

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 7 Απριλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Εισηγήτρια και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 28.02.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 282/02.03.2023 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «Μ...– Ανώνυμη Εταιρεία Κατασκευών, Διαχείρισης Περιβάλλοντος και Παροχής Υπηρεσιών» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στη ..., επί της οδού ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της «...» (εφεξής ο «Αναθέτων Φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της εταιρίας με την επωνυμία «Ο... (...) ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ...» (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στο ..., επί της οδού ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, που άσκησε παρέμβαση στο πλαίσιο της προδικαστικής προσφυγής.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητεί την ακύρωση της προσβαλλόμενης υπ' αρ. 1023 Διακήρυξης, κατά το μέρος που προσβάλλονται με την προσφυγή 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. και οι επ' αυτών διευκρινίσεις και να ακυρωθεί κάθε συναφής και σχετική προγενέστερη ή μεταγενέστερη της διακήρυξης πράξη και κάθε άλλος σχετικός προγενέστερος ή μεταγενέστερος όρος, καθώς και να ακυρωθεί στο σύνολό της η προσβαλλόμενη διακήρυξη, διότι οι προσβαλλόμενοι όροι αυτής είναι ουσιώδεις.

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 οφειλόμενο παράβολο, ποσού 4.050,00 € (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, ο Αναθέτων Φορέας με την προσβαλλόμενη Διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου παροχής υπηρεσιών υποστήριξης συμφωνιών με πελάτες ... για έργο διαμετακόμισης, διαλογής και διαβιβάσεων στη γεωγραφική περιοχή του Νομού ... διάρκειας έξι (6) μηνών με προϋπολογισμό 810.000,00 € χωρίς ΦΠΑ και χωρίς το δικαίωμα προαίρεσης και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), σύμφωνα με το άρ. 2.3.1 αυτής. Η ως άνω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 31.01.2023 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό α/α

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που ο Αναθέτων Φορέας ασκεί, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος I του π.δ. 39/2017 εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 28.02.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλόμενη Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ, κατά τα ανωτέρω, στις 31.01.2023 και η δέκατη ημέρα της οικείας προθεσμίας συνέπιπτε με ημέρα Σάββατο, η δε πρώτη εργάσιμη ήταν η 28η.02.2023. Η

Αριθμός απόφασης : 632/2023

υπό κρίση προδικαστική προσφυγή κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

5. Επειδή την 01.03.2023 ο Αναθέτων Φορέας προέβη σε ανάρτηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής στο πεδίο «Σημειώσεις και συνημμένα» του διαγωνισμού, απέστειλε δε σχετικό μήνυμα αυθημερόν προς όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 404/2023 Πράξη του Προέδρου του 3^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε ο Αναθέτων Φορέας να υποβάλει τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής, η οποία, εν συνεχεία, τροποποιήθηκε με την υπ' αρ. 566/2023 Πράξη του.

7. Επειδή, στις 10.03.2023 εκδόθηκε η υπ' αρ. Α232/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, η οποία έκανε δεκτό το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας και ανέστειλε την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής.

8. Επειδή, στις 13.03.2023 η παρεμβαίνουσα άσκησε παρέμβαση με κοινοποίηση αυτής μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς, καθώς η δέκατη ημέρα της οικείας προθεσμίας (11.03.2023) συνέπιπτε με ημέρα εξαιρετέα (Σάββατο), η δε αμέσως επόμενη αυτής ήταν ομοίως ημέρα εξαιρετέα (Κυριακή). Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η παρεμβαίνουσα στερείται εννόμου συμφέροντος διότι δεν επικαλείται παρανομία και δεν επικαλείται ζημία σε βάρος της, απορρίπτεται ως αβάσιμος. Τούτο διότι, όπως αναφέρει στην παρέμβασή της, προτίθεται να υποβάλει προσφορά, ο δε προγραμματισμός της διενεργείται σε συμμόρφωση με τους προβλεφθέντες όρους της Διακήρυξης. Συνεπώς, ενδιαφέρεται να αναλάβει η ίδια την εκτέλεση του επίμαχου έργου (βλ. *a contrario* ΣΤΕ 1020/2022, σκ. 4), υποβάλλοντας προσφορά στον διαγωνισμό.

Αριθμός απόφασης : 632/2023

9. Επειδή, στις 15.03.2023 ο Αναθέτων Φορέας κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» τις υπ' αρ. πρωτ. 4.2/236/15.03.2023 απόψεις του προς όλους τους συμμετέχοντες.

10. Επειδή, στις 20.03.2023 η προσφεύγουσα κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της.

11. Επειδή, στο άρ. 1.3.1 «Αντικείμενο της Σύμβασης» της Διακήρυξης ορίζεται ότι *«Αντικείμενο της σύμβασης είναι το έργο παροχής υπηρεσιών υποστήριξης συμφωνιών με πελάτες ... για τις Υπηρεσιακές Λειτουργίες στη γεωγραφική περιοχή του Νομού ... για χρονικό διάστημα έξι (6) μηνών, των παραγωγικών ταχυδρομικών λειτουργιών που αφορούν στη διαχείριση ταχυδρομικών αντικειμένων 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. Το ανωτέρω έργο περιλαμβάνει όλη τη διαχείριση αντικειμένων, ήτοι παραλαβή, διαβίβαση, διαλογή, ταξινόμηση, δρομολόγηση, επίδοση κάθε αντικειμένου των πελατών του αναθέτοντος φορέα, υπαρχόντων και νέων, διαχείριση επιστρεφόμενων αντικειμένων, χρέωση/αποχρέωση αντικειμένων με σύγχρονες μεθόδους.... »*.

12. Επειδή, το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα, όσον αφορά στην προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, η προσφεύγουσα πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό και, σε κάθε περίπτωση, δεν αρκεί η απλή επίκληση παρανομίας ή παράβασης διατάξεων που διέπουν τους διαγωνισμούς των δημοσίων

Αριθμός απόφασης : 632/2023

συμβάσεων (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ΣΤΕ . 415/2014, Δημήτριο Γ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

13. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει πως, δραστηριοποιείται επί σειρά ετών, μεταξύ των άλλων, στον τομέα της παροχής υπηρεσιών, τεχνικής, λειτουργικής και διοικητικής υποστήριξης και στο ειδικότερο αντικείμενο παροχής υποστηρικτικών υπηρεσιών σε εταιρίες παροχής ταχυδρομικών υπηρεσιών (παρέχοντας, μεταξύ των άλλων, υποστηρικτικές υπηρεσίες παραλαβής, επίδοσης, διανομής, διαλογής, οδική μεταφοράς και αποθήκευσης και εξυπηρέτησης πελατών) έχοντας εκτελέσει αντίστοιχες συμβάσεις όμοιου φυσικού αντικείμενου συνολικής αξίας υπερπολλαπλάσιας της εξεταζόμενης διακήρυξης και πως η συμμετοχή της 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 πλαίσιο της αρχής «*favor participationis*». Συνεπώς, κατ' αρχήν υφίσταται έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας προς άσκηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

14. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται πως είναι μη νόμιμοι οι όροι του άρ. 2.2.6.1.α. της Διακήρυξης αναφορικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, αναφέρει δε ότι παραβιάζουν τις διατάξεις της οδηγίας 2014/24 και του Ν. 4412/2016, παραβιάζουν προδήλως την αρχή της αναλογικότητας και την αρχή της αναγκαιότητας, και, κατ' αποτέλεσμα, περιορίζουν υπέρμετρα τον ανταγωνισμό, χωρίς αιτιολογία. Ειδικότερα, αναφέρει πως, βάσει των άρ. 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 (άρ. 75 παρ. 4 Ν. 4412/2016), όπως αποκλειστικώς

Αριθμός απόφασης : 632/2023

προσδιορίζονται στο Παράρτημα XII, Μέρος II, μεταξύ των άλλων, ανάλογα με την ποσότητα, (άρ. 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) και πως, βάσει των διατάξεων αυτών, 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, ειδικότερα, υποστηρίζει ότι, εν προκειμένω, παρανόμως τίθεται ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας ο αριθμός του προσωπικού με το οποίο εκτελέσθηκε η σύμβαση. Τούτο διότι, κατά τις διατάξεις των άρθρ. 75 παρ. 4, 80 παρ. 5 και του Παραρτήματος XII, Μέρος II, στοιχείο α.ii, δεν περιλαμβάνεται στο με περιοριστικό τρόπο προσδιορισθέν περιεχόμενο των συστάσεων των εκτελεσθεισών συμβάσεων, που ορίζονται περιοριστικώς ως μέσα απόδειξης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και πως η «ποσότητα» (βλ. άρθρ. 80 παρ. 5 Ν. 4412/2016) της εκτελεσθείσας σύμβασης, ήτοι της παρασχεθείσας υπηρεσίας, και εξ αυτής εμπειρία αποδεικνύεται αποκλειστικώς από την αναφορά του «ποσού» της εκτελεσθείσας σύμβασης (βλ. Παράρτημα XII, Μέρος II, στοιχείο α.ii). Δηλαδή, αναφέρει πως η συνολική «ποσότητα» της εκτελεσθείσας σύμβασης, ήτοι της παρασχεθείσας υπηρεσίας, αποδεικνύεται τελικώς από τον προϋπολογισμό αυτής, ήτοι το «ποσό» της σύμβασης και πως ο αριθμός των υπαλλήλων που εκτέλεσαν τη σύμβαση παροχής υπηρεσιών δεν ορίζεται από τον ενωσιακό και εθνικό νομοθέτη ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, σύμφωνα με τις ως άνω διατάξεις, και δεν αποτελεί αντικείμενο και μέσο απόδειξης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατά το Παράρτημα XII, Μέρος II, στοιχείο α.ii, αλλά, 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.). Ακόμη, αναφέρει πως ο όρος του άρθρου 2.2.6.2.α., αναφορικά με την απαίτηση

Αριθμός απόφασης : 632/2023

μέσου εργατοϋπαλληλικού προσωπικού, όπου 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)», είναι αντιφατικός σε σχέση με τον όρο του άρθρου 2.2.6.1.α. αναφορικά με την απαιτούμενη εμπειρία, αναφέρει δε ότι η προς εκτέλεση σύμβαση αφορά συνολική υπηρεσία φυσικού αντικείμενου υπολογιζόμενη σε εξακόσιους (600) «ανθρωπομήνες» και πως, κατά τους όρους του εν λόγω άρθρου, όπως διαμορφώθηκαν με τις διευκρινίσεις του Αναθέτοντος Φορέα, παρανόμως και αντίθετα με την κοινή πείρα και λογική, θεωρείται ως δήθεν μη 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. Ακολούθως, παραθέτει στοιχεία της υπ' αρ. 6681/2021 σύμβασης που έχει εκτελέσει με τον Αναθέτοντα Φορέα, αναφέρει δε ότι έχει εκτελέσει και τις υπ' αρ. .../2021 και .../2021 συμβάσεις με αυτόν. Επιπλέον, υποστηρίζει ότι οι όροι του εξεταζόμενου άρ. 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 προϋπολογισμό της διακήρυξης και πως 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. Επιπλέον, στην προσφυγή της αναφέρει ότι προσβάλλει και αιτείται την ακύρωση και του σχετικού αυτού όρου 2.2.9.Β.5.α. Η παρεμβαίνουσα, επί του λόγου αυτού, αναφέρει πως η Διακήρυξη δεν θέτει τον αριθμό των εκατό ατόμων ως επιπλέον προϋπόθεση απόδειξης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων

Αριθμός απόφασης : 632/2023

αναδόχων, αλλά ο εν λόγω αριθμός των εκατό ατόμων ως ομάδα 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 και πως η προσφεύγουσα δεν βάλλει σε κανένα σημείο της προσφυγής της κατά του αντικειμένου της διακήρυξης, ήτοι κατά της εκτέλεσης της επίδικης σύμβασης από ομάδα έργου εκατό ατόμων, καθώς προφανώς δέχεται και εκείνη ότι ο εν λόγω αριθμός ατόμων της ομάδας έργου είναι εύλογος, αναγκαίος και απαραίτητος για την αποτελεσματική, ταχύτερη και καλύτερη εκτέλεση των υπό ανάθεση ταχυδρομικών υπηρεσιών, αναφέρει δε ότι είναι ιδιαίτερος κρίσιμο, ο οικονομικός φορέας να μπορεί να αποδείξει ότι έχει την ικανότητα να εκτελέσει μια εξολοκλήρου σύμβαση ταχυδρομικών υπηρεσιών με ομάδα έργου που να αποτελείται συνεχώς και αδιαλείπτως από τουλάχιστον εκατό άτομα. Επιπλέον, αναφέρει πως ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί δήθεν νόθευσης του ανταγωνισμού και περιορισμού του δικαιώματος συμμετοχής σε αποκλειστικά έναν (1) μόνο, εκ των εγκατεστημένων στην ελληνική επικράτεια, οικονομικό φορέα, προβάλλεται τόσο αορίστως όσο και αβασίμως, τούτο διότι δεν αναφέρει το συγκεκριμένο οικονομικό φορέα. Ο Αναθέτων Φορέας με τις απόψεις του ισχυρίζεται πως, 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 αντικειμένου του εν λόγω έργου, ειδικότερα, σύμφωνα και με το άρ. 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»* και πως αναφέρεται στην απαίτηση για την διαθεσιμότητα του εν λόγω αριθμού ατόμων καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης και όχι για την ταυτόχρονη απασχόληση των ατόμων αυτών, σύμφωνα και με τους όρους του άρ. 2.2.6.1 α της Διακήρυξης και πως, ενόψει του αντικειμένου του έργου, ο ως άνω αριθμός κρίνεται όλως επαρκής και ουδόλως περιοριστικός ή/και ανελαστικός, δοθέντος ότι οι οικονομικοί φορείς δύνανται να προβούν σε

Αριθμός απόφασης : 632/2023

περαιτέρω προσλήψεις ή να αξιοποιήσουν τους πλείστους τρόπους σύναψης εργασιακής σχέσης που προσφέρει το ελληνικό δίκαιο. Επιπλέον, ως προς τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας 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, υποστηρίζει ότι, αφενός ο όρος αυτός αποτελεί τον πλέον συνηθισμένο στις δημόσιες συμβάσεις όρο για απόδειξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και πως ο σχετικός αριθμός θα μπορούσε να αποδειχθεί με την προσκόμιση από τον οικονομικό φορέα αναλυτικής βεβαίωσης καλής εκτέλεσης της σύμβασης με στοιχεία που αναφέρονται στο κριτήριο 2.2.6. Ως προς τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας που αφορά στην εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης από ομάδα έργου αποτελούμενη τουλάχιστον από εκατό (100) άτομα κατά μέσο όρο, αναφέρει πως 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. Επί δε του ισχυρισμού της παρεμβαίνουσας ότι το συγκεκριμένο κριτήριο πληρούται από μόνο έναν (1) οικονομικό φορέα, υποστηρίζει πως δεν γίνεται προσκόμιση και επίκληση στοιχείων προς απόδειξη της πραγματικής βάσης του ισχυρισμού αυτού και πως δεν μπορεί ο όρος αυτός να χαρακτηριστεί ως φωτογραφικός. Η προσφεύγουσα με το υπόμνημά της υποστηρίζει, μεταξύ άλλων, ότι δεν εκθέτει απλώς και μόνο ότι δεν είναι δυνατή η συμμετοχή της στη διαγωνιστική διαδικασία αλλά εκθέτει σαφώς και τους λόγους για τους οποίους οι όροι του άρ. 2.2.6.1.α. της διακήρυξης είναι παράνομοι και πως εσφαλμένα ο Αναθέτων Φορέας συγχέει τις απαιτήσεις του κριτηρίου επιλογής του άρ. 2.2.6.1.α. της διακήρυξης και τις απαιτήσεις της συγγραφής υποχρεώσεων εκτέλεσης της σύμβασης του άρ. 5.2. της διακήρυξης, καθώς τα κριτήρια επιλογής ορίζουν τις απαιτήσεις για την έγκυρη συμμετοχή

Αριθμός απόφασης : 632/2023

διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων στη διαγωνιστική διαδικασία, ενώ η συγγραφή υποχρεώσεων ορίζει τις απαιτήσεις εκτέλεσης της σύμβασης από τον ανάδοχο οικονομικό φορέα, συνεπώς, εφόσον έθεσε τη ως άνω απαίτηση ως κριτήριο επιλογής και συγκεκριμένα ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, κατά το άρ. 2.2.6.1.α. της Διακήρυξης, απαιτείται για την έγκυρη συμμετοχή κάθε διαγωνιζόμενου, η ύπαρξη προηγούμενης εμπειρίας από την εκτέλεση σύμβασης με τα ως άνω ειδικότερα χαρακτηριστικά, η δε σχετική απαίτηση υφίσταται και ισχύει ανεξαρτήτως της απαίτησης του άρ. 5.2. της συγγραφής υποχρεώσεων εκτέλεσης της σύμβασης. Συναφώς, ισχυρίζεται πως παρανόμως όρισε ο Αναθέτων Φορέας τη σχετική ως άνω απαίτηση, ήτοι της ήδη εκτέλεσης προηγούμενης σύμβασης με ομάδα έργου αποτελούμενη από τουλάχιστον εκατό (100) άτομα, ως κριτήριο επιλογής, και δη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, προβλέποντας ότι θα πρέπει να αφορά την εμπειρία των υποψήφιων οικονομικών φορέων, ήτοι ήδη εκτελεσθείσα σύμβαση, και να περιλαμβάνεται στον κατάλογο των ήδη εκτελεσθέντων συμβάσεων, κατά παράβαση του Ν. 4412/2016 και της οδηγίας 2014/24 (βλ. Παράρτημα ΙΙ, Μέρος ΙΙ, στοιχείο α.ii. Ν. 4412/2016). Επιπλέον, υποστηρίζει πως, σχετικά με τα όσα εκτίθενται υπό στοιχείο «2.Α.7.» των απόψεων, όπου αναφέρεται, μεταξύ των άλλων, το πρώτον με τις απόψεις σε *«απαίτηση της «... ΑΕ» για τη διαθεσιμότητα εκατό (100) ατόμων καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης και όχι για την ταυτόχρονη απασχόληση των ατόμων αυτών, σύμφωνα και με τους όρους του άρθρου 2.2.6.1.α. της διακήρυξης*», είναι αντίθετα με την απάντηση (βλ. σελ. 9 της προδικαστικής προσφυγής) που δόθηκε στη σχετική αίτηση διευκρίνισης της προσφεύγουσας και πως το πρώτον με τις απόψεις του ο Αναθέτων Φορέας αναφέρει ότι δεν υφίσταται απαίτηση για την εκτέλεση σύμβασης με την ταυτόχρονη απασχόληση εκατό (100) ατόμων. Ακόμη, αναφέρει πως δεν στερείται του αριθμού των εκατό (100) υπαλλήλων ως διαθέσιμη ομάδα έργου για την εκτέλεση του αντικειμένου της διακήρυξης, και δεν προβλήθηκε, με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, ότι ως όρος εκτέλεσης της σύμβασης η απαίτηση ύπαρξης διαθέσιμης ομάδας έργου εκτέλεσης της σύμβασης εκατό (100) είναι παράνομος, αλλά ότι είναι παράνομος ο όρος του άρ. 2.2.6.1.α, ως

Αριθμός απόφασης : 632/2023

κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, κατά το μέρος που θέτει ως απαίτηση της ύπαρξη ήδη εκτελεσθείσας σύμβασης με ομάδα έργου αποτελούμενη τουλάχιστον από εκατό (100) άτομα και πως, λόγω των παράνομων όρων του άρθρου 2.2.6.1.α της διακήρυξης, καθίσταται εξαιρετικά δυσχερής και εν τοις πράγμασι αδύνατη η συμμετοχή της στη διαγωνιστική διαδικασία. Ακόμη, αναφέρει πως 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, στοιχείο α.ii. Εν συνεχεία, 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' άρ. 363 παρ. 5.β. Ν. 4412/2016, και απόδοση στο άρ. 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 κατά μέσο όρο με ομάδα έργου κατά μέσο όρο τουλάχιστον εκατό (100) ατόμων. Επιπλέον, 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.

15. Επειδή, επί του πρώτου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Στο άρ. 75, παρ. 4 του Ν. 4412/2016 («Κριτήρια επιλογής (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)») προβλέπεται ότι «Όσον

Αριθμός απόφασης : 632/2023

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. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους.». Επιπλέον, στο άρθρο 80, παρ. 5 του Ν. 4412/2016 («Αποδεικτικά μέσα (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)») προβλέπεται ότι «Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών.», στο οποίο αναφέρεται ότι «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 και, όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις έργων, εκείνων που θα έχει στη διάθεσή του ο εργολήπτης για την εκτέλεση του έργου· για την εκτέλεση του έργου· ... η)

Αριθμός απόφασης : 632/2023

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 ...». Σύμφωνα με το άρ. 1.3.1 «Αντικείμενο της Σύμβασης» της Διακήρυξης «...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)». Στο δε άρ. 2.2.6 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» προβλέπεται ότι «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 παροχής υπηρεσιών ταχυδρομικού 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.». Με το υπ' αρ. πρωτ. 4.2/145/23.02.2023 έγγραφο με αντικείμενο την παροχή διευκρινίσεων επί σχετικών ερωτημάτων της προσφεύγουσας, ο Αναθέτων Φορέας επί του ερωτήματος 3ου «3. Αναφορικά με το άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης. 3.1 Στο άρθρο 2.2.6.1.α. της διακήρυξης αναφέρεται «Να έχουν εκτελέσει επιτυχώς... ένα (1) τουλάχιστον έργο, το οποίο να απαιτούσε την απασχόληση ομάδας έργου αποτελούμενης τουλάχιστον από εκατό (100) άτομα και να είχε συνολική συμβατική αξία ... ύψους κατ' ελάχιστο στο 100% του προϋπολογισμού της σύμβασης ...» 3.2. Παρακαλούμε διευκρινίστε και

Αριθμός απόφασης : 632/2023

επιβεβαιώστε ότι ως έργο, το οποίο απαιτεί την απασχόληση ομάδας έργου αποτελούμενης τουλάχιστον από εκατό (100) άτομα, νοείται το έργο το οποίο εκτελέστηκε από ομάδα έργου αποτελούμενη κατά μέσο όρο τουλάχιστον από εκατό (100) άτομα.» απάντησε ότι «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.».

16. Επειδή, όπως έχει κριθεί (βλ. ΕλΣυν 1815/2021, Τμήμα VII, σκ. 15) σύμφωνα με τις διατάξεις των άρ. 18, παρ. 1 και 4 του Ν. 4412/2016, ερμηνευόμενες υπό το πρίσμα του σκοπού της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια, τόσο κατά το γενικό σχεδιασμό των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, όσο και κατά τον καθορισμό των ειδικότερων κριτηρίων και απαιτούμενων επιπέδων οικονομικής- χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας, ώστε να διασφαλίζεται η άρτια εκτέλεση της σύμβασης και, δι' αυτής, η επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού δημοσίου συμφέροντος, τηρώντας παράλληλα τις αρχές της ισότητας και της αναλογικότητας. Οι αρχές αυτές επιβάλλουν οι θεσπιζόμενες απαιτήσεις, που από τη φύση τους μειώνουν τον αριθμό των ενδιαφερομένων που είναι ικανοί να υποβάλουν προσφορά, να είναι συναφείς με το αντικείμενο της σύμβασης και να μην περιορίζουν την ελευθερία του ανταγωνισμού υπέρμετρα ή τεχνητά, με σκοπό την αδικαιολόγητα ευμενή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων (βλ. ΕλΣυν Έβδ. Τμ. 765, 1398/2021, VI Τμ. 1346/2020, ΣΤΕ ΕΑ 335/2019, 203/2018). Ειδικότερα, για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας των διαγωνιζομένων, οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, ζητώντας από αυτούς την υποβολή καταλόγου των κυριότερων υπηρεσιών, που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία στο πλαίσιο, είτε συμβάσεων που έχουν λήξει, είτε συμβάσεων που τελούν ακόμη υπό εκτέλεση (βλ. ΕλΣ Ολομ. 505/2021). Συναφώς, έχει κριθεί ότι νομίμως για την απόδειξη της απαιτούμενης εμπειρίας χρησιμοποιείται ως κριτήριο η αξία των συμβάσεων που έχουν

Αριθμός απόφασης : 632/2023

εκτελεσθεί, δεδομένου ότι, ανεξαρτήτως αν θα μπορούσαν να χρησιμοποιηθούν και άλλα συναφή κριτήρια, πάντως η αξία των συμβάσεων συναρτάται οπωσδήποτε με το πραγματικό μέγεθος των συμβατικών εργασιών που εκτελέστηκαν και τη σχετική εμπειρία και ικανότητα του οικονομικού φορέα (ΣΤΕ ΕΑ 117, 118/2021, πρβλ. ΔΕΚ απόφ. της 19.6.2003, C-315/01, GAT, σκ. 65, ΣΤΕ ΕΑ 335/2019). Όπως δε περαιτέρω έχει κριθεί, η απαίτηση ένας οικονομικός φορέας να έχει εμπειρία σε παροχή υπηρεσιών αντίστοιχης αξίας με την αξία της σύμβασης, που προτίθεται να αναλάβει, αποτελεί δείκτη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας πρόσφορο, ο οποίος δεν υπερβαίνει, και δη προδήλως, το αναγκαίο μέτρο, δεδομένου ότι, κατά κοινή πείρα, συμβάσεις μεγαλύτερης αξίας απαιτούν τη δέσμευση περισσότερων ανθρωπίνων πόρων και άλλων τεχνικών μέσων για την εκτέλεσή τους (ΣΤΕ ΕΑ 203/2018). Συναφώς το ΔΕΕ έχει κρίνει ότι (απόφαση της 31ης Μαρτίου 2022, υπόθεση C-195/21, LB κατά Smetna palata na Republika Bulgaria, σκ. 48-51) *«Κατά το άρθρο 58, παράγραφος 1, δεύτερο εδάφιο, της εν λόγω οδηγίας, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να επιβάλει ως όρο συμμετοχής στους οικονομικούς φορείς μόνον τα κριτήρια του άρθρου 58, παράγραφοι 2, 3 και 4, της εν λόγω οδηγίας, τα οποία αφορούν αντιστοίχως την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, καθώς και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι εν λόγω όροι πρέπει, εξάλλου, να περιορίζονται σε εκείνους που είναι απαραίτητοι ώστε να εξασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης. Επιπλέον, όλοι αυτοί οι όροι πρέπει να συνδέονται και να είναι ανάλογοι με το αντικείμενο της σύμβασης. Η αναθέτουσα αρχή οφείλει ακόμη, κατά τον καθορισμό των κριτηρίων επιλογής, να συμμορφώνεται με τις θεμελιώδεις αρχές των δημοσίων συμβάσεων του άρθρου 18, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24. Επίσης, η αναθέτουσα αρχή οφείλει, πρώτον, να αντιμετωπίζει τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και να ενεργεί με διαφάνεια και αναλογικότητα και, δεύτερον, να μεριμνά ώστε να μην καταρτίζει τη σύμβαση με σκοπό να την εξαιρέσει από το*

πεδίο εφαρμογής της εν λόγω οδηγίας ή να περιορίσει τεχνητά τον ανταγωνισμό, σχεδιάζοντάς τη με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Ωστόσο, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή είναι σε θέση να αξιολογήσει καλύτερα τις δικές της ανάγκες, ο νομοθέτης της Ένωσης της παραχώρησε ευρεία διακριτική ευχέρεια όσον αφορά τον καθορισμό των κριτηρίων επιλογής, όπως αποδεικνύεται ιδίως από την επαναλαμβανόμενη χρήση του ρήματος «μπορεί» στο άρθρο 58 της οδηγίας 2014/24. Έτσι, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του ως άνω άρθρου, η αναθέτουσα αρχή διαθέτει ορισμένη ευχέρεια για τον καθορισμό των όρων συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης, τους οποίους θεωρεί ότι σχετίζονται και είναι ανάλογοι με το αντικείμενο της σύμβασης και κατάλληλοι για να διασφαλίσουν ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης. Ειδικότερα, κατά την παράγραφο 4 του εν λόγω άρθρου, η αναθέτουσα αρχή εκτιμά ελεύθερα τους όρους συμμετοχής τους οποίους κρίνει κατάλληλους, κατά την άποψή της, για να εξασφαλίζουν, μεταξύ άλλων, την εκτέλεση της σύμβασης σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Επομένως, εφόσον μια απαίτηση προσόντων δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, είναι ανάλογη προς αυτό και πληροί και τους λοιπούς όρους που υπομνήσθηκαν στις σκέψεις 48 και 49 της παρούσας απόφασης, το άρθρο 58 της οδηγίας 2014/24 δεν μπορεί να εμποδίσει την αναθέτουσα αρχή να επιβάλει την απαίτηση αυτή με την προκήρυξη του διαγωνισμού απλώς και μόνον επειδή υπερβαίνει το ελάχιστο απαιτούμενο από την εθνική νομοθεσία επίπεδο. Προς τούτο, τα εθνικά δικαστήρια οφείλουν να ερμηνεύουν, κατά το μέτρο του δυνατού, το εθνικό τους δίκαιο κατά τρόπο σύμφωνο προς το δίκαιο της Ένωσης (πρβλ. αποφάσεις της 24ης Ιουνίου 2019, *Porławski*, C-573/17, EU:C:2019:530, σκέψη 57, και της 6ης Οκτωβρίου 2021, *Sumal*, C-882/19, EU:C:2021:800, σκέψη 70).». Εν προκειμένω, ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας τίθεται, μεταξύ άλλων, ο υποψήφιος οικονομικός φορέας να έχει εκτελέσει επιτυχώς, εντός των τελευταίων τριών (3) ετών (2020-2021-2022) ένα (1) τουλάχιστον έργο, το οποίο να απαιτούσε την

Αριθμός απόφασης : 632/2023

απασχόληση ομάδας έργου αποτελούμενης τουλάχιστον από εκατό (100) άτομα, κατά τα ειδικότερα στο οικείο άρ. 2.2.6.1 περ. α της Διακήρυξης. Δοθέντος ότι στο άρ. 1.3.1 της Διακήρυξης προβλέπεται ότι η ομάδα έργου που θα διαθέσει ο ανάδοχος πρέπει να αποτελείται από εκατό (100) άτομα, προκύπτει ότι, κατ' αρχήν, η σχετική απαίτηση συνέχεται άμεσα με το αντικείμενο της συναφθσόμενης σύμβασης. Εντούτοις, ο Αναθέτων Φορέας αβάσιμα επικαλείται το άρ. 5.2 του Παραρτήματος I, 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»*, τούτο διότι η τήρηση των όρων εκτέλεσης της σύμβασης δεν πρέπει να κρίνεται κατά την ανάθεση αυτής (βλ. ΔΕΕ, απόφ. της 7ης Δεκεμβρίου 2021, υπόθεση C-927/19, «Klaidos regiono atlieku tvarkymo centras» UAB, σκ. 89). Παρόλο που, όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλουν υποχρεώσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την πείρα για την εκτέλεση της σύμβασης σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας (βλ. άρ. 58, παρ. 4 Οδηγίας 2014/24/EK), εντούτοις, απαριθμούνται περιοριστικά στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016 τα αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, όπως ορίζονται στα άρ. 75, παρ. 4 και 80, παρ. 5 του Ν. 4412/2016, όπου ρητά σε αυτά περιλαμβάνεται ο *«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»* και 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»*. Ωστόσο, από τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα, δεν δύναται να θεωρηθεί ότι εμποδίζεται η αναθέτουσα αρχή να απαιτήσει πλέον εξειδικευμένα αποδεικτικά μέσα, ήτοι, εν προκειμένω, πιο λεπτομερή περιγραφή του χρησιμοποιηθέντος εργατικού δυναμικού ως προς την

Αριθμός απόφασης : 632/2023

απαιτούμενη εμπειρία, ειδικότερα ως προς τον ακριβή αριθμό που απασχολήθηκε στο, τουλάχιστον ένα (1), έργο που απαιτείται στο άρ. 2.2.6.1.α της Διακήρυξης. Δηλαδή, εφόσον το αντικείμενο της συναφθσόμενης σύμβασης, όπου απαιτείται ομάδα έργου εκατό (100) ατόμων, ταυτίζεται απόλυτα με το επιπλέον στοιχείο που απαιτεί ο Αναθέτων Φορέας ως τεχνική ικανότητα, ήτοι συνδέεται απολύτως με το αντικείμενο της σύμβασης και ανταπεξέρχεται πλήρως στις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης (βλ. Δ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Γ' Έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα- Θεσσαλονίκη, 2019, σελ. 426, Ε. Βλάχου σε Βλάχου σε Δ. Ράικο, Ε. Βλάχου, Ε. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 – Ερμηνεία κατ' άρθρο Σχετικές διατάξεις- Νομολογία, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα- Θεσσαλονίκη, 2018, Τόμος Ι, σελ. 724, Κατευθυντήρια Οδηγία 13/2016 της ΕΑΑΔΗΣΥ), ο ως άνω όρος της Διακήρυξης κρίνεται ότι τελεί σε αναλογία με το αντικείμενο της σύμβασης και αποτελεί αντικειμενική απόδειξη ως προς την ύπαρξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης, απορριπτομένου ως αβασίμου του πιο πάνω σχετικού ισχυρισμού του πρώτου λόγου της προδικαστικής προσφυγής. Ακόμη, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι με τις απόψεις του ο Αναθέτων Φορέας «αναφέρει ότι δεν υφίσταται απαίτηση για την εκτέλεση σύμβασης με την ταυτόχρονη απασχόληση εκατό (100) ατόμων (βλ. υπό στοιχείο «2.Α.7.», σελ. 5, των απόψεων)» και πως «α. υφίσταται μεταβολή της θέσης της «... ΑΕ», συγκριτικά με την απάντηση επί της σχετικής αίτησης διευκρίνισης, β. αποδοχή της ορθότητας του σχετικού λόγου της προδικαστικής προσφυγής, γ. κατ' ουσία 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 κατά μέσο όρο με ομάδα έργου κατά μέσο όρο τουλάχιστον εκατό (100) ατόμων» απορρίπτονται ως αβάσιμοι, δοθέντος ότι το ανωτέρω σημείο των απόψεων, ήτοι 2.Α.7, αναφέρεται στο άρ. 5.2 της Συγγραφής Υποχρεώσεων και όχι στη σύμβαση που απαιτείται ως εμπειρία, κατ' άρ. 2.2.6.1.α της Διακήρυξης, όπου ρητά απαιτείται να είχε απασχοληθεί ομάδα έργου τουλάχιστον εκατό (100)

Αριθμός απόφασης : 632/2023

ατόμων, για το οποίο τέθηκε το ερώτημα για παροχή διευκρινίσεων. Ομοίως απορριπτέος καθίσταται και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι οι όροι του άρ. 2.2.6.1.α της Διακήρυξης είναι 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». Τούτο διότι, όπως κρίθηκε αμέσως ανωτέρω, το ζητούμενο από τον Αναθέτοντα Φορέα είναι η απόδειξη εμπειρίας εκτέλεσης τουλάχιστον ενός (1) έργου, το οποίο να απαιτούσε την απασχόληση ομάδας έργου αποτελούμενης τουλάχιστον από εκατό (100) άτομα και όχι η ύπαρξη εμπειρίας γενικά «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 η προσφεύγουσα αυθαίρετα υποστηρίζει, υπολογίζοντας τη συμβατική διάρκεια, σε συνδυασμό με το απαιτούμενο ανθρώπινο δυναμικό, σε ανθρωπομήνες. Τα ανωτέρω δεν αναιρούνται από το ότι, όπως βάσιμα η προσφεύγουσα με το υπόμνημά της υποστηρίζει, ο Αναθέτων Φορέας με τις απόψεις του συγχέει την σωρευτική με την πολλαπλή πλήρωση με πλείονες της μίας συμβάσεις, ως προς το συγκεκριμένο κριτήριο επιλογής, καθώς η αμφισβήτηση του ισχυρισμού αυτού έγκειται ακριβώς στη μη δυνατότητα σωρευτικής πλήρωσης του εν λόγω κριτηρίου με περισσότερες συμβάσεις, αλλά με την επίκληση εκτέλεσης ενός (1) μόνο έργου με τουλάχιστον εκατό (100) άτομα. Επιπλέον, βάσιμα η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι η προσφεύγουσα αλυσιτελώς επικαλείται την κρίση του Γενικού Εισαγγελέα του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, που, υποστηρίζει ότι υιοθετήθηκε από το ΔΕΕ στη συγκεκριμένη υπόθεση C-387/14 (Esaprojekt sp. z o.o. κατά Województwo Łódzkie), καθώς, στην με ημερομηνία 04.05.2017 απόφασή του, κρίθηκε ότι «Πράγματι, όπως σημείωσε ο γενικός εισαγγελέας στο σημείο 62 των προτάσεών του, από τη στιγμή που οι όροι εκτελέσεως συγκεκριμένης συμβάσεως μπορούν κατ' αρχήν να πληρούνται με σωρευτική επίκληση των ικανοτήτων και της πείρας περισσότερων οικονομικών φορέων, θα ήταν κατά

μείζονα λόγο παράλογο να αποκλειστεί a priori η δυνατότητα σωρεύσεως της πείρας και των ικανοτήτων τις οποίες ο ίδιος οικονομικός φορέας απέκτησε όντως στο πλαίσιο διαφορετικών συμβάσεων. ... Κατόπιν των ανωτέρω, στο έβδομο ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το άρθρο 44 της οδηγίας 2004/18, σε συνδυασμό με το άρθρο 48, παράγραφος 2, στοιχείο α', της οδηγίας αυτής και με την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των οικονομικών φορέων, όπως κατοχυρώνεται στο άρθρο 2 της ίδιας οδηγίας, έχει την έννοια ότι επιτρέπει σε οικονομικό φορέα να στηριχθεί σε προηγούμενη πείρα επικαλούμενος ταυτόχρονα δύο ή περισσότερες αναθέσεις συμβάσεων ως μία σύμβαση, εκτός αν η αναθέτουσα αρχή έχει αποκλείσει τη δυνατότητα αυτή βάσει όρων που είναι συνδεδεμένοι και ανάλογοι με το αντικείμενο και με τον σκοπό της επίμαχης δημόσιας συμβάσεως.» (σκ. 86, 88), καθώς πρόκειται περί υποθέσεων με διαφορετικό πραγματικό. Περαιτέρω, ως έχει παγίως κριθεί, προκειμένου να είναι ορισμένος ισχυρισμός περί φωτογραφικού όρου διακήρυξης, πρέπει να κατονομάζεται ο οικονομικός φορέας που είναι ο μόνος δυνάμενος να συμμετάσχει ως συνέπεια της εν θέματι προδιαγραφής (ΣΤΕ (Ασφ) 314/2013, ΕΑ ΣΤΕ 474, 829, 1354/2009). Δοθέντος δε ότι η προσφεύγουσα δεν κατονομάζει τον οικονομικό αυτό φορέα, ο οικείος ισχυρισμός καθίσταται απορριπτός ως αόριστος. Ομοίως απορριπτός καθίσταται και ο ισχυρισμός που αφορά στην προσβολή των συναφών όρων του άρ. 2.2.9.2.B.5.α της Διακήρυξης. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής απορρίπτεται στο σύνολό του ως αβάσιμος.

17. Επειδή, μετά την κρίση ως νόμιμων των ως άνω προσβαλλόμενων όρων της Διακήρυξης, δυνάμει των οποίων η προσφεύγουσα, όπως η ίδια ανέφερε στην προδικαστική προσφυγή της, καθίσταται αποκλειστέα από τον διαγωνισμό, ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής με τον οποίο αυτή στρέφεται κατά της κατάτμησης του σχετικού φυσικού αντικειμένου της απαιτούμενης παροχής υπηρεσίας, ως επίσης και ο τρίτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής, με τον οποίο στρέφεται κατά των όρων των άρ. 2.2.5.β και 2.2.9.B.4.β.-γ της Διακήρυξης, που αφορούν στην απαιτούμενη πιστοληπτική ικανότητα, καθίστανται απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΣΤΕ 1560/2022, σκ. 9). Τούτο διότι, η προσφεύγουσα δεν διαθέτει, πλέον, έννομο

Αριθμός απόφασης : 632/2023

συμφέρον, προκειμένου να αμφισβητήσει οποιονδήποτε άλλο όρο της Διακήρυξης του διαγωνισμού, στον οποίο δεν μπορεί να λάβει μέρος επιτυχώς (βλ. ΣτΕ 1560/2022, σκ. 9, πρβλ. ΣτΕ 1245/2022, σκ. 30, 308/2020, σκ. 6, 2030/2011, σκ. 11, Ε.Α. 124/2015, σκ. 12). Εξ ετέρου, και σε κάθε περίπτωση, η προσφεύγουσα αναφέρει στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της ότι αμφότεροι οι προσβαλλόμενοι όροι με τους δεύτερο και τρίτο λόγους αυτής δεν εμποδίζουν τη συμμετοχή της στη διαγωνιστική διαδικασία, ήτοι δεν υφίσταται κάποια βλάβη που δύναται να στοιχειοθετήσει το απαιτούμενο άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον για την προσβολή τους. Κατά συνέπεια, οι δεύτερος και τρίτος λόγοι της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής απορρίπτονται ως απαράδεκτοι.

18. 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 27.04.2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ