

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 7 Απριλίου 2023 στην έδρα της με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 28/2/2023 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 287/2.3.2023 του ... φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στην ... οδός ... αριθ. ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της ... εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), που εδρεύει στην ... επί της οδού ... αριθ. ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Με την προδικαστική προσφυγή επιδιώκεται να ακυρωθούν οι όροι 2.2.6.1.α. και 2.2.9.2 Β5.α, 2.2.5.β, 2.2.5.γ και 2.2.9.Β.4.β-γ της διακήρυξης και οι επ' αυτών διευκρινίσεις, καθώς και στο σύνολό της η με αριθμό ... διακήρυξη ανοικτού διαγωνισμού (ΚΗΜΔΗΣ ... ΕΣΗΔΗΣ ...) του αναθέτοντος φορέα για την ... , διάρκειας έξι (6) μηνών, με εκτιμώμενη αξία της σύμβασης 810.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή).

Με την παρέμβαση επιδιώκεται η απόρριψη της προσφυγής και η διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης διακήρυξης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 620 /2023

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, ποσού 4.050,00€, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 και με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ποσού 810.000,00€, χωρίς Φ.Π.Α. και χωρίς το δικαίωμα προαίρεσης (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... καθώς και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»).

2. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης και της δραστηριότητας του αναθέτοντος φορέα υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου II αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέταση της.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα την 28-02-2023, ήτοι εντός δέκα ημερών μετά την πάροδο δεκαπενθημέρου από την ανάρτηση της διακήρυξης στο ΕΣΗΔΗΣ (31-01-2023). Σημειώνεται ότι η καταληκτική προθεσμία άσκησης της προσφυγής (25-02-2023) συνέπιπτε με ημέρα Σάββατο, ήτοι κατά νόμον εξαιρετέα ημέρα και επομένως, παραδεκτώς ασκήθηκε η προσφυγή κατά την αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα, μετά και την αργία της Καθαράς Δευτέρας (27-02-2023). Περαιτέρω, η προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος I του π.δ. 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του π.δ. 39/2017.

4. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ο προσφεύγων βάλλει κατά συγκεκριμένου όρου της Διακήρυξης με έννομο συμφέρον, αυτός θα πρέπει να επικαλεστεί άμεση βλάβη, προκαλούμενη από τον πληττόμενο όρο, ο οποίος παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, στη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή στα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να

Αριθμός Απόφασης: 620 /2023

αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την (λυσίτελή) συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 352/2018, 86/2018 κ.ά.). Συνεπώς, ως επίκληση βλάβης, υπό την έννοια αυτή, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παράβασης διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση και ανάδειξη των συγκεκριμένων και επαρκώς εξειδικευμένων στοιχείων, τα οποία αφορούν την νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος και εξαιτίας των οποίων είτε αποκλείεται, είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) σε βάρος του το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (πρβλ. ΕΑΣΤΕ 146-148/2016 ΟΛ., 1140, 1137, 977/2010, 1149, 1102-3, 1046-7/2009, 14/2006 κ.α.). Η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης, προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά διακήρυξης, απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητά της όσο και κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων αυτής (βλ. Ε.Α. 352/2018, 86/2018).

5. Επειδή στην προκείμενη περίπτωση, ο προσφεύγων, σε αντίθεση με τους περί του αντιθέτου ισχυρισμούς του αναθέτοντα φορέα και του παρεμβαίνοντος, ασκεί την προδικαστική προσφυγή κατ' αρχήν με έννομο συμφέρον καθώς, όπως ισχυρίζεται, δραστηριοποιείται επί σειρά ετών, μεταξύ άλλων, στον τομέα της παροχής υπηρεσιών, τεχνικής, λειτουργικής και διοικητικής υποστήριξης και στο ειδικότερο αντικείμενο παροχής υποστηρικτικών υπηρεσιών σε εταιρείες παροχής ... (...), έχοντας εκτελέσει αντίστοιχες συμβάσεις όμοιου φυσικού αντικείμενου, συνολικής αξίας υπερπολλαπλάσιας της εξεταζόμενης διακήρυξης και ότι η συμμετοχή του στον εν λόγω διαγωνισμό καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής και εν τοις πράγμασι αδύνατη, λόγω των προσβαλλόμενων με την προδικαστική προσφυγή παράνομων όρων της διακήρυξης. Υποστηρίζει δε ότι οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης δεν εξυπηρετούν οποιοδήποτε σκοπό σχετικό με το ζητούμενο προς εκτέλεση αντικείμενο του διαγωνισμού, αντιθέτως περιορίζουν αναιτιολόγητα την ανάπτυξη του ανταγωνισμού στο

Αριθμός Απόφασης: 620 /2023

πλαίσιο της αρχής «...». Όσον αφορά το ειδικότερο έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος να προβάλλει έκαστο λόγο της προσφυγής, αυτό εξετάζεται κατωτέρω κατά την εξέταση των επιμέρους λόγων αυτής.

6. Επειδή, ο αναθέτων φορέας στις 1-03-2023 κοινοποίησε την προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο να ασκήσει παρέμβαση.

7. Επειδή, με την υπ' αριθ. 390/2023 Πράξη της Προέδρου του Δου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε ο αναθέτων φορέας να υποβάλει τις απόψεις του επί της ανωτέρω προσφυγής.

8. Επειδή, στις 13-03-2023 ο παρεμβαίνων άσκησε νόμιμα και εμπρόθεσμα παρέμβαση, ήτοι εντός δεκαημέρου από την κοινοποίηση σε αυτόν της ασκηθείσας προσφυγής, έχοντας προς τούτο έννομο συμφέρον καθώς, όπως επικαλείται, διαθέτει τα απαιτούμενα προσόντα για την συμμετοχή στον υπό κρίση διαγωνισμό και, επομένως, τα έννομα συμφέροντά του προδήλως θίγονται σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής. Σημειώνεται ότι η καταληκτική προθεσμία άσκησης της παρέμβασης (11-03-2023) συνέπιπτε με ημέρα Σάββατο, ήτοι κατά νόμον εξαιρετέα ημέρα και επομένως, παραδεκτώς ασκήθηκε κατά την αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα (Δευτέρα, 13-03-2023).

9. Επειδή, ο αναθέτων φορέας στις 15-03-2023, απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις απόψεις του επί της προσφυγής, τις οποίες αυθημερόν κοινοποίησε στους συμμετέχοντες.

10. Επειδή, ο προσφεύγων εμπρόθεσμα στις 20-03-2023, ήτοι εντός πενθημέρου από την κοινοποίηση σε αυτόν των απόψεων του αναθέτοντος φορέα υπέβαλε ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ υπόμνημα προς αντίκρουση αυτών.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του Δου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ.

12. Επειδή, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα: 1. Με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση των όρων των άρθρων 2.2.6.1.α και 2.2.9.Β5.α της διακήρυξης. Και τούτο διότι: α) Οι ως άνω όροι παραβιάζουν τις διατάξεις του άρθρου 75 παρ.

Αριθμός Απόφασης: 620 /2023

4 ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με τις διατάξεις του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', οι οποίες ορίζουν κατά τρόπο περιοριστικό τα κριτήρια επιλογής και τα μέσα απόδειξης. Ειδικότερα, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, η εμπειρία των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με κατάλληλες συστάσεις, όπως αποκλειστικά προσδιορίζονται στο Παράρτημα XII, Μέρος II, ήτοι με αναφορά αποκλειστικά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη (Παράρτημα XII, Μέρος II, στοιχείο α.ii). Όστε, βάσει των προαναφερθεισών διατάξεων του ν. 4412/2016 και των αντίστοιχων της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η εμπειρία οικονομικού φορέα, ως προς την ποσότητα της παρασχεθείσας υπηρεσίας, υπολογίζεται αποκλειστικά με βάση το ποσό της εκτελεσθείσας σύμβασης και δεν προβλέπεται η αναφορά οποιασδήποτε άλλης πληροφορίας. Περαιτέρω, οι προσβαλλόμενοι όροι είναι προδήλως δυσανάλογοι προς το φυσικό αντικείμενο της σύμβασης, μη αναγκαίοι για την εκτέλεση της προκηρυχθείσας σύμβασης και εμποδίζουν υπέρμετρα την ανάπτυξη ανταγωνισμού, κωλύοντας τη συμμετοχή περισσότερων οικονομικών φορέων στον διαγωνισμό, χωρίς νόμιμη αιτιολογία. Σε κάθε περίπτωση, οι προσβαλλόμενοι ως άνω όροι είναι φωτογραφικοί υπέρ ενός και μόνο οικονομικού φορέα, που είναι εγκατεστημένος στην ελληνική επικράτεια β) Έτι περαιτέρω, ο προσφεύγων προβάλλει ότι δυσανάλογη είναι και η απαίτηση του όρου 2.2.6.1 α της Διακήρυξης να προέρχεται η εμπειρία των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων από μία (1) μόνο σύμβαση, διότι αποκλείεται αδικαιολόγητα η επίκληση εμπειρίας από την εκτέλεση περισσότερων συμβάσεων. 2. Με τον δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγής ο προσφεύγων προβάλλει ότι μη νόμιμα ο αναθέτων φορέας κατάτμησε το φυσικό αντικείμενο μίας ενιαίας σύμβασης δημοσιεύοντας δέκα πέντε (15) συνολικά διακηρύξεις με αριθμούς ... , έκαστη με προϋπολογισμό 810.000,00 ευρώ, χωρίς προαίρεση και ΦΠΑ, και συνολικό προϋπολογισμό 1.171.800,00 ευρώ, με προαίρεση και ΦΠΑ, οι οποίες αφορούν στην παροχή της ίδιας ακριβώς υπηρεσίας. Ισχυρίζεται δε ότι υφίσταται βλάβη από την κατάτμηση του φυσικού αντικειμένου της υπηρεσίας, διότι καθίσταται δυσχερής η έννομη προστασία του, για την οποία απαιτούνται πολλαπλάσιες δαπάνες σε σχέση με αυτές που θα απαιτούνταν εάν δημοπρατούταν μία

Αριθμός Απόφασης: 620 /2023

ενιαία σύμβαση. Επιπρόσθετα, ισχυρίζεται ότι στερείται της προστασίας του ελέγχου νομιμότητας της σύμβασης από το Ελεγκτικό Συνέδριο. **3.** Με τον τρίτο λόγο της προσφυγής ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι με το άρθρο 2.2.5.β. της διακήρυξης προβλέπεται ως κριτήριο επιλογής η πιστοληπτική ικανότητα «σωρευτικά για χρηματοδοτήσεις και για την έκδοση πάσης φύσεως εγγυητικών επιστολών», ενώ η ΕΑΔΗΣΥ με 32 αποφάσεις που αφορούν τον ίδιο αναθέτοντα φορέα, έχει κρίνει ότι η πιστοληπτική ικανότητα υπολογίζεται μόνο βάσει των χρηματοδοτήσεων. Επιπλέον, υποστηρίζει ότι ο ανωτέρω όρος δεν εμποδίζει την τυπική συμμετοχή του, διότι σε κάθε περίπτωση πληροί τον σχετικό όρο της διακήρυξης. Ακόμη, αναφέρει ότι 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 2014/24 και τον 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. Ακόμη, αναφέρει ότι ο ανωτέρω όρος δεν εμποδίζει την τυπική συμμετοχή του, διότι σε κάθε περίπτωση ο ίδιος πληροί τον σχετικό όρο της διακήρυξης, ωστόσο, εμποδίζει την αποτελεσματική συμμετοχή και τη διεκδίκηση ανάθεσης της εν λόγω σύμβασης. Επιπλέον, στην προσφυγή του αναφέρει ότι προσβάλλει και αιτείται την ακύρωση και των σχετικών αυτών όρων 2.2.9.Β.4.β.-γ.

13. Επειδή, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς του παρεμβαίνοντα: 1. Ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι η διακήρυξη δεν θέτει τον αριθμό των εκατό ατόμων ως επιπλέον προϋπόθεση απόδειξης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων αναδόχων, αλλά ότι ο εν λόγω αριθμός των εκατό ατόμων ως ομάδας έργου αποτελεί το ίδιο το αντικείμενο της σύμβασης και, ως εκ τούτου, η διακήρυξη νομίμως απαιτεί οι υποψήφιοι να έχουν εκτελέσει επιτυχώς κατά την τελευταία τριετία μία τουλάχιστον όμοια σύμβαση. Επιπλέον, ισχυρίζεται ότι ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος περί νόθευσης του ανταγωνισμού και περιορισμού του δικαιώματος συμμετοχής σε

Αριθμός Απόφασης: 620 /2023

αποκλειστικά έναν (1) μόνο, εκ των εγκατεστημένων στην ελληνική επικράτεια, οικονομικό φορέα, προβάλλεται αορίστως. 2. Ο δεύτερος λόγος της προσφυγής προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος. 3. Ο τρίτος λόγος της προσφυγής προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος.

14. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με τις απόψεις του ισχυρίζεται τα ακόλουθα: 1. Ο αναθέτων φορέας, έχοντας προσδιορίσει επαρκώς τις ανάγκες του, κατά την απόλυτη κρίση του, περιέγραψε αναλυτικά το αντικείμενο του επίδικου διαγωνισμού και έθεσε τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, προκειμένου να διασφαλίσει την ορθή και άρτια εκτέλεση του αντικείμενου του εν λόγω έργου. Περαιτέρω, ο όρος του άρθρου 2.2.9.2 Β5.α της διακήρυξης αποτελεί τον πλέον συνηθισμένο στις δημόσιες συμβάσεις όρο για απόδειξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Ακόμη, σύμφωνα με το άρ. 5.2 της Συγγραφής Υποχρεώσεων, ο αναθέτων φορέας 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». Όστε, ο εν λόγω όρος αναφέρεται στην διαθεσιμότητα του εν λόγω αριθμού ατόμων καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης και όχι στην ταυτόχρονη απασχόληση των ατόμων αυτών. Άλλωστε, σύμφωνα με τις απόψεις του αναθέτοντος φορέα, ο προσφεύγων δεν επικαλείται ούτε αποδεικνύει αδυναμία συμμετοχής, αφού αναφέρει ότι σε εκτελεσθέν έργο απασχόλησε επί τέσσερις (4) μήνες αριθμό προσωπικού άνω των 100 ατόμων. Εν συνεχεία, αναφέρει πως, σύμφωνα με το ανωτέρω άρθρο, οι υποψήφιοι απαιτείται να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον ένα (1) συναφές έργο, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα, άρα, μπορούν να επικαλεστούν παραπάνω του ενός έργα. 2. Ο δεύτερος λόγος της προσφυγής προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος. 3. Ο τρίτος λόγος της προσφυγής προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος.

15. Επειδή, σύμφωνα με το υπόμνημά του ο προσφεύγων ισχυρίζεται τα ακόλουθα: Με την προσφυγή του εξέθεσε με σαφήνεια τους λόγους για τους οποίους οι όροι του άρ. 2.2.6.1.α. της διακήρυξης είναι παράνομοι. Περαιτέρω, ο αναθέτων φορέας εσφαλμένως συγχέει τις απαιτήσεις του κριτηρίου επιλογής του άρ. 2.2.6.1.α. της διακήρυξης και τις απαιτήσεις της

Αριθμός Απόφασης: 620 /2023

συγγραφής υποχρεώσεων εκτέλεσης της σύμβασης του άρ. 5.2. της διακήρυξης. Επιπλέον, σχετικά με τα όσα εκτίθενται υπό στοιχείο «...» των απόψεων, όπου, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, αναφέρεται το πρώτον με τις απόψεις ότι απαίτηση της «...» είναι η διαθεσιμότητα εκατό (100) ατόμων καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης και όχι η ταυτόχρονη απασχόληση των ατόμων αυτών, είναι αντίθετα με την απάντηση που δόθηκε στη σχετική αίτηση διευκρίνισης του προσφεύγοντος. Επιπλέον, ο προσφεύγων αναφέρει πως δεν στερείται του αριθμού των εκατό (100) υπαλλήλων ως διαθέσιμη ομάδα έργου για την εκτέλεση του αντικειμένου της διακήρυξης. Επιπλέον, υποστηρίζει ότι, δεδομένου πως οι απόψεις του αναθέτοντος φορέα δεν έχουν κανονιστικό χαρακτήρα και δεν διαμορφώνουν τους όρους της διακήρυξης, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι υφίσταται μεταβολή της θέσης του, συγκριτικά με την απάντηση επί της σχετικής αίτησης διευκρίνισης, ότι αποδέχθηκε την ορθότητα του σχετικού λόγου της προδικαστικής προσφυγής και να κριθεί ότι υφίσταται κατ' ουσίαν εκτέλεση οφειλόμενης ενέργειας κατ' άρθρο 363 παρ. 5.β. ν. 4412/2016, και απόδοση στο άρθρο 2.2.6.1.α. της έννοιας ότι έργο η εκτέλεση του οποίου απαιτεί ομάδα έργου τουλάχιστον εκατό (100) ατόμων είναι το έργο το οποίο εκτελέσθηκε με ομάδα έργου κατά μέσο όρο τουλάχιστον εκατό (100) ατόμων. Επιπλέον, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι ο αναθέτων φορέας συγχέει τη σωρευτική πλήρωση της απαίτησης της διακήρυξης με περισσότερες συμβάσεις, με την πολλαπλή πλήρωση των απαιτήσεων της διακήρυξης με περισσότερες συμβάσεις και πως, βάσει των όσων αναφέρονται το πρώτον στις απόψεις του, υφίσταται μεταβολή της θέσης του, συγκριτικά με τα όσα αναφέρονται στη διακήρυξη. Ακόμη, ως προς τον ισχυρισμό περί πλήρωσης του κριτηρίου από έναν (1) μόνο οικονομικό φορέα, αναφέρει πως τούτο αποδεικνύεται από τα στοιχεία του συστήματος ΚΗΜΔΗΣ, τα οποία είναι ελευθέρως και ευχερώς προσβάσιμα και γνωστά σε όλους.

16. Επειδή, σύμφωνα με τη διακήρυξη:

[...]1.3.1 της Διακήρυξης, «... για χρονικό διάστημα έξι (6) μηνών, των παραγωγικών ... που αφορούν στη διαχείριση ... εκτός καθολικής υπηρεσίας, του οποίου οι όροι διαχείρισης και το αντίστοιχο τίμημα αποτελούν αντικείμενο

Αριθμός Απόφασης: 620 /2023

της παρούσας διαδικασίας με σκοπό την ταχύτητα, την ασφάλεια και την ποιότητα των προς παροχή υπηρεσιών. Το ανωτέρω έργο περιλαμβάνει όλη τη ... του αναθέτοντος φορέα, υπαρχόντων και νέων, εισπράξεις/πληρωμές χρηματοοικονομικών και τραπεζικών προϊόντων, διαχείριση επιστρεφόμενων αντικειμένων, χρέωση/αποχρέωση αντικειμένων με σύγχρονες μεθόδους. ... Η ομάδα έργου την οποία θα διαθέσει ο ανάδοχος πρέπει να αποτελείται από εκατό (100) άτομα και υποχρεούται να εκτελεί το ανατιθέμενο έργο καθ' όλη τη διάρκεια της εβδομάδας από 06:00 έως 22:00 (40 ώρες εβδομαδιαίας εργασίας) λαμβάνοντας υπόψη τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας. Ο αναθέτων φορέας μπορεί να ζητεί την απασχόληση των μελών της ομάδας έργου Κυριακές και αργίες, με έγγραφη ειδοποίηση του αναδόχου τουλάχιστον πέντε (5) ημέρες πριν, ο οποίος ανάδοχος υποχρεούται να την παρέχει τηρώντας τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας μόνο εφόσον λάβει την απαραίτητη άδεια ή έγκριση από την αρμόδια Αρχή (Επιθεώρηση Εργασίας)».

[...]«2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. 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 (2020-2021-2022) έργα ... , 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. Ως ημερομηνία ολοκλήρωσης του έργου νοείται η ημερομηνία της βεβαίωσης/πρωτοκόλλου παραλαβής του έργου, που εκδίδει ο αναθέτων φορέας/αποδέκτης, άλλως η ημερομηνία που προκύπτει από άλλα τεκμηριωτικά έγγραφα (σύμβαση, τιμολόγιο)».

[...]2.2.9.2[...]B.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

Αριθμός Απόφασης: 620 /2023

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[...].

17. Επειδή, όπως παγίως γίνεται δεκτό οι αναθέτουσες αρχές είναι καταρχάς ελεύθερες να διαμορφώνουν, κατά την κρίση τους, τους όρους της διακήρυξης και να καθορίζουν τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής (καταλληλότητας), βάσει των οποίων πιστοποιείται η οικονομική φερεγγυότητα και η τεχνική και επαγγελματική επάρκεια των διαγωνιζομένων, ώστε να τους επιτραπεί η συμμετοχή τους στο διαγωνισμό, λαμβάνοντας υπ' όψη τους τις εκάστοτε ανάγκες τους, καθώς και τη φύση και τις ιδιαιτερότητες της σύμβασης για την επιλογή της βέλτιστης προσφοράς. Για τον λόγο αυτό, η θέσπιση με τη διακήρυξη κριτηρίων επιλογής που οι αναθέτουσες αρχές κρίνουν πρόσφορα ή αναγκαία για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών τους, δεν δύναται να θεωρηθεί ότι παραβιάζει άνευ ετέρου τις θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου, που έχουν ενσωματωθεί στην εθνική έννομη τάξη και ιδιαιτέρως τους κανόνες του ανταγωνισμού, εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται ενδεχομένως αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν τυχόν προμηθευτών που δεν πληρούν τα κριτήρια αυτά, αφού από τη φύση τους οι εκάστοτε τιθέμενοι όροι περιορίζουν τον κύκλο των δυνάμενων να ανταποκριθούν και να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων. Σε κάθε όμως περίπτωση, τα θεσπιζόμενα ως άνω κριτήρια καταλληλότητας ή ανάθεσης πρέπει να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης, να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο αυτής, αλλά και πρόσφορα για την διακρίβωση της καταλληλότητας των υποψηφίων. Περαιτέρω, τυχόν

Αριθμός Απόφασης: 620 /2023

περιορισμοί στην πρόσβαση στο διαγωνισμό πρέπει να δικαιολογούνται από επιτακτικό λόγο δημοσίου συμφέροντος και να αποδεικνύεται ότι ο σκοπός για τον οποίο θεσπίστηκαν δεν θα μπορούσε να επιτευχθεί εξίσου αποτελεσματικά με λιγότερο περιοριστικό για την ανάπτυξη του ανταγωνισμού τρόπο. Σε διαφορετική περίπτωση, οι όροι που τίθενται τελούν σε δυσαναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό και συνεπάγονται περιορισμό στην άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών του Δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (βλ. ΕΛΣυν Ολ. 505/2021, 2141, 2494/2020, Τμ. Μείζ. – Επταμ. Σύνθ. 1265/2019, 6022/2015, 3065/2014, 3372/2011, Έβδομο Τμ.1241/2021).

18. Επειδή, επί του πρώτου λόγου της προσφυγής, σημειώνονται τα ακόλουθα: Καταρχήν, ο προσφεύγων με έννομο συμφέρον στρέφεται κατά των όρων 2.2.6.1 α και 2.2.9.2 Β5.α της διακήρυξης καθώς, όπως ισχυρίζεται και εξειδικεύει με την προσφυγή του, αδυνατεί να υποβάλει παραδεκτή προσφορά, και τούτο διότι οι ως άνω προσβαλλόμενοι όροι απαιτούν την επίκληση και απόδειξη εμπειρίας, η οποία να έχει αποκτηθεί από μία τουλάχιστον παρόμοια σύμβαση παροχής υπηρεσιών κατά την τελευταία τριετία και στην οποία να απασχολήθηκαν τουλάχιστον εκατό (100) άτομα συνεχώς και αδιαλείπτως, ενώ ο ίδιος διαθέτει εμπειρία σε μία τουλάχιστον σύμβαση που εκτελέστηκε στο παρελθόν με κατά μέσο όρο 100 απασχολούμενα άτομα για όλο το χρονικό διάστημα της σύμβασης. Περαιτέρω, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος οι ως άνω όροι είναι παράνομοι και δυσανάλογοι με το αντικείμενο της σύμβασης, σύμφωνα με όσα αναλυτικά εκθέτει με την προσφυγή του και καθιστούν αδύνατη τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό. Επομένως, απορριπτέος τυγχάνει ο ισχυρισμός του αναθέτοντος φορέα, ότι άνευ εννόμου συμφέροντος προβάλλει ο προσφεύγων τον υπό κρίση λόγο, αφού σε αυτό ακριβώς συνίσταται η επικαλούμενη από τον προσφεύγοντα παρανομία, ότι δηλαδή η παρελθούσα εμπειρία σχετίζεται με την εκτέλεση της σύμβασης από τουλάχιστον εκατό (100) άτομα και όχι από κατά μέσο όρο εκατό (100) άτομα, χωρίς αυτό να προβλέπεται στο εθνικό και κοινοτικό δίκαιο και ενώ παρίσταται υπερβολικό και δυσανάλογο σε σχέση με το αντικείμενο της υπό κρίση σύμβασης.

Αριθμός Απόφασης: 620 /2023

19. Επειδή, όπως προκύπτει από τη συνδυασμένη ερμηνεία και εφαρμογή των άρθρων 75 παρ. 4 και 80 παρ. 5 του ν.4412/2016, η αναθέτουσα αρχή δύναται, όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, να επιβάλλει απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας και, ειδικότερα, οι συμμετέχοντες φορείς να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Περαιτέρω, η ζητούμενη εμπειρία 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».

20. Επειδή, η επαγγελματική και τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων καθορίζεται από την αναθέτουσα αρχή, αλλά αξιολογείται και ελέγχεται με βάση τα αποδεικτικά μέσα που απαριθμούνται περιοριστικά στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 (απόφαση ΔΕΕ της 7.9.2021, Ecoservice Clairpeda UAB, C-927/2019, σκ. 85, πρβλ. ΕλΣυν VI Τμ. 3057/2014, πρβλ. αποφάσεις ΔΕΕ της 10.5.2012, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, C-368/2010, σκ. 105 – 108, της 10.2.1982, SA Transporoute et Travaux, C-76/1981, σκ. 8-10, 15, ΕΣ 576/2022). Καθιερώνεται κατ' αυτόν τον τρόπο «ένα κλειστό σύστημα», βάσει του οποίου η εξαντλητική απαρίθμηση των στοιχείων που αποδεικνύουν την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων προσδιορίζουν, δηλαδή νοηματοδοτούν, το περιεχόμενο της δυνατότητας της αναθέτουσας αρχής να ορίζει τις ελάχιστες απαιτήσεις του κριτηρίου αυτού, υπό την έννοια ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί την πλήρωση μόνο εκείνων των απαιτήσεων που είναι δυνατόν να συναχθούν από αυτά τα αποδεικτικά μέσα (πρβλ. απόφαση ΔΕΕ της 13.7.2017, Ingsteel spol. s r.o., Metrostav a.s. C-76/2016, σκ.32, της 18.10.2012, Edukozivig – Hochtief Construcion AG, C-218/2011, σκ. 28-31, Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα Melchior Wathelet στην υπόθεση C-46/2015, σκ. 62). Σε κάθε περίπτωση, οι απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας πρέπει να συνδέονται με

Αριθμός Απόφασης: 620 /2023

το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και σε συμφωνία με την αρχή της αναλογικότητας να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες αυτής.

21. Επειδή, ακόμη, τα αποδεικτικά μέσα που απαριθμούνται στο Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016 δεν καθορίζονται ιεραρχικά. Η αναθέτουσα αρχή, όταν προτίθεται να αναθέσει σύμβαση και απαιτεί την ύπαρξη συγκεκριμένου κριτηρίου τεχνικής ικανότητας που καθορίζεται (ως απαίτηση) στο άρθρο 75 του Βιβλίου Ι του ως άνω νόμου, διαθέτει διακριτική ευχέρεια επιλογής όποιου αποδεικτικού μέσου εκ των περιλαμβανομένων στο Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016 κρίνει πρόσφορο για την απόδειξη των απαιτήσεων της και συνεπώς μπορεί να ορίσει ως αποδεικτικό μέσο την προσκόμιση καταλόγου κυριότερων συμβάσεων (βλ. ΕΣ 576/2022). Τα αποδεικτικά μέσα για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που απαριθμούνται στο μέρος ΙΙ του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016 και σχετίζονται με την εμπειρία των διαγωνιζομένων αναφέρονται στην υποβολή καταλόγου των κυριότερων όμοιου ή και αντίστοιχου αντικειμένου συμβάσεων σε «σχετικά αγαθά» που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία ή και πριν από αυτήν, όπου κρίνεται απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού. Περαιτέρω, η επιχειρησιακή δομή του οικονομικού φορέα αποδεικνύεται με αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών του και με την περιγραφή του τεχνικού του εξοπλισμού κλπ (βλ. ΕΣ 576/2022).

22. Επειδή, εν προκειμένω η απαίτηση του άρθρου 2.2.6.1 α αφορά την επιτυχή εκτέλεση, εντός των τελευταίων τριών (3) ετών, ενός (1) τουλάχιστον έργου (...) το οποίο να απαιτούσε την απασχόληση Ομάδας Έργου αποτελούμενης τουλάχιστον από εκατό (100) άτομα και να είχε συνολική συμβατική αξία ύψους κατ' ελάχιστον στο 100% του προϋπολογισμού της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος ΦΠΑ και των δικαιωμάτων προαίρεσης. Περαιτέρω, όπως προκύπτει από το άρθρο 1.3.1 της διακήρυξης («αντικείμενο της σύμβασης»), η ομάδα έργου την οποία θα διαθέσει ο ανάδοχος πρέπει να αποτελείται από εκατό (100) άτομα και υποχρεούται να εκτελεί το ανατιθέμενο έργο καθ' όλη τη διάρκεια της εβδομάδας από 06:00 έως 22:00. Σημειώνεται ότι με τις διευκρινίσεις του

Αριθμός Απόφασης: 620 /2023

αναθέτοντος φορέα, οι οποίες δόθηκαν ύστερα από ερώτημα του προσφεύγοντος για το αν με τον όρο 2.2.6.1 α απαιτείται η εμπειρία να αποδεικνύεται από συμβάσεις που εκτελέστηκαν από κατά μέσο όρο (και όχι τουλάχιστον) 100 άτομα, διευκρινίστηκαν τα ακόλουθα: «[...]Ο όρος είναι σαφής, καθώς αναφέρει ότι ο υποψήφιος ανάδοχος θα πρέπει να έχει εκτελέσει τουλάχιστον ένα (1) έργο το οποίο να απαιτούσε την απασχόληση ομάδας έργου αποτελούμενης τουλάχιστον από εκατό (100) άτομα». Συνεπώς, νομίμως ο αναθέτων φορέας και σε απόλυτη συμφωνία με το αντικείμενο της σύμβασης απαιτεί, ως κριτήριο εμπειρίας, την εκτέλεση κατά την τελευταία τριετία μίας τουλάχιστον σύμβασης όπου απασχολήθηκαν τουλάχιστον εκατό (100) άτομα. Ωστε, απορριπτέοι τυγχάνουν οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος ότι: α) Η ανωτέρω απαίτηση για την απόδειξη της εμπειρίας δεν προβλέπεται στον νόμο καθώς η ζητούμενη εμπειρία αποδεικνύεται αποκλειστικώς από την αναφορά του «ποσού» της εκτελεσθείσας σύμβασης ενώ, ο αριθμός των υπαλλήλων που εκτέλεσαν τη σύμβαση παροχής υπηρεσιών δεν ορίζεται από τον ενωσιακό και εθνικό νομοθέτη ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας β) Εάν ήθελε η «...» 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 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 γ) 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 δ) Ο εν λόγω όρος είναι μη αναγκαίος και δυσανάλογος σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης. Και τούτο για τους ακόλουθους λόγους: α) Το γεγονός ότι τα αποδεικτικά μέσα του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν.4412/2016 απαριθμούνται περιοριστικά δεν σημαίνει ότι ο αναθέτων φορέας δεν δύναται να εξειδικεύσει αυτά ώστε να είναι σύμφωνα με τις απαιτήσεις της συγκεκριμένης διακήρυξης. Με άλλα λόγια, δεν απαγορεύεται από τον νόμο η εξειδίκευση των απαιτούμενων πληροφοριών σε σχέση/συμφωνία με το αντικείμενο της συγκεκριμένης

Αριθμός Απόφασης: 620 /2023

σύμβασης. Περαιτέρω, απορριπτέοι ως άνευ νομίμου ερείσματος τυγχάνουν οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος αναφορικά με τις έννοιες του «ποσού» και της «ποσότητας», αφού η ερμηνεία που επιχειρεί να τους προσδώσει ο προσφεύγων, δεν απαντάται στον νόμο. Άλλωστε, ο προσφεύγων δεν εκθέτει, αναλύει και επεξηγεί τους λόγους για τους οποίους είναι παράνομη η απαίτηση της διακήρυξης για την επίκληση/απόδειξη μίας τουλάχιστον σύμβασης την τελευταία τριετία, εκτελεσθείσας από τουλάχιστον 100 άτομα ως Ομάδα Έργου, ενώ, απεναντίας δεν είναι παράνομος ο ίδιος όρος εφόσον η σύμβαση έχει εκτελεσθεί από 100 άτομα κατά μέσο όρο (και όχι συνεχώς και αδιαλείπτως) κατά την τελευταία τριετία. β) Ως, ήδη, εκτέθηκε ανωτέρω, τα αποδεικτικά μέσα που απαριθμούνται στο Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν.4412/2016 δεν καθορίζονται ιεραρχικά, αλλά ο αναθέτων φορέας διαθέτει ευρεία διακριτική ευχέρεια επιλογής των τελευταίων. Συνεπώς, άνευ ερείσματος στον νόμο και σε κάθε περίπτωση απαράδεκτος τυγχάνει ο περί του αντιθέτου ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι, δηλαδή, μεταξύ των αποδεικτικών μέσων της τεχνικής ικανότητας ο αναθέτων φορέας μπορούσε να επιλέξει κάποιο άλλο αντί για αυτό που επέλεξε, καθώς αφορά σε ζητήματα σκοπιμότητας για τα οποία έχει διακριτική ευχέρεια ο αναθέτων φορέας. γ) Ο προσφεύγων συγχέει τα ζητούμενα αποδεικτικά μέσα εμπειρίας, τα οποία, αν και εντάσσονται στο ίδιο κριτήριο, ήτοι αυτό της τεχνικής ικανότητας, αποτελούν διακριτές απαιτήσεις της διακήρυξης και φυσικά μπορούν να σωρεύονται σε αυτήν, όπως συμβαίνει στη συγκεκριμένη περίπτωση. Έτσι, η απαίτηση για την εκτέλεση μίας τουλάχιστον σύμβασης με ομάδα έργου 100 ατόμων κατά την τελευταία τριετία, αποτελεί κριτήριο τεχνικής ικανότητας που στοχεύει στην απόδειξη της εμπειρίας, ενώ η διάθεση 30 ατόμων εργατοϋπαλληλικό προσωπικό την τελευταία τριετία αποτελεί, ομοίως, κριτήριο τεχνικής ικανότητας, που στοχεύει στην απόδειξη της επιχειρηματικής οργάνωσης/ετοιμότητας της επιχείρησης και εν τέλει εμπειρίας, χωρίς, όμως, να ταυτίζονται αφού αποτελούν διακριτά μεταξύ τους αποδεικτικά μέσα. Μάλιστα, τα δύο αυτά κριτήρια, παρά τα περί του αντιθέτου ισχυριζόμενα από τον προσφεύγοντα αλληλοσυμπληρώνονται και δεν αλληλοαποκλείονται, ούτε είναι μεταξύ τους αντιφατικά. Και τούτο, διότι η διάθεση τουλάχιστον 30 ατόμων ως προσωπικό την τελευταία τριετία δεν

Αριθμός Απόφασης: 620 /2023

αποκλείει ότι ο προσφέρων χρησιμοποιούσε άλλα λ.χ 70 άτομα ή και παραπάνω, όχι ως μόνιμο προσωπικό αλλά, με συμβάσεις έργου, μέσω δανεισμού εμπειρίας κλπ, ώστε πάντοτε να είχε στη διάθεσή του Ομάδα Έργου 100 ατόμων. Αυτό που είναι κρίσιμο, ωστόσο, και επί της ουσίας ζητείται με αυτόν τον όρο (2.2.6.2.α), που είναι διακριτός από τον όρο του άρθρου 2.2.6.1 α ως προς τη φύση και τους επιδιωκόμενους με αυτόν σκοπούς, είναι ότι ο προσφέρων είχε διαχρονικά κατά τα τελευταία τρία χρόνια μία σταθερά οργανωμένη επιχειρησιακή δομή, έναν βασικό πυρήνα, στελεχωμένο πάντοτε με τουλάχιστον 30 άτομα δικό του προσωπικό, ώστε οι όποιες μεταβολές στην επιχείρησή του να μην επηρεάζουν ουσιωδώς την εκτέλεση του έργου. Αυτό βεβαίως δεν έχει σχέση ούτε αποκλείει την εκτέλεση της σύμβασης από τουλάχιστον εκατό άτομα, ως Ομάδας Έργου, αποτελούμενη από προσωπικό ή/και άλλους συνεργάτες του προσφέροντος.

δ) Η ανωτέρω απαίτηση του όρου 2.2.6.1 α της διακήρυξης είναι απολύτως συναφής καθώς και αναγκαία για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, όπως προκύπτει από τη διακήρυξη και τις απόψεις του αναθέτοντα φορέα και βάσιμα ισχυρίζεται τόσο αυτός όσο και ο παρεμβαίνων. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από τη διακήρυξη (βλ. άρθρο 1.3.1): *«η ομάδα έργου την οποία θα διαθέσει ο ανάδοχος πρέπει να αποτελείται από εκατό (100) άτομα και υποχρεούται να εκτελεί το ανατιθέμενο έργο καθ' όλη τη διάρκεια της εβδομάδας από 06:00 έως 22:00»*. Συνεπώς είναι απολύτως εύλογο, αναγκαίο και ανάλογο με το αντικείμενο της σύμβασης να ζητείται η απόδειξη ανάλογης εμπειρίας, ήτοι μίας τουλάχιστον σύμβασης από την οποία να αποδεικνύεται ότι ο προσφέρων έχει εκτελέσει όμοιο έργο (...) με τουλάχιστον ίδιο αριθμό ατόμων με τον ζητούμενο, ώστε να διασφαλισθεί *«η ορθή και άρτια εκτέλεση του αντικειμένου του έργου»* (βλ. απόψεις σημείο 5). Στο σημείο αυτό πρέπει να σημειωθεί ότι εσφαλμένα ο αναθέτων φορέας στις απόψεις του επικαλείται το άρθρο 5.2 του Παραρτήματος Ι, ήτοι της Συγγραφής Υποχρεώσεων της διακήρυξης, όπου έχει τεθεί ως όρος για την εκτέλεση της σύμβασης ο ανάδοχος να διαθέτει ομάδα η οποία *«πρέπει να αποτελείται από εκατό (100) άτομα και να διατηρείται πάντοτε αυτό ο αριθμός για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης»*, και τούτο, διότι η τήρηση των όρων εκτέλεσης της σύμβασης δεν πρέπει να κρίνεται κατά την ανάθεση αυτής (βλ.

Αριθμός Απόφασης: 620 /2023

ΔΕΕ, απόφ. της 7ης Δεκεμβρίου 2021, υπόθεση C-927/19, «Klaidos regiono atlieku tvarkymo centras» UAB, σκ. 89). Παραταύτα, επαρκώς αιτιολογεί την αναγκαιότητα επιβολής της ως άνω απαίτησης σε σχέση με το αντικείμενο της υπό κρίση σύμβασης. Άλλωστε, αβασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων με το υπόμνημά του ότι ο αναθέτων φορέας με τις απόψεις του μετέβαλε την αρχική θέση του, όπως διατυπώθηκε στις διευκρινίσεις του, ότι δηλαδή δεν απαιτείται εμπειρία σε σύμβαση εκτελεσθείσα από τουλάχιστον εκατό (100) άτομα αλλά, διάθεση 100 ατόμων κατά μέσο κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Καθώς, ναι μεν ο αναθέτων φορέας υπέπεσε με τις απόψεις του στο προαναφερόμενο σφάλμα, συγχέοντας το κριτήριο επιλογής με τους όρους εκτέλεσης της σύμβασης, αλλά ρητώς με τις απόψεις του προασπίζεται τον προσβαλλόμενο όρο, όπως αυτός έχει τεθεί με τη διακήρυξη. Άλλωστε, δεν αποκλείεται με το κριτήριο επιλογής να ζητούνται περισσότερα προσόντα/εμπειρία σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης, όπως, άλλωστε και ο ίδιος ο προσφεύγων αναφέρει στο υπόμνημά του, ήτοι *«Η σχετική απαίτηση υφίσταται και ισχύει ανεξαρτήτως της απαίτησης του άρθρου 5.2. της συγγραφής υποχρεώσεων εκτέλεσης της σύμβασης»*, αρκεί αυτή η επιλογή να είναι επαρκώς αιτιολογημένη. Με άλλα λόγια ο αναθέτων φορέας, ο οποίος θέλει η σύμβαση να εκτελεσθεί από 100 άτομα κατά μέσο όρο, δεν εμποδίζεται να ζητήσει, ως απόδειξη επαρκούς εμπειρίας, να προσκομισθεί μία τουλάχιστον σύμβαση από την οποία να αποδεικνύεται ότι ο προσφέρων έχει ήδη εκτελέσει στο παρελθόν σύμβαση αποτελούμενη από τουλάχιστον 100 άτομα για τη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας της σύμβασης, όπως συμβαίνει στη συγκεκριμένη περίπτωση. Ούτε, άλλωστε, ο προσφεύγων αιτιολογεί επαρκώς τον ισχυρισμό του ότι η ορθότητα και αποτελεσματικότητα της σύμβασης, εξασφαλίζεται με την προτεινόμενη από τον ίδιο εμπειρία, ήτοι, κατά μέσο όρο εκατό (100) ατόμων στην Ομάδα Έργου. Ωστε, αβασίμως ο προσφεύγων προβάλλει ότι ο επίμαχος όρος είναι παράνομος, καθώς μόνο το γεγονός ότι ο εν λόγω όρος συνεπάγεται την αδυναμία συμμετοχής του προσφεύγοντος δεν αρκεί για να καταστήσει τον εν λόγω όρο παράνομο, ενώ αορίστως και αναποδείκτως ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ο όρος 2.2.6 1α της διακήρυξης είναι «φωτογραφικός», καθώς

Αριθμός Απόφασης: 620 /2023

ουδέν προσκομίζει προς απόδειξη των ισχυρισμών του και ως εκ τούτου ο σχετικός λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

23. Επειδή, απορριπτέος είναι και ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι είναι δυσανάλογη και η απαίτηση του παραπάνω όρου της διακήρυξης να προέρχεται η εμπειρία των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων από μία (1) μόνο σύμβαση, διότι με τον τρόπο αυτό αποκλείεται αδικαιολόγητα η επίκληση εμπειρίας από την εκτέλεση περισσότερων συμβάσεων. Ο εν λόγω ισχυρισμός είναι απορριπτέος, διότι η παραπάνω προϋπόθεση δεν είναι υπέρμετρα περιοριστική, ούτε έχει τεθεί κατά παράβαση των αρχών της αναλογικότητας και του υγιούς ανταγωνισμού. Ειδικότερα, ο επίμαχος όρος παρίσταται πρόσφορος σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό, ο οποίος συνίσταται στην απόδειξη της εμπειρίας που έχει αποκτήσει ένας οικονομικός φορέας από την εκτέλεση μίας σύμβασης αντίστοιχων απαιτήσεων εντός του εύλογου χρονικού διαστήματος της τριετίας, δεδομένου ότι η εκτέλεση μίας αντίστοιχης με την υπό ανάθεση σύμβασης συνιστά έναν δείκτη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, από τον οποίο μπορεί να προκύψει με γενικό και αντικειμενικό τρόπο η ικανότητα των διαγωνιζόμενων να εκτελέσουν την τελευταία. Εξάλλου, η απαίτηση αυτή δεν υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο για την επίτευξη του σκοπού αυτού, δεδομένου ότι, κατά την κοινή πείρα, συμβάσεις μεγαλύτερου αντικειμένου έχουν μεγαλύτερες απαιτήσεις σε σχέση με πιο περιορισμένες συμβάσεις, ενώ η εμπειρία που μπορεί να αποκτήσουν οι οικονομικοί φορείς από την εκτέλεση περισσότερων συμβάσεων με μικρότερες ομάδες έργου δεν ισοδυναμεί οπωσδήποτε με την εμπειρία από την εκτέλεση μιας ενιαίας και ολοκληρωμένης σύμβασης που απαιτεί τον συντονισμό μίας πολυπληθούς ομάδας έργου. Με τα δεδομένα αυτά, η επίμαχη προϋπόθεση συμμετοχής της διακήρυξης κρίνεται ανάλογη με τον επιδιωκόμενο σκοπό της διασφάλισης της ποιότητας και αρτιότητας των υπηρεσιών που αποτελούν το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης από επιχειρήσεις, οι οποίες μπορούν να ανταποκριθούν στις αυξημένες απαιτήσεις που απορρέουν από το μέγεθος της εν λόγω σύμβασης (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 203/2018, ΔΕφΑΘ 1349/2022). Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

24. Επειδή, επί του δεύτερου λόγου της προσφυγής σημειώνονται τα ακόλουθα: Ο υπό κρίση λόγος της προσφυγής προβάλλεται απαράδεκτα λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος. Ειδικότερα, η συμμετοχή του στον υπό κρίση διαγωνισμό δεν εμποδίζεται ούτε δυσχεραίνεται ουσιωδώς από το γεγονός ότι έχουν δημοσιευθεί δεκατέσσερις (14) ακόμη όμοιες Διακηρύξεις για διαφορετικές γεωγραφικές περιοχές της χώρας. Αλυσιτελώς δε προβάλλει ο προσφεύγων ότι από την επίμαχη επιλογή του αναθέτοντος φορέα δυσχεραίνεται η άσκηση του δικαιώματος έννομης προστασίας κατά το στάδιο που προηγείται της ανάθεσης της σύμβασης λόγω των πολλαπλάσιων εξόδων, στα οποία θα αναγκαστεί να προβεί, διότι, ακόμη και αληθείς υποτιθέμενοι οι παραπάνω ισχυρισμοί, δεν στοιχειοθετούν βλάβη συνιστάμενη στην αδυναμία του προσφεύγοντα να συμμετάσχει στον προκείμενο διαγωνισμό, στην οποία και μόνο μπορεί να θεμελιωθεί το έννομο συμφέρον του για προσβολή των όρων της διακήρυξης. Σε κάθε δε περίπτωση, ο ισχυρισμός περί αυξημένων εξόδων για την παροχή έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της ανάθεσης της σύμβασης, είναι απορριπτέος ως αναπόδεικτος, διότι ο προσφεύγων ούτε επικαλείται ούτε προσκομίζει οποιοδήποτε σχετικό στοιχείο. Τέλος, απορριπτέος είναι ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι στερείται της προστασίας του Ελεγκτικού Συνεδρίου, διότι σκοπός του προσυμβατικού ελέγχου του Ελεγκτικού Συνεδρίου δεν είναι η παροχή έννομης προστασίας προς τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, αλλά ο έλεγχος της νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων για λόγους προστασίας του δημοσίου συμφέροντος. Κατά συνέπεια, ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος, ως στηριζόμενος σε εσφαλμένη προϋπόθεση.

25. Επειδή, επί του τρίτου λόγου της προσφυγής σημειώνονται τα ακόλουθα: Όπως βάσιμα ισχυρίζονται ο αναθέτων φορέας και ο παρεμβαίνων, ο λόγος αυτός είναι απορριπτέος ως απαραδέκτως προβληθείς. Τούτο, διότι, όπως ο προσφεύγων αναφέρει στην υπό κρίση προσφυγή του, αμφότεροι οι προσβαλλόμενοι όροι δεν εμποδίζουν τη συμμετοχή του στη διαγωνιστική διαδικασία, ήτοι δεν υφίσταται κάποια βλάβη που δύναται να στοιχειοθετήσει το απαιτούμενο άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον για την προσβολή τους. Ομοίως απορριπτέος είναι και ο ισχυρισμός που αφορά στην

Αριθμός Απόφασης: 620 /2023

προσβολή των συναφών όρων του άρθρου 2.2.9.Β.4.β.-γ. Επομένως, ο λόγος αυτός απορρίπτεται ως απαράδεκτος, ελλείψει εννόμου συμφέροντος.

26. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, το δε παράβολο να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 07.04.2023 και εκδόθηκε στις 26.04.2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ