

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 13 Απριλίου 2022 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Εισηγήτρια και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 08.03.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 363/09.03.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «...» και με διακριτικό τίτλο «....», (εφεξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Κατά της εταιρίας «...» (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η προσφυγή της και να ακυρωθεί στην υπ' αριθμό ... και με ΑΔΑΜ ... Διακήρυξη (εφεξής η «προσβαλλόμενη» ή «προσβαλλόμενη διακήρυξη») του ... συγκεκριμένα όρος που συμπεριλαμβάνεται στο Παράρτημα ΙΙΙ-ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ και συγκεκριμένα στο υποκεφάλαιο «Αποστείρωση του ...». Αναλυτικότερα, η προσφεύγουσα με την προσφυγή της διατείνεται πώς τόσο ο όρος που τίθεται «να κατατεθούν πρόσφατες συμβάσεις...που έχει συνάψει η μονάδα αποστείρωσης των ΕΑΑΜ, τόσο με δημόσιες υγειονομικές μονάδες και βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης αυτών όσο και συμβάσεις με ιδιωτικές υγειονομικές μονάδες», όπως και οι όροι που προβλέπουν «να κατατεθούν συμβάσεις...που έχει συνάψει η μονάδα αποστείρωσης» καθώς και ο όρος που τίθεται οι συμβάσεις να αφορούν μονάδες νοσηλευτικών ιδρυμάτων δυναμικότητας τουλάχιστον ίδιων κλινών με το ... πάσχουν ακυρότητας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια,

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1.Επειδή, με την υπ' αριθμό ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε Ανοικτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός άνω των ορίων με αντικείμενο την Ανάδειξη Αναδόχου Υπηρεσίας Αποκομιδής, Μεταφοράς και Διάθεσης Νοσοκομειακών Αποβλήτων, με CPV: ... και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, διάρκειας δύο (2) ετών με δίμηνη παράταση, προϋπολογισμού δαπάνης 286.904,00 άνευ ΦΠΑ. Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 11-02-2022 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός ...).

2.Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ύψους € 1.432,52 δεσμευμένο όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ.), το οποίο υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, 286.904,00€ άνευ ΦΠΑ

3.Επειδή, η υπό εξέταση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4.Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως στις 14.01.2022, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, δεδομένου ότι ημερομηνία ανάρτησης της προσβαλλομένης διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ ήταν η 11/02/2022. Εξάλλου, ειδικώς επί διακήρυξης, κατά το άρθρο 361 Ν. 4412/2016, η πλήρης γνώση, που αποτελεί αφετηρία για την άσκηση της

προδικαστικής προσφυγής, τεκμαίρεται από μόνη την πάροδο 15 ημερών από της δημοσίευσής στο ΚΗΜΔΗΣ, εάν από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει τέτοια πλήρης γνώση σε προγενέστερο χρόνο (ΕΑ ΣτΕ 56/2020). Εν προκειμένω, η επίμαχη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 11.02.2022 και ως εκ τούτου βάσει του προαναφερθέντος άρθρου, η τεκμαιρόμενη γνώση αυτής επήλθε την 26.02.2022. Από τις 27.02.2022 εκκίνησε η 10ήμερη προθεσμία για την υποβολή προδικαστικής προσφυγής κατά της διακήρυξης, που έληγε στις 09.03.2022.

5. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα 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, η προσφεύγουσα, η οποία δραστηριοποιείται στη σχετική με το αντικείμενο της διακήρυξης αγορά, αναφέρει τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της, λόγω του ότι η διατύπωση των προσβαλλόμενων με την κρινόμενη προσφυγή όρων της διακήρυξης, στην οποία προτίθεται να συμμετάσχει, αποκλείει, κατά δήλωσή της, αθέμιτα τη συμμετοχή της από τον εν λόγω διαγωνισμό εις βάρος των συμφερόντων της και με ζημία της.

6.Επειδή η αναθέτουσα αρχή προέβη στις 09.03.2022 στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προκειμένου να ασκήσει ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής του.

7. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα, καθόσον η υπό εξέταση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή σε όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 09.03.2022, οπότε και από την επομένη αυτής εκκινεί η προβλεπόμενη δεκαήμερη προθεσμία και η εν λόγω παρέμβαση κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 21.03.2022, κατά παρέκταση δεδομένου ότι η τελευταία μέρα της δεκαήμερης προθεσμίας του άρθρου 362 αρ. 3 ήταν η 19.03.2022, Σάββατο, ήτοι εξαιρετέα.

8.Επειδή, με το από 17.03.2022 έγγραφό της η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής. Τις ως άνω απόψεις η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε αφενός στην ΑΕΠΠ και αφετέρου στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 17.03.2022.

9.Επειδή, η προσφεύγουσα στις 23.03.2022 κατέθεσε υπόμνημα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο ωστόσο δεν λαμβάνεται υπόψη, καθότι κατατέθηκε εκπροθέσμως στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 23^η.03.2022, ήτοι μετά την πάροδο της προβλεπόμενης πενθήμερης προθεσμίας από την άνω κοινοποίηση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

10.Επειδή (βλ. αποφάσεις ΑΕΠΠ 39, 120, 209/2017), συνιστά ενωσιακή αρχή του δικαίου δημοσίων συμβάσεων και δη μείζονος σημασίας,

η αποφυγή κάθε ανοικτής ή και συγκεκριμένης διάκρισης και περιορισμού της ελευθερίας ισότιμης συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εις βάρος ομάδας προμηθευτών ή έστω και μεμονωμένου προμηθευτή (πρβλ. ενδεικτικά ΔΕΕ, Απόφαση της 5ης Δεκεμβρίου 1989, C-3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1989, σ. 4035, σκ. 8 και Απόφαση της 3ης Ιουνίου 1992, C360/89 Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή I-1992, σ. 3401, σκ. 11). Ως εκ τούτου, το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής επάρκειας του υπό προμήθεια προϊόντος, όπως αυτή επιτυγχάνεται και προσδιορίζεται δια των τεχνικών προδιαγραφών και που απαιτείται για μια δεδομένη σύμβαση πρέπει να είναι συνδεδεμένο και ανάλογο προς το αντικείμενο της σύμβασης. Τούτο σημαίνει πως θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης. Επομένως, προκύπτει ότι το κατώτατο όριο της τεχνικής αυτής καταλληλότητας, άρα το περιεχόμενο των τεχνικών προδιαγραφών πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να συνίσταται στα αναγκαία και κατάλληλα εκείνα χαρακτηριστικά, για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό (Βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ, Κατευθυντήρια Οδηγία 13). Τα παραπάνω προκύπτουν και από το ότι η παραπάνω διάταξη του άρ. 5 Ν. 4412/2016 θα πρέπει πάντα να εφαρμόζεται και να ερμηνεύεται υπό το πρίσμα της γενικής ρήτρας της αναλογικότητας και της σχετικότητας των εν γένει κριτηρίων μιας διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης επιλογής με το αντικείμενο της σύμβασης, σε αντιστοιχία εξάλλου και με όσα αναλόγως ορίζει το άρ. 75 παρ. 1 περί κριτηρίων ποιοτικής επιλογής κατά το οποίο “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.” και ιδίως “Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης.”, ενώ τα ίδια εξάλλου προκύπτουν και από τη συνδυαστική θεώρηση του άρ. 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016 (βλ. και A.S. Graelis, Public Procurement and the EU Competition Rules (Hart 2015, 2η εκδ.) 6.II.A.vii).

11. Επειδή, όμως, όλα τα ως άνω θα πρέπει πάντα να ερμηνεύονται με γνώμονα την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού, σύμφωνα εξάλλου και του άρ. 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016, η οποία εντός του πλαισίου του ενωσιακού δικαίου συνιστά πρωταρχικό πυλώνα της ασκούμενης δια των δημοσίων συμβάσεων οικονομικής δραστηριότητας και θεμελιακή αξία για τις διαδικασίες ανάθεσής τους. Τούτο προκύπτει εξάλλου, αφενός από τη θέση των άρ. 101 επ. ΣΛΕΕ στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, αφετέρου από σωρεία προβλέψεων της οικείας Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι οποίες θέτουν τον όχι απλώς ονομαστικό και θεωρητικό, αλλά αποτελεσματικό, βιώσιμο και ουσιώδη ανταγωνισμό (βλ. εν γένει περί «βιώσιμου» ανταγωνισμού ενδεικτικά σε ΔΕΕ, Απόφαση της 19ης Απριλίου 2012, C-549/10P TOMRA, Ψηφ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:221, ΠΕΚ Απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2007, T201/04 Microsoft, Συλλογή 2007, σ. II-3601, παρ. 436, Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Απόφαση της 13ης Αυγούστου 2003, 2003/741/EK στην Υπόθεση COMP Αριθμός Απόφασης: 29/2018 12 D3/38.044-NDC Health/IMS Health: Interim Measures C(2003)2920, παρ. 15 περί βιώσιμου ανταγωνισμού) στο επίκεντρο και ως συστατικό του πυρήνα κάθε ειδικότερου κανόνα επί των δημοσίων συμβάσεων, άρα κάθε επιμέρους διαδικασίας και διάταξης (βλ. παρ. 1,7, 31, 32, 33, 36, 49, 50, 59, 61, 63, 69, 74, 78, 79, 90, 92 96 Προοιμίου και άρ. 24, 30, 32, 40, 41, 49, 57, 66, 67 Οδηγίας). Ειδικότερα, αυτό σημαίνει ότι η ως άνω αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού θα πρέπει να διέπει την κατά τα ως άνω εφαρμογή του άρ. 54 και συγκεκριμένα ότι οι όποιες τεχνικές προδιαγραφές δεν θα πρέπει να φθάνουν 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 και συγκεκριμένα την κατάλληλη χρήση του προϊόντος για τον συμβατικό σκοπό. Οι δε αρχές της σχετικότητας, αναλογικότητας και αντικειμενικής σύνδεσης των τεχνικών προδιαγραφών 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 στοιχεία των τεχνικών προδιαγραφών, 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 καταλληλότητας, διατύπωση, θα μετείχαν, τονώνοντας ούτως τον ανταγωνισμό. Ούτως, θα πρέπει οι προδιαγραφές, εφόσον και εκ της φύσεώς τους ανά περίπτωση τούτο είναι δυνατό, να διατυπώνονται με γνώμονα τον συγκεκριισμό της επίτευξης του επιδιωκόμενου από αυτές αποτελέσματος με το μέγιστο άνοιγμα της διαδικασίας στον ανταγωνισμό. Δηλαδή να εκφράζονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να μην να διασφαλίζεται ότι ο σκοπός θα επιτευχθεί, πλην όμως με μέριμνα για την αποφυγή προπεριγραφής μιας μόνο συγκεκριμένης μεταξύ περισσοτέρων διαθεσίμων τεχνικής που τυχόν ενσωματώνεται σε μέρος μόνο των κατά τα άλλα κατάλληλων προϊόντων και έτσι να αποκλείεται κάθε ισοδύναμο επιμέρους τυχόν χαρακτηριστικό (άρα και κάθε προϊόν που το ενσωματώνει), το οποίο συνιστά εναλλακτικό μεν, κατάλληλο και επαρκές δε για την επίτευξη του σκοπού αυτού μέσο (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 39/2017). Ειδάλλως, η προδιαγραφή παρίσταται δυσανάλογη και μη αντικειμενικώς δικαιολογημένη.

12. Επειδή περαιτέρω, η αναθέτουσα καταρχήν διαθέτει ελευθερία, ήτοι διακριτική ευχέρεια περί τη θέσπιση των τεχνικών προδιαγραφών των υπό προμήθεια αγαθών σύμφωνα με την εκ μέρους της κρίση περί των επιθυμητών επιπέδων καταλληλότητας και του ειδικότερου, ήτοι δια επιμέρους τεχνικών προδιαγραφών, τρόπο επίτευξής τους. Ούτε παραβιάζονται οι κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι κάποιες προδιαγραφές συνεπάγονται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ' αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων. Πλην όμως, η παραπάνω ευχέρεια, όπως κάθε μορφή διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας στο πλαίσιο της προσυμβατικής διαδικασίας, ελέγχεται δια προδικαστικής προσφυγής ως προς την τυχόν εκ μέρους της κακή χρήση αυτής ή υπέρβαση των άκρων ορίων (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 187, 231/2017) τα οποία όσον αφορά τον καθορισμό 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). Άρα, δεν είναι άνευ ετέρου παράνομος όρος διακήρυξης και επομένως και τεχνική

προδιαγραφή για τον μόνο λόγο ότι απλώς περιορίζει τον ανταγωνισμό και αυτό ακόμη και όταν η τεθείσα προδιαγραφή καθιστά κατ' αποτέλεσμα μόνο έναν οικονομικό φορέα ή ένα προϊόν ως δυνάμενο να μετάρχει στη διαδικασία παραδεκτώς. Αλλά ο όποιος περιορισμός του ανταγωνισμού θα πρέπει να είναι και αδικαιολόγητος, ήτοι να μην συνδέεται βάσει αντικειμενικών κριτηρίων με το συμβατικό αντικείμενο. Αντίστροφα δε, δεν είναι δυνατόν ένας όρος να είναι άνευ ετέρου νόμιμος, επειδή απλώς υφίστανται περισσότερα προϊόντα ή οικονομικοί φορείς που μπορούν να τον καλύψουν. Αντίθετα, ένας τέτοιος όρος δύναται να είναι παράνομος και δη ως αντιανταγωνιστικός εφόσον, ακόμη και αν αποκλείει ένα μόνο προϊόν ή οικονομικό φορέα, είναι αδικαιολόγητος βάσει των παραπάνω κριτηρίων. Εξάλλου, η συντρέχουσα αρχή της ισότητας δεν εξαρτάται ως προς την τήρησή της από τον τυχόν αριθμό των αποκλεισμένων και των εν γένει υποκειμένων τα οποία υφίστανται δυσμενή διάκριση (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Αριθμός Απόφασης: 29/2018, 238/2017).

13.Επειδή, αναφορικά με τον προσβαλλόμενο δια της προσφυγής όρο της προσκομιδής συμβάσεων με υγειονομικές μονάδες ίδιων κλινών με αυτές της αναθέτουσας αρχής, στη βάση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών ερμηνευόμενων σύμφωνα με το οικείο νομικό πλαίσιο που διέπει την επίμαχη διαδικασία στο οποίο ρητά παραπέμπει η διακήρυξη, λεκτέα είναι τα κάτωθι: στην οικεία Διακήρυξη περιλαμβάνονται πλείστες όσες αναφορές που υποδηλώνουν την ανάγκη επίτευξης άριστου επιπέδου παροχής υπηρεσιών προκειμένου να διαφυλαχθεί το πολύτιμο αγαθό της υγείας και κατ' επέκταση της ίδιας της ζωής των ασθενών, αλλά και η αποφυγή διασποράς των μικροβίων, δοθέντος ότι νοσηλεύονται και ασθενείς με πολυανθεκτικά μικρόβια, αλλά και ασθενείς σε ανοσοκαταστολή στη ΜΕΘ. Ειδικότερα, όπως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, ο οικείος όρος δυναμικότητας τέθηκε διότι συνδέεται άμεσα με τις ανάγκες διαχείρισης των αποβλήτων με σκοπό να εξασφαλίσει την απρόσκοπτη παροχή της υπό ανάθεση υπηρεσίας (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 363/2021) καθώς: α) Ο αριθμός των κλινών αποτελεί αντικειμενικό κριτήριο διάκρισης της δυναμικότητας των νοσοκομείων, β) Στον Ν. 3329/2005 για το «Εθνικό Σύστημα Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης» γίνεται η κατάταξη των Νοσοκομείων με βάση τη

δυναμικότητά τους σε κλίνες για την εξυπηρέτηση των ασθενών τους, από την οποία εξαρτάται, πέραν των άλλων, η διάρθρωση των τμημάτων και των εργαστηρίων τους, η χρηματοδότηση καθώς και η στελέχωσή τους σε προσωπικό, ιατρικό, νοσηλευτικό και διοικητικό, γ) Εξαρτάται από τον αριθμό και μόνο των κλινών αν ένα νοσοκομείο ορισθεί ως Υγειονομική Μονάδα αναφοράς COVID-19 και δ) Το κριτήριο δυναμικότητας των νοσοκομείων σε κλίνες συνδέεται άμεσα με τα απόβλητα που παράγουν κατά την εκτέλεση των νοσηλευτικών υπηρεσιών τους ανάλογα με το μέγεθός τους, ο αριθμός των κλινών χρησιμοποιείται στο Παρατηρητήριο Τιμών – Αποβλήτων ΕΠΥ Υ.Υ.Κ.Α. του Υπουργείου Υγείας ως η βασική παράμετρος για τον υπολογισμό των παραγόμενων ποσοτήτων Ε.Υ.Α.Μ. και τον καθορισμό της προϋπολογιζόμενης δαπάνης στις διαγωνιστικές διαδικασίες για τις προμήθειες και υπηρεσίες μεταφοράς και επεξεργασίας αποβλήτων, όπως ο συγκεκριμένος διαγωνισμός. Ενόψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη συνάγεται πως η αναθέτουσα αρχή με τις νομίμως κατατεθειμένες απόψεις της δικαιολόγησε πλήρως την επιλογή του προσβαλλόμενου όρου. Έτι περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή δικαιολογεί πλήρως, ειδικώς και επαρκώς το γεγονός ότι ο τιθέμενος όρος σχετίζεται και είναι ανάλογος με το αντικείμενο της σύμβασης (παρ.1 του άρθρου 75 του ν. 4412/16). Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή, με τον πλησσόμενο όρο, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, εν προκειμένω του προσφεύγοντος, καθότι, όπως πλήρως, ειδικώς και επαρκώς αιτιολογεί και αναφέρει και η ίδια στις άνω κατατεθείσες απόψεις της επί της κρινόμενης προσφυγής, το κριτήριο της δυναμικότητας συνδέεται άμεσα με τις ανάγκες διαχείρισης των αποβλήτων. Κατόπιν των ανωτέρω οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πως με τον επίμαχο όρο της προσκομιδής συμβάσεων με Υγειονομικές μονάδες ίδιων κλινών με αυτές της αναθέτουσας αρχής εισάγεται ένας αδικαιολόγητος όρος, με βάση το αντικείμενο της σύμβασης, που περιορίζει δραστικά τον ανταγωνισμό, είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι, γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της αναθέτουσας.

14. Επειδή, αναφορικά με τον προσβαλλόμενο δια της προσφυγής όρο της προσκόμισης συμβάσεων σωρευτικά με δημόσιες και ιδιωτικές υγειονομικές μονάδες, στη βάση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών ερμηνευόμενων σύμφωνα με το οικείο νομικό πλαίσιο που διέπει την επίμαχη διαδικασία στο οποίο ρητά παραπέμπει η διακήρυξη, λεκτέα είναι τα κάτωθι: Η αναθέτουσα με τις κατατεθειμένες απόψεις της ισχυρίζεται ότι *«...από τη στιγμή που το νοσοκομείο μας είναι δημόσιο, είναι εύλογο να ζητήσει να προσκομισθεί προς απόδειξη της εμπειρίας της μονάδας επεξεργασίας σύμβαση με αντίστοιχο δημόσιο νοσοκομείο στο πλαίσιο εκτέλεσης δημόσιας σύμβασης, με βάση τις αυξημένες και σαφώς αυστηρότερες διατυπώσεις και διαδικασίες όσον αφορά τους όρους, τις συνθήκες και ιδιαιτερότητες λειτουργίας των δημόσιων νοσοκομείων, στα οποία ανήκει το νοσοκομείο μας, σε σχέση με τις κλινικές του ιδιωτικού τομέα...»*. Οι ισχυρισμοί της όμως αυτοί τυγχάνουν αυθαίρετοι εισάγοντας αθέμιτη διάκριση μεταξύ δημόσιου και ιδιωτικού τομέα, καθώς δεν εξηγείται επαρκώς εκ μέρους της αναθέτουσας η διαφοροποίηση φύσης και αναγκών αναλόγως του ιδιωτικού ή δημοσίου χαρακτήρα ενός νοσοκομείου, ενώ και οι ισχυρισμοί της περί υποδεέστερης εμπειρίας ενός ιδιωτικού νοσοκομείου έναντι ενός δημόσιου τυγχάνουν απορριπτέοι ως αυθαίρετοι και αβάσιμοι. Περαιτέρω, οι τυχόν αυξημένες ανάγκες στην παροχή της εμπειρίας σε σχέση με την αντιμετώπιση της τρέχουσας ήδη από την άνοιξη του 2020, πανδημίας, θα δύναντο σαφώς να δικαιολογήσουν απαιτήσεις τεχνογνωσίας, όσον αφορά την αντιμετώπιση της τελευταίας, πλην όμως οι εργασίες απολύμανσης και αντιμετώπισης μολυσματικών ασθενειών, πάντα συνιστούσαν αντικείμενο των δημοσίων, αλλά και των ιδιωτικών νοσοκομείων, μη συνιστάμενο συνθήκης που το πρώτον χρήζει αντιμετώπισης. Άλλωστε, στη «μάχη» κατά του COVID έχουν συστρατευθεί και τα ιδιωτικά νοσοκομεία. Ενόψει των εκτεθέντων, συνάγεται πως η αναθέτουσα αρχή δεν δικαιολογεί πλήρως, ειδικώς και επαρκώς το ότι ο πιθέμενος όρος σωρευτικής εμπειρίας και δημόσιου και ιδιωτικού τομέα σχετίζεται και είναι ανάλογος με το αντικείμενο της σύμβασης, απορριπτομένων των ισχυρισμών της, και γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της προσφεύγουσας πως ο επίμαχος όρος της διακήρυξης κατ'ουσίαν εισάγει αθέμιτη διάκριση ανάμεσα στην εμπειρία που έχει αποκτηθεί στον δημόσιο ή στον ιδιωτικό τομέα και περιορίζει υπέρμετρα και αδικαιολόγητα τον

ανταγωνισμό, περιορίζοντας τον κύκλο των δυνητικά συμμετεχουσών εταιριών και μάλιστα άνευ προφανούς ερείσματος που να συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης και χωρίς καμία ειδική αιτιολογία. Συνεπώς, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι η σωρευτική διατύπωση του επίμαχου όρου, αντί της διαζευκτικής διατύπωσης αυτού, «τόσο με δημόσιες υγειονομικές μονάδες....όσο και με συμβάσεις με ιδιωτικές υγειονομικές μονάδες» πάσχει ακυρότητας είναι βάσιμοι και πρέπει να γίνουν δεκτοί και ο λόγος αυτός της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

15. Επειδή, αναφορικά με τον προσβαλλόμενο δια της προσφυγής όρο σύμφωνα με τον οποίο απαιτείται η μονάδα αποστείρωσης EAAM να έχει συνάψει η ίδια ως ευθέως αντισυμβαλλόμενη σύμβαση με υγειονομικές μονάδες, καθώς με τον τρόπο αυτό δεν λαμβάνονται υπόψη οι συμβάσεις που έχει εκτελέσει υπερβολαδικώς η προσφεύγουσα για λογαριασμό τρίτων, στη βάση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών ερμηνευόμενων σύμφωνα με το οικείο νομικό πλαίσιο που διέπει την επίμαχη διαδικασία στο οποίο ρητά παραπέμπει η διακήρυξη, λεκτέα είναι τα κάτωθι: ο Υπεργολάβος δεν συνδέεται συμβατικώς, με την Αναθέτουσα Αρχή, ουδέ, άνευ ετέρου αναλαμβάνει συνολικά, την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου, αφού τελεί υπό τον έλεγχο και την εποπτεία, του Οικονομικού φορέα, που εξυπηρετεί. Περαιτέρω, ο συνολικός σχεδιασμός μιας σύμβασης, η επιλογή των προστηθέντων, η επιστημονική επίβλεψη, ακόμη και η ανάθεση εργασιών, στο αναγκαίο προσωπικό βαρύνουν τον Οικονομικό Φορέα, ο οποίος φέρει εν τέλει και την ευθύνη της εκτέλεσης της Σύμβασης. Δηλαδή, η αναθέτουσα εξηγεί ότι δεν επαρκεί για τις ανάγκες διασφάλισής της, η απλή εμπειρία της μονάδας επεξεργασίας ως προς την επεξεργασία συγκεκριμένου όγκου αποβλήτων και ως προς την εκ μέρους της δραστηριοποίηση στο αντικείμενο στο πλαίσιο εν γένει συμβάσεων που εκτελεί η ίδια με οιονδήποτε και οιοιδήποτε είδους αντισυμβαλλόμενο, αλλά ζητήθηκαν τα ανωτέρω εκ του προσβαλλόμενου όρου, ακριβώς διότι η νυν αναθέτουσα προσέβλεψε στη σοβαρότητα και φερεγγυότητα που τεκμηριώνεται από την απευθείας εμπλοκή της μονάδας επεξεργασίας με το βάρος, κίνδυνο και ίδια ευθύνη, επί των οποίων έπρεπε να αποκριθεί, στο πλαίσιο μιας σύμβασης της ίδιας με μια νοσηλευτική μονάδα, ως και η αναθέτουσα. Σαφώς δε, η εμπειρία που αποκτά

οικονομικός φορέας ως υπεργολάβος αναδόχων δεν ταυτίζεται πάντα και άνευ ετέρου, ως προς το αντικείμενο, ποιότητα και βαθμό αποκτούμενης ικανότητας και προσόντων φερεγγυότητας, με την εμπειρία, που προσφέρει η ίδια η συμβατική σχέση με μια νοσοκομειακή μονάδα και τις ειδικές απαιτήσεις, ανάγκες και συνθήκες παροχής υπηρεσιών προς την τελευταία, ένεκα και του ειδικού χαρακτήρα, τρόπου λειτουργίας και συνθηκών τέτοιων μονάδων. Ακόμη, μέσω του μεταξύ τους συμβατικού δεσμού, η βεβαιούσα την προηγούμενη καλή εκτέλεση νοσοκομειακή μονάδα έχει πληρέστερη και σαφέστερη γνώση περί της σοβαρότητας, φερεγγυότητας και συνεργάσιμου και υπεύθυνου χαρακτήρα λειτουργίας του αντισυμβαλλομένου της, ήτοι εν προκειμένω της μονάδας επεξεργασίας, σε σχέση με αυτήν που θα είχε, ελλείψει μεταξύ τους συμβατικής σχέσης και άμεσης συνεργασίας, με την τελευταία ως υπεργολάβο του συλλογέα-μεταφορέα. Η δε εκ του συλλογέα-μεταφορέα τυχόν καλή εκτέλεση των υπηρεσιών του συνιστά ζητούμενο που δεν συνέχεται με το αντικείμενο και τον σκοπό του νυν όρου, ήτοι της αξιοπιστίας και εμπειρίας της μονάδας επεξεργασίας και πάντως, επί των εργασιών επεξεργασίας. Επιπλέον, η αναθέτουσα ναι μεν, στο πλαίσιο συμβατικού δεσμού με συλλογέα-μεταφορέα, ο οποίος περαιτέρω επιτελεί και επεξεργασία μέσω υπεργολάβου μονάδας, ως εν προκειμένω, δύναται να βεβαιώσει ότι ο συλλογέας-μεταφορέας εκτέλεσε καλώς το σύνολο των εργασιών και άρα και όσες εργασίες, περί των οποίων ο τελευταίος χρησιμοποίησε υπεργολάβο. Πλην όμως, η αναθέτουσα, ελλείψει συμβατικού δεσμού με τον τελευταίο, δεν δύναται να γνωρίζει πάντα σε πληρότητα, ειδικά στοιχεία που αφορούν τη σχέση μεταξύ συλλογέα-μεταφορέα και υπεργολάβου του και ορίζουν την αξιοπιστία του τελευταίου, όπως την ετοιμότητα απόκρισης, το τυχόν συνεργάσιμο πνεύμα του, την προθυμία του να αποτρέψει συμβατικούς κινδύνους και να διευκολύνει την επίτευξη συμβατικών στόχων και τη συναλλακτική του φερεγγυότητα. Εξάλλου, όπως παραδεκτός στόχος των απαιτήσεων προηγούμενης εμπειρίας είναι (πέραν της δυνατότητας του οικονομικού φορέα να εκτελεί τεχνικά μια εργασία) και η διακρίβωση ακριβώς και τέτοιων, όπως κρίσιμων για την ομαλή εκτέλεση μιας δημόσιας σύμβασης στοιχείων της προσωπικής υπόστασης, επιχειρηματικής σοβαρότητας, συμβατικής αξιοπιστίας και συναλλακτικής συμπεριφοράς του οικονομικού φορέα, ιδίως σε ένα αντικείμενο, ευαίσθητο και σχετιζόμενο με

την εμπρόθεσμη και εξαντλητική κάλυψη άμεσων και συνεχών αναγκών σχετικών με τη δημόσια υγεία και την εντατική λειτουργία ενός νοσοκομείου και άρα, όλως θεμιτά τίθεται απαίτηση, που σκοπεύει μεταξύ άλλων εν προκειμένω, στη διασφάλιση των ως άνω παραμέτρων εκ της μονάδας επεξεργασίας, η οποία θα έχει άλλωστε και καίριο ρόλο στην επίτευξη των σκοπών της νυν υπό ανάθεση σύμβασης. Συνεπώς, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής πως *«Η εμπειρία πρέπει να συντρέχει στο πρόσωπό της από την εκτέλεση συμβάσεων για την παροχή υπηρεσιών επεξεργασίας αποβλήτων που η ίδια έχει αναλάβει ως ευθέως αντισυμβαλλόμενη και άμεσα υπεύθυνη έναντι της υγειονομικής μονάδας για την τήρηση των όρων της σύμβασης που υπέγραψε. Για τον λόγο αυτό εξάλλου, απαιτείται σύμφωνα με τη διακήρυξη και η προσκόμιση αντίστοιχων βεβαιώσεων καλής εκτέλεσής των συμβάσεων αυτών από τις αναθέτουσες αρχές, ώστε να προκύπτει ευθέως η επάρκειά της και η μη επιβολή διοικητικών ή άλλων κυρώσεων σε βάρος της»* πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι, αφού με τον επίμαχο όρο επιχειρείται να διασφαλισθεί ο έλεγχος της τεχνικής επάρκειας, της αξιοπιστίας και της εμπειρίας του οικονομικού φορέα, οι υποχρεώσεις του οποίου ρυθμίζονται αποκλειστικά, από το συμβατικό πλαίσιο, που διέπει τη συνεργασία του, με την εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, περαιτέρω δε τυγχάνει, μόνος υπόχρεος σε περίπτωση αθέτησης ή παράβασης αυτών. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή δικαιολογεί πλήρως, ειδικώς και επαρκώς το γεγονός ότι ο τιθέμενος όρος σχετίζεται και είναι ανάλογος με το αντικείμενο της σύμβασης. Ενόψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί του μη νομίμου του επίμαχου όρου σύμφωνα με τον οποίο απαιτείται η μονάδα αποστείρωσης EAAM να έχει συνάψει η ίδια ως ευθέως αντισυμβαλλόμενη σύμβαση με υγειονομικές μονάδες, διότι με τον τρόπο αυτό δεν λαμβάνονται υπόψη οι συμβάσεις, που έχει εκτελέσει υπερβολαδικώς η προσφεύγουσα για λογαριασμό τρίτων.

16.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, καθ' ο μέρος ακυρώνεται η κατά τη σκ. 14 ανωτέρω διατύπωση και επιμέρους κεφάλαιο-απαίτηση του ως άνω προσβαλλόμενου όρου, να απορριφθεί δε κατά τα λοιπά. Να γίνει δεκτή εν μέρει η Παρέμβαση, καθ' ο μέρος απορρίπτεται η προσφυγή. Να ακυρωθεί η

σωρευτική διατύπωση του επίμαχου όρου αυτής, που συμπεριλαμβάνεται στο Παράρτημα ΙΙΙ-ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ και συγκεκριμένα στο υποκεφάλαιο «Αποστείρωση του ...», ήτοι «**τόσο** με δημόσιες υγειονομικές μονάδες....**όσο** και με συμβάσεις με ιδιωτικές υγειονομικές μονάδες».

17.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση.

Ακυρώνει τον προσβαλλόμενο ως άνω όρο και κατά το επιμέρους ακυρωτέο, βλ. σκ. 16 και 14 ανωτέρω, κεφάλαιό του, εντός του υποκεφαλαίου «ΑΠΟΣΤΕΙΡΩΣΗ ΤΟΥ ...» του Παραρτήματος ΙΙΙ-ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ».

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 13 Απριλίου 2022 και εκδόθηκε στις 20 Απριλίου 2022 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΣΩΚΡΑΤΗΣ ΤΣΑΠΑΛΙΑΡΗΣ