμβατικών του υποχρεώσεων, που δεν έχουν σχέση με την κατασκευή του έργου ή την προμήθεια αγαθών ή την παροχή υπηρεσιών της συγκεκριμένης υπό ανάθεση σύμβασης (ΔΕΕ απόφαση της 10-5-2012, υπόθεση C-368/10, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, σκ. 107-108).

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

Η δε έλλειψη τεχνικής ή επαγγελματικής ικανότητας του συμμετέχοντος προς εκτέλεση της σύμβασης πρέπει να κρίνεται (κατά την εξέταση του φακέλου) με

*βάση τη συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση και όχι αφηρημένα.*». 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 τεχνικές και επαγγελματικές απαιτήσεις των αναθετουσών αρχών αποτελούν εμπόδιο στη συμμετοχή των Μ.Μ.Ε. σε δημόσιες συμβάσεις. Το Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α΄ του Ν. 4412/2016 απαριθμεί εξαντλητικά τα στοιχεία βάσει των οποίων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αξιολογεί και να ελέγχει 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<sup>ης</sup> 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 τεχνικής και επαγγελματικής 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 τεχνικής και επαγγελματικής 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).

24. Επειδή, σε πλήρη αντίθεση με τα ως άνω γενόμενα δεκτά, η αναθέτουσα αρχή, υποστηρίζει ότι ο επίμαχος όρος είναι απολύτως ανάλογος και συνδεδεμένος με το αντικείμενο των προκηρυσσόμενων υπηρεσιών, λόγω του συνόλου των δημοτικών εγκαταστάσεων που περιλαμβάνονται στο αντικείμενο της φύλαξης της προς ανάθεση σύμβασης, κάνοντας ειδική αναφορά στην ανάγκη φύλαξης κοιμητηρίων, δημοτικών χώρων αναψυχής και δημοτικών παιδικών χαρών. Ωστόσο, η βασιμότητα των ως άνω ισχυρισμών της αναθέτουσα αρχής, δεν τεκμηριώθηκαν επαρκώς, καθώς, όσα αναφέρονται στις απόψεις της, δεν καταρρίπτουν άνευ άλλου τινός τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας. Ειδικότερα, παρά το γεγονός ότι γίνεται αντιληπτή η αναγκαία απόδειξη προηγούμενης εμπειρίας σε παροχή υπηρεσιών φύλαξης σε δημοτικές εγκαταστάσεις και δη σε Ο.Τ.Α., δεν απεδείχθη πέραν πάσης

αμφιβολίας και εντός των πλαισίων της αναλογικότητας, όπως αναπτύχθηκε στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, ποιες είναι οι ιδιαιτερότητες εκείνες στη φύλαξη δημοτικών εγκαταστάσεων (ειδικότερα δημοτικών κοιμητηρίων, δημοτικών χώρων αναψυχής και δημοτικών παιδικών χαρών), που καθιστά αναγκαία η εμπειρία του υποψήφιου οικονομικού φορέα, να σχετίζεται αποκλειστικά και μόνο με αντίστοιχες προηγούμενες συμβάσεις. Ομοίως, είναι βάσιμος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η απαίτηση για μέσο όρο κύκλου εργασιών τουλάχιστον ίσο με το 70% του συνολικού προϋπολογισμού της σύμβασης χωρίς Φ.Π.Α. για την τελευταία τριετία, όπως αναγράφεται υπό 5 στην παρ. ....της διακήρυξης, προφανώς έχει τεθεί εσφαλμένα στην οικεία διάταξη, καθώς πρόκειται για κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας και όχι τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, σύμφωνα και με τα οριζόμενα στο Παράστη XII του Προσαρτήματος Α΄ του Ν. 4412/2016. Σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή δεν απέδειξε άνευ άλλου τινός την αναγκαιότητα θέσπισης ενός τόσο περιοριστικού του ανταγωνισμού όρου ούτε δικαιολόγησε την αναγκαιότητα θέσπισής του από επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος και υπό την έννοια αυτή, ο πρώτος προβαλλόμενος ισχυρισμός, όπως αναλύεται στον πρώτο λόγο προσφυγής, πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος, ενώ κρίνονται απορριπτέοι οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

25. Επειδή, περαιτέρω, με τον δεύτερο προβαλλόμενο ισχυρισμό της, όπως περιλαμβάνεται στον εξεταζόμενο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι είναι δυσανάλογος και δεν συνδέεται με το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης, ο όρος της διακήρυξης που αφορά την απαίτηση για βεβαιώσεις εκπαίδευσης σε θέματα πυρασφάλειας (παρ. ....υπό 11, βλ. ανωτέρω και σκέψη 16 της παρούσας). Εντούτοις, όπως βάσιμα διατείνεται η αναθέτουσα αρχή με τις υποβληθείσες απόψεις της, αλλά και προκύπτει από το περιεχόμενο του Τεύχους της Τεχνικής Έκθεσης, όπως αυτό περιλαμβάνεται στη «Μελέτη Παροχής Υπηρεσίας» που επισυνάπτεται και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης, το προσωπικό που θα διαθέσει ο

ανάδοχος απαιτείται να έχει βασικές γνώσεις που σχετίζονται με την πυρασφάλεια, την πυρόσβεση, την αντιμετώπιση κινδύνων από ηλεκτρικό ρεύμα ή διαρροή νερού, την παροχή πρώτων βοηθειών κλπ. (βλ. παρ. 2.6 «Υποχρεώσεις Προσωπικού-Φυλάκων», 2.6.1. «Γενικές Οδηγίες Φυλάκων», όπως ταυτόσημη διατύπωση υπάρχει και στις Τεχνικές Προδιαγραφές της διακήρυξης, σελ. 49), ενώ στην παρ. 5.2 της Τεχνικής Έκθεσης «Υποχρεώσεις υποψηφίου αναδόχου» (η ίδια ακριβώς διατύπωση ανευρίσκεται και στο Παράρτημα II «Συγγραφή Υποχρεώσεων» της διακήρυξης, σελ. 64), επαναλαμβάνεται η διατύπωση της υποπαρ. ....περίπτωση 11 της διακήρυξης. Σε κάθε περίπτωση και ενόψει των όσων έγιναν δεκτά ανωτέρω στις σκέψεις 23-24 της παρούσας, είναι προφανές ότι είναι θεμιτή, ανάλογη προς το αντικείμενο της σύμβασης και δεν περιορίζει αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό, ως αβάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, η απαίτηση να διαθέτει το προσωπικό που θα απασχολήσει ο ανάδοχος στην παροχή των υπηρεσιών φύλαξης του Δήμου, βασικές γνώσεις πυρασφάλειας, πυρόσβεσης, όπως άλλωστε και παροχής πρώτων βοηθειών ή αντιμετώπισης κινδύνων από ηλεκτρικό ρεύμα ή διαρροή νερού, δεδομένου ότι στα πλαίσια φύλαξης των εγκαταστάσεων της αναθέτουσας αρχής, είναι πιθανό να κληθεί το προσωπικό του αναδόχου να αντιμετωπίσει αντίστοιχες περιπτώσεις, με τις οποίες θα πρέπει να είναι εξοικειωμένο. Ως εκ τούτου, ο δεύτερος προβαλλόμενος ισχυρισμός, όπως αναλύεται στον πρώτο λόγο προσφυγής, κρίνεται απορριπτός ως νόμω και ουσία αβάσιμος, ενώ πρέπει να γίνουν δεκτοί οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

26. Επειδή, προσέτι, με τον τρίτο ισχυρισμό της, όπως εκτίθεται στον πρώτο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η επανάληψη του όρου: *«Το προσωπικό φύλαξης, θα πρέπει να είναι ηλικίας άνω των 21 ετών, να έχει σε ισχύ άδεια εργασίας και να διαθέτει βεβαιώσεις εκπαίδευσης σε θέματα πρώτων βοηθειών από επίσημους φορείς πιστοποίησης (ΕΚΑΒ, Ερυθρό Σταυρό) και πυρασφάλειας (πυροσβεστική κτλ.)»* τόσο στην παρ. ....(περίπτωση 11) που αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του υποψηφίου αναδόχου και



άρα σχετίζεται με τα κριτήρια επιλογής του, όσο και στην υποπαρ. 2.4.3.2 (περίπτωση 14), η οποία είναι μέρος της Τεχνικής προσφοράς του οικονομικού φορέα και επομένως, σχετίζεται με το κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης, δημιουργεί σύγχυση ως προς το εάν αποτελεί εν τέλει στοιχείο τεχνικής καταλληλότητας ή της τεχνικής προσφοράς και συνεπώς, αποτρέπει τους οικονομικούς φορείς και δη την ίδια την προσφεύγουσα, να υποβάλλει παραδεκτή προσφορά στον διαγωνισμό. Όπως ορθά επισημαίνει η προσφεύγουσα και όπως παγίως έχει κριθεί από την Α.Ε.Π.Π. (βλ. ΑΕΠΠ 1218/2019), αλλά και 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<sup>ης</sup> 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<sup>ης</sup> 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<sup>ης</sup> Ιανουαρίου 2008, Υπόθεση C-532/06, Λιανάκης κ.λπ., Συλλογή της Νομολογίας 2008, σελ. I-251, σκ. 26-32, Γενικό Δικαστήριο, Απόφαση της 6<sup>ης</sup> 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<sup>ης</sup> 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 συνδεδόμενα 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.».*

27. 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<sup>ης</sup> Ιανουαρίου 2008, Εμμ. Λιανάκης κλπ. κατά Δήμου Αλεξανδρούπολης κλπ., ECLI:EU:C:2008:40, ΔΕΚ C-513/99, απόφαση της 17<sup>ης</sup> Σεπτεμβρίου 2002, Concordia Bus Finland Oy Ab κατά Helsingin kaupunki κλπ., ECLI:EU:C:2002:495, ΔΕΚ C-31/87, απόφαση της 20<sup>ης</sup> 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<sup>ης</sup> Ιανουαρίου 2008, Εμμ. Λιανάκης κλπ. κατά Δήμου Αλεξανδρούπολης κλπ., ECLI:EU:C:2008:40, σκέψη 26, ΔΕΚ C-31/87, απόφαση της 20<sup>ης</sup> 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).

28. 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.

## Αριθμός Απόφασης: 1284/2020

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, όπως στην προκειμένη περίπτωση, 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 δύνανται 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., 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).

29. 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 86 του Ν. 4412/2016, 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 της αναθέτουσας αρχής και σύμφωνα με όσα βάσιμα επικαλείται η προσφεύγουσα με τον τρίτο εξεταζόμενο ισχυρισμό της, όπως αναφέρεται στον πρώτο λόγο της κρινόμενης προσφυγής της, εσφαλμένα έχουν τεθεί σαν κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης με τον προσβαλλόμενο υπό 2.4.3.2 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 είναι πανομοιότυπη η διατύπωση του ανωτέρω όρου και στην παρ. 2.2.6, 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 αποκλειστικά της τιμής. Ειδικότερα, στην προκειμένη περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή, με τις υποβληθείσες απόψεις της, δεν υποστήριξε βάσιμα ότι διέκρινε σαφώς μεταξύ της αξιολόγησης της απαιτούμενης εμπειρίας του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, ως κριτηρίου καταλληλότητας αυτού, κατά την παρ. ....της διακήρυξης, σε αντιδιαστολή με τα απαιτούμενα στοιχεία της τεχνικής του προσφοράς του υποψηφίου, όπως απαιτούνται στην υποπαρ. 2.4.3.2 για το προσωπικό που θα απασχοληθεί στην προκειμένη σύμβαση και άρα απαιτείται να αποδινύεται ως ποιοτικό στοιχείο, αξιολογήσιμο και με οικονομική επίδραση στην προσφορά του υποψηφίου, για τη διαπίστωση της πλήρωσης του κριτηρίου ανάθεσης. Η αναθέτουσα αρχή όμως, με βάση τα ως άνω προαναφερθέντα, δεν τεκμηρίωσε την ορθότητα του κριτηρίου ανάθεσης, σύμφωνα με τον προσβαλλόμενο όρο της διακήρυξης, αναφορικά με τις βεβαιώσεις που καλείται να διαθέτει το προσωπικό του υποψηφίου αναδόχου, καθώς, δεν εξεδίκευσε την απαιτούμενη εμπειρία του συγκεκριμένου προσωπικού, το οποίο και θα εκτελέσει την ανατεθείσα σύμβαση, οπότε και η εμπειρία αυτού, αποσυνδέεται πλέον από το κριτήριο καταλληλότητας του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα και ανάγεται σε αξιολογητέο στοιχείο της τεχνικής προσφοράς του, εντός του πλαισίου αξιολόγησης της τελευταίας βάσει οικονομικών παραμέτρων για τη διαπίστωση της πλήρωσης του κριτηρίου ανάθεσης, βάσει της τιμής. Υπό αυτή την έννοια,

το ποιοτικό στοιχείο του κριτηρίου ανάθεσης, όπως έχει τεθεί στην υποπαρ. 2.3.4.2 της διακήρυξης και σχετίζεται με την επαγγελματική ικανότητα του υποψηφίου, συμπίπτει ανεπίτρεπτα με το ήδη αξιολογηθέν σε προγενέστερο στάδιο, στοιχείο της επαγγελματικής επάρκειας της παρ. 2.2.6, ως κριτήριο καταλληλότητας και έχει τεθεί παράνομα ταυτόχρονα τόσο ως κριτήριο επιλογής του υποψηφίου και ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης, για την ανάδειξη της καλύτερης προσφοράς βάσει τιμής. 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 τρίτος ισχυρισμός, όπως αποτελεί τμήμα του πρώτους λόγου προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός και να απορριφθούν οι αντίθετοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

30. Επειδή, τέλος, με τον τέταρτο ισχυρισμό της, όπως περιλαμβάνεται στον πρώτο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η απαίτηση της παρ. ....για: «1. Άδεια Λειτουργίας του Ν.2518/97 σε ισχύ κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς, 2. Άδεια εγκεκριμένης στολής από το Γ.Ε.Ε.Θ.Α., 3. Άδεια ραδιοδικτύου- Tetra.» έρχεται σε αντίθεση με το καθιερούμενο από το θεσμικό πλαίσιο διεξαγωγής των δημόσιων διαγωνισμών, κλειστό σύστημα αξιολόγησης και ελέγχου που διαθέτουν οι αναθέτουσες αρχές να καθορίζουν τις αντίστοιχες απαιτήσεις για τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των υποψηφίων οικονομικών φορέων, θέτοντας ουσιαστικά περαιτέρω περιορισμούς. Συγκεκριμένα, διατείνεται η προσφεύγουσα ότι οι επίμαχοι όροι, όπως τέθηκαν από την αναθέτουσα αρχή στην παρ. ....και αφορούν την τεχνική ικανότητα του υποψηφίου, ουδόλως σχετίζονται με τα στοιχεία που απαριθμούνται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII, όσον αφορά τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες του. Ωστόσο, ενόψει και των όσων εκτέθηκαν ανωτέρω στη σκέψη 23 της παρούσας, στην οποία παραπέμπουμε προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων, η προσφεύγουσα ορθά μεν υποστηρίζει ότι το Μέρος II 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 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<sup>ης</sup> Μαΐου 2012, Υπόθεση C-368/10, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, EU:C:2012:284, σκέψεις 105-108). Από την άλλη πλευρά όμως, είναι εξίσου σαφές, ότι δεν θεσπίζεται καμία απαγόρευση προς τις αναθέτουσες αρχές, να μην μπορούν να απαιτούν πιο εξειδικευμένα τα αποδεικτικά μέσα που ορίζονται στα άρθρα αυτά, υπό την απαραίτητη προϋπόθεση ότι σε κάθε περίπτωση, οι απαιτήσεις τόσο των κριτηρίων όσο και των αποδεικτικών μέσων αυτών κρίνονται με βάση την αρχή της αναλογικότητας. Υπό την έννοια αυτή, είναι σαφές ότι οι προσβαλλόμενοι όροι αποτελούν κατά την κρίση του Κλιμακίου, θεμιτή εξειδίκευση των αποδεικτικών μέσων που περιλαμβάνονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄ του Ν. 4412/2016, ενώ εξάλλου, η προσφεύγουσα δεν τεκμηριώνει επαρκώς, με ποιον τρόπο οι προσβαλλόμενες από αυτήν διατάξεις περιορίζουν τον ανταγωνισμό ή δυσχεραίνουν την πρόσβαση στον διαγωνισμό για την ίδια και έτσι, ο υπό εξέταση προβαλλόμενος ισχυρισμός, κρίνεται απορριπτέος προεχόντως ως αορίστως προβαλλόμενος. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων στις σκέψεις 22-30, ο πρώτος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος, ενώ απορρίπτονται οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

31. Επειδή, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, όπως αναπτύσσεται λεπτομερώς στις σελ. 19-28 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «III. Β΄ Λόγος Προδικαστικής Προσφυγής – Υποκοστολόγηση της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης – αδυναμία υποβολής βιώσιμης και ρεαλιστικής προσφοράς», η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως αυτή προκηρύχθηκε, δυνάμει της προσβαλλόμενης διακήρυξης, καθώς, όπως ισχυρίζεται, η προ Φ.Π.Α. εκτιμώμενη αξία της διακήρυξης είναι χαμηλότερη του ποσού που συνιστά το

ελάχιστο όριο για κατ' αρχήν εκτίμηση της αληθούς εκτιμώμενης αξίας της προκείμενης σύμβασης, λαμβανομένης υπόψη μιας επιμέρους και ρεαλιστικής εκτίμησης του εργατικού κόστους, του διοικητικού-λειτουργικού κόστους και του τυχόν περιθωρίου εργολαβικού κέρδους, ενώ παραθέτει στις οικείες σελίδες της προσφυγής της και αναλυτικά οικονομικά στοιχεία, τα οποία κατά την κρίση της επιρρωνύουν τους ισχυρισμούς της. Επί του ανωτέρω δεύτερου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, στις Απόψεις της, υποστηρίζει τα εξής: «[...]. **B. Συνοπτική Αναφορά στους Β' και Γ' λόγους της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής, συνιστάμενους (κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας) σε υποτιθέμενη «Υποκοστολόγηση της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης – Αδυναμία υποβολής βιώσιμης και ρεαλιστικής προσφοράς» και «Παράνομο κριτήριο ανάθεσης» αντιστοίχως.**

Αναφορικά με τους Β' και Γ', συναφείς και ομοίως απορριπτέους λόγους της κρινόμενης προσφυγής της προσφεύγουσας, σημειώνουμε τα εξής:

Όπως έχει νομολογηθεί, η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης και μελέτης, καθορίζοντας ειδικότερα οικονομικά στοιχεία σε συνδυασμό με τις ανάγκες της, τούτο **από άποψη ποσοτική, ποιοτική και οικονομική**. Εν προκειμένω, λοιπόν, βασικό μέλημα του Δήμου ..... ως Αναθέτουσας Αρχής, καθώς και των αρμοδίων υπηρεσιών του, είναι η διασφάλιση των αρχών της διαφάνειας, της αμεροληψίας και του υγιούς ανταγωνισμού, δηλαδή η προάσπιση της θεμελιώδους Αρχής της Νομιμότητας προς όφελος του Δημοσίου Συμφέροντος, τούτο δε σε κάθε επί μέρους διαγωνιστική διαδικασία.

Ισχυρίζεται ειδικότερα η προσφεύγουσα ότι «το μισθολογικό κόστος είναι το ελάχιστο που θα μπορούσε να προκύψει, περιλαμβάνει δηλαδή απασχόληση προσωπικού άνευ προ πηρεσίας και τέκνων», καθώς και ότι το γεγονός τούτο, τάχα καθιστά υπο-κοστολογημένο τον προϋπολογισμό των εν θέματι Υπηρεσιών. Πλην όμως, από καμία διάταξη Νόμου, Κανονιστικής ή άλλης πράξης, προκύπτει η οιαδήποτε υποχρέωση της Αναθέτουσας να «μεριμνά» ώστε το προϋπολογιζόμενο εργατικό κόστος να προσαρμόζεται στις ιδιαιτερότητες του προσωπικού του εκάστοτε οικονομικού φορέα. Εξάλλου, κατά

τη συνήθη πρακτική αντίστοιχων διαγωνιστικών διαδικασιών, το προσφερόμενο εργατικό κόστος συνίσταται συνήθως στο ελάχιστο νόμιμο, χωρίς αυτό επουδενί να συνιστά «έκπτωση στην ποιότητα των υπηρεσιών», όπως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, αφού η Δημοτική Αρχή δεν κωλύεται να προσδοκά την παροχή των υπηρεσιών στην πλέον συμφέρουσα για την ίδια τιμή. Ούτε βέβαια έχει το δικαίωμα ο εκάστοτε οικονομικός φορέας, να προσδιορίσει ο ίδιος και σύμφωνα με τις δικές του δυνατότητες, τους όρους παροχής των απαιτούμενων υπηρεσιών. Συνεπώς, εν προκειμένω, ο καθορισμός της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης δεν βλάπτει τον ανταγωνισμό και δεν παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, καθώς παρέχεται η δυνατότητα συμμετοχής ικανού αριθμού εταιρειών σε αυτόν. Τούτο επιρρώνεται και από το γεγονός ότι η προσφεύγουσα εταιρία ΦΑΛΚΟΝ ΕΠΕ ΠΑΡΟΧΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΑΣΦΑΛΕΙΑΣ, δ.τ. .... είναι η μόνη υποψήφια, που προσέφυγε κατά της εν θέματι διακήρυξης. Είναι συνεπώς πρόδηλο, ότι ουδόλως δύναται να γίνει λόγος για την οιαδήποτε «μεροληψία» ή/και περιορισμό της δυνατότητας συμμετοχής των οικονομικών φορέων στον διαγωνισμό.

Ομοίως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι «εάν στο κόστος της μισθοδοσίας προστεθεί το κόστος λειτουργίας και συντήρησης του μηχανοκίνητου εξοπλισμού (537.794 €+ 116.000 €=653.794 €), τότε το άθροισμά τους, το αυτονόητο δηλαδή λειτουργικό κόστος για την υλοποίηση του συμβατικού αντικειμένου, καλύπτει το 98 % της αξίας της σύμβασης, μην καταλείποντας κανένα απολύτως περιθώριο όχι μόνο για εργολαβικό κέρδος, αλλά ούτε καν για τις νόμιμες κρατήσεις υπέρ τρίτων και ελληνικού δημοσίου, συμπεριλαμβανομένου του παρακρατούμενου φόρου 8% που έχει κριθεί νομολογιακά ότι περιλαμβάνεται στην προσφορά, αλλά ακόμη και για την κάλυψη του διοικητικού κόστους».

Ως προς τον εν λόγω ισχυρισμό της προσφεύγουσας εισφέρονται τα εξής: Πρώτον: Σημειώνεται ότι οι υπολογισμοί στους οποίους προβαίνει η προσφεύγουσα, προκειμένου να καταλήξει στο κατά την άποψη της ελάχιστο κόστος των προκηρυσσόμενων υπηρεσιών, είναι παντελώς αόριστοι και αναπόδεικτοι, καθόσον, η προσφεύγουσα ουδόλως εξειδικεύει, αναλύει ή

αποδεικνύει τα επί μέρους κόστη που επικαλείται στην προσφυγή της. Δεύτερον: Ακόμη και αν ήθελε υποτεθή ότι το κόστος συντήρησης του μηχανοκίνητου εξοπλισμού ανέρχεται σε 116.00 €, **[ισχυρισμός ο οποίος, επαναλαμβάνουμε τυγχάνει παντελώς αόριστος και αναπόδεικτος, καθώς η προσφεύγουσα, ούτως ή άλλως, δεν προβαίνει σε καμία απολύτως εξειδίκευση των επί μέρους κοστών, που μνημονεύει στην προσφυγή της]**, ακόμη και στη περίπτωση αυτή δεν δύναται να προκύψει ότι το περιθώριο εναπομείναντος κέρδους εκ ποσοστού 2% [=100%-98%], είναι μη εύλογο, όπως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Εξάλλου, ούτε η προσφεύγουσα επικαλείται συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά, από τα οποία να δύναται να προκύψει ότι το εν λόγω περιθώριο κέρδους, είναι πράγματι μη εύλογο. Τρίτον: **Σημειώνεται περαιτέρω, ότι σύμφωνα με την κείμενη φορολογική νομοθεσία, το ποσοστό της παρακράτησης φόρου 8%, συμπεριλαμβάνεται στην «καθαρή αξία» των προσφερόμενων υπηρεσιών, δηλαδή συνυπολογίζεται σε αυτή. Συνεπώς, τυγχάνει απορριπτέος και ο εν λόγω ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι δήθεν δεν καταλείπεται περιθώριο για την ενσωμάτωση της παρακράτησης φόρου και των εισφορών υπέρ τρίτων. Εξάλλου, όπως και ανωτέρω αναφέρεται, σε κάθε περίπτωση η προσφεύγουσα δεν εξειδικεύει ούτε αποδεικνύει τα επί μέρους κόστη που επικαλείται στην κρινόμενη προσφυγή της, και ωσαύτως παραμένει αβάσιμος ο ισχυρισμός της ότι τάχα δεν καταλείπεται περιθώριο για τον υπολογισμό του 8% και των κρατήσεων υπέρ τρίτων στις οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων.»**

32. Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών λεκτέα τυγχάνουν τα ακόλουθα. Όπως ήδη εκτέθηκε ανωτέρω στη σκέψη 21 της παρούσας, δεν είναι θεμιτή η απόπειρα της προσφεύγουσας, υπό τη μορφή της κατά γενικό τρόπο αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες, τις προς προμήθεια υπηρεσίες και να καθορίσει, με βάση δικές της εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου. Τέτοιοι ισχυρισμοί

απορρίπτονται ως απαράδεκτοι, ενώ ομοίως ως απαράδεκτοι απορρίπτονται ισχυρισμοί που αφορούν αποκλειστικά και μόνο τη σκοπιμότητα υπολογισμού του προϋπολογισμού της σύμβασης, όπως εν προκειμένω. Η προσφεύγουσα, αποτυγχάνει να τεκμηριώσει επαρκώς βάσει αντικειμενικών και αμερόληπτων κριτηρίων, την αδυναμία υλοποίησης της επίμαχης σύμβασης, με βάση τον προϋπολογισμό στον οποίο έχει προβεί η αναθέτουσα αρχή και έτσι, υπό αυτήν την έννοια, ο συγκεκριμένος λόγος προσφυγής πάσχει και αοριστίας, όπως άλλωστε υποστηρίζει ορθά και η αναθέτουσα αρχή. Ως εκ περισσού δε αναφέρεται ότι βάσει του άρθρου 64 «Συντελεστές παρακράτησης φόρου» παρ. 2 του Ν. 4172/2013, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος ύψους 8% για την παροχή υπηρεσιών, υπολογίζεται επί του καθαρού ποσού της αξίας των υπηρεσιών, όπως ορθά έχει περιληφθεί στο κείμενο της διακήρυξης στο Κεφάλαιο 5, άρθρο 5.1, τελευταίο εδάφιο (σελ. 37) (πρβλ. και ΔΕΦΑΘ 265/2016). Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο δεύτερος λόγος προσφυγής, κρίνεται απορριπτός ως απαράδεκτος, σε κάθε δε περίπτωση ως αορίστως προβαλλόμενος, ενώ αντίστοιχα πρέπει να γίνουν δεκτοί οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

33. Επειδή, τέλος, αναφορικά με τον τρίτο και τελευταίο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, όπως εκτίθεται στις σελ. 28-30 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «III. Γ' Λόγος Προδικαστικής Προσφυγής – Παράνομο κριτήριο ανάθεσης», η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως αυτή προκηρύχθηκε, δυνάμει της προσβαλλόμενης διακήρυξης, καθώς, όπως ισχυρίζεται, όταν το κριτήριο ανάθεσης περιορίζεται στην τιμή, και μάλιστα σε μία φθηνή τιμή αφού ο προϋπολογισμός είναι περιορισμένος (κάτω του κόστους), καθιστά απαγορευτικό για εταιρείες με έμπειρα στελέχη και αποδεδειγμένη ικανότητα να υποβάλλουν μία ποιοτική προσφορά, επιδιώκοντας να τους ανατεθεί η σύμβαση, όπως ειδικότερα αναλύει στον υπό εξέταση λόγο προσφυγής. Επί του ανωτέρω τρίτου και τελευταίου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, στις Απόψεις της,

υποστηρίζει τα ανωτέρω εκτιθέμενα στη σκέψη 31 της παρούσας, στα οποία και παραπέμπουμε προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων.

34. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνουν δεκτές οι ακόλουθες παραδοχές. Όπως ήδη εκτέθηκε ανωτέρω στη σκέψη 32 της παρούσας, τα οποία ισχύουν *mutatis mutandis* και εν προκειμένω, ισχυρισμοί βάσει των οποίων επιχειρείται η κατά γενικό τρόπο αμφισβήτηση του επιλεγέντος από την αναθέτουσα αρχή κριτηρίου ανάθεσης, απορρίπτονται άνευ άλλου τινός, ως απαράδεκτοι. Εξάλλου, η προσφεύγουσα δεν τεκμηρίωσε πέραν πάσης αμφιβολίας, την αντικειμενική αδυναμία της να λάβει μέρος στον διαγωνισμό, ούτε ότι η συμμετοχή της δυσχεραίνεται αθέμιτα, υπέρ της συμμετοχής έτερων οικονομικών φορέων και ως εκ τούτου, δεν μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι το κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης, όπως έχει τεθεί από την αναθέτουσα αρχή είναι παράνομο, ενώ υπό αυτό το πρίσμα, ο τρίτος λόγος προσφυγής πάσχει και αοριστίας, όπως άλλωστε υποστηρίζει ορθά και η αναθέτουσα αρχή. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο τρίτος λόγος προσφυγής, κρίνεται απορριπτέος ως απαράδεκτος, σε κάθε δε περίπτωση ως αορίστως προβαλλόμενος, ενώ αντίστοιχα πρέπει να γίνουν δεκτοί οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

35. Επειδή, τέλος, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των προμηθευτών και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, όπως στην υπό κρίση Διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣτΕ 1135/2010, ΕΑ ΣτΕ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004, ΔΕΕ Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, ENV AG Wienstrom GmbH κλπ., σκέψεις 92-95).

36. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή.

**Αριθμός Απόφασης: 1284/2020**

37. 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 την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. ....Διακήρυξη, σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού δύο χιλιάδων εννιακοσίων εβδομήντα εννέα ευρώ (2.979,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 23 Σεπτεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 13 Οκτωβρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**Μιχάλης Π. Σειραδάκης**

**Ελένη Λεπίδα**