

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ)

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 07/04/2023 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 28/02/2023 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 284/02.03.2023 της προσφεύγουσας εταιρείας, με την επωνυμία «... ..», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφ' εξής καλουμένη «προσφεύγουσα»).

Κατά της «... ΑΕ.», (εφ' εξής «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας, με την επωνυμία «... ΑΕ», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμό 1223, διακήρυξη της «... ΑΕ», κατά το μέρος που προσβάλλονται οι όροι των άρθρων 2.2.6.1.α. και 2.2.5.β.-γ. και οι σχετικοί αυτών όροι του άρθρου 2.2.9.2.Β.4.β.-γ. και 2.2.9.2.Β.5.α. καθώς και οι επ' αυτών διευκρινίσεις, και ν' ακυρωθεί κάθε συναφής και σχετική προγενέστερη ή μεταγενέστερη της διακήρυξης πράξη και κάθε άλλος σχετικός προγενέστερος ή μεταγενέστερος όρος, ν' ακυρωθεί δε στο σύνολό της η προσβαλλόμενη διακήρυξη.

Με την οικεία παρέμβαση επιδιώκεται η απόρριψη της εξεταζόμενης προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η «... ΑΕ» δημοσίευσε την υπ' αριθμό 1223 διακήρυξη ανοικτού διαγωνισμού ανάδειξης αναδόχου παροχής υπηρεσιών υποστήριξης συμφωνιών με πελάτες ..., για τις υπηρεσιακές λειτουργίες στην γεωγραφική περιοχή των νομών Λάρισας, Τρικάλων, Καρδίτσας, Μαγνησίας και Φθιώτιδας, διάρκειας έξι (6) μηνών, προϋπολογισμού 810.000,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ 24%,

Αριθμός Απόφασης: 578/2023

1.004.400,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, δικαίωμα προαίρεσης με προσαύξηση του φυσικού & και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης κατά ένα (1) μήνα, 135.000,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ 24%, 167.400,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, συνολικού προϋπολογισμού, συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης, χωρίς ΦΠΑ 24% 945.000,00 ευρώ, συνολικού προϋπολογισμού συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης και ΦΠΑ 24% 1.171.800,00 ευρώ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Η ως άνω διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. την 31.01.2023 η δε προσφεύγουσα έλαβε γνώση αυτής την 16.02.2023 και συνεπώς η παρούσα ασκείται εμπροθέσμως, εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την γνώση της διακήρυξης και σε κάθε περίπτωση εντός δέκα (10) ημερών από την παρέλευση δεκαπέντε (15) ημερών μετά την δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ. Ειδικότερα, η δέκατη (10η) ημέρα, από την παρέλευση δεκαπέντε (15) ημερών από την δημοσίευση στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ., ήτοι η 25.02.2023 ήταν ημέρα Σάββατο και η Δευτέρα, 27.02.2023, ήταν Καθαρά Δευτέρα, άρα ημέρα εξαιρετέα, και, συνεπώς, νομίμως ασκείται η παρούσα την 28.02.2023.

2. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά την σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο e-παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό ..., αξίας 4.050,00 €, ομού με το e-Παράβολο με την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης [βλ. εκτύπωση από την ιστοσελίδα της Γ.Γ.Π.Σ., όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

4. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι *«Στην υπό εξέταση διακήρυξη οι προσβαλλόμενοι παράνομοι όροι τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 2.2.6.1.α. της εξεταζόμενης διακήρυξης, που αποτελούν κριτήριο επιλογής, α. παραβιάζουν τις διατάξεις της οδηγίας 2014/24 και του ν. 4412/2016, β. παραβιάζουν προδήλως την αρχή της αναλογικότητας, γ. παραβιάζουν προδήλως την αρχή της αναγκαιότητας, και δ. και κατ' αποτέλεσμα*

Αριθμός Απόφασης: 578/2023

περιορίζουν υπέρμετρα των ανταγωνισμό, χωρίς αιτιολογία. Εν προκειμένω, στην υπό εξέταση διακήρυξη, το άρθρο 2.2.6.1.α. αναφέρει «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: 2.2.6.1. Να έχουν εκτελέσει επιτυχώς, εντός των τελευταίων τριών (3) ετών έργα παροχής υπηρεσιών ... έργου, ως ακολούθως: α) ένα (1) τουλάχιστον έργο το οποίο να απαιτούσε την απασχόληση ομάδας έργου αποτελούμενης τουλάχιστον από εκατό (100) άτομα και να είχε συνολική συμβατική αξία (συμπεριλαμβανομένων τυχόν τροποποιήσεων ή/και προαιρέσεων) που έχουν λάβει ήδη χώρα, ύψους κατ' ελάχιστον στο 100% του προϋπολογισμού της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος ΦΠΑ και των δικαιωμάτων προαίρεσης...». Τα άρθρα 75 παρ. 4, 80 παρ. 5 και το Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α' (στο εξής χάριν συντομίας Παράρτημα XII), Μέρος II, στοιχείο α.ii. ν. 4412/2016 και οι σχετικές διατάξεις των άρθρων 58 παρ. 4, 60 παρ. 4 και το Παράρτημα XII, Μέρος II, στοιχείο α.ii. της οδηγίας 2014/24 ορίζουν κατά τρόπο περιοριστικό τα κριτήρια επιλογής και τα μέσα απόδειξης. Βάσει του άρθρου 75 παρ. 4, 80 παρ. 5 και του Παραρτήματος XII, Μέρος II, στοιχείο α.ii., η απαιτούμενη, από τις αναθέτουσες αρχές, εμπειρία, αποδεικνύεται με κατάλληλες συστάσεις (άρθρο 75 παρ. 4 ν. 4412/2016), όπως αποκλειστικώς προσδιορίζονται στο Παράρτημα XII, Μέρος II, μεταξύ των άλλων, ανάλογα με την ποσότητα, (άρθρο 80 παρ. 5 ν. 4412/2016), με αναφορά αποκλειστικώς του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη (Παράρτημα XII, Μέρος II, στοιχείο α.ii). Βάσει των ανωτέρω διατάξεων του ν. 4412/2016 και της οδηγίας 2014/24, η εμπειρία οικονομικού φορέα, ως προς την ποσότητα της παρασχεθείσας υπηρεσίας, υπολογίζεται αποκλειστικώς βάσει του ποσού της εκτελεσθείσας σύμβασης και δεν προβλέπεται η αναφορά οποιασδήποτε άλλης πληροφορίας. Πράγματι, εκ της συνολικής αξίας της σύμβασης υπηρεσίας αποδεικνύεται η συνολική παρασχεθείσα υπηρεσία και αποδεικνύεται η υφιστάμενη εμπειρία του εκάστοτε οικονομικού φορέα στην εκτέλεση σχετικών συμβάσεων. Εν προκειμένω, στην υπό κρίση περίπτωση, παρανόμως τίθεται ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας ο αριθμός του προσωπικού με το οποίο εκτελέσθηκε η σύμβαση, διότι: α. κατά τις διατάξεις των άρθρων 75 παρ. 4, 80 παρ. 5 και του Παραρτήματος XII, Μέρος II, στοιχείο α.ii, δεν περιλαμβάνεται στο με

Αριθμός Απόφασης: 578/2023

περιοριστικό τρόπο προσδιορισθέν περιεχόμενο των συστάσεων των εκτελεσθέντων συμβάσεων, που ορίζονται περιοριστικώς ως μέσα απόδειξης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, β. η «ποσότητα» (βλ. άρθρο 80 παρ. 5 ν. 4412/2016) της εκτελεσθείσας σύμβασης, ήτοι της παρεσχεθείσας υπηρεσίας, και εξ αυτής εμπειρία αποδεικνύεται αποκλειστικώς από την αναφορά του «ποσού» της εκτελεσθείσας σύμβασης (βλ. Παράρτημα XII, Μέρος II). Πράγματι, η συνολική «ποσότητα» της εκτελεσθείσας σύμβασης, ήτοι της παρεσχεθείσας υπηρεσίας, αποδεικνύεται τελικώς από τον προϋπολογισμό αυτής, ήτοι το «ποσό» της σύμβασης. Για το λόγο αυτό και ο ενωσιακός και, σε συμμόρφωση με αυτόν, ο εθνικός νομοθέτης όρισε με περιοριστικό τρόπο το αντικείμενο της απόδειξης των συστάσεων, που αφορούν τις εκτελεσθείσες συμβάσεις, και προσδιόρισε ως μέσο υπολογισμού της ποσότητας της εκτελεσθείσας σύμβασης, αποκλειστικά το ποσό αυτής. Ο αριθμός των υπαλλήλων που εκτέλεσαν τη σύμβαση παροχής υπηρεσιών δεν ορίζεται από τον ενωσιακό και εθνικό νομοθέτη ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, κατά τα άρθρα 75 παρ. 4 και 80 παρ. 5 ν. 4412/2016, και δεν αποτελεί αντικείμενο και μέσο απόδειξης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατά το Παράρτημα XII, Μέρος II. Αντιθέτως, ως αντικείμενο και μέσο απόδειξης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των οικονομικών φορέων τίθεται από την ενωσιακή και εθνική νομοθεσία η «αναφορά του τεχνικού προσωπικού» βλ. Παράρτημα XII, Μέρος II, στοιχείο β.) και «το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό προσωπικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών... κατά τα τελευταία τρία έτη» (βλ. Παράρτημα XII, Μέρος II, στοιχείο η.). Προφανώς, εάν ο ενωσιακός νομοθέτης ήθελε να ορίσει ως αντικείμενο και μέσο απόδειξης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και το αριθμό των υπαλλήλων που εκτελούν μια σύμβαση υπηρεσίας, θα το είχε πράξει ρητώς δεδομένου ότι αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής ορίζονται περιοριστικώς στο Παράρτημα XII. Συνεπώς, το άρθρο 2.2.6.1.α. της διακήρυξης κατά το μέρος κατά το οποίο προϋποθέτει το απαιτούμενο έργο να έχει εκτελεσθεί από ομάδα έργου αποτελούμενο «τουλάχιστον από εκατό (100) άτομα» είναι μη νόμιμο και αντίθετο με τις διατάξεις της οδηγίας 2014/24 και του ν. 4412/2016. Εάν ήθελε η «... ΑΕ» να διασφαλίσει την ύπαρξη ικανότητας των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων για την εκτέλεση σύμβασης που απαιτεί κατά την εκτέλεση ομάδα εκατό (100) ατόμων, θα μπορούσε να χρησιμοποιήσει

Αριθμός Απόφασης: 578/2023

τα λοιπά προβλεπόμενα αποδεικτικά μέσα των κριτηρίων επιλογής, όπως την αναφορά του τεχνικού προσωπικού και τη δήλωση του αριθμού του μέσου ετήσιου εργατοϋπαλληλικού προσωπικού, όπως είχε πράξει σε άλλες διακηρύξεις αυτής. Ωστόσο, στο άρθρο 2.2.6.1.α. της διακήρυξης δεν ορίζεται απαίτηση σχετικά με την αναφορά τεχνικού προσωπικού (βλ. σχετικά Παράρτημα XII, Μέρος II, στοιχείο β) ή του μέσου εργατοϋπαλληλικού προσωπικού (βλ. σχετικά Παράρτημα XII, Μέρος II, στοιχείο η) ενώ στο άρθρο 2.2.6.2.α. της διακήρυξης ορίζεται ως απαίτηση οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς να διαθέτουν μόλις «μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό προσωπικό τουλάχιστον τριάντα (30) ατόμων κατά την τελευταία τριετία (2020-2021-2022)» (βλ. σχετικά Παράρτημα XII, Μέρος II, στοιχείο η), αριθμός που υπολείπεται καταφανώς του προσωπικού που προβλέπεται ότι θα εκτελέσει τη σύμβαση. Επισημαίνεται ότι ο όρος του άρθρου 2.2.6.2.α., αναφορικά με την απαίτηση μέσου εργατοϋπαλληλικού προσωπικού, είναι αντιφατικός σε σχέση με τον όρο του άρθρου 2.2.6.1.α. αναφορικά με την απαιτούμενη εμπειρία. Ειδικότερα, εφόσον συμμετέχων οικονομικός φορέας έχει εκτελέσει έστω και μία σύμβαση εντός των τριών (3) ετών (2020-2021-2022) με ομάδα έργου αποτελούμενη από τουλάχιστον εκατό (100) άτομα, ακόμα και εάν δεν είχε οποιαδήποτε άλλη δραστηριότητα, τότε ο μέσος όρος του εργατοϋπαλληλικού προσωπικού αυτού κατά τα τελευταία τρία (3) έτη (2020-2021-2022) είναι 33,33 άτομα ($100/3=33,33$). Η ως άνω αντίφαση είναι προφανής και αποδεικνύει ότι οι όροι του άρθρου 2.2.6.1.α. είναι μη νόμιμοι, παραβιάζουν τις αρχές τις αναλογικότητας, της αναγκαιότητας και εμποδίζουν υπέρμετρα τον ανταγωνισμό και δημιουργούν εύλογη απορία για το λόγο επιλογής αυτών. Η εταιρεία μας «... ΑΕ» έχει εκτελέσει περισσότερες της μίας (1) συμβάσεις με προϋπολογισμό κάθε μίας μεγαλύτερο του 100% του προϋπολογισμού της διακήρυξης και με ίση ή/και μεγαλύτερη διάρκεια, και εφόσον δεν υπήρχε ο παράνομος όρος για την απαίτηση συγκεκριμένου αριθμού ομάδας έργου εκτέλεσης της σύμβασης θα μπορούσε να συμμετάσχει στη σχετική διαγωνιστική διαδικασία, όπως ειδικότερα αναλύεται και κατωτέρω. Περαιτέρω, ακόμα και εάν ήθελε γίνει δεκτό ότι δεν απαγορεύεται από την οδηγία 2014/24 και τον ν. 4412/2016 ο ορισμός ως κριτηρίου επιλογής η εκτέλεση σύμβασης με ορισμένο αριθμό υπαλλήλων, σε κάθε περίπτωση οι όροι του άρθρου 2.2.6.1.α. είναι μη νόμιμοι. Το αντικείμενο της υπό εξέταση διακήρυξης είναι η παροχή υπηρεσίας

Αριθμός Απόφασης: 578/2023

υποστήριξης των παραγωγικών ταχυδρομικών λειτουργιών διάρκειας έξι (6) μηνών (βλ. άρθρο 1.3.3. της διακήρυξης), η οποία θα εκτελείται από ομάδα έργου εκατό (100) ατόμων (βλ. συγγραφή υποχρεώσεων, άρθρο 5, σελ. 59 της διακήρυξης). Επομένως, η προς εκτέλεση σύμβαση αφορά συνολική υπηρεσία φυσικού αντικείμενου υπολογιζόμενη σε εξακόσιους (600) «ανθρωπομήνες» ($100 \text{ άτομο} \times 6 \text{ μήνες} = 600 \text{ ανθρωπομήνες}$, βλ. η σχετική ως άνω έννοια ορίζεται στο έντυπο οικονομικής προσφοράς, σελ. 68 της διακήρυξης). Ο ως άνω προσδιορισμός του αντικείμενου της σύμβασης είναι ιδιαίτερης σημασίας, διότι ο καθορισμός των κριτηρίων επιλογής και συγκεκριμένα της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας στη διακήρυξη πραγματοποιείται βάσει του αντικείμενου της σύμβασης και αποβλέπει α. στη διαπίστωση ότι οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς διαθέτουν την ικανότητα εκτέλεσης της σύμβασης, β. στην θέσπιση εύλογων προϋποθέσεων συμμετοχής. Με το υποβληθέν αίτημα παροχής διευκρινίσεων, ζητήθηκε να διευκρινισθεί και να επιβεβαιωθεί ότι ως σύμβαση που απαιτούσε την απασχόληση ομάδας έργου αποτελούμενης από τουλάχιστον εκατό (100) άτομα, νοείται η σύμβαση η οποία έχει εκτελεσθεί κατά μέσο όρο από ομάδα έργου αποτελούμενη από τουλάχιστον εκατό (100) άτομα. Η «... ΑΕ» επί του ως άνω σχετικού αιτήματος διευκρινίσεων απάντησε αρνητικά. Όπως εσφαλμένως και παρανόμως, κατά την «... ΑΕ» η εκτέλεση σύμβασης παροχής σχετικών υπηρεσιών, προϋπολογισμού τουλάχιστον ίσου με τον προϋπολογισμό της διακήρυξης, από ομάδα έργου αποτελούμενη από τουλάχιστον εκατό (100) άτομα κατά μέσο όρο δήθεν δεν αποδεικνύει την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα εκτέλεσης του αντικείμενου της διακήρυξης. Οι όροι του άρθρου 2.2.6.1.α. της διακήρυξης, όπως προσδιορίζονται με τις σχετικές διευκρινίσεις της «... ΑΕ» είναι μη νόμιμοι και παραβιάζουν προδήλως τις αρχές της αναλογικότητας και της αναγκαιότητας και περιορίζουν υπέρμετρα τον ανταγωνισμό. Όπως εκτέθηκε και αναλύθηκε ανωτέρω, αντικείμενο της διακήρυξης είναι η παροχή υπηρεσιών υποστήριξης ταχυδρομικών λειτουργιών, υπολογιζόμενη σε εξακόσιους (600) ανθρωπομήνες και προϋπολογισμού 810.000,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ και προαίρεση, διάρκειας έξι (6) μηνών εκτελούμενη από ομάδα έργου τουλάχιστον εκατό (100) ατόμων. Κατά τους παράνομους όρους του άρθρου 2.2.6.1.α. της διακήρυξης, όπως διαμορφώθηκαν με τις διευκρινίσεις της «... ΑΕ», όπως παρανόμως και αντίθετα με την κοινή πείρα και λογική, θεωρείται ως δήθεν μη

Αριθμός Απόφασης: 578/2023

ικανός να εκτελέσει τη σύμβαση οικονομικός φορέας, ο οποίος έχει εκτελέσει σύμβαση παροχής υποστήριξης ταχυδρομικών λειτουργιών με αντικείμενο μεγαλύτερο των απαιτούμενων από τη διακήρυξη εξακοσίων (600) ανθρωπομηνών, μεγαλύτερου προϋπολογισμού από αυτό της διακήρυξης, επειδή εκτελέσθηκε από ομάδα έργου, κατά μέσο όρο από εκατό (100) άτομα. Προς επίρρωση των ανωτέρω, παραθέτουμε το ακόλουθο παράδειγμα: Οικονομικός φορέας, ο οποίος έχει εκτελέσει σύμβαση με: α. αντικείμενο παροχής υπηρεσίας χίλιους διακόσιους (1.200) ανθρωπομήνες, δηλαδή το διπλάσιο της απαίτησης της διακήρυξης, που είναι εξακόσιοι (600) ανθρωπομήνες, β. προϋπολογισμού 1.620.000,00 ευρώ, δηλαδή διπλάσιου αυτού της απαίτησης διακήρυξης, που είναι 810.000,00 ευρώ, γ. ομάδα έργου κατά μέσο όρο αποτελούμενη από διακόσια (200) άτομα, δηλαδή από αριθμό ατόμων διπλάσιο της σχετικής απαίτησης της διακήρυξης, δ. διάρκειας έξι (6) μηνών (η διάρκεια αναφέρεται επιβοηθητικώς χάριν του παραδείγματος, διότι στη διακήρυξη δεν υπάρχει απαίτηση ορισμένης διάρκειας εκτελεσθείσας σύμβασης) κατά τους οποίους τρεις (3) μήνες η σύμβαση εκτελέσθηκε με ομάδα έργου ενενήντα εννέα (99) ατόμων και τρεις (3) μήνες εκτελέσθηκε με ομάδα έργου τριακοσίων ενός (301) ατόμων, και κατά μέσο όρο στη διάρκεια των έξι (6) μηνών με ομάδα έργου διακοσίων (200) ατόμων, θεωρείται όλως εσφαλμένως και παρανόμως από την «... ΑΕ» ως δήθεν μη ικανός να εκτελέσει την εν λόγω σύμβαση. Προφανώς κατά την κοινή πείρα και λογική, οικονομικός φορέας ο οποίος έχει εκτελέσει την ως άνω σύμβαση, δύναται να εκτελέσει και το αντικείμενο της διακήρυξης. Σαφώς δε κατά την κοινή πείρα και λογική, οι ως άνω όροι της διακήρυξης είναι προδήλως παράνομοι, παραβιάζουν την αρχή της αναλογικότητας και της αναγκαιότητας και εμποδίζουν τον ανταγωνισμό. Η εταιρεία μας «... .. ΑΕ», έχει εκτελέσει σύμβαση παροχής υπηρεσιών υποστήριξης προς την «... ΑΕ», μεταξύ των άλλων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών υποστήριξης προς την «... ΑΕ», με τα ακόλουθα χαρακτηριστικά: α. αντικείμενο παροχής υπηρεσίας μεγαλύτερο της απαίτησης της διακήρυξης, δηλαδή μεγαλύτερο των εξακοσίων (600) ανθρωπομηνών, β. προϋπολογισμού μεγαλύτερου της απαίτησης της διακήρυξης, γ. ομάδα έργου κατά μέσο όρο αποτελούμενη από αριθμό ατόμων μεγαλύτερο των εκατό (100), δηλαδή μεγαλύτερου της απαίτησης της διακήρυξης. Συγκεκριμένα, η εταιρεία μας έχει εκτελέσει την υπ' αριθμό 6681/2021 σύμβαση με την «... ΑΕ» με τα ακόλουθα

Αριθμός Απόφασης: 578/2023

χαρακτηριστικά: α. φυσικό αντικείμενο παρασχεθείσας υπηρεσίας 787,16 ανθρωπομήνες, ήτοι μεγαλύτερο της απαίτησης διακήρυξης, β. προϋπολογισμό 935.240,00 ευρώ, ήτοι μεγαλύτερο της απαίτησης διακήρυξης, γ. ομάδα έργου αποτελούμενη κατά μέσο όρο από 112,45 άτομα (=145,28+67,89+87,62+146,84+202,05+129,52+8 άτομα ανά μήνα εκτέλεσης/7 μήνες εκτέλεσης), ήτοι μεγαλύτερο της απαίτησης διακήρυξης. Αναφορικά με την ως άνω σύμβαση έχει ήδη χορηγηθεί η υπ' αριθμό 5.1./937/03.11.2022 βεβαίωση καλής εκτέλεσης, στην οποία αναφέρεται αναλυτικώς ο αριθμός της ομάδας έργου εκτέλεσης της σύμβασης ανά μήνα εκτέλεσης. Ήδη υποβλήθηκε προς την «... ΑΕ» η υπ' αριθμό πρωτοκόλλου 144/16.02.2023 αίτηση για την βεβαίωση του μέσου όρου του αριθμού της ομάδας ατόμων που εκτέλεσαν τη σχετική σύμβαση, η οποία έως και σήμερα δεν έχει απαντηθεί. Επισημαίνεται ότι ο ενωσιακός νομοθέτης έχει αποδείξει ότι δέχεται το μέσο όρο ετήσιου εργατοϋπαλληλικού δυναμικού ως μέσο απόδειξης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των οικονομικών φορέων (βλ. οδηγία 2014/24, Παράρτημα XII, στοιχείο η). Ομοίως και ο εθνικός νομοθέτης με την αντίστοιχη πρόβλεψη του ν. 4412/2016. Συνεπώς, αποδεικνύεται ως προδήλως αδικαιολόγητη η σχετική παροχή διευκρίνισης από την «... ΑΕ» και η απόρριψη της αποδοχής ως ικανής εμπειρίας της σύμβασης η οποία έχει εκτελεστεί από ομάδα έργου αποτελούμενη κατά μέσο όρο από εκατό (100) άτομα. Επιπλέον της ανωτέρω σύμβασης, η εταιρεία μας έχει εκτελέσει και τις υπ' αριθμούς 6677/2021 και 6676/2021 συμβάσεις προς την «... ΑΕ», κάθε μια από τις οποίες έχει φυσικό αντικείμενο υπηρεσίας μεγαλύτερο της απαίτησης της διακήρυξης, ήτοι 788 και 786 ανθρωπομήνες αντίστοιχα, και προϋπολογισμό μεγαλύτερο από αυτόν της διακήρυξης, ήτοι 926.640,00 ευρώ και 926.640,00 ευρώ. Περαιτέρω, η εταιρεία μας έχει εκτελέσει και άλλες συμβάσεις με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών υποστήριξης προς κατά την «... ΑΕ» την τελευταία τριετία (2022-2021-2020, όπως ορίζει η διακήρυξη) κατά προσέγγιση συνολικού προϋπολογισμού άνω των 9.000.000,00 ευρώ. Ωστόσο, λόγω των παράνομων όρων του άρθρου 2.2.6.1.α. της διακήρυξης και των επ' αυτών διευκρινίσεων, δεν είναι δυνατή η συμμετοχή της εταιρείας μας στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία. Περαιτέρω, σύμφωνα την κρίση του Γενικού Εισαγγελέα του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης «Αυτό που έχει καθοριστική σημασία είναι αν η συνολική πείρα την οποία μπορεί όντως να

Αριθμός Απόφασης: 578/2023

επικαλεστεί ο οικονομικός φορέας, είτε πρόκειται για δική του είτε για πείρα τρίτων, επαρκεί για την εκτέλεση της συμβάσεως. Κατά συνέπεια, το γεγονός ότι, από τεχνικής απόψεως, η σχετική πείρα έχει αποκτηθεί μέσω δύο ή περισσότερων χωριστών συμβάσεων και όχι από μια ενιαία συμφωνία θα πρέπει, υπό φυσιολογικές συνθήκες, να είναι αδιάφορο. Εφόσον η σωρευτική πείρα επαρκεί για την εκτέλεση της οικείας συμβάσεως, τούτο θα πρέπει να είναι αρκετό... θα ήταν απλώς παράλογο να αποκλείεται, κατ' αρχήν, η δυνατότητα σωρεύσεως των ικανοτήτων ή της πείρας που έχει αποκτηθεί από τον ίδιο οικονομικό φορέα στο πλαίσιο διαφορετικών συμβάσεων» (σκ. 60 - 62 των προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα, 0387/14, της 04.05.2017, Esaprojekt sp. o.o κατά Wojewodztwo Lodzkie). Η ως άνω σκέψη υιοθετήθηκε από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης στην εν λόγω υπόθεση (0387/14, της 04.05.2017, Esaprojekt sp. o.o κατά Wojewodztwo Lodzkie, σκ. 86). Ομοίως έχει κριθεί από την ΕΑΔΗΣΥ ότι «...εφόσον το γεγονός ότι η σωρευτική πείρα επαρκεί για την εκτέλεση της οικείας συμβάσεως, το εάν από τεχνικής απόψεως η σχετική πείρα έχει αποκτηθεί μέσω δύο ή περισσότερων χωριστών συμβάσεων και όχι από μία ενιαία συμφωνία θα πρέπει, υπό φυσιολογικές συνθήκες, να είναι αδιάφορο (...). Ομοίως, έχει κριθεί ότι νόμιμα η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητά οι διαγωνιζόμενοι να αποδείξουν ότι διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν, ακόμα και όταν ζητά μία τουλάχιστον παράδοση συναφούς κατά την φύση και τον προϋπολογισμό αγαθού ως ελάχιστου κριτηρίου τεχνικής καταλληλότητας του ενδιαφερόμενου να μετάσχει στον διαγωνισμό. Ωστόσο, πρέπει να ληφθεί μέριμνα ώστε κάτι τέτοιο να μην περιορίζει αδικαιολόγητα το πεδίο των επιλέξιμων υποψηφίων. Προς τούτο και προκειμένου τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων να είναι αναλογικά και να μην περιορίζουν υπέρμετρα τον ανταγωνισμό, δύναται η αναθέτουσα αρχή να προβλέπει περισσότερες της μίας «συναφείς παραδόσεις», που όμως συνολικά να φτάνουν ή και να ξεπερνούν ακόμη τον προϋπολογισμό της σύμβασης για την οποία διενεργείται ο διαγωνισμός. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί παραπάνω από μία «παραδόσεις» αρκεί να μην ζητεί περισσότερες «παραδόσεις» από όσες εύλογα θα μπορούσε να έχει εκτελέσει ο οικονομικός φορέας εντός μίας τριετίας (ΑΕΠΠ 1015/2019 σκ. 45, ΑΕΠΠ 73, 74, 75, 76/2018, σκ. 36, ΑΕΠΠ 22/2017

Αριθμός Απόφασης: 578/2023

σκ. 19-20). Οι όροι του εξεταζόμενου άρθρου 2.2.6.1.α. της διακήρυξης είναι προδήλως παράνομοι θέτοντας ως απαίτηση την εκτέλεση μίας (1) μόνο σύμβασης και όχι αθροιστικά περισσότερων συμβάσεων ή/και τμήματα περισσότερων συμβάσεων με ομάδα έργου εκτέλεσης τουλάχιστον εκατό (100) ατόμων και προϋπολογισμού ίσου κατ' ελάχιστο με το 100% του προϋπολογισμού της διακήρυξης. Εφόσον το ζητούμενο είναι η ύπαρξη εμπειρίας των οικονομικών φορέων από την παροχή υπηρεσιών υποστήριξης ταχυδρομικών λειτουργιών με ομάδα αποτελούμενη από εκατό (100) άτομα για χρονικό διάστημα έξι (6) μηνών και προϋπολογισμού ίσου με τον προϋπολογισμό της διακήρυξης, όπως το αντικείμενο της προς παροχή υπηρεσίας ορίζεται στη διακήρυξη, τότε παρανόμως δεν επιτρέπεται η σύρρευση της εμπειρίας από την εκτέλεση περισσότερων συμβάσεων ή τμημάτων συμβάσεων, παροχής υπηρεσίας υποστήριξης ταχυδρομικών λειτουργιών με ομάδα αποτελούμενη από εκατό (100) άτομα για χρονικό διάστημα σωρευτικά έξι (6) μηνών και προϋπολογισμού τουλάχιστον ίσου με τον προϋπολογισμό της διακήρυξης. Επισημαίνεται ότι η εξεταζόμενη υπηρεσία της διακήρυξης συνίσταται σε επανάληψη της ίδιας μηνιαίας παροχής, ήτοι της εκτέλεσης υπηρεσίας υποστήριξης ... έργου ενός (1) μήνα, με ομάδα έργου αποτελούμενη από τουλάχιστον εκατό (100) άτομα. Ο δε προϋπολογισμός της διακήρυξης προκύπτει απλώς από την επανάληψη της μηνιαίας υπηρεσίας για χρονικό διάστημα έξι (6) μηνών. Προφανώς, κατά την κοινή πείρα και λογική, εφόσον οικονομικός φορέας έχει εκτελέσει ταχυδρομική υπηρεσία υποστήριξης με ομάδα έργου αποτελούμενη από εκατό (100) άτομα για ένα (1) μήνα, δύναται να επαναλάβει αυτή για επιπλέον μήνες και συνολικά για έξι (6) μήνες και δύναται να εκτελέσει μία (1) σύμβαση διάρκειας έξι (6) μηνών εκτελούμενη από ομάδα έργου αποτελούμενη από εκατό (100) άτομα. Έτι δε περισσότερο, εφόσον οικονομικός φορέας έχει εκτελέσει ήδη έξι (6) μήνες ή/και περισσότερους από έξι (6) υπηρεσία υποστήριξης ... έργου με ομάδα έργου αποτελούμενη από εκατό (100), αθροίζοντας περισσότερες συμβάσεις ή τμήματα συμβάσεων, δύναται να εκτελέσει μία σύμβαση υποστήριξη ... έργου διάρκειας έξι (6) μηνών. Με τους ως άνω όρους του άρθρου 2.2.6.1.α. καθίσταται αδύνατη η συμμετοχή οικονομικών φορέων, οι οποίοι έχουν εκτελέσει συμβάσεις ή/και τμήματα συμβάσεων υποστήριξης ... έργου, με ομάδα έργου αποτελούμενη από τουλάχιστον εκατό (100) άτομα, αθροιστικής διάρκειας μεγαλύτερης των έξι (6)

Αριθμός Απόφασης: 578/2023

μηνών, και αθροιστικού προϋπολογισμού μεγαλύτερου του προϋπολογισμού της διακήρυξης, και μεγαλύτερου φυσικού αντικείμενου εκτέλεσης της παρεχόμενης υπηρεσίας (π.χ. παρεχόμενη υπηρεσία 202/μήνα), κατά τα τρία (3) τελευταία έτη (2020-2021-2022). Κατά τους μη νόμιμους όρους του άρθρου 2.2.6.1.α., όπως διαμορφώθηκαν με τις διευκρινίσεις της «... ΑΕ», όμως παρανόμως και αντίθετα με την κοινή πείρα και λογική, θεωρείται ως δήθεν μη ικανός, να εκτελέσει τη σύμβαση, οικονομικός φορέας, ο οποίος: α. έχει εκτελέσει περισσότερες συμβάσεις ή/και τμήματα συμβάσεων (ίδιου αντικείμενου υπηρεσιών) αθροιστικού προϋπολογισμού μεγαλύτερου του απαιτούμενου προϋπολογισμού της διακήρυξης (δηλαδή του ποσού των 810.000,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ και προαίρεση) εκτελούμενη η κάθε σύμβαση ή το τμήμα σύμβασης με ομάδα έργου αποτελούμενη από τουλάχιστον εκατό (100) άτομα ανά μήνα και αθροιστικής διάρκειας μεγαλύτερης της απαιτούμενης των έξι (6) μηνών της διακήρυξης, β. έχει εκτελέσει περισσότερες συμβάσεις ή/και τμήματα συμβάσεων (ίδιου αντικείμενου υπηρεσιών) αθροιστικού φυσικού αντικείμενου παρασχεθείσας υπηρεσίας μεγαλύτερου του φυσικού αντικείμενου της διακήρυξης (δηλαδή των εξακοσίων (600) ανθρωπομηνών) εκτελούμενη η κάθε σύμβαση ή/και το τμήμα σύμβασης με ομάδα έργου αποτελούμενη από τουλάχιστον εκατό (100) άτομα ανά μήνα και αθροιστικής διάρκειας μεγαλύτερης της απαιτούμενης των έξι (6) μηνών της διακήρυξης. Συνεπώς, βάσει της εκτεθείσας νομολογίας, εφόσον η απαίτηση της διακήρυξης (ήτοι η παροχή υπηρεσίας υποστήριξης ... έργου από ομάδα έργου εκτέλεσης αποτελούμενη από τουλάχιστον εκατό (100) άτομα, για χρονικό διάστημα έξι (6) μηνών και φυσικό αντικείμενο παροχής υπηρεσίας εξακόσιους (600) ανθρωπομήνες) πληρούται σωρευτικά από την εκτέλεση περισσότερων συμβάσεων ή/και τμημάτων συμβάσεων, με : α. αθροιστικό προϋπολογισμό μεγαλύτερο του προϋπολογισμού της διακήρυξης, υπολογιζόμενου βάσει υπηρεσίας παρασχεθείσας από ομάδα έργου αποτελούμενης τουλάχιστον από εκατό (100) άτομα, β. αθροιστική διάρκεια παρεχόμενης υπηρεσίας, με ομάδα έργου τουλάχιστον εκατό (100) ατόμων, μεγαλύτερη των έξι (6) μηνών της διακήρυξης, γ. αθροιστικό φυσικό αντικείμενο εκτέλεσης παρασχεθείσας υπηρεσίας μεγαλύτερο του αντικείμενου της διακήρυξης των εξακοσίων (600) ανθρωπομηνών σε χρόνο διάρκειας έξι (6) μηνών, ο προσβαλλόμενος όρος του άρθρου 2.2.6.1.α. της διακήρυξης παρίσταται ως προδήλως δυσανάλογος προς

Αριθμός Απόφασης: 578/2023

το φυσικό αντικείμενο της σύμβασης, μη αναγκαίος για την εκτέλεση της προκηρυχθείσας σύμβασης και εμποδίζων υπέρμετρα την ανάπτυξη ανταγωνισμού, κωλύοντας τη συμμετοχή περισσότερων οικονομικών φορέων στον διαγωνισμό, χωρίς νόμιμη αιτιολογία. Η εταιρεία μας «... .. ΑΕ», έχει εκτελέσει περισσότερες συμβάσεις ή/και τμήματα συμβάσεων παροχής υπηρεσιών υποστήριξης προς την «... ΑΕ», μεταξύ των άλλων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών υποστήριξης προς την «... ΑΕ», με τα ακόλουθα χαρακτηριστικά: α. αθροιστικό προϋπολογισμό μεγαλύτερο του προϋπολογισμού της διακήρυξης, υπολογιζόμενου βάσει υπηρεσίας παρασχεθείσας από ομάδα έργου αποτελούμενης τουλάχιστον από εκατό (100) άτομα, κατά προσέγγιση 4.900.000,00 ευρώ, ήτοι 600% του προϋπολογισμού της διακήρυξης, β. αθροιστική διάρκεια παρεχόμενης υπηρεσίας, με ομάδα έργου τουλάχιστον εκατό (100) ατόμων, μεγαλύτερη των έξι (6) μηνών της διακήρυξης, τριάντα έξι (36) μηνών, ήτοι 600% της διάρκειας της διακήρυξης, γ. αθροιστικό φυσικό αντικείμενο εκτέλεσης παρασχεθείσας υπηρεσίας μεγαλύτερο του φυσικού αντικείμενου της διακήρυξης των εξακοσίων (600) ανθρωπομηνών σε χρόνο διάρκειας έξι (6) μηνών, κατά προσέγγιση χίλιους ογδόντα πέντε (1085) «ανθρωπομήνες». Προφανώς, κατά την κοινή πείρα και λογική δεν αμφισβητείται η ικανότητα της εταιρείας μας «... .. ΑΕ» να εκτελέσει το αντικείμενο της διακήρυξης. Ωστόσο, λόγω των παράνομων όρων του άρθρου 2.2.6.1.α. της διακήρυξης και των επ' αυτών διευκρινίσεων, δεν είναι δυνατή η συμμετοχή της εταιρείας μας στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία. Επισημαίνεται ότι ο προσβαλλόμενος όρος του άρθρου 2.2.6.1.α. της διακήρυξης, όχι μόνο εμποδίζει τον ανταγωνισμό αλλά περιορίζει το δικαίωμα συμμετοχής σε αποκλειστικά έναν (1) μόνο οικονομικό φορέα, εκ των εγκατεστημένων στην ελληνική επικράτεια, όπως αποδεικνύεται από τα στοιχεία του συστήματος ΚΗΜΔΗΣ. Συμβάσεις αντίστοιχου αντικείμενου προκηρύσσονται από δύο (2) φορείς του ευρύτερου δημοσίου τομέα, ήτοι την «... Α.Ε.» και την «... .. Α.Ε.». Έως το χρόνο πριν από την προσβαλλόμενη διακήρυξη, η «... Α.Ε.» προκήρυξε διαγωνισμούς χωρίς πρόβλεψη απαίτησης εκτέλεσης της σύμβασης από ομάδα έργου αποτελούμενης από τουλάχιστον εκατό (100) άτομα (μολονότι το συνολικό φυσικό αντικείμενο της παρεχόμενης υπηρεσίας, ήτοι οι ανθρωπομήνες, είναι μεγαλύτερο συνολικά) και κυρίως βάσει συμβατικής αξίας σύμβασης. Επομένως, μόνη η «... .. Α.Ε.», στην ελληνική

Αριθμός Απόφασης: 578/2023

επικράτεια, προκηρύσσει διαγωνισμούς με εκτέλεση από ομάδα έργου αποτελούμενη από τουλάχιστον εκατό (100) άτομα και προϋπολογισμού τουλάχιστον ίσου αυτής της παρούσας προκηρυχθείσας σύμβασης. Από έλεγχο αποτελεσμάτων διαγωνιστικών διαδικασιών με χρήση του συστήματος ΚΗΜΔΗΣ, αρχείου ελευθέρως προσβάσιμου σε όλους και στην ΕΑΔΗΣΥ, όπου αναρτώνται οι συναφθείσες συμβάσεις φορέων του δημόσιου και ευρύτερου δημόσιου τομέα, προκύπτει (με την επιφύλαξη εμφίλοχωσης λάθους κατά τον έλεγχο) ότι μόνο ένας (1) οικονομικός φορέας, εκ των εγκατεστημένων στην ελληνική επικράτεια, πληροί τον όρο του άρθρου 2.2.6.1.α. της διακήρυξης. Προς άρση κάθε αμφιβολίας και διόρθωσης του ενδεχόμενου λάθους της εταιρείας μας κατά την πραγματοποίηση ελέγχου στο σύστημα ΚΗΜΔΗΣ, καλούμε την «... Α.Ε.» να προσκομίσει ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, λίστα με τους οικονομικούς φορείς που εκτέλεσαν συμβάσεις, ίδιου αντικείμενου υπηρεσιών, κατά τα τελευταία τρία (3) έτη πριν από την διενέργεια του διαγωνισμού, και πληρούν τις σχετικές απαιτήσεις της διακήρυξης, όπως ανατέθηκαν από την «... ΑΕ» ή την «... ... Α.Ε.» στην περίπτωση που είναι περισσότεροι του ενός (1). Η εταιρεία μας έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής και επιδίωξης ακύρωσης των ως άνω παράνομων όρων του άρθρου 2.2.6.1.α. διότι δραστηριοποιείται στο σχετικό τομέα της παροχής υπηρεσιών, μεταξύ των οποίων και των υποστηρικτικών υπηρεσιών ίδιου αντικείμενου με την προκηρυχθείσα σύμβαση, έχοντας εκτελέσει, κατά τα τελευταία τρία (3) έτη: α. Μεγάλο αριθμό συμβάσεων, με φυσικό αντικείμενο ίδιο με αυτό της προκηρυχθείσας σύμβασης, κατά τα τρία (3) τελευταία έτη (ενδεικτικά υποστηρικτικές υπηρεσίες διανομής, διαλογής, μεταφοράς, αποθήκευσης και εξυπηρέτησης κοινού, ... αντικείμενου). β. Μεγάλο αριθμό συμβάσεων, ίδιου αντικείμενου, με συνολική αξία υπερπολλαπλάσια της προκηρυχθείσας σύμβασης και της απαίτησης της διακήρυξης, κατά τα τρία (3) τελευταία έτη. γ. Μία (1) σύμβαση, με φυσικό αντικείμενο παρασχεθείσας υπηρεσίας μεγαλύτερο από την απαίτηση της διακήρυξης, προϋπολογισμό μεγαλύτερο της απαίτησης διακήρυξης, ομάδα έργου αποτελούμενη κατά μέσο όρο από αριθμό ατόμων μεγαλύτερο της απαίτησης διακήρυξης. δ. Περισσότερες συμβάσεις ή/και τμήματα συμβάσεων με αθροιστικό προϋπολογισμό μεγαλύτερο του προϋπολογισμού της διακήρυξης, υπολογιζόμενου βάσει υπηρεσίας παρασχεθείσας από ομάδα έργου αποτελούμενης τουλάχιστον από εκατό (100)

Αριθμός Απόφασης: 578/2023

άτομα, κατά προσέγγιση 4.900.000,00 ευρώ, ήτοι 600% του προϋπολογισμού της διακήρυξης, αθροιστική διάρκεια παρεχόμενης υπηρεσίας, με ομάδα έργου τουλάχιστον εκατό (100) ατόμων, μεγαλύτερη των έξι (6) μηνών της διακήρυξης, τριάντα έξι (36) μηνών, ήτοι 600% της διάρκειας της διακήρυξης, αθροιστικό φυσικό αντικείμενο εκτέλεσης παρασχεθείσας υπηρεσίας μεγαλύτερο του αντικειμένου της διακήρυξης των εξακοσίων (600) ανθρωπομηνών σε χρόνο διάρκειας έξι (6) μηνών, χίλιους ογδόντα πέντε (1085) «ανθρωπομήνες». ε. Ταυτόχρονα, κατά το ίδιο ακριβώς χρονικό διάστημα, περισσότερες συμβάσεις με συνολικό φυσικό αντικείμενο υπερπολλαπλάσιο της διακηρυχθείσας σύμβασης και της απαίτησης της διακήρυξης και συνολικής υπερπολλαπλάσιας αξίας της διακηρυχθείσας σύμβασης της απαίτησης της διακήρυξης, και με περισσότερες ομάδες των εκατό (100) ατόμων, ώστε αποδεικνύεται σε κάθε περίπτωση η ικανότητα της εταιρείας μας να εκτελεί ταυτόχρονα συνολικό φυσικό αντικείμενο υπερπολλαπλάσιο της απαίτησης του κριτηρίου επιλογής της διακήρυξης και συνολικής αξίας υπερπολλαπλάσιας της απαίτησης του κριτηρίου επιλογής της διακήρυξης. Ωστόσο, η εταιρεία μας «... .. ΑΕ» δεν έχει εκτελέσει μια (1) σύμβαση με προϋπολογισμό τουλάχιστον στο 100% του προϋπολογισμού της προκηρυχθείσας σύμβασης, η οποία να έχει εκτελεστεί με ομάδα έργου αποτελούμενη από τουλάχιστον εκατό (100) άτομα. Η εταιρεία μας «... .. ΑΕ» προσβάλλει τους ως άνω όρους του άρθρου 2.2.6.1.α. της διακήρυξης και αιτείται την ακύρωσή τους, διότι παραβιάζουν τις αρχές της αναλογικότητας και της αναγκαιότητας και εμποδίζουν τον ανταγωνισμό, με αποτέλεσμα, μολονότι η εταιρεία μας έχει εκτελέσει υπερπολλαπλάσιο φυσικό αντικείμενο συμβάσεων παροχής υπηρεσιών, ίδιου αντικειμένου αυτού της προκηρυχθείσας σύμβασης, και ειδικότερα αθροιστικά συμβάσεις ή/και τμήματα συμβάσεων με συνολικό φυσικό αντικείμενο υπερπολλαπλάσιο της προκηρυχθείσας σύμβασης και της απαίτησης του εν λόγω κριτηρίου επιλογής της διακήρυξης και συμβάσεις ή/και τμήματα συμβάσεων με συνολικό προϋπολογισμό υπερπολλαπλάσιο της προκηρυχθείσας σύμβασης και της απαίτησης του εν λόγω κριτηρίου επιλογής της διακήρυξης, και εκτέλεση αυτών από ομάδα έργου με αριθμό ατόμων μεγαλύτερο των εκατό (100) και σύμβαση με φυσικό αντικείμενο παρασχεθείσας υπηρεσίας μεγαλύτερο από την απαίτηση της διακήρυξης, προϋπολογισμό μεγαλύτερο της απαίτησης διακήρυξης, ομάδα έργου αποτελούμενη κατά μέσο όρο από αριθμό ατόμων μεγαλύτερο της

Αριθμός Απόφασης: 578/2023

απαίτησης διακήρυξης, να καθίσταται εξαιρετικά δυσχερής και εν τοις πράγμασι αδύνατη η συμμετοχή στην εξεταζόμενη διαγωνιστική διαδικασία. Ελλείψει δε των ως άνω παράνομων όρων της διακήρυξης, η εταιρεία μας θα μπορούσε να συμμετάσχει στην υπό εξέταση διαγωνιστική διαδικασία διότι πληροί τους λοιπούς όρους της διακήρυξης. Ως εκ τούτου προκαλείται σε βάρος της εταιρείας μας πρόδηλη ανεπανόρθωτη βλάβη από τον προσβαλλόμενο όρο της διακήρυξης (ενδεικτικά βλ. ΕΑ ΣΤΕ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013, 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α.). Κατάτμηση του φυσικού αντικείμενου της ζητούμενης προς παροχή υπηρεσίας. Όπως έχει ήδη εκτεθεί η «... ΑΕ» έχει δημοσιευθεί δέκα πέντε (15) διακηρύξεις, ήτοι τις υπ' αριθμούς 0123, 0223, 0323, 0423, 0523, 0623, 0723, 0823, 0923, 1023, 1123, 1223, 1323, 1423, 1523, διακηρύξεις, έκαστη με προϋπολογισμό, χωρίς προαίρεση και ΦΠΑ 810.000,00 ευρώ, και συνολικό προϋπολογισμό, με προαίρεση και ΦΠΑ 1.171.800,00 ευρώ. Οι ως άνω διακηρύξεις αφορούν την παροχή της ίδιας ακριβώς υπηρεσίας. Οι ως άνω διακηρύξεις έχουν αθροιστικό προϋπολογισμό, χωρίς προαίρεση και ΦΠΑ, 12.150.000,00 ευρώ και αθροιστικό συνολικό προϋπολογισμό με προαίρεση και ΦΠΑ, 17.577.00,00 ευρώ. Εκ των ανωτέρω αποδεικνύεται ότι υφίσταται κατάτμηση του σχετικού φυσικού αντικείμενου της απαιτούμενης παροχής υπηρεσίας. Η εταιρεία μας, όπως προσβάλλει την παρούσα διακήρυξη, προσβάλλει και τις λοιπές ως άνω διακηρύξεις. Κατά τις σχετικές αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ και τη σχετική νομολογία, μόνη η κατάτμηση του φυσικού αντικείμενου εφόσον δεν καθιστά αδύνατη ή δυσχερή τη συμμετοχή οικονομικού φορέα στη διαγωνιστική διαδικασία ή δεν προσβάλλει με άλλο τρόπο τα σχετικά δικαιώματα του δεν συνεπάγεται την ακύρωση της σχετικής διακήρυξης. Ωστόσο, δεν έχει αποτελέσει αντικείμενο εξέτασης η προσβολή της αποτελεσματικής άσκησης του δικαιώματος συμμετοχής οικονομικού φορέα στη διαγωνιστική διαδικασία και της αποτελεσματικής άσκησης των δικαιωμάτων προδικαστικής προσφυγής και δικαστικής προστασίας, που συνεπάγονται κατ' αποτέλεσμα τη δυσχερή συμμετοχή οικονομικού φορέα στην διαγωνιστική διαδικασία. Εν προκειμένω, λόγω της υφιστάμενης κατάτμησης του φυσικού αντικείμενου, η εταιρεία μας υφίσταται πρόδηλη ζημία και καθίσταται εξαιρετικά δυσχερής η συμμετοχή της στη διαγωνιστική διαδικασία και η άσκηση των σχετικών δικαιωμάτων προδικαστικής προσφυγής και των ενδεχόμενων ένδικων βοηθημάτων. Περαιτέρω στερείται της προστασίας του καθολικού

Αριθμός Απόφασης: 578/2023

ελέγχου νομιμότητας που πραγματοποιεί το Ελεγκτικό Συνέδριο, η οποία διασφαλίζει τη συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία που θα πραγματοποιηθεί με νόμιμους όρους εφόσον κριθούν μη νόμιμοι οι σχετικοί όροι της παρούσας διακήρυξης και εξασφαλίζεται η εν τοις πράγμασι αποτελεσματική συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία που αφορά τις συγκεκριμένες υπηρεσίες. Τα ανωτέρω θα είχαν αποφευχθεί εφόσον υπήρχε μία (1) διακήρυξη από την «... ΑΕ» με περισσότερα τμήματα. Ειδικότερα, η εταιρεία μας υποχρεούται σε υπερπολλαπλάσιας αξίας έξοδα παραβόλων για την προσβολή δεκαπέντε (15) διακηρύξεων ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ αντί της ανώτατης ορισθείσας μέγιστης αξίας του ενός (1) παραβόλου. Ομοίως, η εταιρεία μας θα υποχρεωθεί ενδεχομένως σε υπερπολλαπλάσιας αξίας έξοδα δικαστικής προστασίας και άσκησης των σχετικών ένδικων βοηθημάτων. Ήδη είναι γνωστή η σχετική νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας αναφορικά με το ύψος του παραβόλου για την άσκηση των σχετικών βοηθημάτων κατά τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Με την κατάτμηση του ζητούμενου φυσικού αντικειμένου, η εταιρεία μας επιβαρύνεται με δυσανάλογα έναντι του συνολικού αντικειμένου των ζητούμενων υπηρεσιών εάν αυτό δεν είχε κατατμηθεί, δεν προστατεύεται από το μέγιστο ποσό καταβολής παραβόλου που έχει ορισθεί από τον εθνικό νομοθέτη, καθίσταται εξαιρετικά δυσχερής η σχετική άσκηση των σχετικών δικαιωμάτων προδικαστικής προσφυγής και δικαστικής προστασίας και παραβιάζεται η δικονομική οδηγία 89/665/ΕΟΚ. Με το άρθρο 2.2.5.β. της διακήρυξης γίνεται προβλέπεται ως κριτήριο επιλογής πιστοληπτική ικανότητα «σωρευτικά για χρηματοδοτήσεις και για την έκδοση πάσης φύσεως εγγυητικών επιστολών». Ανεξαρτήτως της ύπαρξης του προτύπου πιστοληπτικής ικανότητας, το περιεχόμενο της αναφοράς στο πρότυπο θα διαμορφωθεί από το πιστωτικό ίδρυμα βάσει του σχετικού όρου της διακήρυξης. Ο ως άνω όρος της διακήρυξης δεν εμποδίζει τη τυπική συμμετοχή της εταιρείας μας, διότι σε κάθε περίπτωση εταιρεία μας πληροί τον σχετικό όρο της διακήρυξης. Ωστόσο, εμποδίζει την αποτελεσματική συμμετοχή και τη διεκδίκηση ανάθεση της εν λόγω σύμβασης διότι επιτρέπει τη συμμετοχή και οικονομικών φορέων που δεν έχουν την απαιτούμενη από το νόμο πιστοληπτική ικανότητα βάσει μόνο χρηματοδοτήσεων. Περαιτέρω, με το άρθρο 2.2.5.γ. προβλέπεται ότι δεν απαιτείται η ύπαρξη σύμβασης ασφάλισης κατά το χρόνο συμμετοχής αλλά παρανόμως κατά το χρόνο υπογραφής της σύμβασης. Ωστόσο, κατά την οδηγία

Αριθμός Απόφασης: 578/2023

2014/24 και το ν. 4412/2016 η ασφαλιστική κάλυψη αποτελεί κριτήριο επιλογής και κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης και του Συμβουλίου Επικρατείας, τα κριτήρια επιλογής πρέπει να πληρούνται από τους οικονομικούς φορείς κατά το χρόνο συμμετοχής και υποβολής της προσφοράς στις διαγωνιστικές διαδικασίες. Ο ως άνω όρος της διακήρυξης δεν εμποδίζει τη τυπική συμμετοχή της εταιρείας μας, διότι σε κάθε περίπτωση εταιρεία μας πληροί τον σχετικό όρο της διακήρυξης. Ωστόσο, εμποδίζει την αποτελεσματική συμμετοχή και τη διεκδίκηση ανάθεση της εν λόγω σύμβασης διότι επιτρέπει τη συμμετοχή και οικονομικών φορέων που δεν έχουν την απαιτούμενη από το νόμο πιστοληπτική ικανότητα βάσει μόνο χρηματοδοτήσεων. 6. Μη νόμιμοι και οι σχετικοί των προσβαλλόμενων ως άνω όρων των άρθρων 2.2.6.1.α. και 2.2.5.β.-γ. της διακήρυξης. Δεδομένου ότι οι ως άνω προσβαλλόμενοι όροι των άρθρων 2.2.6.1.α. και 2.2.5.β.-γ. της διακήρυξης είναι μη νόμιμοι και ακυρωτέοι, προσβάλλουμε με την παρούσα και αιτούμαστε την ακύρωση, για τους ίδιους ως άνω λόγους που αναφέρθηκαν, και των σχετικών αυτών όρων του άρθρου 2.2.9.Β.4.β.-γ. και του άρθρου 2.2.9.2.Β.5.α. της διακήρυξης, που αφορούν την απόδειξη της πλήρωσης των μη νόμιμων όρων των άρθρων 2.2.6.1.α. και 2.2.5.β.-γ. της διακήρυξης».

5. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή με τις από 15/03/2023 εμπρόθεσμες απόψεις της και η παρεμβαίνουσα υπεραμύνονται της νομιμότητας της προσβαλλόμενης και αιτούνται την απόρριψη της εξεταζόμενης προσφυγής. Επ' αυτών κατατέθηκε παραδεκτώς το από 20/03/2023 υπόμνημα της προσφεύγουσας.

6. Επειδή, σύμφωνα με τις περί προδικαστικής προσφυγής διατάξεις του ν. 4412/2016 και εκείνες του κατ' εξουσιοδότησή του εκδοθέντος Κανονισμού Εξετάσεως Προδικαστικών Προσφυγών (π.δ. 39/2017, Φ.Ε.Κ. Α' 64), προκύπτει, ότι, κατά το στάδιο εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής από την Ενιαία Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων, η αναθέτουσα Αρχή δύναται να παράσχει συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης (πρβλ. και ΣτΕ 780/2019, ΕΑ ΣτΕ 51/2021).

7. Επειδή, κατόπιν της επισκόπησης του φακέλλου, κρίνονται τα κάτωθι. Στην εν λόγω Διακήρυξη, η αναθέτουσα Αρχή έθεσε ως κριτήρια επιλογής, μεταξύ άλλων, τα εξής: «2.2.6.1 Να έχουν εκτελέσει επιτυχώς εντός των τελευταίων τριών (3) ετών (2020-2021-2022) έργα παροχής υπηρεσιών ...

Αριθμός Απόφασης: 578/2023

έργου, ως ακολούθως: α) Ένα (1) τουλάχιστον έργο, το οποίο να απαιτούσε την απασχόληση ομάδας έργου αποτελούμενης τουλάχιστον από εκατό (100) άτομα και να είχε συνολική συμβατική αξία (συμπεριλαμβανομένων τυχόν τροποποιήσεων ή/και προαιρέσεων) που έχουν λάβει ήδη χώρα, ύψους κατ'ελάχιστο στο 100% του προϋπολογισμού της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος ΦΠΑ και των δικαιωμάτων προαίρεσης.» [...] 2.2.6.2 Να διαθέτουν: α) Μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό προσωπικό τουλάχιστον τριάντα (30) ατόμων κατά την τελευταία τριετία (2020-2021 - 2022) β) Υπεύθυνο Έργου με 5-ετή τουλάχιστον επαγγελματική εμπειρία σε Διαχείριση Έργων στον τομέα δραστηριότητας της Διακήρυξης ο οποίος να διαθέτει Πανεπιστημιακό Τίτλο Σπουδών, και Μεταπτυχιακό Τίτλο σπουδών, γ) Αναπληρωτή Υπεύθυνο Έργου με 5-ετή τουλάχιστον επαγγελματική εμπειρία σε Διαχείριση Έργων στον τομέα δραστηριότητας της Διακήρυξης. Τα ανωτέρω στελέχη θα πρέπει να έχουν σχέση εξαρτημένης μισθωτής εργασίας ή/και εξωτερικής συνεργασίας με τον υποψήφιο ανάδοχο. Με την υπό κρίση προσφυγή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι οι όροι του άρθρου 2.2.6.1.0 της Διακήρυξης, που εισάγουν τα κριτήρια επιλογής, τυγχάνουν παράνομοι, διότι παραβιάζουν την αρχή της αναλογικότητας και την ανάπτυξη του ανταγωνισμού και συνεπώς καθιστούν ανέφικτη την συμμετοχή της στο διαγωνισμό, λόγω μη πλήρωσης του εν λόγω κριτηρίου επιλογής. Από τους εκατέρωθεν ισχυρισμούς προκύπτει, ότι η αναθέτουσα Αρχή, έχοντας προσδιορίσει επαρκώς τις ανάγκες εντός των άκρων ορίων της διακριτικής της ευχέρειας, περιέγραψε αναλυτικά το αντικείμενο του επίδικου διαγωνισμού και έθεσε τα ως άνω κριτήρια ποιοτικής επιλογής, προκειμένου να διασφαλίσει την άρτια εκτέλεση του αντικειμένου του εν λόγω έργου. Ειδικότερα, σύμφωνα και με το άρθρο 5.2 της Συγγραφής Υποχρεώσεων, έθεσε, ως όρο για την εκτέλεση της σύμβασης, να διαθέτει ο ανάδοχος ομάδα έργου, αποτελούμενη «από εκατό (100) άτομα και να διατηρείται πάντοτε αυτός ο αριθμός για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης». Ο ως άνω όρος παρίσταται εύλογος, πρόσφορος και αναλογικός, καθώς στοιχεί προδήλως με την απαίτηση για την διαθεσιμότητα εκατό (100) ατόμων, καθ' όλη την διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης και όχι απαραίτητως για την απασχόληση κατά τον αυτό χρόνο των ατόμων αυτών, σύμφωνα και με τους όρους του άρθρου 2.2.6.1.α της επίμαχης Διακήρυξης. Σε κάθε δε περίπτωση, εν όψει του αντικειμένου του έργου, ο ως

Αριθμός Απόφασης: 578/2023

άνω αριθμός ατόμων κρίνεται επαρκής και ουδόλως περιοριστικός ή/και ανελαστικός, δοθέντος ότι οι οικονομικοί φορείς δύνανται να προβούν σε περαιτέρω προσλήψεις ή να αξιοποιήσουν τους πλείστους τρόπους σύναψης εργασιακής σχέσης. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, περί μη νομιμότητας των ως άνω τιθέμενων όρων, τυγχάνουν απορριπτέοι, ως αβάσιμοι. Επέκεινα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι ο αριθμός απασχολούμενου προσωπικού δεν περιλαμβάνεται στο, με περιοριστικό τρόπο προσδιορισθέν από τον νομοθέτη, περιεχόμενο για τα αποδεικτικά μέσα της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, όσον αφορά στην εκτέλεση προγενέστερων συμβάσεων. Σύμφωνα με τον όρο 2.2.9.2 «Αποδεικτικό Μέσα» της Διακήρυξης, ισχύουν τα εξής: «Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6. οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: α) Για την απαίτηση της παραγράφου 2.2.6.1, Υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 1599/1986 (Α '75), (υπόδειγμα 2 Παραρτήματος VIII), όπως εκάστοτε ισχύει, στην οποία αναγράφονται τα στοιχεία της παρούσης διαδικασίας για την οποία υποβάλλει την προσφορά, και θα αναφέρεται ο κατάλογος σχετικών υπηρεσιών που εκτελέστηκαν την τελευταία τριετία (2020-2021-2022) από τον υποψήφιο (όπως περιγράφονται παραπάνω στο άρθρο 2.2.6 περ. α), με αναφορά στην αξία της σύμβασης, το αντικείμενό της τη χρονική διάρκεια εκτέλεσης των συμβάσεων, τους εργοδότες τα ποσοστά συμμετοχής στον ανάδοχο της σύμβασης συνοδευόμενη εάν μεν ο αποδέκτης είναι αναθέτουσα αρχή, με πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί ή θεωρηθεί από την αρμόδια αρχή, εάν δε (ο αποδέκτης) είναι ιδιωτικός φορέας με βεβαίωση του φορέα αυτού συνοδευόμενη από αντίγραφο της σχετικής Σύμβασης ή εάν δεν υφίσταται έγγραφη σύμβαση τιμολόγια». Ως προς τον επίμαχο όρο για τον αριθμό του απαιτούμενου προσωπικού, με την προσκόμιση από τον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αναλυτικής βεβαίωσης καλής εκτέλεσης της σύμβασης με τα στοιχεία που αναφέρονται στο οικείο κριτήριο 2.2.6 («Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα»), στο οποίο μάλιστα γίνεται ευθεία παραπομπή και στα αποδεικτικά μέσα («...ο κατάλογος σχετικών υπηρεσιών που εκτελέστηκαν την τελευταία τριετία (2020-2021-2022) από τον υποψήφιο (όπως περιγράφονται παραπάνω στο άρθρο 2.2.6 περ.α)», κρίνεται ότι ευχερώς θα μπορούσε να αποδειχθεί ο αριθμός του προσωπικού που απασχολήθηκε. Το ίδιο ισχύει και για τα λοιπά έγγραφα τεκμηρίωσης, που

Αριθμός Απόφασης: 578/2023

δύναται να προσκομίσει ο εκάστοτε ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας (π.χ. σύμβαση, τιμολόγιο). Σημειωτέον δε, ότι η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί σε σημείο της προσφυγής της, ότι «...έχει ήδη χορηγηθεί η υπ' αριθμό 5.1./937/03.11.2022 βεβαίωση καλής εκτέλεσης στην οποία αναφέρεται αναλυτικώς ο αριθμός της ομάδας έργου εκτέλεσης της σύμβασης ανά μήνα εκτέλεσης». Συνεπώς, και αυτός ο λόγος τυγχάνει απορριπτέος, ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος, καθώς η προσφεύγουσα συνομολογεί την πλήρωση του επίμαχου όρου. Περαιτέρω, ο ως άνω ισχυρισμός της προσφεύγουσας τυγχάνει απορριπτέος και ως αβάσιμος, δοθέντος ότι το επίμαχο κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και το προβλεπόμενο αποδεικτικό μέσο αυτού προβλέπεται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 και στο αντίστοιχο πρότυπο σύμβασης της ΕΑΑΔΗΣΥ (βλ. και άρθρο 80 παρ. 5 του ν. 4412/2016). Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι «εσφαλμένως και παρανόμως κατά την «... ΑΕ» η εκτέλεση σύμβασης παροχής σχετικών υπηρεσιών, προϋπολογισμού τουλάχιστον ίσου με τον προϋπολογισμό της διακήρυξης από ομάδα έργου αποτελούμενη από τουλάχιστον εκατό (100) άτομα κατά μέσο όρο δήθεν δεν αποδεικνύει την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα εκτέλεσης του αντικείμενου της διακήρυξης» και ότι έχει εκτελέσει την υπ' αριθμό 6681/2021 σύμβαση με την «... ΑΕ» με τα ακόλουθα χαρακτηριστικά: α. φυσικό αντικείμενο παρασχεθείσας υπηρεσίας 787,16 ανθρωπομήνες ήτοι μεγαλύτερο της απαίτησης διακήρυξης β. προϋπολογισμό 935.240,00 ευρώ, ήτοι μεγαλύτερο της απαίτησης διακήρυξης γ. ομάδα έργου αποτελούμενη κατά μέσο όρο από 112,45 άτομα (=145,2 8+ 67,89 + 87,62 + 146,84 + 202,05 + 129,52 + 8 άτομα ανά μήνα εκτέλεσης/ 7μήνες εκτέλεσης), ήτοι μεγαλύτερο της απαίτησης διακήρυξης (βλ. σελ. 20 και 25 της ένδικης Προσφυγής). Ωστόσο, εκ των ανωτέρω παρέπεται, ότι η προσφεύγουσα ουδόλως επικαλείται ούτε αποδεικνύει την αδυναμία συμμετοχής της στην οικεία διαγωνιστική διαδικασία, αφού, κατά τα ως άνω αναφερόμενα, συνομολογεί ρητώς, ότι έχει ήδη εκτελέσει έργο, για το οποίο επί τέσσερις (4) μήνες απασχόλησε αριθμό προσωπικού άνω των 100 ατόμων, στοιχείο που αποδεικνύει την διαθεσιμότητα τουλάχιστον 100 ατόμων για την εκτέλεση της σύμβασης, το οποίο άλλωστε είναι και το σχετικώς απαιτούμενο εκ της Διακήρυξης. Επέκεινα, η προσφεύγουσα δεν κατέδειξε τους ειδικούς εκείνους λόγους, για τους οποίους καθίσταται αδύνατη

Αριθμός Απόφασης: 578/2023

ή υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή της στον Διαγωνισμό, αλλ' ούτε και τον εν τοις πράγμασι κίνδυνο αποκλεισμού από την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία ἄντιθέτως, συνομολόγησε την ικανοποίηση του εν λόγω κριτηρίου και, συνεπώς, ο εν λόγω ισχυρισμός τυγχάνει απορριπτέος. Συναφώς, ως προς τον τέταρτο λόγο της οικείας προσφυγής, κρίνονται τα κάτωθι. Σύμφωνα με την επίδικη παράγραφο 2.2.6.1α της Διακήρυξης, οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς απαιτείται να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον ένα (1) συναφές έργο, κατά τα ειδικότερα ως άνω αναφερόμενα, υπό την έννοια ότι οι υποψήφιοι ανάδοχοι μπορούν προδήλως να επικαλεσθούν περισσότερα έργα και όχι μόνον ένα. Ως εκ τούτου, εκ των προδιαληφθέντων προκύπτει, ότι η προσφεύγουσα εταιρεία θα μπορούσε να επικαλεσθεί το σύνολο των εκτελεσθέντων έργων της, τα οποία προφανώς δέον να ληφθούν υπ' όψη από την αναθέτουσα Αρχή. Επιπροσθέτως με τον πέμπτο λόγο προσφυγής προβάλλεται, ότι «ο προσβαλλόμενος όρος του άρθρου 2.2.6.1.α. της διακήρυξης, όχι μόνο εμποδίζει τον ανταγωνισμό αλλά περιορίζει το δικαίωμα συμμετοχής σε αποκλειστικά έναν (1) μόνο οικονομικό φορέα, εκ των εγκατεστημένων στην ελληνική επικράτεια...». Ο εν θέματι λόγος τυγχάνει απορριπτέος ως αορίστως προβαλλόμενος, εφ' όσον δεν γίνεται προσκόμιση και επίκληση στοιχείων προς απόδειξη της πραγματικής βάσης του ισχυρισμού τούτου, και ιδίως αποδεικτικά στοιχεία από τα οποία να προκύπτει ότι ο, κατά την προσφεύγουσα, ευνοούμενος από την διακήρυξη, φορέας, και μόνον αυτός, εκπληρώνει τον πληττόμενο όρο (βλ. και ΑΕΠΠ 1243/2022, αλλά και ad hoc ΣτΕ ΕΑ 836, 429, 1025, 1140/2010, 474/2009, 1317/2007). Αντιθέτως, κατά τα παγίως κριθέντα από την νομολογία, ο ισχυρισμός ότι ο εν λόγω όρος είναι φωτογραφικός υπέρ μόνο μιας -ακόμη δε και- κατονομαζόμενης εταιρείας, δεν αρκεί για να θεωρηθεί, ότι το κριτήριο είναι φωτογραφικό (ad ΔΕφΑΘ 296/2013, 885/2012 (ασφ.), ΣτΕ ΕΑ 9/2015, 676/2011, 429, 1140, 1024, 1025, 836/2010, 829, 201/2007, πρβλ. 215/2021 ΑΕΠΠ). Εν προκειμένω, ουδόλως ο εν λόγω όρος δύναται να χαρακτηρισθεί ως δήθεν «φωτογραφικός». Και τούτο διότι, κατά τα ειδικότερα ως άνω αναφερόμενα, η αναθέτουσα Αρχή, έκρινε, κατά την διακριτική της ευχέρεια, ότι η θέσπιση του επίμαχου κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας τυγχάνει πρόσφορη για την αξιολόγηση των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων. Πέραν δε τούτου, εκ της διακήρυξης απαιτείται η προηγούμενη επιτυχής εκτέλεση τουλάχιστον ενός (1) έργου.

Αριθμός Απόφασης: 578/2023

Άλλοις λόγοις, η συγκεκριμένη απαίτηση δεν δύναται υπό οποιαδήποτε ερμηνευτική εκδοχή να κριθεί ως περιορίζουσα υπέρμετρα τον ελεύθερο και ανόθευτο ανταγωνισμό. Αντιθέτως, αυτή αφ' ενός διασφαλίζει την προηγούμενη εμπειρία του υποψήφιου αναδόχου, αφ' ετέρου επιτρέπει την συμμετοχή σε εταιρείες, που δεν δραστηριοποιούνται επί μακρόν στην οικεία αγορά. Συνεπώς, και ο εν λόγω ισχυρισμός τυγχάνει απορριπτέος, ως αβάσιμος. Με τον επόμενο λόγο προσφυγής υποστηρίζεται, ότι υφίσταται κατάτμηση του φυσικού αντικείμενου του Έργου για τον λόγο, ότι έχουν δημοσιευθεί δέκα πέντε (15) διακηρύξεις που αφορούν στην ίδια παροχή υπηρεσίας. Ομοίως έχει κρίνει το Ελεγκτικό Συνέδριο, σε περιπτώσεις ανεπίτρεπτης κατάτμησης όμοιων ή ομοειδών υπηρεσιών, για τις οποίες θα έπρεπε να έχει διενεργηθεί ενιαίος τακτικός διαγωνισμός (Πράξεις 20/2014 και 22/2014 και Πράξεις 116/2015, 163/2015 του Κλιμακίου Προληπτικού ελέγχου Δαπανών του IV Τμ. ΕλΣυν, Πράξεις 148/2013, 45/2013, Πράξεις 213/2015, 325/2015, 371/2015 του Κλιμακίου Προληπτικού ελέγχου Δαπανών του VII Τμ. ΕλΣυν). Κατά συνέπεια, η κατάτμηση ενός ενιαίου, από τεχνική και οικονομική άποψη, αντικείμενου δημόσιας σύμβασης αναφέρεται σε ξεχωριστή δημοπράτηση με διαφορετικές διαγωνιστικές διαδικασίες ή/και απευθείας ανάθεση, δηλαδή με αυτοτελώς κινούμενη διαδικασία για κάθε επιμέρους συμβατικό αντικείμενο. Από την άλλη πλευρά, η ανεπίτρεπτη αυτή κατάτμηση κρίνεται ως παράνομη, εφ' όσον δεν δικαιολογείται από αντικειμενικά κριτήρια τεχνικής και οικονομικής φύσης κατά τ' ανωτέρω, ακριβώς γιατί σκοπεί στην αποφυγή εφαρμογής ενός αυστηρότερου νομοθετικού πλαισίου για την αναθέτουσα Αρχή, ιδίως δε των διατυπώσεων δημοσιότητας, το οποίο θα τύγχανε εφαρμογής, αν ο διαγωνισμός διεξήγετο για το σύνολο του συμβατικού αντικείμενου χωρίς την μεσολάβηση της παράνομης κατάτμησης. Αντίθετα, η διεξαγωγή ενός διαγωνισμού με ενιαίο αντικείμενο, κατά τμήματα (ή τομείς εν προκειμένω), αποτελεί κατ' αρχήν ανέλεγκτη επιλογή της αναθέτουσας Αρχής, με την επιφύλαξη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας, και εκκινεί με την ίδια διακήρυξη, για την οποία ακολουθούνται οι ίδιες διατυπώσεις δημοσιότητας. Πολλώ δε μάλλον, η ενιαία διεξαγωγή του διαγωνισμού σε επιμέρους τμήματα, η οποία επαφίεται κατά το άρθρο 59 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 46 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) στην διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας

Αριθμός Απόφασης: 578/2023

Αρχής, δεν οδηγεί σε καταστρατήγηση του νομοθετικού πλαισίου που θα εφαρμοσθεί στην διαγωνιστική διαδικασία, αφού ο προϋπολογισμός, βάσει του οποίου θα κριθεί το πλαίσιο των εφαρμοστέων κανόνων, προκύπτει από το άθροισμα του προϋπολογισμού των επιμέρους τμημάτων της σύμβασης. Το κριτήριο αυτό όμως, το οποίο εν τέλει δεν επηρεάζει την υπαγωγή του διαγωνισμού σε ένα συγκεκριμένο πλαίσιο (απ' ευθείας ανάθεση, συνοπτικός, ανοιχτός, διεθνής), αλλ' ενδεχομένως άλλα δεδομένα, όπως π.χ. τον υπολογισμό του ύψους του παραβόλου για την άσκηση προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., σε περίπτωση που ο προσφεύγων δεν συμμετέχει σε όλα τα τμήματα της σύμβασης, επ' ουδενί αλλοιώνει τον τρόπο διεξαγωγής της διαγωνιστικής διαδικασίας. Συνεπώς, εν όψει των όσων εκτέθηκαν ανωτέρω, δεν προέκυψε ότι με την τμηματοποίηση του συμβατικού αντικειμένου του διαγωνισμού υπήρχε πρόθεση της αναθέτουσας Αρχής να αποφύγει την εφαρμογή των κανόνων διεξαγωγής του διαγωνισμού, βάσει του προϋπολογισμού του, ούτε να περιορίσει την ανάπτυξη συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού για την ανάδειξη του τελικού μειοδότη. Εξ άλλου, με επιχείρημα από το μείζον στο έλασσον (*a maiore ad minus*), έχει κριθεί από το ΕΛΣυν (Πράξη 70/2015 του VII Τμ. Κλιμακίου Προληπτικού Ελέγχου Δαπανών), ότι είναι επιτρεπτός ο επιμερισμός όμοιων ή ομοειδών υπηρεσιών, η παροχή των οποίων λαμβάνει χώρα εντός του γεωγραφικού πλαισίου του Δήμου, σε περισσότερες ομοειδείς υπηρεσίες, για τις οποίες έχουν εγγραφεί ξεχωριστές πιστώσεις στον οικείο προϋπολογισμό, εφ' όσον κάθε ομάδα υπηρεσιών αφορά σε διαφορετική δημοτική ενότητα (Πράξεις 38/2014, 195/2014, 244, 198/2012 του VII Τμ. Κλιμακίου Προληπτικού Ελέγχου Δαπανών). Ομοίως έχει κριθεί (Πράξη 198/2012 του VII Τμ. Κλιμακίου Προληπτικού Ελέγχου Δαπανών), ότι, μετά την έναρξη ισχύος της διάταξης του άρθρου 6 παρ. 14 του Ν. 4071/2012, είναι επιτρεπτός ο επιμερισμός της εκτέλεσης όμοιων ή ομοειδών υπηρεσιών, η εκτέλεση των οποίων λαμβάνει χώρα εντός του γεωγραφικού πλαισίου του Δήμου, σε περισσότερες ομοειδείς εργασίες, για τις οποίες έχουν αναγραφεί ιδιαίτερες πιστώσεις στον προϋπολογισμό, εφ' όσον κάθε ομάδα εργασιών αφορά σε συγκεκριμένη δημοτική ενότητα. Επιπλέον, το άρθρο 6 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 5 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ρητά ορίζει, ότι: «Η επιλογή της χρησιμοποιούμενης μεθόδου για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης δεν γίνεται με σκοπό την αποφυγή της

Αριθμός Απόφασης: 578/2023

εφαρμογής οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου. Η σύμβαση δεν κατατέμνεται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται η εφαρμογή οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους.», επιδιώκοντας να αποτρέψει μόνο την παράνομη κατάτμηση της σύμβασης και όχι τον επιμερισμό του συμβατικού αντικειμένου σε τμήματα. Ως εκ τούτου, διαπιστώνεται σαφής διάκριση μεταξύ της έννοιας της κατάτμησης και του επιμερισμού σε τμήματα του αντικειμένου της σύμβασης, με διακριτές έννομες συνέπειες, τόσο ως προς τον τρόπο διεξαγωγής του διαγωνισμού όσο και ως προς την αντιμετώπισή τους από τον νόμο και τη νομολογία. Εν όψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο χωρισμός του συμβατικού αντικειμένου του διαγωνισμού σε επιμέρους τμήματα/τομείς δεν μπορεί να κριθεί ως παράνομος, αποτελεί μέρος της ανέλεγκτης κρίσης της αναθέτουσας Αρχής ως προς την σκοπιμότητα θέσπισής του και επομένως ο οικείος λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος. Τέλος, με τον ύστατο λόγο προσφυγής προβάλλεται, ότι «Με το άρθρο 2.2.5.β. της διακήρυξης προβλέπεται ως κριτήριο επιλογής πιστοληπτική ικανότητα «σωρευτικά για χρηματοδοτήσεις και για την έκδοση πίσσης φύσεως εγγυητικών επιστολών».... ως άνω όρος της διακήρυξης δεν εμποδίζει τη τυπική συμμετοχή της εταιρείας μας, διότι σε κάθε περίπτωση εταιρεία μας πληροί τον σχετικό όρο της διακήρυξης». Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα δηλώνει, ότι πληροί το ως άνω κριτήριο επιλογής του άρθρου 2.2.5.β. Χαρακτηριστικά η προσφεύγουσα αναφέρει, ότι «ο ως άνω όρος της διακήρυξης δεν εμποδίζει την τυπική συμμετοχή της εταιρείας μας, διότι σε κάθε περίπτωση η εταιρεία μας πληροί τον σχετικό όρο της διακήρυξης» (σελ. 32 της Προσφυγής). Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, και αυτός ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας τυγχάνει απορριπτέος ως προβαλλόμενος άνευ εννόμου συμφέροντος.

8. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέο και το παράβολο της προσφεύγουσας πρέπει να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Αριθμός Απόφασης: 578/2023

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

**Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 07/04/2023 και εκδόθηκε στις 20/04/2023
στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.**

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ