

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 7 Απριλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος, και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος-Εισηγήτρια.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 28/2/2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 273/2-3-2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» που εδρεύει στη ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά της ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα, και

-Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» που εδρεύει στο ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η Διακήρυξη του αναθέτοντα φορέα με αριθμό ... και με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης ..., καθώς επίσης και οι διευκρινίσεις του αναθέτοντα φορέα επ' αυτής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο, κατ' άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017, παράβολο ποσού 4.050,00 ευρώ, όπως αυτό υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ποσού 810.000,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ και δικαίωμα προαίρεσης (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).

2. Με τη Διακήρυξη του αναθέτοντα φορέα με αριθμό ... προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης «...» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 945.000,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου

του δικαιώματος προαίρεσης, χωρίς ΦΠΑ. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 31/1/2023 (ΑΔΑΜ: ...), καθώς επίσης και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της συμφερότερης προσφοράς βάσει τιμής. Σύμφωνα με το άρθρο 1.5 της Διακήρυξης ως καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών ορίστηκε η 3η/2/2023 και, κατόπιν παράτασης, η 8η/5/2023.

3. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (υπηρεσία), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής, για την άσκηση της οποίας έχουν τηρηθεί οι προϋποθέσεις παραδεκτού.

4. Η αναθέτουσα αρχή ανάρτησε την προδικαστική προσφυγή στην αρχική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού την 1η/3/2023 και υπέβαλε νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 15/3/2023 τις απόψεις της επ' αυτής, τις οποίες ανάρτησε αυθημερόν και στην αρχική σελίδα του διαγωνισμού. Κατόπιν αυτού, η προσφεύγουσα νόμιμα και εμπρόθεσμα υπέβαλε συμπληρωματικό υπόμνημα στις 20/3/2023.

5. Η παρεμβαίνουσα άσκησε παρέμβαση στις 13/3/2023, νόμιμα και εμπρόθεσμα. Ειδικότερα, η παρεμβαίνουσα, ως οικονομικός φορέας που ενδιαφέρεται για την ανάληψη της σύμβασης μέσω του διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την προσβαλλόμενη Διακήρυξη, διαθέτει έννομο συμφέρον να παρέμβει υπέρ της διατήρησης της ισχύος της και με αίτημα την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

6. Σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 ν. 4412/2016, *«κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3*

ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

7. Κατά την έννοια των προπαρατεθεισών διατάξεων, 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 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 στη 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).

8. Στην προκειμένη περίπτωση, η προσφεύγουσα ασκεί την προδικαστική προσφυγή κατ' αρχήν με έννομο συμφέρον, καθόσον επικαλείται ότι, παρά το γεγονός ότι η ίδια δραστηριοποιείται επαγγελματικά στην αγορά που αφορά ο προκείμενος διαγωνισμός και ενδιαφέρεται να συμμετάσχει σε αυτόν, η συμμετοχή της εμποδίζεται εξαιτίας μη νόμιμων όρων της προσβαλλόμενης Διακήρυξης.

9. Περαιτέρω, όπως έχει κριθεί (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 106/2021, 189/2015, 124/2015, 354/2014 κ.ά.), ο αναθέτων φορέας είναι κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης

παροχής υπηρεσιών καθορίζοντας τα κριτήρια επιλογής, τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Η δε θέσπιση με τη διακήρυξη προϋποθέσεων συμμετοχής που ο αναθέτων φορέας κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού για μόνο τον λόγο ότι επιτρέπει τη συμμετοχή ορισμένων ενδιαφερομένων και συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν άλλων οικονομικών φορέων που δεν πληρούν τα κριτήρια επιλογής. Και τούτο, διότι από τη φύση τους τα κριτήρια επιλογής περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους αμφισβητείται απαράδεκτα από τυχόν προτιθέμενους να μετάσχουν στον διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, τα κριτήρια επιλογής από την άποψη της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς επίσης και της αρχής της αναλογικότητας (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Έτσι, οι ελάχιστες απαιτήσεις που ορίζονται με τα έγγραφα της σύμβασης πρέπει να σχετίζονται με το αντικείμενό της, ήτοι να τελούν σε σχέση αναλογίας και να είναι προσαρμοσμένες προς αυτό, χωρίς όμως, να βαίνουν πέραν του αναγκαίου μέτρου για την εξυπηρέτηση του κατά περίπτωση επιδιωκόμενου σκοπού (βλ. αντί άλλων ΕΑ ΣτΕ 170/2021).

10. Ειδικότερα, σύμφωνα με την κατά το άρθρο 18 ν. 4412/2016 στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εφαρμοστέα αρχή της αναλογικότητας, οι οριζόμενες από τη Διακήρυξη ελάχιστες απαιτήσεις πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίες και πρόσφορες για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού (πρβλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ).

11. Και ναι μεν, όπως έχει κριθεί, η Διακήρυξη, ως κανονιστική πράξη, δεν απαιτείται να φέρει αιτιολογία (ΣτΕ 434/2021, 1463/2015), αλλά η επιλογή κατ'

ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής κριτηρίων επιλογής, είναι αιτιολογητέα, προκειμένου να καθίσταται εφικτός ο έλεγχος της νόμιμης άσκησης της διακριτικής ευχέρειας και της τήρησης των άκρων ορίων αυτής (πρβλ ΟΛΣΤΕ 721/1969), στην εξεταζόμενη δε υπόθεση και της τήρησης της αρχής της αναλογικότητας από την αναθέτουσα αρχή. Στην περίπτωση δε αμφισβήτησης των κανονιστικών όρων Διακήρυξης ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, ενόψει του ότι η κανονιστικού χαρακτήρα Διακήρυξη δεν φέρει υποχρεωτικά αιτιολογία, η επιλογή των πληττόμενων απαιτήσεων, μπορεί να παρατίθεται με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής (πρβλ. ΔΕφΠειρ 44/2018) ή/και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου.

12. Με τον πρώτο λόγο της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση του όρου του άρθρου 2.2.6.1.α' της Διακήρυξης, με το οποίο εισάγεται κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας με το εξής περιεχόμενο: *«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 παροχής υπηρεσιών ..., ως ακολούθως: α) Ένα (1) τουλάχιστον έργο, το οποίο να απαιτούσε την απασχόληση ομάδας έργου αποτελούμενης τουλάχιστον από εκατό (100) άτομα και να είχε συνολική συμβατική αξία (συμπεριλαμβανομένων τυχόν τροποποιήσεων ή/και προαιρέσεων) που έχουν λάβει ήδη χώρα, ύψους κατ' ελάχιστο στο 100% του προϋπολογισμού της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος ΦΠΑ και των δικαιωμάτων προαίρεσης. 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)».*

13. Με το πρώτο σκέλος του πρώτου λόγου της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο πληττόμενος όρος της Διακήρυξης είναι μη νόμιμος, διότι παραβιάζει τις διατάξεις του άρθρου 75 παρ. 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 της πλήρωσής τους. Ειδικότερα, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, 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). Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι 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.

14. Το άρθρο 75 παρ. 1 και 4 ν. 4412/2016 ορίζει τα εξής: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. ... 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. 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.». Περαιτέρω, το άρθρο 80 παρ. 5 ν. 4412/2016 ορίζει 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». Τέλος, στο Μέρος II: Τεχνική ικανότητα του Παραρτήματος XII – Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής ορίζονται τα εξής: «Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: ... α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών· όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία πενταετία, 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. Όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία τριετία· 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· γ) περιγραφή του τεχνικού εξοπλισμού και των μέτρων που λαμβάνει ο οικονομικός φορέας για την εξασφάλιση της ποιότητας και των μέσων μελέτης και έρευνας της επιχείρησής του· δ) αναφορά του τρόπου διαχείρισης της αλυσίδας εφοδιασμού και των συστημάτων ανίχνευσης που θα είναι σε θέση να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης· ε) εάν τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες

που παρέχονται είναι σύνθετα ή, κατ' εξαίρεση, πρέπει να ανταποκρίνονται σε κάποιον ιδιαίτερο σκοπό, έλεγχος διενεργούμενος από την αναθέτουσα αρχή ή, εξ ονόματος της, από αρμόδιο επίσημο οργανισμό της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο προμηθευτής ή ο πάροχος υπηρεσιών, με την επιφύλαξη της συναίνεσης του οργανισμού αυτού· ο έλεγχος αυτός αφορά το παραγωγικό δυναμικό του προμηθευτή ή τις τεχνικές ικανότητες του παρόχου υπηρεσιών και, όπου κριθεί απαραίτητο, τα μέσα μελέτης και έρευνας που αυτός διαθέτει καθώς και τα μέτρα που λαμβάνει για τον έλεγχο της ποιότητας· στ) αναφορά τίτλων σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης, υπό την προϋπόθεση ότι δεν αξιολογούνται ως κριτήριο ανάθεσης· ζ) αναφορά των μέτρων περιβαλλοντικής διαχείρισης που μπορεί να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης· 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· θ) δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο πάροχος υπηρεσιών ή ο εργολήπτης για την εκτέλεση της σύμβασης· ι) αναφορά του τμήματος της σύμβασης το οποίο ο οικονομικός φορέας προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας· ια) όσον αφορά τα προϊόντα που παρέχονται: i) δείγματα, περιγραφή ή φωτογραφίες, η αυθεντικότητα των οποίων πρέπει να μπορεί να βεβαιώνεται κατόπιν αιτήσεως της αναθέτουσας αρχής, ii) πιστοποιητικά εκδιδόμενα από επίσημα ινστιτούτα ή επίσημες υπηρεσίες ελέγχου της ποιότητας, αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των αγαθών, επαληθευόμενη με παραπομπές σε ορισμένες τεχνικές προδιαγραφές ή πρότυπα».

15. Σύμφωνα με το άρθρο 1.3.1 της Διακήρυξης, «αντικείμενο της σύμβασης είναι το έργο ..., των παραγωγικών ταχυδρομικών λειτουργιών που αφορούν στη διαχείριση ταχυδρομικών αντικειμένων και στη λειτουργία των θυρίδων συναλλαγής, 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, 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)». Σχετικά με τον παραπάνω όρο της Διακήρυξης ο αναθέτων φορέας χορήγησε διευκρίνιση, κατόπιν ερωτήματος της προσφεύγουσας, με την οποία επιβεβαίωσε την απαίτηση εκτέλεσης προηγούμενης σύμβασης με ομάδα έργου αποτελούμενη από τουλάχιστον εκατό (100) άτομα.

16. Η προπαρατεθείσα διάταξη του άρθρου 75 παρ. 4 ν. 4412/2016, με την οποία ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο η αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 58 παρ. 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, απαριθμεί εξαντλητικά τα στοιχεία βάσει των οποίων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αξιολογεί και να ελέγχει τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των διαγωνιζομένων (πρβλ. ΔΕΕ απόφαση της 10/5/2012, C-368/2010, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών, σκ. 105, ΔΕΕ, απόφαση της 18/10/2012, C-218/11, Edukoživig - Hochtief Construction AG, σκ. 28, Κατευθυντήρια Οδηγία ΕΑΑΔΗΣΥ 13, σελ. 15- 17). Μεταξύ των στοιχείων αυτών αναφέρεται και το ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν.

17. Περαιτέρω, σύμφωνα με την προπαρατεθείσα διάταξη του άρθρου 80 παρ. 5 ν. 4412/2016, με την οποία ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο η διάταξη του άρθρου 60 παρ. 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η πλήρωση των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα επίσης αποκλειστικά αναφερόμενα στοιχεία του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' ν. 4412/2016 (βλ. ΔΕφΘεσ/νίκης 63/2018, σκ. 9), ήτοι με

απαριθμούμενα τα από α' έως ια' στοιχεία. Μεταξύ των στοιχείων αυτών είναι και ο κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, από τον διαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη.

18. Και ναι μεν, όπως προαναφέρθηκε, η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα μπορεί να τεκμηριώνεται μόνο με τα εξαντλητικά απαριθμούμενα αποδεικτικά μέσα του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' ν. 4412/2016, αλλά τα δεδομένα του ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη, τα οποία πρέπει να αναφέρονται στο αποδεικτικό μέσο του καταλόγου κυριότερων παραδόσεων ή υπηρεσιών, αποτελούν το ελάχιστο, και όχι το αποκλειστικό, περιεχόμενο του καταλόγου, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Ειδικότερα, τα στοιχεία αυτά δεν βρίσκονται μεταξύ των εξαντλητικά απαριθμούμενων αποδεικτικών μέσων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (α' έως ια'), όπως αβάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, αλλά αποτελούν δεδομένα απαιτούμενα από τον νόμο για τον προσδιορισμό των προηγούμενων παραδόσεων ή υπηρεσιών, τις οποίες επικαλείται ο οικονομικός φορέας στον κατάλογο της περίπτωσης α.ii του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' ν. 4412/2016 για την απόδειξη της προηγούμενης εμπειρίας του, όταν η αναθέτουσα αρχή έχει ορίσει ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας την εμπειρία από προηγούμενες συμβάσεις.

19. Όπως βάσιμα υποστηρίζουν η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα, από τις προπαρατεθείσες διατάξεις που επικαλείται η προσφεύγουσα δεν προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή εμποδίζεται να εξειδικεύσει, κατά ποσότητα ή κατά περιεχόμενο, το αντικείμενο της απαιτούμενης εμπειρίας απαιτώντας την αναφορά περισσότερων από τα παραπάνω τρία δεδομένα (αξία, ημερομηνία, παραλήπτης) σχετικά με τις εκτελεσθείσες συμβάσεις, ούτε ότι ο μόνος τρόπος εξειδίκευσης της ποσότητας της παρασχεθείσας υπηρεσίας είναι η αναφορά της οικονομικής αξίας της. Έτσι, η ποσότητα των παρασχεθεισών υπηρεσιών, το αντικείμενό τους και το περιεχόμενο των συμβατικών υποχρεώσεων των οικονομικών φορέων, στο πλαίσιο εκτέλεσης προηγούμενων συμβάσεων, αποτελούν στοιχεία πρόσφορα για την απόδειξη της σύνδεσης και της συνάφειας της εμπειρίας του οικονομικού φορέα με το

αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, με τα οποία η αναθέτουσα αρχή μπορεί να εξειδικεύσει το περιεχόμενο της απαιτούμενης εμπειρίας.

20. Επομένως, στην προκείμενη περίπτωση, ενόψει του αντικείμενου της σύμβασης, όπως περιγράφεται στο προπαρατεθέν άρθρο 1.3 της Διακήρυξης, νόμιμα η αναθέτουσα αρχή εξειδίκευσε το αντικείμενο της απαιτούμενης εμπειρίας των οικονομικών φορέων με αναφορά στην εκτέλεση όμοιου συμβατικού αντικειμένου με αντίστοιχα μέσα, ήτοι με ομάδα έργου αποτελούμενη από ισάριθμα άτομα με την ομάδα έργου που απαιτείται για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Κατά συνέπεια, ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος ως προς το πρώτο σκέλος του.

21. Με το δεύτερο σκέλος του πρώτου λόγου της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο προσβαλλόμενος όρος του άρθρου 2.2.6.1.α. της Διακήρυξης είναι προδήλως δυσανάλογος προς το φυσικό αντικείμενο της σύμβασης, μη αναγκαίος για την εκτέλεση της προκηρυχθείσας σύμβασης και εμποδίζει υπέρμετρα την ανάπτυξη ανταγωνισμού, κωλύοντας τη συμμετοχή περισσότερων οικονομικών φορέων στον διαγωνισμό, χωρίς νόμιμη αιτιολογία.

22. Όπως προαναφέρθηκε, σύμφωνα με το προπαρατεθέν άρθρο 75 παρ. 1 ν. 4412/2016, τα κριτήρια επιλογής πρέπει να σχετίζονται και να είναι ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης. Στην προκείμενη περίπτωση, το αντικείμενο της σύμβασης που συνίσταται στην παροχή υπηρεσιών προς τον αναθέτοντα φορέα, οι οποίες περιλαμβάνουν όλες τις επιμέρους ενέργειες για την παραλαβή, αποστολή και παράδοση ταχυδρομικών αντικειμένων και για τη διεκπεραίωση συναλλαγών, με ομάδα έργου εκατό (100) ατόμων. Με αυτό το δεδομένο, το επίμαχο κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας αφενός συνδέεται με το συμβατικό αντικείμενο και αφετέρου παρίσταται εύλογο, αντικειμενικό και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού διασφάλισης της ποιότητας και αρτιότητας των υπηρεσιών που αποτελούν το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, σύμφωνα και με την παρατιθέμενη στις απόψεις της αναθέτουσας αρχής αιτιολογία. Απορριπτέος ως αναγόμενος σε κρίση σκοπιμότητας της αναθέτουσας αρχής είναι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε να έχει 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 περιπτώσεις ανάθεσης αντίστοιχων συμβάσεων.

23. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι δυσανάλογη είναι και η απαίτηση του παραπάνω όρου 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. Ο προκείμενος ισχυρισμός είναι απορριπτέος, διότι η παραπάνω προϋπόθεση δεν είναι υπέρμετρα περιοριστική, ούτε έχει τεθεί κατά παράβαση των αρχών της αναλογικότητας και του υγιούς ανταγωνισμού, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας. 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 διαγωνιζομένων 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 έχει αποκτήσει ένας οικονομικός φορέας 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).

24. Τέλος, απορριπτέος ως αόριστος είναι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι ο πληττόμενος όρος της Διακήρυξης είναι φωτογραφικός, διότι, για το

Αριθμός απόφασης: 621/2023

ορισμένο του ισχυρισμού αυτού, απαιτείται να κατονομάζεται ο οικονομικός φορέας που είναι ο μόνος δυνάμενος να συμμετάσχει ως συνέπεια του επίμαχου κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (ΕΑ ΣΤΕ 314/2013, 262/2007, 196/2007, 15/2006, ΔΕφΘεσ/νίκης 403/2022). Σε κάθε δε περίπτωση, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται αναπόδεικτα ότι μόνο ένας (1) οικονομικός φορέας, εγκατεστημένος στην Ελλάδα, πληροί τον όρο του άρθρου 2.2.6.1.α' της Διακήρυξης, αφού δεν επικαλείται, ούτε προσκομίζει οποιοδήποτε στοιχείο, από το οποίο να προκύπτει αυτό. Κατόπιν όλων των παραπάνω, ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό του.

25. Με τον δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγή η προσφεύγουσα προβάλλει ότι μη νόμιμα η αναθέτουσα αρχή κατέτμησε 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 της, γιατί απαιτούνται πολλαπλάσιες δαπάνες σε σχέση με αυτές που θα απαιτούνταν εάν δημοπρατείτο μία ενιαία σύμβαση. Επιπρόσθετα, ισχυρίζεται ότι στερείται της προστασίας του ελέγχου νομιμότητας της σύμβασης από το Ελεγκτικό Συνέδριο.

26. Ενόψει όσων έγιναν δεκτά παραπάνω (βλ. σκέψη 7), ο προκείμενος λόγος της προδικαστικής προσφυγής προβάλλεται απαράδεκτα λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας. Ειδικότερα, η συμμετοχή της προσφεύγουσας στον προκείμενο διαγωνισμό δεν εμποδίζεται, ούτε δυσχεραίνεται ουσιωδώς από το γεγονός ότι έχουν δημοσιευθεί δεκατέσσερις (14) ακόμη όμοιες Διακηρύξεις για διαφορετικές γεωγραφικές περιοχές της χώρας, ανεξάρτητα από το εάν αυτό θα μπορούσε, υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις, η διερεύνηση των οποίων δεν αποτελεί αντικείμενο της παρούσας, να θεωρηθεί ότι αποτελεί τεχνητή κατάτμηση ενός ενιαίου συμβατικού αντικειμένου. Αλυσιτελώς προβάλλει η προσφεύγουσα ότι από την επίμαχη επιλογή της αναθέτουσας αρχής 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 της προσφεύγουσας να συμμετάσχει στον προκείμενο διαγωνισμό, στην οποία και μόνο μπορεί να θεμελιωθεί το έννομο συμφέρον της 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 η προσφεύγουσα, ούτε επικαλείται, ούτε προσκομίζει οποιοδήποτε σχετικό στοιχείο. Τέλος, απορριπτέος είναι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας 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.

27. Με τον τρίτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα βάλλει κατά των κριτηρίων χρηματοοικονομικής και οικονομικής επάρκειας του άρθρου 2.2.6.β' και 2.2.6.γ' της Διακήρυξης. Ο προβαλλόμενος λόγος είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας να τον προβάλλει, δεδομένου ότι, όπως η ίδια συνομολογεί με την προδικαστική προσφυγή, η συμμετοχή της στον διαγωνισμό δεν εμποδίζεται ούτε δυσχεραίνεται από τις παραπάνω πληττόμενες διατάξεις της Διακήρυξης, διότι πληροί τα επίμαχα κριτήρια επιλογής.

28. Με τον τέταρτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση των όρων των άρθρων 2.2.9.B.4.β', γ' και 2.2.9.2.B.5.α. της Διακήρυξης που διέπουν τα αποδεικτικά μέσα για την απόδειξη της πλήρωσης των όρων των άρθρων 2.2.6.1.α', β' και γ' της Διακήρυξης. Ο λόγος αυτός είναι απορριπτέος ως προβαλλόμενος απαράδεκτος λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας, η οποία δεν επικαλείται βλάβη από τις περί αποδεικτικών μέσων διατάξεις της Διακήρυξης, παρά μόνο από τους όρους σχετικά με τα κριτήρια επιλογής, σύμφωνα με τους

Αριθμός απόφασης: 621/2023

κριθέντες και απορριφθέντες με τις σκέψεις που προηγήθηκαν ισχυρισμούς της.

29. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να οριστεί η κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 7 Απριλίου 2023 και εκδόθηκε στις 26 Απριλίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ