

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

Συνήλθε στις 4 Οκτωβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου και Γερασιμούλα- Μαρία Δρακονταειδή, μέλη.

Για να εξετάσει την από 25.08.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1661/25-08-2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» με διακριτικό τίτλο «.....», (εφεξής «προσφεύγων»), που εδρεύει στο επί της οδού, αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί και σε κάθε περίπτωση τροποποιηθεί ανάλογα ο προσβαλλόμενος όρος της υπ' αριθ. διακήρυξης που προκήρυξε το και συγκεκριμένα ο όρος 2.2.5 «Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής – Οικονομική και Χρηματοοικονομική εμπειρία – Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα»γ) Τεχνική και επαγγελματική εμπειρία τριών (3) ετών όπως περιγράφεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της διακήρυξης με ΑΔΑΜ: 2021-08-03, και αρ. ΕΣΗΔΗΣ

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε με την με αρ. πρωτ. διακήρυξης της, ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό κάτω των ορίων για την ανάθεση της σύμβασης με αντικείμενο την "

....." CPV : ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ.....
, με ΚΡΙΤΗΡΙΟ ΑΝΑΘΕΣΗΣ την ΠΛΕΟΝ ΣΥΜΦΕΡΟΥΣΑ ΑΠΟ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΑΠΟΨΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΒΑΣΕΙ ΜΟΝΟ ΤΗΣ ΤΙΜΗΣ με συνολική τιμή ύψους 99.894,40€ κατ' έτος, συμπτ/νου Φ.Π.Α., με βάση τις ποσότητες που αναφέρονται για κάθε είδος .Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε ένα (1) έτος, με δικαίωμα προαίρεσης ενός επιπλέον έτους, με τους ίδιους όρους της αρχικής σύμβασης.

2. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό και εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης του).

3. Επειδή, ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του και της συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του ν. 4412/2016.

4. Επειδή, η προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 25.08.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, δοθείσας ανάρτησης της προσβαλλόμενης στο ΚΗΜΔΗΣ στις 03.08.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, και γ) είναι νομίμως υπογεγραμμένη σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά το ισχύον σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, παράβαση των κανόνων ανάθεσης τους. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική

προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 κατά της Διακήρυξης ή των τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί, με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη από συγκεκριμένο όρο της Διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τις νόμιμες διατάξεις, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη (λυσίτελή) συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΣτΕ (Ασφ) 9/2015, ΔΕφΑΘ (Αναστ.) 44/2015, ΔΕφΑΘ (Ασφ) 561 /2013, ΣτΕ(Ασφ) 314/2013, ΣτΕ (Ασφ) 472/2012, ΣτΕ (Ασφ) 718/2012, ΣτΕ (Ασφ) 714/2012, ΣτΕ 890/2009, ΣτΕ 1415/2008 Ολομ., 881/2008, Ε.Α. 131/2003 κ.ά.). Εν προκειμένω, ο προσφεύγων, ο οποίος δραστηριοποιείται στη σχετική με το αντικείμενο της διακήρυξης αγορά, αναφέρει τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους του, λόγω του ότι η διατύπωση των προσβαλλόμενων με την κρινόμενη προσφυγή όρων της διακήρυξης στην οποία προτίθεται να συμμετάσχει, αποκλείει, κατά δήλωσή του, αθέμιτα τη συμμετοχή του από τον εν λόγω διαγωνισμό εις βάρος των συμφερόντων του και με ζημία του. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι «Η εταιρεία μας, η οποία έχει ως αντικείμενο την συλλογή και μεταφορά ΕΑΥΜ, καίτοι διαθέτει όλα τα εχέγγυα και τα κατάλληλα μέσα για την άρτια εκτέλεση της δημοπρατούμενης σύμβασης, εν τούτοις, λόγω περιοριστικού του ανταγωνισμού όρου που έχει τεθεί στην εν λόγω διακήρυξη, αποκλείεται εξ αρχής από τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό αυτόν, παρά την περί του αντιθέτου βούλησή της».

6. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, νομίμως και καταρχήν παραδεκτώς εισάγεται ενώπιον του 7ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, σε συνέχεια των με αρ. 2213 και 2259/2021 Πράξεων της Προέδρου του κρίνοντος Κλιμακίου. Εν προκειμένω, η υπό εξέταση προσφυγή εισάγεται ενώπιον 3μελούς σύνθεσης καθόσον η διάρκεια της σύμβασης, σύμφωνα με την επίμαχη διακήρυξη, ορίζεται σε ένα (1) έτος, με δικαίωμα προαίρεσης ενός επιπλέον έτους, με τους ίδιους όρους της αρχικής σύμβασης. Παράλληλα, η εκτιμώμενη αξία της ετήσιας σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 80.560,00€ πλέον ΦΠΑ. Λαμβάνοντας δε υπόψη ότι:

α) σύμφωνα με το άρθρο 136 ν. 4782/2021 «Διαδικασία εξέτασης της προσφυγής - Τροποποίηση των παρ. 1, 2, 3, 4, 5 και 6 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016» ορίζεται ότι «1. Προδικαστικές προσφυγές που ασκούνται κατά το

στάδιο που προηγείται της σύναψης των συμβάσεων του παρόντος, συμβάσεων παραχωρήσεων, καθώς και τροποποίησης αυτών, με εκτιμώμενη αξία έως και εκατό χιλιάδες (100.000) ευρώ, και ανεξάρτητα από τη φύση τους, εξετάζονται από μονομελές Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ, ενώ όταν η εκτιμώμενη αξία υπερβαίνει τις εκατό χιλιάδες (100.000) ευρώ, εξετάζονται από τριμελές Κλιμάκιο της», β) σύμφωνα με το άρθρο 6 ν. 4412/2016 "Μέθοδοι υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (άρθρο 5 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)" ορίζεται ότι «1. Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς ΦΠΑ, όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαίρεσης ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης....». Επομένως, δοθέντος ότι η επίμαχη σύμβαση προβλέπει ρητά δικαίωμα προαίρεσης ποσού ίσου με το αρχικό ετήσιο ποσό ήτοι $80.560 \times 2 = 161.120$ €, αρμοδιότητα έχει 3μελές Κλιμάκιο της Αρχής και όχι Μονομελές ως χρεώθηκε αρχικά αρμοδίως και στη συνέχεια κατόπιν σχετικού εγγράφου της Προέδρου και Εισηγήτριας, χρεώθηκε ομοίως αρμοδίως σε επαυξημένη σύνθεση.

7. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι « Μόνος λόγος προσφυγής... Στην παράγραφο 2.2.5 της επίμαχης διακήρυξης με τίτλο «Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής – Οικονομική και Χρηματοοικονομική εμπειρία – Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα», ορίζονται τα κάτωθι (σελ. 15):γ) Τεχνική και επαγγελματική εμπειρία τριών (3) ετών όπως περιγράφεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της παρούσης.». Στο δε Παράρτημα Ι – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ – ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ της Διακήρυξης, στο οποίο παραπέμπει ο ανωτέρω υπό γ) όρος, και συγκεκριμένα στο υποκεφάλαιο «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΠΟΣΤΕΙΡΩΣΗ ΤΩΝ ΕΑΑΜ», στον όρο Δ12 ορίζονται τα εξής (σελ. 53): «Θα πρέπει να κατατεθούν στοιχεία που αποδεικνύουν **την μακροχρόνια αξιοπιστία** του νόμιμου κάτοχου της άδειας διαχείρισης (επεξεργασία και τελική διάθεση των υπολειμμάτων επεξεργασίας) ΕΑΑΜ, από τα οποία να τεκμηριώνεται η τεχνική επάρκεια και αξιοπιστία των μέσων και του προσωπικού που αυτός διαθέτει. Για το σκοπό αυτό, να κατατεθούν αντίγραφα της κατατεθειμένης στο ΥΠΕΚΑ, Ετήσιας Απολογιστικής Έκθεσης Επεξεργασίας του νόμιμου κατόχου της άδειας διάθεσης ΕΑΑΜ των προηγούμενων 3 ετών, στην οποία αναφέρονται στοιχεία των ΕΑΑΜ που

επεξεργάστηκαν από αυτόν και τεκμηριώνουν την κατ' ελάχιστη επιθυμητή **τριετή εμπειρία στο συγκεκριμένο αντικείμενο**, την τεχνική ικανότητα και την αξιοπιστία του νόμιμου κατόχου της άδειας διάθεσης ΕΑΑΜ, στην εκτέλεση ανάλογου ποσοτικού και οικονομικού μεγέθους έργων». Κατά την γραμματική ερμηνεία του επίμαχου όρου, αξιώνεται από τον υποψήφιο, επί ποινή αποκλεισμού, να αποδείξει, ταυτόχρονα με την υποβολή της προσφοράς του, ότι, η επιχείρηση της μονάδας επεξεργασίας των ΕΑΑΜ, η οποία πρόκειται να εκτελέσει το εν λόγω μέρος του έργου σε περίπτωση ανάδειξής του ως αναδόχου, υφίσταται τουλάχιστον επί τριετία και έχει εκτελέσει τουλάχιστον μία σύμβαση με ίσο ή μεγαλύτερο οικονομικό και ποσοτικό αντικείμενο. Με άλλα λόγια, για την απόδειξη της εμπειρίας της μονάδας, η αναθέτουσα αρκείται στο να υφίσταται αυτή απλώς επί τριετία και να έχει εκτελέσει ένα και μόνο έργο ίσου αντικειμένου με αυτό της προκείμενης διακήρυξης. Ενώ είναι βέβαιο ότι η Αναθέτουσα Αρχή έθεσε τον όρο αυτό προς διασφάλιση της ύπαρξης ουσιαστικής και αντίστοιχης, με την απαιτούμενη για το προκηρυσσόμενο έργο, εμπειρίας, ο όρος, όπως έχει τεθεί, διασφαλίζει ουσιαστικά απλά την ύπαρξη παλαιότητας μιας επιχείρησης, και κυρίως, **αποκλείει την συμμετοχή υποψηφίων, οι οποίες έχουν εκτελέσει μεν πληθώρα τέτοιων συμβάσεων, ωστόσο δεν υφίστανται επί τριετία**. Ο αξιούμενος δε αριθμός της ΜΙΑΣ μόνο σύμβασης, ουδόλως θεραπεύει την αστοχία αυτή καθώς δεν προσφέρει την απαιτούμενη βεβαιότητα ως προς την ικανότητα της μονάδας αυτής να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις του έργου. Τέτοια περίπτωση αποτελεί η συνεργαζόμενη παγίως, από ιδρύσεώς της, με την εταιρεία μας, εταιρεία με την επωνυμία «.....» με διακριτικό τίτλο «.....», με έδρα το, επί της, η οποία διατηρεί μονάδα επεξεργασίας ΕΑΑΜ στην περιοχή της ΒΙ.ΠΕ..... Η εν λόγω εταιρεία, συστάθηκε τον Ιούλιο του 2019 και έχει έκτοτε και μέχρι το τέλος του 2020, εκτελέσει συνολικά πέντε έργα αφενός αξίας άνω των 80.560,00 ευρώ (μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ), που είναι η αξία του προκηρυσσόμενου έργου, και αφετέρου ετησίων ποσοτήτων μεγαλύτερων των εδώ προκηρυσσόμενων (48.800 kg), και συγκεκριμένα έχει εκτελέσει επιτυχώς τα κάτωθι έργα με τις αναφερόμενες κλινικές i. Την αποστείρωση των ΕΑΑΜ της κλινικής «.....» (.....) με συνολικό αντικείμενο σύμβασης 350.000,00€ περίπου και όγκο αποβλήτων 98.000 kg περίπου για το έτος

2019 και 335.000 kg περίπου για το 2020 (συνημμ. 3). ii. Την αποστείρωση των ΕΑΑΜ της κλινικής «.....» (.....) με συνολικό αντικείμενο σύμβασης 220.000,00€ περίπου και όγκο αποβλήτων 222.000 kg περίπου για το 2020 (συνημμ. 4). iii. Την αποστείρωση των ΕΑΑΜ της κλινικής «.....» (.....) με συνολικό αντικείμενο σύμβασης 350.000,00€ περίπου και όγκο αποβλήτων 133.500€ περίπου για το έτος 2019 και 312.000 kg περίπου για το 2020 (συνημμ. 5). iv. Την αποστείρωση των ΕΑΑΜ της κλινικής «.....» (.....) με συνολικό αντικείμενο σύμβασης 200.000,00€ περίπου και όγκο αποβλήτων 63.000 kg περίπου για το έτος 2019 και 150.000 kg περίπου για το 2020 (συνημμ. 6). v. Την αποστείρωση των ΕΑΑΜ της με συνολικό αντικείμενο σύμβασης 249.000,00€ περίπου και όγκο αποβλήτων 108.000 kg περίπου για το 2020 (συνημμ. 7). Προς απόδειξη των ανωτέρω προσκομίζουμε ενώπιόν Σας, τις συμβάσεις της εταιρείας μας με τις ανωτέρω κλινικές (ως άνω συνημμ. 3-7) και τις αντίστοιχες συμβάσεις της εταιρείας μας με την (συνημμ. 8), στις περιπτώσεις που ήταν συμβεβλημένη με τις ΥΜ η εταιρεία μας και η μονάδα αντίστοιχα συμβεβλημένη με εμάς, για κάθε ένα από τα ανωτέρω έργα, αλλά και τις ζητούμενες από τον επίμαχο όρο απολογιστικές εκθέσεις των ετών 2019 και 2020 (συνημμ. 2, 2α, 2β, 2γ, 2δ) από τις οποίες προκύπτουν οι ανωτέρω συνολικές ποσότητες αποκομισθέντων ΕΑΑΜ. Ο άνω όρος συνιστά περιττό και ως εκ τούτου μη νόμιμο εμπόδιο στην πρόσβαση νεοεισερχόμενων φορέων στη δυνατότητα ανάθεσης της σύμβασης, αφού αυτοί δεν αρκεί μόνο να έχουν προηγούμενες συμβάσεις με μονάδες υγείας επί του εν γένει αντικειμένου της σύμβασης ήτοι τη μεταφορά και επεξεργασία των αποβλήτων, αλλά θα πρέπει, και όσον αφορά την επιμέρους ειδικότερη πτυχή της επεξεργασίας, να διαθέτουν μονάδα, όχι απλώς πιστοποιημένη, αδειοδοτημένη και πληρούσα κάθε όρο νόμιμης λειτουργίας, αλλά λειτουργούσα επί υπερτριετές διάστημα. Εξάλλου, δεν προκύπτει γιατί, σε έναν διαγωνισμό τελούμενο βάσει της χαμηλότερης τιμής σε κάθε περίπτωση, είναι απαραίτητο ο υποψήφιος ανάδοχος, πέραν όλων των λοιπών τεχνικών κριτηρίων και προδιαγραφών που θα πρέπει να πληροί, να διαθέτει και μονάδα επεξεργασίας που λειτουργεί ήδη και δη επί πάνω από 3 έτη, αφού δεν συνδέεται η μη κατοχή του προσόντος της υπερτριετούς λειτουργίας με ακαταλληλότητα για εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου. Εξάλλου, εφόσον η

αναθέτουσα αποσκοπούσε να αναθέσει με κύριο γνώμονά της την όχι απλώς κατοχή της ελάχιστης απαιτούμενης τεχνικής δυνατότητας και νομιμότητας, αλλά τη μέγιστη δυνατή τεχνική ικανότητα, φήμη και εν γένει προσόντα, θα έπρεπε να επιλέξει ως κριτήριο ανάθεσης τη συμφερότερη προσφορά, βάσει σχέσης ποιότητας/τιμής ή βάσει άλλου κριτηρίου, το οποίο θα της έδινε τη δυνατότητα να βαθμολογήσει τις τεχνικές προσφορές. Αντίθετα, η προκήρυξη με κριτήριο ανάθεσης τη συμφερότερη προσφορά βάσει χαμηλότερης τιμής προσιδιάζει σε διαγωνισμούς, όπου η αναθέτουσα καθορίζει μεν ένα ελάχιστο αποδεκτό όριο επάρκειας, ώστε να μην είναι δυνατό να προχωρήσει προσφορά ακατάλληλη, αλλά, αρκούμενη σε αυτή την ελάχιστη επάρκεια, επικεντρώνει περαιτέρω στη μείωση του κόστους. Και ναι μεν, ανάγεται στην αναθέτουσα και την ειδική ανά περίπτωση στόχευσή της να επιλέξει το κριτήριο ανάθεσης, πλην όμως ο συνδυασμός της επιλογής ως κριτηρίου ανάθεσης της χαμηλότερης τιμής με ιδιαίτερα περιοριστικές απαιτήσεις, αναγόμενες στην τεχνική ικανότητα, καταλήγει τελικώς σε ένα κριτήριο που διακινδυνεύει στρεβλώσεις του ανταγωνισμού. Εξάλλου, δεν προκύπτει γιατί, σε έναν διαγωνισμό τελούμενο βάσει της χαμηλότερης τιμής σε κάθε περίπτωση, είναι απαραίτητο ο υποψήφιος ανάδοχος, πέραν όλων των λοιπών τεχνικών κριτηρίων και προδιαγραφών που θα πρέπει να πληροί, να διαθέτει και μονάδα επεξεργασίας που λειτουργεί ήδη και δη επί πάνω από 3 έτη, αφού δεν συνδέεται η μη κατοχή του προσόντος της υπερτριετούς λειτουργίας με ακαταλληλότητα για εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου. Πρέπει να συνεκτιμηθεί εξάλλου, ότι στην προκείμενη διακήρυξη τίθεται σωρεία επιμέρους τεχνικών όρων, προδιαγραφών, κριτηρίων και εν γένει προβλέψεων, οι οποίες αφενός, αν μη τι άλλο, αποσκοπούν στη διασφάλιση τεχνικής επάρκειας και ικανότητας, αφετέρου, κατ' αποτέλεσμα περιορίζουν τον κύκλο των υποψηφίων αναδόχων σε μία αντικειμενικά ήδη εξαιρετικά μικρή αγορά. Όπως άλλωστε έχει κριθεί, η ευχέρεια της αναθέτουσας να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της διακήρυξης δεν αποκλείει τον κατά τα ως άνω έλεγχο των κριτηρίων επιλογής βάσει της σύνδεσης τους με το αντικείμενο της σύμβασης, του απαραίτητου, κατάλληλου και ανάλογου ως προς το περιεχόμενό της χαρακτήρα τους και του περιορισμού του ανταγωνισμού. Αυτά ισχύουν περισσότερο, ιδίως σε μια αγορά όπως η προκειμένη, όπου ο ανταγωνισμός είναι ήδη περιορισμένος (βλ. ΔΕΕ,

Απόφαση της 9ης Νοεμβρίου 1983, C322/81 *Michelln I*, Συλλογή 1983, σ. 3461, σκ. 57, Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέα, σε Συνεκδ. Υποδ. C-395-396/96P *Compagnie Maritime Beige*, Συλλογή 2000, σ. 1-1365, σκ. 137, Απόφαση της 14ης Νοεμβρίου 1996, C333/94P *Tetra Pak it*, Συλλογή 1996, σ. 1-5951, σκ. 28, 31, 48, 7 ΠΕΚ, Απόφαση της 7ης Οκτωβρίου 1999, T-228/97, *Irish Sugar* κατά Επιτροπής Συλλογή 1999, σ. 11-2969, σκ. 185 και ΠΕΚ, Απόφαση της 8ης Οκτωβρίου 1996, Συνεκδ. Υποδ. T-24-26 & 28/93 *Compagnie Maritime Belge*, Συλλογή 1996, σ. 11-1201, σκ. 106-107, περί της επιταμένης ανάγκης προστασίας του ανταγωνισμού σε αγορές με ήδη υψηλή συγκέντρωση και εν γένει περιορισμένο ανταγωνισμό), άρα η όποια στήριξη από τρίτους φορείς αφενός δεν είναι ευχερής, αφετέρου κατά τεκμήριο τείνει, λόγω περιορισμένου αριθμού δυνάμενων να στηρίξουν φορέων, προς υψηλό κόστος (ΑΕΠΠ 1033/2019, ΑΕΠΠ 37/2019, ΕΣ 151/2018 Ε' Κλιμάκιο και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Συνεπώς, ένα δικαιολογημένο κριτήριο εμπειρίας επί της προκείμενης διακήρυξης, το οποίο θα δύνατο να εξασφαλίσει ικανοποιητική εμπειρία στο οικείο αντικείμενο, άνευ άσκοπης και άνισης απώλειας εμπειρίας προς προσμέτρηση, θα διατυπωνόταν με βάση έναν ελάχιστο αριθμό συμβάσεων εντός ενός πρόσφατου κρίσιμου διαστήματος, με καθορισμένο ενδεχομένως όριο αθροιστικών αποβλήτων με βάση τον όγκο ή το βάρος τους που έχουν τύχει μεταφοράς ή επεξεργασίας από τους υποψηφίους ή έστω με ελάχιστο όριο οικονομικού αντικειμένου, χωρίς όμως τον άνω περιορισμό της κατ' ελάχιστον τριετούς λειτουργίας της μονάδας επεξεργασίας (ΑΕΠΠ 39/2017). 15. Τα ανωτέρω, ορθά και δίκαια, έγιναν δεκτά και με την πρόσφατη υπ. αριθ. 1328/2021 (ad hoc) απόφαση της Αρχής σας, εκδοθείσα επί προσφυγής της εταιρείας μας κατά του και της υπ' αριθμ. Διακήρυξης αυτού, με όμοιο αντικείμενο, με την οποία προσβάλαμε πανομοιότυπο όρο. Έτσι όπως ορθά δέχτηκε εκεί η Αρχή σας (σκ. 28-29), «28. Επειδή την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνος 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 (ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, C-549/10

Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής). Υπό το πρίσμα της αρχής του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, τα κριτήρια επιλογής αλλά και ανάθεσης της σύμβασης που θέτει η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δεν θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι διαθέτουν την απαιτούμενη ικανότητα και οι οποίοι, υπό άλλες ενδεχομένως προϋποθέσεις, θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στην διαδικασία, ενισχύοντας με τον τρόπο αυτόν τον ανταγωνισμό. Επισημαίνεται δε ότι ο περιορισμός του ανταγωνισμού, θα πρέπει να ελέγχεται ακόμη περισσότερο σε σχέση με τον αποκλεισμό νεοσύστατων ή νεοεισερχόμενων σε έναν κλάδο επιχειρήσεων, ήτοι εκείνης της ομάδας οικονομικών φορέων που δύναται να μεταβάλουν δυναμικά τον ανταγωνισμό εντός μιας δεδομένης αγοράς (βλ. ΑΕΠΠ 26/2018). Δέον επισημανθεί ότι η αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού συνδέεται άρρηκτα – κατά το ενωσιακό δίκαιο – με την προώθηση συμμετοχής των μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων και δη των νεοφυών, στις αντίστοιχες διαδικασίες, ως μοχλός άσκησης ανταγωνιστικής πίεσης και ως εκ τούτου, της αύξησης του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, με ταυτόχρονο γνώμονα τα ιδιαίτερα κοινωνικά γνωρίσματα και χαρακτήρα της μικρομεσαίας επιχειρηματικότητας, στοιχείο η έμφαση επί του οποίου αποτελεί ειδικότερη εξέλιξη σε σχέση με το προϊσχύσαν αντίστοιχο ενωσιακό πλαίσιο (βλ. παρ. 2, 59, 66 και ιδίως 77, 78-80, 83, 84, 87, 120, 124, 134 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και αρ. 83 όπου η συμμετοχή των ΜΜΕ τίθεται ως δείκτης αποτελεσματικής διακυβέρνησης του συστήματος δημοσίων συμβάσεων, βλ ΑΕΠΠ 1128/2021). Επομένως, οι τυχόν διακρίσεις που επιβάλλουν, όχι μόνο τα κριτήρια ανάθεσης αλλά και οι τεχνικές προδιαγραφές, εις βάρος τους, έχουν ιδιάζουσα αρνητική και δη μακροπρόθεσμη επίπτωση στον ανταγωνισμό, λόγω της λειτουργίας τους ως επενδυτικά αντικίνητρα για την είσοδο στην νέα αγορά. 29. Επειδή, η θέσπιση απαιτήσεων τεχνικών προδιαγραφών, έχει ως σκοπό να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της προκηρυσσόμενης σύμβασης. Συνεπώς, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις οικείες διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για την εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης, πρέπει να

τελούν σε σύνδεση και αναλογία προς το αντικείμενό της. Από τα ανωτέρω αναφερόμενα συνάγεται σαφώς ότι η απαίτηση της διακήρυξης για τουλάχιστον τριετή εμπειρία του προσφέροντος δεν είναι ανάλογη προς το αντικείμενο της συγκεκριμένης σύμβασης και περαιτέρω, περιορίζει τον αριθμό των ενδιαφερόμενων να συμμετάσχουν στον Διαγωνισμό οικονομικών φορέων, αφού ζητείται η τριετής τουλάχιστον εμπειρία αποδεικνυόμενη με μία ή περισσότερες συμβάσεις ίσου ή μεγαλύτερου οικονομικού αντικειμένου με αυτό της διακήρυξης ενώ θα αρκούσε στην προκειμένη περίπτωση η επιτυχής εκτέλεση μιας ή περισσότερων συμβάσεων του ζητούμενου οικονομικού αντικειμένου σε χρονικό διάστημα ακόμη και μικρότερο της τριετίας αφού, αφενός μεν ουδόλως δικαιολογείται ο συγκεκριμένος χρονικός περιορισμός στην υπό κρίση περίπτωση από αντικειμενικούς λόγους σχετικούς με το αντικείμενο της σύμβασης, και αφετέρου, εν προκειμένω σημασία έχει η εμπειρία σε ανάλογης αξίας προμήθειες, οι οποίες έχουν εκτελεσθεί επιτυχώς σε πρόσφατο χρόνο, ήτοι ακόμη και μικρότερο της τριετίας.». 16. Εν όψει των παραπάνω η ως άνω προδιαγραφή, έχει τεθεί κατά παράβαση των ως άνω διατάξεων των άρθρων 18 και 54 Ν. 4412/2016 και επομένως, ως μη νόμιμη, νοθεύει και περιορίζει αδικαιολόγητα τον ελεύθερο ανταγωνισμό και την ευρύτερη συμμετοχή των διαγωνιζομένων, καθόσον, αποκλείονται προμηθευτές, οι οποίοι, αν και διαθέτουν, όπως η εταιρεία μας, όλως επαρκή και ανάλογη της απαιτούμενης για την εκτέλεση του προκηρυσσόμενου έργου, εμπειρία, εν τούτοις δεν πληρούν τα κριτήρια παλαιότητας που αδικαιολόγητα τίθενται, καθ' ότι δεν συνδυάζονται με εχέγγυα πραγματικής εμπειρίας, κάτι το οποίο δεν εξασφαλίζεται από την απαίτηση για μία και μόνο σύμβαση. Πρέπει επομένως συνεπεία των παραπάνω ο προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης να ακυρωθεί και τροποποιηθεί αναλόγως. Επειδή η εταιρεία μας, ως έχουσα απολύτως σχετικό με την προκηρυσσόμενη σύμβαση αντικείμενο πληροί κατά τα λοιπά όλους τους όρους της διακήρυξης, εμποδίζεται δε απολύτως να υποβάλει παραδεκτή προσφορά εξαιτίας της υπάρξεως του προσβαλλόμενου όρου, θεμελιώνοντας την ύπαρξη προσωπικού, άμεσου και ενεστώτος έννομου συμφέροντος για την προσβολή της επίμαχης εκτελεστής διοικητικής πράξης. Επειδή δέον όπως διασφαλιστούμε προσωρινώς έως την έκδοση απόφασης επί της παρούσας προσφυγής, ήτοι ως προς την δυνατότητά μας

να συμμετάσχουμε εν τέλει στον υπόψη διαγωνισμό και να αξιολογηθούμε επί ίσοις όροις αφού ακυρωθεί ο προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης...».

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις με αρ. πρωτ. 19220/30.08.2021 απόψεις της ισχυρίζεται ότι «.... Όσον αφορά τις Τεχνικές προδιαγραφές της εν λόγω διακήρυξης του Γ.Ν.Κ.: 1. Χρησιμοποιήθηκαν Εγκεκριμένες Τεχνικές Προδιαγραφές μετά από διαβούλευση (σε 2 φάσεις) του (23η /15-06-2021 θ. 9ο Απόφαση Δ.Σ. , ΑΔΑ:.....). και δεν υπήρξε καμία δικαστική εμπλοκή, ούτε καν κατάθεση απόψεων της εταιρείας με διακριτικό τίτλο «.....». 2. Η αναθέτουσα αρχή, είναι ελεύθερη να διαμορφώνει τις προδιαγραφές σύμφωνα με τις ανάγκες της και δεν δεσμεύεται πλέον από την διαδικασία εκπόνησης τεχνικών προδιαγραφών που έχει εκπονήσει η Ε.Π.Υ. 3 (σχετικό έγγραφο ΕΠΥ με αρ. πρωτ. 4661/14-09-2016: ΑΠΟΣΠΑΣΜΑ ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ ΤΗΣ ΜΕ ΑΡΙΘΜΟ 88 ΚΑΙ ΑΠΟ 7.9.2016 ΣΥΝΕΔΡΙΑΣΗΣ ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ ΥΓΕΙΑΣ) οι οποίες εγκρίνονται από το όργανο διοίκησης σύμφωνα με το αρ.πρ.5609/23-11-2016 έγγραφο ΕΠΥ. 3. Σύμφωνα με το Ν.4412/2016 , άρθρο 75, παρ. 3 & 4. Κριτήρια επιλογής (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) «Όσον αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν άτι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων. Επιπλέον, Όσον αφορά στην 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».

Από τον συνδυασμό των ανωτέρω, προκύπτει ότι εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών να επιβάλλουν τις απαιτήσεις εκείνες, οι οποίες, κατά την κρίση τους, διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, καθώς και την αναγκαία τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, για την εκτέλεση της σύμβασης σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας, ανάλογα με το αντικείμενο της υπό ανάθεσης σύμβασης. Επιπροσθέτως, εν όψει της πανδημίας COVID-19 , και λόγω της επιτακτικής ανάγκης για την ορθή και ασφαλή διαχείριση των νοσοκομειακών μολυσματικών αποβλήτων, κρίνεται απαραίτητη η τριετής εμπειρία των υποψηφίων εταιρειών. 4. Κατά τη γραμματική ερμηνεία του επίμαχου όρου, δεν προκύπτει ότι απαιτείται η εκτέλεση ενός και μόνο αντίστοιχου έργου εντός της τριετίας από τις υποψήφιες εταιρείες, όπως ισχυρίζεται η εταιρεία με διακριτικό τίτλο «.....» , αλλά κατ' ελάχιστον. Εν κατακλείδι θεωρούμε ότι η εν λόγω προσφυγή είναι ανυπόστατη διότι οι τεχνικές προδιαγραφές που χρησιμοποιήθηκαν στην σχετική διακήρυξη είναι διαβουλευμένες και εγκεκριμένες αρμοδίως και σύμφωνα με τα οριζόμενα στην κείμενη νομοθεσία».

9. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται «2.2.5 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής – Οικονομική και Χρηματοοικονομική επάρκεια - Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα α) Όσον αφορά στα ποιοτικά χαρακτηριστικά των περιεκτών και σακούλων, αυτά αναφέρονται αναλυτικά στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της παρούσης. β) Όσον αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν ελάχιστο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τα τρία (3) τελευταία έτη ίσο με το ύψος του συνολικού προϋπολογισμού της παρούσας διακήρυξης με Φ.Π.Α. γ) Τεχνική και επαγγελματική εμπειρία τριών (3) ετών όπως περιγράφεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της παρούσης.

2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:... ι) η οποία παρουσιάζει αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης.

10. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και

χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, 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. [...] 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.[...].

11. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν. 4412/2016 ορίζεται:

«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.

[...]

5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας,

καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος.

12. Επειδή, κατά πάγια νομολογία η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη, να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων με βάση τις ανάγκες και την σκοπιμότητα χρήσης, η δε θέσπιση με την διακήρυξη των προδιαγραφών, που 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 στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, δεδομένου ότι από την φύση τους οι απαιτήσεις της διακήρυξης περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010, Ε.Α. 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006).

13. Επειδή τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής διαμορφώνονται με γνώμονα τις αρχές της αναλογικότητας και της χρηστής δημοσιονομικής διοίκησης στα πλαίσια του ελεύθερου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. και Α.Σ. Graelis, "Public Procurement and the EU Competition Rules" (Hart 2015, 2η εκδ.) 6.II.A.vii) και κρίνονται με βάση την συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση και όχι *in abstracto* (βλ.κατ' αναλογία Δ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 410 επ.) . Κατά την επιλογή σε επίπεδο κατάρτισης διακήρυξης των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που της επιτρέπουν να καθορίσει κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων (βλ. ειδικά την παρ. 4.1 του «Ευρωπαϊκού Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις

δημόσιες συμβάσεις» καθώς και την Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ με θέμα «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής δημοσίων συμβάσεων και έλεγχος καταλληλότητας»). Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις συμμετοχής αυτών. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να τελούν σε σύνδεση και αναλογία προς το αντικείμενο της. Εν προκειμένω, για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και περί τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, καθώς και τον προϋπολογισμό της.

14. Επειδή, σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, εναργώς προκύπτει ότι, οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, δύνανται να ελέγχουν την «ικανότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη τα περιοριστικώς αναφερομένα στην εν λόγω διάταξη κριτήρια επιλογής αυτών, ήτοι σε σχέση με: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.

Περαιτέρω, κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων επιλογής των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται οι βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις συμμετοχής αυτών χωρίς να περιορίζεται αδικαιολόγητα ο ανταγωνισμός και ειδικά η πρόσβαση των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων στις δημόσιες Συμβάσεις. Εξάλλου, όπως περιγράφεται και

στον «Ευρωπαϊκό Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις» και ειδικότερα στο πεδίο 4.1 αυτού με τίτλο «Διατήρηση της αναλογικότητας των κριτηρίων επιλογής» διευκρινίζεται ότι «...Όλα τα κριτήρια επιλογής πρέπει να είναι σαφή και αναλογικά προς τη συγκεκριμένη σύμβαση και να μην εισάγουν διακρίσεις. Στην περίπτωση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που της επιτρέπουν να καθορίσει μάλλον κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων.....». Η αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού θα πρέπει να διέπει την κατά τα ως άνω συνδυασμένη εφαρμογή των παρ. 1 και 4 του άρθρου 75 Ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα ότι τα όποια κριτήρια επιλογής περί τεχνικής επάρκειας δεν θα πρέπει να φθάνουν σε τέτοιο επίπεδο, ώστε να περιορίζουν δραστικά τον ανταγωνισμό, ακόμη και αν αφήνουν κάποιο έστω περιθώριο περιορισμένης εμφάνισής του, χωρίς τούτος ο περιορισμός να είναι απόλυτα αναγκαίος για τη διασφάλιση ομαλής εκτέλεσης του αντικειμένου της σύμβασης. Οι δε αρχές της σχετικότητας, αναλογικότητας και αντικειμενικής σύνδεσης των κριτηρίων αυτών με το αντικείμενο και τον σκοπό της σύμβασης πρέπει ομοίως να ερμηνεύονται υπό το ως άνω πρίσμα. Αυτά έχουν ως συνέπεια ότι μεταξύ άλλων τα όποια κριτήρια επιλογής, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δεν θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι υπό άλλη, ομοίως επαρκή για τη διασφάλιση της απαιτούμενης ικανότητας, θα μετείχαν, τονώνοντας τον ανταγωνισμό. (βλ. μεταξύ άλλων ΑΕΠΠ 492/2020 Εις. Χ. Ζαράρη).

15. Επειδή, δεν ασκεί έννομη επιρροή η δυνατότητα του υποψηφίου να καλύψει τις σχετικές απαιτήσεις στηριζόμενος στις ικανότητες άλλων φορέων (άρθρο 78 ν. 4412/2016) ή συμμετέχοντας σε ένωση οικονομικών φορέων (άρθρο 19 παρ. 2 ν. 4412/2016), καθόσον τούτο συνιστά δικαίωμα των ίδιων των υποψηφίων που κατοχυρώνεται σε όλους τους διαγωνισμούς και όχι βάση υπέρ της αναθέτουσας αρχής για την εισαγωγή όρων καταλληλότητας που δεν δικαιολογούνται ευλόγως από το αντικείμενο της σύμβασης καθ' εαυτό (βλ. Ελ. Συν Ε' Κλιμάκιο 151/2018, και σχετικά με τη σύνδεση των

κριτηρίων επιλογής με το αντικείμενο της σύμβασης βλ. C-76/16, σκ.33, C - 218/11 σκ.29, Ελ.Συν Ε Κλιμάκιο 116/2018, 212/2017, 237/2017 κ.α).

16. Επειδή εν προκειμένω, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη.

17. Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (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).

18. Επειδή, κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004, αρ. περ. 642 Β). Επειδή ο προσδιορισμός των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας καθορίζεται: α) από το λογικό, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, περιεχόμενο της αόριστης αξιολογικής έννοιας σε συνδυασμό με την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης σε συνδυασμό προς τον επιδιωκόμενο από τον κανόνα αυτό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, β) από την ισότητα κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, δηλαδή, την ίση κρίση ομοειδών νομικών και πραγματικών καταστάσεων γ) από την αρχή της χρηστής διοίκησης και δ) από την αρχή της αναλογικότητας ή της αναλογίας, σύμφωνα με την οποία το

επαχθές μέτρο που επιβάλλεται στον διοικούμενο με τη διοικητική πράξη πρέπει να είναι αναγκαίο, πρόσφορο και ανάλογο προς το εξυπηρετούμενο δημόσιο συμφέρον ή ιδιωτικό προστατευόμενο συμφέρον στο πλαίσιο του σκοπού που επιδιώκει ο νόμος (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., 2010, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 514).

19. Επειδή με τον μόνο λόγο της προσφυγής **ο προσφεύγων** ισχυρίζεται ότι ο προσβαλλόμενος όρος περί τριετούς εμπειρίας συνιστά περιττό και ως εκ τούτου μη νόμιμο εμπόδιο στην πρόσβαση νεοεισερχόμενων φορέων στη δυνατότητα ανάθεσης της σύμβασης, αφού αυτοί δεν αρκεί μόνο να έχουν προηγούμενες συμβάσεις με μονάδες υγείας επί του αντικειμένου της σύμβασης, αλλά θα πρέπει, και όσον αφορά την επιμέρους ειδικότερη πτυχή της επεξεργασίας, να διαθέτουν μονάδα, όχι απλώς πιστοποιημένη, αδειοδοτημένη και πληρούσα κάθε όρο νόμιμης λειτουργίας, αλλά λειτουργούσα επί υπερτριετές διάστημα. Ομοίως ισχυρίζεται ότι δεν συνδέεται η μη κατοχή του προσόντος της υπερτριετούς λειτουργίας με ακαταλληλότητα για εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου αλλά και ότι στην προκείμενη διακήρυξη τίθεται σωρεία επιμέρους τεχνικών όρων, προδιαγραφών, κριτηρίων και εν γένει προβλέψεων, οι οποίες αφενός, αν μη τι άλλο, αποσκοπούν στη διασφάλιση τεχνικής επάρκειας και ικανότητας, αφετέρου, κατ' αποτέλεσμα περιορίζουν τον κύκλο των υποψηφίων αναδόχων σε μία αντικειμενικά ήδη εξαιρετικά μικρή αγορά. Εν κατακλείδι ισχυρίζεται ότι ο προσβαλλόμενος όρος αποκλείει την συμμετοχή υποψηφίων που έχουν εκτελέσει μεν πληθώρα τέτοιων συμβάσεων, ωστόσο δεν υφίστανται επί τριετία.

Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών να επιβάλλουν τις απαιτήσεις εκείνες, οι οποίες, κατά την κρίση τους, διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, καθώς και την αναγκαία τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, για την εκτέλεση της σύμβασης σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας, ανάλογα με το αντικείμενο της υπό ανάθεσης σύμβασης. Επιπροσθέτως, εν όψει της πανδημίας COVID-19, και λόγω της επιτακτικής ανάγκης για την ορθή και ασφαλή διαχείριση των νοσοκομειακών

μολυσματικών αποβλήτων, κρίνεται απαραίτητη η τριετής εμπειρία των υποψηφίων εταιρειών, αλλά και ότι κατά τη γραμματική ερμηνεία του επίμαχου όρου, δεν προκύπτει ότι απαιτείται η εκτέλεση ενός και μόνο αντίστοιχου έργου εντός της τριετίας από τις υποψήφιες εταιρείες και ότι εν πάσει περιπτώσει οι τεχνικές προδιαγραφές αποτέλεσαν προϊόν διαβούλευσης.

20. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω αναφερομένων (βλ. σκ. 12-18) προκύπτει ότι η απαίτηση της διακήρυξης για τουλάχιστον τριετή εμπειρία/δραστηριοποίηση δεν παρίσταται ανάλογη προς το αντικείμενο της συγκεκριμένης σύμβασης και περαιτέρω, περιορίζει τον αριθμό των ενδιαφερόμενων να συμμετάσχουν στον Διαγωνισμό οικονομικών φορέων ενώ θα αρκούσε στην προκείμενη περίπτωση η επιτυχής εκτέλεση περισσότερων συμβάσεων, ως άλλωστε ζητείται, σε χρονικό διάστημα ακόμη και μικρότερο της τριετίας αφού, αφενός μεν ουδόλως δικαιολογείται ο συγκεκριμένος χρονικός περιορισμός στην υπό κρίση περίπτωση από αντικειμενικούς λόγους σχετικούς με το αντικείμενο της σύμβασης σε συνδυασμό και με το πλήθος των σχετικών απαιτήσεων που τίθενται, αφετέρου, καθοριστικό ρόλο διαδραματίζει η εμπειρία σε ανάλογες συμβάσεις, οι οποίες έχουν εκτελεσθεί επιτυχώς σε πρόσφατο χρόνο, ήτοι ακόμη και μικρότερο της τριετίας εν μέσω Covid 19, επιχείρημα που προβάλλει η αναθέτουσα αρχή για να δικαιολογήσει την οικεία απαίτηση της, πλην όμως αβασίμως διότι ουσιαστικά επιρρωνύει τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος ο οποίος από τον κατάλογο των συμβάσεων που παραθέτει, προκύπτει ότι αυτές εκτελέσθηκαν και κατά το έτος 2020, εν μέσω δηλαδή Covid. Εν πάσει περιπτώσει, η αναθέτουσα αρχή δεν αιτιολογεί/τεκμηριώνει την αναγκαιότητα του αποκλεισμού νεοσύστατων επιχειρήσεων που διαθέτουν πλήθος πρόσφατων εκτελεσθεισών συμβάσεων αλλά όχι 3ετή λειτουργία αλλά αρκείται στην γενικόλογη αναφορά της διακριτικής της ευχέρειας περί θέσπισης των απαιτήσεων που κρίνει πρόσφορες. Όσον δε αφορά στους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής διαβουλευμένων προδιαγραφών ουδόλως στερούν τον εκάστοτε προσφέροντα από τη δυνατότητα/δικαίωμα κατάθεσης προσφυγής. Συνεπώς, ο προσβαλλόμενος όρος χρήζει ακυρότητας.

21. Επειδή, σε περίπτωση ακυρώσεως διάταξης σχετικής με ένα κριτήριο επιλογής η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί νομίμως να συνεχίσει τη διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως αποκλείοντας αυτό το κριτήριο, διότι τούτο θα κατέληγε να τροποποιήσει τα εφαρμοστέα στην εν λόγω διαδικασία κριτήρια (ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. I-14527, σκ.94). Συνεπώς, η προσβαλλόμενη διακήρυξη του ανωτέρω διαγωνισμού πρέπει να ακυρωθεί (βλ. ενδ. και αποφάσεις ΑΕΠΠ 21/2017 σκ. 25, 22/2017 σκ. 28, 668/2018 σκ.20, 1136/2018 σκ. 27-28). Ειδικότερα, επειδή η ύπαρξη του προσβαλλόμενου όρου, που άπτεται των προϋποθέσεων παραδεκτού των κατατεθεισών προσφορών των οικονομικών φορέων, είναι πιθανό να εμποδίσει τη συμμετοχή και άλλων οικονομικών φορέων, η Διακήρυξη θα πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της, προκειμένου η ανάθεση της εν λόγω σύμβασης να επαναπροκηρυχθεί μετά από αναπροσαρμογή των επίμαχων όρων (βλ. ενδ. Απόφαση ΑΕΠΠ 492/2020. Εις. Χ.Ζαράρη).

22. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

23. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

24. Επειδή κατ' ακολουθία σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 5 του άρθρου 363 του ν. 4412/2016, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων, ως αυτό αναφέρεται στη σκέψη 1 της παρούσας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό.

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 04.10.2021 και εκδόθηκε στις 20.10.2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης:1610 /2021

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αναστασία Ρουμελιώτη