

Η

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

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΩΝ ΜΕΤΡΩΝ

Συνεδρίασε την 19-10-2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Σωτηρία Σταματοπούλου και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27-9-2022 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1344/28-9-2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... ..», νόμιμα εκπροσωπούμενων.

Κατά του αναθέτοντος φορέα «... ..», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση του όρου 2.2.8.1 κατά το δια της προσφυγής προσβαλλόμενο μέρος του, της με αρ. ...-.../22 διακήρυξης της αναθέτουσας, περί διαδικασίας σύναψης Σύμβασης ΣΔΙΤ για τη λειτουργία και συντήρηση του δικτύου του, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 292.000.000,00 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 31-8-2022 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μον. ΑΔΑΜ ... την 2-9-2022 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α Ο αναθέτων υπέβαλε τις από 11-10-2022 Απόψεις του και ο προσφεύγων εμπρόθεσμα (κατά παρέκταση στην επόμενη της 16-10-2022, εργάσιμη ημέρα) το από 17-10-2022 Υπόμνημά του.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ., ποσού ευρώ 15.000.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση, εμπροθέσμως και με καταρχήν έννομο συμφέρον, μετά από τη δηλούμενη εκ του προσφεύγοντος από 17-9-2022 γνώση της προσβαλλομένης (ήτοι εντός του χρόνου παραγωγής τεκμηρίου γνώσης κατόπιν της από 2-9-2022 δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ) ασκείται η από 27-9-2022 προσφυγή του επικαλούμενου ενδιαφέροντος προς συμμετοχή προσφεύγοντος κατά του ανωτέρω όρου 2.2.8.1 της διακήρυξης και δη, καθ' ο μέρος αυτός προσβάλλεται, ήτοι καθ' ο μέρος ορίζει ότι «Αναφορικά με το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας δεν επιτρέπεται η στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων για την πλήρωση του κριτηρίου που αφορά στην εμπειρία στη λειτουργία δικτύων ..., όπως εξειδικεύεται στον όρο 2.2.6.1 της παρούσας. Αντιθέτως, επιτρέπεται η στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων για την πλήρωση του κριτηρίου που αφορά στην εμπειρία στη συντήρηση δικτύων ..., όπως εξειδικεύεται στον όρο 2.2.6.2 της παρούσας». Ο δε προσφεύγων καταρχήν επικαλείται αποκλεισμό του εκ του προσβαλλόμενου μέρους του ανωτέρω όρου 2.2.8.1. Άρα, η προσφυγή πρέπει να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία, το δε ειδικότερο έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος θα εξετασθεί στο πλαίσιο των ειδικότερων κατ' ουσία ισχυρισμών του.

3. Επειδή, το άρ. 78 Ν. 4412/2016 θεσπίζει τα εξής σχετικά με τη δυνατότητα στήριξης σε ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων «1. Όσον αφορά στα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75, περί κριτηρίων επιλογής, και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περ. στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' ή με την επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων,

μόνο εάν οι τελευταίοι εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτόν.... 2. Στην περίπτωση συμβάσεων έργων ή συμβάσεων υπηρεσιών ή στην περίπτωση εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης προμηθειών, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ.2 του άρθρου 19, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή.». Αντίστοιχα και το άρ. 307 Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «... 2. Εάν οι αντικειμενικοί κανόνες και τα κριτήρια για τον αποκλεισμό και την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων στην ανοικτή διαδικασία, σε κλειστή διαδικασία, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, σε ανταγωνιστικό διάλογο ή σε σύμπραξη καινοτομίας, περιλαμβάνουν απαιτήσεις σχετικά με την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητα του οικονομικού φορέα ή με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητές του, ο οικονομικός φορέας μπορεί, όπου κριθεί απαραίτητο, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών που τον συνδέουν με αυτούς. Όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα του παρόχου υπηρεσιών ή του αναδόχου ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης ή με τη σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν, ωστόσο, να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Όταν ένας οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στον αναθέτοντα φορέα ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, παραδείγματος χάριν, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για το σκοπό αυτό.... Υπό τους ίδιους όρους, μια ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στο άρθρο 254, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των

συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων. 3. Στην περίπτωση συμβάσεων έργων, συμβάσεων υπηρεσιών και εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης προμηθειών, οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στο άρθρο 254, από έναν από τους συμμετέχοντες στην εν λόγω κοινοπραξία.». Επομένως, κατά τις παραπάνω διατάξεις των άρθρων 78 και 307 Ν. 4412/2016 (αντίστοιχα, στα Βιβλία Ι και ΙΙ Ν. 4412/2016), καταρχήν προβλέπεται η δυνατότητα των μεμονωμένων προσφερόντων ή των ενώσεων οικονομικών φορέων να στηρίζονται σε ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων, όσον αφορά την πλήρωση κριτηρίων επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, μεταξύ των οποίων συγκαταλέγεται και η προηγούμενη εμπειρία που τυχόν απαιτείται. Όμως, αφενός στην περίπτωση στήριξης σχετικά με την εμπειρία, ο τρίτος θα πρέπει να εκτελέσει τις εργασίες, που σχετίζονται με την εμπειρία αυτή, ως μέσο άλλωστε, παροχής κατά την εκτέλεση της σύμβασης, στον προσφέροντα και εν συνεχεία ανάδοχο, των συνισταμένων στην εμπειρία του τρίτου, ικανοτήτων. Τούτο, διότι λόγω ιδιαιτεροτήτων των σχετικών εργασιών και των απαιτούμενων ως κριτήρια επιλογής, ικανοτήτων που συνδέονται με αυτές, δεν είναι δυνατόν οι τελευταίες αυτές ικανότητες να προκύπτουν ως απλός συνδυασμός και άθροισμα ικανοτήτων περισσότερων οικονομικών φορέων, όπως του προσφέροντα και στηρίζοντος αυτόν τρίτου, αλλά θα πρέπει η ικανότητα εν όλω να κατέχεται από έναν οικονομικό φορέα (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, σκ. 35 «35. Βεβαίως, δεν μπορεί να αποκλεισθεί ότι υπάρχουν εργασίες με ιδιαιτερότητες οι οποίες απαιτούν ικανότητα η οποία δεν μπορεί να προκύψει ως άθροισμα της ελάχιστο ικανότητας περισσότερων. Στην περίπτωση αυτή, η αναθέτουσα αρχή ευλόγως μπορεί να απαιτήσει το ελάχιστο επίπεδο της οικείας ικανότητας να καλύπτεται από έναν μόνον οικονομικό φορέα ή, ενδεχομένως, από περιορισμένο αριθμό οικονομικών φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 44, παράγραφος 2, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 2004/18, στον βαθμό που η

απαίτηση αυτή είναι συνδεδεμένη και ανάλογη με το αντικείμενο της επίμαχης συμβάσεως.». Περαιτέρω, λόγω της κατά περίπτωση φύσης επιμέρους εργασιών της σύμβασης και των επιδιωκόμενων με αυτές σκοπών, όπως και της φύσης των ικανοτήτων που συνδέονται με αυτές τις εργασίες και κατατείνουν προς τους σχετικούς σκοπούς, είναι δυνατό οι σχετικές ικανότητες να μην είναι δυνατόν να μεταβιβασθούν στον ανάδοχο από τον τρίτο ούτε να θεωρηθεί ότι αυτές διατίθενται στον ανάδοχο μέσω συμβουλευτικής, εκπαίδευσης, καθοδήγησης ή παροχής απλής διαχειριστικής υποστήριξης στον τελευταίο (Απόφαση ΕΑΔΗΣΥ 703/2022), χωρίς άμεση και αυτοπρόσωπη συμμετοχή του τρίτου στην ίδια την εκτέλεση της σύμβασης (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 7ης Απριλίου 2016, C-324/14 Partner Apelski Dariusz, ECLI:EU:C:2016:214, σκ. 40, 41 και 49 « 40. Πράγματι, δεν μπορεί να αποκλεισθεί το ενδεχόμενο να υπάρχουν εργασίες με ιδιαιτερότητες, οι οποίες απαιτούν συγκεκριμένη ικανότητα που δεν μπορεί να προκύψει ως άθροισμα της ελάχιστο ικανότητας περισσοτέρων φορέων. Στην περίπτωση αυτή, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, συνεπώς, ευλόγως να απαιτήσει το ελάχιστο επίπεδο της οικείας ικανότητας να καλύπτεται από ένα μόνον οικονομικό φορέα ή, ενδεχομένως, από περιορισμένο αριθμό οικονομικών φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 44, παράγραφος 2, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 2004/18, στο μέτρο που η απαίτηση αυτή συνδέεται με το αντικείμενο της επίμαχης συμβάσεως και είναι σύμφωνη με την αρχή της αναλογικότητας (απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψη 35). 41 Ομοίως δεν μπορεί να αποκλεισθεί το ενδεχόμενο, υπό ειδικές περιστάσεις, λαμβανομένων υπόψη της φύσεως και των σκοπών ορισμένης συμβάσεως, οι ικανότητες ενός τρίτου φορέα, οι οποίες είναι αναγκαίες για την εκτέλεση της συμβάσεως, να μην είναι δυνατό να μεταβιβασθούν στον προσφέροντα. Συνεπώς, υπό τις εν λόγω περιστάσεις, ο προσφέρων μπορεί να επικαλείται τις εν λόγω ικανότητες μόνον εάν ο τρίτος φορέας έχει άμεση και προσωπική συμμετοχή στην εκτέλεση της επίμαχης συμβάσεως. 49....τα άρθρα 47, παράγραφος 2, και 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18, σε συνδυασμό με το άρθρο 44, παράγραφος 2, της οδηγίας αυτής, έχουν την έννοια

ότι: αναγνωρίζουν το δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα να στηρίζεται, για ορισμένη σύμβαση, στις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της φύσεως των δεσμών που υφίστανται μεταξύ αυτού και των εν λόγω φορέων, 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 συγκεκριμένης συμβάσεως· δεν αποκλείεται να περιοριστεί η άσκηση του εν λόγω δικαιώματος, υπό ειδικές περιστάσεις, λαμβανομένων υπόψη του αντικειμένου της οικείας συμβάσεως καθώς και των σκοπών που αυτή επιδιώκει. Τέτοια περίπτωση συντρέχει, μεταξύ άλλων, όταν οι δυνατότητες ενός τρίτου φορέα που είναι αναγκαίες για την εκτέλεση της συμβάσεως αυτής δεν μπορούν να μεταβιβασθούν στον υποψήφιο ή προσφέροντα, με αποτέλεσμα αυτός να μπορεί να στηριχθεί στις εν λόγω δυνατότητες μόνον εάν ο συγκεκριμένος φορέας έχει άμεση και προσωπική συμμετοχή στην εκτέλεση της εν λόγω συμβάσεως.» και βλ. και Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέα στην ίδια υπόθεση, σκ. 30-33). Εξάλλου, τα παραπάνω κριθέντα αποτέλεσαν και το έρεισμα των σχετικών ρυθμίσεων του άρ. 63 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του άρ. 79 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ (που ενσωμάτωσαν στην εθνική έννομη τάξη, οι παραπάνω διατάξεις του άρ. 78 παρ. 1 και του άρ. 307 παρ. 2 Ν. 4412/2016, αντίστοιχα), οι οποίες αποκρυστάλλωσαν την παραπάνω ενωσιακή νομολογία στον προαναφερθέντα νομοθετικό πλέον κανόνα της (υποχρεωτικής) αυτοπρόσωπης από τον τρίτο εκτέλεσης των εργασιών που σχετίζονται με ικανότητες που αυτός εισφέρει, όταν οι τελευταίες αυτές ικανότητες αφορούν επαγγελματικά προσόντα και επαγγελματική εμπειρία. Άλλωστε, ως «επαγγελματική εμπειρία» (η στήριξη επί της οποίας προϋποθέτει εκ του στηρίζοντος αυτοπρόσωπη εκτέλεση των σχετικών με αυτήν εργασιών) υπό την έννοια των παραπάνω διατάξεων των άρ. 78 παρ. 1 και 307 παρ. 2 Ν. 4412/2016 νοείται και η προηγούμενη εμπειρία του οικονομικού φορέα σε συγκεκριμένες προηγούμενες συμβάσεις, η οποία ορίζεται ως παραδεκτό κριτήριο επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατά το ΠΡΟΣΑΡΤΗΜΑ Α ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΧΙΙ ΜΕΡΟΣ ΙΙ, σημ. α' Ν. 4412/2016 (Απόφαση ΑΕΠΠ 1777/2021). Επομένως, σε περίπτωση στήριξης

προς πλήρωση κριτηρίου επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, που αφορά προηγούμενη εμπειρία του οικονομικού φορέα σε προηγούμενες συμβάσεις, η στήριξη αυτή προϋποθέτει για το παραδεκτό της επίκλησής της και ανάθεση στον τρίτο των οικείων εργασιών που σχετίζονται με τις ικανότητες που παρέχει ως στήριξη, ήτοι με την εμπειρία του σε συναφή έργα, χωρίς να αρκεί οιασδήποτε άλλης μορφής επίκληση διάθεσης πόρων στον προσφέροντα. Συνεπώς, σε τέτοια περίπτωση, ο τρίτος παρέχων στήριξη είναι συγχρόνως αναγκαία και υπερβολάβος, σε αντίθετη δε περίπτωση, απαράδεκτως τυγχάνει επίκλησης προς πλήρωση του κριτηρίου επιλογής και δεν λαμβάνεται υπόψη η στήριξή του (Απόφαση ΕΑΔΗΣΥ 703/2022).

Αφετέρου και επιπλέον των ανωτέρω, ρητά η παρ. 2 του άρ. 78 και η παρ. 3 του άρ. 307 Ν. 4412/2016 θεσπίζουν ευχέρεια των αναθετουσών αρχών και αναθέτοντων φορέων να απαιτήσουν αυτοπρόσωπη εκτέλεση ορισμένων «κρίσιμων καθηκόντων» της σύμβασης από τον ίδιο τον διαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα. Με βάση την τελευταία αυτή διάταξη, ο αναθέτων δύναται εξ αρχής να ορίσει ότι αποκλείεται η δυνατότητα εκτέλεσης συγκεκριμένου μέρους της υπό ανάθεση σύμβασης υπερβολαβικά, δηλαδή από τρίτο που θα συνεργαστεί με τον ανάδοχο κατά την εκτέλεση της σύμβασης. Σαφώς, όταν εξ αρχής αποκλείεται η από τρίτο εκτέλεση συγκεκριμένου μέρους του συμβατικού αντικειμένου, συγχρόνως αποκλείεται και η δυνατότητα στήριξης σε αυτόν επί ικανοτήτων σχετιζόμενων με το συγκεκριμένο αυτό μέρος, όταν η παροχή στήριξης επί των ικανοτήτων αυτών, όπως στην προκείμενη περίπτωση της προηγούμενης εμπειρίας, επιτάσσει, εκ του νόμου ή εν τοις πράγμασι, την εκ του τρίτου εκτέλεση του οικείου (με την εμπειρία του) μέρους του συμβατικού αντικειμένου (που αποκλείεται να ανατεθεί προς εκτέλεση σε τρίτο). Σημειωτέον δε, ότι η παραπάνω δυνητική απαίτηση για απευθείας εκτέλεση από τον ίδιο τον προσφέροντα ή την προσφέρουσα ένωση, συνεπάγεται δυνατότητα εν όλω αποκλεισμού της συμμετοχής τρίτου στην εκτέλεση των συγκεκριμένων εργασιών και όχι μόνο θέσπισης υποχρέωσης του διαγωνιζομένου απλώς να μην απέχει εν όλω από την εκτέλεση τους, δηλαδή να συμμετάσχει, ακόμη και μαζί με τρίτο, στην εκτέλεση αυτών των εργασιών.

Επομένως, βάσει της παραπάνω πρόβλεψης, η ευχέρεια του αναθέτοντος φθάνει στο σημείο να μπορεί αυτός να απαιτήσει οι σχετικές κρίσιμες εργασίες και καθήκοντα να εκτελεστούν αποκλειστικά και μόνο από τον διαγωνιζόμενο, χωρίς καμία εκτελεστική εμπλοκή τρίτου. Επιπλέον, οι παραπάνω προβλέψεις και ευχέρειες των άρ. 78 παρ. 2 και 307 παρ. 3 Ν. 4412/2016 προδήλως συσχετίζονται με το καταρχήν δικαίωμα στήριξης σε ικανότητες τρίτων για την πλήρωση κριτηρίων επιλογής, δικαίωμα που ακριβώς θεμελιώνεται στα ίδια τα άρ. 78 και 307, εντός των οποίων περιλαμβάνονται, αντίστοιχα και οι ανωτέρω ρυθμίσεις περί ευχέρειας απαίτησης αυτοπρόσωπης από τον προσφέροντα, εκτέλεσης. Συνεπώς, οι παραπάνω ευχέρειες δεν μπορούν να ερμηνευθούν παρά ως εκ του νόμου, περιορισμοί και επιμέρους εξαιρέσεις επί του καταρχήν θεμελιούμενου στις ίδιες διατάξεις, δικαιώματος στήριξης σε ικανότητες τρίτου, όπως αντίστοιχοι περιορισμοί επί του ιδίου καταρχήν δικαιώματος προκύπτουν από την απαίτηση από κοινού ευθύνης του τρίτου παρέχοντα στήριξη για κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ή από την απαίτηση αυτοπρόσωπης εκτέλεσης από τρίτο παρέχοντα ικανότητες σχετικές με επαγγελματικά προσόντα και εμπειρία (όταν δεν αποκλείεται η ανάθεση εκτέλεσης των σχετικών εργασιών σε τρίτο). Τονίζεται δε, ότι οι παραπάνω ευχέρειες απαίτησης αυτοπρόσωπης εκτέλεσης από τον προσφέροντα ή την προσφέρουσα ένωση δεν αποτελούν τυχόν αμιγώς εθνικές ρυθμίσεις, αλλά συνιστούν ενσωμάτωση στην εθνική έννομη τάξη ταυτόσημων διατάξεων του άρ. 63 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του άρ. 79 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ και επομένως, ιδρύονται εξ αρχής εκ του ιδίου του ενωσιακού δικαίου ως περιορισμοί στο εκ των ιδίων ακριβώς διατάξεων του ενωσιακού δικαίου, δικαίωμα στήριξης σε ικανότητες τρίτων, χωρίς ούτως να τίθεται ζήτημα αντίθεσης των σχετικών περί των παραπάνω ευχερειών, εθνικών διατάξεων με το ενωσιακό δίκαιο και το εξ αυτού ιδρυόμενο δικαίωμα στήριξης σε τρίτους. Περαιτέρω, η ΣΤΕ ΕΑ 1553/2022, όπως και η δι' αυτής επικυρωθείσα Απόφαση ΕΑΔΗΣΥ 703/2022, που αβάσιμα επικαλείται ως *ad hoc* επί των ισχυρισμών της νυν προσφυγής του, ο προσφεύγων, ουδόλως αναφέρονται στο ζήτημα άσκησης εκ του αναθέτοντος φορέα ή της αναθέτουσας αρχής της ευχέρειας

των άρ. 78 παρ. 2 και 307 παρ. 3 Ν. 4412/2016, όπως αφορά το επίδικο ζήτημα (και δεν θα ήταν δυνατό άλλωστε, αφού η εκεί διαφορά ανέκυψε στο στάδιο αξιολόγησης προσφορών επί διαδικασίας στην οποία δεν είχε λάβει χώρα επιλογή άσκησης της παραπάνω ευχέρειας και δεν αφορούσε η διαφορά αυτή, προσβολή όρου διακήρυξης, όπως εν προκειμένω, περί τέτοιου αποκλεισμού δυνατότητας στήριξης και ανάθεσης σε τρίτο για συγκεκριμένη ικανότητα και εργασία, αντίστοιχα). Αλλά αναφέρονται στην κατ' άρ. 78 παρ. 1 και 307 παρ. 2 Ν. 4412/2016, υποχρέωση υπεργολαβικής ανάθεσης στον τρίτο παρέχοντα στήριξη επί ικανοτήτων περί επαγγελματικών προσόντων και εμπειρίας, των εργασιών που σχετίζονται με τις ικανότητες τις οποίες παρέχει ως αντικείμενο στήριξης, υποχρέωση που υφίσταται όταν βέβαια, δεν επιλεγεί, όπως εν προκειμένω, η κατ' άρ. 78 παρ. 2 και 307 παρ. 3 Ν. 4412/2016 ευχέρεια αποκλεισμού της δυνατότητας υπεργολαβικής ανάθεσης των εργασιών αυτών σε τρίτο. Από το μεν γεγονός πως όταν δεν έχει ασκηθεί δια της διακήρυξης, η ευχέρεια των άρ. 78 παρ. 2 και 307 παρ. 3 Ν. 4412/2016 από τον αναθέτοντα, τότε αν ο προσφέρων στηριχθεί σε τρίτο για ικανότητα περί εμπειρίας, οφείλει να του αναθέσει τις σχετικές εργασίες κατ' άρ. 78 παρ. 1 και 307 παρ. 2, δεν προκύπτει ότι δεν δύναται η διακήρυξη να προβλέψει όρο περί αποκλεισμού ανάθεσης επιμέρους εργασιών σε τρίτο και άρα, στήριξης σε αυτόν σχετικά με την εμπειρία του, όσον αφορά τις εργασίες αυτές.

4. Επειδή, περαιτέρω, όπως βάσιμα προβάλλει ο προσφεύγων η παραπάνω ευχέρεια, όπως και κάθε μορφής διακριτική ευχέρεια, δεν δύναται να ασκείται ανέλεγκτα, αλλά θα πρέπει να αιτιολογείται και να μην υπερβαίνει τα σχετικά άκρα όρια ενάσκησής της, καταλήγοντας δυσανάλογη. Τούτο, αφού ο παραπάνω περιορισμός στη δυνατότητα εκτέλεσης από τρίτους και συνακόλουθα, της επιστράτευσης των ικανοτήτων τους για τη διεκδίκηση ανάληψης της σχετικής σύμβασης από τον ενδιαφερόμενο προς τούτο οικονομικό φορέα, προδήλως συνιστά ένα περιορισμό επί του δικαιώματος των άρ. 78 και 307 Ν. 4412/2016 (που θεσπίσθηκε ακριβώς, προς διευκόλυνση της συμμετοχής) και άρα συνιστά περιορισμό του ανταγωνισμού επί της συμμετοχής στην οικεία διαδικασία. Επομένως, όπως κάθε, ούτως ή άλλως,

περιορισμός του ανταγωνισμού και επί της δυνατότητας συμμετοχής, πρέπει να δικαιολογείται αντικειμενικά και να συνδέεται αντικειμενικά με ευλόγως επιδιωκόμενους από την ανάθεση και εκτέλεση της σύμβασης, σκοπούς. Περαιτέρω, το μεν αντικείμενο της αναγκαίας σχετικής αιτιολόγησης ορίζεται από το περιεχόμενο της ίδιας της παρ. 3 ανωτέρω και συγκεκριμένα από τον «κρίσιμο» χαρακτήρα των σχετικών καθηκόντων, υπό την έννοια ότι λόγω της σημασίας τους, σε συνδυασμό με τη φύση, τον σκοπό και το περιεχόμενό τους, η εκτέλεσή τους από τρίτο πλην του αναδόχου διακινδυνεύει τα συμφέροντα του αναθέτοντος και την ομαλή εξυπηρέτηση και διασφάλιση των συμφερόντων που συνδέονται με την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου. Το δε μέτρο κρίσης περί της αναλογικότητας του παραπάνω περιορισμού της συμμετοχής συναφώς συνδέεται με τη συσχέτιση του κρίσιμου χαρακτήρα των εργασιών επί των οποίων θεσπίζεται ο περιορισμός, με τη σημασία τους ως προς την ομαλή εκτέλεση της όλης σύμβασης, με τους επιδιωκόμενους εκ του περιορισμού αυτούς σκοπούς, αλλά και με την ένταση και σοβαρότητα του περιορισμού που επέρχεται στον αναπτυσσόμενο προς ανάληψη της σύμβασης ανταγωνισμό. Επιπλέον, η αναφορά των άρ. 78 παρ. 2 και άρ. 307 παρ. 3 Ν. 4412/2016 σε «ορισμένα» κρίσιμα καθήκοντα, ανεξαρτήτως αν ιδρύει ή όχι ευχέρεια του αναθέτοντος να απαιτεί την αυτοπρόσωπη εκτέλεση και άρα, να εμποδίζει (σε περιπτώσεις που αυτό τυχόν δικαιολογείται από τη φύση του συνόλου των εργασιών της σύμβασης) την ανάθεση εκτέλεσης σε τρίτο όσον αφορά κάθε εργασία της σύμβασης, πάντως, δεν αποκλείει την ευχέρεια αυτή, σε σχέση με ομάδες εργασιών ή επιμέρους κατηγορίες και μέρη που συναπαρτίζουν τη σύμβαση ούτε περιορίζει την παραπάνω ευχέρεια του αναθέτοντα μόνο σε επιμέρους σημειακές και περιορισμένες εργασίες. Περαιτέρω, η δυνατότητα του αναθέτοντος φορέα, κατ' άρ. 78 παρ. 2 και άρ. 307 παρ. 3 Ν. 4412/2016 να αποκλείσει την ανάθεση εκτέλεσης σε τρίτο κατά τα ανωτέρω και επομένως και τη στήριξη σε τρίτο, όσον αφορά κριτήριο επιλογής περί της επαγγελματικής εμπειρίας (στήριξη που συνεπάγεται υποχρέωση εκτέλεσης από τον τρίτο), σε σχέση με τις αποκλειόμενες από εκτέλεση εκ τρίτου, εργασίες, δεν αναιρεί την καταρχήν κατά νόμο πρόβλεψη της δυνατότητας στήριξης σε τρίτο προς

πλήρωση κριτηρίων επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ούτε εξισώνεται με τέτοια άρση του παραπάνω δικαιώματος ούτε όμως, σχετικός όρος διακήρυξης παραβιάζει άνευ ετέρου το νόμο, όπως αβάσιμα προβάλλει ο προσφεύγων. Τούτο διότι πρώτον, οι παραπάνω ευχέρειες του αναθέτοντα ερείδονται ακριβώς (όπως και η καταρχήν πρόβλεψη δικαιώματος στήριξης σε τρίτο) σε διατάξεις νόμου, που μάλιστα θεσπίζονται ως εξαιρέσεις και περιορισμοί ακριβώς στο σχετικό καταρχήν δικαίωμα των διαγωνιζομένων να στηρίζονται σε τρίτους. Δεύτερον, όπως προαναφέρθηκε, οι παραπάνω ευχέρειες αφορούν αποκλειστικά κριτήρια επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και μάλιστα, συγκεκριμένη επιμέρους ομάδα ικανοτήτων από τις περισσότερες που ανήκουν στην κατηγορία των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (που μεταξύ άλλων, βλ. ΠΡΟΣΑΡΤΗΜΑ Α, ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΧΙΙ, ΜΕΡΟΣ ΙΙ Ν.4412/2016, περιλαμβάνει τεχνικά μέσα, εξοπλισμό, εγκαταστάσεις, μηχανήματα, ήτοι πόρους η στήριξη επί των οποίων ουδόλως προϋποθέτει εκ του στηρίζοντος συμμετοχή στην εκτέλεση, αλλά ο τρίτος μπορεί να τους διαθέσει με οποιονδήποτε άλλο προσήκοντα τρόπο), δηλαδή τις ικανότητες που αφορούν επαγγελματικά προσόντα και εμπειρία, ήτοι, τις ικανότητες αυτές η στήριξη επί των οποίων σε τρίτο, προϋποθέτει την εκ του τρίτου αυτοπρόσωπη εκτέλεση των σχετιζόμενων με τις ικανότητες αυτές, εργασιών. Ουδόλως, οι παραπάνω προβλέψεις των άρ. 78 παρ. 2 και 307 παρ. 3 Ν. 4412/2016 επενεργούν επί του δικαιώματος στήριξης, όσον αφορά τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ή τις λοιπές μορφές ικανοτήτων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, πέραν όσων ακριβώς, η στήριξη επί αυτών, προϋποθέτει και μάλιστα, κατά σαφή πρόβλεψη νόμου, την εκτέλεση από τον τρίτο. Σημειωτέον άλλωστε, ότι τα ίδια τα άρ. 78 παρ. 1 και 307 παρ. 1 Ν. 4412/2016 (κατ' ενσωμάτωση των συναφών διατάξεων του ενωσιακού δικαίου) περιλαμβάνουν εκ του ιδίου του καταρχήν ορισμού του δικαιώματος στήριξης σε τρίτο και του πεδίου εφαρμογής του, μείζονα εξαίρεση και περιορισμό, αποκλείοντας τη στήριξη αυτήν, όσον αφορά τα κριτήρια επιλογής περί καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας. Άρα και συνεπεία

όλων των παραπάνω, η χρήση της ευχέρειας απαίτησης αυτοπρόσωπης εκτέλεσης από τον ίδιο τον διαγωνιζόμενο επιμέρους εργασιών του συμβατικού αντικειμένου, όπως και η συνδεόμενη με αυτήν, βλ. παραπάνω, απαίτηση ο ίδιος ο διαγωνιζόμενος να πληροί μόνος του, σχετικές με αυτές τις εργασίες ικανότητες επαγγελματικής εμπειρίας (ικανότητες, τις οποίες αν δανειζόταν από τρίτο, τότε θα έπρεπε να εκτελέσει ο τρίτος τις σχετικές με αυτές εργασίες), όχι μόνο δεν αντιτίθεται στο νόμο και στο δικαίωμα στήριξης σε ικανότητες τρίτου, αλλά ερείδεται σε εκ του νόμου περιορισμό και εξαίρεση επί του παραπάνω καταρχήν δικαιώματος στήριξης και επιπλέον, δεν άγει, όπως αβάσιμα προβάλλει ο προσφεύγων, βλ. και αμέσως επόμενη σκέψη, σε ολική ματαίωση, αναίρεση και πλήρη αποκλεισμό της καταρχήν δυνατότητας στήριξης σε ικανότητες τρίτου, αφού η ευχέρεια αυτή σχετίζεται αποκλειστικά με συγκεκριμένες μορφές ικανοτήτων, που με τη σειρά τους συνδέονται με συγκεκριμένους επιμέρους εργασίες, από τις περισσότερες που αφορά η υπό ανάθεση σύμβαση (βλ. και επόμενη σκέψη).

5. Επειδή, κατά τον όρο 1.3.1 της διακήρυξης, ως αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης ορίζεται «Αντικείμενο της Σύμβασης είναι η παροχή υπηρεσιών που σχετίζονται με τη λειτουργία και τη συντήρηση του δικτύου του καθώς και η προμήθεια, εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία συναφούς πληροφοριακού συστήματος, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα Έγγραφα της διαδικασίας σύναψης της Σύμβασης.» (ομοίως και στις παρ. 1.1-1.4 Σύμβασης Σύμπραξης, όπου τα ανωτέρω επαναλαμβάνονται και αναλύονται, βλ. και παρακάτω). Άρα, η λειτουργία του δικτύου ορίζεται ως μια επιμέρους εργασία, στο πλαίσιο των περισσοτέρων που συγκροτούν το ενιαίο φυσικό αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης. Το δε κριτήριο επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του όρου 2.2.6.1 («2.2.6.1. Εμπειρία στη λειτουργία δικτύων ... με πλήρως αυτόματο σύστημα χωρίς οδηγό Ο Διαγωνιζόμενος πρέπει για τουλάχιστον τρία (3) συνεχόμενα έτη εντός των τελευταίων δέκα (10) ετών, έως και την Ημερομηνία Υποβολής Προσφορών, να έχει παράσχει υπηρεσίες λειτουργίας γραμμής/ών ... με τα εξής χαρακτηριστικά: i. Το μήκος γραμμής/ών σε ένα έργο είναι τουλάχιστον (δέκα) 10 χιλιόμετρα.ii.

Τουλάχιστον δέκα (10) σταθμοί είναι υπόγειοι. iii. Το μέγεθος στόλου είναι τουλάχιστον είκοσι (20) συρμοί. iv. Η επιβατική κίνηση είναι τουλάχιστον δώδεκα χιλιάδες (12.000) επιβάτες κατ' ελάχιστον ανά ώρα και ανά κατεύθυνση. v. Λειτουργία του συνόλου του δικτύου του έργου με πλήρως αυτόματο σύστημα χωρίς οδηγό επί του συρμού, με σύστημα ελέγχου συρμών τύπου CBTC, περιλαμβανομένης και της λειτουργίας ηλεκτρομηχανολογικών και σιδηροδρομικών συστημάτων. Σε περίπτωση που η ανωτέρω εμπειρία προκύπτει από συμμετοχή του Διαγωνιζόμενου σε προηγούμενη Ένωση Προσώπων ή Οικονομικών Φορέων, η συμμετοχή αυτή θα πρέπει να ανέρχεται σε ποσοστό τουλάχιστον 50%. Σε περίπτωση Ένωσης Προσώπων ή Οικονομικών Φορέων, η ως άνω απαιτούμενη εμπειρία θα πρέπει να καλύπτεται από ένα τουλάχιστον μέλος της ένωσης.») επί του οποίου αποκλειστικά θεσπίζεται ο προσβαλλόμενος περιορισμός, δηλαδή η υποχρέωση αυτοπρόσωπης εκ του ιδίου του διαγωνιζόμενου πλήρωσης, χωρίς δυνατότητα στήριξης σε τρίτο, αφορά ακριβώς τη σχετιζόμενη με την εργασία της λειτουργίας δικτύου, ικανότητα της προηγούμενης εμπειρίας του οικονομικού φορέα, ακριβώς επί τέτοιας εργασίας. Η δε διακήρυξη άλλωστε, πέραν των κριτηρίων επιλογής οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των όρων 2.2.5.1-2.2.5.4, θεσπίζει και δεύτερο κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και μάλιστα, σε σχέση με προηγούμενη εμπειρία του οικονομικού φορέα και ειδικότερα, όσον αφορά τη δεύτερη παραπάνω εργασία του φυσικού αντικείμενου, δηλαδή τη συντήρηση δικτύων ... («2.2.6.2. Εμπειρία στη συντήρηση δικτύων ...: Ο Διαγωνιζόμενος πρέπει για τουλάχιστον τρία (3) συνεχόμενα έτη εντός των τελευταίων δέκα (10) ετών, έως και την Ημερομηνία Υποβολής Προσφορών, να έχει εκτελέσει σε δίκτυο ... τις εξής εργασίες συντήρησης: i. Επιδομής με μήκος γραμμής/ών σε ένα δίκτυο τουλάχιστον δέκα χιλιομέτρων (10km) (επιδομή 2x10Km), από τα οποία τουλάχιστον 10km επιδομής να είναι υπόγειο. ii. Έργων πολιτικού μηχανικού και αρχιτεκτονικών τελειωμάτων σε δίκτυο ..., όπου τουλάχιστον δέκα (10) σταθμοί είναι υπόγειοι. iii. Του συνόλου του εξοπλισμού ηλεκτρομηχανολογικών και σιδηροδρομικών συστημάτων (περιλαμβανομένου του συστήματος

κομίστρου [ΑΣΣΚ]) ενός δικτύου μεγέθους όπως κατ' ελάχιστον καταγράφεται στην περίπτωση (i) ανωτέρω. iv. Μεγέθους στόλου τουλάχιστον είκοσι (20) συρμών, με πλήρως αυτόματο σύστημα χωρίς οδηγό επί του συρμού, με σύστημα ελέγχου συρμών τύπου CBTC. Σε περίπτωση Ένωσης Προσώπων ή Οικονομικών Φορέων, η ως άνω απαίτηση θα πρέπει να καλύπτεται από ένα τουλάχιστον μέλος της ένωσης.»), επί της οποίας ουδόλως εμποδίζει, αλλά και ρητά επιτρέπει τη στήριξη σε ικανότητες τρίτων, υπό τους λοιπούς βέβαια, περί τέτοιας στήριξης, όρους της διακήρυξης. Επομένως, ο επίμαχος περιορισμός επί του κριτηρίου του όρου 2.2.6.1 δεν αναιρεί το καταρχήν δικαίωμα στήριξης σε ικανότητες τρίτων (που ρυθμίζεται στον όρο 2.2.8.1 της διακήρυξης) ούτε όμως, αφορά ικανότητα σχετιζόμενη με το σύνολο των εργασιών του φυσικού αντικείμενου, που κατά τα ανωτέρω, εκτός της λειτουργίας ..., αφορά και συντήρηση τέτοιου δικτύου, όπως και προμήθεια, εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία συναφούς πληροφοριακού συστήματος. Άλλα αντίθετα, η ικανότητα με την οποία συνδέεται το ανωτέρω κριτήριο επιλογής 2.2.6.1 και επομένως και ο ανωτέρω αποκλεισμός στήριξης σε τρίτους επί του τελευταίου, αφορά μία επιμέρους από τις περισσότερες εργασίες του συμβατικού αντικείμενου, ενώ ουδόλως εμποδίζεται η στήριξη σε συναφείς ικανότητες και η τυχόν ανάθεση εκτέλεσης σε τρίτο, όσον αφορά όλες τις υπόλοιπες κατηγορίες εργασιών της ίδιας σύμβασης. Σημειώνεται δε, ότι σε συνέχεια του όρου 2.2.8.1 και του ανωτέρω περιορισμού στήριξης, όσον αφορά ειδικά το κριτήριο του όρου 2.2.6.1 της διακήρυξης, η διακήρυξη αποκλείει και την υπεργολαβική ανάθεση της εργασίας της λειτουργίας του δικτύου, σύμφωνα με τον όρο 2.2.8.2 που ορίζει, ότι «Τα τμήματα της σύμβασης που μπορούν να ανατεθούν σε υπεργολάβους αναφέρονται στο άρθρο 14.1.5 της Σύμβασης σύμπραξης», παραπέμποντας ως αντικείμενο δεκτικό υπεργολαβίας και άρα, εκτέλεσης από τρίτο, στο ανωτέρω άρ. 14.1.5 της Σύμβασης Σύμπραξης. Η Σύμβαση Σύμπραξης, στο άρ. 14.1.5 προσδιορίζει το αντικείμενο αυτό, κατά τα εξής «Ο Ανάδοχος έχει το δικαίωμα να αναθέσει σε υπεργολάβους μέρος των Υπηρεσιών Αναδόχου μόνο υπό τον όρο της προηγούμενης έγκρισης της ΑΜ, και αποκλειστικά και μόνον για τις Υπηρεσίες Συντήρησης της παρ. 1.2 (Β) και

για τις Υπηρεσίες Αναδόχου της παρ. 1.3. της παρούσας, όπως εξειδικεύονται στο τεύχος «Τεχνική Περιγραφή και Προδιαγραφές». Τούτο, ενώ η παρ. 1.3 της ίδιας Σύμβασης ορίζει ως «Υπηρεσίες Αναδόχου» υπό Γ-Ε («Στις Υπηρεσίες Αναδόχου περιλαμβάνονται επίσης: Γ. Υπηρεσίες καθαρισμού: ο καθαρισμός των Χώρων του Έργου. Δ. Υπηρεσίες φύλαξης και ασφάλειας: η προστασία του σύμφωνα με τους επί μέρους όρους της παρούσας Σύμβασης. Ε. Υπηρεσίες κομίστρου: η διασφάλιση της λειτουργίας του υπάρχοντος συστήματος συλλογής κομίστρων, η διάθεση εισιτηρίων, η συντήρηση του σχετικού εξοπλισμού, η συλλογή κομίστρου, η απόδοσή του στο νόμιμο δικαιούχο, η προστασία των εσόδων και οι σχετικές αναφορές, σύμφωνα με τους επί μέρους όρους της παρούσας Σύμβασης. Διευκρινίζεται ότι στις συγκεκριμένες Υπηρεσίες Αναδόχου και εν γένει στο αντικείμενο της Σύμβασης δεν περιλαμβάνεται ο έλεγχος πληρωμής/ακύρωσης εισιτηρίων από τους χρήστες του, η επιβολή προστίμων, η συλλογή προστίμων και η απόδοσή τους στον νόμιμο δικαιούχο τους. Αυτή η συγκεκριμένη δραστηριότητα/καθήκον ανήκει/εμπίπτει στην ΑΜ ή σε όποιον άλλον φορέα νομιμοποιείται προς τούτο από την Ισχύουσα Νομοθεσία. »), ειδικά τις υπηρεσίες καθαρισμού, τις υπηρεσίες φύλαξης και ασφάλειας και τις υπηρεσίες διάθεσης, συλλογής και διαχείρισης κομίστρου. Οι υπηρεσίες προληπτικής και διορθωτικής συντήρησης, για τις οποίες ομοίως επιτρέπεται υπεργολαβία, προβλέπονται στην παρ. υπό 1.2.(Β) της ίδιας Σύμβασης («Β. Υπηρεσίες Προληπτικής και Διορθωτικής Συντήρησης Εγκαταστάσεων και Εξοπλισμού: Η προληπτική και διορθωτική συντήρηση των Εγκαταστάσεων και Εξοπλισμού Βασικού Έργου και των Εγκαταστάσεων και Εξοπλισμού Επέκτασης, σύμφωνα με τις προδιαγραφές του σχεδιασμού τους και τους επί μέρους όρους της παρούσας Σύμβασης.)). Αντίθετα, οι εργασίες της παρ. 1.2.(Α) της ίδιας Σύμβασης, δηλαδή οι «Υπηρεσίες Εμπορικής Λειτουργίας» («Α. Υπηρεσίες Εμπορικής Λειτουργίας: Η λειτουργία του Βασικού Έργου του και η λειτουργία της Επέκτασης ως συνόλου με το Βασικό Έργο, με στόχο τη βέλτιστη απόδοση του συστήματος του, σύμφωνα με τις προδιαγραφές του σχεδιασμού του και τους επί μέρους όρους της παρούσας Σύμβασης.)), τίθενται εκτός πεδίου

δυνατότητας υπεργολαβικής ανάθεσης κατά τον συνδυασμό των ανωτέρω. Άρα, από τις 5 υπηρεσίες αναδόχου (Α έως Ε, εντός των παρ. 1.2(A)-(B) και 1.3 (B-E) της παραπάνω Σύμβασης), προβλέπεται δυνατότητα υπεργολαβικής ανάθεσης για όλες εκτός μίας, της υπό 1.2.(A), δηλαδή της εμπορικής λειτουργίας και άρα, ακριβώς αυτής που συνεχεται με το ανωτέρω κριτήριο επιλογής προηγούμενης εμπειρίας του όρου 2.2.6.1 της διακήρυξης. Επομένως, η προκείμενη εξαίρεση στήριξης σε ικανότητες τρίτου περί επαγγελματικής εμπειρίας, νόμα καταρχήν συνδέεται με την εξαίρεση δυνατότητας ανάθεσης των συγκεκριμένων εργασιών που αφορούν οι σχετικές ικανότητες σε τρίτο, ενώ συγχρόνως, οι εξαιρούμενες παραπάνω εργασίες αφορούν «ορισμένα», όπως προβλέπουν τα άρ. 78 παρ. 2 και 307 παρ. 3 Ν. 4412/2016, επιμέρους καθήκοντα και εργασίες του συμβατικού αντικειμένου και όχι το σύνολο αυτών ή συλλήβδην το αντικείμενο της σύμβασης, όπως αβάσιμα προβάλλει ο προσφεύγων. Προς τούτο άλλωστε, αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται νομολογία και προβάλλει αιτιάσεις περί του καταρχήν δικαιώματος στήριξης σε τρίτο και περί της παρανομίας όρου διακήρυξης που αποκλείει αυτό το δικαίωμα, αφού το δικαίωμα αυτό, βλ. και αμέσως προηγούμενες σκέψεις, δεν αναιρείται ούτε εμποδίζεται εν όλω, αλλά απλώς εξαιρείται από αυτό μία επιμέρους απαίτηση ικανότητας-εμπειρίας επί μιας επιμέρους εκ περισσοτέρων εντός της συμβάσεως, εργασιών και επιπλέον, η παραπάνω εξαίρεση από τη δυνατότητα στήριξης και ανάθεσης εργασιών σε τρίτο ερείδεται ακριβώς σε εξαίρεση, προβλεπόμενη ειδικά, από το εθνικό και ενωσιακό πλαίσιο και δη, επί των ίδιων ακριβώς κανόνων που ιδρύουν το καταρχήν δικαίωμα στήριξης σε ικανότητες τρίτου.

6. Επειδή, ο αναθέτων παραδεκτά κατ' άρ. 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016 παραθέτει με τις Απόψεις του αιτιολογία για τη δικαιολόγηση της εκ μέρους του θέσπισης του προσβαλλόμενου ανωτέρω όρου και της χρήσης της ευχέρειας αποκλεισμού ανάθεσης σε τρίτο των εργασιών που συνδέονται με την κατά τον όρο 2.2.6.1 ικανότητα και ούτως και της στήριξης σε τρίτο, όσον αφορά την ικανότητα αυτή. Ειδικότερα, με τις Απόψεις του, ο αναθέτων προβάλλει, ότι «... Η λειτουργία του δικτύου του αποτελεί ιδιαίτερα κρίσιμο καθήκον που θα

αναλάβει ο Ανάδοχος της σύμβασης, το οποίο απαιτεί την συνδρομή της τεχνικής επάρκειας αποκλειστικά στο πρόσωπό του και την εκτέλεσή του από τον ίδιο τον Ανάδοχο. Πιο συγκεκριμένα, το δίκτυο του είναι το πρώτο δίκτυο ... που θα λειτουργήσει στην πόλη της ..., οπότε θα είναι η πρώτη φορά που θα γίνει χρήση του συγκεκριμένου μέσου από σημαντική μερίδα των πολιτών της. Αυτό θα έχει καθοριστικές επιπτώσεις στην καθημερινή ζωή της πόλης, των δημοτών και των επισκεπτών της, αλλά κι ευρύτερες συνέπειες, που αγγίζουν από την ασφάλεια των επιβατών μέχρι την εθνική οικονομία, πράγμα που ανεβάζει πολύ το επίπεδο των απαιτήσεων ως προς την άψογη και ασφαλή χρήση του από τους επιβάτες/χρήστες του. Επίσης, πρέπει να τονιστεί ότι η υπηρεσία της λειτουργίας του δικτύου του ... διαφέρει ουσιωδώς από τις λοιπές υπηρεσίες που θα αναλάβει ο ανάδοχος της σύμβασης, όπως, όπως θα δούμε αμέσως, για παράδειγμα από την υπηρεσία της συντήρησης του δικτύου του ... ή τις υπηρεσίες καθαριότητας. Και αυτό διότι για την αποτελεσματική παροχή της υπηρεσίας της λειτουργίας του δικτύου του ... απαιτείται η δυνατότητα άμεσης, χωρίς καθυστερήσεις και συντονισμένης αντίδρασης και αντιμετώπισης ενδεχόμενων προβλημάτων λειτουργίας του (όπως, για παράδειγμα, λόγω κακής χρήσης των θυρών στις πλατφόρμες από τους χρήστες, λόγω της λανθασμένης ενεργοποίησης συναγερμών συστημάτων κτλ.). Απαιτείται επίσης έμπειρο προσωπικό το οποίο δια της παρατήρησης της κατάστασης και των επιτόπιων ελέγχων μπορεί να μεριμνά εκ των προτέρων για την άμεση αντιμετώπιση των προβλημάτων και την διαχείριση των συνεπειών τους. Με άλλα λόγια, ενώ για άλλες υπηρεσίες, όπως για παράδειγμα για την υπηρεσία της συντήρησης του ... ή την καθαριότητα αυτού, η αποτελεσματικότητα της παροχής των υπηρεσιών μπορεί να επιτευχθεί δια της απλής παροχής εξειδικευμένων συμβουλών και εκπαίδευσης από τον τρίτο στον ανάδοχο της σύμβασης, κάτι τέτοιο δεν συμβαίνει στην υπηρεσία της λειτουργίας, η οποία εκ της φύσεως της απαιτεί συγκεκριμένες δεξιότητες και δυνατότητα άμεσης αντίδρασης, προς αποφυγή συνεπειών που σχετίζονται με την ασφάλεια και υγεία των πολιτών, κάτι που μπορεί να επιτευχθεί μόνο μέσω της εκτέλεσης της συγκεκριμένης υπηρεσίας από τον ίδιο τον ανάδοχο. Ακριβώς

αυτή η ουσιώδης διαφορά μεταξύ της υπηρεσίας που αφορά στη λειτουργία του ... και της υπηρεσίας που αφορά στη συντήρηση του δικτύου αποτυπώνεται στις προβλέψεις της διακήρυξης, οι οποίες ενώ επιτρέπουν τη δάνεια εμπειρία στις υπηρεσίες που σχετίζονται με τη συντήρηση του δικτύου, την αποκλείουν στις υπηρεσίες που σχετίζονται με τη λειτουργία αυτού. Επιπλέον, η αυτοπρόσωπη εμπειρία και εκτέλεση της σύμβασης εκ μέρους του Αναδόχου απαιτείται και για λόγους ορθής κατανομής των ευθυνών σε περιπτώσεις εμφάνισης προβλημάτων κατά τη λειτουργία του δικτύου του Και αυτό διότι η εμπλοκή τρίτου προσώπου με τη μορφή του δανείζοντος εμπειρία θα δημιουργούσε επιπλοκές σε ζητήματα καταλογισμού ευθυνών, κατανομής κινδύνων και διαχωρισμού σφαιρών επιρροής σε περιπτώσεις εμφάνισης προβλημάτων σε σχέση με τη λειτουργία του δικτύου του ..., που όπως αναλύθηκε ανωτέρω ενδέχεται να είναι συχνές λόγω της πρωτοτυπίας του εν λόγω δικτύου. Πράγματι σε περίπτωση εμπλοκής και τρίτου προσώπου στην παροχή των εν λόγω υπηρεσιών, θα είναι ιδιαίτερος δυσχερές να καταλογιστεί ευθύνη στον ανάδοχο σε περιπτώσεις μη αποτελεσματικής και άμεσης αντιμετώπισης καταστάσεων που απαιτούν εξειδικευμένες γνώσεις τις οποίες ο ίδιος δεν διαθέτει, εν γνώσει της αναθέτουσας αρχής, ενώ ταυτόχρονα θα είναι δυσχερές να καταλογιστεί ευθύνη και στον τρίτο που ναι μεν κατέχει τις εξειδικευμένες γνώσεις και την εμπειρία για την αντιμετώπιση των καταστάσεων αυτών, δεν εκτελεί ωστόσο ο ίδιος τη σύμβαση για να μπορεί να τις αντιμετωπίσει με άμεσο και αποτελεσματικό τρόπο. Με άλλα λόγια, η προσθήκη ακόμα ενός συμβατικού δεσμού, ήτοι ενός δεσμού μεταξύ του αναδόχου και του τρίτου, θα περιέπλεκε την αντιμετώπιση προβλημάτων, τον έλεγχο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, τον καταλογισμό ευθύνης και εν τέλει την αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης. Περαιτέρω, το γεγονός ότι το σύνολο του δικτύου του ... θα λειτουργεί με πλήρως αυτόματο σύστημα χωρίς οδηγό, συνεπάγεται πρόσθετες απαιτήσεις ως προς τη λειτουργία του σε όλα συστήματα (σηματοδότησης και ελέγχου, επικοινωνίας, παρακολούθησης και πρόσβασης) καθιστώντας την παρουσία του έχοντος την εμπειρία στη λειτουργία εντός του σχήματος του Αναδόχου απαραίτητη για την άμεση

επίλυση ενδεχόμενων προβλημάτων που θα ανακύψουν. Προς επίρρωση των ανωτέρω, επισημαίνεται ότι σε ολόκληρη την Ευρώπη τα αυτόματα συστήματα ... χωρίς οδηγό λειτουργούν με φορείς εταιρείες που ασκούν αμέσως την λειτουργία (π.χ., εντελώς ενδεικτικά, Παρίσι, Μιλάνο ή Κοπεγχάγη). Επιπλέον, είναι πασίδηλο ότι η μεταφορά της τεχνογνωσίας, η εκπαίδευση του συνόλου του προσωπικού του αναδόχου και η τεχνική υποστήριξη είναι σαφώς αποτελεσματικότερες όταν διενεργούνται από τον ίδιο τον ανάδοχο και όχι από τρίτο οικονομικό φορέα. Σε κάθε δε περίπτωση, η λειτουργία του ... αποτελεί ιδιαίτερα κρίσιμο ζήτημα, καθώς συνδέεται με την εξασφάλιση της δημόσιας επιβατικής μεταφοράς, η οποία ως υπηρεσία κοινής ωφέλειας η οποία ως δημόσια υπηρεσία οφείλει να σέβεται, μεταξύ άλλων, τις αρχές της συνέχειας στην παροχή, της προσαρμοστικότητας και της ισότητας στην πρόσβαση, η δε τήρηση των εν λόγω αρχών εξασφαλίζεται σαφώς αποτελεσματικότερα όταν ο ίδιος ο εκτελών τη σύμβαση (και άρα προσφέρων) διαθέτει την απαιτούμενη τεχνική επάρκεια και εμπειρία ως προς την παροχή της συγκεκριμένης υπηρεσίας....». Επομένως, ο αναθέτων αιτιολογεί τον «κρίσιμο» χαρακτήρα των παραπάνω εξαιρούμενων της δυνατότητας ανάθεσης εκτέλεσης σε τρίτο και τον όρο περί αποκλεισμού τέτοιας ανάθεσης εκτέλεσης, με βάση τη φύση της σχετικής λειτουργίας δικτύου αυτόματων συστημάτων ... χωρίς οδηγό, συνεπεία της οποίας αυτής φύσης, η ποιότητα των παρεχόμενων υπηρεσιών προϋποθέτει τη συνεχή εξασφάλιση τήρησης πλήθους λειτουργικών παραμέτρων που επηρεάζουν την ποιοτική εμπειρία του επιβατικού κοινού (βλ. και κατωτέρω) και άμεση επίλυση σε συνεχές επίπεδο πλήθους δυνητικών προβλημάτων, ενώ συγχρόνως, η φύση των υπηρεσιών αυτών, θέτει και σαφή ζητήματα ασφάλειας υγείας και ζωής των επιβατών και ασφάλειας εκτέλεσης του διαρκούς μεταφορικού έργου, που απαιτούν άμεση και τεταμένη μέριμνα του αναδόχου. Επιπλέον, αιτιολογεί την παραπάνω κρισιμότητα και με βάση τον σκοπό της, που αφορά στην εξασφάλιση αποτελεσματικής παροχής δημόσιας υπηρεσίας κοινής ωφελείας στο ευρύ κοινό, δηλαδή δημόσιας επιβατικής μεταφοράς μέσω δικτύου ... εντός μείζονος αστικού ιστού με μεγάλο πλήθος κατοίκων και ενώ το δίκτυο αυτό, θα κληθεί να μεταβάλει δραστικά και

να βελτιώσει τις συνθήκες μετακίνησης εντός της πόλης και άρα και την καθημερινότητα των πολιτών και των επισκεπτών της πόλης και κάθε συνδεδεμένη με αυτή κοινωνικοοικονομική παρά.... Αυτός ο σκοπός κατά τα παραπάνω, καθιστά ιδιαίτερα σημαντική την εξασφάλιση συνέχειας, λειτουργικότητας, υψηλής ποιότητας, προσαρμοστικότητας και ίσης μεταχείρισης στην παροχή της οικείας υπηρεσίας. Τα παραπάνω καθιστούν κατά τον αναθέτοντα αναγκαία την αυτοπρόσωπη εκτέλεση από τον ίδιο τον ανάδοχο, καθώς οι προσωπικές οργανωτικές δεξιότητες και εξοικείωση αυτού με το αντικείμενο και τις ιδιαιτερότητες της εργασίας, η αμεσότητα εμπλοκής του στην παροχή των ευαίσθητων παραπάνω υπηρεσιών και δυνατότητα αυτοπρόσωπης άμεσης επέμβασης του σε συνεχές επίπεδο για την επίλυση όποιων προβλημάτων προκύψουν και η απευθείας ευθύνη του και διαθεσιμότητα επικοινωνίας και συνεννόησης απέναντι στην αναθέτουσα σε διαρκές, άμεσο και συνεχές επίπεδο, είναι απαραίτητες για την προσήκουσα εκτέλεση των παραπάνω καθηκόντων. Η παραπάνω αιτιολογία προκύπτει ως πλήρης, σαφής και ειδική, ερείδεται δε επί συγκεκριμένων εύλογων βάσεων δικαιολόγησης της επιλογής του αναθέτοντος να απαιτήσει αυτοπρόσωπη εκτέλεση από τον προσφέροντα, που ερείδονται επί των εκ των οικείων εργασιών επιδιωκόμενων σκοπών και των ιδιαιτεροτήτων των παραπάνω καθηκόντων, δικαιολογώντας ούτως, τον κρίσιμο χαρακτήρα των τελευταίων. Σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του υπομνήματος του προσφεύγοντα, ούτε η παραπάνω αιτιολογία έπρεπε να παρατεθεί εντός των τευχών της διαδικασίας, όπως αλυσιτελώς και αβάσιμα προβάλλει, δυνάμενη κατ' άρ. 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016, να παρατεθεί με τις νυν Απόψεις ούτε χρειαζόταν να τεκμηριωθεί βάσει κάποιας ειδικής τεχνικής ή οικονομικής μελέτης. Τούτο, διότι ο αναθέτων δεν παρουσιάζει κάποια ειδικά τεχνικά δεδομένα, αλλά εξηγεί το ίδιο το καθημερινό περιεχόμενο των εργασιών λειτουργίας του και των ζητημάτων που θα προκύπτουν σε συνεχές επίπεδο και θα χρήζουν της άμεσης μέριμνας του αναδόχου. Εξάλλου, η φύση, οι κίνδυνοι, οι εμπλεκόμενες παρά...ι σε συνεχές επίπεδο, η σκοπιμότητα και η κρισιμότητα των υπηρεσιών λειτουργίας του δικτύου ... της ... (και μάλιστα με συρμούς άνευ οδηγού) προκύπτουν

πρόδηλα από την κοινή λογική και την κοινή πείρα, σε σχέση με τους κινδύνους, τις απαιτήσεις και τις παραμέτρους που επηρεάζουν τέτοιας φύσης υπηρεσίες. Ούτε άλλωστε, ο φέρων το βάρος απόδειξης των ισχυρισμών του προσφεύγων προβάλλει οποιονδήποτε επί της ουσίας ισχυρισμό προς αντίκρουση όλων των παραπάνω. Επιπλέον, είναι όλως προφανείς η κρισιμότητα του συγκοινωνιακού έργου της λειτουργίας του δικτύου ... στη ..., ο στρατηγικός και αναπτυξιακός του σκοπός, ο ρόλος που καλείται να επιτελέσει για την εξυπηρέτηση της εμπειρίας διαβίωσης στην πόλη και τον σχετιζόμενο με αυτήν οικιστικό και οικονομικό ιστό, η επιρροή που θα ασκήσει στον όλο συγκοινωνιακό χάρτη και τη μετακίνηση εντός της πόλης, η συναφής εξυπηρέτησης της επιχειρηματικότητας σε αυτή, ο πολύπλευρος τρόπος με τον οποίο θα επηρεάσει και θα μεταβάλει με μόνιμο τρόπο την καθημερινότητα και το επίπεδο διαβίωσης για πλήθος πολιτών και επισκεπτών και προφανώς, η ανάγκη εξασφάλισης της βέλτιστης δυνατής ποιότητας των σχετικών υπηρεσιών και παροχής τους με απόλυτη ασφάλεια και τη μέγιστη δυνατή συνέπεια, από τις οποίες θα εξαρτηθεί τόσο η επιτυχία του όλου εγχειρήματος δημιουργίας τέτοιου δικτύου στην πόλη, όσο και η τελική επίδραση που θα έχει στους πολίτες και την κοινωνία που θα κληθεί να εξυπηρετήσει. Επομένως, οι παραπάνω αιτιολογίες του αναθέτοντος ερείδονται επί βάσεων, στόχων και παραμέτρων που προκύπτουν ως πρόδηλα δικαιολογημένες και εύλογες. Άρα, η σχετική ευχέρεια του αναθέτοντος και η επιλογή εξασκήσεώς της, εν προκειμένω αιτιολογείται νομίμως επί τη βάση της κρισιμότητας των σχετικών καθηκόντων, που καθιστούν αυτά ανεπίδεκτα εκτέλεσης από άλλο πρόσωπο από τον ανάδοχο, χωρίς έκπτωση και διακινδύνευση σε επίπεδο αποτελεσματικότητας και διασφάλισης ποιότητας, συνέχειας παροχής και άμεσης επίλυσης προβλημάτων. Επιπλέον, ο δια της παραπάνω άσκησης της σχετικής ευχέρειας του αναθέτοντος περιορισμός επί του ανταγωνισμού δεν προκύπτει ως υπέρμετρος σε σχέση με τους παραπάνω, δι' αυτού επιδιωκόμενους σκοπούς, αφού πρώτον, ο σχετικός αποκλεισμός χρήσης τρίτου αφορά επιμέρους μόνο κατηγορία εργασιών από τις περισσότερες που συγκροτούν το συμβατικό αντικείμενο και μέρος μόνο των υπηρεσιών αναδόχου

και όχι όλο το αντικείμενο της σύμβασης. Δεύτερον, το κριτήριο επιλογής 2.2.6.1 που αποτελεί το αντικείμενο του πιο πάνω περιορισμού αφορά μία μόνο από περισσότερες απαιτούμενες για τη συμμετοχή, ικανότητες, τρίτον ο περιορισμός είναι κατάλληλος και αναγκαίος για την κατά τα ανωτέρω εξασφάλιση ποιότητας, συνέχειας, αμεσότητας παρέμβασης και εν τέλει αποτελεσματικής εξυπηρέτησης του κρίσιμου για τη ... και ιδιαίτερα ευρύ κύκλο πολιτών, όπως και για την καθημερινότητα τους, έργου της καθημερινής λειτουργίας δικτύου μεταφοράς επιβατών, στο πλαίσιο ενός ομοίως μείζονος τοπικής και εθνικής αναπτυξιακής σημασίας εγχειρήματος. Τρίτον, δεν προκύπτει ως δυσανάλογο, οικονομικός φορέας που δεν διαθέτει ο ίδιος τη σχετικά απαιτούμενη εμπειρία λειτουργίας ενός τέτοιου δικτύου να εμποδίζεται να διεκδικήσει ως μόνος υποψήφιος ανάδοχος, ακόμη και βασιζόμενος σε ικανότητες και εργασία τρίτων υπεργολάβων, το έργο λειτουργίας δικτύου Τούτο διότι αφενός η εκ μέρους του αναδόχου έλλειψη εμπειρίας, των συναφών με αυτήν τεχνικών και οργανωτικών ικανοτήτων και εξοικείωσης, με τέτοια απαιτητική, καθημερινή και αφορώσα στην αντιμετώπιση και επίλυση σε διαρκές και άμεσο επίπεδο ζητημάτων, εργασία, όπως η λειτουργία δικτύου ..., δεν παρέχει τα αντίστοιχα εχέγγυα ομαλής, συνεχούς, αποτελεσματικής και αποτελεσματικής εκτέλεσης, με την εκ του ίδιου του αναδόχου κατοχή της οικείας εξοικείωσης και εκτέλεσης των σχετικών εργασιών. Εξάλλου, οπωσδήποτε και η ίδια η αποτελεσματική επίβλεψη εκ του αναδόχου των εργασιών ενός υπεργολάβου, προϋποθέτει την εκ του αναδόχου γνώση, εξοικείωση και εμπειρία ως προς τη φύση των σχετικών εργασιών, το περιεχόμενο, τις ιδιαιτερότητες και τα δυνητικά προβλήματα αυτών, όπως και τις μεθόδους αντιμετώπισής τους. Περαιτέρω, η μεσολάβηση υπεργολάβου μεταξύ του αναδόχου και των συμβατικών υποχρεώσεων του (υπό την έννοια, ότι ο ανάδοχος θα φέρει μεν την ευθύνη έναντι της αναθέτουσας, όμως, το αντίστοιχο αντικείμενο θα εκτελείται από την υπεργολάβο) προδήλως απομειώνει τη δυνατότητα άμεσης παρέμβασης του αναδόχου και τον συντονισμό και επικοινωνία του με την αναθέτουσα αρχή, σε σχέση με την περίπτωση της αυτοπρόσωπης από τον ανάδοχο εκτέλεσης. Και ναι μεν, τούτο δεν είναι αναγκαία κρίσιμο σε κάθε μορφής εργασία και στο

πλαίσιο κάθε μορφής σύμβασης και αντικειμένου. Όταν όμως, όπως εν προκειμένω, η φύση των σχετικών καθηκόντων είναι τέτοια, ώστε από τη μια πλευρά, η ποιότητα της παρεχόμενης υπηρεσίας (δηλαδή της μεταφοράς των επιβατών) εξαρτάται από πλήθος αναγκαίων να τηρούνται σε συνεχές επίπεδο, συνθηκών και παραμέτρων (εκτεινόμενων από την απόλυτη συνέπεια εκτέλεσης δρομολογίων και επιτήρησης και προσαρμογής συχνότητας αυτών, ως την ομαλή λειτουργία του εξοπλισμού και των υποδομών διακίνησης, κυκλοφορίας και επιβίβασης του επιβατικού κοινού μεταξύ των σταθμών και εντός των σταθμών) και από την άλλη, η άμεση δυνατότητα του αναδόχου να παρεμβαίνει σε πλήθος καθημερινών ενδεχομένων είναι όλως ουσιώδης για την ίδια την ασφάλεια του επιβατικού κοινού, αλλά και για την κυκλοφοριακή εξυπηρέτηση ενός ιδιαίτερα μεγάλου πληθυσμού και επί της ουσίας, ενός μείζονος αστικού ιστού, τότε η παραπάνω μεσολάβηση όντως διακινδυνεύει την αποτελεσματικότητα, ασφάλεια, συνέχεια και ποιότητα της σχετικής εργασίας (δηλαδή, της λειτουργίας του δικτύου). Αφετέρου, ένας οικονομικός φορέας με τέτοια έλλειψη εμπειρίας δεν εμποδίζεται εν γένει να συμμετάσχει υπό οιαδήποτε ιδιότητα στην εκτέλεση τέτοιας σύμβασης, αλλά εμποδίζεται μόνο να αναλάβει ως μόνος ανάδοχος. Ούτε εξάλλου, εμποδίζεται ο προσφεύγων να συμμετάσχει στο πλαίσιο, κατ' άρ. 19 παρ. 2 και 254 παρ. 2 Ν. 4412/2016, ένωσης οικονομικών φορέων, εκ των οποίων πάντως κάποιος θα κατέχει τη σχετική εμπειρία στη λειτουργία τέτοιου δικτύου. Πράγματι, ο όρος 2.2.1.2-2.2.1.3 της διακήρυξης («2. Οικονομικός φορέας συμμετέχει είτε μεμονωμένα είτε ως Μέλος Ένωσης Προσώπων ή Οικονομικών Φορέων. Οι Ενώσεις Προσώπων ή Οικονομικών Φορέων δεν απαιτείται να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή της Προσφοράς. Στις περιπτώσεις υποβολής της Προσφοράς από μια Ένωση Προσώπων ή Οικονομικών Φορέων, όλα τα Μέλη ευθύνονται έναντι της αλληλέγγυα και εις ολόκληρον. Σε περίπτωση κατακύρωσης του αποτελέσματος του Διαγωνισμού σε Ένωση Προσώπων ή Οικονομικών Φορέων, τα Μέλη υποχρεούνται να συστήσουν ανώνυμη εταιρεία σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 1 παρ. 4 του ν. 3389/2005, σε κάθε δε περίπτωση τα Μέλη που πληρούν τα κριτήρια

τεχνικής επάρκειας ως προς τη λειτουργία του διατηρούν τουλάχιστον ποσοστό συμμετοχής είκοσι πέντε τοις εκατό (25%) στο μετοχικό κεφάλαιο της Εταιρείας Ειδικού Σκοπού. 3. Σε περίπτωση υποβολής Προσφοράς από Ένωση Προσώπων ή Οικονομικών Φορέων, ένα από τα Μέλη που πληροί τα κριτήρια τεχνικής επάρκειας ως προς τη λειτουργία του (σύμφωνα με τον όρο 2.2.6.1. της παρούσας) απαιτείται να έχει ποσοστό συμμετοχής τουλάχιστον είκοσι πέντε τοις εκατό (25%) στην Ένωση και από το Μέλος αυτό ορίζεται ο Κοινός Εκπρόσωπος. Ο Κοινός Εκπρόσωπος είναι νόμιμα εξουσιοδοτημένος από τα λοιπά μέλη της Ένωσης να εκπροσωπεί την Ένωση έναντι της καθ' όλη τη διάρκεια του Διαγωνισμού. Το μέλος αυτό οφείλει να διατηρήσει τουλάχιστον ποσοστό είκοσι πέντε τοις εκατό (25%) στο μετοχικό κεφάλαιο της Εταιρείας Ειδικού Σκοπού καθ' όλη τη διάρκεια της Σύμβασης. ») ρητά επιτρέπει τη δυνατότητα συμμετοχής ενώσεων οικονομικών φορέων, με μόνους περιορισμούς την υποχρέωση, κατόπιν της κατακύρωσης σύστασης ανωνύμου εταιρείας και την εκ του πληρούντος τον όρο 2.2.6.1 της διακήρυξης, μέλους της ένωσης συμμετοχής με τουλάχιστον 25% επί του μετοχικού κεφαλαίου της εταιρείας αυτής (με το υπόλοιπο 75% να δύναται να αναληφθεί από μέλος ή μέλη που δεν έχουν καμία εμπειρία στη λειτουργία δικτύου ... ούτε θα εκτελέσουν τις σχετικές με τη λειτουργία αυτή, εργασίες), περιορισμοί που άλλωστε, ουδόλως προκύπτουν ούτε προβάλλονται από τον προσφεύγοντα ως υπέρ... ή παρεμποδίζοντες τη λυσιτελή και ευχερή σύσταση σχετικών ενώσεων και συμμετοχή μέσω αυτών. Τούτο, ενώ όπως βάσιμα προβάλλει και ο αναθέτων, η παραπάνω και περί των ενώσεων πρόβλεψη της διακήρυξης, επιρρωνύει, όπως και η παραπάνω πρόβλεψη περί μη δυνατότητας υπεργολαβικής ανάθεσης, την έμφαση που δίνει η διακήρυξη σε πλήρες πλαίσιο και στο σύνολό της, στην κρισιμότητα της επιμέρους εργασίας λειτουργίας του δικτύου. Εξάλλου, ναι μεν η στήριξη σε ικανότητες τρίτων συνιστά δυνατότητα που σκοπεύει στη διευκόλυνση συμμετοχής σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, πλην όμως δεν συνιστά το αποκλειστικό προς τούτο, εργαλείο, αφού αντίστοιχα και η δυνατότητα συμμετοχής σε σύμπραξη με άλλους οικονομικούς φορείς στο πλαίσιο ένωσης οικονομικών φορέων, συνιστά

μια εναλλακτική δυνατότητα, που ουδόλως εμποδίζεται από την παρούσα διακήρυξη και κατατείνει εξίσου στη διευκόλυνση συμμετοχής οικονομικών φορέων που δεν συγκεντρώνουν μόνοι τους, το σύνολο των απαιτούμενων για τη συμμετοχή, προσόντων. Σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα, η παραπάνω αιτιολογία σαφώς στα προεκτεθέντα χωρία, αναφερόμενη στις δυσχέρειες και τους κινδύνους από την εμπλοκή τρίτου προσώπου στην εκτέλεση των σχετικών εργασιών, υποδεικνύει για ποιους λόγους δεν αρκεί για τους επιδιωκόμενους σκοπούς η εκ του τρίτου αυτοπρόσωπη εκτέλεση, παραθέτοντας αναλυτικές αιτίες για τις οποίες χρειάζεται αυτή καθαυτή η αυτοπρόσωπη εκτέλεση από τον ανάδοχο. Τούτο, ενώ η εκτέλεση από τον τρίτο των εργασιών για τις οποίες παρέχει στήριξη με την εμπειρία του δεν συνιστά, όπως προβάλλει ο προσφεύγων ένα ηπιότερο δυνητικό μέτρο, αλλά μια ούτως ή άλλως εκ του νόμου υποχρέωση, βλ. και ανωτέρω, όταν δεν αποκλείεται βέβαια η ανάθεση σε τρίτο αυτών των εργασιών, όπως εν προκειμένω. Επιπλέον, παρότι ο αναθέτων δεν απαιτείται για την πληρότητα της ως άνω αιτιολόγησης, να συγκρίνει την ευχέρεια που άσκησε με κάθε άλλο δυνητικό όρο που θα μπορούσε να θεσπίσει προς τον ίδιο σκοπό, πάντως, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του υπομνήματος του προσφεύγοντα, η απαίτηση ο τρίτος παρέχων την παραπάνω στήριξη να είναι συνδεδεμένη επιχείρηση με τον ανάδοχο ουδόλως προκύπτει πως παρέχει αντίστοιχα και ισοδύναμα με την αυτοπρόσωπη εκ του αναδόχου εκτέλεση, εχέγγυα, αφού η ιδιοκτησιακή σύνδεση ή και η σύνδεση σε επίπεδο διοίκησης νομικών προσώπων, δεν αναιρεί τον διακριτό χαρακτήρα των επιχειρήσεων και ιδίως τη διακριτή οργανωσιακή και επιχειρησιακή δομή τους, τη διακριτή επιχειρηματική και οργανωτική τους εμπειρία, την αυτοτέλεια σε επίπεδο καθημερινής διαχείρισης και δομών λήψης λειτουργικών και καθημερινών αποφάσεων, όπως και κατ' αποτέλεσμα, τα συναφή προβλήματα συντονισμού, επικοινωνίας και αμεσότητας παρέμβασης εκ του αναδόχου, που δύνανται κατά την αιτιολογία της αναθέτουσας να ανακύψουν από την εκ του τρίτου εκτέλεση ή την εμπλοκή περισσότερων οικονομικών φορέων, πέραν του αναδόχου, στην εκτέλεση της λειτουργίας του δικτύου. Περαιτέρω, αναλυτικά η ανωτέρω

αιτιολογία εξηγεί τη διαφοροποίηση σε επίπεδο φύσης, κινδύνων και ανάγκης άμεσης και συνεχούς επέμβασης από τον ανάδοχο, μεταξύ της λειτουργίας του δικτύου για το οποίο θεσπίζεται η παραπάνω απαίτηση πλήρωσης της εμπειρίας και εκτέλεσης από τον προσφέροντα και της συντήρησης (για την οποία θεσπίσθηκε το διακριτό ανωτέρω κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας περί σχετικής με τη συντήρηση εμπειρίας του όρου 2.2.6.2), όπου επιτρέπεται σχετική στήριξη σε τρίτο και εκτέλεση εξ αυτού όπως και των λοιπών υπηρεσιών αναδόχου, δηλαδή η καθαριότητα, φύλαξη και διαχείριση συστήματος κομίστρου, για τις οποίες ομοίως επιτρέπεται η υπεργολαβική ανάθεση. Η παραπάνω αιτιολογία εξάλλου, καταδεικνύει τις ιδιαιτερότητες της υπηρεσίας λειτουργίας του ... και δη, την έμφαση στην ανάγκη απόλυτου συντονισμού και αμεσότητας επί της δυνατότητας παρέμβασης του αναδόχου, σε σχέση με κρίσιμους κινδύνους (οι οποίοι δεν εμφανίζονται στις λοιπές υπηρεσίες της συντήρησης, της καθαριότητας, φύλαξης και κομίστρων) που αφορούν την ασφάλεια του καθημερινού συγκοινωνιακού έργου και του ίδιου του επιβατικού κοινού, από κίνδυνο ατυχήματος, ιδιαιτερότητες που συνεπάγονται την αδυναμία επίτευξης ικανοποιητικού αποτελέσματος δια της απλής επίβλεψης από τον ανάδοχο κάποιου υπεργολάβου ή δια της εκ του τρίτου παροχής συμβουλών και υποστήριξης στον μη έμπειρο σχετικώς με τα ανωτέρω, ανάδοχο. Επομένως, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα, η προκείμενη χρήση εκ του αναθέτοντα της ευχέρειας αποκλεισμού στήριξης σε ικανότητες και ανάθεσης εκτέλεσης εργασιών σε τρίτο, επί της συγκεκριμένης κατηγορίας εργασιών, προκύπτει τόσο ως επαρκώς αιτιολογημένη, όσο και ως προσήκουσα, κατάλληλη και αναγκαία για την αποτελεσματική και ασφαλή για το κοινό, τον αναθέτοντα και τους σκοπούς του συστήματος και δικτύου ... της πόλης, λειτουργία του τελευταίου. Κατ' αποτέλεσμα, η ανωτέρω ευχέρεια δεν προκύπτει πως ασκήθηκε καθ' υπέρβαση των άκρων ορίων της ή ανατιολόγητα ή καταχρηστικά ούτε ότι κατατείνει σε δυσανάλογο, σε σχέση με τους εξ αυτής επιδιωκόμενους σκοπούς, περιορισμό του ανταγωνισμού. Αυτός δε ο περιορισμός πάντως προκύπτει ως αντικειμενικά δικαιολογημένος με βάση τους εκ της συμβάσεως και δη, εκ των εργασιών που

η παραπάνω ευχέρεια αφορά, επιδιωκόμενους εύλογους σκοπούς και με βάση τις ιδιαιτερότητες της φύσης και του σκοπού των συγκεκριμένων (εκ των περισσοτέρων που συγκροτούν το συμβατικό αντικείμενο) επιμέρους εργασιών και καθηκόντων (για τα οποία επελέγη αυτή η ευχέρεια αυτόπροσωπης από τον ανάδοχο εκτέλεσης), ως και των συνδεόμενων με αυτά επιμέρους (εκ των περισσοτέρων απαιτούμενων για τη συμμετοχή) ικανοτήτων (για τις οποίες θεσπίσθηκε η παραπάνω απαίτηση κάλυψης από τον ίδιο τον προσφέροντα). Οι παραπάνω δε ιδιαιτερότητες προκύπτει ότι συγκροτούν νομίμως αιτιολογημένες εξαιρετικές περιστάσεις που δικαιολογούν την εφαρμογή της ως άνω ευχέρειας εν προκειμένω, όσον αφορά τις παραπάνω επιμέρους ικανότητες και τις μετ' αυτών συνδεόμενες επιμέρους εργασίες και ούτως δικαιολογούν και τον ανωτέρω εξ αυτών περιορισμό. Συνεπώς και σε συνδυασμό και με τις προηγούμενες σκέψεις, το σύνολο των ισχυρισμών της προσφυγής, τυγχάνουν απορριπτέοι.

7. Επειδή, επιπλέον πάντως των ανωτέρω, εν προκειμένω, όπως προαναφέρθηκε, ακόμη και αν έλειπε ο προσβαλλόμενος όρος του άρ. 2.2.8.1 της διακήρυξης και ούτως δεν αποκλειόταν ρητά η στήριξη σε ικανότητες τρίτου για την πλήρωσή του όρου 2.2.6.1, ούτως ή άλλως οι στηριζόμενοι σε τρίτο, προσφέροντες, θα όφειλαν, κατά τον όρο 2.2.8.1 και τα άρ. 78 παρ. 1 και 307 παρ. 2 Ν. 4412/2016, να αναθέσουν την εκτέλεση των συναφών με τις ικανότητες του όρου 2.2.6.1 εργασιών, δηλαδή με τη λειτουργία του δικτύου, στον στηρίζοντα τρίτο. Όμως, η ανάθεση εκτέλεσης των παραπάνω εργασιών σε τρίτο, ούτως ή άλλως αποκλείεται από άλλους όρους της διακήρυξης και συγκεκριμένα τον όρο 2.2.8.2 της διακήρυξης και το εξ αυτού παραπεμπόμενο (ως το αντικείμενο παραδεκτής ανάθεσης σε υπεργολάβο) άρθρο 14.1.5 της Σύμβασης σύμπραξης, και ούτως, επιβάλλεται η αυτοπρόσωπη εκτέλεση τους από τον ανάδοχο. Άρα, ακόμη και αν δεν αποκλειόταν καταρχήν η στήριξη επί των παραπάνω ικανοτήτων σε τρίτο, ούτως ή άλλως, ο μη έχων τις ικανότητες αυτές προσφέρων, θα όφειλε να εκτελέσει ο ίδιος τις σχετικές με τις ικανότητες αυτές εργασίες, χωρίς δυνατότητα ανάθεσής τους στον τυχόν στηρίζοντα αυτόν τρίτο, ενώ όμως η επί αυτού στήριξη συγχρόνως θα απαιτούσε την εκτέλεση

από τον τελευταίο. Με βάση τα παραπάνω, η στήριξη στον τρίτο ούτως ή άλλως θα καθίστατο αδύνατη, ακριβώς λόγω αδυναμίας του προσφέροντος να αναθέσει τις σχετικές εργασίες στον τρίτο, παρότι λόγω της φύσης του κριτηρίου επιλογής 2.2.6.1, απαιτεί την εκ του τρίτου εκτέλεση, σε περίπτωση στήριξης. Εξάλλου, εκτός του ότι δεν θα επιτρεπόταν ούτως ή άλλως μια στήριξη σε ικανότητα προηγούμενης εμπειρίας, χωρίς ο στηρίζων να εκτελέσει τη σχετική εργασία, σε μια τέτοια περίπτωση, και η ίδια η εμπειρία του τρίτου θα κατέληγε όλως ονομαστική και άνευ αντικειμένου, χωρίς να διατίθενται οι σχετικές με τη στήριξη αυτήν, ικανότητες στον ανάδοχο, αφού ακριβώς, ο μόνος εκ του νόμου αναγνωριζόμενος τρόπος διάθεσης τέτοιας φύσεως ικανοτήτων είναι η εκ του τρίτου εκτέλεση της σχετικής εργασίας. Άρα, η στήριξη στον τρίτο για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής 2.2.6.1 ούτως ή άλλως κατ' αποτέλεσμα, αποκλείεται όχι μόνο από τον όρο 2.2.8.1, αλλά και από τον όρο 2.2.8.2 της διακήρυξης και το εξ αυτού παραπεμπόμενο άρθρο 14.1.5 της Σύμβασης σύμπραξης, όρους που όμως ουδόλως προσέβαλε, αφού τόσο οι λόγοι, όσο και το αιτητικό της προσφυγής του (όπου αναφέρει μόνο «1. Να γίνει δεκτή η παρούσα προδικαστική προσφυγή. 2. Να ακυρωθεί ο προσβαλλόμενος όρος 2.2.8.1 της Διακήρυξης κατά το μέρος που προσβάλλεται σύμφωνα με τα αναλυτικώς εκτιθέμενα στη παρούσα. 3. Να ακυρωθεί κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής. 4. Να διαταχθεί η επιστροφή του παραβόλου που καταθέσαμε για την άσκηση της παρούσας.») περιορίζονται αποκλειστικά στον όρο 2.2.8.1. Αυτό, ενώ όπως δηλώνει ο ίδιος ο προσφεύγων στην προσφυγή του, δεν πληροί ο ίδιος την απαίτηση εμπειρίας σε λειτουργία δικτύων ... και θα μπορούσε να συμμετάσχει με τη στήριξη τρίτου κατέχοντα τέτοια εμπειρία (βλ. προσφυγή, σημ. 11 «...Δεδομένου, ότι η Εταιρεία μας δεν διαθέτει η ίδια τη ζητούμενη εμπειρία ως προς τη λειτουργία δικτύων ... και κατά τούτο προτίθεται να συμμετάσχει στον διαγωνισμό με στήριξη στη σχετική ικανότητα τρίτου ως προς το εν λόγω κριτήριο, ο προσβαλλόμενος όρος καθιστά αδύνατη και πάντως εξαιρετικά δυσχερή τη λυσιτελή συμμετοχή της στον επίμαχο διαγωνισμό...»). Πλην όμως, κατά τα παραπάνω, ακόμη και αν όντως γινόταν δεκτή η προσφυγή ως προς το

μόνο αντικείμενο και αίτημά της και έτσι, ακυρωνόταν ο όρος 2.2.8.1 κατά το μέρος που αποκλείει τη στήριξη σε τρίτους, όσον αφορά το κριτήριο επιλογής του όρου 2.2.6.1 και πάλι δεν θα ήταν κατά τα ανωτέρω, δυνατή η συμμετοχή του προσφεύγοντα, αφού αυτός θα εμποδιζόταν ούτως ή άλλως να στηριχθεί σε τρίτο ως προς τις ικανότητες του όρου 2.2.6.1, ακριβώς γιατί δεν θα μπορούσε, βάσει άλλων μη προσβληθέντων όρων του ίδιου του εν γνώσει του κανονιστικού περιεχομένου της διαδικασίας, να αναθέσει στον τρίτο τις σχετικές με τον όρο 2.2.6.1, εργασίες. Ούτε άλλωστε, προκύπτει από το δικόγραφο της προσφυγής του, το περιεχόμενο και αίτημα του οποίου δεν δύνανται να τύχουν επέκτασης και προσθήκης νέων κεφαλαίων, από την ΕΑΔΗΣΥ, ότι προσβάλλει και τον κατά τον όρο 2.2.8.2 της διακήρυξης και το άρ. 14.5 της Σύμβασης Σύμπραξης αποκλεισμό ανάθεσης σε τρίτους της εκτέλεσης των σχετικών εργασιών.Επομένως, ακόμη και αν οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντα ήταν βάσιμοι και ακόμη και αν η προσφυγή του και τα αιτήματά του τύγχαναν εν όλω αποδοχής και πάλι, δεν θα θεραπευόταν η βλάβη του επί της δυνατότητας διεκδίκησης ανάληψης της υπό ανάθεση σύμβασης, σύμφωνα με τα άρ. 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 ούτε θα ήταν δυνατή η παραδεκτή συμμετοχή του στην προκείμενη διαδικασία (τουλάχιστον, ως μεμονωμένου διαγωνιζόμενου, περίπτωση επί της οποίας επικαλείται τη βλάβη του και ενώ, όπως προαναφέρθηκε, η συμμετοχή του ως μέλος ένωσης δεν θα εμποδιζόταν ούτως ή άλλως, ακόμη και διατηρουμένου του όρου 2.2.8.1 ως έχει). Άρα, ούτως ή άλλως, ασχέτως του ανωτέρω αβασίμου της προσφυγής, η τελευταία ασκείται και χωρίς το απαιτούμενο, κατά τα άρ. 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016, έννομο συμφέρον, το οποίο ορίζεται σε σχέση με το «συμφέρον [του προσφεύγοντος] να του ανατεθεί η [υπό ανάθεση] σύμβαση» κατά τις παραπάνω διατάξεις, αφού η δυνατότητα τέτοιας ανάθεσης ούτως ή άλλως αποκλείεται εξ αρχής (σύμφωνα με τις ίδιες τις δηλώσεις της προσφυγής του, ως προς τα ελλείποντα προσόντα του και τον τρόπο δια του οποίου θα επεδίωκε να μετάσχει, αν έλειπε το προσβαλλόμενο εκ της προσφυγής μέρος του όρου 2.2.8.1), εξαιτίας όρων που ο προσφεύγων δεν προσέβαλε και άρα, απεδέχθη και οι οποίοι όροι ούτως ή άλλως, μόνοι τους και ανεξαρτήτως του

προσβαλλομένου όρου, καθιστούν αδύνατη τη στήριξη του προσφεύγοντος σε τρίτο, ως προς την πλήρωση του όρου 2.2.6.1 και άρα και την παραδεκτή συμμετοχή του. Επομένως, ανεξάρτητα από το, κατά τις προηγούμενες σκέψεις, αβάσιμο αυτής, η προσφυγή ασκείται και अपαραδέκτως και είναι και προς τούτο, αυτοτελώς απορριπτέα.

8. Επειδή, επομένως, πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή.

9. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 19-10-2022 και εκδόθηκε στις 2-11-2022.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ