

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 05 Απριλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Μέλη.

Για να εξετάσει την από 28/02/2023 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 280/02.03.2023 της προσφεύγουσας εταιρείας, με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της «...», (εφ' εξής αναθέτων φορέας), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

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

Με την παρέμβαση επιδιώκεται η απόρριψη της εξεταζόμενης προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή
Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η «...» δημοσίευσε την υπ' αριθμό ... διακήρυξη ανοικτού διαγωνισμού ανάδειξης αναδόχου παροχής υπηρεσιών υποστήριξης συμφωνιών με πελάτες ..., για τις υπηρεσιακές λειτουργίες στην γεωγραφική περιοχή των νομών ..., ..., ..., ... και ..., διάρκειας έξι (6) μηνών,

Αριθμός απόφασης: 613/2023

προϋπολογισμού 810.000,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ 24%, 1.004.400,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, δικαίωμα προαίρεσης με προσαύξηση του φυσικού & και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης κατά ένα (1) μήνα, 135.000,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ 24%, 167.400,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, συνολικού προϋπολογισμού, συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης, χωρίς ΦΠΑ 24% 945.000,00 ευρώ, συνολικού προϋπολογισμού συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης και ΦΠΑ 24% 1.171.800,00 ευρώ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Η ως άνω διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. την 31.01.2023 η δε προσφεύγουσα έλαβε γνώση αυτής την 16.02.2023 και συνεπώς η παρούσα ασκείται εμπροθέσμως, εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την γνώση της διακήρυξης και σε κάθε περίπτωση εντός δέκα (10) ημερών από την παρέλευση δεκαπέντε (15) ημερών μετά την δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ. Ειδικότερα, η δέκατη (10η) ημέρα, από την παρέλευση δεκαπέντε (15) ημερών από την δημοσίευση στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ., ήτοι η 25.02.2023 ήταν ημέρα Σάββατο και η Δευτέρα, 27.02.2023, ήταν Καθαρά Δευτέρα, άρα ημέρα εξαιρετέα, και, συνεπώς, νομίμως ασκείται η παρούσα την 28.02.2023.

2. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό ..., αξίας 4.050,00 €.

3. Επειδή, ο αναθέτων φορέας απέστειλε τις από 15/03/2023 με αριθμό πρωτοκόλλου 4.2/35 απόψεις, ενώ προς αντίκρουση αυτών κατατέθηκε παραδεκτως το από 20/03/2023 υπόμνημα της προσφεύγουσας.

4. Επειδή, κατόπιν της επισκόπησης του φακέλλου, προέκυψαν τα ακόλουθα: Στην εν λόγω διακήρυξη, ο αναθέτων φορέας έθεσε ως κριτήρια επιλογής, μεταξύ άλλων, τα εξής: «2.2.6.1 Να έχουν εκτελέσει επιτυχώς εντός των τελευταίων τριών (3) ετών (2020-2021-2022) έργα παροχής υπηρεσιών ... έργου, ως ακολούθως: α) Ένα (1) τουλάχιστον έργο, το οποίο να απαιτούσε την απασχόληση ομάδας έργου αποτελούμενης τουλάχιστον από εκατό (100) άτομα και να είχε συνολική συμβατική αξία (συμπεριλαμβανομένων τυχόν τροποποιήσεων ή/και προαιρέσεων) που έχουν λάβει ήδη χώρα, ύψους κατ' ελάχιστο στο 100% του προϋπολογισμού

της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος ΦΠΑ και των δικαιωμάτων προαίρεσης.» [...] 2.2.6.2 Να διαθέτουν: α) Μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό προσωπικό τουλάχιστον τριάντα (30) ατόμων κατά την τελευταία τριετία (2020 - 2021 - 2022) β) Υπεύθυνο Έργου με 5-ετή τουλάχιστον επαγγελματική εμπειρία σε Διαχείριση Έργων στον τομέα δραστηριότητας της Διακήρυξης ο οποίος να διαθέτει Πανεπιστημιακό Τίτλο Σπουδών, και Μεταπτυχιακό Τίτλο σπουδών, γ) Αναπληρωτή Υπεύθυνο Έργου με 5-ετή τουλάχιστον επαγγελματική εμπειρία σε Διαχείριση Έργων στον τομέα δραστηριότητας της διακήρυξης. Τα ανωτέρω στελέχη θα πρέπει να έχουν σχέση εξαρτημένης μισθωτής εργασίας ή/και εξωτερικής συνεργασίας με τον υποψήφιο ανάδοχο.

Με την υπό κρίση προσφυγή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι οι όροι του άρθρου 2.2.6.1.α' της διακήρυξης, που εισάγουν τα κριτήρια επιλογής, τυγχάνουν παράνομοι, διότι παραβιάζουν την αρχή της αναλογικότητας και την ανάπτυξη του ανταγωνισμού και συνεπώς καθιστούν ανέφικτη την συμμετοχή της στο διαγωνισμό, λόγω μη πλήρωσης του εν λόγω κριτηρίου επιλογής. Από τους εκατέρωθεν ισχυρισμούς προκύπτει, ότι ο αναθέτων φορέας, έχοντας προσδιορίσει επαρκώς τις ανάγκες εντός των άκρων ορίων της διακριτικής του ευχέρειας, περιέγραψε αναλυτικά το αντικείμενο του επίδικου διαγωνισμού στο άρθρο 1.3 «*Συνοπτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης*» της οικείας διακήρυξης, το οποίο αναφέρεται ρητώς στην ομάδα έργου τουλάχιστον 100 ατόμων και έθεσε τα ως άνω κριτήρια ποιοτικής επιλογής, προκειμένου να διασφαλίσει την άρτια εκτέλεση του αντικειμένου του εν λόγω έργου. Ειδικότερα, σύμφωνα και με το άρθρο 5.2 της συγγραφής υποχρεώσεων, έθεσε, ως όρο για την εκτέλεση της σύμβασης, να διαθέτει ο ανάδοχος ομάδα έργου, αποτελούμενη «από εκατό (100) άτομα και να διατηρείται πάντοτε αυτός ο αριθμός για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης». Ο ως άνω όρος παρίσταται εύλογος, πρόσφορος και αναλογικός, καθώς στοιχεί προδήλως με την απαίτηση για την διαθεσιμότητα εκατό (100) ατόμων, καθ' όλη την διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης και όχι απαραίτητως για την απασχόληση κατά τον αυτό χρόνο των ατόμων αυτών, σύμφωνα και με τους όρους του άρθρου 2.2.6.1.α της επίμαχης διακήρυξης, όπως άλλωστε ισχυρίζεται και ο αναθέτων φορέας με τις απόψεις του. Σε κάθε περίπτωση, εν όψει του αντικειμένου του έργου, ο

ως άνω αριθμός ατόμων κρίνεται επαρκής και ουδόλως περιοριστικός ή/και ανελαστικός, δοθέντος ότι οι οικονομικοί φορείς δύνανται να προβούν σε περαιτέρω προσλήψεις ή να αξιοποιήσουν τους πλείστους τρόπους σύναψης εργασιακής σχέσης. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, περί μη νομιμότητας των ως άνω τιθέμενων όρων, τυγχάνουν απορριπτέοι, ως αβάσιμοι.

Περαιτέρω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ο αριθμός απασχολούμενου προσωπικού δεν περιλαμβάνεται στο, με περιοριστικό τρόπο προσδιορισθέν από τον νομοθέτη, περιεχόμενο για τα αποδεικτικά μέσα της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, όσον αφορά στην εκτέλεση προγενέστερων συμβάσεων. Σύμφωνα με τον όρο 2.2.9.2 «Αποδεικτικά Μέσα» της διακήρυξης, ισχύουν τα εξής: «Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6. οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: α) Για την απαίτηση της παραγράφου 2.2.6.1, υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν.1599/1986 (Α '75), (υπόδειγμα 2 Παραρτήματος VIII), όπως εκάστοτε ισχύει, στην οποία αναγράφονται τα στοιχεία της παρούσης διαδικασίας για την οποία υποβάλλει την προσφορά και θα αναφέρεται ο κατάλογος σχετικών υπηρεσιών που εκτελέστηκαν την τελευταία τριετία (2020-2021-2022) από τον υποψήφιο (όπως περιγράφονται παραπάνω στο άρθρο 2.2.6 περ. α) με αναφορά στην αξία της σύμβασης, το αντικείμενό της, τη χρονική διάρκεια εκτέλεσης των συμβάσεων, τους εργοδότες τα ποσοστά συμμετοχής στον ανάδοχο της σύμβασης συνοδευόμενη εάν μεν ο αποδέκτης είναι αναθέτουσα αρχή, με πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί ή θεωρηθεί από την αρμόδια αρχή, εάν δε (ο αποδέκτης) είναι ιδιωτικός φορέας με βεβαίωση του φορέα αυτού συνοδευόμενη από αντίγραφο της σχετικής σύμβασης ή εάν δεν υφίσταται έγγραφη σύμβαση τιμολόγια». Ως προς τον επίμαχο όρο για τον αριθμό του απαιτούμενου προσωπικού, με την προσκόμιση από τον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αναλυτικής βεβαίωσης καλής εκτέλεσης της σύμβασης με τα στοιχεία που αναφέρονται στο οικείο κριτήριο 2.2.6 («Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα»), στο οποίο μάλιστα γίνεται ευθεία παραπομπή και στα αποδεικτικά μέσα («...ο κατάλογος σχετικών υπηρεσιών που εκτελέστηκαν την τελευταία τριετία (2020-2021-2022) από τον υποψήφιο (όπως περιγράφονται παραπάνω στο άρθρο 2.2.6 περ.α)», κρίνεται ότι ευχερώς θα μπορούσε να αποδειχθεί ο αριθμός του προσωπικού που

απασχολήθηκε. Το ίδιο ισχύει και για τα λοιπά έγγραφα τεκμηρίωσης, που δύναται να προσκομίσει ο εκάστοτε ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας (π.χ. σύμβαση, τιμολόγιο). Σημειωτέον ότι η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί σε σημείο της προσφυγής της, ότι «...έχει ήδη χορηγηθεί η υπ' αριθμό 5.1./937/03.11.2022 βεβαίωση καλής εκτέλεσης στην οποία αναφέρεται αναλυτικώς ο αριθμός της ομάδας έργου εκτέλεσης της σύμβασης ανά μήνα εκτέλεσης». Συνεπώς, και αυτός ο λόγος τυγχάνει απορριπτέος, ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος, καθώς η προσφεύγουσα συνομολογεί την πλήρωση του επίμαχου όρου. Περαιτέρω, ο ως άνω ισχυρισμός της προσφεύγουσας τυγχάνει απορριπτέος και ως αβάσιμος, δοθέντος ότι το επίμαχο κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και το προβλεπόμενο αποδεικτικό μέσο αυτού προβλέπεται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 και στο αντίστοιχο πρότυπο σύμβασης της ΕΑΑΔΗΣΥ (βλ. και άρθρο 80 παρ. 5 του ν.4412/2016).

Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι εσφαλμένως και παρανόμως κατά την «...» η εκτέλεση σύμβασης παροχής σχετικών υπηρεσιών, προϋπολογισμού τουλάχιστον ίσου με τον προϋπολογισμό της διακήρυξης από ομάδα έργου αποτελούμενη από τουλάχιστον εκατό (100) άτομα κατά μέσο όρο δήθεν δεν αποδεικνύει την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα εκτέλεσης του αντικειμένου της διακήρυξης» και ότι έχει εκτελέσει την υπ' αριθμό .../2021 σύμβαση με την «...» με τα ακόλουθα χαρακτηριστικά: α. φυσικό αντικείμενο παρασχεθείσας υπηρεσίας 787,16 ανθρωπομήνες ήτοι μεγαλύτερο της απαίτησης διακήρυξης β. προϋπολογισμό 935.240,00 ευρώ, ήτοι μεγαλύτερο της απαίτησης διακήρυξης γ. ομάδα έργου αποτελούμενη κατά μέσο όρο από 112,45 άτομα (=145,2 8+ 67,89 + 87,62 + 146,84 + 202,05 + 129,52 + 8 άτομα ανά μήνα εκτέλεσης/ 7μήνες εκτέλεσης), ήτοι μεγαλύτερο της απαίτησης της διακήρυξης (βλ. σελ. 20 και 25 της ένδικης προσφυγής). Ωστόσο, εκ των ανωτέρω παρέπεται, ότι η προσφεύγουσα ουδόλως επικαλείται ούτε αποδεικνύει την αδυναμία συμμετοχής της στην οικεία διαγωνιστική διαδικασία, αφού, κατά τα ως άνω αναφερόμενα, συνομολογεί ρητώς, ότι έχει ήδη εκτελέσει έργο, για το οποίο επί τέσσερις (4) μήνες απασχόλησε αριθμό προσωπικού άνω των 100 ατόμων, στοιχείο που αποδεικνύει την διαθεσιμότητα τουλάχιστον 100 ατόμων για την εκτέλεση της

σύμβασης, το οποίο άλλωστε είναι και το σχετικώς απαιτούμενο εκ της διακήρυξης. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα δεν κατέδειξε τους ειδικούς εκείνους λόγους, για τους οποίους καθίσταται αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή της στον διαγωνισμό, ούτε και τον εν τοις πράγμασι κίνδυνο αποκλεισμού από την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία αλλά αντιθέτως, συνομολόγησε την ικανοποίηση του εν λόγω κριτηρίου και, συνεπώς, ο εν λόγω ισχυρισμός τυγχάνει απορριπτέος.

Συναφώς, ως προς τον τέταρτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, κρίνονται τα εξής: Σύμφωνα με την επίδικη παράγραφο 2.2.6.1α της διακήρυξης, οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς απαιτείται να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον ένα 1) συναφές έργο, κατά τα ειδικότερα ως άνω αναφερόμενα, υπό την έννοια ότι οι υποψήφιοι ανάδοχοι μπορούν προδήλως να επικαλεσθούν περισσότερα έργα και όχι μόνον ένα ως άλλωστε προβάλλεται και δια των απόψεων του αναθέτοντος φορέα. Εξάλλου, όπως έχει κριθεί από το ΔΕΕ (υπόθεση C-387/14, της 04.05.2017, Esaprojektsproo κατά WojewodztwoLodzkie) *«το άρθρο 44της οδηγίας 2004/18, σε συνδυασμό με το άρθρο 48, παράγραφος 2, στοιχείο α΄, της οδηγίας αυτής και με την αρχή της ίσης μεταχείρισεως 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 εάν 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»*. Παρομοίως το ΣΤΕ με την υπ' αριθμ. 168/2020 ΕΑ ΣΤΕ απόφαση έχει κρίνει ότι ενόψει του εύρους των ζητούμενων στοιχείων εξοπλισμού και κατ' επέκταση, της δυσχέρειας καλύψεως τους από μία μόνον σύμβαση, με τις διατάξεις αυτές, ορθώς ερμηνευόμενες, παρέχεται στους υποψήφιους αναδόχους η δυνατότητα επικλήσεως, περισσότερων συμβάσεων, υπό την αυτονόητη προϋπόθεση ότι μία, τουλάχιστον εξ αυτών, υπερβαίνει το καθορισθέν από τη διακήρυξη οικονομικό κατώφλι. Ως εκ τούτου, εκ των προδιαληφθέντων προκύπτει ότι η προσφεύγουσα εταιρεία θα μπορούσε να επικαλεσθεί το σύνολο των εκτελεσθέντων έργων της, τα οποία προφανώς δέον να ληφθούν υπόψη από τον αναθέτοντα φορέα.

Αριθμός απόφασης: 613/2023

Επιπροσθέτως, με τον πέμπτο λόγο προσφυγής προβάλλεται, ότι «ο προσβαλλόμενος όρος του άρθρου 2.2.6.1.α. της διακήρυξης, όχι μόνο εμποδίζει τον ανταγωνισμό αλλά περιορίζει το δικαίωμα συμμετοχής σε αποκλειστικά έναν (1) μόνο οικονομικό φορέα, εκ των εγκατεστημένων στην ελληνική επικράτεια...». Ο εν θέματι λόγος τυγχάνει απορριπτέος ως αορίστως προβαλλόμενος, εφ' όσον δεν γίνεται προσκόμιση και επίκληση στοιχείων προς απόδειξη της πραγματικής βάσης του ισχυρισμού τούτου, και ιδίως αποδεικτικά στοιχεία από τα οποία να προκύπτει ότι ο ευνοούμενος, κατά την προσφεύγουσα, από την διακήρυξη, φορέας, και μόνον αυτός, εκπληρώνει τον πληττόμενο όρο (βλ. και ΑΕΠΠ 1243/2022, αλλά και ad hoc ΣΤΕ ΕΑ 836, 429, 1025, 1140/2010, 474/2009, 1317/2007). Αντιθέτως, κατά τα παγίως κριθέντα από την νομολογία, ο ισχυρισμός ότι ο εν λόγω όρος είναι φωτογραφικός υπέρ μόνο μιας - ακόμη δε και κατονομαζόμενης εταιρείας, δεν αρκεί για να θεωρηθεί, ότι το κριτήριο είναι φωτογραφικό (adΔΕφΑΘ 296/2013, 885/2012 (ασφ.), ΣΤΕ ΕΑ 9/2015, 676/2011, 429, 1140, 1024, 1025, 836/2010, 829, 201/2007, πρβλ. 215/2021ΑΕΠΠ). Εν προκειμένω, ουδόλως ο εν λόγω όρος δύναται να χαρακτηρισθεί ως δήθεν «φωτογραφικός». Και τούτο διότι, κατά τα ειδικότερα ως άνω αναφερόμενα, ο αναθέτων φορέας έκρινε, κατά την διακριτική του ευχέρεια, ότι η θέσπιση του επίμαχου κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας τυγχάνει πρόσφορη για την αξιολόγηση των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων. Πέραν τούτου, εκ της διακήρυξης απαιτείται η προηγούμενη επιτυχής εκτέλεση τουλάχιστον ενός (1) έργου. Η συγκεκριμένη απαίτηση δεν δύναται υπό οποιαδήποτε ερμηνευτική εκδοχή να κριθεί ως περιορίζουσα υπέρμετρα τον ελεύθερο και ανόθευτο ανταγωνισμό. Αντιθέτως, αυτή αφ' ενός διασφαλίζει την προηγούμενη εμπειρία του υποψήφιου αναδόχου, αφ' ετέρου επιτρέπει την συμμετοχή σε εταιρείες, που δεν δραστηριοποιούνται επί μακρόν στην οικεία αγορά. Συνεπώς, και ο εν λόγω ισχυρισμός τυγχάνει απορριπτέος, ως αβάσιμος.

Με τον επόμενο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο αναθέτων φορέας έχει προβεί παρανόμως σε τεχνητή κατάτμηση του φυσικού αντικειμένου της ζητούμενης προς παροχή υπηρεσίας, καθόσον έχει δημοσιεύσει δεκαπέντε (15) διακηρύξεις (υπ' αριθμ. ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... και ... διακηρύξεις), εκάστη με προϋπολογισμό, χωρίς προαίρεση και ΦΠΑ 810.000.00 € και αθροιστικά συνολικό προϋπολογισμό

12.150.000,00 € χωρίς προαίρεση και ΦΠΑ, οι οποίες αφορούν την παροχή της ίδιας ακριβώς υπηρεσίας για διαφορετικά τμήματα της επικράτειας της χώρας. (βλ. Ελεγκτικό Συνέδριο, Πράξεις 20/2014 και 22/2014 και Πράξεις 116/2015, 163/2015 του Κλιμακίου Προληπτικού ελέγχου Δαπανών του IV Τμ. ΕλΣυν, Πράξεις 148/2013, 45/2013, Πράξεις 213/2015, 325/2015, 371/2015 του Κλιμακίου Προληπτικού ελέγχου Δαπανών του VII Τμ. ΕλΣυν, σε περιπτώσεις ανεπίτρεπτης κατάτμησης όμοιων ή ομοειδών υπηρεσιών, για τις οποίες θα έπρεπε να έχει διενεργηθεί ενιαίος τακτικός διαγωνισμός). Θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι προσβάλλεται η αποτελεσματική άσκηση των δικαιωμάτων προδικαστικής προσφυγής και δικαστικής προστασίας της, λόγω του ότι στερείται αφενός της προστασίας του καθολικού ελέγχου νομιμότητας που πραγματοποιεί το Ελ.Συν., ενώ υποχρεούται σε υπερπολλαπλάσιας αξίας έξοδα παραβόλων για την προσβολή των δεκαπέντε διακηρύξεων ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ αντί της ανώτατης ορισθείσας μέγιστης αξίας του ενός (1) παραβόλου και των αντίστοιχων δικαστικών παραβόλων.

Επειδή η κατάτμηση ενός ενιαίου, από τεχνική και οικονομική άποψη, αντικειμένου δημόσιας σύμβασης αναφέρεται σε ξεχωριστή δημοπράτηση με διαφορετικές διαγωνιστικές διαδικασίες ή/και απευθείας ανάθεση, δηλαδή με αυτοτελώς κινούμενη διαδικασία για κάθε επιμέρους συμβατικό αντικείμενο. Από την άλλη πλευρά, η ανεπίτρεπτη αυτή κατάτμηση κρίνεται ως παράνομη, εφ' όσον δεν δικαιολογείται από αντικειμενικά κριτήρια τεχνικής και οικονομικής φύσης κατά τ' ανωτέρω, ακριβώς γιατί σκοπεί στην αποφυγή εφαρμογής ενός αυστηρότερου νομοθετικού πλαισίου για τον αναθέτοντα φορέα, ιδίως δε των διατυπώσεων δημοσιότητας, το οποίο θα τύγχανε εφαρμογής, αν ο διαγωνισμός διεξήγето για το σύνολο του συμβατικού αντικειμένου χωρίς την μεσολάβηση της παράνομης κατάτμησης. Αντίθετα, η διεξαγωγή ενός διαγωνισμού με ενιαίο αντικείμενο, κατά τμήματα (ή τομείς εν προκειμένω), αποτελεί κατ' αρχήν ανέλεγκτη επιλογή του αναθέτοντος φορέα, με την επιφύλαξη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας, και εκκινεί με την ίδια διακήρυξη, για την οποία ακολουθούνται οι ίδιες διατυπώσεις δημοσιότητας. Πολλώ δε μάλλον, η ενιαία διεξαγωγή του διαγωνισμού σε επιμέρους τμήματα, η οποία επαφίεται κατά το άρθρο 59 του

N. 4412/2016 (άρθρο 46 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) στην διακριτική ευχέρεια του αναθέτοντος φορέα, δεν οδηγεί σε καταστρατήγηση του νομοθετικού πλαισίου που θα εφαρμοσθεί στην διαγωνιστική διαδικασία, αφού ο προϋπολογισμός, βάσει του οποίου θα κριθεί το πλαίσιο των εφαρμοστέων κανόνων, προκύπτει από το άθροισμα του προϋπολογισμού των επιμέρους τμημάτων της σύμβασης. Το κριτήριο αυτό όμως, το οποίο εν τέλει δεν επηρεάζει την υπαγωγή του διαγωνισμού σε ένα συγκεκριμένο πλαίσιο (απ' ευθείας ανάθεση, συνοπτικός, ανοιχτός, διεθνής), αλλά ενδεχομένως άλλα δεδομένα, όπως π.χ. τον υπολογισμό του ύψους του παραβόλου για την άσκηση προσφυγής ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, σε περίπτωση που ο προσφεύγων δεν συμμετέχει σε όλα τα τμήματα της σύμβασης, επ' ουδενί αλλοιώνει τον τρόπο διεξαγωγής της διαγωνιστικής διαδικασίας. Συνεπώς, εν όψει των όσων εκτέθηκαν ανωτέρω, δεν προέκυψε ότι με την τμηματοποίηση του συμβατικού αντικειμένου του διαγωνισμού υπήρχε πρόθεση του αναθέτοντος φορέα να αποφύγει την εφαρμογή των κανόνων διεξαγωγής του διαγωνισμού, βάσει του προϋπολογισμού του, ούτε να περιορίσει την ανάπτυξη συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού για την ανάδειξη του τελικού μειοδότη. Εξ άλλου, με επιχείρημα από το μείζον στο έλασσον, έχει κριθεί από το ΕλΣυν (Πράξη 70/2015 του VII Τμ. Κλιμακίου Προληπτικού Ελέγχου Δαπανών), ότι είναι επιτρεπτός ο επιμερισμός όμοιων ή ομοειδών υπηρεσιών, η παροχή των οποίων λαμβάνει χώρα εντός του γεωγραφικού πλαισίου του Δήμου, σε περισσότερες ομοειδείς υπηρεσίες, για τις οποίες έχουν εγγραφεί ξεχωριστές πιστώσεις στον οικείο προϋπολογισμό, εφ' όσον κάθε ομάδα υπηρεσιών αφορά σε διαφορετική δημοτική ενότητα (Πράξεις 38/2014, 195/2014, 244, 198/2012 του VII Τμ. Κλιμακίου Προληπτικού Ελέγχου Δαπανών). Ομοίως έχει κριθεί (Πράξη 198/2012 του VII Τμ. Κλιμακίου Προληπτικού Ελέγχου Δαπανών), ότι, μετά την έναρξη ισχύος της διάταξης του άρθρου 6 παρ. 14 του Ν. 4071/2012, είναι επιτρεπτός ο επιμερισμός της εκτέλεσης όμοιων ή ομοειδών υπηρεσιών, η εκτέλεση των οποίων λαμβάνει χώρα εντός του γεωγραφικού πλαισίου του Δήμου, σε περισσότερες ομοειδείς εργασίες, για τις οποίες έχουν αναγραφεί ιδιαίτερες πιστώσεις στον προϋπολογισμό, εφ' όσον κάθε ομάδα εργασιών αφορά σε συγκεκριμένη δημοτική ενότητα. Επιπλέον, το άρθρο 6 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 5 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ρητά ορίζει, ότι: «Η επιλογή της χρησιμοποιούμενης

μεθόδου για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης δεν γίνεται με σκοπό την αποφυγή της εφαρμογής οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου. Η σύμβαση δεν κατατέμενεται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται η εφαρμογή οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους», επιδιώκοντας να αποτρέψει μόνο την παράνομη κατάτμηση της σύμβασης και όχι τον επιμερισμό του συμβατικού αντικειμένου σε τμήματα. Ως εκ τούτου, διαπιστώνεται σαφής διάκριση μεταξύ της έννοιας της κατάτμησης και του επιμερισμού σε τμήματα του αντικειμένου της σύμβασης, με διακριτές έννομες συνέπειες, τόσο ως προς τον τρόπο διεξαγωγής του διαγωνισμού όσο και ως προς την αντιμετώπισή τους από τον νόμο και τη νομολογία. Εν όψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο χωρισμός του συμβατικού αντικειμένου του διαγωνισμού σε επιμέρους τμήματα/τομείς δεν μπορεί να κριθεί ως παράνομος, αποτελεί μέρος της ανέλεγκτης κρίσης του αναθέτοντος φορέα ως προς την σκοπιμότητα θέσπισής του και επομένως ο οικείος λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος (βλ. *ad hoc* ΕΑΔΗΣΥ 578/2023). Περαιτέρω, η προσφεύγουσα δεν κατέδειξε τους ειδικούς εκείνους λόγους, για τους οποίους καθίσταται αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή της στον διαγωνισμό, αλλά ούτε και τον εν τοις πράγμασι κίνδυνο αποκλεισμού από την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία. Εξάλλου, η προσφεύγουσα δεν στερείται του δικαιώματος αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας αποκλειστικά από το γεγονός ότι υποχρεούται στην κατάθεση περισσότερων του ενός παραβόλου, το οποίο άλλωστε επιστρέφεται στην ίδια σε περίπτωση που η προδικαστική προσφυγή της γίνει εν μέρει ή εν όλω δεκτή. Εν όψει των ανωτέρω, ο σχετικός λόγος θα πρέπει να απορριφθεί ελλείψει εννόμου συμφέροντος και σε κάθε περίπτωση διότι τούτος τυγχάνει αβάσιμος, σύμφωνα με τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα.

Με τον επόμενο λόγο προσφυγής προβάλλεται, ότι «Με το άρθρο 2.2.5.β. της διακήρυξης προβλέπεται ως κριτήριο επιλογής πιστοληπτική ικανότητα «σωρευτικά για χρηματοδοτήσεις και για την έκδοση πόσης φύσεως εγγυητικών επιστολών» παρά τα αντίθετα κριθέντα με σωρεία αποφάσεων της ΕΑΔΗΣΥ που επικαλείται η προσφεύγουσα και με τις οποίες έχει κριθεί ότι η πιστοληπτική ικανότητα υπολογίζεται μόνο βάσει των χρηματοδοτήσεων. Πλην όμως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο ως άνω όρος της διακήρυξης

δεν εμποδίζει την τυπική συμμετοχή της, διότι σε κάθε περίπτωση αυτή πληροί τον σχετικό όρο της διακήρυξης (σελ. 32 της προσφυγής). Ωστόσο, εμποδίζει την αποτελεσματική συμμετοχή και τη διεκδίκηση ανάθεσης της εν λόγω σύμβασης, διότι επιτρέπει τη συμμετοχή και οικονομικών φορέων που δεν έχουν την απαιτούμενη από το νόμο πιστοληπτική ικανότητα βάσει μόνο χρηματοδοτήσεων. Εκ των προδιαληφθέντων προκύπτει σαφώς ότι η προσφεύγουσα συνομολογεί ότι δεν εμποδίζεται στην υποβολή προσφοράς στην οικεία διαγωνιστική διαδικασία και επομένως δεν υφίσταται βλάβη. Η τυχόν προκληθείσα σε αυτήν βλάβη από τη δυνατότητα που παρέχεται σε άλλους φορείς να συμμετέχουν κατά τα ανωτέρω στον εν λόγω διαγωνισμό, δεν συνιστά επαρκή λόγο που να θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, και αυτός ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας τυγχάνει απορριπτέος ως προβαλλόμενος άνευ εννόμου συμφέροντος.

Με τον τελευταίο λόγο της προσφυγής ισχυρίζεται ότι με το άρθρο 2.2.5.γ, κατά παράβαση της οδηγίας 2014/24 και του ν. 4412/2016 δεν απαιτείται η ύπαρξη σύμβασης ασφάλισης κατά το χρόνο συμμετοχής αλλά παρανόμως περιορίζεται αυτή κατά το χρόνο υπογραφής της σύμβασης, δεδομένου ότι τα κριτήρια επιλογής πρέπει να πληρούνται από τους οικονομικούς φορείς κατά το χρόνο συμμετοχής και υποβολής στις διαγωνιστικές διαδικασίες. Ωστόσο, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ο ως άνω όρος δεν εμποδίζει την τυπική συμμετοχή της, διότι σε κάθε περίπτωση πληροί τον σχετικό όρο της διακήρυξης. Συναφώς, κατά τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα, ο σχετικός ισχυρισμός τυγχάνει απορριπτέος ως προβαλλόμενος άνευ εννόμου συμφέροντος.

Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να καταπέσει το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Αριθμός απόφασης: 613/2023

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 05 Απριλίου 2023 και εκδόθηκε στις 25 Απριλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ