

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 17 Ιουλίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος, Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου-Εισηγήτρια και Μιχαήλ Σειραδάκης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 7/6/2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 526/11-6-2018 1. Της προσφεύγουσας Ένωσης εταιρειών με την επωνυμία «.», νομίμως εκπροσωπούμενης 2. Της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «» με διακριτικό τίτλο στην ελληνική γλώσσα «» και στην αγγλική γλώσσα «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης και 3. Της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «» και με διακριτικό τίτλο «», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Περιφερειακού Συνδέσμου Φορέων Διαχείρισης Στερεών Αποβλήτων (ΦΟΣΔΑ) Κεντρικής Μακεδονίας και των όρων της με αρ. 7283/3-5-2018 διακήρυξης με την οποία προκηρύχθηκε Ανοικτός Δημόσιος Διαγωνισμός με χρήση ηλεκτρονικών μέσων άνω των ορίων, με σφραγισμένες προσφορές και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει της τιμής, στο σύνολο της προσφοράς για την υπηρεσία «Μεταφόρτωση και μεταφορά των αστικών στερεών αποβλήτων (ΑΣΑ) και των ανακυκλώσιμων υλικών (υλικών συσκευασίας) του Δήμου Σιθωνίας για χρονική διάρκεια δυο (2) ετών, με δικαίωμα προαίρεσης ενός (1) έτους», όπως αναλυτικά αναφέρονται στη 47/2017 μελέτη του Τμήματος Διοίκησης και Επίβλεψης Τεχνικών έργων – Τεχνικών μελετών Προμηθειών και Υπηρεσιών του Περιφερειακού Συνδέσμου.

Με την Προδικαστική Προσφυγή οι προσφεύγουσες επιδιώκουν να ακυρωθεί άλλως τροποποιηθεί το άρθρο 2.2.5 με τίτλο «Οικονομική και

Αριθμός Απόφασης : 574/2018

χρηματοοικονομική επάρκεια» και το άρθρο 2.2.6 περ. β με τίτλο « Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» σε συνδυασμό με το άρθρο 1.1 (Οχήματα μεταφόρτωσης και μεταφοράς) του τεύχους Τεχνικών προδιαγραφών της μελέτης 47/2017, καθώς και κάθε προηγούμενη ή επόμενη της προσβαλλόμενης πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής που ερείδεται στην προσβαλλόμενη πράξη.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Εμμανουέλα Σωτηροπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή ο Πρόεδρος του Περιφερειακού Συνδέσμου Φορέων Διαχείρισης Στερεών Αποβλήτων (ΦΟΣΔΑ) Κεντρικής Μακεδονίας με την υπ' αρ. 7283/3-5-2018 διακήρυξη προκήρυξε Ανοικτό Δημόσιο Διαγωνισμό με χρήση ηλεκτρονικών μέσων άνω των ορίων, με σφραγισμένες προσφορές και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει της τιμής, στο σύνολο της προσφοράς για την υπηρεσία «Μεταφόρτωση και μεταφορά των αστικών στερεών αποβλήτων (ΑΣΑ) και των ανακυκλώσιμων υλικών (υλικών συσκευασίας) του Δήμου Σιθωνίας για χρονική διάρκεια δυο (2) ετών, με δικαίωμα προαίρεσης ενός (1) έτους», όπως αναλυτικά αναφέρονται στη 47/2017 μελέτη του Τμήματος Διοίκησης και Επίβλεψης Τεχνικών έργων – Τεχνικών μελετών Προμηθειών και Υπηρεσιών του Περιφερειακού Συνδέσμου συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 944.69100€ (συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης) πλέον ΦΠΑ 24%, Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης την 14/5/2018, αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων/ΚΗΜΔΗΣ στις 16/5/2018 λαμβάνοντας ΑΔΑΜ 18PROC003100217 2018-05-16 και αυθημερόν καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του

Αριθμός Απόφασης : 574/2018

Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. όπου έλαβε το Συστημικό Αριθμό 57540. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η Δευτέρα 18/06/2018 και ώρα 17:00μ.μ και ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών η 22/6/2018 , ημέρα Πέμπτη και ώρα 10:00 π.μ.

2. Επειδή με την υπό κρίση Προσφυγή, η οποία κατετέθη την 7/6/2018 στο διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) με αριθμό συστήματος 57540, οι Προσφεύγουσες στρέφονται κατά των όρων της με αρ. 7283/3-5-2018 διακήρυξης και συγκεκριμένα κατά του άρθρου 2.2.5 με τίτλο «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» και του άρθρο 2.2.6 περ. β με τίτλο « Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» σε συνδυασμό με το άρθρο 1.1 (Οχήματα μεταφόρτωσης και μεταφοράς) του τεύχους Τεχνικών προδιαγραφών της μελέτης 47/2017.

3. Επειδή για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό216429051958 0730 0087 , σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 ποσού τεσσάρων χιλιάδων επτακοσίων είκοσι τεσσάρων ευρώ (4.724,00 €)

5. Επειδή η Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016.

7. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. γ), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει,

Αριθμός Απόφασης : 574/2018

εφόσον η διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε σε χρόνο μεταγενέστερο από την 26η Ιουνίου 2017.

9. Επειδή η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016 συγκεκριμένα κατετέθη την 7/6/2018 στο διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), ήτοι εντός δέκα (10) ημερών από την πλήρη, πραγματική γνώση της προσβαλλόμενης διακήρυξης που κατά τους ισχυρισμούς της έλαβε γνώση την 29/5/2018 και ως αβάσιμα και αναπόδεικτα υποστηρίζει με τις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή την 16/5/2018 και το αργότερο στις 25/5/2018 και την 11/6/2018 κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και την 12/6/2018 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους λοιπούς ενδιαφερόμενους με μήνυμα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

10. Επειδή οι Προσφεύγουσες με έννομο συμφέρον ασκούν την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή ως ενδιαφερόμενες να συμμετάσχουν στον επίδικο διαγωνισμό, και πράγματι έλαβαν υποβάλλοντας τη με αρ. 99600 προσφορά τους την 18/06/2018 και ώρα 16:00:25, καθώς δραστηριοποιούνται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της επίμαχης υπηρεσίας, επικαλούμενες συγκεκριμένους όρους της οικείας Διακήρυξης, οι οποίοι, όπως ισχυρίζονται, ευνοούν τη συμμετοχή συγκεκριμένου οικονομικού φορέα, αφετέρου αποκλείουν ή δυσχεραίνουν ουσιωδώς τη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό.

Επομένως η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία από το 3ο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π.

11. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 346 του ν. 4412/2016 «Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων» προβλέπεται ότι : «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας

Αριθμός Απόφασης : 574/2018

αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368. »

12. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 367 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ 39/2017.

13. Επειδή, όπως έχει γίνει δεκτό από τη νομολογία (ΣτΕ 3719/2011, 1105/2010, Ε.Α. ΣτΕ 676/2011, 77/2011, 1140/2010, 1025/2010, 1024/2010, 691/2009, 434/2008 κ. ά.), η αναθέτουσα αρχή 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. Η προαναφερόμενη δε ελευθερία της αναθέτουσας αρχής, να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως, πρέπει, βεβαίως, να ασκείται με βάση τα οριζόμενα στις οικείες διατάξεις και υπό την αναγκαία προϋπόθεση τηρήσεως των βασικών αρχών που διέπουν τους διαγωνισμούς για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερα δε της ισότιμης προσβάσεως σε αυτούς των προτιθεμένων να συμμετάσχουν και της διασφαλίσεως του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό, ελέγχεται δε δια προδικαστικής προσφυγής ως προς την τυχόν εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής κακή χρήση αυτής ή υπέρβαση των άκρων ορίων τα οποία όσον αφορά τον καθορισμό

Αριθμός Απόφασης : 574/2018

όρων διακήρυξης τίθενται στο σημείο εκείνο, όπου δεν θίγεται αδικαιολόγητα η αρχή της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και πρωτίστως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 209/2017, 238/2017).

14. Επειδή, η θέσπιση, με τη διακήρυξη, των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού, εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων. Και ναι μεν, σύμφωνα με όσα έχουν γίνει δεκτά νομολογιακώς, καθ' ερμηνεία των προγενεστέρων διατάξεων, τα οποία δύνανται να υποστηριχθούν και υπό τις νέες ως άνω διατάξεις, αφού αυτές ρυθμίζουν κατά τον ίδιο, ακριβώς, τρόπο τα σχετικά ζητήματα των τεχνικών προδιαγραφών και των κριτηρίων επιλογής, ως προς την εξασφάλιση ισότιμης προσβάσεως των οικονομικών φορέων στη διαδικασία συνάψεως συμβάσεως, καθώς και ως προς το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό, απαγορεύεται, κατ' αρχήν, η θέσπιση προδιαγραφών που περιορίζουν τον κύκλο των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων. Δεν αποκλείεται, δε, ένας τέτοιος περιορισμός, ως εκ των απαιτήσεων συγκεκριμένων προδιαγραφών, αν μόνον αυτές οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται (ΣτΕ 1105/2010, πρβλ. ΣτΕ. 365/2007, Ε.Α. ΣτΕ 267/2008). Επομένως, ο έλεγχος του συνόμου των ελαχίστων τεχνικών προδιαγραφών και των κριτηρίων επιλογής, θα πρέπει να συνεκτιμά τα ανωτέρω και μάλιστα να λαμβάνει υπόψη με ιδιαίτερη σοβαρότητα την ανά περίπτωση αιτιολογία που η αναθέτουσα παρέχει σχετικά με την καταλληλότητα και εν γένει διευκόλυνση που επιτυγχάνεται από συγκεκριμένους σχετικούς όρους. Τούτο δεν σημαίνει ότι η αναθέτουσα δύναται να αποκλείει τον ανταγωνισμό θεσπίζοντας κατά το δοκούν ως επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεις, αλλά ότι το αναγκαίο αυτών ερμηνεύεται και υπό την οπτική της χρηστικότητας και καταλληλότητας και ούτως η διάκριση μεταξύ επιθυμητού και αναγκαίου αυτονόητα στενεύει.

15. Επειδή, ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό, του οποίου, όμως, η συμμετοχή καθίσταται αδύνατη ή ουσιωδώς δυσχερής, γιατί τα προϊόντα του δεν πληρούν τις προδιαγραφές της διακηρύξεως, απαραδέκτως, κατ' αρχάς, αμφισβητεί τη σκοπιμότητα της θεσπίσεώς τους (ΣτΕ 3719/2011, βλ. Ε.Α. ΣτΕ 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.). Ειδικότερα, λόγοι προδικαστικής προσφυγής, με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό τη μορφή της αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προδιαγράψει αυτός, κατά τις επαγγελματικές του ανάγκες και δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (Ε.Α. ΣτΕ 1025/2010, πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 670/2009, 438/2008, 977/2006, ΑΕΠΠ 206/2017, 39/2018, 345/2018, 347/2018, 385/2018).

16. Επειδή ο ισχύων, πλέον, ν.4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α΄147), ορίζει στο άρθρο 54 ότι «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές [...] παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της.... 2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με

Αριθμός Απόφασης : 574/2018

σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών προτύπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή -όταν αυτά δεν υπάρχουν- σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο» [...] 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα [...].».

17. Επειδή, στο άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) παράγραφος 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «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.»

18. Επειδή η παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας,

Αριθμός Απόφασης : 574/2018

της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων [...].»

19. Επειδή σύμφωνα με τον όρο 2.2.5 με τίτλο Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια της ένδικης διακήρυξης ορίζεται ότι «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν μέσο "ειδικό" ετήσιο κύκλο εργασιών: (3) τριών ετών ποσού (629.794,00) νόμισμα (ΕΥΡΩ). Ειδικότερα, ο μέσος "ειδικός" ετήσιος κύκλος εργασιών, τον οποίο πρέπει να έχουν πραγματοποιήσει οι ενδιαφερόμενοι να μετάσχουν στον διαγωνισμό κατά την προηγούμενη της δημοσίευσης της παρούσης τριετία (δηλαδή για τα έτη 2015-2016-2017), να είναι ίσος ή ανώτερος από το 100% του προϋπολογισμού της δημοπρατούμενης υπηρεσίας χωρίς τον ΦΠΑ,(δηλ. 629.794,00 €) . Το ύψος του απαιτούμενου κύκλου εργασιών να προέρχεται από την εκτέλεση εργασιών ιδίων με αυτών του παρόντος διαγωνισμού (δλδ μεταφόρτωσης & μεταφοράς απορριμμάτων σε ΧΥΤΑ).» Επιπλέον σύμφωνα με τον όρο 2.2.6 με τίτλο Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ορίζεται ότι «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται α) κατά τη διάρκεια της τελευταία Ζετίας (2015 – 2017), να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον 1 (μία) σύμβαση αντικειμένου μεταφόρτωσης και μεταφοράς απορριμμάτων σε ΧΥΤΑ, συνολικής μεταφερόμενης ποσότητας ίσης ή ανώτερης των 20.000 τόνων (100% της ετήσιας παραγόμενης) μη επικίνδυνων στερεών αποβλήτων. β) να διαθέτουν τον

Αριθμός Απόφασης : 574/2018

απαιτούμενο εξοπλισμό και συγκεκριμένα οχήματα μεταφόρτωσης και μεταφοράς απορριμμάτων σύμφωνα με όσα αναλυτικά περιγράφονται στο Τεύχος Τεχνικών Προδιαγραφών της μελέτης 47/2017 του διαγωνισμού – (παράρτημα II της παρούσας).» και τέλος σύμφωνα με τον όρο 1.1 με τίτλο ΟΧΗΜΑΤΑ ΜΕΤΑΦΟΡΤΩΣΗΣ ΚΑΙ ΜΕΤΑΦΟΡΑΣ στο τεύχος των τεχνικών προδιαγραφών της μελέτης 47/2017 του διαγωνισμού, ορίζονται μεταξύ άλλων ότι «Τα οχήματα που θα μεταφέρουν τα απορρίμματα θα πρέπει να είναι κατ'ελάχιστο τρία (3), (όσα κι οι χοάνες στο ΣΜΑ Νικήτης), ως περιγράφονται παρακάτω: (α) τουλάχιστον ΔΥΟ (2) κινητοί σταθμοί μεταφόρτωσης απορριμμάτων τύπου ρυμουλκό (τράκτορας) με ημιρυμουλκούμενο (επικαθήμενο) απορριμματοκιβώτιο, με ωφέλιμο φορτίο συρμού τουλάχιστον 20 τόννων ο καθένας.[...].»

20. Επειδή με την Προδικαστική Προσφυγή οι προσφεύγουσες , με τον πρώτο λόγο αυτής, υποστηρίζουν ότι «κατά την επαναπροκήρυξη του ως άνω διαγωνισμού, με έκπληξη διαπιστώσαμε ότι το αντίστοιχο άρθρο (2.2.5) της με αριθ. πρωτ. 7283/03.05.2018 διακήρυξης αναφορικά με την χρηματοοικονομική επάρκεια των συμμετεχόντων, αναφέρει χαρακτηριστικά «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί Φορείς απαιτείται να διαθέτουν μέσο "ειδικό " ετήσιο κύκλο εργασιών: (3) τριών ετών ποσού (157.448,50) νόμισμα (ΕΥΡΩ). Ειδικότερα, ο μέσος "ειδικός" ετήσιος κύκλος εργασιών, τον οποίο πρέπει να έχουν πραγματοποιήσει οι ενδιαφερόμενοι να μετάσχουν στον διαγωνισμό κατά την προηγούμενη της δημοσιεύσεως της παρούσης τριετία, (δηλαδή για τα έτη 2015-2016-2017), να είναι ίσος ή ανώτερος από το 50% του ετήσιου προϋπολογισμού της δημοπρατούμενης υπηρεσίας χωρίς τον ΦΠΑ (δηλ. 157.448,50€). Το ύψος τον απαιτούμενον κύκλου εργασιών να προέρχεται από την εκτέλεση εργασιών ιδίων με αυτών τον παρόντος διαγωνισμού (δλδ μεταφόρτωσης & μεταφοράς απορριμμάτων σε ΧΥΤΑ)» (οι υπογραμμίσεις δικές μας). Με τη νέα διατύπωση της διάταξης 2.2.5 της διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή τροποποίησε τον αρχικά απαιτούμενο μέσο ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών, ήτοι στην πρώτη διακήρυξη ζητούσε να είναι ίσος ή ανώτερος από το 100% του προϋπολογισμού της δημοπρατούμενης υπηρεσίας χωρίς τον ΦΠΑ (δηλ.

Αριθμός Απόφασης : 574/2018

629.794,00 €), ενώ με τη δεύτερη διακήρυξη [...] περιορίζεται το αρχικά αιτούμενο ποσό στο ένα τέταρτο (1/4) αυτού, ήτοι από το ποσό των 629.794,00€ στο ποσό των 157.448,50€. Ωστόσο, με την παραπάνω τροποποίηση γεννώνται εύλογες αμφιβολίες για τη σκοπιμότητα της αλλαγής αυτής και τον περιορισμό του άνω αιτούμενου μέσου ειδικού ετήσιου κύκλου εργασιών Στην προκειμένη περίπτωση η εν λόγω τροποποίηση του αιτούμενου ποσού του μέσου ειδικού ετήσιου κύκλου εργασιών δεν είναι προσαρμοσμένη στη σημασία της οικείας σύμβασης με αποτέλεσμα να μην διασφαλίζεται το δημόσιο συμφέρον καθώς από το αιτούμενο ποσό του μέσου ειδικού ετήσιου κύκλου εργασιών των 157.448,506 δεν μπορεί να διαπιστωθεί αν οι οικονομικοί φορείς που θα λάβουν μέρος θα διαθέτουν επαρκή οικονομικά μέσα για να εκτελέσουν τη σύμβαση, πολλώ δε μάλλον όταν πρόκειται για έναν διαγωνισμό με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών μεταφόρτωσης και μεταφοράς των αστικών στερεών αποβλήτων στους χώρους τελικής διάθεσής τους, καθώς και τη μεταφορά ανακυκλώσιμων υλικών (υλικών συσκευασίας). Περαιτέρω, εντύπωση προκαλεί το γεγονός της μεγάλης απόκλισης του αιτούμενου ποσού στις δύο διακηρύξεις που αφορούν τον ίδιο διαγωνισμό, απόκλιση η οποία δεν αιτιολογείται ειδικώς και δεν προκύπτουν οι διαφορετικές περιστάσεις που οδήγησαν την αναθέτουσα αρχή σε χρονικό διάστημα δύο μηνών να προβεί στην τροποποίηση αυτή, η οποία δεν συνάδει με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης. Τέλος, η παραπάνω τροποποίηση (ο περιορισμός του αρχικά αιτούμενου ποσού στο ένα τέταρτο (1/4) αυτού, ήτοι από το ποσό των 629.794,006 στο ποσό των 157.448,506) θεωρούμε ότι ευνοεί αποκλειστικά και μόνο τη συμμετοχή του....., του οποίου ο μέσος ειδικός ετήσιος κύκλος εργασιών ανέρχεται μόνο στο ποσό των 275.453,556, όπως προκύπτει από το υποβαλλόμενο ΕΕΕΣ».

21. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις κατατεθειμένες από με αρ. 10122/14-6-2018 απόψεις της υπεραμύνεται της νομιμότητας του προσβαλλόμενου όρου ισχυριζόμενη ότι «Η προσφεύγουσα επικαλείται, ότι η τροποποίηση του αιτούμενου ποσού του μέσου ειδικού ετήσιου κύκλου εργασιών εν σχέσει με τον αμέσως προηγούμενο και ματαιωθέντα διαγωνισμό στον οποίο ο ειδικός κύκλος εργασιών έπρεπε να είναι 629.794,00€, δεν είναι

Αριθμός Απόφασης : 574/2018

προσαρμοσμένη στη σημασία της οικείας σύμβασης με αποτέλεσμα να μην διασφαλίζεται το δημόσιο συμφέρον καθώς από το αιτούμενο ποσό δεν μπορεί να διαπιστωθεί αν οι οικονομικοί φορείς που θα λάβουν μέρος θα διαθέτουν επαρκή οικονομικά μέσα για να εκτελέσουν τη σύμβαση, πολλώ δε μάλλον όταν πρόκειται για έναν διαγωνισμό με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών μεταφόρτωσης και μεταφοράς των αστικών στερεών αποβλήτων στους χώρους τελικής διάθεσης τους, καθώς και τη μεταφορά ανακυκλώσιμων υλικών (υλικών συσκευασίας). Επικαλείται τη μεγάλη απόκλιση του αιτούμενου ποσού στις δύο διακηρύξεις την έλλειψη ειδικής αιτιολόγησης της και ισχυρίζεται ότι δεν προκύπτουν οι διαφορετικές περιστάσεις που οδήγησαν την αναθέτουσα αργή σε χρονικό διάστημα δύο μηνών να προβεί στην τροποποίηση αυτή, η οποία δεν συνάδει με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης. Ο λόγος όμως της τροποποίησης επί έλαττον του απαιτούμενου ειδικού κύκλου εργασιών, έγινε για να διευρυνθεί ο κύκλος των υποψηφίων, καθώς στην προηγούμενη διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν δύο μόνον υποψήφιοι, και εξ αυτών ο ένας δεν πληρούσε τα κριτήρια χρηματοοικονομικής επάρκειας, ώστε να είναι δυνατή η συμμετοχή περισσότερων υποψηφίων. Εξάλλου, η αντίδικος επικαλείται ότι ο συγκεκριμένος όρος ευνοεί αποκλειστικά και μόνο τη συμμετοχή του....., του οποίου ο μέσος ειδικός ετήσιος κύκλος εργασιών ανέρχεται μόνο στο ποσό των 275.453,556 ευρώ. Η προσφεύγουσα εσφαλμένως υπολαμβάνει, ότι οι μόνον ενδιαφερόμενοι για τον διαγωνισμό είναι η ίδια και ο ανωτέρω συμμετασχών συνυποψήφιος της στην προηγηθείσα διαδικασία. Προφανώς δεν ισχύει αυτό, άλλωστε και ο σκοπός του περιορισμού του όρου αυτού ήταν να γίνει δυνατή η συμμετοχή όσο το δυνατόν περισσότερων υποψηφίων. Αν ο φορέας μας, ήθελε να ευνοήσει συγκεκριμένα τον....., θα τοποθετούσε το όριο πολύ κοντά στην δική του χρηματοοικονομική επάρκεια και όχι πολύ κάτω και από αυτήν, ως εν προκειμένω. Είναι προφανές εν προκειμένω, ότι η προσφεύγουσα επιχειρεί να προσαρμόσει του όρους της διακήρυξης στις δικές της ικανότητες αποκλείοντας άλλους υποψηφίους. Επιπροσθέτως, τονίζουμε ότι ο λόγος αλλαγής των όρων της διακήρυξης έγινε διότι [...] κηρύχθηκε άγονος [...]. Ο παραπάνω λόγος προβάλλεται πάντως άνευ εννόμου συμφέροντος. Και τούτο διότι δεν σκοπεύει σε προστασία του

προσφεύγοντος από τυχόν επαπειλούμενο αποκλεισμό του ή από τυχόν θέση του σε δυσμενή ανταγωνιστική θέση και άνιση μεταχείριση, αλλά στη συμπερίληψη αντιστρόφως, όρου που θα περιορίσει τον εις βάρος του ανταγωνισμό.[...] Και ναι μεν, ο προσφεύγων ευνοείται επιχειρηματικά από τη μείωση του ανταγωνισμού που τυχόν επέλθει με τη θέσπιση περιοριστικού όρου, πλην όμως αυτό το επιδιωκόμενο όφελος και συμφέρον του δεν δύναται να θεωρηθεί ως «έννομο», προϋπόθεση απαραίτητη για τη στοιχειοθέτηση του «συμφέροντος» κατά την έννοια του άρ. 360 Ν. 4412/2016.[...] Επομένως, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό του ως απαραδέκτως προβαλλόμενος, άλλως ως αβάσιμος.»

22. Επειδή την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας τη προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο Διαγωνισμό) οικονομικών φορέων.

23. Επειδή, ως έχει κριθεί από τη νομολογία, κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως δε οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων μεταξύ των διαγωνιζομένων. Προς τούτο τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, και δη τα κριτήρια που συνδέονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των υποψηφίων οικονομικών φορέων, πρέπει να σχεδιάζονται κατά τρόπο ώστε να μην περιορίζεται δυσανάλογα η συμμετοχή οικονομικών φορέων, να καθορίζεται με σαφήνεια το περιεχόμενό τους και να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, ήτοι να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης (Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' Έκδοση, σελ. 413 επ.).

24. Επειδή συνακόλουθα, ο προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης με τον οποίο απαιτείται οι οικονομικοί Φορείς απαιτείται να διαθέτουν μέσο "ειδικό "

Αριθμός Απόφασης : 574/2018

ετήσιο κύκλο εργασιών: (3) τριών ετών ποσού (157.448,50) νόμισμα (ΕΥΡΩ), ήτοι να είναι ίσος ή ανώτερος από το 50% του ετήσιου προϋπολογισμού της δημοπρατούμενης υπηρεσίας χωρίς τον ΦΠΑ (δηλ. 157.448,50€) και όχι ίσος ή ανώτερος από το 100% του προϋπολογισμού χωρίς τον ΦΠΑ (δηλ. 629.794,00 ευρώ) ως απαιτούνταν με την προηγούμενη μатаιωθείσα αρχική διαγωνιστική διαδικασία κατόπιν κήρυξης της άγονης, ουδόλως μειώνει, αντίθετα αυξάνει τον ανταγωνισμό, ως βάσιμα υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή πολλώ δε μάλλον η εν λόγω τροποποίηση επί έλαττον του απαιτούμενου ειδικού κύκλου εργασιών αποτελούσε επιτακτική ανάγκη ως απόρροια της διαπίστωσης ότι ο ένας εκ των δύο μόνο συμμετεχόντων στην προηγούμενη διαγωνιστική διαδικασία, όπου απαιτούνταν μέσος ειδικός κύκλος εργασιών 629.794,00 ευρώ , δεν πληρούσε τα εν λόγω κριτήρια χρηματοοικονομικής επάρκειας και ως εκ τούτου ενδεχομένως απέτρεψε ο εν λόγω όρος και άλλους οικονομικούς φορείς να λάβουν μέρος στον εν λόγω διαγωνισμό. Και ναι μεν υπάρχει μεγάλη απόκλιση του αιτούμενου ποσού στις δύο διακηρύξεις, όμως είναι σαφές ότι η εν λόγω τροποποίηση έγινε νόμιμα ώστε να διευρυνθεί ο κύκλος των υποψηφίων που θα συμμετάσχουν στον διαγωνισμό, είναι ανάλογος με το αντικείμενο της υπόψη σύμβασης παρέχοντας τα εχέγγυα άρτιας και απρόσκοπτης εκτέλεσης της σύμβασης και η εν λόγω τροποποίηση πραγματοποιήθηκε, ως ειδικώς αιτιολογείται από την αναθέτουσα αρχή για λόγους διασφάλισης ενός επιπέδου υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ των υποψηφίων. Ο ισχυρισμός δε της προσφεύγουσας ότι ο περιορισμός αυτός συντελέστηκε για να ευνοηθεί αποκλειστικά και μόνο ο συνδιαγωνιζόμενος φορέας με την επωνυμία, είναι αβάσιμος διότι το όριο της χρηματοοικονομικής επάρκειας έχει τοποθετηθεί πολύ πιο κάτω από την χρηματοοικονομική επάρκεια του εν λόγω οικονομικού φορέα, γεγονός το οποίο αποδεικνύει ότι σκοπός της εν λόγω μείωσης ήταν πράγματι η μεγαλύτερη δυνατή συμμετοχή περισσότερων υποψηφίων οικονομικών φορέων και όχι ως αβάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα για να ευνοηθεί ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας. Συνακόλουθα το δημόσιο συμφέρον δεν θίγεται αλλά αντίθετα ευνοείται από την ανάπτυξη ανταγωνισμού και την προσέλκυση περισσότερων υποψηφίων αναδόχων, ενώ αν η διακήρυξη είχε θεσπίσει αυστηρότερα κριτήρια θα διακινδύνευε να

Αριθμός Απόφασης : 574/2018

χαρακτηριστεί “φωτογραφική”. Ως άλλωστε επαρκώς αιτιολογεί η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της «υπήρχε δυσαρμονία μεταξύ των δυο όρων χρηματοοικονομικής και τεχνικής επάρκειας, δεδομένου ότι στη μεν πρώτη απαιτείτο μέσος ειδικός ετήσιος κύκλος εργασιών τριών ετών 629.794,00€, στην δε δεύτερη απαιτείτο κατά τη διάρκεια της τελευταία 3ετίας (2015 – 2017), να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον 1 (μία) σύμβαση αντικειμένου μεταφόρτωσης και μεταφοράς απορριμμάτων σε ΧΥΤΑ, συνολικής μεταφερόμενης ποσότητας ίσης ή ανώτερης των 20.000 τόνων (100% της ετήσιας παραγόμενης). Συνεπώς, προκειμένου να επιτευχθούν μεγαλύτερες συνθήκες ανταγωνισμού στην νέα διαγωνιστική διαδικασία, με την νέα διακήρυξη ορίστηκε ότι οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν μέσο ειδικό κύκλο εργασιών τριών ετών 157.448,50 ευρώ». Επομένως, η απαίτηση του μέσου ειδικού κύκλου εργασιών τριών ετών 157.448,50 ευρώ δεν παρίσταται και πολύ περισσότερο δεν αποδεικνύεται από την προσφεύγουσα ως μη διασφαλίζον το δημόσιο συμφέρον και υπερακοντίζουν τον επιδιωκόμενο σκοπό, επαφίεται δε στην αναθέτουσα να το προσδιορίσει επακριβώς, όπως και νομίμως έπραξε, η δε παραπάνω ειδική αιτίαση προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί. Εξάλλου, είναι απορριπτέος προεχόντως ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, δεδομένου ότι δεν σκοπεί σε προστασία του προσφεύγοντος από τυχόν επαπειλούμενο αποκλεισμό του ή από τυχόν θέση του σε δυσμενή ανταγωνιστική θέση και άνιση μεταχείριση, αλλά στη συμπερίληψη αντιστρόφως, όρου που θα περιορίσει τον εις βάρος του ανταγωνισμό. Εξάλλου, ο προσφεύγων δεν έχει έννομο συμφέρον για εκ μέρους του επίκληση προσβολής του συμφέροντος της αναθέτουσας ή του εν γένει δημοσίου συμφέροντος από όρο της διακήρυξης και δη όρου που εξ αντικειμένου του και σε συνάρτηση με το αιτητικό του προσφεύγοντος, τόσο δεν αποκλείει τον ίδιο όσο και δεν μειώνει αλλά αυξάνει τον ανταγωνισμό, πόσο μάλλον δεν έχει έννομο συμφέρον για να προβάλλει ότι με την αύξηση των πιθανών συμμετεχόντων διακινδυνεύει η αναθέτουσα να συμβληθεί με ακατάλληλο ανάδοχο. Και ναι μεν, ο προσφεύγων ευνοείται επιχειρηματικά από τη μείωση του ανταγωνισμού που τυχόν επέλθει με τη θέσπιση περιοριστικού όρου, πλην όμως αυτό το επιδιωκόμενο όφελος και συμφέρον του δεν δύναται

να θεωρηθεί ως «έννομο», προϋπόθεση απαραίτητη για τη στοιχειοθέτηση του «συμφέροντος» κατά την έννοια του άρ. 360 Ν. 4412/2016. (ΑΕΠΠ 14/2017, 137/2017, 209/2017)

25. Επειδή με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής οι προσφεύγουσες υποστηρίζουν ότι «Σύμφωνα με την Τεχνική Μελέτη της διακήρυξης, η Αναθέτουσα Αρχή αιτείται οι οικονομικοί φορείς που θα λάβουν μέρος στο διαγωνισμό να διαθέτουν οχήματα με ωφέλιμο φορτίου συρμού τουλάχιστον 20 τόνων (άρθρο 1.1 των Τεχνικών Προδιαγραφών). Ωστόσο, η άνω απαίτηση έρχεται σε αντίθεση και με τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού [...] Εν προκειμένω η απαίτηση αυτή είναι αδικαιολόγητη αποσκοπώντας στον περιορισμό του ανταγωνισμού, καθώς το αντικείμενο της σύμβασης εξυπηρετείται εξίσου αποτελεσματικά και μέσω οχημάτων με ωφέλιμο φορτίο συρμού μικρότερο των 20 τόνων, χωρίς η αναθέτουσα αρχή να υφίσταται κανένα περαιτέρω κόστος. Σύμφωνα με τη διακήρυξη, αντικείμενο των εργασιών της σύμβασης είναι η μεταφόρτωση και μεταφορά 40.000tn απορριμμάτων καθώς και η μεταφορά 2.000tn ανακυκλώσιμων υλικών, ήτοι ο ανάδοχος της εργασίας υποχρεούται μέσα στη συμβατική διάρκεια να παράσχει τις άνω υπηρεσίες μεταφοράς και μεταφόρτωσης μίας συγκεκριμένης ποσότητας απορριμμάτων. Ως εκ τούτου, η παροχή της υπηρεσίας αυτής είναι ανεξάρτητη από το ανωτέρω χαρακτηριστικό (ωφέλιμο φορτίο τουλάχιστον 20 τόνων), δηλαδή μπορεί να πραγματοποιηθεί εξίσου αποτελεσματικά και με οχήματα με ωφέλιμο φορτίο λίγο μικρότερο από το αιτούμενο, με αποτέλεσμα η ύπαρξη οχήματος με ωφέλιμο φορτίο συρμού τουλάχιστον 20 τόνων να μην αποτελεί αναγκαία τεχνικά προδιαγραφή για την καλή εκτέλεση της σύμβασης. Προς επίρρωση των ανωτέρω, η αμοιβή του αναδόχου σύμφωνα με τη διακήρυξη, είναι ανάλογη με τα τονοχιλιόμετρα των μεταφερόμενων απορριμμάτων με αποτέλεσμα να μην επηρεάζεται από τον προσβαλλόμενο όρο. Επιπροσθέτως, σύμφωνα με τη διακήρυξη οι προσφορές υποβάλλονται ανά τόνο-χιλιόμετρο επί του συνόλου της προσφοράς της μεταφοράς και μεταφόρτωσης των αστικών στερεών αποβλήτων καθώς και των ανακυκλώσιμων υλικών, με αποτέλεσμα να μην επηρεάζεται ούτε η υποβαλλόμενη τιμή προσφοράς του οικονομικού φορέα. Εξάλλου, αξίζει να σημειωθεί ότι στις «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ» της

Μελέτης ως προς το απαιτούμενο όχημα με σταθερό απορριμματοκιβώτιο κλειστού τύπου (σελίδα 7 - υπό στοιχεία β1), δεν προβλέπεται καμία απολύτως προδιαγραφή- Ομοίως καμία προδιαγραφή δεν προβλέπεται και για τον υπόλοιπο αξιούμενο εξοπλισμό στην επόμενη σελίδα υπ αρ. 8 Όπως είχαμε διατυπώσει και στο από 22.03.2018 Υπόμνημά μας (ΣΧΕΤΙΚΟ 6), τα μέλη της Ένωσης Εταιρειών, έχοντας επίγνωση των συνεπειών και κυρώσεων του ν. 1599/1986 στο πλαίσιο του πρώτου διαγωνισμού, υπέβαλλαν τα ΕΕΕΣ δηλώνοντας το πραγματικό ωφέλιμο φορτίο συρμών που ανέρχεται σε 17 τόνους περίπου για την εταιρείακαι σε 17,87 τόνους για την εταιρεία..... Τα προσφερόμενα οχήματα της ένωσης εταιρειών, είναι ό,τι πιο σύγχρονο κυκλοφορεί αυτή τη στιγμή στην αγορά με ειδικές προδιαγραφές ώστε να επιτυγχάνεται και γιό, το όχημα αλλά και για το επικαθήμενο μειωμένο απόβαρο και μέγιστο ωφέλιμο φορτίο. Ενδεικτικά αναφέρουμε οχήματα σύγχρονης αντιρρυπαντικής τεχνολογίας EURO 6 με δύο άξονες και μικρές καμπίνες για την επίτευξη χαμηλού απόβαρου καθώς και επικαθήμενα ημιρυμουλκούμενα καινούργιας κατασκευής 2017 με λαμαρίνα hardox 450 που έχει ιδιαίτερα χαρακτηριστικά μεγάλης αντοχής και μικρού βάρους, άξονες με μονά λάστιχα και σύστημα ανάρτησης με αέρα (φούσκες) ώστε πάλι να επιτυγχάνεται μικρό απόβαρο. Κατόπιν των ανωτέρω, καθίσταται σαφές ότι ο προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης και της μελέτης είναι αδικαιολόγητος καθώς το αντικείμενο της σύμβασης μπορεί να πραγματοποιηθεί εξίσου αποτελεσματικά και από οχήματα με μικρότερο ωφέλιμο βάρος, χωρίς κανένα κόστος και επιβάρυνση για την αναθέτουσα αρχή και χωρίς καμία επίπτωση στο αντικείμενο του διαγωνισμού και στην εν γένει εξυπηρέτηση του δημόσιου σκοπού.»

26. Επειδή συνακολουθα, η αναθέτουσα αρχή με τις κατατεθειμένες απόψεις της ισχυρίζεται ότι «[...] Η αντίδικος επικαλείται, ότι ο όρος της διακήρυξης σύμφωνα με τον οποίο οι οικονομικοί φορείς που θα λάβουν μέρος στο διαγωνισμό θα πρέπει να διαθέτουν οχήματα με ωφέλιμο φορτίου συρμού τουλάχιστον 20 τόνων (άρθρο 1.1 των Τεχνικών Προδιαγραφών) έρχεται σε αντίθεση και με τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού, είναι αδικαιολόγητη αποσκοπώντας στον περιορισμό του

Αριθμός Απόφασης : 574/2018

ανταγωνισμού, καθώς το αντικείμενο της σύμβασης εξυπηρετείται εξίσου αποτελεσματικά και μέσω οχημάτων με ωφέλιμο φορτίο συρμού μικρότερο των 20 τόνων, χωρίς η αναθέτουσα αρχή να υφίσταται κανένα περαιτέρω κόστος. Ο λόγος αυτός είναι απαράδεκτος και αβάσιμος Τονίζουμε ότι η μεταφορά των αστικών στερεών αποβλήτων από τον Δήμο Σιθωνίας στον ΧΥΤΑ Ανθεμούντα και στον ΧΥΤΑ Πολυγύρου γίνεται σε μια καθαρά τουριστική περιοχή, ιδίως κατά τους καλοκαιρινούς μήνες, με έντονο κυκλοφοριακό φόρτο, η δε απόσταση μεταξύ του Δήμου Σιθωνίας μέχρι τον ΧΥΤΑ Ανθεμούντα είναι 70km, μέχρι τον ΧΥΤΑ Πολυγύρου είναι 47km και μέχρι το ΚΔΑΥ της Θέρμης είναι 90km, γι' αυτό και η αναθέτουσα αρχή, στα πλαίσια της προστασίας του περιβάλλοντος, της αποφυγής μεταφοράς των απορριμμάτων υπό αυτές τις συνθήκες, και δημιουργίας ακόμη μεγαλύτερης οδικής φόρτισης, αλλά και της οικονομίας πόρων, επέλεξε η μεταφορά των ΑΣΑ να γίνεται με όσο το δυνατόν μεγαλύτερα οχήματα, προκειμένου σε καθημερινή βάση να εκτελείται η μεταφορά στο συγκεκριμένο δίκτυο της Χαλκιδικής με λιγότερα οχήματα. Επιπροσθέτως, τονίζουμε ότι η προσφεύγουσα εταιρεία ουδέποτε προσέβαλε την διακήρυξη του προηγούμενου διαγωνισμού, η οποία έθετε τις ίδιες τεχνικές προδιαγραφές. Σε καμία δε περίπτωση, η ως άνω απαίτησή μας δεν έρχεται σε αντίθεση, με βάση τα ανωτέρω, με τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού. Πλείστες δε είναι οι διακηρύξεις άλλων συναρμόδιων φορέων και Δήμων, αντίστοιχες για την μεταφορά στερεών αποβλήτων, οι οποίες θέτουν τις ίδιες τεχνικές προδιαγραφές. Επιπροσθέτως τονίζουμε ότι η υπηρεσία μας διαθέτει όχημα με ωφέλιμο φορτίου συρμού από 19400 έως 19760 όπως προκύπτει από τις άδειες κυκλοφορίας ελκυστήρα και επικαθήμενου που έχει στη διάθεση της. Για όλα τα παραπάνω, πρέπει να απορριφθεί και ο δεύτερος λόγος.»

27. Επειδή, από τον προεκτιθέμενο στη σκέψη 19 της παρούσας όρο της προσβαλλόμενης διακήρυξης προκύπτει ότι οι οικονομικοί φορείς που θα λάβουν μέρος στο διαγωνισμό θα πρέπει να διαθέτουν οχήματα με ωφέλιμο φορτίου συρμού τουλάχιστον 20 τόνων (άρθρο 1.1 των Τεχνικών Προδιαγραφών). Ο ως άνω όρος, σε συνδυασμό με την επαρκή αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής δεν προκύπτει να είναι αδικαιολόγητος, καθόσον βασίζεται

Αριθμός Απόφασης : 574/2018

στις αρχές της πρόληψης και της αειφόρου και βιώσιμης ανάπτυξης και επιπλέον σχεδιάστηκε προκειμένου να διασφαλίζεται η προστασία του περιβάλλοντος και της δημόσιας υγείας. Άλλωστε, με τις διατάξεις του άρθρου 24 του Συντάγματος, του ν. 1650/1986, όπως ισχύει μετά την εναρμόνισή του προς τις οδηγίες 84/360, 85/337/ΕΟΚ και 97/11, 96/61/ΕΕ, και των κατ' εξουσιοδότηση αυτού εκδιδόμενων κανονιστικών αποφάσεων, το φυσικό περιβάλλον έχει αναχθεί σε αυτοτελώς προστατευόμενο αγαθό προκειμένου να εξασφαλισθεί η οικολογική ισορροπία και η διαφύλαξη των φυσικών πόρων προς χάρη και των επόμενων γενεών. Εν όψει της υποχρέωσής του αυτής η αναθέτουσα αρχή οφείλει να προβαίνει σε θετικές ενέργειες για τη διαφύλαξη του προστατευόμενου αγαθού, ήτοι του περιβάλλοντος. Εξ άλλου, η επιλογή του προσβαλλόμενου όρου έγινε, ως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, με βάση περιβαλλοντικά κριτήρια, κατά τρόπο ώστε να προκρίνονται οι λύσεις που έχουν τις μικρότερες δυνατές επιπτώσεις τόσο στις συνθήκες υγιεινής όσο και στα περιβαλλοντικά μέσα της περιοχής. Ο προσβαλλόμενος όρος παρίσταται νομίμως και επαρκώς αιτιολογημένος ως προς την αντιμετώπιση, με την εν λόγω τεχνική προδιαγραφή, των επιπτώσεων της επίμαχης δραστηριότητας στο ατμοσφαιρικό περιβάλλον της ευρύτερης περιοχής και στην υγεία των ανθρώπων και τούτο διότι «η μεταφορά των αστικών στερεών αποβλήτων από τον Δήμο Σιθωνίας στον ΧΥΤΑ Ανθεμόντα και στον ΧΥΤΑ Πολυγύρου γίνεται σε μια καθαρά τουριστική περιοχή, ιδίως κατά τους καλοκαιρινούς μήνες, με έντονο κυκλοφοριακό φόρτο, η δε απόσταση μεταξύ του Δήμου Σιθωνίας μέχρι τον ΧΥΤΑ Ανθεμόντα είναι 70km, μέχρι τον ΧΥΤΑ Πολυγύρου είναι 47km και μέχρι το ΚΔΑΥ της Θέρμης είναι 90km, γι' αυτό και η αναθέτουσα αρχή, στα πλαίσια της προστασίας του περιβάλλοντος, της αποφυγής μεταφοράς των απορριμμάτων υπό αυτές τις συνθήκες, και δημιουργίας ακόμη μεγαλύτερης οδικής φόρτισης, αλλά και της οικονομίας πόρων, επέλεξε η μεταφορά των ΑΣΑ να γίνεται με όσο το δυνατόν μεγαλύτερα οχήματα, προκειμένου σε καθημερινή βάση να εκτελείται η μεταφορά στο συγκεκριμένο δίκτυο της Χαλκιδικής με λιγότερα οχήματα.» Και ναι μεν το αντικείμενο της σύμβασης μπορεί να πραγματοποιηθεί εξίσου αποτελεσματικά και από οχήματα με μικρότερο ωφέλιμο βάρος, χωρίς κανένα κόστος και

Αριθμός Απόφασης : 574/2018

επιβάρυνση για την αναθέτουσα αρχή, ως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, όμως στη συγκεκριμένη περίπτωση, και σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας η επιλογή της συγκεκριμένης τεχνικής προδιαγραφής είναι κατάλληλη για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, ήτοι την προστασία του περιβάλλοντος και της βιωσιμότητας. Από τα ανωτέρω εκτιθέμενα προκύπτει ότι η μεταφορά των αστικών στερεών αποβλήτων και των ανακυκλώσιμων υλικών σχεδιάστηκε σε πλήρη συμφωνία με τις κοινοτικές και εθνικές απαιτήσεις, υιοθετώντας τις βέλτιστες διαθέσιμες τεχνικές και διασφαλίζοντας, με τις τεχνικές προδιαγραφές που έχουν τεθεί, υψηλή προστασία των περιβαλλοντικών μέσων και της δημόσιας υγείας κατά την αιτιολογημένη, σχετικώς, κρίση της Διοίκησης, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα θα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμα. Συνεπώς, ο προβαλλόμενος λόγος πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

28. Επειδή, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή, κατά το μέρος που στρέφεται κατά « κάθε προηγούμενης ή επόμενης της προσβαλλόμενης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής που ερείδεται στην προσβαλλόμενη πράξη», είναι παντελώς αόριστη και ανεπίδεκτη δικαστικής εκτίμησης και πρέπει για το λόγο αυτό να απορριφθεί ως απαράδεκτη (βλ. ΙΙ Τμ. Ελ. Συν. 3220, 3200, 2822, 2800/2009, 526/2011, 602/2013, 5000/2015, 790/2016).

29. Επειδή κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

30. Επειδή ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016)

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 17 Ιουλίου 2018 και εκδόθηκε την 24 Ιουλίου 2018 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Ειρήνη Τσιμπούκη