

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Απριλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21.03.2023 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 395/22.03.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» και δη κατά της με αριθμ. «...» διακήρυξης της ως άνω αναθέτουσας αρχής με αντικείμενο την επιλογή αναδόχου δημόσιας σύμβασης «...», καθ' ο μέρος προσβάλλεται με την ασκηθείσα προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.397,00 ευρώ (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 ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω του συνδέσμου «Επικοινωνία» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού

στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (με α/α συστήματος «...»), η προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, διά του με αριθμ. πρωτ. 31622/27.03.2023 εγγράφου της διατυπώνει τις απόψεις της επί της προκείμενης προσφυγής, αναρτώντας το σχετικό έγγραφο στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ.

4. Επειδή, με την με αριθμό «...» Διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με τίτλο «...», εκτιμώμενης αξίας 279.304,35 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και με κριτήριο ανάθεσης τη πλέον συμφέρουσα, από οικονομική άποψη, προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας -τιμής, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 24.02.2023 με Α.Δ.Α.Μ. «...» καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». Παραπονείται εν προκειμένω η προσφεύγουσα διά της ασκηθείσας προσφυγής της ότι στην διακήρυξη του εν λόγω διαγωνισμού εντοπίζονται όροι, οι οποίοι είναι μη νόμιμοι, καθιστούν αντικειμενικώς ανέφικτη την εκ μέρους της υποβολή προσφοράς, σε κάθε περίπτωση δυσχεραίνουν ουσιωδώς τη δυνατότητα συμμετοχής της στο διαγωνισμό, σε αντίθεση με τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων, οι οποίες θα πρέπει να διέπουν την εκάστοτε διαγωνιστική διαδικασία. Με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ειδικότερα η προσφεύγουσα ότι διά του όρου 2.2.6 της διακήρυξης σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα επιβάλλεται αδικαιολόγητος περιορισμός στον ανταγωνισμό, καθ' ό μέρος απαιτείται το 70% των μελών (sic –7,7 πρόσωπα) της Ομάδας Έργου να συνδέονται με σχέση εξαρτημένης εργασίας με τον υποψήφιο ανάδοχο ή να είναι μέλη της διοίκησής του, θέτει δηλαδή περιορισμό στη δυνατότητα του υποψηφίου αναδόχου να αναθέσει υπεργολαβικά τις αντίστοιχες υπηρεσίες σε τρίτους (ή/και να στηριχτεί σε τρίτους για την πλήρωση του αντίστοιχου κριτηρίου τεχνικής ικανότητας), καθόσον, η υπεργολαβία εξ ορισμού, ως σύμβαση έργου με τρίτον, αποκλείει τη σχέση εξαρτημένης εργασίας μεταξύ του αναδόχου και του υπεργολάβου. Επομένως, με βάση τον ανωτέρω όρο, κατά τα ιστορούμενα στη προσφυγή, τίθεται εμμέσως πλην σαφώς απαγόρευση στη χρήση υπεργολαβιών για την εκτέλεση της σύμβασης, ως προς άδηλο

,κατά την προσφεύγουσα, τμήμα της, που καθορίζεται αφηρημένα υπό τη μορφή ποσοστού επί των μελών της ομάδας έργου, που θα φέρει εις πέρας το συμβατικό αντικείμενο, χωρίς μάλιστα ο τιθέμενος περιορισμός να αιτιολογείται και να στηρίζεται σε αντικειμενικούς λόγους συνδεόμενους με το αντικείμενο της σύμβασης. Ειδικώς δε για την ώδε προσφεύγουσα, ο επίμαχος όρος της διακήρυξης καθιστά αδύνατη, άλλως σε κάθε περίπτωση δυσχεραίνει ουσιωδώς τη δυνατότητα συμμετοχής της στο διαγωνισμό, καθόσον καίτοι έχει τη δυνατότητα να συγκροτήσει ομάδα έργου με τη συμμετοχή προσώπων όλων των ζητούμενων ειδικοτήτων και με την απαιτούμενη εμπειρία (υπό την επιφύλαξη όσων αναφέρονται στο δεύτερο λόγο της προσφυγής της), εντούτοις δεν συνδέεται με σχέση εξαρτημένης εργασίας με όλα αυτά τα πρόσωπα και συνεπώς, υφίσταται άμεση βλάβη από τον εν λόγω προσβαλλόμενο όρο και ως εκ τούτου με έννομο συμφέρον αιτείται την ακύρωσή του. Επιπλέον αναφέρει η προσφεύγουσα ότι ο ως άνω όρος είναι μη νόμιμος και για τον επάλληλο λόγο ότι είναι ασαφής, ενόψει του ότι ο υπολογισμός του 70% της απαιτούμενης ενδεκαμελούς ομάδας έργου δεν δίνει ακέραιο αριθμό μελών, ούτε μπορεί να συναχθεί εν προκειμένω ότι το κλάσμα στρογγυλοποιείται προς τα πάνω ή προς τα κάτω. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα παραπονείται ότι πλημμελώς και παρανόμως διά του όρου 2.2.6 της εξεταζόμενης διακήρυξης απαιτείται να συμμετέχει στην ομάδα έργου, μεταξύ των άλλων: i) ένας Υπεύθυνος Επικοινωνίας κάτοχος πτυχίου ΑΕΙ ή ΤΕΙ (ανεξαρτήτου ειδικότητας) με αποδεδειγμένη 5ετή εμπειρία σε ενέργειες προβολής δημοσιότητας που έχουν υλοποιηθεί στο πλαίσιο έργων συγχρηματοδοτούμενων από εθνικούς ή/και ευρωπαϊκούς πόρους ή/και έργα του δημοσίου τομέα, ο οποίος αποδεδειγμένα θα έχει στο ενεργητικό του τουλάχιστον ένα (1) έργο «...» και με άριστη γνώση αγγλικών και ii) δύο στελέχη με 3ετή τουλάχιστον εμπειρία στην «...», καθ' ο μέρος συναρτούν την παραδεκτή συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία με την απαίτηση συνδρομής του κριτηρίου της ζητούμενης εμπειρίας μόνο σε φορείς του δημοσίου τομέα, χωρίς τούτο να δικαιολογείται παντάπασι, πολλώ δε μάλλον χωρίς να γίνεται σχετικώς επίκληση λόγων υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος, περιορίζοντας ούτως υπέρμετρα τον ελεύθερο ανταγωνισμό. Η προσφεύγουσα δηλώνει στη

προσφυγή της συναφώς ότι, καίτοι μπορεί να συγκροτήσει ομάδα έργου με στελέχη που έχουν τη ζητούμενη εμπειρία, κτηθείσα στο πλαίσιο εκτέλεσης συμβάσεων ιδιωτικού δικαίου και χρηματοδοτούμενων από αμιγώς ιδιωτικούς πόρους, τούτο θα οδηγούσε σε αποκλεισμό της, με βάση τα ανωτέρω, μη νομίμως ζητούμενα. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα, δοθέντος ότι δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκεί την υπό κρίση προσφυγή, ισχυριζόμενη ότι μη νομίμως στερείται την δυνατότητα να συμμετάσχει στον εν λόγω διαγωνισμό με όρους παραδεκτής συμμετοχής.

5. Επειδή, στην προσβαλλόμενη διακήρυξη, προβλέπονται τα εξής: «Η σύμβαση περιλαμβάνεται στο υποέργο 1 της Πράξης: «...» στον Άξονα Προτεραιότητας «...», η οποία έχει ενταχθεί στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «...» με βάση την Απόφαση Ένταξης με αρ. πρωτ. 3174/02.06.2022 ΑΔΑ: «...» του «...» και έχει λάβει κωδικό MIS «...», δικαιούχος «...», κωδικός δικαιούχου «...». Κύριος, φορέας λειτουργίας και συντήρησης της πράξης, είναι η «...». Η παρούσα σύμβαση χρηματοδοτείται από την Ευρωπαϊκή Ένωση (Ευρωπαϊκό Ταμείο Περιφερειακής Ανάπτυξης) και από εθνικούς πόρους μέσω του ΠΔΕ. 1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης Αντικείμενο της σύμβασης είναι η «...». Μέσω των νέων τεχνολογιών επιδιώκετε η δημιουργία μίας μόνιμης σχέσης μεταξύ της φορέα και των επισκεπτών, βασισμένη σε βιωματικές εμπειρίες Παραδοτέα του έργου είναι: 1. «...» 2. «...» 3. «...» 4. «...» 5. «...» 6. «...» 7. «...» 8. «...» Οι παρεχόμενες υπηρεσίες κατατάσσονται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV): «...» «...»,[...] 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης Σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς επί ποινή αποκλεισμού θα πρέπει να πληρούν τις κάτωθι απαιτήσεις: 1. Κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας πριν από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών να έχουν ολοκληρώσει επιτυχώς τουλάχιστον ένα (1) έργο αντίστοιχο με το παρόν που να περιλαμβάνει κατ' ελάχιστον και επί ποινή αποκλεισμού τα εξής: □ «...» Επιπλέον των ανωτέρω, το έργο θα πρέπει να περιλαμβάνει και υπηρεσίες «...», ενώ θα πρέπει να έχει προϋπολογισμό τουλάχιστο ίσο με αυτό του

προκηρυσσόμενου έργου. Οι ανωτέρω απαιτήσεις μπορούν να καλύπτονται από ένα ή αθροιστικά από περισσότερα έργα. 2. Να διαθέτει κατάλληλη Ομάδα έργου με τεκμηριωμένη εμπειρία (επί ποινή αποκλεισμού) ως εξής: ✓

1 Υπεύθυνο έργου κάτοχο πανεπιστημιακού διπλώματος σπουδών και μεταπτυχιακού τίτλου σπουδών, με 10ετή τουλάχιστον εμπειρία ως Υπεύθυνος Έργου στην υλοποίηση ευρωπαϊκών ή/και συγχρηματοδοτούμενων προγραμμάτων ή/και έργων του δημοσίου τομέα και με καλή γνώση αγγλικής. Ο Υπεύθυνος Έργου οφείλει να αποτελεί στέλεχος με εξαρτημένη σχέση εργασίας του Φορέα του υποψηφίου ή στην περίπτωση Ένωσης Εταιριών μόνιμο στέλεχος του επικεφαλής Φορέα της Ένωσης. ✓

1 Αναπληρωτή Υπεύθυνο Έργου ο οποίος να διαθέτει πανεπιστημιακό τίτλο σπουδών, Θετικών επιστημών και μεταπτυχιακό στις θετικές επιστήμες, με αποδεδειγμένη τουλάχιστον 5ετή επαγγελματική εμπειρία ως Υπεύθυνος Έργου ή Αναπληρωτής Υπεύθυνος Έργου σε ευρωπαϊκά ή/και συγχρηματοδοτούμενα προγράμματα ή/και έργα του δημοσίου τομέα ή/και έργα πολιτισμού, με καλή γνώση αγγλικής. Ο Αναπληρωτής Υπεύθυνος Έργου οφείλει να είναι στέλεχος με εξαρτημένη σχέση εργασίας του Φορέα του υποψηφίου ή στην περίπτωση Ένωσης Εταιριών να είναι στέλεχος με εξαρτημένη σχέση εργασίας του επικεφαλής Φορέα της Ένωσης. ✓

1 Υπεύθυνος Υπολογιστικού Εξοπλισμού και Συστήματος Διαχείρισης Ψηφιακού Περιεχομένου ο οποίος να διαθέτει τίτλο σπουδών ΑΕΙ/ΤΕΙ στην Πληροφορική, τουλάχιστον πενταετή (5ετή) συνολική επαγγελματική εμπειρία στην Πληροφορική και εμπειρία σε τρία (3) τουλάχιστον έργα αντίστοιχα με το παρόν, η οποία να συμπεριλαμβάνει αθροιστικά την παραμετροποίηση, εγκατάσταση και λειτουργική υποστήριξη των προσφερόμενων λογισμικών προγραμμάτων ψηφιακού αποθετηρίου, ανάπτυξης εφαρμογών, ιστοσελίδων, καθώς και καλή γνώση αγγλικών. ✓

1 Υπεύθυνο Τεχνικής Υποστήριξης & Πιλοτικής Λειτουργίας, ο οποίος να διαθέτει τίτλο σπουδών ΑΕΙ/ΤΕΙ θετικής κατεύθυνσης, με τουλάχιστον τριετή (3ετή) συνολική επαγγελματική εμπειρία στην Πληροφορική και εμπειρία σε τρία (3) τουλάχιστον έργα αντίστοιχα με το παρόν σε τεχνικό ρόλο. ✓

1 Υπεύθυνο Ψηφιοποίησης & Τεκμηρίωσης κάτοχο πτυχίου ΑΕΙ στην Ιστορία ή Αρχαιολογία ή άλλο πτυχίο με κατεύθυνση την

«...» ή μεταπτυχιακό στην «...» και να διαθέτει τουλάχιστον τρία (3) χρόνια συνολική επαγγελματική εμπειρία, εμπειρία σε ένα (1) τουλάχιστον έργο αντίστοιχο με το παρόν ως Υπεύθυνος ψηφιοποίησης –τεκμηρίωσης, καθώς και άριστη γνώση αγγλικών. ✓ 1 Υπεύθυνο Υπηρεσιών Ερμηνείας κάτοχο πτυχίου ΑΕΙ (ανεξαρτήτου ειδικότητας) με άριστη γνώση αγγλικών και τουλάχιστον τριετή (3) επαγγελματική εμπειρία σε έργα αντίστοιχα με τον παρόν στα οποία θα έχει συμμετοχή στη συγγραφή σεναρίων οπτικοακουστικών παραγωγών, την επιμέλεια κειμένων και τις μεταφράσεις. ✓ 1 Υπεύθυνο Δημιουργικού πτυχιούχο ΑΕΙ/ΤΕΙ στην γραφιστική, με αποδεδειγμένη 10ετή τουλάχιστον συνολική εμπειρία σε γραφιστικό σχεδιασμό έντυπου και ηλεκτρονικού υλικού. Στην παραπάνω εμπειρία πρέπει να συμπεριλαμβάνεται υποχρεωτικά και εμπειρία στο γραφιστικό σχεδιασμό έντυπου και ηλεκτρονικού υλικού σε τρία (3) τουλάχιστον έργα αντίστοιχα με το παρόν στο πλαίσιο των οποίων να έχουν υλοποιηθεί δράσεις δημοσιότητας. ✓ 1 Ειδικό Σύμβουλο, υπεύθυνο διαχείρισης πνευματικών δικαιωμάτων, προστασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και διάχυσης πληροφορίας, κάτοχο πτυχίου ΑΕΙ στην Νομική με 5ετή τουλάχιστον επαγγελματική εμπειρία στη διαχείριση πνευματικών δικαιωμάτων και αποδεδειγμένη συμμετοχή σε τουλάχιστον τρία (3) έργα αντίστοιχα με το παρόν, καθώς και καλή γνώση αγγλικών. ✓ 1 Υπεύθυνο Επικοινωνίας κάτοχο πτυχίου ΑΕΙ ή ΤΕΙ (ανεξαρτήτου ειδικότητας) με αποδεδειγμένη 5ετή εμπειρία σε ενέργειες προβολής δημοσιότητας που έχουν υλοποιηθεί στο πλαίσιο έργων συγχρηματοδοτούμενων από εθνικούς ή/και ευρωπαϊκούς πόρους ή/και έργα του δημοσίου τομέα, ο οποίος αποδεδειγμένα θα έχει στο ενεργητικό του τουλάχιστον ένα (1) έργο σχεδιασμού, οργάνωσης, επικοινωνίας και προβολής ψηφιακών έργων πολιτιστικής κληρονομιάς και με άριστη γνώση αγγλικών. ✓ 2 Στελέχη με 3ετή τουλάχιστον εμπειρία στην καταχώρηση δεδομένων, στην ανάπτυξη και διαχείριση πολυμεσικού περιεχομένου και στην παραγωγή οπτικοακουστικού υλικού η οποία να προκύπτει από την υλοποίηση ευρωπαϊκών ή/και συγχρηματοδοτούμενων προγραμμάτων ή/και έργων του δημοσίου τομέα. Σημειώνεται ότι από τα ελάχιστα απαιτούμενα στελέχη της Ομάδας Έργου το 70% θα πρέπει να είναι

πλήρους και αποκλειστικής απασχόλησης του οικονομικού φορέα ή (σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων) των μελών της ένωσης. Ως στελέχη πλήρους και αποκλειστικής απασχόλησης νοούνται τα άτομα με σχέση εξαρτημένης εργασίας, καθώς και τα μέλη ΔΣ, οι διαχειριστές και όσοι εκπροσωπούν νομίμως τον οικονομικό φορέα. Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις θα πρέπει να καλύπτονται αθροιστικά από όλα τα μέλη της ένωσης. Στις απαιτήσεις που αναφέρονται παραπάνω, ως «έργο αντίστοιχο με το παρόν» εννοείται κάθε έργο που έχει μέρος από τα ζητούμενα: «...». Η καλή γνώση της αγγλικής γλώσσας αντιστοιχεί σε επίπεδο γλωσσομάθειας B2, ενώ η άριστη γνώση αντιστοιχεί σε επίπεδο γλωσσομάθειας C2. Το επίπεδο γνώσης αγγλικών αποδεικνύεται με αντίστοιχο πιστοποιητικό σύμφωνα με τα οριζόμενα στη σχετική νομοθεσία»

6. Επειδή, όπως γίνεται δεκτό, οι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσεώς τους, αιτιολογίας (βλ. ΕΑ ΣτΕ 918/2003, 876/2004), η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, ενώ θα πρέπει να θεωρείται ότι απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θεσπίσεως επί μέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών (βλ. ΕΑ ΣτΕ 434/2008). Και τούτο διότι όταν ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επικαλείται λόγους με τους οποίους επιχειρεί, υπό την μορφή γενικής αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, βάση δικών του εκτιμήσεων, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, αυτοί οι λόγοι είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣτΕ 307/2007). Ετέρωθεν και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές ελέγχονται από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ 189/2015, ΕΑ ΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.), σε κάθε δε περίπτωση θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών

φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και να μην εισάγουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτή χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού (βλ. ΕΣ 2402/2010).

7. Επειδή, από το κανονιστικό περιεχόμενο της προσβαλλόμενης διακήρυξης, όπως αυτό προκύπτει από τους διαληφθέντες στη σκέψη 5 της παρούσας όρων αυτής, συνάγεται ότι αντικείμενο του επίμαχου διαγωνισμού είναι η «...». Για την υλοποίηση του επίμαχου έργου ορίζεται στη προσβαλλόμενη διακήρυξη ότι απαιτείται ομάδα έργου απαρτιζόμενη από έντεκα (11) άτομα με τεκμηριωμένη εμπειρία στο αντικείμενο της επίμαχης υπό ανάθεση σύμβασης. Ορίζεται δε επιπλέον ότι από τα ελάχιστα απαιτούμενα στελέχη που θα απαρτίζουν την ομάδα έργου, το 70% αυτών θα πρέπει να είναι πλήρους και αποκλειστικής απασχόλησης του οικονομικού φορέα ή (σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων) των μελών της ένωσης, υπό την έννοια ότι το 70% των στελεχών της προτεινόμενης από τον διαγωνιζόμενο ομάδας έργου θα πρέπει να είναι στελέχη πλήρους και αποκλειστικής απασχόλησης, ήτοι εργαζόμενοι με σχέση εξαρτημένης εργασίας. Παραπονείται συναφώς η προσφεύγουσα ότι ο ανωτέρω όρος είναι παράνομος και περιορίζει υπέρμετρα τον ανταγωνισμό και προδήλως την ίδια, καθώς αποκλείει τη δυνατότητα υπεργολαβίας ή τη χρήση της δάνειας εμπειρίας προκειμένου να εξασφαλισθεί ότι τουλάχιστον 7,7 άτομα με την ζητούμενη κατά τα ως άνω εμπειρία της ομάδας έργου είναι μισθωτοί του φορέα που συμμετέχει στον διαγωνισμό. Προβάλλονται ωστόσο οι ανωτέρω ισχυρισμοί αβασίμως, διότι ερείδονται σε εσφαλμένη αφετηρία και τούτο ειδικότερα διότι, προβάλλει η προσφεύγουσα εν προκειμένω ότι στην περίπτωση της υπεργολαβίας, ως σύμβαση έργου με τρίτον, αποκλείεται η σχέση εξαρτημένης εργασίας μεταξύ αναδόχου και υπεργολάβου. Το κρίσιμο ζήτημα όμως στην προκείμενη υπόθεση δεν είναι η σχέση υπεργολάβου - αναδόχου αλλά η σχέση των μελών της ομάδας έργου με τον συμμετέχοντα

διαγωνιζόμενο φορέα. Το γεγονός δε ότι απαιτείται το 70% των στελεχών της ομάδας έργου να είναι μισθωτοί και δη με σχέση πλήρους και αποκλειστικής απασχόλησης, ήτοι εργαζόμενοι με σχέση εξαρτημένης εργασίας, δεν αποκλείει τη δυνατότητα «χρήσης» υπεργολάβου ή τρίτου από τον υποψήφιο ανάδοχο, προκειμένου να ικανοποιήσει την τεθείσα απαίτηση. Εξάλλου, ρητώς προβλέπεται και η δυνατότητα ένωσης οικονομικών φορέων, όπου σε αυτή την περίπτωση, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις καλύπτονται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης. Αντιθέτως, και ως βασίμως εν προκειμένω υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή στη συμπληρωματική της αιτιολογία, όπως τούτη αποτυπώνεται στο έγγραφο των απόψεων της, το επίμαχο έργο είναι ιδιαίτερης πολυπλοκότητας, εξειδικευμένης τεχνογνωσίας και απαιτείται από τον ανάδοχο η ταυτόχρονη υλοποίηση πολλαπλών παραδοτέων σε μικρό σχετικά χρόνο. Διά του ορισμού δε ότι το 70% της ομάδας έργου είναι πλήρους και αποκλειστικής απασχόλησης στον οικονομικό φορέα ή σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων στα μέλη της ένωσης, εξασφαλίζεται *a priori* η συνοχή της ομάδας έργου και η αποτελεσματικότητά της και μειώνονται σημαντικά οι κίνδυνοι που δύνανται να παρουσιαστούν κατά την υλοποίηση του έργου, διασφαλίζοντας ούτως σε μεγάλο βαθμό την απρόσκοπτη υλοποίησή του. Διευκρινίζει περαιτέρω η αναθέτουσα αρχή, στο έγγραφο των απόψεων της ότι η στρογγυλοποίηση του ποσοστού σε σχέση με τον αριθμό των μελών της ομάδας έργου γίνεται προς τα επάνω, αφού μόνο έτσι ικανοποιείται ο όρος της διακήρυξης, καθώς δε τα 11 άτομα που αναφέρονται στη διακήρυξη αποτελούν τον ελάχιστο απαιτούμενο αριθμό ατόμων της ομάδας έργου, ο αριθμός αυτός δεν είναι σταθερός αλλά εξαρτάται από την προσφορά του αναδόχου. Υπό αυτά τα δεδομένα και καθώς, ως προκύπτει από το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης, δίδεται η δυνατότητα στους συμμετέχοντες και υποψήφιους αναδόχους της στήριξης σε τρίτους ή της χρήσης της υπεργολαβίας ή της συμμετοχής τους στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία υπό τη μορφή ένωσης, βασίμως δύναται να υποστηριχθεί ότι ούτως δεν αποκλείεται η συμμετοχή στο διαγωνισμό, ως διατείνεται η προσφεύγουσα, αλλά αντιθέτως ενισχύεται η συμμετοχή και η στήριξη των μικρομεσαίων επιχειρήσεων, υπό τη μορφή συμπράξεων. Συνεπεία των ανωτέρω, τα όσα περί αντιθέτου

ισχυρίζεται η προσφεύγουσα διά του πρώτου λόγου προσφυγής της είναι απορριπτέα. Και τούτο ειδικότερα διότι, κρίσιμη για την θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος είναι η επίκληση και απόδειξη βλάβης του προσφεύγοντος λόγω επικείμενου αποκλεισμού του ή σοβαρής δυσχέρειας συμμετοχής του σε διαγωνιστική διαδικασία και όχι η απαίτηση αυτού για την διαμόρφωση συνθηκών ευνοϊκότερων για την συμμετοχή του σε διαγωνισμό (ΕΑ ΣτΕ 353/2018, 86/2018, 12- 15/2018 Ολομ., 147/2016 Ολομ., 189/2015, 124/2015, 16/2015, 415/2014, 1140/2010). Ούτε άλλωστε και πρέπει η βλάβη που υφίσταται ο οικονομικός φορέας να στηρίζεται στην εμπορική πολιτική του ή στην αδυναμία του να καλύψει τις απαιτήσεις της Διακήρυξης (ΕΑ ΣτΕ 512/2009, Φ. Αρναούτογλου «Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν. 3886/2010» εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη 2013, παρ. 132, 133 και εκεί αναφερόμενη νομολογία του ΣτΕ).

8. Επειδή, έτι περαιτέρω, η προσφεύγουσα παραπονούμενη διά του δεύτερου λόγου της προσφυγής της, ισχυρίζεται ότι η απαιτούμενη και ζητηθείσα εν προκειμένω εμπειρία των στελεχών στο πλαίσιο έργων συγχρηματοδοτούμενων από εθνικούς ή/και ευρωπαϊκούς πόρους ή/και έργα του δημοσίου τομέα, περιορίζουν δυσανάλογα τον ανταγωνισμό καθώς συναρτούν την παραδεκτή συμμετοχή στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία με την απαίτηση συνδρομής του κριτηρίου της ζητούμενης εμπειρίας μόνο σε φορείς του δημοσίου τομέα, χωρίς τούτο ωστόσο να δικαιολογείται παντάπασι. Νομολογιακώς δε έχει κριθεί ότι όρος της διακήρυξης, ο οποίος, χωρίς επίκληση σοβαρού λόγου δημοσίου συμφέροντος, συναρτά την παραδεκτή συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία με την απαίτηση συνδρομής του κριτηρίου της ζητούμενης εμπειρίας μόνο σε φορείς του δημοσίου τομέα, περιορίζει υπέρμετρα τον ελεύθερο ανταγωνισμό και αντίκειται στις προστατευόμενες από το εφαρμοστέο εν προκειμένω δίκαιο της Ένωσης αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας (βλ. αποφ. 3372/2011, 3065/2014, 6022/2015 Τμ. Μείζ. Επταμ. Σύνθ., 850/2018, 979/2019 VI Τμ. ΕλΣυν). Από τη γραμματική διατύπωση των προσβαλλόμενων όρων, εντούτοις, δεν προκύπτει ότι απαιτείται περιοριστικά και αποκλειστικά η ζητούμενη εμπειρία να είναι μόνο σε φορείς του δημόσιου τομέα, αντιθέτως, ρητώς και ευκρινώς στη διακήρυξη ορίζεται ότι απαιτείται

«εμπειρία των στελεχών στο πλαίσιο έργων συγχρηματοδοτούμενων από εθνικούς ή/και ευρωπαϊκούς πόρους ή/και έργα του δημοσίου τομέα». Ως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή με τον παραπάνω όρο δεν ζητείται η εμπειρία να είναι μόνο σε φορείς του δημόσιου τομέα, αφού συμπεριλαμβάνονται και τα έργα του ιδιωτικού τομέα ,που έχουν γίνει από ιδιώτες και έχουν οποιαδήποτε ευρωπαϊκή ή εθνική χρηματοδότηση, καθώς τα περισσότερα έργα συναφούς αντικείμενου με αυτό της υπό ανάθεση σύμβασης έχουν ευρωπαϊκή ή εθνική χρηματοδότηση. Εν προκειμένω και καθόσον το επίμαχο έργο περιλαμβάνεται στο υποέργο 1 της Πράξης «...» στον Άξονα Προτεραιότητας «...», που έχει ενταχθεί στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «...» πρέπει να ληφθούν υπόψη οι απαιτήσεις που θέτουν οι Διαχειριστικές Αρχές, οι εξειδικευμένες απαιτήσεις πληροφόρησης και επικοινωνίας του ΕΣΠΑ 2014-2020 όπως αυτές προκύπτουν από τον Κανονισμό (ΕΕ) 1303/2013 και τον Εκτελεστικό Κανονισμό 821/2014, καθώς και η απαίτηση του έργου «...» να συμμορφώνονται με τις «...» που δημιουργούν ένα ιδιαίτερο πλαίσιο εργασίας για τα στελέχη της ομάδας έργου και αιτιολογούν τη ζητούμενη εμπειρία. Ενόψει τούτων, πρέπει να γίνει δεκτό ότι οι ως άνω προδιαγραφές παρίστανται αιτιολογημένες και εύλογες, επί τη βάσει του κανονιστικού περιεχόμενου των συμβατικών τευχών και του αντικείμενου της επίμαχης σύμβασης. Και τούτο διότι, οι ως άνω προδιαγραφές παρίστανται αναγκαίες και τελούν σε αναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό, αφού η αναθέτουσα αρχή τις καθόρισε προκειμένου να μην παρεμποδιστεί μεν η ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού και να ευνοηθεί η προσέλευση στο διαγωνισμό διευρυμένου κύκλου συμμετεχόντων, πλην όμως να αναδειχθεί και ικανός οικονομικός φορέας που θα υλοποιήσει επιτυχώς το έργο, ικανοποιώντας ούτως το αντικείμενο και το σκοπό της επίμαχης σύμβασης. Τα όσα δε περί αντιθέτου ισχυρίζεται η προσφεύγουσα πρέπει να απορριφθούν, αντιστοίχως δε, πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι οι διά της συμπληρωματικής της αιτιολογίας ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής. Ενόψει όλων των ανωτέρω και από τη στάθμιση των συμφερόντων, της αναθέτουσας αρχής και των εν δυνάμει συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, καθώς και της εξασφάλισης επιτυχίας του έργου, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή εν προκειμένω έθεσε εύλογες απαιτήσεις που δεν περιορίζουν

Αριθμός απόφασης: 698/2023

ανεπιτρέπτως τον ανταγωνισμό, αντιθέτως, καθόρισε τους επίμαχους όρους με βάση τις ανάγκες και τη σκοπιμότητα χρήσης από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση αυτών, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού, αλλά κείνται εντός των αρχών της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης.

9. Επειδή, κατόπιν τούτων, η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και επομένως το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου, κατά το άρθρο 363 παρ. 6 του Ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει τη προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28 Απριλίου 2023 και εκδόθηκε στις 12 Μαΐου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος
Βασιλική Καραδήμα

Η Γραμματέας
Αναστασία Ρουμελιώτη