

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 12 Ιουλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 2/6/2023 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 825/6.6.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ... , οδός ... αριθ. ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), που εδρεύει στην ... , οδός ... αριθ. ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί στο σύνολό της η με αριθμό ... Διακήρυξη, κατά το μέρος που προσβάλλονται οι όροι αυτής περί των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 2.2.6, κατά τα ειδικότερα προβαλλόμενα με την προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο ποσού 15.000,00 ευρώ, το οποίο αντιστοιχεί στο ανώτατο προβλεπόμενο ποσό παραβόλου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ποσού 4.585.050,00€, χωρίς Φ.Π.Α. (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...).

2. Η ... (...), ως αναθέτουσα αρχή προκήρυξε διεθνή ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων για την ... με τίτλο ... στο πλαίσιο της Πράξης ... «...», η οποία έχει ενταχθεί στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «...» με βάση

Αριθμός απόφασης: 1145 /2023

την απόφαση ένταξης με αριθ. πρωτ. ... της Γενικής Γραμματέα ... Η σύμβαση χρηματοδοτείται από την ... και από εθνικούς πόρους μέσω του ... Η συνολική εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των τεσσάρων εκατομμυρίων πεντακοσίων ογδόντα πέντε χιλιάδων πενήντα ευρώ (4.585.050,00€), το οποίο απαλλάσσεται από την επιβολή Φ.Π.Α, σύμφωνα με τις διατάξεις της περίπτωσης ιβ΄ της παραγράφου 1 του άρθρου 22 του ν. 2859/2000 και του άρθρου 19 του ν. 4346/2015. Το αντικείμενο της σύμβασης συνίσταται στην παροχή ενός ολοκληρωμένου προγράμματος ... προκειμένου να επικαιροποιήσουν τις γνώσεις και τις δεξιότητές τους, να λάβουν εξειδικευμένη ... σε νέες ειδικότητες και να πιστοποιήσουν τα προσόντα τους με ... την προσαρμογή τους στις νέες ... Η αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης δίδεται στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης. Ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής. Η προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 4/5/2023 στην ... της ... , το δε πλήρες κείμενο της Διακήρυξης δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 8/5/2023 και έλαβε ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό ... Σύμφωνα με τη Διακήρυξη, ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 9^η Ιουνίου 2023, ημέρα Παρασκευή και ώρα 14.00 μ.μ. και ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης του (υπό)φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-τεχνική προσφορά» η 15^η Ιουνίου 2023 και ώρα 10:00. Σε συνέχεια της με αριθ. Α574/2023 απόφασης του παρόντος Κλιμακίου, με την οποία έγινε δεκτό το ενσωματωμένο στην προσφυγή αίτημα προσωρινών μέτρων, ορίστηκε νέα καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών η 4/8/2023.

3. Η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ενόψει του αντικειμένου της (...), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, καθώς επίσης και της νομικής φύσης και της δραστηριότητας της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, αφού κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 2/6/2023 και η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 8/5/2023. Η τεκμαιρόμενη γνώση της Διακήρυξης, όπως ορίζεται στο νόμο (άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ του ν. 4412/2016) έλαβε χώρα μετά την πάροδο 15νθημέρου από την ανάρτηση της Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, δηλαδή στις 23/5/2023. Συνεπώς, η προβλεπόμενη δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση προσφυγής εκκίνησε από την επομένη της τεκμαιρόμενης γνώσης και έληξε στις 2/6/2023, οπότε εμπροθέσμως κατατέθηκε η προδικαστική προσφυγή στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Επίσης, η προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

5. Η προσφεύγουσα ασκεί την προσφυγή κατ' αρχήν με έννομο συμφέρον, καθόσον επικαλείται ότι δραστηριοποιείται επιχειρηματικά στο πεδίο της παροχής των δημοπρατούμενων υπηρεσιών, δηλαδή στον κλάδο της συνεχιζόμενης επαγγελματικής ... (ΣΕΚ) έχοντας υλοποιήσει πλήθος έργων ΣΕΚ και πληροί άπασες τις προδιαγραφές που ορίζονται στην ΚΥΑ 82759/29.08.2022 «Σύστημα Σχεδιασμού και Διαχείρισης της υλοποίησης συγχρηματοδοτούμενων/επιδοτούμενων προγραμμάτων μη τυπικής μάθησης, Συνεχιζόμενης Επαγγελματικής ... (Σ.Ε.Κ) και Γενικής Εκπαίδευσης Ενηλίκων (Γ.Ε.Ε)» (ΦΕΚ4581/Β/30.08.2022). Εντούτοις, υποστηρίζει ότι η συμμετοχή της στο διαγωνισμό εμποδίζεται/αποκλείεται, άλλως καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής εξαιτίας των μη νόμιμων, δυσανάλογων και αυθαίρετων απαιτήσεων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που έχουν τεθεί στο άρθρο 2.2.6 της Διακήρυξης.

Περαιτέρω, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016, προκειμένου να θεωρηθεί ότι η προσφεύγουσα βάλλει κατά όρου της Διακήρυξης με έννομο συμφέρον, αυτή θα πρέπει να επικαλεστεί άμεση βλάβη προκαλούμενη από τον πληττόμενο όρο, ο οποίος παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή της κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την

Αριθμός απόφασης: 1145 /2023

(λυσίτελή) συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. Ε.Α. 352/2018, 86/2018 κ.ά.). Συνεπώς, ως επίκληση βλάβης, υπό την έννοια αυτή, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση και ανάδειξη των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, και εκ των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (πρβλ. ΕΑΣΤΕ 146-148/2016 Ολ., 1140, 1137, 977/2010, 1149, 1102-3, 1046-7/2009, 14/2006 κ.α.). Η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης, για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος προς άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της διακήρυξης, απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητά της όσο και κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων αυτής (βλ. Ε.Α. 352/2018, 86/2018). Άρα, όσον αφορά το ειδικότερο έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας να προβάλλει έκαστο λόγο της προσφυγής, αυτό εξετάζεται κατωτέρω κατά την κατ' ιδίαν εξέταση των λόγων της προσφυγής σε σχέση με τους πληττόμενους όρους (ΣΤΕ ΕΑ 170/2021).

6. Η αναθέτουσα αρχή προέβη στις 6/6/2023 στην κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του π.δ. 39/2017.

7. Με την υπ' αριθ. 1017/2023 Πράξη της Προέδρου του 6ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της προσφυγής. Η αναθέτουσα αρχή διαβίβασε στις 21/6/2023 το με ίδια ημερομηνία Υπόμνημα – Απόψεις της, αιτούμενη την απόρριψη της προσφυγής για τους εκεί αναφερόμενους λόγους. Τις απόψεις αυτές κοινοποίησε αυθημερόν (21/6/2023) στους ενδιαφερόμενους. Επί των άνω απόψεων και προς αντίκρουσή τους, η προσφεύγουσα υπέβαλε νόμιμα και εμπρόθεσμα, στις

Αριθμός απόφασης: 1145 /2023

26/6/2023, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης πενθήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση τους το με ίδια ημερομηνία συμπληρωματικό Υπόμνημα. Και ναι μεν, όπως προβάλλει η προσφεύγουσα, οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής κοινοποιήθηκαν μετά την προβλεπόμενη στο άρθρο 365 παρ. 1 τελευταίο εδάφιο του ν. 4412/2016 δεκαπενθήμερη προθεσμία από την κατάθεση της προσφυγής (η οποία -προθεσμία - έληγε κατά παρέκταση στις 19/6/2023), όμως, δεδομένου ότι κοινοποιήθηκαν στην προσφεύγουσα, η οποία έλαβε γνώση του περιεχομένου τους και υπέβαλε παραδεκτώς Υπόμνημα προς αντίκρουσή τους με αποτέλεσμα να εξασφαλιστεί η αντιμωλία, πρέπει να ληφθούν υπόψη από το Κλιμάκιο τόσο οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής όσο και το Υπόμνημα της προσφεύγουσας προς διασφάλιση της αποτελεσματικότητας της διαδικασίας (βλ. ad hoc ΔιοικΕφΠατρών Α69/2023, σκ. 11, καθώς και ΑΕΠΠ 857/2020 και 781/2020). Άλλωστε, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ο σκοπός του νομοθέτη είναι να παρασχεθεί η δυνατότητα σε καθέναν από τους συμμετέχοντες στη διαδικασία να λάβει γνώση όλων των ισχυρισμών των υπολοίπων και να έχει τη δυνατότητα να τους αντικρούσει, ώστε να εξασφαλίζεται πλήρως η αντιμωλία στο στάδιο της προδικαστικής, ουσιαστικής δε, εξετάσεως της προσφυγής και ως εκ τούτου, και με δεδομένο μάλιστα τον συχνά τεχνικό χαρακτήρα των σχετικών ζητημάτων να διευκολύνεται εν συνεχεία όπως επιβάλλεται από το Σύνταγμα (αρ. 20 παρ. 1) η κατά την αρχή της αντιμωλίας διεξαγωγή των αντίστοιχων δικαστικών διαδικασιών (ΕΑ ΣτΕ 51/2021, ΣτΕ 780/2019, ΕΑ ΣτΕ 158/2008) και η παροχή αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (ΕΑ 51/2021 σκ.9).

8. Σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, είναι τύποις παραδεκτή και πρέπει να εξεταστεί επί της ουσίας.

9. Η προσφεύγουσα με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή βάλλει κατά της αξιούμενης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 2.2.6, ισχυριζόμενη ότι τα κριτήρια που έχουν τεθεί στο άρθρο αυτό είναι μη νόμιμα, μη αναγκαία, δυσανάλογα και αυθαίρετα, περιορίζουν αθέμιτα τον

Αριθμός απόφασης: 1145 /2023

ανταγωνισμό και αποκλείουν, άλλως καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό, μολονότι αυτή πληροί όλα τα υπόλοιπα κριτήρια ποιοτικής επιλογής. Ειδικότερα: **(α)** Με το **πρώτο** σκέλος της προσφυγής πλήττεται η απαίτηση (εξειδικευμένης εμπειρίας) του όρου 2.2.6, σύμφωνα με την οποία οι οικονομικοί φορείς πρέπει να έχουν εκτελέσει μία τουλάχιστον σύμβαση με αντικείμενο την ... ανερχόμενη κατ' ελάχιστον στο 25% του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση σύμβασης, δηλαδή στο ποσό των 1.146.262,50€ (4.585.050,00 € χ 25%). Κατά την προσφεύγουσα, η απαίτηση αυτή παρίσταται μη αναγκαία, δυσανάλογη και ουσιαστικά ακυρώνει τον ανταγωνισμό. Τούτο, διότι κατά τους ισχυρισμούς της εντός της τελευταίας κρίσιμης τριετίας κατά την οποία απαιτεί η διακήρυξη να έχει εκτελεστεί η σύμβαση με τον ανωτέρω προϋπολογισμό, υφίστανται μόνο δύο βεβαιώσεις ολοκληρωμένης παραλαβής έργων που πληρούν τις συνθήκες αυτές. Ειδικότερα, έως τον Δεκέμβριο του έτους 2022 (τριετία 2020 – 2021 – 2022) είχε παραληφθεί ένα και μόνο έργο ... , το οποίο καλύπτει την απαίτηση του προϋπολογισμού και της ... (εξαιρουμένων έργων που δεν «καλύπτονται από υλοποίηση προγραμμάτων όπου ο αντισυμβαλλόμενος είναι φυσικό πρόσωπο»). Συναφώς, κατά τους ισχυρισμούς της, μόνο μία εταιρεία δύναται να καλύψει την αξιούμενη (εξειδικευμένη) εμπειρία με μία μόνο σύμβαση, που να αφορά την ... (...), να μην προέρχεται από προγράμματα ... και να καλύπτει το τιθέμενο όριο του προϋπολογισμού. Η προσφεύγουσα, επιχειρώντας να καταδείξει τον περιοριστικό του ανταγωνισμού χαρακτήρα του τιθέμενου κριτηρίου ποιοτικής επιλογής, επικαλείται μία σειρά δημοσίων συμβάσεων του αυτού αντικείμενου, οι οποίες περιείχαν αντίστοιχο με το ανωτέρω κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και στις οποίες συμμετείχε ένας και μοναδικός υποψήφιος ανάδοχος, στον οποίο και κατακυρώθηκαν οριστικά. **(β)** Με το **δεύτερο σκέλος** της προδικαστικής προσφυγής πλήττεται η απαίτηση του άρθρου 2.2.6, που αποκλείει την εμπειρία (τόσο την γενική όσο και την εξειδικευμένη) που προέρχεται από υλοποίηση προγραμμάτων στα οποία ο αντισυμβαλλόμενος είναι φυσικό πρόσωπο, όπως π.χ. τα προγράμματα ... Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ο όρος αυτός εισάγει αυθαίρετο ποιοτικό κριτήριο, χωρίς να περιλαμβάνει σχετική αιτιολογία για τον σκοπό δημοσίου συμφέροντος που εξυπηρετείται με την απαίτηση αυτή. Κατά την προσφεύγουσα δεν υπάρχει ούτε

Αριθμός απόφασης: 1145 /2023

αποδεικνύεται αποχρών λόγος δημοσίου συμφέροντος για τον αποκλεισμό της εμπειρίας των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων σε υλοποιηθέντα έργα ... μέσω επιταγών ... (...) και συγκροτήσεως μητρώου παρόχων, αφού πρόκειται για έργα που έχουν απολύτως συναφές φυσικό αντικείμενο με το προκηρυσσόμενο (... , ... , ...) και, επιπλέον, κατά την ολοκλήρωσή τους δίνεται στον πάροχο ... βεβαίωση καλής εκτέλεσης από την αρχή που προκηρύσσει τη δράση.

10. Σε σχέση με τα τιθέμενα εν προκειμένω ζητήματα, στο **άρθρο 18** παρ. 1 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: *«Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων»*, στο άρθρο **75** ότι: *«1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν : α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι*

Αριθμός απόφασης: 1145 /2023

ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. 2. ...3. ...4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν.[....] 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος», και στο **άρθρο 80** υπό τίτλο «Αποδεικτικά μέσα» ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη (...) της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82. (...) 5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών. (...)». Στο Μέρος II «Τεχνική ικανότητα» του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 (ομοίου περιεχομένου αντίστοιχο Παράρτημα XII της Οδηγίας 2014/24), με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής», ορίζεται ότι: «Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης (...) ii) κατάλογος (...) των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. (...)».

Αριθμός απόφασης: 1145 /2023

11. Από τον συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει ότι οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια τόσο κατά τον γενικό σχεδιασμό των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, όσο και κατά τον καθορισμό των ειδικότερων κριτηρίων και απαιτούμενων επιπέδων οικονομικής-χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας, ώστε να διασφαλίζεται η άρτια εκτέλεση της σύμβασης και δι' αυτής η επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού δημοσίου συμφέροντος, τηρώντας παράλληλα τις αρχές της ισότητας και της αναλογικότητας. Ειδικότερα, σύμφωνα με την κατ' άρθρο 18 του ν. 4412/2016 εφαρμοστέα στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων αρχή της αναλογικότητας οι οριζόμενες από τη Διακήρυξη ελάχιστες απαιτήσεις συμμετοχής, οι οποίες από την φύση τους μειώνουν τον αριθμό των δυνάμενων να υποβάλουν προσφορά, πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίες και πρόσφορες για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. Επιπροσθέτως, οι εν λόγω απαιτήσεις πρέπει να είναι συναφείς με το αντικείμενο της σύμβασης και να μην περιορίζουν την ελευθερία του ανταγωνισμού υπέρμετρα ή τεχνητά, με σκοπό την αδικαιολόγητα ευμενή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων (βλ. ΣΤΕ 444/2022 σκέψη 10, ΕΑΣΤΕ 117/2021, 335/2019, 203/2018, ΔΕφΤρίπολης 184/2022, πρβλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, κλπ). Και ναι μεν, όπως έχει κριθεί, η Διακήρυξη ως κανονιστική πράξη δεν απαιτείται να φέρει αιτιολογία (ΣΤΕ 434/2021, 1463/2015), αλλά η κατ' ενάσκηση διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής επιλογή των ελάχιστων απαιτήσεων συμμετοχής είναι αιτιολογητέα προκειμένου να καθίσταται εφικτός ο έλεγχος της νόμιμης άσκησης της διακριτικής ευχέρειας και της τήρησης των άκρων ορίων αυτής (πρβλ ΟΛΣΤΕ 721/1969), εν προκειμένω δε και της τήρησης της αρχής της αναλογικότητας από την αναθέτουσα αρχή. Στην περίπτωση δε αμφισβήτησης των κανονιστικών όρων Διακήρυξης ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, ενόψει του ότι η κανονιστικού χαρακτήρα Διακήρυξη δεν φέρει υποχρεωτικά αιτιολογία, η επιλογή των πληττόμενων

Αριθμός απόφασης: 1145 /2023

απαιτήσεων μπορεί να παρατίθεται με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΔΕφΠειρ 44/2018).

12. Στη Διακήρυξη του διαγωνισμού προβλέπονται τα ακόλουθα:

Κατ' αρχάς στο **άρθρο 1.3** αυτής καθορίζεται το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, ως εξής:

*«Το έργο περιλαμβάνει την παροχή ενός ολοκληρωμένου προγράμματος ... , οριζόντιας όσο και εξειδικευμένης ... προκειμένου να επικαιροποιήσουν τις γνώσεις και τις δεξιότητές τους, να λάβουν εξειδικευμένη ... σε νέες ... και να πιστοποιήσουν τα προσόντα τους με ... την προσαρμογή τους στις νέες ... Οι συμπληρωματικές ενέργειες - δράσεις που θα υλοποιηθούν στο πλαίσιο της προτεινόμενης Πράξης για την ... Νο 3 (3.1 ... και 3.2 ...) είναι οι κάτωθι: **Ενέργεια 1:** ... - **Ενέργεια 2:** Επαγγελματική ...: **Ενέργεια 3:** ... :».*

Στο **άρθρο 2.2.6** καθορίζεται η αξιούμενη «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα», ως εξής:

«Οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς για την παραδεκτή συμμετοχή τους πρέπει να πληρούν τα παρακάτω κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, άλλως η προσφορά τους απορρίπτεται ως απαράδεκτη.

1. Κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων ετών έως και την ημέρα υποβολής της προσφοράς να έχουν ολοκληρώσει, εντός της περιόδου αναφοράς και ανεξάρτητα από τον χρόνο έναρξης της υλοποίησής τους αντίστοιχα έργα συνεχιζόμενης ... Ειδικότερα, ο υποψήφιος θα πρέπει κατ' ελάχιστον να έχει προβεί σε εμπρόθεσμη και προσήκουσα ολοκλήρωση σχετικών έργων ... ως εξής:

α) Γενική απαιτούμενη εμπειρία: Συμβάσεις για την υποστήριξη ανθρώπινου δυναμικού που να περιλαμβάνουν ενέργειες ..., ... και ... αθροιστικού προϋπολογισμού, ο οποίος ανέρχεται κατ' ελάχιστον στο 100% του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση σύμβασης.

β) Εξειδικευμένη απαιτούμενη εμπειρία: Τουλάχιστον μία (1) σύμβαση, η οποία ανέρχεται κατ' ελάχιστον στο 25% του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση σύμβασης, στην οποία προβλέπεται η ... συνεχιζόμενης ... και ... Διευκρινίζεται ότι τα έργα που εμπίπτουν στην κατηγορία β (Εξειδικευμένη απαιτούμενη εμπειρία) μπορούν να συμπεριληφθούν από τον υποψήφιο στα

Αριθμός απόφασης: 1145 /2023

έργα της κατηγορίας α' (Γενική απαιτούμενη εμπειρία) προκειμένου να τεκμηριώσουν την κάλυψη του εν λόγω κριτηρίου.

Επίσης διευκρινίζεται ότι οι παραπάνω απαιτήσεις δεν καλύπτονται από υλοποίηση προγραμμάτων όπου ο αντισυμβαλλόμενος είναι φυσικό πρόσωπο, όπως π.χ. τα προγράμματα ..., ενώ αντίστοιχα λαμβάνονται υπόψη μόνο τα τμήματα των συμβάσεων που αφορούν σε ενέργειες ... και όχι ενέργειες ...».

Από τον ανωτέρω όρο 2.2.6 της Διακήρυξης προκύπτει, ότι για την παραδεκτή συμμετοχή τους οι οικονομικοί φορείς πρέπει να πληρούν σωρευτικά την γενική και την εξειδικευμένη εμπειρία που ζητείται, δηλαδή

α) να έχουν εκτελέσει, κατά την τελευταία τριετία, συμβάσεις ... , ίσου κατ' ελάχιστον με το 100% του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση σύμβασης, υπό την προϋπόθεση ότι οι συμβάσεις αυτές δεν προέρχονται από προγράμματα ..., δηλαδή προγράμματα στα οποία αντισυμβαλλόμενος είναι φυσικό πρόσωπο, και

β) να έχουν εκτελέσει μία τουλάχιστον σύμβαση εξειδικευμένης εμπειρίας στην, δηλαδή στην ..., προϋπολογισμού ίσου με το 25% της υπό ανάθεση σύμβασης, υπό τον πρόσθετο όρο και την προϋπόθεση η σύμβαση αυτή να μην προέρχεται από προγράμματα με αντισυμβαλλόμενο φυσικό πρόσωπο, όπως είναι τα προγράμματα

13. Κατόπιν των ανωτέρω, επί του **πρώτου** σκέλους της προσφυγής, που αφορά στην απαίτηση μίας (1) τουλάχιστον σύμβασης στην ... ίσης με το 25% της υπό ανάθεση σύμβασης, στο πλαίσιο των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών, γίνονται δεκτά τα ακόλουθα: Όπως προαναφέρθηκε, το αντικείμενο της σύμβασης συνίσταται στην ... , κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στο άρθρο 1.3 της Διακήρυξης και στο Παράρτημα I αυτής. Η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο όρος αυτός είναι δυσανάλογος, μη αναγκαίος, δεν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, τίθεται κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας και εμποδίζει τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό, ενώ επιπλέον ικανοποιείται από μία μόνο εταιρεία στην ελληνική επικράτεια. Υπό τα δεδομένα αυτά, η προσφεύγουσα θεμελιώνει το ειδικό έννομο συμφέρον για την προβολή του συγκεκριμένου λόγου της προσφυγής, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της

Αριθμός απόφασης: 1145 /2023

αναθέτουσας αρχής, αφού αν εξέλιπε ο συγκεκριμένος όρος, θα είχε τη δυνατότητα κατά τους ισχυρισμούς της να συμμετάσχει παραδεκτώς στον διαγωνισμό (βλ. ΔΕΦΑΘ 730/2023 σκ. 8). Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι είναι δυσανάλογη η απαίτηση του παραπάνω όρου της Διακήρυξης να προέρχεται η εμπειρία των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων από μία (1) μόνο σύμβαση, διότι αποκλείεται αδικαιολόγητα η επίκληση εμπειρίας από την εκτέλεση περισσότερων συμβάσεων. Ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτός, διότι η παραπάνω προϋπόθεση δεν είναι υπέρμετρα περιοριστική, ούτε έχει τεθεί κατά παράβαση των αρχών της αναλογικότητας και του υγιούς ανταγωνισμού, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της. Ειδικότερα, ο επίμαχος όρος παρίσταται **πρόσφορος** σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό, ο οποίος συνίσταται στην απόδειξη της εμπειρίας που έχει αποκτήσει ένας οικονομικός φορέας από την εκτέλεση μίας σύμβασης αντίστοιχης κατά το αντικείμενο με την υπό ανάθεση σύμβαση, ποσού ίσου με το $\frac{1}{4}$ του προϋπολογισμού αυτής. Τούτο, διότι η απόδειξη εκτέλεσης της ζητούμενης σύμβασης συνιστά ένα δείκτη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, από τον οποίο μπορεί να προκύψει με γενικό και αντικειμενικό τρόπο η ικανότητα των διαγωνιζομένων να εκτελέσουν την τελευταία. Εξάλλου, η απαίτηση αυτή δεν υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο για την επίτευξη του σκοπού αυτού, δεδομένου ότι κατά κοινή πείρα η εμπειρία, που αποκτούν οι οικονομικοί φορείς από την εκτέλεση επιμέρους συμβάσεων μικρότερης αξίας, δεν ισοδυναμεί οπωσδήποτε με την εμπειρία από την εκτέλεση μιας ενιαίας και ολοκληρωμένης σύμβασης μεγαλύτερης αξίας (βλ. ΔΕΦΤρίπολης 184/2022, σκ. 14). Με τα δεδομένα αυτά, η επίμαχη προϋπόθεση συμμετοχής της Διακήρυξης κρίνεται ανάλογη με τον επιδιωκόμενο σκοπό της διασφάλισης της ποιότητας και αρτιότητας των υπηρεσιών, που αποτελούν το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης από επιχειρήσεις, οι οποίες μπορούν να ανταποκριθούν στις αυξημένες απαιτήσεις που απορρέουν από το μέγεθος της εν λόγω σύμβασης (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 203/2018, ΔΕΦΑΘ 1349/2022). Ως προς την αιτίαση της προσφεύγουσας, ότι ανεπιτρίτως περιορίζεται η εμπειρία μόνο σε ..., , χωρίς τούτο να δικαιολογείται από λόγους δημοσίου συμφέροντος, λεκτέα τα εξής: Η ζητούμενη εξειδικευμένη εμπειρία στην ... Σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της αιτιολογεί επαρκώς τη θέσπιση της εξειδικευμένης εμπειρίας στον τομέα της ... , η οποία

Αριθμός απόφασης: 1145 /2023

διαφοροποιείται ουσιωδώς από την επαγγελματική ... των εργαζομένων. Επικαλείται, δε, με τις απόψεις της τους ακόλουθους λόγους προς αιτιολόγηση του τιθέμενου κριτηρίου: **i)** το στενό και περιορισμένο χρονοδιάγραμμα υλοποίησης του έργου (12 μήνες), **ii)** το πλήθος των ... **iii)** τη διάρκεια των παρεχόμενων υπηρεσιών, ειδικότερα της πρακτικής άσκησης 100 ωρών των καταρτισθέντων σε επιχειρήσεις, **iv)** το γεγονός ότι η υπό ανάθεση σύμβαση έχει ως αντικείμενο την Συνεχιζόμενη ... , διαφέρουν ουσιωδώς από τις υπηρεσίες που απευθύνονται σε εργαζομένους, και αυτό διότι **α)** τα προγράμματα ... που απευθύνονται σε εργαζομένους που περιλαμβάνουν κατά κανόνα μόνο θεωρητική ... σε αίθουσα, **β)** στην υπ' αριθ. ... Εγκύκλιο της ... ορίζεται ρητά ότι πρέπει να εξασφαλίζεται η διασύνδεση του Παρόχου ... με επιχειρήσεις των ... , όπου θα υλοποιηθεί η πρακτική άσκηση, γεγονός το οποίο αναδεικνύει και τις ουσιώδεις απαιτήσεις που συνδέονται με την υλοποίηση της σύμβασης και **γ)** οι ενέργειες επαγγελματικής ... διαφοροποιούνται από τις υπηρεσίες που απευθύνονται σε εργαζομένους, καθώς διέπονται από τελείως διαφορετική στοχοθεσία, τεχνικές και περιεχόμενα υλοποίησης σε σχέση με την ... των εργαζομένων. Επιπλέον, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της υποστηρίζει ότι η απαίτηση αυτή δεν παρεμποδίζει τον ανταγωνισμό, αφού εξασφαλίζει, με την απαίτηση μίας σύμβασης ποσού ίσου με το 25% του προϋπολογισμού της έργου, τη συμμετοχή οικονομικών φορέων με επαρκή εμπειρία, επισημαίνοντας μάλιστα ότι και η ίδια η προσφεύγουσα έχει συμμετάσχει σε προηγούμενες διαγωνιστικές διαδικασίες με αυστηρότερα κριτήρια, χωρίς να διατυπώσει σχετική επιφύλαξη. Τέλος, η αναθέτουσα αρχή επικαλείται ότι οι τιθέμενοι όροι είναι «*διασφαλιστικοί της επιτυχίας ολοκλήρωσης του έργου και σε όλους τους τομείς αλλά και στον ειδικότερο τομέα των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων των προσφερόντων οικονομικών φορέων, κατά τρόπον ώστε να ενισχύεται η ασφάλεια δικαίου και να περιορίζεται κάθε κίνδυνος προερχόμενος από οικονομικούς φορείς, που στερούνται των θεμελιωδών αυτών ικανοτήτων, ανάλογα με την σπουδαιότητα και το εύρος του έργου, τεχνικού και οικονομικού χαρακτήρα κατά την εκτέλεση της σύμβασης*». Ενόψει των ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή αιτιολογεί επαρκώς τη θέσπιση της εξειδικευμένης εμπειρίας στον τομέα της ... λαμβάνοντας υπόψη τις επισημανθείσες ιδιαιτερότητες της ... (...). Συνεπώς, οι αντίθετοι ισχυρισμοί

Αριθμός απόφασης: 1145 /2023

της προσφεύγουσας αναφορικά με την αιτιολόγηση της ιδιαιτερότητας της ...
... (...) είναι απορριπτέοι. Τέλος, απορριπτέος ως αόριστος είναι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι ο πληττόμενος όρος της Διακήρυξης είναι φωτογραφικός και περιοριστικός του ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι μόνο ένας οικονομικός φορέας ικανοποιεί την απαίτηση αυτή, διότι για το ορισμένο του ισχυρισμού αυτού απαιτείται να κατονομάζεται ο οικονομικός φορέας που είναι ο μόνος δυνάμενος να συμμετάσχει ως συνέπεια του επίμαχου κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (ΕΑ ΣτΕ 314/2013, 262/2007, 196/2007, 15/2006, ΔΕφΘεσ/νίκης 403/2022). Σε κάθε περίπτωση, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται αναπόδεικτα ότι μόνο ένας (1) οικονομικός φορέας εκ των εγκατεστημένων στην ελληνική επικράτεια πληροί τον όρο του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης, ως προς την εξειδικευμένη εμπειρία, αφού τα στοιχεία που επικαλείται και προσκομίζει δεν αποδεικνύουν άνευ ετέρου τους ισχυρισμούς της αυτούς. Κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή κατά το σκέλος αυτής, που βάλλει κατά της εξειδικευμένης εμπειρίας του άρθρου 2.2.6, προβάλλοντας α) ότι μη νομίμως ζητείται μόνο μία σύμβαση, ίση με το 25% της δημοπρατούμενης χωρίς τούτο να δύναται να καλυφθεί από περισσότερες αθροιζόμενες μεταξύ τους συμβάσεις και β) ότι μη νομίμως ζητείται εξειδικευμένη εμπειρία αποκλειστικά στην των ..., πρέπει να απορριφθεί κατ' αποδοχή των αντίθετων αιτιάσεων της αναθέτουσας αρχής.

14. Αναφορικά με το **δεύτερο σκέλος** της προσφυγής, στο πλαίσιο των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών, γίνονται δεκτά τα ακόλουθα: Η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο αποκλεισμός, τόσο από την γενική όσο και από την εξειδικευμένη εμπειρία, των προγραμμάτων συνεχιζόμενης επαγγελματικής ... στα οποία αντισυμβαλλόμενος είναι φυσικό πρόσωπο, όπως τα προγράμματα ..., δεν δικαιολογείται από κάποιον λόγο δημοσίου συμφέροντος, συνιστά υπέρμετρο περιορισμό του ανταγωνισμού και δεν συνάδει με το θεσμικό πλαίσιο που ρυθμίζει την διαδικασία ανάθεσης των προγραμμάτων αυτών. Στο πλαίσιο αυτό επικαλείται το άρθρο 52 του ν. 4763/2020, τον ν. 4921/2022, καθώς και την ΚΥΑ 82759/29.08.2022 (ΦΕΚ 4581/Β/30.08.2022) και ειδικώς το άρθρο 3 αυτής με τίτλο «...», υποπαράγραφος «...», στο οποίο προβλέπονται δύο τρόποι αναθέσεως των προγραμμάτων Συνεχιζόμενης Επαγγελματικής ... Ο πρώτος τρόπος είναι

Αριθμός απόφασης: 1145 /2023

μέσω ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως στην προκειμένη περίπτωση, και ο δεύτερος μέσω ... (...). Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η ανάθεση των επίμαχων προγραμμάτων ... (...) επί της ουσίας δεν διαφοροποιείται από την ανάθεση των προγραμμάτων μέσω ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας. Τούτο, διότι ακόμη και στα προγράμματα ..., όπου αντισυμβαλλόμενος του παρόχου είναι φυσικό πρόσωπο, ο δημόσιος φορέας (...), επιλέγει ο ίδιος τους παρόχους ... και τους εντάσσει στο μητρώο παρόχων. Επιπλέον, ο δημόσιος φορέας ελέγχει την πορεία του προγράμματος και τις παρεχόμενες από τους παρόχους ... υπηρεσίες και επιβάλλει στους παρόχους ποινές, εφόσον δεν ανταποκρίνονται στους όρους του προγράμματος. Τέλος, ο δημόσιος φορέας είναι υπεύθυνος για την παραλαβή των παραδοτέων του προγράμματος ... μέσω επιταγής ..., τον έλεγχο τους και την τελική έγκρισή τους και είναι, επίσης, αρμόδιος για τη χορήγηση της σχετικής βεβαίωσης καλής εκτέλεσης. Και στις δύο περιπτώσεις, είτε μέσω διαγωνιστικής διαδικασίας είτε μέσω ... μητρώου παρόχων, οι πάροχοι πρέπει να είναι επιλέξιμοι πάροχοι ΣΕΚ βάσει του άρθρου 1 της υπ' αριθ. 65809/12-7-2022 απόφασης του Υπ. Εργασίας και Κοινωνικών Υποθέσεων (Β' 3703) «Εξειδίκευση των κριτηρίων για την επιλεξιμότητα των παρόχων επιδοτούμενης συνεχιζόμενης επαγγελματικής ... , καθορισμός του τρόπου πλήρωσής τους και ... και υλοποίηση του πλαισίου αξιολόγησής των επιλέξιμων παρόχων» όπως αυτή εκάστοτε ισχύει. Στο άρθρο 1 της άνω ΚΥΑ αναφέρονται αναλυτικά όλες οι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται από τους παρόχους ... προκειμένου να δύνανται να συμμετάσχουν σε οποιαδήποτε ενέργεια ... με οποιονδήποτε τρόπο και αν αυτή προκηρυχθεί, δηλαδή είτε μέσω των διατάξεων του ν. 4412/2016, είτε μέσω ... δυνητικού μητρώου παρόχων ... Οι δε προβλέψεις του ... σχετικά με κριτήρια επιλογής, αξιολόγησης παρόχων, διαχείρισης προγραμμάτων, εκπαιδευτικής μεθοδολογίας, μεθοδολογίας επιλογής ... δεν εισάγουν ουδεμία διάκριση μεταξύ των δύο παραπάνω μεθόδων υλοποίησης ενεργειών ... αντιθέτως τις θεωρούν ισότιμες και εξίσου εντασσόμενες στο πλαίσιο της επιδοτούμενης ΣΕΚ του ν. 4921/2022. Η **αναθέτουσα αρχή**, με τις απόψεις της, αντικρούει τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας και αιτιολογεί κατ' άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 την επιλογή της να αποκλείσει από τη ζητούμενη γενική και ειδική εμπειρία τα προγράμματα ..., αναφέροντας επί λέξει τα ακόλουθα: «...

Αριθμός απόφασης: 1145 /2023

τονίζεται ότι στο θεσμικό πλαίσιο των προγραμμάτων τα οποία υλοποιήθηκαν με την μέθοδο των ... (...), δεν προβλέπεται η σύναψη σύμβασης μεταξύ Δικαιούχου της Πράξης (...) και του παρόχου ..., ο οποίος δεν έχει την έννοια του αναδόχου. Αυτός επιλέγεται από τους ωφελούμενους, οι οποίοι του εκχωρούν το δικαίωμα να εισπράξει το αντίτιμο της επιταγής τους. Η επιταγή ... ενσωματώνει μια συγκεκριμένη οικονομική αξία με αποκλειστικό σκοπό την ανταλλαγή της με υπηρεσίες εκπαίδευσης και επαγγελματικής ... Η χρήση του ανωτέρω μοντέλου ... δίνει τη δυνατότητα στους ωφελούμενους να επιλέγουν οι ίδιοι την ... και τον φορέα από τον οποίο θα λαμβάνουν τέτοιου είδους υπηρεσίες. Από το σύνολο, συνεπώς, των ως άνω όρων του κανονιστικού πλαισίου που διέπει τα εν λόγω προγράμματα ..., συνάγονται σαφώς τα εξής:

(α) Η επιταγή ενσωματώνει συγκεκριμένη οικονομική αξία, η οποία δίδεται στους ωφελούμενους από το δικαιούχο του προγράμματος (...), υπό τη μορφή ... , προκειμένου να παρακολουθήσουν προγράμματα ... της επιλογής τους.

(β) Οι ωφελούμενοι απευθύνονται στους παρόχους ... και μεταξύ δε αυτών και μόνον υπογράφεται τριμερής σύμβαση με αντικείμενο την παροχή των συγκεκριμένων υπηρεσιών ...

(γ) Με την υπογραφή της εν λόγω σύμβασης, οι ωφελούμενοι (λήπτες των υπηρεσιών) εκχωρούν την απαίτησή τους από την επιταγή ... προς τον πάροχο των υπηρεσιών ... (πάροχος των υπηρεσιών).

(δ) Ο δικαιούχος της πράξης (...) δεν αποτελεί σε καμία περίπτωση, ούτε αντισυμβαλλόμενο του παρόχου των υπηρεσιών, ούτε αναθέτουσα αρχή υπό την έννοια του ν. 4412/2016, ούτε βεβαίως πάροχο των εν λόγω υπηρεσιών, αφού αυτές παρέχονται απευθείας από τους παρόχους ... και πρακτικής άσκησης στους ωφελούμενους, οι οποίοι και μόνον συμβάλλονται μαζί τους. Κατά συνέπεια ευχερώς προκύπτει ο αιτιολογικός λόγος της θέσης της μη συμπερίληψης του ... στην εν λόγω απαίτηση». Όμως, η θέση αυτή της αναθέτουσας αρχής δεν παρίσταται νομίμως αιτιολογημένη για τους ακόλουθους λόγους: Η αναθέτουσα αρχή αιτιολογεί τον αποκλεισμό των προγραμμάτων ... για τη θεμελίωση της ζητούμενης ειδικής και γενικής εμπειρίας, προβάλλοντας ότι στα προγράμματα αυτά αντισυμβαλλόμενος του παρόχου δεν είναι η αναθέτουσα αρχή, αλλά φυσικό πρόσωπο. Με τον τρόπο αυτό, δεν εισφέρει επαρκή αιτιολογία, αναφέροντας τους λόγους για τους οποίους η επίκληση εμπειρίας από τα προγράμματα αυτά είτε δεν είναι ισοδύναμη είτε δεν καλύπτει τις απαιτήσεις της συγκεκριμένης σύμβασης,

Αριθμός απόφασης: 1145 /2023

αλλά αρκείται στην επίκληση της επιλογής της αυτής, μόνο λόγω της διαφοροποίησης ως προς τον αντισυμβαλλόμενο. Αυτό, όμως, αφενός μεν δεν αναιρεί την αποκτηθείσα μέσω των προγραμμάτων ... εμπειρία, αφετέρου δε με την απαίτηση αυτή εισάγεται κριτήριο περιοριστικό του ανταγωνισμού, που δεν δικαιολογείται με επίκληση συγκεκριμένου λόγου δημοσίου συμφέροντος, ενώ ο σκοπός που επιδιώκεται μπορεί να επιτευχθεί εξίσου αποτελεσματικά και με λιγότερο περιοριστικό για την ανάπτυξη ανταγωνισμού τρόπο. Όπως βασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα και προκύπτει από το ισχύον θεσμικό πλαίσιο, για τα προγράμματα ... (ν. 4763/2020, ν. 4921/2022 και τις κατ'έξουσιοδότηση αυτών εκδοθείσες ΥΑ και Εγκυκλίους) η ... υποστήριξη, η ενίσχυση δεξιοτήτων και η ..., που αφορούν τον πυρήνα των ζητούμενων με τη διακήρυξη υπηρεσιών, είναι ταυτόσημες υπηρεσίες, ανεξαρτήτως του τρόπου με τον οποίο υλοποιούνται, με κοινά ουσιαστικά, λειτουργικά και τεχνικά χαρακτηριστικά, άρα δεν μπορούν σε καμία περίπτωση να διαχωριστούν με μόνο κριτήριο τον άμεσα αντισυμβαλλόμενο αυτών (βλ. ΕΣ 711/2022, όπου κρίθηκε ως περιοριστικός του ανταγωνισμού όρος της Διακήρυξης περί επίκλησης εμπειρίας μόνο από δημόσιους φορείς και όχι από ιδιωτικούς). Πολλώ δε μάλλον που στην περίπτωση των ... χορηγείται βεβαίωση καλής εκτέλεσης από τον δημόσιο φορέα, ο οποίος επιλέγει ο ίδιος τους παρόχους που θα ενταχθούν στο δυνητικό μητρώο, ελέγχει τις παρεχόμενες υπηρεσίες και είναι υπεύθυνος για την παραλαβή των παραδοτέων όπως βασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα. Ενόψει των ανωτέρω, ο λόγος αυτός της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος και να ακυρωθεί ο όρος 2.2.6 της Διακήρυξης, κατά το μέρος του, που αποκλείει την επίκληση εμπειρίας (τόσο γενικής όσο ειδικής) από συμβάσεις στις οποίες αντισυμβαλλόμενο είναι φυσικό πρόσωπο, όπως τα ...

15. Κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, η προσβαλλόμενη Διακήρυξη να ακυρωθεί, κατά τον πληττόμενο όρο 2.2.6, σύμφωνα με το σκεπτικό και να επιστραφεί στην προσφεύγουσα το καταβληθέν παράβολο (άρθρο 363 του ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: 1145 /2023

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη με αριθμό ... Διακήρυξη, κατά τον πληττόμενο όρο 2.2.6, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 12 Ιουλίου 2023 και εκδόθηκε στις 31 Ιουλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ