

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 6^η Μαρτίου 2020 με την εξής σύνθεση:
Ιωάννα Θεμελή Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ειρήνη Αψοκάρδου και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 29.1.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 100/29.1.2020 της εταιρείας με την επωνυμία, με τον διακριτικό τίτλο, που εδρεύει στη, οδός αριθ., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της (.....), που εδρεύει στην, οδός αριθ., και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής ο αναθέτων φορέας).

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά: *Να ακυρωθεί άλλως τροποποιηθεί α) η υπ' αριθ. πρωτ. προκήρυξη διαγωνισμού παροχής υπηρεσιών φύλαξης του συστήματος της γραμμής 1 της β) Η υπ' αριθ. διακήρυξη για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης του συστήματος της γραμμής 1 της γ) Κάθε άλλη συναφής προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξη ή παράλειψη της ως άνω αναθέτουσας αρχής που σχετίζεται με την ανωτέρω προκήρυξη και αναφέρεται στον διαγωνισμό που προκηρύχθηκε με την ανωτέρω διακήρυξη.*

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο επί τη βάσει της προϋπολογισθείσας αξίας της

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

σύμβασης ποσού 330.000 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ποσού 1.650,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης, με κωδικό με την ένδειξη ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ, εκτύπωση από την επίσημη ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του ΥΠΟΙΚ με τα στοιχεία του παραβόλου και την ένδειξη ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ, και το από 29-1-2020 αποδεικτικό πληρωμής του στην).

2. Επειδή με την υπ' αριθ.πρωτ. διακήρυξη με αριθ. ΤΔ-..... διακηρύχθηκε από τον αναθέτοντα Διαγωνισμός με ανοικτή διαδικασία για την Παροχή Υπηρεσιών Φύλαξης του Συστήματος της Γραμμής 1, διάρκειας δύο μηνών από την υπογραφή της σύμβασης, με κριτήριο κατακύρωσης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει της τιμής, εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης 330.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ (CPV 79713000-5), με χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), με καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών την 7-2-2020, και με ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών την 12-2-2020 (σελ. 1, 5, όροι 1.3,1.5, 2.3.1, 2.4.2, 3.1.1 της διακήρυξης).

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε την 22-1-2020 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε αριθμό συστήματος

4. Επειδή, στο άρθρο 1 με τον τίτλο «Αντικείμενο - Πεδίο Εφαρμογής» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. Οι διατάξεις του παρόντος αποτελούν προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις: ...β) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις προμήθειες φορέων, που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση Οδηγίας 2004/17/ΕΚ...2. Ο παρών νόμος θεσπίζει κανόνες: α) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης δημοσίων συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου I (άρθρα 2 έως 221), β) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου II (άρθρα 2 και 222 έως 338), ...από τις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς ...Οι διατάξεις του

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

παρόντος εφαρμόζονται, με την επιφύλαξη των παραγράφων 3 έως 7, σε όλες τις συμβάσεις των περιπτώσεων α' και β', ανεξαρτήτως είδους και εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν άλλως ορίζεται στις επιμέρους διατάξεις αυτού.... 6. Οι διατάξεις των άρθρων 200 έως 220 εφαρμόζονται στην εκτέλεση συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 2, συμπληρωματικά προς τις διατάξεις του Κεφαλαίου Ι του Μέρους Β' του Βιβλίου Ι (άρθρα 129 έως 133) ...» Περαιτέρω στο άρθρο 2 με τον τίτλο «Ορισμοί (άρθρο 2 και άρθρο 33 παρ. 1 εδάφιο β' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και άρθρο 2 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) » προβλέπεται ότι «1. Για τους σκοπούς του παρόντος εφαρμόζονται οι ακόλουθοι ορισμοί: ...9) ως «δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών» και ως «συμβάσεις υπηρεσιών» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών, ..».

5. Επειδή, στο αρθ. 222 με τον τίτλο «Αντικείμενο και πεδίο εφαρμογής (άρθρο 1 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι « 1. Το παρόν Βιβλίο (άρθρα 222 έως 338) θεσπίζει κανόνες για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης που πραγματοποιούνται από αναθέτοντες φορείς για συμβάσεις.... 2. Διαδικασία σύναψης σύμβασης κατά την έννοια του παρόντος Βιβλίου, είναι η διαδικασία για την απόκτηση έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών από οικονομικούς φορείς που επιλέγονται από έναν ή περισσότερους αναθέτοντες φορείς, εφόσον τα εν λόγω έργα, προμήθειες ή υπηρεσίες προορίζονται για την εκτέλεση μιας εκ των δραστηριοτήτων που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234. ...».

6. Επειδή σύμφωνα με το άρθρ. 2 παρ. 1 α) και παρ. 4 του ν. 4412/2016 και περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρ. 224 του ν. 4412/2016 « 1. Για τους σκοπούς του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) αναθέτοντες φορείς είναι εκείνοι οι οποίοι: α) είναι αναθέτουσες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις, οι οποίες ασκούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234... 2. Ως «δημόσια επιχείρηση» νοείται κάθε επιχείρηση στην οποία οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ασκούν, άμεσα ή έμμεσα, δεσπίζουσα επιρροή λόγω κυριότητας, χρηματοδοτικής συμμετοχής ή των κανόνων που τη διέπουν. Η δεσπίζουσα επιρροή εκ μέρους των αναθετουσών αρχών τεκμαίρεται σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις στις οποίες οι εν

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

λόγω αρχές, άμεσα ή έμμεσα: α) κατέχουν την πλειοψηφία του εγγεγραμμένου κεφαλαίου της επιχείρησης....»

7. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 231 «Υπηρεσίες μεταφορών (άρθρο 11 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» : «1. Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) εφαρμόζονται στις δραστηριότητες που αποσκοπούν στην παροχή ή τη λειτουργία δικτύων που παρέχουν υπηρεσίες στο κοινό στους τομείς των μεταφορών με σιδηρόδρομο, αυτόματα συστήματα, τραμ, τρόλεϊ, λεωφορεία ή καλώδιο»

8. Επειδή εν προκειμένω, ως αναφέρεται και στην σελ. 4 της διακήρυξης Η ανώνυμη εταιρία, με την επωνυμία και το δ.τ. (εφεξής «»), ιδρύθηκε κατόπιν της απορρόφησης των εταιρειών και από την σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 3920/2011. Η αποτελεί εταιρεία του ομίλου, υπάγεται δε, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 7,αρ.1 του ν. 3920/2011, στον ν. 3429/2005, περί και έχει ως κύρια αρμοδιότητα την εκτέλεση του συγκοινωνιακού έργου μμέσα στα όρια της, όπως αυτή ορίζεται στο ν. 3852/2010 (ΦΕΚ 87 Α'), εκτός από τις νήσους, οι οποίες εξυπηρετούν το γενικότερο δημόσιο συμφέρον, με τα (επίγεια και υπόγεια) μέσα σταθερής τροχιάς (αστικοί σιδηρόδρομοι, τροχιόδρομοι-τραμ και λοιπά μέσα σταθερής τροχιάς). Στην εταιρεία περιλαμβάνονται ο (.....), ηΛειτουργίας (.....), και ηΠεραιτέρω, σύμφωνα με το άρθ. 197 του ν. 4389/27.5.2016 (ΦΕΚ Α, 94) συστήθηκε ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «» (.....) της οποίας σκοπός είναι να κατέχει τις συμμετοχές του κράτους σε δημόσιες επιχειρήσεις να τις διαχειρίζεται επαγγελματικά και να επαυξάνει τις συμμετοχές αυτών όπως και να τις αξιοποιεί σύμφωνα με βέλτιστες διεθνείς πρακτικές και σύμφωνα με τις κατευθυντήριες γραμμές του, και για τους σκοπούς αυτούς, οι μετοχές των δημοσίων επιχειρήσεων που απαριθμούνται στο Παράρτημα Δ' του νόμου, μεταξύ άλλων και οι μετοχές των : 1., 2., 3., μεταβιβάσθηκαν αυτοδικαίως και χωρίς αντάλλαγμα στην Ακολούθως, το άρθρο 81 του ν. 4472/19.05.2017 (Τεύχος Α' αρ. φύλλου 74) τροποποίησε το άρθρο 197 του ν. 4389/2016 αντικαθιστώντας το Παράρτημα Δ' ως εξής: «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Δ' (Επιχειρήσεις που μεταβιβάζονται στην): 1. και οι θυγατρικές του (.....,) σύμφωνα με τις διατάξεις του ν.

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

3920/2011 που αφορούν τις διεταιρικές σχέσεις των, και». Έπειτα, τον Ιανουάριο του 2018 ψηφίστηκε ο ν. 4512/2018 (το Υπερταμείο), όπου σύμφωνα με το άρθ. 380 η» (.....) αντικαθίσταται με την «», και το άρθ. 197 του ν. 4389/2016, αντικαταστάθηκε ως εξής: «Άρθρο 197. Ειδικές διατάξεις για τις λοιπές θυγατρικές 1. Το σύνολο των μετοχών κυριότητας του Ελληνικού Δημοσίου στις δημόσιες επιχειρήσεις που απαριθμούνται στα Παραρτήματα Δ' , Ε' και ΣΤ', τα οποία αποτελούν αναπόσπαστα μέρη του παρόντος νόμου, μεταβιβάζονται αυτοδικαίως και χωρίς αντάλλαγμα στην εταιρεία.» Εξάλλου, ως ανωτέρω αναφέρεται, σκοπός της είναι -μεταξύ άλλων- α) Ο προγραμματισμός, η οργάνωση και η εκτέλεση του συγκοινωνιακού έργου στην περιοχή αρμοδιότητας του που συντελείται με τα μέσα σταθερής τροχιάς (επίγεια & υπόγεια) , δηλαδή του δικτύου των γραμμών 1,2 και 3, και του δικτύου (...) του, και κάθε πιθανής επέκτασης αυτών ή και νέων γραμμών εντός του Νομού, καθώς επίσης και των εγκαταστάσεων, οχημάτων και των εν γένει και μέσων, ως και η σύμπραξη κι η συνεργασία με άλλους οργανισμούς και φορείς συγκοινωνιών του Νομού Το δε μετοχικό της κεφάλαιο ενσωματώνεται σε μία ονομαστική μετοχή ονομαστικής αξίας ενός δισεκατομμυρίου διακοσίων ενός εκατομμυρίων ογδόντα έξι χιλιάδων διακοσίων πέντε ευρώ και ογδόντα έξι λεπτών (€1.201.086.205,86), η οποία ανήκει στον(ΚΥΑ της 17-6-2011 ΦΕΚ Β, 2011, 1454) (βλ. αναλυτικά τις Ετήσιες Οικονομικές Καταστάσεις της ΣΤΑΣΥ ΑΕ για την χρήση 2018 που συντάχθηκαν την 20-6-2019 και είναι αναρτημένες στην επίσημη ιστοσελίδα της : http://www.stasy.gr/fileadmin/uploads/RFPs/03.07.2019_TELIKO_STASY_Oikonomikes_Kat_astaseis_Notes_31.12.2018.pdf Ο δε μητρικός οργανισμός ΟΑΣΑ που αναδιοργανώθηκε σύμφωνα με τα παραπάνω, ανήκει εξ ολοκλήρου στο Ελληνικό Δημόσιο, σύμφωνα με τις Ετήσιες Οικονομικές Καταστάσεις του για την χρήση 2018 (σημείο 3.6.3.1 Μετοχικό Κεφάλαιο) που συντάχθηκαν την 15-7-2019 και είναι αναρτημένες στην επίσημη ιστοσελίδα του ΟΑΣΑ:

http://www.oasa.gr/pdf/el/annualreports/OASA_notes_2018_final.pdf

Συνεπώς, σύμφωνα με τον συνδυασμό των άρθρων 1, 2 παρ. 1 α), 222, 224 παρ. 1 και 2, 231 του ν.4412/2016, και ν. 3891/2010, η ΣΤΑΣΥ ΑΕ συνιστά

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

αναθέτοντα φορέα κατά την έννοια του ν. 4412/2016, ως δημόσια επιχείρηση, δραστηριοποιούμενη στην παροχή προς το κοινωνικό σύνολο συγκοινωνιακού έργου με την λειτουργία στον Νομό συγκοινωνιακού δικτύου με μέσα σταθερής τροχιάς, στην οποία το Ελληνικό Δημόσιο ασκεί δεσπόζουσα επιρροή λόγω κυριότητας, ως μέτοχος του 100% του εταιρικού κεφαλαίου του, ο οποίος είναι ο μόνος μέτοχος του 100% του εταιρικού κεφαλαίου της, και, επομένως, οι συμβάσεις της διέπονται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ του ν.4412/2016.

9. Επειδή ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του ν. 4412/2016 σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016, και επομένως παραδεκτά έχει ασκηθεί η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

10. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα την 29-1-2020, μέσω της λειτουργικότητας *επικοινωνία* του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (εφεξής η *επικοινωνία*), λαμβανομένου υπ' όψιν α) ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 22-1-2020, β) ότι η κρινόμενη προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου, και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την 29-1-2019, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο εδ. (γ) της παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. γ) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

11. Επειδή ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε την υπό εξέταση προσφυγή προς πάντα ενδιαφερόμενο με ανάρτηση στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού κατά τα προβλεπόμενα στο άρθ. 365 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 και στο άρθ. 9 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017.

12. Επειδή την 14-2-2020 ο αναθέτων φορέας ανάρτησε στην *επικοινωνία* το με αριθ. πρωτ. 2085/10-2-2020 έγγραφο με τις απόψεις του επί της προσφυγής, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και το άρθ. 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, και το κοινοποίησε και με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ την 10-2-2020,

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

γνωστοποιώντας την 14-2-2020 τις απόψεις του μέσω της *επικοινωνίας* προς την προσφεύγουσα, σύμφωνα με τον νόμο.

13. Επειδή η προσφεύγουσα εμπρόθεσμα και παραδεκτά σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 ως τροποποιημένο ισχύει, κατέθεσε την 26-2-2020 Υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής μέσω της *επικοινωνίας*, και το κοινοποίησε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

14. Επειδή την 6-2-2020 εισήχθη προς κρίση το αίτημα αναστολής το οποίο η προσφεύγουσα είχε ενσωματώσει στην εξεταζόμενη προσφυγή, και εκδόθηκε η με αριθ. Α58/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ, με την οποία έγινε δεκτό το αίτημα αναστολής της διαδικασίας, μέχρι την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής.

15. Επειδή, μετά την με αριθ. Α58/6-2-2020 απόφαση ΑΕΠΠ περί αναστολής του διαγωνισμού, η οποία κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν, ήτοι την 6-2-2020 και ώρα 2.29 μμ, ως προκύπτει από τα στοιχεία της διαδικασίας όπως βρίσκονται αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, η προσφεύγουσα κατέθεσε την 7-2-2020 προσφορά στον διαγωνισμό, ως επίσης και έτεροι δύο οικονομικοί φορείς.

16. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νόμιμα εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του ΠΔ 39/2017, κατόπιν των με αριθ. 145/2020, 238/2020 Πράξεων της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου *περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή-κλήση περί απόψεων επί αιτήματος προσωρινών μέτρων, και τροποποιητικής πράξης, αντίστοιχα.*

17. Επειδή, σύμφωνα με τον όρο 2. ΓΕΝΙΚΟΙ ΚΑΙ ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ της διακήρυξης προβλέπεται ότι : « 2.2 Δικαίωμα Συμμετοχής - Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής Κριτήρια Επιλογής... 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ... 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... 2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα... Β.4. Για την

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: .. Για την απαίτηση 2.2.6B θα προσκομιστεί σε ηλεκτρονικά αρχεία η τελευταία Αναλυτική Περιοδική Δήλωση (ΑΠΔ) του τρέχοντος έτους καθώς και οι Αναλυτικές Περιοδικές Δηλώσεις (ΑΠΔ) των αντίστοιχων περιόδων των δύο (2) προηγούμενων ετών από τον ΕΦΚΑ. Σε έντυπη μορφή θα κατατεθούν και οι σχετικές καταστάσεις επιθεώρησης εργασίας προσωπικού...2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται ... με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους ... 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας.. θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους ... της σύμβασης». Περαιτέρω, στον όρο 3. ΔΙΕΝΕΡΓΕΙΑ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ - ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ προβλέπεται ότι «.. 3.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου - Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση μέσω του συστήματος στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας, δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα ... όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2. της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία ... για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 - 2.2.8 αυτής.Απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ του αναθέτοντα φορέα η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, .. εάν:... ii) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή iii) από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα ... 2.2.4 έως 2.2.8 (κριτήρια

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

ποιοτικής επιλογής) της παρούσας, .. » Ακολούθως, στον όρο 6. ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ προβλέπεται ότι «...6.2.1. Η διάρκεια της Σύμβασης ορίζεται σε δύο (2) μήνες. Το εν λόγω χρονικό διάστημα αρχίζει από την ημερομηνία υπογραφής του συμφωνητικού ή από την ημερομηνία που ορίζεται σε αυτό και λήγει είτε σε δήλη ημερομηνία ή προθεσμία. 6.2.2. Η συνολική διάρκεια της σύμβασης μπορεί να παρατείνεται μετά από αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής μέχρι το 50% αυτής ύστερα από σχετικό αίτημα του αναδόχου που υποβάλλεται πριν από τη λήξη της διάρκειάς της, σε αντικειμενικά δικαιολογημένες περιπτώσεις που δεν οφείλονται σε υπαιτιότητα του αναδόχου..» Περαιτέρω, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ VI – Τεχνικές Προδιαγραφές ορίζεται ότι «ΤΠ-4 ΚΑΤΑΝΟΜΗ ΤΟΥ ΠΡΟΣΩΠΙΚΟΥ ΦΥΛΑΞΗΣ Στο πίνακα κατανομής προσωπικού φύλαξης φαίνεται η κατανομή του προσωπικού στους σταθμούς του συστήματος

ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΡΟΣΩΠΙΚΟΥ ΦΥΛΑΞΗΣ ΤΟΥ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΤΗΣ ΓΡΑΜΜΗΣ 1 ΩΡΑΡΙΟ

		06.00-14.00	14.00-22.00	22.00-06.00
α/α	ΣΤΑΘΜΟΣ			
1	ΠΕΙΡΑΙΑΣ	1	1	1
2	ΦΑΛΗΡΟ	1	1	1
3	ΜΟΣΧΑΤΟ	1	1	1
4	ΚΑΛΛΙΘΕΑ	1	1	1
5	ΤΑΥΡΟΣ	1	1	1
6	ΠΕΤΡΑΛΩΝΑ	1	1	1
7	ΘΗΣΕΙΟ	1	1	1
8	ΜΟΝΑΣΤΗΡΑΚΙ	1	1	1
9	ΟΜΟΝΟΙΑ	1	1	1
10	ΒΙΚΤΩΡΙΑ	1	1	1
11	ΑΤΤΙΚΗ	1	1	1
12	ΑΓ.ΝΙΚΟΛΑΟΣ	1	1	1
13	Κ.ΠΑΤΗΣΙΑ	1	1	1
14	ΑΓ.ΕΛΕΥΘΕΡΙΟΣ	1	1	1
15	ΑΝ.ΠΑΤΗΣΙΑ	1	1	1
16	ΠΕΡΙΣΣΟΣ	1	1	1
17	ΠΕΥΚΑΚΙΑ	1	1	1

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

18	Ν.ΙΩΝΙΑ	1	1	1
19	ΗΡΑΚΛΕΙΟ	1	1	1
20	ΕΙΡΗΝΗ	1	1	1
21	ΝΕΡΑΤΖΙΩΤΙΣΣΑ	1	1	1
22	ΜΑΡΟΥΣΙ	1	1	1
23	ΚΑΤ	1	1	1
24	ΚΗΦΙΣΙΑ	1	1	1
Εποπτεία – Κέντρο Λήψης				
	Σημάτων (ΤΑΥΡΟΣ)	1	1	1
	ΣΥΝΟΛΟ	25	25	25
... »				

18. Επειδή, με τον μόνο λόγο της υπό εξέταση προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλούμενη τα άρθ. 253 και 75 του ν. 4412/2016, την ΚΟ 13 ΕΑΑΔΗΣΥ, το άρθ. 44 παρ. 1 της οδηγίας 2004/18/ΕΚ, τις αρχές της αναλογικότητας της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού, και σχετική νομολογία των Δικαστηρίων, ισχυρίζεται ότι ο πλησσόμενος όρος 2.2.6 της διακήρυξης δεν είναι σύνομος επειδή «... Β. Επί του εννόμου συμφέροντος Για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής απαιτείται έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος, το οποίο συναρτάται με την ιδιότητά του ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣΤΕ 880/16 σκ. 13), άλλως ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει στο διαγωνισμό αλλά αποκλεισμένου δυνάμει όρου της προκήρυξης (ΣΕ 4506/12). Ειδικότερον ο ενδιαφερόμενος πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα ανάδειξη του κριτήρια σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιώδη δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό (ΣΤΕ ΕΑ 147/2016). Ως βλάβη στην περίπτωση αυτή, ορίζεται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή κατά γενικό τρόπο παραβίαση διαφόρων διατάξεων αλλά τα πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευόμενα αφορώντα τη νομική και πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος τα οποία είτε αποκλείουν, είτε καθιστούν υπερβολικά δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό είτε προδιαγράφουν άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα του λόγω

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (ΣΤΕ ΕΑ 1140, 1137/2010). Στην προκειμένη περίπτωση ο κατωτέρω προσβαλλόμενος όρος (2.2.6 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» παρ. Β.) αποκλείει την συμμετοχή μου στο διαγωνισμό και ως εκ τούτου θίγει άμεσα και ειδικά τα έννομα συμφέροντά μου, καθόσον έχω συμφέρον να μου ανατεθεί η σύμβαση και ενδέχεται να υποστώ ζημία από τις προσβαλλόμενες πράξεις της αναθέτουσας αρχής λαμβανομένη υπόψη ότι: --- -- δραστηριοποιούμαι επί σειρά ετών με την παροχή υπηρεσιών φύλαξης --- παρέχω στην αναθέτουσα αρχή, δυνάμει (α) της υπ' αριθμ ΤΔ- Συμβάσεως υπηρεσίες φύλαξης του συστήματος της Γραμμής 1 της και δυνάμει (β) της υπ. αριθμ. ΤΔ- Συμβάσεως υπηρεσίες φύλαξης των αποβαθρών του συστήματος της Γραμμής 1 της για το χρονικό διάστημα από 1/5/2019 έως 30/4/2020. --- προτίθεμαι να συμμετάσχω στον προκηρυχθέντα ως άνω διαγωνισμό. Συνεπώς παραδεκτώς, ως έχουσα άμεσο προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον ασκώ την παρούσα προδικαστική προσφυγή και αιτούμαι την ακύρωση των προσβαλλομένων πράξεων της αναθέτουσας αρχής για τους κατωτέρω νομίμους και αληθινούς λόγους που αφορούν τον πληττόμενο με την παρούσα όρο από τον οποίο υφίσταμαι άμεση βλάβη αφού εμποδίζει την συμμετοχή μου στον διαγωνισμό.

Γ Λόγοι Ακυρώσεως ..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 Ζετία ενώ αφετέρου ότι ο οικονομικός φορέας που θ' αναλάβει την παροχή των υπηρεσιών φύλαξης, θα πρέπει ν' απασχολήσει συνολικά 75 άτομα- φύλακες για την κάλυψη των αναγκών φύλαξης. Ο ανωτέρω τιθέμενος αριθμός ατόμων μόνιμου προσωπικού (330 άτομα) με ειδικότητα προσωπικό ασφαλείας ως ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που θεσπίζεται για την υπό ανάθεση σύμβαση διάρκειας δύο (2) μηνών για την εκτέλεση της οποίας θα απασχοληθούν 75 άτομα δεν συνδέεται με την οικεία σύμβαση, ούτε τελεί σε αναλογία με το αντικείμενό της, ενώ μειώνει, χωρίς να συντρέχει λόγος την ανταγωνιστική βάση του διαγωνισμού, καθόσον : 1. Η σύμβαση που θα συναφθεί θα είναι διάρκειας μόλις δύο (2) μηνών και για την εκτέλεσή της θα

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

απασχοληθούν 75 άτομα. Ήτοι το ελάχιστο απαιτούμενο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας σύμφωνα με το κριτήριο 2.2.6, περ. Β της διακήρυξης του διαγωνισμού είναι μεγαλύτερο του 4πλάσιου αριθμού των ατόμων που απαιτούνται για να επανδρώσουν το έργο! Με βάση την διάρκεια και τις ανάγκες της συμβάσεως, η απαίτηση για ύπαρξη προσωπικού 330 ατόμων, ως προϋπόθεση συμμετοχής, υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες της συμβάσεως και δεν είναι συνδεδεμένη με τους υπόλοιπους όρους της σχετικά με τη διάρκεια και τον αριθμό των ατόμων που πραγματικά θ' απασχοληθεί για την εκτέλεσή της. 2. Το θεσπιζόμενο κατώτατο όριο προσωπικού των 330 ατόμων δεν αποτελεί αντικειμενική ένδειξη για την ύπαρξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και σε κάθε περίπτωση υπερβαίνει κατά πολύ αυτό που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του σκοπού που είναι η φύλαξη των σταθμών για δύο (2) μήνες. 3. Δεν είναι συναφές ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση συμβάσεως ούτε ανάλογο με τον επιδιωκόμενο σκοπό της και ως εκ τούτου δεν αποτελεί απόδειξη της γενικής καταλληλότητας των διαγωνιζομένων. 4. Ακόμη ο τιθέμενος όρος δεν είναι πρόσφορος για την διακρίβωση της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων. Ούτω η ημετέρα εταιρεία, η οποία δεν διαθέτει τον απαιτούμενο από την διακήρυξη ελάχιστο αριθμό προσωπικού (330 άτομα μέσω 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- και ΤΔ- Συμβάσεις παροχής υπηρεσιών φύλαξης της γραμμή 1 της, οι οποίες (υπηρεσίες) γίνονται αποδεκτές από την αναθέτουσα αρχή. Επομένως η θέσπιση τέτοιου ορίου, ως προϋπόθεση καταλληλότητας για την δυνατότητα των οικονομικών φορέων να μετάσχουν στον διαγωνισμό και στη συνέχεια να ανταποκριθούν στην απρόσκοπτη εκτέλεση των υπό ανάθεση υπηρεσιών δεν είναι εύλογη, ούτε πρόσφορη για την απόδειξη της ικανότητάς τους. 5. Η θέσπιση τέτοιου όρου περιορίζει αναμφίβολα τον κύκλο των ενδιαφερομένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό, και αποτελεί επαχθή παρέμβαση στο δικαίωμα των οικονομικών φορέων που επιθυμούν να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό και ως τοιαύτη θα πρέπει να μην παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας. Ειδικότερον, η ως άνω αρχή παραβιάζεται όταν το μέτρο που λαμβάνεται, δεν είναι: • πρόσφορο για την επίτευξη του σκοπού που επιδιώκεται • αναγκαίο για την επίτευξη του

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

εν λόγω σκοπού, υπό την έννοια ότι το αυτό αποτέλεσμα μπορεί να επιτευχθεί με ένα ανώδυνο ή ηπιότερο μέτρο. • αναλογικό εν στενή εννοία, δηλαδή τελεί σε εσωτερική αλληλουχία προς τον επιδιωκόμενο σκοπό ώστε η αναμενόμενη ωφέλεια να μην είναι ποιοτικά και ποσοτικά κατώτερη από την βλάβη που προκαλείται. Στην επίδικη περίπτωση το θεσπιζόμενο όριο δεν είναι: • πρόσφορο γιατί η παροχή των υπηρεσιών αποδεδειγμένα, μπορεί να παρασχεθεί και από οικονομικούς φορείς που έχουν μικρότερο αριθμό μόνιμου προσωπικού (ημετέρα εταιρεία που παρέχει όμοιες υπηρεσίες στην ίδια γραμμή) • αναγκαίο αφού το αποτέλεσμα (επιτυχής φύλαξη των σταθμών) μπορεί να επιτευχθεί και από οικονομικούς φορείς που έχουν ανάλογη εμπειρία έστω και αν διαθέτουν μικρότερο αριθμό προσωπικού • αναλογικό γιατί δεν συνδέεται με τους υπόλοιπους όρους της διακήρυξης και υπερβαίνει κατά πολύ τ' αναγκαία για την επίτευξη του σκοπού του οποίου υποτίθεται ότι επιδιώκει να διασφαλίσει. Συνεπώς με τον θεσπιζόμενο όρο παραβιάζεται η συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή της αναλογικότητας (αρθρ. 25§1 Συντ.).... Από τ' ανωτέρω εκτεθέντα-συνάγεται ότι ο πληττόμενος όρος δεν συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης ούτε αποτελεί πρόσφορο μέτρο διακρίβωσης της ικανότητας των υποψηφίων, ούτε τελεί σε αναλογία με τον περιορισμό που επιβάλλει, αφού αποκλείει οικονομικούς φορείς που έχουν την εμπειρία και τα προσόντα να παράσχουν τις ειρημένες υπηρεσίες, με συνέπεια να επέρχεται η κατάλυση των κανόνων ανταγωνισμού, που αποτελεί κοινοτικό κεκτημένο..... η ημετέρα εταιρεία δραστηριοποιείται στον τομέα της παροχής υπηρεσιών φύλαξης, παρέχει τις επίμαχες υπηρεσίες στην αναθέτουσα αρχή, δυνάμει (α) της υπ' αριθμ ΤΔ- Συμβάσεως υπηρεσίες φύλαξης του συστήματος της Γραμμής 1 της και δυνάμει (β) της υπ. αριθμ. ΤΔ- Συμβάσεως υπηρεσίες φύλαξης των αποβαθρών του συστήματος της Γραμμής 1 της για το χρονικό διάστημα από 1/5/2019 έως 30/4/2020, και προτίθεται να συμμετάσχει στον επίδικο διαγωνισμό και επομένως επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης διακήρυξης στο μέτρο που οι προσβαλλόμενοι όροι επηρεάζουν ουσιωδώς την συμμετοχή της σε αυτόν. Η ημετέρα εταιρεία έχει άμεσο προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, αφού ως επιχείρηση δραστηριοποιείται με την παροχή υπηρεσιών φύλαξης και έχει συμφέρον να της ανατεθεί η υπό ανάθεση σύμβαση πλην όμως η συμμετοχή της στον διαγωνισμό καθίσταται αδύνατη

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

εξαιτίας του πληττομένου με αυτήν όρου....»

19. Επειδή ο αναθέτων φορέας στις απόψεις επί της προσφυγής αναφέρει ότι «... 1. Η έχει προβεί στην προκήρυξη σημαντικού αριθμού διαγωνισμών με ανάλογα ή και - τηρούμενων των αναλογιών - πιο αυστηρά κριτήρια ποιοτικής επιλογής (τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας) αναφορικά με τον απαιτούμενο αριθμό εργαζομένων (βλέπε, ενδεικτικά ΤΔ 075/18, ΤΔ 119/18, ΤΔ 063/19, 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 6 της προσφυγής της). Συνεπώς, η οιαδήποτε καθυστέρηση στην δια του επίδικου διαγωνισμού εκ νέου ανάθεση του έργου έχει προφανή για αυτήν επωφελή αποτελέσματα. Ομοίως, πρέπει να σημειωθεί ότι η προσφεύγουσα, παρά την εκ μέρους της προσφυγή έχει καταθέσει προσφορά και συμμετέχει και στον επίδικο διαγωνισμό (καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 7/2/2020 - η δε απόφαση Α58/2020 περί αναστολής του διαγωνισμού της ΑΕΠΠ εκδόθηκε την 6/2/2020), τους όρους

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

του οποίου ταυτοχρόνως προσβάλλει (οιονεί προσχηματικώς και με τρόπο αντιφατικό και αντικείμενο στην καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη). 3. Η επιτελεί ένα ιδιαίτερα σημαντικό κοινωνικό έργο, έχοντας αναλάβει την ύψιστη ευθύνη και υποχρέωση παροχής ασφαλούς μεταφοράς του κοινωνικού συνόλου με μέσα σταθερής τροχιάς. Η ιδιαίτερη βαρύτητα του έργου αυτού, η πολυπλοκότης του, οι τεχνικές δυσκολίες που συνεχονται με την προσήκουσα εκτέλεσή του και η προάσπιση του πρωταρχικού κοινωνικού αγαθού της μεταφοράς των πολιτών, επιβάλλουν στην την ιδιαίτερη επιμέλεια και προσοχή της στην επιλογή των 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 ιδαιεροτήτων 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: ... Επιπροσθέτως, στο εν προκειμένω εφαρμοστέο Βιβλίο Ιί 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 ... Δεν υφίσταται, συνεπώς,

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

ουδεμία αμφιβολία ότι η Αναθέτουσα Αρχή και, α, ο Αναθέτων Φορέας (ως η), δύναται (ως η ίδια η προσφεύγουσα τονίζει) «να διαμορφώνει, κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης με βάση τις ανάγκες της και τη σκοπιμότητα που εκείνη κρίνει». 3.2

Υπό το ανωτέρω πρίσμα, σημαντικό συστατικό της τεχνικής ικανότητας και εν γένει αξιοπιστίας του υποψηφίου είναι, κατά τη κοινή λογική, αλλά και, ιδίως, κατά την ειδικότερη τεχνική και αμερόληπτη κρίση της, λαμβανομένων υπ' όψιν των ιδιαιτεροτήτων, συνθηκών και τόπου παροχής των εν θέματι υπηρεσιών, ο αριθμός των εργαζομένων που ο υποψήφιος απασχολεί, ιδίως δεδομένων των συχνών προβλημάτων που παρουσιάζονται στην απρόσκοπτη παροχή παρόμοιων υπηρεσιών, των συχνότατων και συνεχών αποχωρήσεων (οικειοθελών ή μη) και απολύσεων εργαζομένων στο πεδίο αυτό επιχειρηματικής δραστηριότητας, και της κρισιμότητας των εν θέματι υπηρεσιών για το κοινωνικό σύνολο. Η προφανώς, ουδένα συμμετέχοντα, και φυσικά ούτε την προσφεύγουσα, στην οποία έχει ήδη αναθέσει την εκτέλεση σχετικών συμβάσεων έχει την πρόθεση εκ των προτέρων να αποκλείσει αδικαιολόγητα από τη διαγωνιστική διαδικασία. Αντιθέτως, η καλοπίστως, άνευ διακρίσεων και παντελώς αμερόληπτα έχει συνεργασθεί με όλες τις, κατά τεκμήριο, αξιόπιστες εταιρείες που δραστηριοποιούνται στο εν θέματι πεδίο (πράγμα που αποδεικνύεται και από τις σχετικές ανατεθείσες συμβάσεις), με γνώμονά της την ανάπτυξη του ανταγωνισμού, την ίση μεταχείριση, τη χρηστή διοίκηση και την λήψη ποιοτικών και αξιόπιστων υπηρεσιών προς προάσπιση του δημοσίου συμφέροντος: επιδιώκοντας, ακριβώς, την καλύτερη δυνατή διασφάλιση του παρεχόμενου κοινωνικού έργου έθεσε, κατόπιν προσεκτικών εκτιμήσεων, με υψηλό αίσθημα ευθύνης και επί τη βάση της εκτεταμένης εμπειρίας της και των εμπειριστατωμένων τεχνικών της κρίσεων, ως όριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας την απασχόληση, εκ μέρους του κατάλληλου υποψηφίου, τουλάχιστον 330 ατόμων ως μόνιμου προσωπικού φύλαξης. 3.2.1 Ειδικότερα, η φύλαξη των σταθμών της Γραμμής 1 απαιτεί, κατ' ελάχιστον την απασχόληση 107, περίπου, ατόμων ανά ημέρα φύλαξης (συνυπολογιζομένων των αναγκών αδειών, αργιών, εορτών κλπ. σύμφωνα με το κείμενο-νομοθετικό και κανονιστικό ρυθμιστικό πλαίσιο - άρθρο 68, ν. 3863/2010 κλπ.) Ιδιαίτερα δε πρέπει να επισημανθεί ότι, παρά τα όσα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ο

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

αριθμός αυτός είναι αναγκαίος ανά ημέρα φύλαξης και ανεξάρτητα από τη συνολική χρονική διάρκεια της σχετικής συμβάσεως. 3.2.2 Ο αριθμός αυτός (των 330 ατόμων) φαίνεται, ίσως, εκ πρώτης όψεως, μεγάλος. Όμως, ο αριθμός αυτός (των 330 ατόμων) παρίσταται απολύτως εύλογος και δικαιολογημένος, αν ληφθούν επιπλέον υπ' όψιν τα ακόλουθα: Κατ' αρχήν, το σύστημα της Γραμμής 1 («Πειραιάς - Κηφισιά») έχει επεκταθεί ως προς τη πυκνότητα των σταθμών του εξυπηρετώντας όλο το λεκανοπέδιο, συνίσταται δε σε ανοικτό δίκτυο, με όλους τους κινδύνους που τούτο εγκυμονεί. Επιπλέον, οι σταθμοί του συστήματος, ιδιαίτερα πολυσύχναστοι καθ'όλο το ωράριο λειτουργίας του συστήματος, με συνεχή κίνηση και με ιδιαίτερα υψηλούς αριθμούς επιβατικού κοινού (κατά μέσο όρο 280.000 άτομα μηνιαίως) είναι εγκατεστημένοι σε περιοχές αυξημένης επικινδυνότητας, με έντονη παρουσία περιθωριακών ομάδων, οι δε χρήστες - επιβάτες των υπηρεσιών σε πολλούς από τους σταθμούς είναι επιρρεπείς σε παραβατικές, μη νουνεχείς ή έκνομες ενέργειες (συμπεριλαμβανομένων χρηστών ναρκωτικών ουσιών, λαθρεπιβατών, αστέγων, παράνομων μεταναστών, ψυχικά ασθενών, ατόμων με εν γένει αντικοινωνική συμπεριφορά). Προεχόντως συναφώς επισημαίνονται πρόσφατα σχετικά θανατηφόρα / αυτοκτονικά επεισόδια σε χώρους της Γραμμής 1. Επίσης πρέπει ιδιαίτερα να τονισθεί ότι οι εν θέματι σταθμοί στερούνται σταθμαρχών κατά τις νυκτερινές ώρες, ενώ δεν έχουν ακόμη καλυφθεί οι θέσεις σταθμαρχών για της ημερήσιες ώρες, γεγονός που και αυτό καθιστά απαραίτητη την ύπαρξη επιπλέον, έμπειρου και «έτοιμου προς δράση» προσωπικού. Οι ιδιαίτερα αυξημένες ανάγκες φύλαξης των ιδιαίτερων χώρων - σταθμών της Γραμμής 1 απαιτούν, σύμφωνα και με την σχετική μακρόχρονη εμπειρία και ειδική τεχνική κρίση των αρμόδιων υπηρεσιών της , την ύπαρξη, δυνατότητας άμεσης αντικατάστασης προσωπικού που ενδεχομένως δεν εκτελεί προσήκοντος τα ιδιαίτερα δύσκολα καθήκοντα του (πράγμα που δεν συμβαίνει σε άλλες, μη ιδιόζουσες, υπηρεσίες φύλαξης άλλων χώρων): η φύλαξη των σταθμών αυτών (σε αντίθεση, π.χ., με τη φύλαξη κτιρίων ή άλλων σταθμών) απαιτεί την εκτέλεση ιδιαίτερα επίπονων «βαρδιών» που απαιτούν; εκ μέρους των εργαζομένων, την αυξημένη εγρήγορση, ετοιμότητα για την αντιμετώπιση κινδύνων, την ψυχική και σωματική καταπόνησή τους, και εξαντλούν και κουράζουν τους εργαζομένους που θα πρέπει να αντικαθίστανται άμεσα και με

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

πιο γρήγορους ρυθμούς. Επ' αυτού, άλλωστε, υφίσταται ειδική πρόβλεψη και επισήμανση στο οικείο Παράρτημα II (Οροι 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. 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

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

συμβάσεως, εφόσον αυτή δεν διαθέτει τον με την διακήρυξη προσδιοριζόμενο αριθμό εργαζομένων ως μόνιμο προσωπικό. Σημειωτέο δε εκ νέου και ιδιαίτερος ότι οι εν θέματι προς φύλαξη χώροι, οι συνθήκες παροχής αυτών των υπηρεσιών, οι επικείμενοι σχετικοί κίνδυνοι συνιστούν κρίσιμες ιδιαιτερότητες, ιδιαίτερα απαιτητικές για τον υποψήφιο ανάδοχο που δεν απαντώνται συνήθως στην παροχή παρόμοιων υπηρεσιών. Λαμβανομένων υπ' όψιν αυτών των ιδιαιτεροτήτων και αυξημένων αναγκών, όπως και των ιδιαίτερα κρίσιμων σχετικών διακυβευσμάτων, το εν θέματι κριτήριο στηρίζεται σε απολύτως αντικειμενικές, εξειδικευμένες τεχνικές εκτιμήσεις, είναι, φυσικά, σαφέστατο και πλήρες και παρίσταται εύλογο και αναλογικό, σε σχέση με τις ιδιαίτερες συνθήκες εκτέλεσης της συγκεκριμένης συμβάσεως και τους υφιστάμενους ή πιθανούς, απολύτως ορατούς και κατά τη κοινή πείρα, σοβαρούς και πολλαπλούς κινδύνους που επαπειλούν το ύψιστο κοινωνικό αγαθό της ασφαλούς 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. 4. Πρέπει επίσης να επισημανθεί η προφανής ύπαρξη υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος για την ομαλή συνέχιση του διαγωνισμού και την απόρριψη της εν θέματι προσφυγής, δεδομένων των άμεσων και επειγουσών αναγκών φύλαξης της Γραμμής 1 και των υψίστων διακινδυνευομένων κοινωνικών αγαθών. Οι οιοσδήποτε σχετικές καθυστερήσεις διακινδυνεύουν την απρόσκοπτη και προσήκουσα παροχή των υπηρεσιών αυτών και καθιστούν αναπόφευκτες βραχυχρόνιες αναθέσεις αυτών των υπηρεσιών, με εύλογες ενδεχόμενες συνέπειες και ως προς την ενδεδειγμένη ποιότητά τους. Ως εκ των ανωτέρω, οι λόγοι της εν θέματι προσφυγής είναι, ένας προς ένας και συνολικώς, μη βάσιμοι, δεν έχουν έρεισμα επί των όρων της διακήρυξης ή των εφαρμοστέων διατάξεων ή/και αρχών του δικαίου και η εν θέματι προσφυγή πρέπει εξ ολοκλήρου να απορριφθεί...»

20. Επειδή η προσφεύγουσα, αναφέρει στο Υπόμνημά της επί των απόψεων του αναθέτοντος φορέα ότι «... 1. Είναι γνωστό ότι κάθε διαγωνισμός έχει την αυτοτέλειά του. Η μη ενάσκηση από οικονομικό φορέα ένδικου βοηθήματος κατά της διακήρυξης ή άλλης πράξεως σε κάποιο άλλο διαγωνισμό, δεν συνιστά σιωπηρή παραίτηση από την άσκηση του οριζόμενου

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

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 ειδική επιφύλαξη ως προς τη νομιμότητα των όρων που αμφισβητεί, τότε 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

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

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/E.E., 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) -

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

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 75§4 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προσδιορίζει τις ελάχιστες απαιτήσεις της, για την τεκμηρίωση της επαγγελματικής - τεχνικής επάρκειας των υποψηφίων αναδοχών, με αναφορά στην προηγούμενη υλοποίηση συναφούς αντικειμένου συμβάσεων, στο είδος των υπηρεσιών, τον απαιτούμενο αριθμό ολοκληρωμένων συμβάσεων, συνοδευόμενο από πιστοποιητικά καλής εκτέλεσης και στον απαιτούμενο τεχνικό εξοπλισμό. Συνεπώς, η αντιμετώπιση των προβλημάτων που επισημαίνει η αναθέτουσα αρχή απαιτεί εμπειρία και υπευθυνότητα και όχι πλεονάζον προσωπικό, στα γραφεία του οικονομικού φορέα. 7. Επίσης ανεπιτυχής είναι η προσπάθεια της αναθέτουσας αρχής να δικαιολογήσει την θέσπιση του προσβαλλόμενου όρου με τον αριθμό των αντικαταστατών των φυλάκων σε περιπτώσεις αδειών και ασθενειών. Το γεγονός ότι οι εργαζόμενοι που θα απασχοληθούν δικαιούνται άδειες κ.λ.π., οπότε θα αντικατασταθούν κατά τις ημέρες αυτές από συναδέλφους τους, δεν αλλάζει ούτε προσαιξάνει τον αριθμό των εργαζομένων που πραγματικά θα απασχοληθεί με την παροχή των ειρημένων υπηρεσιών και ο οποίος θα παραμείνει σταθερός (75 άτομα). Επομένως δεν υπάρχει απασχόληση 107

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

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 απορριπτικά 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...»

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

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

με το άρθρο 368. ». Συναφώς και η παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και η παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπουν ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

22. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 362 παρ. 1 ν. 4412/2016 « Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της». Και σύμφωνα με το άρθ. 8 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 «Η προδικαστική προσφυγή περιέχει όλες ανεξάριετα τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της (άρθρο 362 παρ. 1 εδ. γ´ ν. 4412/2016)».

23. Επειδή κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου (βλ. σχετικά άρθρο 6 ΕΣΔΑ) ως ερμηνεύεται από το ΕΔΔΑ, η έννοια του «θιγόμενου» ταυτίζεται με το άτομο που βλάπτεται άμεσα από την αμφισβητούμενη πράξη ή παράλειψη (βλ. Johnston και 18.12.1986, Prager και Oberschlick, 26.4.1995).

24. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του ν. 3886/2010, οι οποίες δεν έχουν μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης ή τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατά την άποψή του

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756, ΣΤΕ ΕΑ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013, 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α). Με βάση τα ως άνω, σε περίπτωση που οικονομικός φορέας, προτίθεται να στραφεί κατά όρων διακήρυξης, θεωρώντας ότι παραβάσεις του νόμου την καθιστούν πλημμελή, θα πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον όρο τον οποίο θεωρεί μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων.

25. Επειδή, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώως, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, ή να είναι βέβαιο ότι θα προκαλέσει βλάβη και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣΤΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, *Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα*, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, 2017, σελ. 745 επ.), άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣΤΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989), άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σ' αυτήν, αλλά αποκλεισμένου δυνάμει ρήτρας της προκηρύξεως (ΣΤΕ 4606/2012, 1982-1985, 1987/2011) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣΤΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι και ενεστώως, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣΤΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣΤΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣΤΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔΤΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, *Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, ΔιοικΔ*, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται επομένως όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣΤΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831).

26. Επειδή σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή, 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). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής), ήτοι στην περίπτωση της προσφυγής με την κατάθεσή της εφόσον δεν προβλέπεται από τον ν. 4412/2016 και το οικείο κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017) η συμπλήρωση της προσφυγής με υποβολή υπομνήματος.

27. Επειδή σε κάθε περίπτωση ελέγχεται αυτεπάγγελτα η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος με βάση το κατά πόσο από το έγγραφο της προσφυγής και τα στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος. Δεν αρκεί, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για άσκηση της προσφυγής αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς – ως ισχύει και στην ακυρωτική δίκη- των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣΤΕ Ολομ. 4570/96, ΔΔικ 1997/673, ΣΤΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσίδης, *Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας Κατ' άρθρο ερμηνεία – νομολογία*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017). Υφίσταται, περαιτέρω, στα πλαίσια της μεν

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος, γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος (βλ. ΣτΕ 1393/2003), στη δε διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της.

28. Επειδή το έννομο συμφέρον του οικονομικού φορέα, που προσφεύγει ενώπιον της ΑΕΠΠ εξειδικεύεται αυθεντικά και αποκλειστικά από τον ίδιο, εξετάζεται δε από την τελευταία ως προς την νομιμότητά του, την απόδειξή του και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του, που επιβάλλουν την έννομη προστασία του, ότι δεν είναι ανταγωνιστικό του δημοσίου συμφέροντος, και ότι δεν είναι αποδοκιμαστέο ως ιδιοτελές (πρβλ. Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 17).

29. 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 εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣτΕ 3905/2004).

30. Επειδή σε κάθε περίπτωση οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές, και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017).

31. Επειδή ειδικότερα, καθόσον αφορά σε προσβολή όρων διακήρυξης έχει ad hoc κριθεί στα πλαίσια του προϊσχύσαντος δικαίου το οποίο δεν διαφοροποιείται ως προς τούτο, εν σχέσει με τον ισχύοντα ν. 4412/2016, ότι το θεσπισθέν σύστημα παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι ανωτέρω συμβάσεις από βλάβη την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν, εξαιτίας πιθανολογούμενης παράβασης, εκ μέρους της Διοίκησης, των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

διαδικασία της επιλογής του αναδόχου της μέλλουσας να συναφθεί σύμβασης, καθώς και τα κριτήρια βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο ανάδοχος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση προμήθειας ασκήσει αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά της σχετικής διακήρυξης, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεστεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (Ε.Α. ΣΤΕ 415/2014, 314/2013, 718, 472/2012, 1140/2010, 203, 670, 1354/2009, 609, 1258, 1316/2008 κα). Σε περίπτωση, δε, που ο αιτών, τελικώς, μετάσχει στο διαγωνισμό, με επιφύλαξη, προσβάλει δε με την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης, προβάλλοντας ότι ο όρος αυτός είναι παράνομος διότι τον αποκλείει ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό, έχει έννομο συμφέρον για προσβολή του εν λόγω όρου, μόνον εφόσον προβάλλει ειδικούς ισχυρισμούς ότι, παρά το γεγονός ότι υπέβαλε προσφορά στο διαγωνισμό, ενδέχεται να υποστεί ζημία από τον όρο αυτό της διακήρυξης (Ε.Α. ΣΤΕ 16/2015, 718, 616/2012, ΔΕφΑθ 44/2015 (ΑΝΑΣΤ). Ενώ αντίστροφα στερείται εννόμου συμφέροντος αμφισβήτησης των όρων της διακήρυξης, ο αιτών που μετέσχε στον επίδικο διαγωνισμό δίχως να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου ούτε να προβάλλεται ότι όχι μόνον δεν είχε αμφισβητήσει τη νομιμότητα της διακήρυξης αλλά και ότι δεν είχε διατυπώσει σχετική επιφύλαξη κατά την κατάθεση της προσφοράς του (ΣΤΕ 22/2015 (ΑΣΦ). Ειδικότερα, απαραδέκτως χωρίς έννομο συμφέρον ζητείται η ακύρωση όρων της διακήρυξης εφόσον ο αιτών συμμετείχε του διαγωνισμού χωρίς να προκύπτει επιφύλαξη και ίδια χωρίς να διατυπώσει επιφύλαξη ως προς τους αμφισβητούμενους όρους (ΣΤΕ 99/2018 (ΑΝΑΣΤ) ΣΤΕ 342/2009 (ΑΣΦ) ΣΤΕ 1415/2000 Ολ., ΕΑ 754/2008, 516, 361/2007, 1121, 956, 728/2006). Ως έχει κριθεί, εάν η προθεσμία για την κατάθεση προσφοράς λήξει πριν εκδικασθεί η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων και ο αιτών δεν έχει λάβει μέρος (με επιφύλαξη) στο διαγωνισμό, το έννομο συμφέρον του διατηρείται, μόνον εφ' όσον έχει προβάλει κατά τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει όρο, ο οποίος αποκλείει παρανόμως τη συμμετοχή

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

του στο διαγωνισμό ή ότι την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς κατέστησαν ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή ορισμένες, προβαλλόμενες με την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, πλημμέλειες της. Πολύ περισσότερο, συνεπώς, εάν η προθεσμία για την κατάθεση προσφοράς λήξει πριν εκδικασθεί η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων και ο αιτών δεν έχει λάβει μέρος (με επιφύλαξη) στο διαγωνισμό, το έννομο συμφέρον του διατηρείται, μόνον εφ' όσον έχει προβάλει κατά τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει όρο, ο οποίος αποκλείει παρανόμως τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό ή ότι την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς κατέστησαν ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή ορισμένες, προβαλλόμενες με την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, πλημμέλειες της διακήρυξης (ΣτΕ 182/2011 (ΑΣΦ), Ε.Α. 105/2011, 1145/2010, 916, 574/09, 1141/08, 1023/07 κ.α.) Σε περίπτωση όμως που ο αιτών, τελικώς, μετάσχει στο διαγωνισμό, με επιφύλαξη, προσβάλλει δε με την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης, προβάλλοντας ότι ο όρος αυτός είναι παράνομος διότι τον αποκλείει ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό, έχει έννομο συμφέρον για προσβολή του εν λόγω όρου, μόνον εφόσον προβάλλει ειδικούς ισχυρισμούς ότι, παρά το γεγονός ότι υπέβαλε προσφορά στο διαγωνισμό με επιφύλαξη, ενδέχεται να υποστεί ζημία από τον όρο αυτό της διακήρυξης (ΣτΕ 616/2012 (ΑΣΦ), 718/2012, ΔΕφΠειρ 34/2013 (ΑΣΦ))

32. Επειδή, προκύπτει από τα στοιχεία της διαδικασίας ως βρίσκονται αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, ότι η προσφεύγουσα υπέβαλε προσφορά στον διαγωνισμό την 7-2-2020 ήτοι κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών (σκέψη 2), και μία ημέρα μετά την κοινοποίηση της με αριθ. Α58/6-2-2020 απόφασης ΑΕΠΠ με την οποία ανεστάλη η πρόοδος της διαδικασίας (σκέψη 15). Η προσφορά της προσφεύγουσας, όπως και των λοιπών οικονομικών φορέων δεν έχει αποσφραγιστεί, και δεν προκύπτει από τα έγγραφα και στοιχεία της διαδικασίας ως βρίσκονται αναρτημένα στο ΕΣΗΔΗΣ ότι η προσφεύγουσα έχει υποβάλει την προσφορά της με επιφύλαξη, και ίδια επιφυλασσόμενη ως προς την νομιμότητα του ήδη πλησσόμενου με την προσφυγή όρου της διακήρυξης. Συγκεκριμένα, δεν προκύπτει από τα προσβάσιμα έγγραφα και στοιχεία της διαδικασίας ως βρίσκονται αναρτημένα στην *επικοινωνία* και στην κεντρική ηλεκτρονική σελίδα του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, οποιαδήποτε

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

δήλωση ή ηλεκτρονικό έγγραφο από το οποίο να προκύπτει ότι η προσφεύγουσα έχει υποβάλει προσφορά και συμμετέχει στον διαγωνισμό με επιφύλαξη. Περαιτέρω, δεν προκύπτει ούτε από την υπό εξέταση προσφυγή ούτε από το υπόμνημα που κατατέθηκε την 26-2-2020, ήτοι μετά την κατάθεση της προσφοράς στον διαγωνισμό, ότι η προσφεύγουσα κατέθεσε την προσφορά της με τη ρητή επιφύλαξη της νομιμότητας της διακήρυξης και δη του πλησσόμενου όρου τεχνικής επάρκειας. Αντίθετα, αντιφατικά αόριστα και ανυποστήρικτα η προσφεύγουσα ισχυρίζεται στην υπό κρίση προσφυγή ότι προτίθεται μεν να συμμετάσχει στον διαγωνισμό πλην όμως αποκλείεται η συμμετοχή της, λόγω ακριβώς του πλησσόμενου ως παράνομου όρου της διακήρυξης τον οποίο δεν εκπληρώνει και, ως εκ τούτου, υφίσταται βλάβη επειδή ακριβώς αποκλείεται η συμμετοχή της στην διαδικασία (σκέψεις 18 και 20). Ειδικότερα μάλιστα, δεν προκύπτει από την προσφυγή δήλωση της προσφεύγουσας περί συμμετοχής της στο διαγωνισμό με επιφύλαξη, αλλά αντίθετα ρητά δηλώνεται ότι παρότι η ίδια επιθυμεί να συμμετάσχει όμως αποκλείεται η συμμετοχή της, ενώ περαιτέρω δεν προκύπτει ούτε από το υπόμνημα ότι η προσφεύγουσα κατέθεσε προσφορά και συμμετέχει στο διαγωνισμό με ρητή επιφύλαξη. Η δε απλή αναφορά στο υπόμνημα της νομολογίας περί δυνατότητας υποβολής προσφοράς με επιφύλαξη ουδόλως συνιστά απόδειξη ότι η προσφεύγουσα πράγματι κατέθεσε στον υπό κρίση διαγωνισμό την προσφορά της με ρητή επιφύλαξη. Επομένως, η υπό κρίση προσφυγή παρίσταται απαραίδεκτη, καθόσον δεν προκύπτει ούτε αποδεικνύεται από την προσφυγή, το υπόμνημα και τα στοιχεία της διαδικασίας το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας, η οποία ισχυρίζεται μεν ότι η βλάβη της συνίσταται στον αποκλεισμό της από την διαδικασία, στην οποία όμως ήδη συμμετέχει χωρίς μάλιστα να προκύπτει ότι συμμετέχει με επιφύλαξη ως προς την νομιμότητα αυτής. Ωστόσο όμως, και εφόσον η προσφεύγουσα συμμετέχει στον διαγωνισμό με κατάθεση προσφοράς, όφειλε να προσκομίσει αποδείξεις ότι η προσφορά της στον διαγωνισμό έχει κατατεθεί με επιφύλαξη, καθόσον η συμμετοχή με ρητή επιφύλαξη συνιστά απαραίτητο στοιχείο του εννόμου συμφέροντός της για την άσκηση της προσφυγής με την οποία υποστηρίζεται ότι αποκλείεται του διαγωνισμού, στον οποίο εν τέλει συμμετέχει. Σύμφωνα με την παγία ad hoc νομολογία (εκτενώς σκέψη 31, βλ. και Φ. Αρναούτογλου *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων*

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

του ν 3886/2010, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη 2013, παρ.132 επ.), στην περίπτωση όπου -ως εν προκειμένω- ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι αποκλείεται του διαγωνισμού λόγω φερομένου ως παρανόμου όρου της διακήρυξης τον οποίο και πλήσσει με άσκηση προσφυγής τότε, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή με έννομο συμφέρον: ι) είτε δεν μετέχει καθόλου στον διαγωνισμό ήτοι δεν υποβάλει καθόλου προσφορά αναφέροντας ειδικά και συγκεκριμένα στην προσφυγή του ότι η υποβολή προσφοράς καθίσταται ανέφικτη λόγω των φερομένων πλημμελειών της διακήρυξης, ιι) είτε υποβάλει προσφορά με επιφύλαξη καθόσον η ανεπιφύλακτη υποβολή προσφοράς και συμμετοχή στον διαγωνισμό στερεί το έννομο συμφέρον για την αμφισβήτηση της διακήρυξης. Σε κάθε περίπτωση, εφόσον δεν αποδεικνύεται η κατάθεση προσφοράς και η συμμετοχή στην διαδικασία ρητώς και σαφώς με επιφύλαξη -ως εν προκειμένω- τότε κατά μείζονα λόγο δεν αποδεικνύεται η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την αμφισβήτηση των όρων της διακήρυξης. Και τούτο επειδή για την ίδρυση του εννόμου συμφέροντος δεν αρκεί η κατάθεση προσφυγής με ισχυρισμούς και αιτιάσεις κατά της νομιμότητας της διακήρυξης, όταν ο προσφεύγων συμμετέχει στον διαγωνισμό με κατάθεση προσφοράς η οποία δεν αποδεικνύεται ότι κατατέθηκε με επιφύλαξη (σκέψη 31). Συναφώς δε και η απόφαση ΣτΕ 342/2009 (ΑΣΦ) την οποία επικαλείται η προσφεύγουσα σχετικά με το έννομο συμφέρον της έκρινε ότι : ι) ο ένας μεν των αιτούντων ο οποίος κατέθεσε προσφορά στην οποία αποδέχεται πλήρως και ανεπιφύλακτα τους όρους της διακήρυξης στερείται εννόμου συμφέροντος να αμφισβητεί τους όρους της διακήρυξης, ενώ ιι) ο έτερος δε των αιτούντων ο οποίος κατέθεσε προσφορά στην οποία επιφυλάχτηκε ως προς την νομιμότητα των όρων που είχε αμφισβητήσει δικαστικά, διατηρεί το έννομο συμφέρον του αμφισβήτησης της διακήρυξης. Συνεπώς, αλυσιτελώς η προσφεύγουσα επικαλείται την ΣτΕ 342/2009 καθόσον η ίδια δεν προβάλλει, δεν αποδεικνύει, ούτε προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου ότι μετέχει με επιφύλαξη του αμφισβητούμενου διαγωνισμού, ήτοι ότι η προσφορά της έχει κατατεθεί με την ρητή επιφύλαξη της νομιμότητας του όρου της διακήρυξης ο οποίος προσβάλλεται με την υπό εξέταση προσφυγή. Συνεπώς, είναι απορριπτέα η υπό κρίση προσφυγή ως απαράδεκτη διότι δεν αποδεικνύεται ούτε προκύπτει το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας κατά τον χρόνο

Αριθμός Απόφασης : 336/2020

εξέτασης της προσφυγής, καθόσον δεν αποδεικνύεται ότι η προσφεύγουσα μετέχει του διαγωνισμού έχοντας καταθέσει προσφορά με επιφύλαξη της νομιμότητας του πλησσόμενου με την προσφυγή όρου της διακήρυξης, μη νοουμένης αμφισβήτησης της νομιμότητας της διακήρυξης και συγχρόνως συμμετοχής στην διαδικασία με κατάθεση προσφοράς άνευ επιφύλαξης.

33. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

34. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

35. Επειδή ύστερα από τη παραπάνω σκέψη 34, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει καταπέσει (άρθ. 363 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 6-3-2020 και εκδόθηκε την 26-3-2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ιωάννα Θεμελή

Η Γραμματέας

Ελένη Μισοκέφαλου