

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 11 Φεβρουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την από 7.1.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 31/7.1.2022 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο ««....» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στ.. ... (... αρ.), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «...», που εδρεύει στ.. ... (... αρ. ..), όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»).

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της με αριθμ. ... Διακήρυξης Ανοιχτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού κάτω των ορίων για την παροχή υπηρεσιών ασφαλείας/φύλαξης από Ιδιωτική Εταιρεία Παροχής Υπηρεσιών Ασφαλείας στη Λιμενική Εγκατάσταση του Κεντρικού Λιμένος ... και στην ευρύτερη περιοχή Λιμένος ..., διάρκειας από 29-1-2022 έως 31-12-2022, προϋπολογισμού €188.936,00 άνευ Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής και συγκεκριμένα αιτείται την ακύρωση των επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενων όρων των άρθρων 2.2.6 (ε), 2.4.3.1. (δ) και 2.2.8.1. της άνω Διακήρυξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Σωτηρία Σταματοπούλου,

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε, πληρώθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 (βλ.

ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 7-1-2022 ηλεκτρονική απόδειξη πληρωμής της Εθνικής Τράπεζας, καθώς και την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ. με την ένδειξη «δεσμευμένο»), ποσού 945,00€, το οποίο υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης άνευ ΦΠΑ, ήτοι €188.936, μη συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης.

2. Επειδή δυνάμει της με αριθμ. ... Διακήρυξης του αναθέτοντος φορέα προκηρύχθηκε ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός κάτω των ορίων για την «Παροχή Υπηρεσιών Ασφαλείας/Φύλαξης από Ιδιωτική Εταιρεία Παροχής Υπηρεσιών Ασφαλείας (Ι.Ε.Π.Υ.Α) κατά την εφαρμογή του Κανονισμού (ΕΚ) 725/2004 και της Οδηγίας (ΕΚ) 2005/65, όπως αυτή έχει ενσωματωθεί στο Εθνικό Δίκαιο με το ν. 3622/2007, στη Λιμενική Εγκατάσταση του Κεντρικού Λιμένα ... και στην ευρύτερη περιοχή Λιμένα ... αρμοδιότητας και ευθύνης του Οργανισμού Λιμένος ...», διάρκειας από 29-1-2022 (ή το όποιο μεταγενέστερο αυτής της ημερομηνίας χρονικό σημείο υπογραφής της σύμβασης) έως 31-12-2022, εκτιμώμενης αξίας €188.936,00 άνευ Φ.Π.Α. και δικαιώματος προαίρεσης και αξίας €257.032,00 άνευ Φ.Π.Α., αλλά συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης. Κριτήριο κατακύρωσης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής. Το αντικείμενο της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρ. 1.3. της Διακήρυξης, είναι η παροχή υπηρεσιών ασφαλείας στην Λιμενική Εγκατάσταση του Κεντρικού Λιμένα ... αρμοδιότητας Οργανισμού Λιμένα για την εφαρμογή του κώδικα ISPS σε αυτή από Ιδιωτικές Επιχειρήσεις Παροχής Υπηρεσιών Ασφαλείας (ΙΕΠΥΑ) σύμφωνα με το σχεδιασμό που προβλέπεται στην εγκεκριμένη από την αρμόδια Διεύθυνση του Υπουργείου ..., μελέτη του Σχεδίου Ασφαλείας Λιμενικής Εγκατάστασης (ΣΑΛΕ) του Κεντρικού Εμπορικού Λιμένα ... για τη μείωση της τρωτότητας της έναντι σκόπιμων παράνομων ενεργειών και προκειμένου η Εγκατάσταση αυτή να συμμορφωθεί με τις διατάξεις του Κανονισμού 725/2004, όπως αναλυτικά αναφέρεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της Διακήρυξης.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 4.1.2022 με ΑΔΑΜ ... και αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό

4. Επειδή ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε στο άρθρο 1.5 της Διακήρυξης η 14^η.1.2022 και ώρα 10:00 και ως

ημερομηνία αποσφράγισης του (υπό)φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» και του (υπό)φακέλου «Οικονομική Προσφορά» η 14.1.2022 ημέρα Παρασκευή και ώρα 11.00 π.μ.

5. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε ο αναθέτων φορέας ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας εισάγεται η υπό κρίση προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

6. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε την 7^η.1.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 4.1.2022 και η προσφεύγουσα, κατά δήλωσή της, έλαβε γνώση στις 5.1.2022, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθρ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή, όσον αφορά τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, η προσφεύγουσα πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτήν 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 (λυσίτελή) συμμετοχή της στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ, 146-148/2016 Ολομ., ΕΑ 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Σε κάθε περίπτωση, βάσει της λεκτικής διατύπωσης του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, το έννομο συμφέρον δύναται να θεμελιωθεί και επί τη βάσει της ενδεχόμενης βλάβης, εφόσον, παρέχεται επαρκής τεκμηρίωση των λόγων που αποδεικνύουν με ενάργεια τον επικείμενο κίνδυνο, χωρίς να απαιτείται για την υποβολή προσφυγής κατά

όρων διακήρυξης, να συνιστά ο προσφεύγων συμμετέχοντα στο διαγωνισμό (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 11ης-1-2005, C-26/03, *StadtHalle*, σκέψη 40).

8. Επειδή η προσφεύγουσα, η οποία δεν έχει υποβάλει προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, θεμελιώνει κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής ως ενδεχόμενα βλαπτόμενη, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης οι οποίοι, κατά τους ισχυρισμούς της, προσκρούουν στο εθνικό και το ενωσιακό δίκαιο και καθιστούν αδύνατη ή δυσχεραίνουν ουσιωδώς τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό στον οποίο επιθυμεί να συμμετάσχει. Ειδικότερα, δηλώνει ότι, αν και η επιχειρηματική της δραστηριότητα ταυτίζεται με το αντικείμενο της σύμβασης (υπηρεσίες ασφαλείας -φύλαξης κατά κύρια δραστηριότητα), μάλιστα δε έχει ήδη αναδειχθεί ανάδοχος και εκτελεί από το έτος 2009 τις εν λόγω υπηρεσίες παροχής υπηρεσιών φύλαξης στον ίδιο αναθέτοντα φορέα, ωστόσο, οι πλησσόμενοι με την προσφυγή της όροι της Διακήρυξης καθιστούν αδύνατη τη συμμετοχή της στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία. Για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος και της βλάβης της για την προσβολή όρων της Διακήρυξης αρκεί καταρχήν η επίκληση ότι ενδιαφέρεται να συμμετέχει στον διαγωνισμό, με βάση το γεγονός ότι δραστηριοποιείται επαγγελματικά στο αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης (βλ. και ΑΕΠΠ 7ΜΕΛΟΥΣ 3/2018, σκ. 10). Δεν απαιτείται αντίθετα η επίκληση, πολλώ δε μάλλον η απόδειξη, πλήρωσης αναλυτικά όλων των κριτηρίων και προϋποθέσεων της διακήρυξης, απαίτηση η οποία συνδέεται με επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας και η απόδειξη της οποίας κατά το στάδιο προσβολής των όρων της διακήρυξης θα συνεπαγόταν ανυπέρβλητα εμπόδια στην επιδιωκόμενη προδικαστική προστασία. Η προσφεύγουσα, ως προελέχθη, επικαλείται ότι προτίθεται να συμμετάσχει στον επίδικο διαγωνισμό, καθώς δραστηριοποιείται στο αντικείμενο του διαγωνισμού, προσκόμισε δε για την απόδειξη των ισχυρισμών της το καταστατικό της εταιρείας και προηγούμενη σύμβαση συναφθείσα με τον ίδιο αναθέτοντα φορέα και με όμοιο αντικείμενο με την παρούσα (παροχή υπηρεσιών φύλαξης). Ακολουθώντας, κατά την εξέταση ενός εκάστου των προβαλλομένων λόγων προσφυγής εξετάζεται ειδικά το έννομο συμφέρον για έκαστο εξ αυτών.

9. Επειδή ο Αναθέτων Φορέας προέβη στις 14-1-2022 σε κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής σε όλους τους συμμετέχοντες μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, ενώ, επίσης, ανήρτησε την προσφυγή στις 14-1-2022 στην αρχική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

10. Επειδή με την υπ' αριθμ. 40/2022 Πράξη Προέδρου του παρόντος Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής και κλήθηκε ο αναθέτων φορέας να υποβάλει τις απόψεις του επί της προσφυγής ως και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

11. Επειδή ο αναθέτων φορέας στις 24-1-2022 κοινοποίησε σε όλους τους συμμετέχοντες τις απόψεις του, σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016.

12. Επειδή σε συνέχεια του ενσωματωμένου στο έγγραφο της υπό εξέταση προσφυγής, αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων εξεδόθη η με αριθμ. Α34/2022 απόφαση του κρίνοντος Κλιμακίου, με την οποία αποφασίστηκε η αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επ' αυτής. Σε εφαρμογή της άνω απόφασης αναστολής, με την από 20-1-2022 απόφαση του ΔΣ του αναθέτοντος φορέα (απόσπασμα εκ των πρακτικών της 377^{ης} Συνεδρίασης του ΔΣ), αναρτηθείσα στην αρχική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 24-1-2022, αποφασίστηκε η αναστολή της περαιτέρω προόδου του διαγωνισμού και η μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών σε χρόνο μετά την πάροδο εικοσαημέρου από την ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής (11-2-2022).

13. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017, είναι τύποις παραδεκτή και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

14. Επειδή η προσφεύγουσα στην υπό εξέταση προσφυγή της, επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης και δη των άρθρων **2.2.6 (ε), 2.4.3.1. (δ) και 2.2.8.1** αυτής, προβάλλοντας ισχυρισμούς σχετικά με τις τεθείσες στη Διακήρυξη απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας

ως και της παράλειψης πρόβλεψης δυνατότητας προσφυγής σε δάνεια εμπειρία για την ζητούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, επαγόμενη ειδικώς ότι οι άνω όροι της Διακήρυξης αντιβαίνουν στις διατάξεις της εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας, παραβιάζουν ευθέως την αρχή της ίσης μεταχείρισης, περιορίζουν αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό και προσδίδουν αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα σε συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς *(εταιρείες που έχουν ήδη στην κυριότητά τους τον επίμαχο και ζητούμενο, επί ποινή αποκλεισμού, εξοπλισμό, ήτοι δύο -2- φορητές συσκευές ανίχνευσης εκρηκτικών)*, ενώ, καθιστούν αδύνατη τη συμμετοχή της ίδιας στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, καθώς αφενός δεν έχει κατά τον παρόντα χρόνο – προ της υποβολής των προσφορών- στην κυριότητά της τον άνω εξοπλισμό, *αφετέρου* και κατά λογική συνεκδοχή – ελλείπει του άνω εξοπλισμού- δεν απασχολεί στο εργατικό δυναμικό της προσωπικό με την απαιτούμενη κατά τη Διακήρυξη εκπαίδευση από την κατασκευάστρια εταιρεία του εξοπλισμού. Μάλιστα, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας οι απαιτήσεις των άρθρων 2.2.6(ε) σε συνδυασμό με το άρθρ. 2.4.3.1.(δ) παραβιάζουν τον κανόνα της προαπόδειξης μέσω του ΕΕΕΣ, καθώς απαιτούν δυσανάλογα την κατοχή της ζητούμενης συσκευής, κατά κυριότητα, καθώς και την εκπαίδευση του προσωπικού στη χρήση της, ήδη προ της υποβολής της προσφοράς, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, δοθέντος ότι οι ανωτέρω συνθήκες συνιστούν προαπαιτούμενα προκειμένου να εκδοθεί από την Υπηρεσία, η επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, Βεβαίωση για την Ενημέρωση, όπως προβλέπεται στο άρθρ. 2.4.3.1 (δ) της Διακήρυξης. Επιπλέον, προβάλλει ότι οι τεχνικές προδιαγραφές του ζητούμενου κατά κυριότητα εξοπλισμού, ήτοι των δύο (2) φορητών συσκευών ανίχνευσης εκρηκτικών, όπως περιγράφονται στο άρθρ. 2.2.6 είναι «φωτογραφικές» και αποτελούν ακριβή μετάφραση των τεχνικών προδιαγραφών του προϊόντος ..., ήτοι της φορητής συσκευής ανίχνευσης ... (...) που διαθέτει ως εκπρόσωπος η εταιρεία Περαιτέρω, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας δια των άνω άρθρων της Διακήρυξης καταστρατηγούνται τα άρθρα 68 του ν. 3863/2010 και 18 και 311 του ν. 4412/2016, καθώς εξαιρείται από την σύνταξη των οικονομικών προσφορών το κόστος κτήσης των επίμαχων συσκευών και η εκπαίδευση του προσωπικού από την κατασκευάστρια εταιρεία, ήτοι κοστολογήσιμο κονδύλι του διοικητικού κόστους της Διακήρυξης. Τέλος, αναφορικά με την

επιδιωκόμενη ακύρωση του άρθρου 2.2.8.1 της Διακήρυξης, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι μη νομίμως, ανεπίτρεπτα και κατά παράβαση των ενωσιακών κανόνων περιορίζεται η στήριξη στην ικανότητα τρίτων οικονομικών φορέων αποκλειστικά και μόνο στα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και ουδόλως επιτρέπεται η παροχή δάνειας εμπειρίας για την πλήρωση των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας.

15. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 2.2.6. της οικείας διακήρυξης προβλέπεται ότι: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται απαραίτητως: (...)

ε) να διαθέτουν καθ' όλη τη διάρκεια παροχής του έργου την αποκλειστική για τις Λιμενικές Εγκαταστάσεις ... χρήση δύο (2) Φορητών Συσκευών Ανίχνευσης Εκρηκτικών Υλών, με τα παρακάτω ελάχιστα Τεχνικά Χαρακτηριστικά:

1. Η απαιτούμενη τεχνολογία να είναι η φασματοσκοπία κινητικότητας ιόντων (IMS).
2. Πρέπει να είναι φορητή (χειρός).
3. Δεν πρέπει να διαθέτει ραδιενεργή πηγή ιονισμού
4. Πρέπει να έχει δυνατότητα λειτουργίας δειγματοληψίας ατμού και σωματιδίων.
5. Πρέπει να μπορεί να ανιχνεύει τα περισσότερα στρατιωτικά, εμπορικά (όπως TNT, RDX, PENT) και οικιακά εκρηκτικά (όπως το TATP).
6. Πρέπει να έχει διπολική λειτουργία για ταυτόχρονη ανίχνευση θετικών και αρνητικών ιόντων στην ίδια επιθεώρηση.
7. Πρέπει να έχει πιθανότητα λάθους όχι μεγαλύτερη από 1%.
8. Πρέπει να έχει ελάχιστο χρόνο εκκίνησης λειτουργίας =< 15 λεπτά
9. Πρέπει να διαθέτει δυνατότητα αναμονής (stand by) και άμεσης εκκίνησης
10. Πρέπει να έχει ελάχιστο χρόνο ανίχνευσης <10 δευτερόλεπτα
11. Πρέπει να είναι ικανή να ανιχνεύει τοξικές χημικές ουσίες (όπως χλώριο και αμμωνία) και χημικά μέσα πολέμου (όπως Sarin και Soman).
12. Η βαθμονόμηση της συσκευής πρέπει να είναι αυτόματη τουλάχιστον για αρνητική πολικότητα και μπορεί να είναι χειροκίνητη για θετική πολικότητα.
13. Τα αναλώσιμα υλικά της συσκευής πρέπει να είναι διαθέσιμα σε τοπικό επίπεδο.

14. Πρέπει να διαθέτει επιλογή εναλλαγής μπαταρίας».

16. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο **2.2.9** της Διακήρυξης προβλέπεται ότι «Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α 75), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα V.». Περαιτέρω στην παρ. 1 του υπόψη άρθρου 2.2.9 υπό τίτλο «Αποδεικτικά Μέσα» ορίζεται ότι: **«Α. Για την απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού κατ' άρθρο 2.2.3 και της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής κατά τις παραγράφους 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα δικαιολογητικά του παρόντος. Η προσκόμιση των εν λόγω δικαιολογητικών γίνεται κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 3.2 από τον προσωρινό ανάδοχο. Ο αναθέτων φορέας μπορεί να ζητεί από προσφέροντες, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. (...) **Β.4.** Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6. ο κάθε προσφέρων οικονομικός φορέας: (...) - Για τους φορητούς ανιχνευτές εκρηκτικών υλών, το Τεχνικό Φυλλάδιο και αντίγραφο του φορολογικού παραστατικού απόκτησης τους.»**

17. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο **2.4.3.1.** της Διακήρυξης, υπό τον τίτλο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» προβλέπεται ότι:

«2.4.3.1. Δικαιολογητικά συμμετοχής

Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν με ποινή αποκλεισμού τα ακόλουθα υπό α και β στοιχεία:

α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), όπως προβλέπεται στις παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 και τη συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση με την οποία ο οικονομικός φορέας δύναται να διευκρινίζει τις

πληροφορίες που παρέχει με το ΕΕΕΣ σύμφωνα με την παρ. 9 του ίδιου άρθρου,

β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 302 του Ν.4412/2016 και τις παραγράφους 2.1.5 και 2.2.2 της παρούσας διακήρυξης.

(...)

δ) Τη Βεβαίωση συμμετοχής στην ενημέρωση για το έργο.

Για την πλήρη κατανόηση των ζητούμενων υπηρεσιών ασφαλείας, από τους οικονομικούς φορείς που θα εκδηλώσουν ενδιαφέρον συμμετοχής στην ανοικτή ηλεκτρονική διαδικασία, ο Οργανισμός Λιμένος ... διοργανώνει αναλυτική παρουσίαση των ζητούμενων υπηρεσιών την 10/01/2022, ημέρα Δευτέρα στα γραφεία Διοίκησης του Οργανισμού. Η προσέλευση θα είναι αυστηρά μεταξύ 11:30-12:00 και οικονομικοί φορείς που θα προσέλθουν μετά τις 12:00 δεν θα γίνουν δεκτοί στην ενημέρωση. Στις 12:00 θα ξεκινήσει αναλυτική παρουσίαση της επιχειρησιακής λειτουργίας της Λιμενικής Εγκατάστασης και απαντήσεις σε τυχόν ερωτήσεις και διευκρινήσεις (12:00-13:00). Στη συνέχεια, και μέχρι περίπου στις 15:00 θα πραγματοποιηθεί επιτόπια επίσκεψη όλων των χώρων της Λιμενικής Εγκατάστασης για την καλύτερη κατανόηση των απαιτούμενων διαδικασιών ασφαλείας.

Κατά τη διάρκεια αυτής της ενημέρωσης οι οικονομικοί φορείς που θα εκδηλώσουν ενδιαφέρον θα πρέπει να επιδείξουν τους δύο (2) ιδιόκτητους (με τιμολόγια αγοράς) φορητούς ανιχνευτές εκρηκτικών υλών που θα χρησιμοποιήσουν κατά τη διάρκεια της σύμβασης εφόσον επιλεγούν ως Ανάδοχοι (ένα στο φυλάκιο εισόδου της Λιμενικής Εγκατάστασης και ένα στο περιπολικό όχημα). Παράλληλα θα πρέπει να υπάρχουν τουλάχιστον δύο (2) άτομα από την ομάδα έργου που θα έχουν εκπαιδευτεί στη χρήση τους από την Κατασκευάστρια Εταιρεία. Μετά την ολοκλήρωση της ενημέρωσης και της επίδειξης των φορητών ανιχνευτών εκρηκτικών υλών, ο Οργανισμός Λιμένος ... θα εκδώσει βεβαίωση συμμετοχής στην ενημέρωση και επίδειξη, η οποία και θα είναι απαραίτητη για τη συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία **επί ποινή αποκλεισμού».**

18. Επειδή περαιτέρω σύμφωνα με το άρθρο **2.2.8.1.** της Διακήρυξης υπό τον τίτλο «Στήριξη στις ικανότητες τρίτων» προβλέπεται ότι: «Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5), να στηρίζονται στις

ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους, τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται.

Όταν οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.

Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων.

Η εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων υπηρεσιών/καθηκόντων, όπως αυτά προσδιορίζονται από τον αναθέτοντα φορέα, γίνεται υποχρεωτικά από τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή [...]. Στην παρ. 2 του υπόψη άρθρ. 2.2.8 υπό τον τίτλο «Υπεργολαβία» προβλέπεται ότι «Ο οικονομικός φορέας αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει. Στην περίπτωση που ο προσφέρων αναφέρει στην προσφορά του ότι προτίθεται να αναθέσει τμήμα(τα) της σύμβασης υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους σε ποσοστό που υπερβαίνει το τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης, ο αναθέτων φορέας ελέγχει ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας. Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν υπεργολάβο, εφόσον συντρέχουν στο πρόσωπό του λόγοι αποκλεισμού της ως άνω παραγράφου 2.2.3.».

19. Επειδή, από τη συνδυασμένη ερμηνεία και εφαρμογή των όρων 2.2.9.2(Αποδεικτικά μέσα)/ Β.4. και 2.2.6. (Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα) της Διακήρυξης προκύπτει, πως για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας τους, οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να διαθέτουν «καθ' όλη τη διάρκεια παροχής του έργου την αποκλειστική για τις Λιμενικές Εγκαταστάσεις ... χρήση δύο (2) Φορητών Συσκευών Ανίχνευσης Εκρηκτικών Υλών, με τα ειδικώς αναφερόμενα ελάχιστα Τεχνικά Χαρακτηριστικά». Προς απόδειξη της πλήρωσης της άνω απαίτησης τεχνικής ικανότητας, οι προσφέροντες οφείλουν να υποβάλουν τα τεχνικά φυλλάδια των φορητών συσκευών ανίχνευσης εκρηκτικών υλών καθώς και το φορολογικό

παραστατικό απόκτησής τους (2.2.9.1/B.4). Περαιτέρω, εκ του άρθρου 2.4.3.1. (δ) προκύπτει ότι, μεταξύ των δικαιολογητικών συμμετοχής, συγκαταλέγεται και ορίζεται ως αναγκαίο έγγραφο και δη επί ποινή άλλως αποκλεισμού της προσφοράς η «*Βεβαίωση συμμετοχής στην ενημέρωση για το έργο*», η οποία χορηγείται από την Υπηρεσία κατά τους ειδικότερους όρους του υπόψη άρθρου. Συγκεκριμένα, προκειμένου να χορηγηθεί η υπόψη Βεβαίωση απαιτείται κατά την ορισθείσα ημέρα και ώρα που θα λάβει χώρα η ενημέρωση των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων περί των συνθηκών του έργου **α)** η εκ μέρους των υποψηφίων οικονομικών φορέων επίδειξη των δύο (2) ιδιόκτητων (με τιμολόγια αγοράς) φορητών συσκευών ανίχνευσης εκρηκτικών υλών που θα χρησιμοποιήσουν κατά τη διάρκεια της σύμβασης, εφόσον επιλεγούν ως Ανάδοχοι (ένα στο φυλάκιο εισόδου της Λιμενικής Εγκατάστασης και ένα στο περιπολικό όχημα) καθώς και **β)** η ύπαρξη τουλάχιστον δύο (2) ατόμων από την Ομάδα Έργου που θα έχουν εκπαιδευτεί στη χρήση τους από την κατασκευάστρια εταιρεία.

20. Επειδή, ως προελέχθη η προσφεύγουσα προβάλλει (βλ. σελ. 9-13 της προσφυγής) ότι οι άνω όροι της Διακήρυξης, μεμονωμένοι αλλά και συνδυαστικώς θεωρούμενοι, εισάγουν δυσανάλογες απαιτήσεις κατά παράβαση των ενωσιακών κανόνων και των διατάξεων του ν. 4412/2016, καθόσον ουσιαστικά απαιτείται η προαπόδειξη εκ μέρους των οικονομικών φορέων, κατά το στάδιο μάλιστα της υποβολής της συμμετοχής τους, της κυριότητας εκ μέρους τους των δύο (2) φορητών συσκευών ανίχνευσης εκρηκτικών υλών και της απασχόλησης τουλάχιστον δύο (2) ατόμων από την Ομάδα Έργου, κατάλληλα εκπαιδευμένων στη χρήση των άνω συσκευών. Περαιτέρω, κατά την προσφεύγουσα, η Διακήρυξη όλως αντιφατικά υποχρεώνει τους οικονομικούς φορείς να έχουν ήδη επιβαρυνθεί με το σχετικό κόστος αγοράς (επίδειξη τιμολογίων αγοράς) του εν λόγω εξοπλισμού αλλά και με το κόστος εκπαίδευσης στη χρήση τους από την Κατασκευάστρια Εταιρεία δύο (2) ατόμων που θα ανήκουν στην Ομάδα Έργου, ήδη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς τους. Ούτως, κατά τους ισχυρισμούς της, οι άνω όροι της Διακήρυξης αποκλείουν ουσιαστικά την δυνατότητα παραδεκτής συμμετοχής στο διαγωνισμό όσων δεν διαθέτουν *κατά κυριότητα* τον επίμαχο εξοπλισμό μετά της επίδειξης των τιμολογίων αγοράς του και που δεν έχουν στην Ομάδα έργου τους δύο άτομα εκπαιδευμένα στη χρήση του από την

Κατασκευάστρια αυτού Εταιρεία και αυτό παρά το γεγονός ότι η απόδειξη πλήρωσης της επίμαχης απαίτησης του άρθρ. 2.2.6 βαρύνει μόνον τον ανάδοχο. Όπως ειδικώς διαλαμβάνει η προσφεύγουσα στην υπό κρίση προσφυγή της (σελ. 11) «...Ο περιορισμός δε του ανταγωνισμού κατά τα ανωτέρω ενισχύεται από το γεγονός ότι ακόμη και εάν ήθελε υποτεθεί ότι επιτρεπτός και αιτιολογημένως η αναθέτουσα αρχή απαιτεί την προαπόδειξη πλήρους κτήσης του επίμαχου εξοπλισμού και την εκπαίδευση χρήσης του από την Κατασκευάστρια Εταιρεία, το γεγονός ότι τούτα απαιτούνται να έχουν συντελεστεί μέχρι την 10-1-2022 και ώρα 11:30-12:00 προκειμένου να επιδειχθούν στην αναθέτουσα αρχή κατά την επίσκεψη στα γραφεία Διοίκησης του Οργανισμού για τη χορήγηση της επί ποινή αποκλεισμού βεβαίωσης επίσκεψης, ήτοι μόλις 5 ημέρες από την δημοσίευση της εν λόγω διακήρυξης, καθιστά άνευ προηγουμένου και εκ των πραγμάτων αδύνατη τη συμμετοχή οικονομικών φορέων όπως η εταιρεία μας στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία. Πέραν των ανωτέρω, ουδόλως προκύπτει ποια τυχόν ειδική ικανότητα προσπορίζει στον προσφέροντα ειδικώς η εκ των προτέρων πλήρης κυριότητα (και όχι κατοχή ή νομή) του επίμαχου εξοπλισμού σε συνδυασμό με την ήδη απασχόληση ειδικώς εκπαιδευμένου προσωπικού δύο (2) ατόμων έναντι της δέσμευσης και απόδειξης τυχόν απόκτησης ακόμη και κατά κατοχή ή νομή του εξοπλισμού και δέσμευση εν συνεχεία απασχόλησης εκπαιδευμένου στη χρήση του προσωπικού σε περίπτωση ανάθεσης της σύμβασης. Ούτως, δημιουργείται δια του ως άνω όρου άνιση μεταχείριση και αποκλεισμός ενδιαφερομένων προς συμμετοχή επί τη βάσει μίας συνθήκης, ήτοι της προγενέστερης ιδιοκτησίας του επίμαχου ειδικού εξοπλισμού και της ήδη απασχόλησης δύο (2) ατόμων εκπαιδευμένων από την Κατασκευάστρια Εταιρεία στη χρήση του, η οποία δεν προκύπτει σε τι ειδικώς εξυπηρετεί την αναθέτουσα και τις ανάγκες εκτέλεσης του έργου και ποιο προσόν περισσότερο διαθέτει ως προς την εκτέλεση της σύμβασης, ο ήδη προ της προσφοράς διαθέτων κατά πλήρη κυριότητα τον επίμαχο εξοπλισμό...Ο όρος αυτός επομένως εισάγει μη νόμιμα δυσμενή διάκριση σε βάρος των υποψηφίων ..και εν προκειμένω σε βάρος της εταιρείας μας κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων και πρέπει να ακυρωθεί».

21. Επειδή ο αναθέτων φορέας στις με αριθμ. πρωτ. 741/24-1-2022 απόψεις του, αναφέρει τα ακόλουθα επί των λόγων της προσφυγής:

« 2. Αντικείμενο της διακήρυξης και των ζητούμενων από εμάς υπηρεσιών, είναι η παροχή υπηρεσιών ασφαλείας στην Λιμενική Εγκατάσταση του Κεντρικού Λιμένα ..., αρμοδιότητας του Οργανισμού Λιμένα ... για την εφαρμογή του κώδικα ISPS σε αυτή από Ιδιωτικές Επιχειρήσεις Παροχής Υπηρεσιών Ασφαλείας (ΙΕΠΥΑ), σύμφωνα με το σχεδιασμό που προβλέπεται στην εγκεκριμένη από την αρμόδια Διεύθυνση του Υπουργείου .., μελέτη του Σχεδίου Ασφαλείας Λιμενικής Εγκατάστασης (ΣΑΛΕ) του Κεντρικού Εμπορικού Λιμένα ... για τη μείωση της τρωτότητας της έναντι σκόπιμων παράνομων ενεργειών και προκειμένου η Εγκατάσταση αυτή να συμμορφωθεί με τις διατάξεις του Κανονισμού 725/2004.

3. Εν προκειμένω, το Σχέδιο Ασφάλειας της Λιμενικής Εγκατάστασης (ΣΑΛΕ) του Εμπορικού Λιμένα ..., προβλέπει αυτοματοποιημένα συστήματα ελεγχόμενης πρόσβασης (κάρτες και καρταναγνώστες) για αυτόματη καταγραφή εισερχόμενων και εξερχόμενων ατόμων και οχημάτων, αυτόματες πόρτες, μπάρες ελέγχου εισόδου-εξόδου οχημάτων σε 4 ροές (2 εισόδου και 2 εξόδου), επιτήρηση με σύστημα 14 καμερών και δειγματοληπτικές έρευνες ασφαλείας σε ποσοστό 10%.

4. Για τα ανωτέρω, δεν υπάρχει κατάλληλος εξοπλισμός στην υπηρεσία μας, με αποτέλεσμα όλες οι διαδικασίες να γίνονται χειρόγραφα και χειρωνακτικά.

5. Για τους παραπάνω λόγους και για να μην αυξηθεί υπερβολικά το κόστος φύλαξης, αφού για να γίνουν σωστά οι διαδικασίες με χειρωνακτικό τρόπο απαιτείται τουλάχιστον διπλάσια δύναμη σε προσωπικό φύλαξης, **ενσωματώθηκε στη διακήρυξη η παροχή από τον ανάδοχο του ανιχνευτή εκρηκτικών και ναρκωτικών ιχνών ώστε να μπορεί ο ένας φύλακας σε χρόνο 1-2 λεπτών να διενεργεί τις προβλεπόμενες σε ποσοστό 10% δειγματοληπτικές έρευνες ασφαλείας, σε ένα φορητό ή μια χειραποσκευή ή αποσκευή, αντί των 3-5 λεπτών που οριακά χρειάζεται για μακροσκοπική-χειρωνακτική διαδικασία.**

6. Αυτό που λάβαμε υπόψη, επίσης, κατά την συγγραφή των όρων της διακήρυξης, είναι ότι είναι φύση αδύνατον, την ίδια ώρα ο φύλακας, να κάνει ταυτόχρονα και χειρωνακτική καταγραφή όσων εισέρχονται και εξέρχονται από

τη Λιμενική Εγκατάσταση, λαμβάνοντας υπόψη ότι οι ροές εισόδου και εξόδου απέχουν μεταξύ τους τουλάχιστον 35 μέτρα και με το φυλάκιο ζύγισης-τελωνείου να παρεμβάλλεται. Συνεπώς ελήφθη υπόψη η εν λόγω ανάγκη μας.

7. Οι προδιαγραφές του ανιχνευτή εκρηκτικών και ναρκωτικών ουσιών συμπληρώθηκαν στην διακήρυξη με βάση το μέσο όρο προδιαγραφών των υφιστάμενων ανιχνευτών στην παγκόσμια αγορά και σε καμία περίπτωση αντιγράφοντας συγκεκριμένο μοντέλο ή εταιρεία.

Άλλωστε οι προδιαγραφές αυτές έχουν χρησιμοποιηθεί στο παρελθόν και σε άλλους διαγωνισμούς φύλαξης. (ίδτε σχετικό 1)

8. Η αναφορά δε, της προσφεύγουσας στις προδιαγραφές του ανιχνευτή εκρηκτικών & ναρκωτικών ιχνών είναι ουσία αβάσιμη, μια απλή αναζήτηση στο διαδίκτυο αρκεί για να δει κανείς ότι υπάρχουν πλείστες εταιρείες που διαθέτουν σχετικό εξοπλισμό.

9. Αποδεδειγμένα οι εν λόγω προδιαγραφές που έθεσε η υπηρεσία μας δεν είναι σε καμία περίπτωση αντιγραφή του επικαλούμενου από την προσφεύγουσα φυλλαδίου, όπως ατυχώς και αναληθώς αναφέρει η προσφεύγουσα, αλλά αποτελεί συγκέντρωση ποιοτικών και λειτουργικών χαρακτηριστικών που υπάρχουν σε φυλλάδια τεχνικών προδιαγραφών και άλλων κατασκευαστών ανιχνευτών εκρηκτικών και ναρκωτικών ιχνών, όπως τρία από αυτά ενδεικτικά επισυνάπτονται στις παρούσες απόψεις (σχετικά 1 έως 3).

10. Σε ότι αφορά την παράγραφο 2.2.8.1. «Στήριξη σε ικανότητα τρίτων», αυτή αφορά τα κριτήρια της «οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας» (της παραγράφου 2.2.5) και όχι την «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» (της παραγράφου 2.2.6) όπως λανθασμένα αναφέρει η προσφεύγουσα. Η παράγραφος 2.2.8.2. «Υπεργολαβία», όμως, **ΔΕΝ ΠΕΡΙΟΡΙΖΕΙ** το τμήμα της σύμβασης που ο εν δυνάμει ανάδοχος θα μπορούσε να παραχωρήσει και επομένως η προσφεύγουσα θα μπορούσε να κάνει χρήση αυτής της δυνατότητας σχετικά με τον ανιχνευτή εκρηκτικών και ναρκωτικών ουσιών.

11. Η Προσφεύγουσα υπό τη μορφή γενικής αμφισβήτησης βάλλει κατά συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, κατά το μέρος που οι όροι αυτοί δεν πληρούνται από την ίδια και ζητεί την ακύρωσή του διαγωνισμού. Τούτο, ουχί αναφέροντας παραβίαση συγκεκριμένων διατάξεων που απαγορεύουν τις

ανωτέρω απαιτήσεις, ως απεδείχθη ανωτέρω, αλλά προσπαθώντας να προδιαγράψει τους όρους αυτούς σύμφωνα με τις δικές ανάγκες και απαιτήσεις, κατά παράβαση του Νόμου, κατά τα αναφερόμενα στην πρώτη ανωτέρω παράγραφο

12. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα αορίστως και άνευ εννόμου συμφέροντος υποστηρίζει ότι οι προσβαλλόμενοι όροι είναι παράνομοι και πρέπει να ακυρωθούν, διότι δήθεν περιορίζουν τον ανταγωνισμό.

13. Και τούτο καθόσον, ουδόλως αναφέρει, πολλώ μάλλον τεκμηριώνει, ότι ικανοποιεί η ίδια τις προϋποθέσεις συμμετοχής που θέτει η διακήρυξη, αλλά αορίστως επιδίδεται στην καταγραφή των προϋποθέσεων που η ίδια ικανοποιεί, ώστε να προδιαγράψει τους όρους του διαγωνισμού με τέτοιον τρόπο που να καθιστά παραδεκτή τη συμμετοχή της.

14. Με άλλα λόγια, αορίστως και άνευ εννόμου συμφέροντος για την άσκηση της υπόψη προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα προσβάλλει τους υπόψη όρους της διακήρυξης, αφού η διακήρυξη ως απεδείχθη ανωτέρω, δεν αποκλείει την προσφυγή σε δάνεια εμπειρία (υπεργολαβία) και δεν αποκλείει ουδόλως τον ανταγωνισμό.

15. Μάλιστα η προσφεύγουσα ουδεμία συγκεκριμένη αναφορά κάνει στις προϋποθέσεις που η ίδια καλύπτει με βάση τις ανάγκες της διακήρυξης και ως προς ποιες επιδιώκει να συνεργασθεί με τρίτο φορέα, ώστε να προκύπτει η βλάβη της, τουναντίον ουδεμία αναφορά γίνεται όσον αφορά τον προσδιορισμό των απαιτήσεων τεχνικής ικανότητας και οικονομικής επάρκειας των οποίων σκοπεύει να επικαλεστεί την ικανότητα άλλου φορέα και για τις οποίες προδιαγραφές αποκλείεται η συμμετοχή της.

16. Με άλλα λόγια, υφίσταται έλλειψη εννόμου συμφέροντος για την άσκηση της υπόψη προδικαστικής προσφυγής, αφού η διακήρυξη ουδόλως αποκλείει την προσφυγή σε δάνεια εμπειρία και τον ανταγωνισμό, η δε διακήρυξη είναι νόμιμη και η υπηρεσία μας τεκμηριώνοντας απόλυτα τις ανάγκες τις, διαμόρφωσε κατά την ευρεία διακριτική ευχέρεια και κρίση της, τους όρους της υπό κρίση διακήρυξης, ως προς τους όρους και προϋποθέσεις συμμετοχής και τις τεχνικές προδιαγραφές.

22. Επειδή στο άρθρο 75 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν:

- α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας,
- β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια,
- γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.

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 [...]** 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. [...]

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 [...]

23. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

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

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

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

επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και γ) την **τεχνική και επαγγελματική ικανότητα**.

27. Επειδή περαιτέρω, κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων επιλογής των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται οι βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις συμμετοχής αυτών. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει **να τελούν σε σύνδεση και αναλογία προς το αντικείμενο της**. Εν προκειμένω, για να διαπιστωθεί ***εάν τα κριτήρια περί τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων***, είναι ***ανάλογα*** προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, καθώς και τον προϋπολογισμό της (πρβλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13- απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων), χωρίς να περιορίζεται αδικαιολόγητα ο ανταγωνισμός και ειδικά η πρόσβαση των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων στις δημόσιες Συμβάσεις. Εξάλλου, όπως περιγράφεται και στον «*Ευρωπαϊκό Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις*» και ειδικότερα στο πεδίο 4.1 αυτού με τίτλο «*Διατήρηση της αναλογικότητας των κριτηρίων επιλογής*» διευκρινίζεται ότι «...Όλα τα κριτήρια επιλογής πρέπει να είναι σαφή και αναλογικά προς τη συγκεκριμένη σύμβαση και να μην εισάγουν διακρίσεις. Στην περίπτωση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που της επιτρέπουν να καθορίσει μάλλον κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων. Ωστόσο, πρέπει να ληφθεί μέριμνα ώστε κάτι τέτοιο να μην περιορίζει αδικαιολόγητα το πεδίο των επιλέξιμων υποψηφίων. Επιπλέον, τα κριτήρια επιλογής δεν πρέπει να είναι διατυπωμένα κατά τρόπο που να περιορίζουν το

πεδίο του ανταγωνισμού λαμβάνοντας υπόψη θέματα ήσσονος σημασίας. Για παράδειγμα, η απαίτηση ότι θα ληφθεί υπόψη μόνον η πείρα που έχει αποκτηθεί σε συναλλαγές με τον δημόσιο τομέα είναι, αφεαυτής, άνευ σημασίας και περιορίζει τον ανταγωνισμό.....».

28. Επειδή, η αρχή του ελεύθερου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού συνδέεται κατά το ίδιο ενωσιακό δίκαιο και με την προώθηση συμμετοχής των Μικρών και Μεσαίων Επιχειρήσεων (ΜΜΕ), στις αντίστοιχες διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (βλ. ενδεικτικά και Αποφάσεις ΑΕΠΠ με αρ. 154, 39/2017), ως μοχλός άσκησης ανταγωνιστικής πίεσης και ως εκ τούτου αύξησης του αποτελεσματικού ανταγωνισμού.

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

30. Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49).

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

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

33. Επειδή η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣτΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του έννομου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣτΕ 3905/2004). Σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής της έλλειψής του από την αναθέτουσα αρχή ή τον παρεμβαίνοντα, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣτΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα).

34. Επειδή αναφορικά με τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας πως οι τιθέμενες ως άνω απαιτήσεις της Διακήρυξης όσον αφορά τα κριτήρια τεχνικής ικανότητας (2.2.6 περ.ε) και ειδικότερα την απαίτηση κτήσης κατά κυριότητα των επίμαχων συσκευών ανίχνευσης εκρηκτικών υλών και συνακόλουθα απασχόλησης στο προσωπικό της δύο ατόμων, εκπαιδευμένων στη χρήση τους από την κατασκευάστρια εταιρεία, και μάλιστα σε χρόνο προ της υποβολής της προσφοράς, ενόψει της απαίτησης έκδοσης και προσκόμισης ως απαιτούμενο δικαιολογητικό συμμετοχής της επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενης Βεβαίωσης της Υπηρεσίας για την ενημέρωση (2.4.3.1 περ. δ) λεκτέα τα εξής: Κατόπιν της παράθεσης της πάγιας επί του θέματος νομολογίας (σκ. 26-32), οι άνω αιτιάσεις της προσφεύγουσας πρέπει να ερευνηθούν περαιτέρω, δηλαδή, εάν δεδομένων των συνθηκών εκτέλεσης του συμβατικού αντικειμένου μπορεί εν τοις πράγμασι να επέλθει δια των άνω όρων περιορισμός του επιζητούμενου ανταγωνισμού. Ο αναθέτων φορέας στο με αριθμ. πρωτ. 741/24-1-2022 έγγραφο απόψεών του αιτιολογεί την κανονιστική επιλογή των επίμαχων όρων ως απαραίτητη διότι ενόψει της υλοποίησης του Σχεδίου Ασφάλειας της Λιμενικής Εγκατάστασης (ΣΑΛΕ) του Εμπορικού Λιμένα ..., που προβλέπει αυτοματοποιημένα συστήματα ελεγχόμενης πρόσβασης (κάρτες και καρταναγνώστες) για αυτόματη καταγραφή εισερχόμενων και εξερχόμενων ατόμων και οχημάτων, αυτόματες πόρτες, μπάρες ελέγχου εισόδου-εξόδου οχημάτων σε 4 ροές (2 εισόδου και 2 εξόδου), επιτήρηση με σύστημα 14 καμερών και δειγματοληπτικές έρευνες ασφαλείας σε ποσοστό 10%, η χρήση των επίμαχων συσκευών ανίχνευσης εκρηκτικών είναι επιβεβλημένη. Και τούτο διότι κατά τον αναθέτοντα φορέα δεν υπάρχει κατάλληλος εξοπλισμός στην υπηρεσία, με αποτέλεσμα όλες οι διαδικασίες να

γίνονται χειρόγραφα και χειρωνακτικά. Συνεπώς και για να μην αυξηθεί υπερβολικά το κόστος φύλαξης, αφού για να γίνουν σωστά οι διαδικασίες με χειρωνακτικό τρόπο απαιτείται τουλάχιστον διπλάσια δύναμη σε προσωπικό φύλαξης, ενσωματώθηκε στη διακήρυξη η παροχή από τον ανάδοχο του ανιχνευτή εκρηκτικών και ναρκωτικών ιχνών, ώστε να μπορεί ο ένας φύλακας σε χρόνο 1-2 λεπτών να διενεργεί τις προβλεπόμενες σε ποσοστό 10% δειγματοληπτικές έρευνες ασφαλείας, σε ένα φορητό ή μια χειραποσκευή ή αποσκευή, αντί των 3-5 λεπτών που οριακά χρειάζεται για μακροσκοπική-χειρωνακτική διαδικασία. Επιπλέον, ο αναθέτων φορέας έλαβε υπόψη του ότι είναι φύση αδύνατον, την ίδια ώρα ο φύλακας, να κάνει ταυτόχρονα και χειρωνακτική καταγραφή όσων εισέρχονται και εξέρχονται από τη Λιμενική Εγκατάσταση, λαμβάνοντας υπόψη ότι οι ροές εισόδου και εξόδου απέχουν μεταξύ τους τουλάχιστον 35 μέτρα και με το φυλάκιο ζύγισης-τελωνείου να παρεμβάλλεται. Ωστόσο, ο αναθέτων φορέας ουδόλως αιτιολογεί στις απόψεις του γιατί ο επίμαχος εξοπλισμός (φορητές συσκευές ανίχνευσης εκρηκτικών) πρέπει να είναι αποκλειστικά ιδιόκτητος, αποκλεισμένου κάθε άλλου τρόπου νόμιμης κατοχής του ή νομής του και τι πλεονέκτημα προσδίδει στον συμμετέχοντα η κτήση του κατά κυριότητα προ της υποβολής της προσφοράς του, όταν μάλιστα απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού για την παραδεκτή υποβολή προσφοράς και συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία η χορήγηση Βεβαίωσης από την Υπηρεσία περί διαπίστωσης των ανωτέρω. Ούτε επίσης αιτιολογεί γιατί τα εκπαιδευμένα στην χρήση του επίμαχου εξοπλισμού δύο άτομα του προσωπικού πρέπει να απασχολούνται στην συμμετέχουσα εταιρεία προ της υποβολής της προσφοράς και τι πλεονέκτημα προσδίδει αυτό έναντι της τυχόν προβλεπόμενης δέσμευσης του προσφέροντος ότι θα απασχολήσει τα εν λόγω άτομα μετά την ανάδειξη του ως αναδόχου (ΑΕΠΠ 1870/2021 1^ο Κλιμάκιο). Επιπλέον, ως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, η επίμαχη απαίτηση για αποκλειστικά ιδιόκτητο εξοπλισμό παραβιάζει και την αρχή της αναλογικότητας καθώς η επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού μπορεί να επέλθει εξίσου και με μισθωμένο επί παραδείγματι εξοπλισμό. Κατόπιν τούτου, ο προβαλλόμενος λόγος της προσφεύγουσας που πλήττει τον όρο 2.2.6 (ε) της Διακήρυξης, ο οποίος απαιτεί συνδυαστικώς με τον όρο 2.4.3.1 (δ) αποκλειστικά και μόνον την κατά κυριότητα κτήση του επίμαχου εξοπλισμού και μάλιστα προ της υποβολής των προσφορών πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος, διότι η απαίτηση περί ιδιόκτητου εξοπλισμού, αποκλεισμένου κάθε άλλου τρόπου νόμιμης κατοχής του

και εφόσον ο συμμετέχων δεν μπορεί να στηριχθεί στις ικανότητες τρίτων, καθώς και η υποχρέωση κτήσης αυτού κατά πλήρη κυριότητα προ της υποβολής των προσφορών περιορίζει αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό και ειδικά την πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις.

35. Επειδή η αιτίαση της προσφεύγουσας ότι, *ο όρος του άρθρ. 2.2.6 (ε) που απαιτεί προ της υποβολής της προσφοράς πλήρη κτήση του επίμαχου εξοπλισμού και την ειδική εκπαίδευση στη χρήση του των δύο ατόμων της ομάδας έργου*, καταστρατηγεί τα άρθρα 68 του ν. 3863/2010 και 18 και 311 του ν. 4412/2016, διότι κατά τους ισχυρισμούς της εξαιρεί κονδύλι κόστους άμεσα συνδεόμενου με την ανάληψη και εκτέλεση της σύμβασης από την σύνταξη οικονομικών προσφορών, πρέπει να απορριφθεί κατά την άνω αιτιολογική βάση προσβολής του άρθρου 2.2.6 ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος, καθώς η προσφεύγουσα δεν αποδεικνύει τον λόγο που η μη συμπερίληψη του επικαλούμενου κόστους στο κονδύλι του διοικητικού κόστους, την εμποδίζει από τη συμμετοχή της στη διαγωνιστική διαδικασία, έστω και με επιφύλαξη. Περαιτέρω, η αιτίαση της προσφεύγουσας ότι οι τεχνικές προδιαγραφές του επίμαχου είδους όπως προδιορίζονται στο άρθρ. 2.2.6 είναι φωτογραφικές, και αποτελούν ακριβή μετάφραση των τεχνικών προδιαγραφών του προϊόντος ..., ήτοι της φορητής συσκευής ανίχνευσης ... (...) που διαθέτει ως εκπρόσωπος η εταιρεία ... πρέπει ομοίως να απορριφθούν ως αορίστως προβαλλόμενες και τούτο διότι η προσφεύγουσα ουδόλως προσδιορίζει επαρκώς και ορισμένως τις τεχνικές εκείνες απαιτήσεις που κατά τους ισχυρισμούς της φωτογραφίζουν το εν λόγω προϊόν. Αντίθετα, παραθέτει όλες τις τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης και τις προδιαγραφές του φωτογραφιζόμενου είδους και αιτείται την ακύρωση τους χωρίς συγκεκριμένα να εξειδικεύει τις προδιαγραφές εκείνες που χρήζουν ακύρωσης. Σε κάθε περίπτωση, οι ανωτέρω ισχυρισμοί δεν μπορεί να γίνουν δεκτοί, δεδομένου ότι το γεγονός της ταύτισης των πληττόμενων προδιαγραφών με προϊόντα της ως άνω εταιρείας, δεν αρκεί για να θεωρηθεί ότι αυτές είναι φωτογραφικές (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 676/2011, 1140, 1024, 1025, 836/2010, ΔΕΦΑΘ 296/2013, ΕΑ 1025, 836/2010, 829, 201/2007). Επιπρόσθετα, ο αναθέτων φορέας στο έγγραφο των απόψεων του ρητώς αναφέρει ότι οι τεχνικές προδιαγραφές των φορητών συσκευών ανίχνευσης εκρηκτικών συμπληρώθηκαν στην διακήρυξη με βάση το μέσο όρο προδιαγραφών των υφιστάμενων ανιχνευτών στην παγκόσμια

αγορά και σε καμία περίπτωση αντιγράφοντας συγκεκριμένο μοντέλο ή εταιρεία καθώς και ότι οι προδιαγραφές αυτές έχουν χρησιμοποιηθεί στο παρελθόν και σε άλλους διαγωνισμούς φύλαξης (προσκομίζοντας σχετικό προς τούτο έγγραφο), ενώ, τέλος επικαλείται ότι αποδεδειγμένα οι εν λόγω προδιαγραφές που έθεσε η υπηρεσία δεν είναι αντιγραφή του επικαλούμενου από την προσφεύγουσα φυλλαδίου, αλλά αποτελούν συγκέντρωση ποιοτικών και λειτουργικών χαρακτηριστικών που υπάρχουν σε φυλλάδια τεχνικών προδιαγραφών και άλλων κατασκευαστών ανιχνευτών εκρηκτικών και ναρκωτικών ιχνών (επισυνάπτοντας στις απόψεις υπό σχετ. 1-3 τρία φυλλάδια άλλων κατασκευαστών). Κατόπιν των ανωτέρω, ο προβαλλόμενος λόγος της προσφυγής περί «φωτογραφικότητας» των τεχνικών προδιαγραφών του όρου 2.2.6 της Διακήρυξης ως προς τις φορητές συσκευές ανίχνευσης εκρηκτικών υλών πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

36. Επειδή αναφορικά με τον προβαλλόμενο λόγο της προσφυγής που βάλλει κατά του άρθρου 2.2.8.1 της Διακήρυξης σχετικά με την παράλειψη της δυνατότητας στήριξης στην ικανότητα τρίτων για την πλήρωση της απαιτούμενης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας λεκτέα τα εξής: Αναφορικά με την ύπαρξη δικαιώματος του οικονομικού φορέα να στηριχθεί σε πόρους τρίτων, έχει κριθεί από τη νομολογία του ΔΕΕ, υπό το προηγούμενο καθεστώς, η οποία ωστόσο ενσωματώθηκε στις διατάξεις του άρθρου 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (βλ. και αιτιολογική σκέψη της εν λόγω Οδηγίας με αρ. 2), ότι δεν επιβάλλονται ουσιαστικοί περιορισμοί ως προς τις περιστάσεις υπό τις οποίες οικονομικός φορέας μπορεί να επικαλεστεί τους πόρους ενός άλλου φορέα κατά την υποβολή προσφοράς για την ανάθεση δημοσίας συμβάσεως τουναντίον αποτελεί γενικό κανόνα τον οποίο πρέπει να λαμβάνουν υπόψη οι αναθέτουσες αρχές, όταν ασκούν τις αρμοδιότητές τους για την εξακρίβωση της καταλληλότητας του προσφέροντος για την εκτέλεση ορισμένης συμβάσεως (C 324/14, Partner Apelski Dariusz, ECLI:EU:C:2016:214, σκ. 35). Συγκεκριμένα παγίως η νομολογία αναγνωρίζει το δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα να επικαλείται, για συγκεκριμένη σύμβαση, τις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της φύσεως των δεσμών του με αυτούς, εφόσον αποδεικνύεται στην αναθέτουσα αρχή ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων θα έχει όντως στη διάθεσή του τους πόρους των εν λόγω φορέων, οι οποίοι είναι αναγκαίοι για την εκτέλεση της συμβάσεως (βλ.,

συναφώς, απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψεις 29 και 33). Μια τέτοια ερμηνεία συνάδει προς τον σκοπό του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, τον οποίο επιδιώκουν οι σχετικές με το αντικείμενο αυτό οδηγίες προς όφελος όχι μόνον των οικονομικών φορέων αλλά και των αναθετουσών αρχών. Περαιτέρω, μπορεί επίσης να διευκολύνει την πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις (απόφαση της 10^{ης} Οκτωβρίου 2013, Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψη 34 καθώς και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Εν προκειμένω στον επίμαχο όρο 2.2.8.1 της Διακήρυξης επιτρέπεται η στήριξη στις δυνατότητες τρίτων αποκλειστικά και μόνον για την πλήρωση της οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας και όχι για την πλήρωση της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Όπως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα το κριτήριο του όρου 2.2.6 (ε) που αφορά τη διάθεση καθ' όλη τη διάρκεια της παροχής του έργου της αποκλειστικής χρήσης των δύο (2) φορητών συσκευών ανίχνευσης εκρηκτικών υλών αποτελεί κριτήριο τεχνικής ικανότητας άμεσα συνδεδεμένο με τον ήδη αποκτηθέντα προ της υποβολής της προσφοράς πλήρως κατά κυριότητα αποκτηθέντα εξοπλισμό. Συνεπώς και ενόψει ακύρωσης του άνω όρου 2.2.6 (ε) κατά το σκέλος αυτού που απαιτεί προ της υποβολής της προσφοράς και αποκλειστικά και μόνον ιδιόκτητο τον άνω εξοπλισμό, αποκλεισμένου οιοδήποτε άλλου τρόπου νομίμου κατοχής ή νομής του πρέπει να ακυρωθεί και η παράλειψη της δυνατότητας στήριξης στις δυνατότητες τρίτων για την πλήρωση της απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας, κατ' αποδοχή των οικείων ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

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

της τροποποίησής της. Συνεπώς, σύμφωνα με τα ως άνω προεκτεθέντα, η εν θέματι Διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της.

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

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει εν συνόλω την προσβαλλόμενη Διακήρυξη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 11 Φεβρουαρίου 2022 και εκδόθηκε στις 3 Μαρτίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

ΣΩΚΡΑΤΗΣ ΤΣΑΠΑΛΙΑΡΗΣ