

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 23 Νοεμβρίου 2017 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 20.10.2017 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/177/23.10.2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) IV/31/23.10.2017 της προσφεύγουσας «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της Διοίκησης Αεροπορικής Υποστήριξης [εφεξής αναθέτουσα αρχή].

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί ο προσβαλλόμενος, ειδικός όρος της παραγράφου 1β του άρθρου 3 του Παραρτήματος Β' της υπ' αριθμόν 32/2017 Διακήρυξης με αντικείμενο την «Παροχή υπηρεσιών διαχείρισης επικίνδυνων ιατρικών αποβλήτων» (CPV 90521000 – 5) με διάρκεια ένα έτος, προϋπολογιζόμενη δαπάνη €274.000,00 πλέον Φ.Π.Α. και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, ανά κατηγορία αποβλήτων.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει, δυνάμει της σχετικής από 23.10.2017 Βεβαίωσης της ΑΕΠΠ, πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το αναλογούν ηλεκτρονικό

## Αριθμός απόφασης: 185/2017

παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 170690920957 1219 0049, ποσού ευρώ χιλίων τριακοσίων εβδομήντα (€1.370,00), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α΄ 64).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρία άσκησε την Προδικαστική Προσφυγή της κάνοντας χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

3. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλη αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού €274.000,00 πλέον ΦΠΑ), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΑΚ Α΄ 116), δεδομένου πως η έναρξη της αντίστοιχης διαγωνιστικής διαδικασίας έγινε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα εταιρία προσέβαλε την υπ' αριθμόν 32/2017 Διακήρυξη, η οποία ως αποδεικνύεται από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου Διαγωνισμού, έχει αναρτηθεί ηλεκτρονικά, σύμφωνα με το άρθρο 38 του Ν. 4412/2016, στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) την 26.09.2017, λαμβάνοντας ΑΔΑΜ: 17PROC001996996, και η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) εδ. β΄ Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) εδ. β΄ του Κανονισμού, ήτοι εντός προθεσμίας 25 (=10+15) ημερών από τη δημοσίευση της Διακήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρία ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με έννομο συμφέρον, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της επίμαχης προμήθειας, ήτοι τη διαχείριση μολυσματικών αποβλήτων, διαθέτει τις άδειες μεταφοράς και επεξεργασίας που

απαιτεί ο νόμος και επιθυμεί να συμμετάσχει στον κρίσιμο δημόσιο Διαγωνισμό, η δε υποβολή της προσφοράς της εμποδίζεται από τον προσβαλλόμενο όρο της Διακήρυξης.

6. Επειδή, ο προσβαλλόμενος όρος της Διακήρυξης [3<sup>ο</sup> άρθρο (Πρόσθετα Δικαιολογητικά Κατακύρωσης) του Παραρτήματος Β'] έχει ως εξής: «1. [...] Σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στο άρθρο 80 του Ν.4412/2016, κατά τη διαδικασία που περιγράφει στο άρθρο 7 και άρθρο 5 παραγρ. 3 α. β. και γ. του Παραρτήματος «Α'», απαιτείται επιπλέον να προσκομιστούν: [...] β. Δικαιολογητικά τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας: Κατάλογος εκτέλεσης εργασιών – παροχής υπηρεσιών σε νοσηλευτικά ιδρύματα δυναμικότητας τουλάχιστον τριακοσίων (300) κλινών του εσωτερικού ή άλλης χώρας της Ευρωπαϊκής Ένωσης, με τα οποία ο συμμετέχων οικονομικός φορέας έχει συνάψει σύμβαση διαχείρισης Επικίνδυνων Αποβλήτων Υγειονομικών Μονάδων (ΕΑΥΜ) για χρονικό διάστημα δύο (2) ετών κατ' ελάχιστο, στον οποίο θα προσδιορίζονται η αξία, η ημερομηνία και ο τόπος παροχής, οι αποδέκτες τους, δημόσιοι ή ιδιωτικοί φορείς (όνομα, διεύθυνση, τηλέφωνο), καθώς και το αν οι παραδόσεις πραγματοποιήθηκαν σύμφωνα με τους κανόνες της τέχνης και εάν περατώθηκαν κανονικά, συνοδευόμενες από τα πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και κανονικής περάτωσης των». Ο προσβαλλόμενος όρος έχει τεθεί προς απόδειξη της απαίτησης της παρ. 21 του Παραρτήματος Γ' της Διακήρυξης: «21. Ο ανάδοχος θα πρέπει να έχει εμπειρία σε ανάλογες εργασίες. Ως απόδειξη εμπειρίας πρέπει να προσκομίσει λίστα νοσηλευτικών ιδρυμάτων δυναμικότητας τουλάχιστο τριακοσίων (300) κλινών, του εσωτερικού ή άλλης χώρας της Ευρωπαϊκής Ένωσης, με τα οποία να έχει συνάψει σύμβαση διαχείρισης ΕΑΥΜ και για χρονικό διάστημα δύο (2) ετών κατ' ελάχιστο».

7. Επειδή, ο εν λόγω όρος της Διακήρυξης προσβάλλεται από την προσφεύγουσα κατ' αρχήν ως αόριστος, με αποτέλεσμα, εκ της αοριστίας αυτού, να μην εξασφαλίζεται η διαφάνεια και η ισότιμη πρόσβαση των υποψηφίων οικονομικών φορέων. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι

ο προσβαλλόμενος όρος παραβιάζει την ευρωπαϊκή και εθνική νομοθεσία για τις δημόσιες συμβάσεις (Ν. 4412/2016 και ιδίως τα άρθρα 54 παρ. 2 περί Τεχνικών Προδιαγραφών και 75 παρ. 1 περί Κριτηρίων Επιλογής), τη νομοθεσία για τη διαχείριση των υγειονομικών αποβλήτων και τις αρχές του ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας και της αναλογικότητας, με αποτέλεσμα να καθίσταται αδύνατη η υποβολή προσφοράς εκ μέρους της.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τα υπ' αριθμ. Φ.831/ΑΔ.2828/Σ.869/27.10.2017 και Φ.831/ΑΔ.2891/Σ.898/01.11.2017 έγγραφα της αποδέχεται το περιεχόμενο της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής και αναγνωρίζει την ανάγκη τροποποίησης του συγκεκριμένου όρου της Διακήρυξης.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή ενέκρινε την παράταση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών αρχικά για την 20.11.2017 και εν συνεχεία για την 19.01.2018, αναμένοντας την απόφαση της ΑΕΠΠ και αποσκοπώντας στην τροποποίηση των όρων – τεχνικών προδιαγραφών του Διαγωνισμού προς όφελος τόσο της κάλυψης των αναγκών της Διοίκησης, όσο και της επίτευξης του μέγιστου δυνατού ανταγωνισμού.

10. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» του Ν. 4412/2016: «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. 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 [...]».

11. Επειδή, στο άρθρο 54 (Τεχνικές Προδιαγραφές) του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι 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.

12. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 75 (Κριτήρια επιλογής) του Ν. 4412/2016: «1. [...] 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 [...] απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν [...]».

13. Επειδή, στο Μέρος II: Τεχνική ικανότητα του Παραρτήματος XII (Αποδεικτικά Μέσα για τα Κριτήρια Επιλογής) του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ζητούν ως αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα (άρθρο 75) και ειδικά για την παροχή υπηρεσιών, όπως το αντικείμενο της Διακήρυξης: «ii) κατάλογο των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται

υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία τριετία».

14. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην Προκήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, Απόφαση της 29.04.2005, σκέψη 111 κλπ).

15. Επειδή, με τον προσβαλλόμενο όρο της Διακήρυξης ζητείται από τους προσφέροντες να αποδείξουν την εμπειρία τους προσκομίζοντας κατάλογο εκτέλεσης εργασιών – παροχής υπηρεσιών σε νοσηλευτικά ιδρύματα δυναμικότητας τουλάχιστον τριακοσίων (300) κλινών, χωρίς όμως να προκύπτει πώς το κριτήριο του αριθμού των κλινών συναρτάται, άνευ οποιασδήποτε άλλης διάκρισης ή εξειδίκευσης, ευθέως με το προκείμενο αντικείμενο της σύμβασης και το κρίσιμο μέγεθος αυτού, ήτοι τα επικίνδυνα απόβλητα προς μεταφορά και επεξεργασία. Αντίθετα, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ο εν λόγω όρος της Διακήρυξης είναι αόριστος και ασαφής, δεδομένου ότι δε λαμβάνεται υπόψη ότι η παραγωγή ανά κλίνη και ανά είδος νοσηλευτικής μονάδας, δεν είναι σταθερή και όμοια, καθώς η ποσότητα επικίνδυνων αποβλήτων υγειονομικών μονάδων που παράγεται ημερησίως σε μία κλίνη π.χ. ψυχιατρικής νοσηλευτικής μονάδας δεν είναι συγκρίσιμη με την ποσότητα αντίστοιχης κλίνης μίας μαιευτικής μονάδας.

17. Επειδή, ένας ορθός και δικαιολογημένος δείκτης εμπειρίας δε θα έπρεπε να εκφράζεται έμμεσα μέσω της μορφής των αντισυμβαλλόμενων δια

των οποίων επετεύχθη, αλλά άμεσα βάσει του ιδίου του εκτελεσμένου όντως αντικειμένου. 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 ένα αυτό καθαυτό ελάχιστο όριο αθροιστικών αποβλήτων που έχουν τύχει μεταφοράς ή επεξεργασίας από τους υποψηφίους εντός ενός πρόσφατου κρίσιμου διαστήματος, όριο που δύναται να αποδοθεί με βάση τον αθροιστικό όγκο ή το βάρος τους, ενώ στο παραπάνω άθροισμα θα προσμετρούνταν απόβλητα που αποτέλεσαν το αληθές και εκτελεσμένο αντικείμενο κάθε είδους, διάρκειας, μεγέθους σύμβασης με οιονδήποτε αντισυμβαλλόμενο, ανεξαρτήτως περιορισμένων τιθόμενων επί του είδους και του εύρους του τελευταίου (πρβλ. σκέψη 8 της ΑΕΠΠ 39/2017). Επειδή, επιπρόσθετα, ο προσβαλλόμενος όρος της Διακήρυξης απαιτεί, για την απόδειξη της εμπειρίας, την προσκόμιση συμβάσεων τουλάχιστον διετούς διάρκειας, χωρίς να προσδιορίζει το χρονικό διάστημα κατά το οποίο πρέπει να έχει καταρτιστεί η εν λόγω σύμβαση (π.χ. τελευταία τριετία) και χωρίς να δίδεται η δυνατότητα να προσμετρηθούν στην εμπειρία των προσφερόντων συμβάσεις με μικρότερη διάρκεια, όπως η υπό ανάθεση, που είναι ετήσια.

17. Επειδή, ο προσβαλλόμενος όρος καθώς και τυχόν λοιποί όροι της Διακήρυξης που σχετίζονται με αυτόν, όπως η απαίτηση της παρ. 21 του Παραρτήματος Γ' της Διακήρυξης, χρήζουν τροποποίησης από την αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να είναι σαφώς διατυπωμένοι και να συναρτούν την απαιτούμενη εμπειρία με το προκείμενο αντικείμενο της σύμβασης κατά τρόπο ανάλογο προς το μέγεθος της υπό ανάθεση σύμβασης.

18. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει ενόλω δεκτή.

19. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται εν όλω την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τον ειδικό όρο της παραγράφου 1β του άρθρου 3 του Παραρτήματος Β' της υπ' αριθμόν 32/2017 Διακήρυξης καθώς και την απαίτηση της παρ. 21 του Παραρτήματος Γ' της Διακήρυξης.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου ποσού χιλίων τριακοσίων εβδομήντα ευρώ (€1.370,00).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23.11.2017 και εκδόθηκε στις 8.12.2017.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Ιωάννης Κίτσος**

**Μελπομένη Τσιαλαφούτα**