

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 12.03.2020 με την εξής σύνθεση:  
Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Σταυρούλα Κουρή και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 07.02.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/151/10.02.2020 της προσφεύγουσας με την επωνυμία « .....» και τον διακριτικό τίτλο « .....», νομίμως εκπροσωπούμενης

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

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

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, με την ως άνω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. .... Διακήρυξη (ΑΔΑΜ: .....)  
του αναθέτοντος φορέα, με αντικείμενο την «Παροχή υπηρεσιών φύλαξης του συστήματος της γραμμής 1 της .....».

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. .... Διακήρυξη (ΑΔΑΜ: .....), προκηρύχθηκε ανοιχτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων, για την «Παροχή υπηρεσιών φύλαξης του συστήματος της γραμμής 1 της .....», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.980.000,00€ πλέον ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής. Η εν λόγω Πρόσκληση καταχωρήθηκε στις

## Αριθμός απόφασης: 319/2020

29.01.2020 στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων με ΑΔΑΜ: ..... και στο ΕΣΗΔΗΣ με Α/Α ..... Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 03.03.2020 και ώρα 11.00 π.μ., ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 06.03.2020 και ώρα 11.00 π.μ. Ωστόσο, με την απόφαση Α73/2020 της ΑΕΠΠ έγινε δεκτό το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας και ανεστάλη η διαγωνιστική διαδικασία έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

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

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

5. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017. Ειδικότερα, η Προσφυγή κατατέθηκε την 07.02.2020, ενώ η δημοσίευση της Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ έλαβε χώρα την 29.01.2020 (ΑΔΑΜ: .....) και η προσφεύγουσα δηλώνει ότι έλαβε γνώση αυτής την 30.01.2020.

6. Επειδή, η αιτούσα θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής, καθώς δραστηριοποιείται στον τομέα

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

7. Επειδή, η προσφεύγουσα επικαλείται τις διατάξεις των άρθρων 253 και 75 του Ν. 4412/2016, ισχυριζόμενη ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί για τους εξής λόγους: «[...] Ούτω κατά την έννοια της διατάξεως του άρθρου 75 παρ. 4 του Ν. 4412/16 στην περίπτωση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που απαιτείται για μια συγκεκριμένη σύμβαση πρέπει να είναι συνδεδεμένο και ανάλογο προς το αντικείμενο της σύμβασης. Δηλαδή σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις και τα ζητούμενα δικαιολογητικά να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση συμβάσεως. Με το δεδομένο αυτό, το κατώτερο όριο που θα απαιτηθεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας συμβάσεως, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς το σκοπό αυτό (Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων 2017, σελ. 409). Ακόμη, από την νομολογία έχει κριθεί ότι τα προσόντα που σχετίζονται με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες πρέπει να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και ανάλογα με το σκοπό της αλλά και πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων (ΣΤΕ ΕΑ 990/2003 Δημόσιες Συμβάσεις Κουλουμπίνη, Μάζος, Κίτσος). Στην προκειμένη περίπτωση η διακήρυξη: Στο κεφάλαιο 2, ΓΕΝΙΚΟΙ ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ 2.2. ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ στον όρο 2.2.6 Τεχνική-Επαγγελματική ικανότητα, περ. Β ορίζει ότι «Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στο διαγωνισμό θα πρέπει να διαθέτουν τουλάχιστον 330 άτομα

μέσο ετήσιο μόνιμο προσωπικό με ειδικότητα «προσωπικό ασφαλείας», κατά την τελευταία τριετία...». • Στη συνέχεια στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ V Τεχνικές προδιαγραφές, «ΤΠ-4 κατανομή προσωπικού φύλαξης» ορίζει τους σταθμούς του συστήματος, τον αριθμό των ατόμων σε κάθε σταθμό και τα ωράρια απασχόλησής τους ήτοι σύνολο προσωπικού φύλαξης 75 άτομα και συγκεκριμένα: [...] Από τους ανωτέρω όρους της διακήρυξης συνάγονται αφενός μεν ότι προϋπόθεση συμμετοχής στον διαγωνισμό αποτελεί η υποχρέωση από μέρους των οικονομικών φορέων (ήτοι οι οικονομικοί φορείς πρέπει) να διαθέτουν τουλάχιστον 330 άτομα μέσο ετήσιο μόνιμο προσωπικό με την αναφερόμενη ειδικότητα (προσωπικό ασφαλείας) κατά την τελευταία 3ετία ενώ αφετέρου ότι ο οικονομικός φορέας που θ' αναλάβει την παροχή των υπηρεσιών φύλαξης, θα πρέπει ν' απασχολήσει συνολικά 75 άτομα φύλακες για την κάλυψη των αναγκών φύλαξης. Ο ανωτέρω 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 για την εκτέλεση της οποίας θα απασχοληθούν 75 άτομα δεν συνδέεται με την οικεία σύμβαση, ούτε τελεί σε αναλογία με το αντικείμενό της, ενώ μειώνει, χωρίς να συντρέχει λόγος την ανταγωνιστική βάση του διαγωνισμού, καθόσον: 1. Για την εκτέλεση της σύμβασης που θα συναφθεί θα απασχοληθούν 75 άτομα, δηλαδή το ελάχιστο απαιτούμενο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας σύμφωνα με το κριτήριο 2.2.6, περ. Β της διακήρυξης του διαγωνισμού είναι μεγαλύτερο του 4πλάσιου αριθμού των ατόμων που απαιτούνται για να επανδρώσουν το έργο! Με βάση την διάρκεια και τις ανάγκες της συμβάσεως, η απαίτηση για ύπαρξη προσωπικού 330 ατόμων, ως προϋπόθεση συμμετοχής, υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες της συμβάσεως και δεν είναι συνδεδεμένη με τους υπόλοιπους όρους της σχετικά με τον αριθμό των ατόμων που πραγματικά θ' απασχοληθεί για την εκτέλεσή της. Το θεσπιζόμενο κατώτατο όριο προσωπικού των 330 ατόμων δεν αποτελεί αντικειμενική ένδειξη για την ύπαρξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και σε κάθε περίπτωση υπερβαίνει κατά πολύ αυτό που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του σκοπού που είναι η φύλαξη των σταθμών. 3. Δεν είναι συναφές

ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση συμβάσεως ούτε ανάλογο με τον επιδιωκόμενο σκοπό της και ως εκ τούτου δεν αποτελεί απόδειξη της γενικής καταλληλότητας των διαγωνιζομένων. 4. Ακόμη ο τιθέμενος όρος δεν είναι πρόσφορος για την διακρίβωση της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων. Απεναντίας έχει επανειλημμένα κριθεί ότι ασφαλές στοιχείο για την διακρίβωση της ικανότητας των υποψηφίων οικονομικών φορέων αποτελούν άλλα στοιχεία, μεταξύ των οποίων το πελατολόγιο, από το οποίο προκύπτει η εμπειρία και η ενασχόληση στο αντικείμενο του διαγωνισμού, αλλά και οι βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης αντιστοίχου αντικειμένου συμβάσεων. Ούτω η ημετέρα εταιρεία, η οποία δεν διαθέτει τον απαιτούμενο από την διακήρυξη ελάχιστο αριθμό προσωπικού (330 άτομα μέσο ετήσιο μόνιμο προσωπικό με την ειδικότητα «προσωπικό ασφαλείας» κατά την τελευταία τριετία) παρέχει ήδη από 1/5/2019, με συνέπεια και επιτυχία τις συμφωνημένες με τις υπ. αριθμ. ΤΔ-034/15 και ΤΔ-067/15 Συμβάσεις παροχής υπηρεσιών φύλαξης της γραμμή 1 της ....., οι οποίες (υπηρεσίες) γίνονται αποδεκτές από την αναθέτουσα αρχή. Επιπλέον η ημετέρα εταιρεία διαθέτει πλούσιο πελατολόγιο, από το οποίο προκύπτει η εκτέλεση επί σειρά ετών μεγάλων και δύσκολων έργων, από το οποίο προκύπτει η εμπειρία της στο αντικείμενο και οι τεχνικές της ικανότητες στην εκτέλεση παρόμοιων έργων. Επομένως η θέσπιση τέτοιου ορίου, ως προϋπόθεση καταλληλότητας για την δυνατότητα των οικονομικών φορέων να μετάσχουν στον διαγωνισμό και στη συνέχεια να ανταποκριθούν στην απρόσκοπτη εκτέλεση των υπό ανάθεση υπηρεσιών δεν είναι εύλογη, ούτε πρόσφορη για την απόδειξη της ικανότητάς τους. Η θέσπιση τέτοιου όρου περιορίζει αναμφίβολα τον κύκλο των ενδιαφερομένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό, και αποτελεί επαχθή παρέμβαση στο δικαίωμα των οικονομικών φορέων που επιθυμούν να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό και ως τοιαύτη θα πρέπει να μην παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας. 5. Ειδικότερα, η ως άνω αρχή παραβιάζεται όταν το μέτρο που λαμβάνεται, δεν είναι: • πρόσφορο για την επίτευξη του σκοπού που επιδιώκεται αναγκαίο για την επίτευξη του εν λόγω σκοπού, υπό την έννοια ότι το αυτό αποτέλεσμα μπορεί να επιτευχθεί με ένα ανώδυνο ή ηπιότερο μέτρο. αναλογικό εν στενή έννοια, δηλαδή τελεί σε

εσωτερική αλληλουχία προς τον επιδιωκόμενο σκοπό ώστε η αναμενόμενη ωφέλεια να μην είναι ποιοτικά και ποσοτικά κατώτερη από την βλάβη που προκαλείται. Στην επίδικη περίπτωση το θεσπιζόμενο όριο δεν είναι: • πρόσφορο γιατί η παροχή των υπηρεσιών αποδεδειγμένα, μπορεί να παρασχεθεί και από οικονομικούς φορείς που έχουν μικρότερο αριθμό μόνιμου προσωπικού (ημετέρα εταιρεία που παρέχει όμοιες υπηρεσίες στην ίδια γραμμή) αναγκαίο αφού το αποτέλεσμα (επιτυχής φύλαξη των σταθμών) μπορεί να επιτευχθεί και από οικονομικούς φορείς που έχουν ανάλογη εμπειρία έστω και αν διαθέτουν μικρότερο αριθμό προσωπικού αναλογικό γιατί δεν συνδέεται με τους υπόλοιπους όρους της διακήρυξης και υπερβαίνει κατά πολύ τ' αναγκαία για την επίτευξη του σκοπού του οποίου υποτίθεται ότι επιδιώκει να διασφαλίσει. Συνεπώς με τον θεσπιζόμενο όρο παραβιάζεται η συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή της αναλογικότητας (αρθρ. 25 παρ. 1 Συντ.). Η αρχή της αναλογικότητας, που αποτελεί γενική αρχή του κοινοτικού δικαίου και διέπει και την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, επιβάλλει να μην υιοθετούνται στο πλαίσιο μιας διαγωνιστικής διαδικασίας μέτρα, τα οποία είναι υπέρμετρα επαχθή και δυσανάλογα του σκοπού που καλούνται να εξυπηρετήσουν, ήτοι της ανάθεσης της σύμβασης υπό συνθήκες του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού σε ικανό υποψήφιο με την πλέον συμφέρουσα προσφορά, προς όφελος του δημοσίου συμφέροντος. Ειδική εκδήλωση της αρχής της αναλογικότητας συνιστά η διάταξη του άρθρου 44 παρ. 1 της οδηγίας 2004/18/EK, σύμφωνα με την οποία: «Η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στα άρθρα 47 και 48 καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για μια δεδομένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης». Κατά συνέπεια, εκ των προαναφερομένων, προκύπτει σαφέστατα ότι η αρχή της αναλογικότητας όπως έχει ερμηνευθεί από το ΔΕΕ, απαγορεύει την υιοθέτηση υπερβολικών όρων καταλληλότητας και κριτηρίων τεχνικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας που δεν είναι πρόσφοροι ή κατάλληλοι ή αναγκαίοι για τον διαγωνισμό και δεν δικαιολογούνται από το αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης. Οι διατάξεις που ρυθμίζουν την διενέργεια δημοσίων προμηθειών είναι δημοσίας τάξης, διότι πρόκειται για διατάξεις

δημοσίου δικαίου. Η ελευθερία του ανταγωνισμού στο δίκαιο των δημοσίων προμηθειών έχει την έννοια ότι τα κριτήρια συμμετοχής σε διαγωνισμό και ανάθεσης, πρέπει να διέπονται από τα εξής βασικά γνωρίσματα Να είναι αμερόληπτα, αντικειμενικά, σαφή και πλήρη και εφικτά. Σε περίπτωση κατά την οποία τα κριτήρια δεν φέρουν τα ανωτέρω γνωρίσματα, προσβάλλεται η οικονομική ελευθερία του ατόμου (άρθρο 5παρ.1 του Συντάγματος), υπό την μορφή της προσβολής της ελευθερίας ανταγωνισμού (Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2003, ΣΕ 1405/2002, Α. Τάχος, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο 1992). Έτσι, η γενική αρχή της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της διαφάνειας (άρθρα 14, παρ.9, 29 παρ. 2, 102 παρ. 5, 103 παρ. 7, β', Συντάγματος) προϋποθέτει ότι η προκήρυξη πρέπει να περιέχει σαφή, αντικειμενικά και πλήρη κριτήρια επιλογής και ανάθεσης (άρθρο 82 παρ. 2, Νόμου 2362/95. Ο νόμος, δηλ. όλο το πλέγμα των διατάξεων των εφαρμοστέων κοινοτικών οδηγιών επιβάλλει συγκεκριμένους όρους διενέργειας του διαγωνισμού, ελάχιστα επίπεδα ελέγχου ως προς τη συμμόρφωση στα κριτήρια επιλογής προσφορών, περιπτώσεις αποκλεισμού, κριτήρια ανάθεσης κλπ. Συνεπώς, η διασφάλιση διά μέσου των όρων της διακήρυξης συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού προάγει το δημόσιο συμφέρον συνιστά κοινοτικό κεκτημένο και αποτελεί εξειδίκευση της από την Συνθήκη ΕΟΚ απορρέουσα αρχή της ενίσχυσης του υγιούς ανταγωνισμού. Η ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού συνιστά λοιπόν προϋπόθεση για το στάδιο που προηγείται της συνάψεως οποιασδήποτε δημόσιας σύμβασης, και κάμπτεται μόνον κατ' εξαίρεση και για ιδιαίτερα αιτιολογημένους και συγκεκριμένους λόγους, συστατικά ερμηνευόμενους. Ακόμη η ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού με αντικειμενικά κριτήρια αποτελεί το κύριο μέσο για να ανατεθεί τελικά από τον φορέα η σύμβαση, προς όφελος του δημόσιου συμφέροντος. Από το ανωτέρω εκτεθέντα-συνάγεται ότι ο πληττόμενος όρος δεν συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης ούτε αποτελεί πρόσφορο μέτρο διακρίβωσης της ικανότητας των υποψηφίων, ούτε τελεί σε αναλογία με τον περιορισμό που επιβάλλει, αφού αποκλείει οικονομικούς φορείς που έχουν την εμπειρία και τα προσόντα να παράσχουν τις ειρημένες υπηρεσίες, με συνέπεια να επέρχεται η κατάλυση των

κανόνων ανταγωνισμού, που αποτελεί κοινοτικό κεκτημένο. Επιπροσθέτως οι διατάξεις περί δημοσίων προμηθειών Ν. 4412/2016, που ενσωμάτωσε τις προβλέψεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ προβλέπουν κανόνες και διαδικασίες ώστε να διασφαλίζεται η αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης, η αρχή της διαφάνειας και η ισότιμη μεταχείριση των διαγωνιζομένων, η αρχή της αναλογικότητας και να αποκλείεται η αυθαιρεσία του διεξάγοντος τον διαγωνισμό. Οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν δεσμευτική αρμοδιότητα και ανύπαρκτο περιθώριο διακριτικής ευχέρειας στα θέματα παραβιάσεων της αρχής της ανάπτυξης υγιούς και ισότιμου ανταγωνισμού στις δημόσιες συμβάσεις, της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων, της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών και της διαφάνειας. Η ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού σε καθεστώς ισότητας και διαφάνειας συνιστά λοιπόν προϋπόθεση για το στάδιο που προηγείται της συνάψεως οποιασδήποτε δημόσιας σύμβασης, και κάμπτεται μόνον κατ' εξαίρεση και για ιδιαίτερα αιτιολογημένους και συγκεκριμένους λόγους, συσταλτικά 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».

8. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με τις υπ' αριθμ. 2218/12.02.2020 Απόψεις του, τις οποίες ανήρτησε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 21.02.2020, αιτείται την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, ισχυριζόμενος ειδικότερα τα εξής: «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 ΤΑ 075/18, ΤΔ 119/18, ΤΔ 020/19, ΤΔ 060/19 - 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 οιοδήποτε 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 αντισυμβαλλομένη της ..... (όπως και η ίδια αναφέρει στην προσφυγή της) σε άλλες σχετικές συμβάσεις της ....., θα έπρεπε, προ της ασκήσεως της παρούσας προσφυγής, και σύμφωνα με την εν γένει καλή πίστη και συναλλακτικά ήθη να ενημερώσει καλόπιστα (π.χ. μέσω σχετικού υπομνήματος ή ακόμη και απλής ηλεκτρονικής αλληλογραφίας) την ..... 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 και της προσφυγής της). Συνεπώς, η οιαδήποτε καθυστέρηση στην δια του επιδίκου διαγωνισμού εκ νέου ανάθεση του έργου έχει προφανή για αυτήν επωφελή αποτελέσματα. Και ως εκ τούτου, η παρούσα προσφυγή ασκείται με τρόπο οιονεί προσχηματικό και αντικείμενο στην καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη. 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 αναδόχων 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 αναδόχων, 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, κύρος και αξιοπιστία. 3.1 Ως αναφέρεται στο άρθρο 75&4 ν. 4412/2016: «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». Επιπροσθέτως, στο εν προκειμένω εφαρμοστέο Βιβλίο 1 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): Κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη - πλην τυχόν ειδικότερων όρων χρηματοδότησης - 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. 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. 416/2014, 354/2014, 257/2010 κ.ά.). 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 γνώμονα 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 βάσει 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.). 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 η 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 καθήκοντά 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 Ι (Όροι Ασφαλείας) της διακήρυξης: «Παρατεταμένη Διάρκεια Υπερωριών και Βαρδιών Προκειμένου η ..... να διασφαλίσει την ασφαλή πραγματοποίηση των εργασιών στις εγκαταστάσεις της, ο Ανάδοχος υποχρεούται να απαγορεύει την παρατεταμένη υπερωριακή απασχόληση του προσωπικού του καθώς και την μεγάλη διάρκεια των βαρδιών αυτού». Επιπροσθέτως, 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. Ο κίνδυνος αυτός επιτείνεται από τη μεγάλη διάρκεια της συμβάσεως (ενός έτους με δικαίωμα παράτασης για ένα επιπλέον έτος), που απαιτεί αυξημένη και άμεση διαθεσιμότητα προσωπικού για σημαντικό χρονικό διάστημα. Ήδη δε η προσφεύγουσα εκτελεί ανάλογες συμβάσεις φύλαξης της ..... (διαγωνισμοί ΤΔ 034/15 και ΤΔ 67/15), 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 (ιδίως λαμβανομένης υπ' όψιν και της σημαίνουσας διάρκειάς αυτής), εφόσον αυτή δεν διαθέτει τον με την διακήρυξη προσδιοριζόμενο αριθμό εργαζομένων ως μόνιμο προσωπικό. Σημειωτέο δε εκ νέου και ιδιαιτέρως 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 ιδιαίτεροτήτων και αυξημένων αναγκών, όπως και των ιδιαίτερα κρίσιμων σχετικών διακυβευμάτων, 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 εκτέλεσης 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 [...]*».

9. Επειδή, η προσφεύγουσα ανήρτησε την 05.03.2020 στο ΕΣΗΔΗΣ και κοινοποίησε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ Υπόμνημα, με το οποίο απαντά εμπροθέσμως και προσηκόντως, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο τελευταίο εδάφιο της πρώτης παραγράφου του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016, στις Απόψεις του αναθέτοντος φορέα, ισχυριζόμενη ειδικότερα τα εξής: «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 ενδίκου 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 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 οριζομένου 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 7584 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 αναδόχων, με αναφορά στην προηγούμενη υλοποίηση συναφούς αντικείμενου 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 προσαιξάνει 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».

10. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία 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 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής

προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

11. Επειδή, στο άρθρο 253 του Ν. 4412/2018 (Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων) προβλέπεται 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 [...]».

12. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 304-306 του Ν. 4412/2016, οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να θεσπίζουν αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια επιλογής των προσφερόντων ή των υποψηφίων, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 75-77, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στο εν λόγω άρθρο. Περαιτέρω, στις διατάξεις του άρθρου 75 (Κριτήρια επιλογής) του Ν. 4412/2016 προβλέπονται τα εξής: «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. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές

περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. 2. [...] 3. [...] 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».

13. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 9 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης.

14. Επειδή, στην παράγραφο 2.2.6 της Διακήρυξης περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας προβλέπονται τα εξής: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς πρέπει: Α) Κατά τη τελευταία τριετία 2017, 2018 και 2019 να έχουν εκτελέσει σύμφωνα και με την οικεία παράγραφο του άρθρου 2.2.9.2. Β4: τουλάχιστον μία (1) σύμβαση η αξία της οποίας να ισούται ή υπερβαίνει το 100% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της υπό ανάθεση κύριας σύμβασης, χωρίς την παράταση/προαίρεση, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και για χρονικό διάστημα ανάλογο της υπό ανάθεση κύριας σύμβασης ή έως τρεις (3) συμβάσεις η αξία των οποίων αθροιστικά, να ισούται ή υπερβαίνει το 100% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της υπό ανάθεση κύριας σύμβασης, χωρίς την παράταση/προαίρεση, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και η συνολική χρονική διάρκειά τους να ισούται ή υπερβαίνει το 100% της διάρκειας της υπό ανάθεση κύριας σύμβασης, χωρίς την παράταση/προαίρεση. Επισημαίνεται ότι γίνονται δεκτές και αξιολογούνται συμβάσεις που έχουν συμβατικό τμήμα και χρονική διάρκεια μεγαλύτερα από τα οριζόμενα στη σύμβαση και καλύπτουν κατά αναλογία τα ως άνω όρια. Σε ό,τι αφορά την έναρξη των συμβάσεων μετά την 01.01.2017, λαμβάνονται υπόψη και συμβάσεις που έχουν υπογραφεί προγενέστερα της 01.01.2017, ωστόσο κατόπιν ενδεχόμενων παρατάσεών τους η διάρκεια ισχύος τους συνεχίζει μετά την 01.01.2017. Ως συμβάσεις παρόμοιου αντικειμένου νοούνται οι συμβάσεις που αφορούν στην παροχή υπηρεσιών φύλαξης σε εγκαταστάσεις μεγάλης κλίμακας, επικίνδυνους χώρους, χώρους με μεγάλη διακίνηση κοινού όπως π.χ. γραφεία, νοσοκομεία, αεροδρόμια κ.λ.π. Β) Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στο διαγωνισμό θα πρέπει να διαθέτουν τουλάχιστον 330 άτομα μέσο ετήσιο μόνιμο προσωπικό με ειδικότητα «προσωπικό ασφαλείας» κατά την τελευταία τριετία ή για όσο χρόνο βρίσκεται σε νόμιμη λειτουργία εάν αυτός είναι μικρότερος από τα τρία (3) έτη. Γ) Να διαθέτουν κατ' ελάχιστο τον τεχνικό εξοπλισμό, όπως αυτός αναλυτικά προδιαγράφεται στο Παράρτημα V των Τεχνικών Προδιαγραφών της παρούσας. Δ) Το προσωπικό ασφαλείας που θα χρησιμοποιηθεί για την εκτέλεση του έργου πρέπει να κατέχει εν ισχύ άδεια εργασίας που προβλέπεται από το Νόμο

*2518/97, για τουλάχιστον πέντε (5) έτη. Ε) Ο τύπος της στολής του προσωπικού του Αναδόχου πρέπει να είναι σύμφωνος με τα οριζόμενα στην Υπουργική Απόφαση Φ.456/38/505989/Σ.4746 ΦΕΚ 3435, όπως αυτή ισχύει σύμφωνα με την Υπουργική Απόφαση 1016/109/231-κδ' ΦΕΚ 1085».*

15. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο 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 έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

16. Επειδή, η Διοίκηση είναι κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της Διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη (ΕΑ 977/2006, 303/2007, 307/2007, 1049/2007 κα), η δε θέσπιση με τη Διακήρυξη των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν πρέπει να παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού, εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό των προμηθευτών, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον Διαγωνισμό προσώπων (ΕΑ 434/2008, 977/2006, 1208/2006, 1076/2006, 977/2006, 1383/2007, ΕΑ 303/2007, 307/2007, 1049/2007, 153/2004, κλπ).

17. Επειδή, την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την

προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας την προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό) οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, C-549/10 Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής). Υπό το πρίσμα της αρχής του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, τα κριτήρια επιλογής που θέτει η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δε θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι διαθέτουν την απαιτούμενη ικανότητα και οι οποίοι, υπό άλλες ενδεχομένως προϋποθέσεις, θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στη διαδικασία, ενισχύοντας με τον τρόπο αυτόν τον ανταγωνισμό.

18. Επειδή, στον προσβαλλόμενο όρο της παραγράφου 2.2.6 περ. Β) της Διακήρυξης προβλέπεται ότι *«οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στο διαγωνισμό θα πρέπει να διαθέτουν τουλάχιστον 330 άτομα μέσο ετήσιο μόνιμο προσωπικό με ειδικότητα “προσωπικό ασφαλείας” κατά την τελευταία τριετία ή για όσο χρόνο βρίσκεται σε νόμιμη λειτουργία εάν αυτός είναι μικρότερος από τα τρία (3) έτη»*. Από τις διατάξεις των άρθρων 75 και 253 του Ν. 4412/2016 προκύπτει ότι οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης καθώς και ότι όλες οι απαιτήσεις πρέπει να είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. Εν προκειμένω, το αντικείμενο της σύμβασης, όπως εξειδικεύεται στο Παράρτημα V της Διακήρυξης (Τεχνικές Προδιαγραφές), προβλέπει ότι για τη φύλαξη του συστήματος της Γραμμής 1 χρειάζεται να απασχολούνται ημερησίως 75 άτομα. Ειδικότερα, στον Πίνακα ΤΠ-4 Κατανομή Προσωπικού Φύλαξης προβλέπεται ότι για τη φύλαξη των 24 σταθμών της Γραμμής 1 (συμπεριλαμβανομένων και των τερματικών σταθμών Κηφισιάς – Πειραιά) απαιτούνται 3 άτομα ημερησίως



## Αριθμός απόφασης: 319/2020

επί 8 ώρες έκαστο (βάρδιες 6.00-14.00, 14.00-22.00, 22.00-06.00) για κάθε σταθμό και επιπροσθέτως 3 άτομα ημερησίως επί 8 ώρες έκαστο για εποπτεία στο Κέντρο λήψης σημάτων στον Ταύρο. Στις Απόψεις του ο αναθέτων φορέας αναφέρει ότι τα άτομα που απαιτούνται ανά ημέρα φύλαξης είναι κατ' ελάχιστον 107, συνυπολογίζοντας τις ανάγκες για άδειες, αργίες και εορτές. Ο ελάχιστος αριθμός των 330 ατόμων μέσου ετήσιου μόνιμου προσωπικού ασφαλείας, που προβλέπεται στη Διακήρυξη ότι θα πρέπει να απασχολείται από τον οικονομικό φορέα, υπερβαίνει το τριπλάσιο του προαναφερόμενου αριθμού των 107 ατόμων (και το τετραπλάσιο του αριθμού εργαζομένων που προβλέπεται στη Διακήρυξη). Ο προβαλλόμενος από τον αναθέτοντα φορέα υψηλός αριθμός επιβατικού κοινού, όπως και η αυξημένη επικινδυνότητα, η ύπαρξη θανατηφόρων και αυτοκτονικών επεισοδίων καθώς και η απουσία σταθμαρχών κατά τις νυχτερινές ώρες αποτελούν στοιχεία που είναι σε κάθε περίπτωση γνωστά και δεν αμφισβητούνται και από την προσφεύγουσα στο Υπόμνημά της, ωστόσο δεν αποδεικνύουν ότι ο αριθμός των απαιτούμενων 330 εργαζομένων συνδέεται αναλογικά με το αντικείμενο της σύμβασης. Με άλλα λόγια, ο αναθέτων φορέας θα μπορούσε – συνεκτιμώντας τους προαναφερόμενους επιβαρυντικούς παράγοντες - να έχει προβλέψει την παρουσία 2 φυλάκων σε ορισμένους σταθμούς κατά τις ώρες αιχμής ή υψηλής επικινδυνότητας. Ωστόσο, στη Διακήρυξη προβλέπεται ότι σε κάθε σταθμό και ανεξαρτήτως βάρδιας, θα πρέπει να απασχολείται πάντα 1 άτομο. Ο ισχυρισμός που προβάλλεται με τις Απόψεις ότι είναι απαραίτητη η ύπαρξη επιπλέον, έμπειρου και «έτοιμου για δράση» προσωπικού, εκτός του ότι προβάλλεται αορίστως, σε κάθε περίπτωση δεν αιτιολογεί την αναγκαιότητα για την ύπαρξη τόσο μεγάλης «εφεδρείας» προσωπικού, η οποία ανέρχεται στο τριπλάσιο (ή και τετραπλάσιο σύμφωνα με τη Διακήρυξη) των ατόμων που προβλέπεται ότι θα απασχοληθούν. Λαμβάνοντας υπόψη και τον όρο του Παραρτήματος II περί απαγόρευσης παρατεταμένης υπερωριακής απασχόλησης του προσωπικού, ομοίως δεν προκύπτει ανάγκη για την «δέσμευση» 330 εργαζομένων. Τέλος, η ύπαρξη δυνατότητας άμεσης αντικατάστασης προσωπικού λόγω των ιδιαίτερα δύσκολων καθηκόντων των φυλάκων σε κάθε περίπτωση αποτελεί μία

εξαιρετική διαδικασία που δεν είναι πιθανό να χρειαστεί για το σύνολο των εργαζομένων. Πέραν όμως του γεγονότος ότι ο αναθέτων φορέας δεν αποδεικνύει ότι είναι αναγκαία η απασχόληση από τον οικονομικό φορέα τουλάχιστον 330 φυλάκων για την ομαλή εκτέλεση του έργου, ομοίως δεν αποδεικνύει γιατί η πλήρωση του συγκεκριμένου κριτηρίου αποτελεί εγγύηση τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Όπως βάσιμα προβάλλει η προσφεύγουσα στο Υπόμνημά της, ένας οικονομικός φορέας που απασχολεί 330 και πλέον φύλακες είναι εύλογο να τους απασχολεί και σε άλλα έργα, από τα οποία δεν είναι ευχερές να αποδεσμευτούν, πριν την ολοκλήρωσή τους. Από τα προαναφερόμενα συνάγεται ότι ο προσβαλλόμενος όρος της περίπτωσης Β) της παραγράφου 2.2.6 της Διακήρυξης σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των προσφερόντων δεν αποδεικνύεται ανάλογος του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης και δεν περιορίζει τις απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες, ώστε να διασφαλίζεται απλώς ότι ο υποψήφιος διαθέτει τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση του έργου. Για τον λόγο αυτό, ο όρος της περίπτωσης Β) της παραγράφου 2.2.6 της Διακήρυξης θα πρέπει να ακυρωθεί, προκειμένου να τροποποιηθεί και να τεκμηριωθεί κατάλληλα, σε σχέση με τις υπό ανάθεση υπηρεσίες.

19. 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· ΣτΕ ΕΑ 1089/2009· ΣτΕ 2951-52/2004· ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, ENV AG Wienstrom GmbH κ.λ.π, σκέψεις 92-95).

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

**Αριθμός απόφασης: 319/2020**

21. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ....., ποσού 9.900,00€, 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 (ΑΔΑΜ: .....)  
του αναθέτοντος φορέα, κατά τα κριθέντα στις σκέψεις 18-19 της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου, ποσού 9.900,00€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 12.03.2020 και εκδόθηκε στις 23.03.2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Σιδέρη Μαρία-Ελένη**

**Τσουλούφα Αργυρώ**