

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 7 Απριλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 28.02.2023 με ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 277/2.03.2023 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στη «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. «...» διακήρυξης (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του, ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, κατά τα άρθρα 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 4.050 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» την από 28.02.2023 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη

Αριθμός απόφασης: 601 /2023

δαπάνη της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 810.000,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης.

2. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με την υπ' αριθμ. «...» προσβαλλόμενη Διακήρυξη, προκήρυξε δημόσιο ανοικτό Διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου με αντικείμενο «...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 1.171.800,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. και δικαιώματος προαίρεσης, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 31.01.2023 με Α.Δ.Α.Μ. «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». Ως εκ τούτου, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε ο αναθέτων φορέας, ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 28.02.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 31.01.2023 και εν γένει παραδεκτά.

4. Επειδή, ο παρεμβαίνων κατέθεσε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 13.03.2023, ήτοι εμπροθέσμως δεδομένης της από 1.03.2023 κοινοποίησης της προσφυγής από τον αναθέτοντα φορέα, τη με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 897/2023 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς επιθυμεί να συμμετάσχει στο διαγωνισμό και ως εκ τούτου επιδιώκει τη διατήρηση, ως έχει, της προσβαλλόμενης.

5. Επειδή, ο προσφεύγων στις 20.03.2023, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει με την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021 δοθέντος ότι οι απόψεις του αναθέτοντος φορέα κοινοποιήθηκαν στις 15.03.2023, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των

Αριθμός απόφασης: 601 /2023

απόψεων του αναθέτοντος φορέα και της παρέμβασης, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

6. Επειδή, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον προσβαλλόμενο όρο, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΣτΕ 2631/2020, ΕΑ 93/2021). Ενόψει των ανωτέρω, ο προσφεύγων έχει, καταρχάς, έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, δεδομένου ότι, ως ισχυρίζεται, δραστηριοποιείται στο χώρο του αντικειμένου του υπό εξέταση διαγωνισμού, έχει ολοκληρώσει παρόμοιες με την προκηρυχθείσα συμβάσεις και έχει πρόθεση να συμμετέχει και στον υπό προκήρυξη διαγωνισμό, υποβάλλοντας σχετική προσφορά, στερείται, όμως, τη δυνατότητα αυτή και υφίσταται ζημία, αφού παρεμποδίζεται λόγω του προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από τον αναθέτοντα φορέα και τον παρεμβαίνοντα τυγχάνουν απορριπτέα ως αβάσιμα. Εξάλλου, το ειδικότερο έννομο συμφέρον προβολής των επιμέρους αιτιάσεων κατά των αντίστοιχων όρων της διακήρυξης είναι εξεταστέο περαιτέρω κατά την αντιμετώπιση των οικείων λόγων που προβάλλει ο προσφεύγων.

7. Επειδή, το άρθρο 253 του ν. 4412/2016 "Δημόσιες Συμβάσεις Έργων Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 214/25/ΕΕ) ΦΕΚ Α' 200/24.10.16" ορίζει ότι: « 1. Οι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της προστασίας του ανταγωνισμού, της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης και λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων [...]».

8. Επειδή, το άρθρο 281 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «2. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 293 και της

Αριθμός απόφασης: 601 /2023

περιοδικής ενδεικτικής προκήρυξης του άρθρου 291, περιέχουν ιδίως: [...] ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, καθώς και την τεχνική ή επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, [...] ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται απόρριψη της προσφοράς, [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (υπεύθυνες δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),[...].».

9. Επειδή, το άρθρο 288 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να αποφασίζουν να αναθέτουν μια σύμβαση υπό τη μορφή χωριστών τμημάτων και μπορούν να καθορίζουν το μέγεθος και το αντικείμενο των τμημάτων αυτών.[...]». Ως δε έχει παγίως κριθεί, δεν επιτρέπεται κατάτμηση σύμβασης, κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται η εφαρμογή οποιασδήποτε διάταξης του νόμου 4412/2106, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους απαγορεύεται δε ο επιμερισμός της συνολικής απαιτούμενης ποσότητας όμοιων ή ομοειδών, κατά τη φύση τους και την αντίληψη των συναλλαγών, αγαθών σε περισσότερες μικρότερες ποσότητες και η διενέργεια αντίστοιχων τμηματικών αναθέσεων, αντί μιας ενιαίας, στο μέτρο που η κατάτμηση αυτή έχει ως συνέπεια τη μη τήρηση της επιβαλλόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας (ΕΣ IV Τμ. Πράξεις 20/2018, 105/2012, 50/2011, 205/2010).

10. Επειδή, το άρθρο 305 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «...2. Τα κριτήρια και οι κανόνες που αναφέρονται στην παράγραφο 1 μπορούν να περιλαμβάνουν τα κριτήρια επιλογής που παρατίθενται στα άρθρα 75 έως 77, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό, ιδιαίτερα όσον αφορά στα όρια για τις απαιτήσεις που αφορούν τους ετήσιους κύκλους εργασιών.[...]».

11. Επειδή ,το άρθρο 308 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Προς το σκοπό εφαρμογής του άρθρου 305, αν οι αναθέτοντες φορείς αναφέρονται στα κριτήρια αποκλεισμού ή επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι, εφαρμόζονται τα άρθρα 79, 80, και 81.[...]».

12. Επειδή, το άρθρο 75 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « [...] 3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί

Αριθμός απόφασης: 601 /2023

φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης.[...] Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων. [...] 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». Κατά πάγια δε νομολογία η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας κατά την ανάθεση δημόσιας σύμβασης διαθέτει ευρεία διακριτική ευχέρεια να διαμορφώσει εντός του πλαισίου των ρυθμίσεων των άρθρων του ν.4412/2016 τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων οικονομικών φορέων και τα αντίστοιχα αποδεικτικά μέσα, προκειμένου να διασφαλίσει την επιλογή αναδόχου που διαθέτει αφενός τις κατάλληλες τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες και αφετέρου την απαραίτητη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την προσήκουσα εκτέλεση της υπό ανάθεση υπηρεσίας. Ελέγχονται, όμως, τα θεσπιζόμενα κριτήρια ποιοτικής επιλογής από της απόψεως της τηρήσεως της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ Ε.Α. 122/2021, 189/2015, 415/2014, 354/2014).

13. Επειδή, το άρθρο 80 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « [...]1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παρ. 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α΄, ως απόδειξη [...] και 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 [...] 4. Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του

Αριθμός απόφασης: 601 /2023

οικονομικού φορέα μπορεί, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα δικαιολογητικά που αναφέρονται στο Μέρος I του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄.[...] 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.[...]».

14. Επειδή, το Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « **ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΜΕΣΑ ΓΙΑ ΤΑ ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ Μέρος I:** Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα είναι δυνατόν, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα δικαιολογητικά: α) κατάλληλες τραπεζικές βεβαιώσεις ή, όπου ενδείκνυται, πιστοποιητικό ασφαλιστικής κάλυψης επαγγελματικών κινδύνων[...] **Μέρος II:** Τεχνική ικανότητα Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: [...] ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. [...] β) αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των υπευθύνων για τον έλεγχο της ποιότητας [...] η) δήλωση στην οποία αναφέρονται το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη και ο αριθμός των στελεχών της επιχείρησής του κατά τα τελευταία τρία χρόνια:[...]».

15. Επειδή ,στους κρίσιμους για την εξέταση της υπό κρίση προσφυγής όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «.. 1.3.1 Αντικείμενο της σύμβασης είναι το έργο «...», εκτός καθολικής υπηρεσίας, του οποίου οι όροι διαχείρισης και το αντίστοιχο τίμημα αποτελούν αντικείμενο της παρούσας διαδικασίας με σκοπό την ταχύτητα, την ασφάλεια και την ποιότητα των προς παροχή υπηρεσιών [...] η ομάδα έργου την οποία θα διαθέσει ο ανάδοχος πρέπει να αποτελείται από εκατό (100) άτομα [...] 2.2.6 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια Όσον αφορά την οικονομική και

Αριθμός απόφασης: 601 /2023

χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν: [...] β) πιστοληπτική ικανότητα (σωρευτικά για χρηματοδοτήσεις και για έκδοση πάσης φύσεως εγγυητικών επιστολών), τουλάχιστον ίση με το 100% του προϋπολογισμού της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος ΦΠΑ και των δικαιωμάτων προαίρεσης (ήτοι τουλάχιστον ίση με το 100% του ποσού των 810.000,00€). γ) Ασφαλιστήριο συμβόλαιο Αστικής Ευθύνης με ανώτατο όριο ευθύνης για όλη τη διάρκεια της ασφάλισης μέχρι 300.000€ το οποίο διευκρινίζεται ότι δεν απαιτείται να υφίσταται κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς, αλλά θα πρέπει να προσκομισθεί μόνο από τον προσωρινό ανάδοχο πριν την υπογραφή της σύμβασης [...]

2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

2.2.6.1. Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) Να έχουν εκτελέσει επιτυχώς, εντός των τελευταίων τριών (3) ετών (2020-2021-2022) έργα παροχής υπηρεσιών «...», 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) [...]

2.2.9.2.A. Για την απόδειξη [...]της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής κατά τις παραγράφους 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα δικαιολογητικά του παρόντος[...]

B.4. Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: [...]β) Για την απόδειξη της πιστοληπτικής ικανότητας οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν σχετικές βεβαιώσεις από αναγνωρισμένα εντός της Ε.Ε. Χρηματοπιστωτικά Ιδρύματα, σύμφωνα με το Υπόδειγμα του Παραρτήματος II, στις οποίες θα δηλώνεται η αποδοχή εξέτασης αιτήματός τους για συγκεκριμένο όριο πίστωσης το οποίο θα πρέπει να είναι τουλάχιστον ίσο με το 100% του

Αριθμός απόφασης: 601 /2023

προϋπολογισμού της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος ΦΠΑ και των δικαιωμάτων προαίρεσης.[...] γ) Υπεύθυνη Δήλωση στην οποία θα δηλώνεται ότι πριν την υπογραφή της σύμβασης θα προσκομίσει Ασφαλιστήριο συμβόλαιο Αστικής Ευθύνης με ανώτατο όριο ευθύνης για όλη τη διάρκεια της ασφάλισης μέγιοι 300.000,00€ το οποίο διευκρινίζεται ότι δεν απαιτείται να υφίσταται κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς, αλλά θα πρέπει να προσκομισθεί μόνο από τον προσωρινό ανάδοχο πριν την υπογραφή της σύμβασης. Β.5. 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...ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι-ΣΥΓΓΡΑΦΗ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ [...] Άρθρο 5 - Εκτέλεση Έργου [...] 5.2 Η ομάδα έργου που θα διαθέσει ο ανάδοχος πρέπει να αποτελείται από εκατό (100) άτομα και να διατηρείται πάντοτε αυτός ο αριθμός για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης...».

16. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι παρανόμως τίθεται στον όρο 2.2.6.1.α της διακήρυξης ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας ο αριθμός του προσωπικού με το οποίο εκτελέσθηκε η σύμβαση, διότι, κατά τις διατάξεις του ν. 4412/2016, δεν περιλαμβάνεται στο με περιοριστικό τρόπο προσδιορισθέν περιεχόμενο των συστάσεων των εκτελεσθέντων συμβάσεων, που ορίζονται περιοριστικώς ως μέσα απόδειξης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ενώ η ποσότητα της σύμβασης και η εξ αυτής

Αριθμός απόφασης: 601 /2023

εμπειρία αποδεικνύεται αποκλειστικώς από την αναφορά του «ποσού» της εκτελεσθείσας σύμβασης, από τη δε ενωσιακή και εθνική νομοθεσία τίθεται ως αντικείμενο και μέσο απόδειξης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των οικονομικών φορέων η αναφορά του τεχνικού προσωπικού καθώς και το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό προσωπικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών. Επίσης, κατά τον προσφεύγοντα, ο όρος 2.2.6.2.α. της διακήρυξης αναφορικά με την απαίτηση μέσου εργατοϋπαλληλικού προσωπικού, είναι αντιφατικός σε σχέση με τον όρο 2.2.6.1.α. αναφορικά με την απαιτούμενη εμπειρία. Περαιτέρω, ο προσφεύγων προβάλλει ότι κατά τον όρο 2.2.6.1.α. της διακήρυξης, όπως διαμορφώθηκε με τις διευκρινίσεις του αναθέτοντος φορέα, παρανόμως θεωρείται ως δήθεν μη ικανός να εκτελέσει τη σύμβαση οικονομικός φορέας, ο οποίος έχει εκτελέσει σύμβαση παροχής υποστήριξης «...» λειτουργιών με αντικείμενο μεγαλύτερο των απαιτούμενων από τη διακήρυξη εξακοσίων, ανθρωπομηνών, μεγαλύτερου προϋπολογισμού από αυτό της διακήρυξης, επειδή εκτελέσθηκε από ομάδα έργου, κατά μέσο όρο από εκατό άτομα, διότι ο καθορισμός του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας πραγματοποιείται βάσει του αντικείμενου της σύμβασης, εν προκειμένω δε, το αντικείμενο του διαγωνισμού αφορά την παροχή υπηρεσίας υποστήριξης των παραγωγικών «...» λειτουργιών διάρκειας έξι μηνών η οποία θα εκτελείται από ομάδα έργου εκατό ατόμων. Εξάλλου, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι θέτοντας ως απαίτηση την εκτέλεση μίας μόνο σύμβασης και όχι αθροιστικά περισσότερων συμβάσεων ή/και τμήματα περισσότερων συμβάσεων με ομάδα έργου τουλάχιστον εκατό ατόμων και προϋπολογισμού ίσου κατ' ελάχιστο με το 100% του προϋπολογισμού της διακήρυξης, ο όρος 2.2.6.1.α. της διακήρυξης παρίσταται ως προδήλως δυσανάλογος προς 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. Πέραν των ανωτέρω, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ο προσβαλλόμενος όρος 2.2.6.1.α. της διακήρυξης περιορίζει το δικαίωμα συμμετοχής σε αποκλειστικά έναν μόνο οικονομικό φορέα, εκ των εγκατεστημένων στην ελληνική επικράτεια, όπως αποδεικνύεται από τα

Αριθμός απόφασης: 601 /2023

στοιχεία του συστήματος ΚΗΜΔΗΣ. Δεδομένου δε ότι ο προσβαλλόμενος όρος 2.2.6.1.α. της διακήρυξης είναι, κατά τον προσφεύγοντα, μη νόμιμος και ακυρωτέος, ομοίως ακυρωτέος για τους ίδιους ως άνω λόγους είναι ο όρος 2.2.9.2.B.5.α. της διακήρυξης που αφορά την απόδειξη της πλήρωσης του επίμαχου κριτηρίου.

17. Επειδή, στον όρο 2.2.6.1.α της διακήρυξης τίθεται ως κριτήριο τεχνικής ικανότητας ο συμμετέχων να έχει εκτελέσει επιτυχώς, κατά την τελευταία τριετία, μια τουλάχιστον σύμβαση παροχής υπηρεσιών «...» έργου, συνολικής αξίας κατ' ελάχιστο ίσης με το 100% του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση σύμβασης, η οποία απαιτούσε την απασχόληση ομάδας έργου αποτελούμενης τουλάχιστον από εκατό άτομα. Προς απόδειξη δε της πλήρωσης του εν λόγω κριτηρίου, ο προσωρινός ανάδοχος οφείλει, κατά τον όρο 2.2.9.2.B.5.α. της διακήρυξης, να προσκομίσει υπεύθυνη δήλωση, στην οποία θα επισυνάπτεται κατάλογος των σχετικών υπηρεσιών, ως αυτές περιγράφονται στον όρο 2.2.6.1.α της διακήρυξης, που εκτελέστηκαν κατά την τελευταία τριετία με αναφορά στην αξία της σύμβασης, το αντικείμενό της, τη χρονική διάρκεια εκτέλεσης, τους εργοδότες, καθώς και σχετικά πιστοποιητικά ή βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης. Περαιτέρω, στο άρθρο 5.2 του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης τίθεται ως τεχνική προδιαγραφή η ομάδα έργου που θα διαθέσει ο ανάδοχος να αποτελείται από εκατό άτομα, αριθμός που πρέπει να διατηρείται πάντοτε για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης Σημειωτέον ότι, ως προς τον όρο 2.2.6.1.α της διακήρυξης ο προσφεύγων αιτήθηκε προς τον αναθέτοντα φορέα να διευκρινίσει και να επιβεβαιώσει ότι ως έργο νοείται εκείνο το οποίο εκτελέσθηκε από ομάδα έργου αποτελούμενη κατά μέσο όρο τουλάχιστον από εκατό άτομα, ωστόσο ο αναθέτων φορέας δεν απάντησε θετικά, παρά μόνον ανέφερε ότι ο όρος 2.2.6.1.α είναι σαφής, επαναλαμβάνοντας τη διατύπωση της διακήρυξης, με αποτέλεσμα ο μέσος ευλόγως ενημερωμένος υποψήφιος να αντιλαμβάνεται ότι δεν είναι δυνατή η επίκληση προηγούμενης σύμβασης εκτελεσθείσας από ομάδα έργου κατά μέσο όρο εκατό ατόμων αλλά από σύμβαση που έχει εκτελεστεί δια της ταυτόχρονης απασχόλησης τουλάχιστον εκατό ατόμων.

18. Επειδή, καταρχάς, ως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 12, δεδομένου ότι ο αναθέτων φορέας είναι σε θέση να αξιολογήσει καλύτερα τις δικές του

Αριθμός απόφασης: 601 /2023

ανάγκες, ο ευρωπαϊός και εθνικός νομοθέτης παραχώρησε σε αυτόν ευρεία διακριτική ευχέρεια όσον αφορά τον καθορισμό των κριτηρίων επιλογής, όπως αποδεικνύεται ιδίως από την επαναλαμβανόμενη χρήση του ρήματος «μπορεί» στα άρθρα 75 και 80 του ν. 4412/2016, τα οποία τυγχάνουν εφαρμογής δυνάμει του άρθρου 305 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, ο αναθέτων φορέας διαθέτει ευρεία διακριτική ευχέρεια για τον καθορισμό των όρων συμμετοχής στο διαγωνισμό, τους οποίους θεωρεί ότι σχετίζονται και είναι ανάλογοι με το αντικείμενο της σύμβασης και κατάλληλοι για να διασφαλίσουν ότι ο υποψήφιος διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης, εκτιμά δε ελεύθερα τις προϋποθέσεις συμμετοχής που κρίνει κατάλληλες, κατά την άποψή του, για να εξασφαλίζουν, μεταξύ άλλων, την εκτέλεση της σύμβασης σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Ενόψει των ανωτέρω, το γεγονός ότι ο αριθμός του προσωπικού με το οποίο εκτελέσθηκε η σύμβαση δεν περιλαμβάνεται στα κριτήρια επιλογής και τα μέσα απόδειξης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, κατά τα άρθρα 75 και 80 του ν. 4412/2016, δεν καθιστά εξ' αυτού και μόνον του λόγου παράνομο τον όρο 2.2.6.1.α της διακήρυξης, ως αβασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων, καθώς ουδόλως εμποδίζεται ο αναθέτων φορέας να θεσπίσει τον αριθμό του προσωπικού ως κριτήριο ή/και μέσο απόδειξης προκειμένου να διασφαλίσει την ικανότητα των συμμετεχόντων για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης που απαιτεί μάλιστα διάθεση ομάδας έργου εκατό ατόμων. Επισημαίνεται ότι ο προσφεύγων δεν βάλλει κατά της απαίτησης που αφορά την εκτέλεση της σύμβασης από ομάδα έργου εκατό ατόμων. Ούτε άλλωστε το κριτήριο του όρου 2.2.6.2.α της διακήρυξης περί διαθέσης από τον υποψήφιο μέσου ετήσιου εργατοϋπαλληλικού προσωπικού τουλάχιστον τριάντα ατόμων κατά την τελευταία τριετία, το οποίο σχετίζεται με την ικανότητα του υποψηφίου ως αυτή καθορίζεται με βάση το ανθρώπινο δυναμικό του, έρχεται σε αντίφαση με τον όρο 2.2.6.1.α της διακήρυξης, το οποίο αφορά το ειδικότερο προσδιορισμό της ικανότητας του υποψηφίου δια της προηγούμενης εμπειρίας στην εκτέλεση αντίστοιχων συμβάσεων.

Αριθμός απόφασης: 601 /2023

19. Επειδή, ωστόσο, το κριτήριο τεχνικής ικανότητας πρέπει να τελεί σε σύνδεση κατά το μέγεθος και τη φύση του με το αντικείμενο της σύμβασης και να περιλαμβάνει ποιοτικές και ποσοτικές παραμέτρους απολύτως αναγκαίες για την εκτέλεση της σύμβασης. Εν προκειμένω, το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, ως προσδιορίζεται στο άρθρο 5.2 της διακήρυξης, απαιτεί τη διάθεση ομάδας έργου εκατό ατόμων και μάλιστα να διατηρείται πάντοτε αυτός ο αριθμός. Ο δε αναθέτων φορέας, το πρώτον με τις απόψεις του αναφέρει ότι ο εν λόγω όρος αφορά τη διαθεσιμότητα εκατό ατομών κατά την εκτέλεση της σύμβασης και όχι την ταυτόχρονη απασχόληση των ατόμων αυτών. Εφόσον όμως για την ορθή και προσήκουσα εκτέλεση της σύμβαση δεν απαιτείται η ταυτόχρονη απασχόληση εκατό ατόμων, ως συνομολογεί ο αναθέτων φορέας, τότε το θεσπιζόμενο στον όρο 2.2.6.1.α της διακήρυξης κριτήριο τεχνικής ικανότητας, τελούμενο σε απόλυτη σύνδεση με το αντικείμενο του διαγωνισμού, δεν δύναται να απαιτεί την εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης από ομάδα έργου που αποτελείτο συνεχώς και αδιαλείπτως από εκατό άτομα διότι προδήλως τούτο υπερβαίνει το αναγκαίο και εύλογο μέτρο για τη διαπίστωση της εμπειρίας του υποψηφίου να εκτελέσει την υπό ανάθεση σύμβαση. Ωστόσο, ως έχει ήδη εκτεθεί, ο αναθέτων φορέας αρνήθηκε να επιβεβαιώσει, δια της διευκρίνισης που αιτήθηκε ο προσφεύγων, την ερμηνεία του κριτηρίου τεχνικής ικανότητας ως προς τη διαθεσιμότητα ομάδας έργου κατά μέσο όρο εκατό ατόμων, παρά το γεγονός ότι ο αναθέτων φορέας φέρει αποκλειστικώς το βάρος της ορθής και σαφούς διατύπωσης των όρων του διαγωνισμού. Επομένως, βασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων ότι ο αναθέτων φορέας μετέβαλε δια των απόψεων του το κανονιστικό περιεχόμενο του όρου 2.2.6.1.α της διακήρυξης, εντούτοις η εν λόγω μεταβολή δεν συντελέστηκε με τον προσήκοντα και νόμιμο τρόπο, με αποτέλεσμα ο επίμαχος όρος να καθίσταται πλέον και ασαφής, όπως επιβεβαιώνεται και από το γεγονός ότι ο παρεμβαίνων εξακολουθεί να αποδίδει στον όρο 2.2.6.1.α της διακήρυξης διαφορετικό περιεχόμενο από το αναφερόμενο στις απόψεις του αναθέτοντος φορέα. Οι δε αιτιάσεις του αναθέτοντος φορέα ότι ο προσφεύγων δεν αποδεικνύει την αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό διότι έχει εκτελέσει έργο που επί τέσσερις μήνες απασχόλησε προσωπικό άνω των εκατό ατόμων τυγχάνουν

Αριθμός απόφασης: 601 /2023

απορριπτές ως αβάσιμες και αλυσιτελώς προβαλλόμενες, διότι δεν ερειδονται επί της διατύπωσης του όρου 2.2.6.1.α της διακήρυξης και της σχετικής διευκρίνισης που ο ίδιος ο αναθέτων φορέας παρείχε, αλλά επί της μεταγενεστέρης δια των απόψεών του, διαφορετικής ερμηνείας που απέδωσε στον επίμαχο όρο, η οποία ερμηνεία αφενός δεν δύναται να συνεπάγεται την εκ των υστέρων απώλεια του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος προσβολής του επίμαχου όρου, τουναντίον συνιστά συνομολόγηση της βασιμότητας των ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Περαιτέρω, βασίμως ο προσφεύγων προβάλλει ότι μη νομίμως δεν επιτρέπεται η σώρευση της εμπειρίας από την εκτέλεση περισσότερων συμβάσεων ή τμημάτων συμβάσεων για την πλήρωση του κριτηρίου του όρου 2.2.6.1.α της διακήρυξης, δεδομένου ότι η υπό ανάθεση υπηρεσία αφορά την ίδια παροχή υπηρεσιών για κάθε μήνα. Ο δε αναθέτων φορέας συγχέει τη σωρευτική πλήρωση της ως άνω απαίτησης της διακήρυξης με την πολλαπλή πλήρωσή της δια περισσότερης της μιας συμβάσεων, ενώ αν ήθελε θεωρηθεί ότι, εκ της μνείας στις απόψεις ότι ο προσφεύγων πληροί το επίμαχο κριτήριο διότι έχει απασχολήσει ομάδα άνω των εκατό ατόμων για την εκτέλεση τμήματος έργου (τέσσερις μήνες), καθίσταται πλέον επιτρεπτή η σωρευτική πλήρωση του όρου 2.2.6.1.α της διακήρυξης, ο αναθέτων φορέας συνομολογεί τη βασιμότητα των σχετικών ισχυρισμών της προσφυγής. Πέραν των ανωτέρω, οι αιτιάσεις του προσφεύγοντος περί περιορισμού του ανταγωνισμού σε έναν οικονομικό φορέα ο οποίος πληροί το κριτήριο του όρου 2.2.6.1.α της διακήρυξης τυγχάνουν απορριπτές ως αορίστως και αναποδεικτως προβαλλόμενες, καθώς ο προσφεύγων ούτε κατονομάζει τον οικονομικό φορέα που είναι ο μόνος δυνάμενος να συμμετάσχει (ΣΤΕ 314/2013, ΕΑ ΣΤΕ 474,829, 1354/2009), ούτε προσκομίζει οιοδήποτε αποδεικτικό στοιχείο, δοθέντος ότι ο προσφεύγων φέρει το βάρος της απόδειξης των ισχυρισμών του και προδήλως όχι η ΕΑΔΗΣΥ καθ' υποκατάσταση αυτού ή ο αναθέτων φορέας, ενώ απαραδέκτως το πρώτον με το υπόμνημα ο προσφεύγων αναφέρεται σε δικαστικές αποφάσεις δίχως εκ νέου να αποδεικνύει τη βασιμότητα του ισχυρισμού του περί «φωτογραφικού» όρου, η δε όποια επικαλούμενη από τον προσφεύγοντα δικαστική απόφαση δεν είναι πασίδηλον ώστε να εκφεύγει ο προσφεύγων της υποχρέωσης προσκόμισης

Αριθμός απόφασης: 601 /2023

αποδεικτικών στοιχείων προς θεμελίωση των αιτιάσεων της προσφυγής του. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, ο όρος 2.2.6.1.α της διακήρυξης πρέπει να ακυρωθεί και αντιστοίχως ο όρος 2.2.9.2.B.5.α της διακήρυξης σχετικά με τα αποδεικτικά μέσα πλήρωσης του κριτηρίου κατά το σκέλος που αφορά την προσκόμιση καταλόγου συμβάσεων, ως αυτές περιγράφονται στον όρο 2.2.6.1.α της διακήρυξης, καθώς και σχετικών πιστοποιητικών/βεβαιώσεων και οι σχετικοί λόγοι της προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι.

20. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ο αναθέτων φορέας έχει δημοσιεύσει πλείονες διακηρύξεις που αφορούν την παροχή της ίδιας ακριβώς υπηρεσίας, με αποτέλεσμα να υφίσταται κατάτμηση του σχετικού φυσικού αντικείμενου της απαιτούμενης παροχής υπηρεσίας, που έχει ως αποτέλεσμα να καθίσταται εξαιρετικά δυσχερής για τον προσφεύγοντα η άσκηση των σχετικών δικαιωμάτων προδικαστικής προσφυγής και των ενδεχόμενων ένδικων βοηθημάτων, στερείται δε της προστασίας του ελέγχου νομιμότητας που πραγματοποιεί το Ελεγκτικό Συνέδριο, η οποία διασφαλίζει τη συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία που θα πραγματοποιηθεί με νόμιμους όρους.

21. Επειδή, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 6, το θεσπιζόμενο σύστημα παροχής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους του αναθέτοντα φορέα παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Επομένως, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ κατά διακήρυξης ή/και των διευκρινίσεων αυτής, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή μετ' εννόμου συμφέροντος, να επικαλεσθεί, με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη από συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη λυσιτελή συμμετοχή του στον διαγωνισμό. Ενόψει των ανωτέρω, ο λόγος της προσφυγής που αφορά την κατάτμηση του

Αριθμός απόφασης: 601 /2023

φυσικού αντικειμένου προβάλλεται, καταρχάς, άνευ εννόμου συμφέροντος και άρα, απαραδέκτως από τον προσφεύγοντα, δοθέντος ότι δεν επικαλείται ότι εμποδίζεται να συμμετάσχει στην εν θέματι διαγωνιστική διαδικασία ούτε ότι καθίσταται δυσχερής η συμμετοχή του για τον λόγο αυτό εξειδικεύοντας τη βλάβη του. Ούτε βέβαια αποτελεί βλάβη δεκτική να θεμελιώσει έννομο συμφέρον άσκησης προδικαστικής προσφυγής η υποχρέωση του προσφεύγοντος να καταθέσει ενδεχομένως πλείονα παράβολα ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ και των δικαστηρίων, λαμβανομένης υπόψιν και της πάγιας νομολογίας περί του ευλόγου χαρακτήρα των συγκεκριμένων παραβόλων. Επίσης, απαραδέκτως ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι λόγω της κατάτμησης στερείται της διενέργειας προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, καθώς τούτο αφορά σε μελλοντική και υποθετική βλάβη που τελεί υπό την αίρεση ότι η εν λόγω σύμβαση θα κριθεί ως άκυρη εφόσον θεωρηθεί ως παράνομη κατάτμηση η εν θέματι διαγωνιστική διαδικασία, ζήτημα που όμως ουδόλως συνδέεται με τη δυνατότητα της λυσιτελούς συμμετοχής του στον εν θέματι διαγωνισμό. Σε κάθε περίπτωση, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 9, εν προκειμένω δεν προκύπτει κατάτμηση υπό την έννοια της αποφυγής εφαρμογής των διατάξεων του ν. 4412/2016, ο δε αναθέτων φορέας αιτιολογεί την έκδοση πλειόνων διακηρύξεων με το ίδιο αντικείμενο στην αναγκαιότητα της κάλυψης διαφορετικών γεωγραφικών περιοχών, επί του οποίου ουδέν αντιλέγει ο προσφεύγων. Συνεπώς, βάσει των ανωτέρω, ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

22. Επειδή, εξάλλου, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ο όρος 2.2.5.β. της διακήρυξης περί πιστοληπτικής ικανότητας σωρευτικά για χρηματοδοτήσεις και για την έκδοση πάσης φύσεως εγγυητικών επιστολών είναι παράνομος διότι με πλείονες αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ που δεσμεύουν τον αναθέτοντα φορέα κρίθηκε ότι η πιστοληπτική ικανότητα υπολογίζεται μόνο βάσει των χρηματοδοτήσεων και αντιστοίχως είναι παράνομος και ο όρος 2.2.9.Β.4.β της διακήρυξης που αφορά τα αποδεικτικά μέσα πλήρωσης του ως άνω κριτηρίου.

23. Επειδή, καταρχάς, ο ως άνω λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος διότι ο προσφεύγων συνομολογεί ότι πληροί τον όρο 2.2.5.β της διακήρυξης και άρα

Αριθμός απόφασης: 601 /2023

δεν υφίσταται βλάβη από τη συμπερίληψή του. Σε κάθε περίπτωση, έχει παγίως κριθεί (βλ. ΣτΕ 1789/2022 ΕΣ 1283/2009 σκ. ΙΙΙ) ότι στην έννοια της πιστοληπτικής ικανότητας, που αφορά, εν προκειμένω, ο όρος 2.2.5.β της διακήρυξης, και η οποία είναι έννοια ευρύτερη της δανειοληπτικής ικανότητας, περιλαμβάνεται και η δυνατότητα χορήγησης από την Τράπεζα εγγυήσεων υπέρ μιας επιχείρησης χωρίς να εκταμιεύσει κάποιο ποσό από το ταμείο της. Ενόψει τούτου, αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ αλλά και βάσει της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών. Συνεπώς, ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί και ως αβάσιμος.

24. Επειδή, τέλος, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι κατά την οδηγία 2014/24 και το νόμο 4412/2016 η ασφαλιστική κάλυψη αποτελεί κριτήριο επιλογής, σύμφωνα δε με πάγια νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης και του Συμβουλίου της Επικρατείας, τα κριτήρια επιλογής πρέπει να πληρούνται από τους οικονομικούς φορείς κατά το χρόνο συμμετοχής και υποβολής της προσφοράς στις διαγωνιστικές διαδικασίες και άρα, παρανόμως με το άρθρο 2.2.5.γ της διακήρυξης δεν απαιτείται η ύπαρξη σύμβασης ασφάλισης κατά το χρόνο συμμετοχής αλλά μόνον κατά το χρόνο υπογραφής της σύμβασης. Ωστόσο, ο άνω λόγος της προσφυγής προβάλλεται απαραδέκτως, ως άνευ εννόμου συμφέροντος καθώς ο προσφεύγων δηλώνει ότι πληροί το κριτήριο του όρου 2.2.5.γ της διακήρυξης. Πέραν τούτου, ο αναθέτων φορέας, ενόψει της ευρείας διακριτικής ευχέρειας που διαθέτει κατά τη θέσπιση των κριτηρίων επιλογής, έκρινε ότι οι ανάγκες του εξυπηρετώνται στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία δια της πρόβλεψης της ανάληψης δέσμευσης διάθεσης ασφαλιστηρίου συμβολαίου πριν την υπογραφή της σύμβασης, απαραδέκτως δε ο προσφεύγων θίγει την σκοπιμότητα της εν λόγω απαίτησης, ενώ προδήλως αβασίμως αλλά και αλυσιτελώς ο παρεμβαίνων υποστηρίζει ότι βάσει του άρθρου 104 του ν. 4412/2016 αρκεί πλέον η υποβολή ΕΕΕΣ και όχι έτερων αποδεικτικών μέσων για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής.

25. Επειδή, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις

Αριθμός απόφασης: 601 /2023

προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών ή συμμετοχής στο διαγωνισμό, πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C- 448/2001, ENVAG Wienstrom GmbH κ.λ.π, σκέψεις 92-95) ώστε να δοθεί η δυνατότητα σε οικονομικούς φορείς που δεν είχαν επιδείξει ενδιαφέρον εξαιτίας της αρχικής της μορφής, να υποβάλουν προσφορές κατόπιν της τροποποίησής της. Συνεπώς, εν προκειμένω, δοθέντος ότι, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 19, έχουν κριθεί ακυρωτέοι οι όροι 2.2.6.1.α και 2.2.9.2.Β.5.α της διακήρυξης, θα πρέπει να ακυρωθεί εν συνόλω η προσβαλλόμενη διακήρυξη.

26. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, να απορριφθεί η παρέμβαση, να ακυρωθεί εν συνόλω η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. «...» διακήρυξη και να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. «...» διακήρυξη του αναθέτοντος φορέα κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 4.050 ευρώ

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 7 Απριλίου 2023 και εκδόθηκε στις 24 Απριλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ