

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 28.06.2019 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Εισηγήτρια και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 23.05.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/620/27.05.2019 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ ΑΘΗΝΩΝ «Ο ΕΥΑΓΓΕΛΙΣΜΟΣ – ΟΦΘΑΛΜΙΑΤΡΕΙΟ ΑΘΗΝΩΝ - ΠΟΛΥΚΛΙΝΙΚΗ» [εφεξής αναθέτουσα αρχή].

1) Την Παρέμβαση του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου (εφεξής πρώτη παρεμβαίνουσα) και

2) Την Παρέμβαση του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου (εφεξής δεύτερη παρεμβαίνουσα).

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

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, με την ως άνω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 46/2019 Διακήρυξη με αντικείμενο την ανάθεση «Υπηρεσιών διαχείρισης ιατρικών αποβλήτων του Νοσοκομείου».

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 46/2019 Διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοιχτός, ηλεκτρονικός Διαγωνισμός, με αντικείμενο την ανάθεση «Υπηρεσιών διαχείρισης ιατρικών αποβλήτων του Νοσοκομείου», συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη 1.199.224,49€ πλέον ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει μόνο της τιμής. Η εν λόγω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 30.04.2019 με ΑΔΑΜ:19PROC004873338 και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Α/Α 71992. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 03.06.2019 και ώρα 15.00 μ.μ., ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 07.06.2019 και ώρα 12.00 μ. Ωστόσο, με την υπ' αριθμ. 11/07/306/18359/29.05.2019 απόφαση της Διοικήτριας του Νοσοκομείου αποφασίστηκε η παράταση του χρόνου υποβολής των προσφορών έως την 22.07.2019 και ώρα 15.00 μ.μ. και η μετάθεση της ημερομηνίας διενέργειας του διαγωνισμού για την 26.07.2019 και ώρα 12.00 μ.

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 278033732959 0722 0021, ποσού ευρώ πέντε χιλιάδων εννιακοσίων ενενήντα επτά (€5.997,00) από την προσφεύγουσα, 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).

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 1.199.224,49€ πλέον Φ.Π.Α.), 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 (ΦΕΚ Α' 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε μετά την 26.06.2017.

5. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την πλήρη, τεκμαιρόμενη γνώση της προσβαλλόμενης πράξης από την προσφεύγουσα, η οποία έλαβε χώρα την 15.05.2019, καθώς η Διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 30.04.2019 (ΑΔΑΜ:19PROC004873338).

6. Επειδή, η αιτούσα θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής, καθώς δραστηριοποιείται στον τομέα της αποκομιδής και επεξεργασίας λυμάτων, που αποτελεί αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, και προτίθεται να συμμετάσχει στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, πλην όμως οι προσβαλλόμενοι όροι της Διακήρυξης περιορίζουν, κατά τους ισχυρισμούς της χωρίς νόμιμο έρεισμα, τη συμμετοχή της ίδιας και την ανάπτυξη του ανταγωνισμού.

7. Επειδή, η Παρέμβαση της πρώτης παρεμβαίνουσας «.....» έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στον διαδικτυακό τόπο του Διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) την 06.06.2019 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, έλαβε δε ΓΑΚ 518. Ειδικότερα, κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και 7 του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής, η οποία έγινε με ηλεκτρονικά μέσα (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) την 27.05.2019. Η πρώτη παρεμβαίνουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω Παρέμβασης, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της υπό ανάθεση υπηρεσίας, θεωρεί ότι τα κριτήρια επιλογής που έχουν τεθεί από την προσβαλλόμενη Διακήρυξη είναι εύλογα και προσδοκά ότι η διαγωνιστική διαδικασία θα συνεχιστεί με τους ίδιους όρους, ώστε να συμμετάσχει σε αυτήν.

8. Επειδή, η Παρέμβαση της δεύτερης παρεμβαίνουσας «.....» έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στον διαδικτυακό τόπο του Διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) την 06.06.2019 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, έλαβε δε ΓΑΚ 519. Ειδικότερα, κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και 7 του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής, η οποία έγινε με ηλεκτρονικά μέσα (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) την 27.05.2019. Η δεύτερη παρεμβαίνουσα ομοίως έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω Παρέμβασης, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της υπό ανάθεση υπηρεσίας, θεωρεί ότι τα κριτήρια επιλογής που έχουν τεθεί από την προσβαλλόμενη Διακήρυξη είναι εύλογα και προσδοκά τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας υπό τους ίδιους όρους, οι οποίοι αξιώνουν συνθήκες υγιούς ανταγωνισμού.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 46/2019 Διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί, επειδή κατά τους ισχυρισμούς της περιλαμβάνει όρους που παραβιάζουν την ευρωπαϊκή και εθνική νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων, τη νομοθεσία για τη διαχείριση των υγειονομικών αποβλήτων, τις αρχές του ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας και της αναλογικότητας, καθώς και την αρχή της σαφήνειας και της ασφάλειας δικαίου, με αποτέλεσμα να καθίσταται αδύνατη η σύνταξη και υποβολή της προσφοράς της και κατ' ουσίαν να αποκλείεται εκ των προτέρων ή έστω να κινδυνεύει με αποκλεισμό από τον επίμαχο διαγωνισμό. Η προσφεύγουσα επικαλείται ειδικότερα τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 18, της παρ. 2 του άρθρου 54 και της παρ. 1 του άρθρου 75 του Ν.4412/2016, προβάλλοντας ότι θεσπίζουν ρητώς την υποχρέωση των αναθετουσών αρχών κατά τη σύνταξη της Διακήρυξης να θέτουν όρους με τους οποίους διευκολύνεται ο ευρύτερος δυνατός και αποτελεσματικός ανταγωνισμός μεταξύ των οικονομικών φορέων σε καθεστώς διαφάνειας και ισότητας, με τελικό σκοπό την εξεύρεση της οικονομικώς πλέον συμφέρουσας προσφοράς. Για τον λόγο αυτό, επισημαίνει

ότι οι οποιοσδήποτε απαιτήσεις συμμετοχής που θέτουν οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να τελούν σε συνάφεια και σε εύλογη αναλογία με το αντικείμενο της σύμβασης, ώστε να μην άγουν ασκόπως σε αποκλεισμό υποψηφίων αναδόχων. Οι προσβαλλόμενοι όροι της Διακήρυξης είναι ειδικότερα οι εξής: (1) Οι διατάξεις του όρου 2.4.3.1 και του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης που απαιτούν προηγούμενη εμπειρία κατά την τελευταία τριετία είναι κατά την προσφεύγουσα πλήρως ασύμβατοι με τη φύση και αντικείμενο του διαγωνισμού και περιορίζουν δραματικά τον ανταγωνισμό και μάλιστα σε μια ολιγοπωλιακή αγορά. Επιπροσθέτως, σε κάθε περίπτωση ο προσβαλλόμενος όρος έτσι όπως διατυπώνεται είναι ασαφής, αόριστος, διευρύνοντας ανεπίτρεπτα και αυθαίρετα τις περιπτώσεις αποκλεισμού και δη των νέων εταιρειών. Ειδικότερα, στο Παράρτημα Ι -Υποχρεώσεις Αναδόχου - Τεχνικές Προδιαγραφές - Ειδικό όρο- Προσόντα αναδόχου εταιρείας- Επισημάνσεις αναφέρεται ότι «*Λόγω της εξειδίκευσης του αντικειμένου αλλά και του κρίσιμου για τη δημόσια υγεία και την ομαλή λειτουργία του νοσοκομείου, με κάθε προσφορά απαραίτητως να κατατεθούν προς αξιολόγηση: ...7. Αποδεικτικά στοιχεία (συμβάσεις, βεβαιώσεις κτλ) με τα οποία αποδεικνύεται η συνεχής απασχόληση του κάθε συμμετέχοντος στον τομέα του αντικειμένου του διαγωνισμού (τουλάχιστον κατά την τελευταία τριετία), καθώς και κάθε άλλο στοιχείο που να διαμορφώνει το προφίλ της συμμετέχουσας εταιρείας...*». Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι με τους προαναφερθέντες όρους η προσβαλλόμενη διακήρυξη παραβιάζει προδήλως τις ως άνω διατάξεις, διότι επιβάλλει στους υποψήφιους οικονομικούς φορείς, σειρά κριτηρίων για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής τους ικανότητας, που υπερβαίνουν κατά πολύ την σπουδαιότητα και δεν τελούν σε συνάφεια με το αντικείμενο και τη φύση της παρούσας σύμβασης, κατά πρόδηλη παράβαση της αρχής της αναλογικότητας και του επί ίσοις όροις ανταγωνισμού, με αποτέλεσμα να θέτουν αδικαιολόγητα και ανυπέρβλητα προσκόμματα στον ελεύθερο ανταγωνισμό, περιορίζοντας δραστικά τη συμμετοχή, με αποτέλεσμα να υφίσταται ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένων οικονομικών φορέων και δυσμενής μεταχείριση μερίδας οικονομικών φορέων, όπως η προσφεύγουσα, κατά παράβαση των αρχών της διαφάνειας και της

ίσης μεταχείρισης. Η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι έχει μεν δεκαπενταετή εμπειρία στη μεταφορά αποβλήτων, πλην όμως η συνεργαζόμενη μονάδα αποστείρωσης που θα κάνει την επεξεργασία των αποβλήτων είναι νεοφυής. Ωστόσο, ο προσβαλλόμενος όρος δεν δικαιολογείται κατά κανένα τρόπο και είναι πλήρως ασύμβατος με τη φύση και το αντικείμενο του διαγωνισμού. Δεδομένου ότι η υπό ανάθεση υπηρεσία συνίσταται στη συλλογή, αποκομιδή, μεταφορά και επεξεργασία των επικίνδυνων νοσοκομειακών αποβλήτων, δηλαδή η μεταφορά τους σε εργοστάσιο αποστείρωσης και η τελική τους διάθεση σε ΧΥΤΑ ή ΧΥΤΥ, προκύπτει ότι η επεξεργασία των επικίνδυνων αποβλήτων θα γίνεται εκτός του Νοσοκομείου. Με αυτό δεδομένο, ως εκ της φύσεως και του αντικειμένου της συμβάσεως, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι είναι μη νόμιμη η θέσπιση εμπειρίας για την εξωτερική μονάδα επεξεργασίας και αποστείρωσης, η οποία είναι πλήρως αυτοτελής σε σχέση με το Νοσοκομείο και δεν επενεργεί επ' αυτού κατά κανένα τρόπο. Η προσφεύγουσα προβάλλει επίσης ότι η θέσπιση τριετούς εμπειρίας για τη φάση της επεξεργασίας είναι παράνομη, διότι μειώνει αυθαιρέτως και δραστικά τον ανταγωνισμό, χωρίς να συντρέχει λόγος υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος. Ειδικότερα, αναφέρει ότι η εξασφάλιση της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψήφιων επιτυγχάνεται κατά τρόπο απόλυτο από το γεγονός ότι όλες οι μονάδες επεξεργασίας ιατρικών αποβλήτων οφείλουν να διαθέτουν σε ισχύ το σύνολο των διοικητικών αδειών λειτουργίας και μεταφοράς, καθώς και πιστοποιητικών που προβλέπονται από την κείμενη νομοθεσία και την παρούσα διακήρυξη, όπως την απόφαση έγκρισης των περιβαλλοντικών όρων, καθώς και την άδεια λειτουργίας της μονάδας. Όλες οι κατά το νόμο αδειοδοτήσεις και πιστοποιήσεις από μόνες τους εγγυώνται και αποδεικνύουν – κατά τους ισχυρισμούς της - αυτομάτως ότι ο οικονομικός φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει άρτια και νόμιμα τις υπηρεσίες της σύμβασης, ώστε ο πρώτος προσβαλλόμενος όρος να παραβιάζει προφανώς τις προαναφερθείσες διατάξεις του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι προκαλεί αδικαιολόγητα εμπόδια στον ελεύθερο ανταγωνισμό. Δεδομένου ότι η συνεργαζόμενη με την προσφεύγουσα μονάδα αποστείρωσης είναι νεοφυής, εκ του όρου της διακήρυξης ότι η εμπειρία αφορά όλους τους

συμμετέχοντες, η προσφορά της αποκλείεται. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται επίσης ότι ο όρος της προηγούμενης εμπειρίας είναι προδήλως απρόσφορος, δεδομένου των ειδικών συνθηκών και της διάρθρωσης της αγοράς στο χώρο της διαχείρισης των ιατρικών αποβλήτων. Ειδικότερα, αναφέρει ότι στην συγκεκριμένη αγορά δραστηριοποιούνται σε ολόκληρη τη χώρα μόλις επτά (7) αδειοδοτημένες μονάδες διαχείρισης ιατρικών αποβλήτων, ενώ πλείστες εξ αυτών ελέγχονται οικονομικά από το ίδιο φυσικό πρόσωπο, ώστε να πρόκειται για ολιγοπώλιο. Χαρακτηρίζει δε τον πρώτο προσβαλλόμενο όρο φωτογραφικό, καθώς επιτρέπει τη συγκέντρωση της συγκεκριμένης αγοράς γύρω από λίγους οικονομικούς φορείς. Ο περιορισμός του ανταγωνισμού θα πρέπει να ελέγχεται ακόμη προσεκτικότερα σε συσχέτιση με τον αποκλεισμό νεοσύστατων ή νεοεισερχόμενων σε έναν κλάδο επιχειρήσεων, ήτοι της ομάδας εκείνης φορέων που δύνανται να μεταβάλουν δυναμικά τον ανταγωνισμό εντός μιας αγοράς. Παρά το γεγονός ότι με το άρθρο 78 Ν. 4412/2016, παρέχεται στους διαγωνιζόμενους το δικαίωμα της στήριξής τους στις ικανότητες άλλων φορέων, ωστόσο στην παρούσα περίπτωση τούτο είναι άκρως δυσανάλογο, αφού η επίδικη σύμβαση απευθύνεται σε άκρως κατά την προσφεύγουσα ολιγοπωλιακή αγορά, με χαρακτηριστικά οιονεί μονοπωλίου. Τούτο σημαίνει αφενός μεν ότι ουδείς έχει τη βούληση να παράσχει δάνεια εμπειρία σε μια νεοσύστατη στον κλάδο εταιρεία, δηλαδή σε μια εν δυνάμει ανταγωνίστρια, αφετέρου δε ότι ακόμη και εάν υπάρξει τέτοια βούληση, η ως άνω στήριξη θα παρέχεται έναντι αδράς αμοιβής. Λαμβάνοντας υπόψη ότι το κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, η στήριξη στις ικανότητες τρίτων επιφέρει στους προσφέροντες ένα μεγάλο κόστος, το οποίο αποτελεί δυσμενή διάκριση. Η προσφεύγουσα προβάλλει επικουρικά ότι η Διακήρυξη θα έπρεπε να δίνει τη δυνατότητα να αποδεικνύεται η εμπειρία και με άλλους τρόπους, όπως π.χ. με την ύπαρξη εξειδικευμένου και έμπειρου στελέχους που θα είναι ο υπεύθυνος του προσωπικού, δεδομένου ότι εν τέλει τα φυσικά πρόσωπα θα κληθούν επί της ουσίας να εκτελέσουν τη σύμβαση και όχι το νομικό πρόσωπο της εταιρείας. Τέλος, η προσφεύγουσα προβάλλει το ανατιολόγητο του προσβαλλόμενου όρου, ο οποίος κατά την

άποψη της είναι άκρως ασαφής και επιδέχεται πολλαπλών ερμηνειών, με αποτέλεσμα να προκαλεί πλήρη ανασφάλεια δικαίου στους υποψηφίους και να αφήνει ένα ευρύτατο περιθώριο για αποκλεισμούς "κατά το δοκούν", με όλως υποκειμενικές και αυθαίρετες κρίσεις της αναθέτουσας αρχής. Ειδικότερα, προς απόδειξη της συνεχούς παρουσίας του υποψηφίου οικονομικού φορέα στο χώρο του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης (και όλων των συμμετεχόντων στο έργο) τουλάχιστον την τελευταία τριετία, η Διακήρυξη απαιτεί αυτός να προσκομίσει οποιοδήποτε στοιχείο, χωρίς καμία άλλη διατύπωση ή προϋπόθεση. Η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι η ενδεικτική αναφορά σε «βεβαιώσεις» και «συμβάσεις» δεν εξειδικεύει τι ακριβώς πρέπει αυτές να αφορούν, ποια να είναι η διάρκεια τους, ο αριθμός των αντισυμβαλλομένων μονάδων, ή έστω το μέγεθός τους. (2) Η προσφεύγουσα προσβάλλει την παράλειψη συμπερίληψης της υπ' αριθμ. 146163/3-5-2012 ΚΥΑ στο θεσμικό πλαίσιο του διαγωνισμού, ήτοι στο άρθρο 1.4 της διακήρυξης. Η εν λόγω απόφαση των Υπουργών Οικονομικών - Περιβάλλοντος, Ενέργειας και Κλιματικής Αλλαγής - Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης με τίτλο «Μέτρα και Όροι για τη Διαχείριση Αποβλήτων Υγειονομικών Μονάδων», (ΦΕΚ Β', 1537/8.5.2012) συνιστά το κατ' εξοχήν νομικό κείμενο του εθνικού δικαίου που ρυθμίζει την διαχείριση αποβλήτων υγειονομικών μονάδων. Ως εκ τούτου, εύλογο είναι να διέπει και τους αντίστοιχους διαγωνισμούς ανάθεσης και εκτέλεσης υπηρεσιών διαχείρισης αποβλήτων, κυρίως ως προς τις τεχνικές τους προδιαγραφές. Με την παράλειψη αναφοράς της στη Διακήρυξη, κατά την προσφεύγουσα παραβιάζεται η αρχή της ασφάλειας του δικαίου και της τυπικότητας των δημοσίων συμβάσεων. (3) Ο τρίτος προσβαλλόμενος όρος περιλαμβάνεται στην παράγραφο 2.4.3.1 της Διακήρυξης και προβλέπει ότι: *«Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: ... γ) υπεύθυνη δήλωση ότι: «έλαβε γνώση των υπό συντήρηση εγκαταστάσεων, δικτύων, εξοπλισμού και συσκευών, ως προς το είδος, το μέγεθος, την ποσότητα και την ποιότητα αυτήν και το τεχνικό προσωπικό που θα απασχολήσει, έχει την εμπειρία και την τεχνογνωσία, για την συντήρηση των συγκεκριμένων εγκαταστάσεων,*



*εξοπλισμού και συσκευών». Η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η απαίτηση της συμπλήρωσης της υπεύθυνης δήλωσης με αυτό το περιεχόμενο ως ενός εκ των δικαιολογητικών συμμετοχής είναι εκ των πραγμάτων ανέφικτη, διότι δεν ανταποκρίνεται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, το οποίο είναι οι υπηρεσίες διαχείρισης ιατρικών αποβλήτων του νοσοκομείου. (4) Ο τέταρτος προσβαλλόμενος όρος περιλαμβάνεται στην παράγραφο 6.5 της Διακήρυξης και προβλέπει αναπροσαρμογή προς τα κάτω του εργολαβικού ανταλλάγματος λόγω εκ των υστέρων μείωσης μισθολογικού κόστους. Ειδικότερα, ο τέταρτος προσβαλλόμενος όρος προβλέπει ότι: «*Σε περίπτωση αλλαγής του Νομοθετικού πλαισίου σχετικά με την μισθοδοσία ή οποιουδήποτε άλλου λόγου, που επιφέρει μείωση των μηνιαίων αποδοχών (μισθού - επιδομάτων κλπ) του τεχνικού προσωπικού του Ανάδοχου Συντηρητή, συγκριτικά με τις μηνιαίες αποδοχές του τεχνικού προσωπικού του Ανάδοχου Συντηρητή, κατά την υπογραφή της Σύμβασης, τότε ο Ανάδοχος Συντηρητής, κα προσαρμόζει αυτόματα, το μηνιαίο συμβατικό τίμημα συντήρησης, μειωμένο αντιστοίχως, κατά το ποσό μείωσης των αποδοχών του τεχνικού προσωπικού του. Στην περίπτωση αυτή, ο Ανάδοχος Συντηρητής, κα ενημερώνει σχετικά εγγράφως το Νοσοκομείο, πριν την τιμολόγηση του αντίστοιχου μήνα που αφορά η προσαρμογή του τιμήματος. (Τούτο ζητείται, προκειμένου, το ποσοστό κέρδους (εργολαβικό όφελος) του Ανάδοχου Συντηρητή, του συνολικού μηνιαίου συμβατικού τιμήματος, να παραμένει πάντα σταθερό ποσοστιαία και η όποια τυχόν μείωση των αποδοχών του τεχνικού προσωπικού του, να μην προκύπτει σαν επιπλέον οικονομικό όφελος του Ανάδοχου Συντηρητή».* Κατά την προσφεύγουσα, ο προαναφερθείς όρος είναι απολύτως ανακριβής, δεν προσιδιάζει με τη φύση και το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και δημιουργεί συνθήκες πλήρους ανασφάλειας δικαίου που θα προκαλέσουν μετά βεβαιότητας τη διατύπωση αυθαιρέτων κρίσεων της αναθέτουσας αρχής με τελικό αποτέλεσμα την αδικαιολόγητη μείωση του τιμήματος και πλήρη ανατροπή του οικονομικού προγραμματισμού του αναδόχου. Στην υπό ανάθεση σύμβαση, αφενός, η υπηρεσία διαχείρισης ιατρικών αποβλήτων εκτελείται σε εξειδικευμένες μονάδες, δηλαδή σε χώρους εκτός των υποδομών της αναθέτουσας αρχής και, αφετέρου, είναι πρακτικώς*

αδύνατο να υπολογισθεί επακριβώς το μισθολογικό κόστος, δεδομένου ότι οι παραγόμενες ποσότητες των αποβλήτων του νοσοκομείου δεν είναι σταθερές κάθε μήνα και άρα το μηνιαίο τίμημα για την διαχείριση των αποβλήτων δεν δύναται να είναι συγκεκριμένο. Άλλωστε η διαχείριση επικινδύνων αποβλήτων είναι κατ' εξοχήν μια σύνθετη διαδικασία, το κόστος της οποίας συνδιαμορφώνεται από ποικίλους παράγοντες και συνεπώς δεν είναι δυνατόν η αυξομείωση του όποιου μισθολογικού κόστους να καθιερώνει υπέρ της Αναθέτουσας δικαίωμα μείωσης του τιμήματος. (5) Ο πέμπτος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής αφορά σε αντιφάσεις της προκήρυξης ως προς τον υπολογισμό του τιμήματος κατά τη σύνταξη της οικονομικής προσφοράς. Από τον πίνακα του Παραρτήματος ΙΙΙ - Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς (προσαρμοσμένο από την αναθέτουσα αρχή) προκύπτει ότι η επιλογή του αναδόχου θα γίνει βάσει του συνολικού μηνιαίου κόστους κάποιων ατόμων εκ του προσωπικού του προσφέροντος. Στη σημείωση που ακολουθεί τον πίνακα της οικονομικής προσφοράς αναφέρεται ότι *«η ανάλυση της προσφοράς θα πρέπει να είναι σύμφωνη με τις Συλλογικές Συμβάσεις και την κείμενη Εργατική Νομοθεσία. Να κατατεθεί μαζί με την οικονομική προσφορά, ανάλυση κόστους, στην οποία να περιγράφεται αναλυτικά, το κόστος μισθοδοσίας του συγκεκριμένου τεχνικού προσωπικού που θα απασχολήσει στο Νοσοκομείο (κόστος μισθοδοσίας - επιδόματα - κόστος εισφορών εργαζομένων - κόστος εισφορών εργοδότη - εργολαβικό όφελος - ΦΠΑ κλπ).»* Με τον τρόπο αυτό, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι το υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς από την αναθέτουσα αρχή, έρχεται σε πλήρη αντίφαση με το παράρτημα Ι - Υποχρεώσεις Αναδόχου – Τεχνικές Προδιαγραφές - Ειδικό όρο- Προσόντα αναδόχου εταιρείας- Επιστημόνους στ. 12 κατά το οποίο *«Η τιμή για τη διαχείριση (μεταφορά, επεξεργασία, τελική διάθεση επεξεργασμένων) να δοθεί στην Οικονομική Προσφορά ανά κιλό».*

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις υπ' αριθμ. 11/07/364/19323/05.06.2019 Απόψεις της, αιτείται την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, ισχυριζόμενη ειδικότερα τα εξής: (1) Όσον αφορά

τον πρώτο λόγο, η αναθέτουσα αρχή επικαλούμενη τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016 απαντά ότι δύναται εκ του νόμου να απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς ικανό χρόνο εμπειρίας στο αντικείμενο της σύμβασης, προκειμένου να είναι απόλυτα εγγυημένη η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του αναδόχου. Δεδομένου μάλιστα ότι το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης είναι ιδιαίτερα κρίσιμο για τη δημόσια υγεία και την ομαλή λειτουργία του νοσοκομείου, το οποίο άλλωστε είναι το μεγαλύτερο των Βαλκανίων, και ότι ο όγκος των ιατρικών αποβλήτων προς επεξεργασία είναι ιδιαίτερα μεγάλος, ορθώς τέθηκε στους όρους της σύμβασης η συγκεκριμένη εμπειρία, η οποία θα πρέπει να αποδειχθεί με σχετικές συμβάσεις ή βεβαιώσεις. Τέλος, η αναθέτουσα αρχή επικαλείται σχετική νομολογία: ΣΤΕ 2870/2016 (για αποκλεισμό συμμετεχόντων που δεν απέδειξαν τριετή εμπειρία), 290/2017, 28/2017 (Ε.Α. ΣΤΕ), 6/2003, 253/2006. (2) Όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι στη σελίδα 43 των τεχνικών προδιαγραφών της Διακήρυξης και συγκεκριμένα στην παράγραφο Ε. Επεξεργασία Επικίνδυνων Αποβλήτων Αμιγώς Μολυσματικών (ΕΑΑΜ) αναφέρεται ότι: «*Η επεξεργασία των ΕΑΑΜ θα πραγματοποιείται εκτός Υ.Μ. από νόμιμη σταθερή μονάδα που μπορεί να χρησιμοποιεί την μέθοδο της αποτέφρωσης ή της αποστείρωσης και απαραίτητως η προτεινόμενη μέθοδος να πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές και όρους της ΚΥΑ 14613/8.15.2012/Τβ/ΦΕΚ 1537 “Μέτρα και όροι για τη διαχείριση αποβλήτων Υγειονομικών Μονάδων”*». (3), (4) Σχετικά με τον τρίτο και τον τέταρτο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή αναφέρει στις Απόψεις της ότι οι προσβαλλόμενοι με τους λόγους αυτούς όροι (οι οποίοι σχετίζονται με σύμβαση συντήρησης εγκαταστάσεων) προστέθηκαν στη Διακήρυξη εκ παραδρομής. (5) Τέλος, σχετικά με τον πέμπτο λόγο, αναφέρει ότι έχει στις 23.05.2019 αναρτηθεί στο ΕΣΗΔΗΣ διευκρινιστική απάντηση με αρ. πρωτ. 11/07/272/16252/10.05.2019, στην οποία το ζήτημα επιλύεται ως εξής: «*Σας ενημερώνουμε ότι το υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς του παραρτήματος 3 της Διακήρυξης δεν ισχύει για τη συγκεκριμένη Διακήρυξη, “Υπηρεσίες Διαχείρισης Ιατρικών Αποβλήτων του Νοσοκομείου” και δεν πρέπει να*

*συμπληρωθεί και να υποβληθεί. Η οικονομική προσφορά που πρέπει να υποβληθεί ηλεκτρονικά υπογεγραμμένη, είναι αυτή που παράγεται σε μορφή PDF από τις συμπληρωμένες ηλεκτρονικές φόρμες του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ».*

11. Επειδή, η πρώτη παρεμβαίνουσα, εταιρεία με την επωνυμία «.....», επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση Προσφυγής, ισχυριζόμενη καταρχάς ότι ασκείται χωρίς έννομο συμφέρον. Ειδικότερα, η πρώτη παρεμβαίνουσα αναφέρει ότι η προσφεύγουσα δεν διαθέτει την επαγγελματική εμπειρία και την τεχνογνωσία που απαιτείται για τη διεκδίκηση της κρίσιμης ανάθεσης, καθώς όπως και η ίδια συνομολογεί έχει δεκαπενταετή εμπειρία στην μεταφορά αποβλήτων και όχι στην επεξεργασία αποβλήτων, που σύμφωνα με το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι αποτελεί αντικείμενο του παρόντος διαγωνισμού. Ο δε ισχυρισμός της προσφεύγουσας πως η επεξεργασία αποβλήτων θα γίνει από «συνεργαζόμενη μονάδα αποστείρωσης» διόλου αποδεικνύεται κατά την παρεμβαίνουσα, καθώς δεν κατονομάζεται η «νεοφυής» εταιρία με την οποία θα συνεργαστεί, δεν αναφέρεται αν αυτή έχει ήδη συσταθεί, πράγμα που αποδεικνύεται με την προσκόμιση σχετικού καταστατικού ίδρυσης, δεν αναφέρεται αν αυτή πληροί όλα τα προσόντα που απαιτούνται για την μονάδα αποτέφρωσης, ήτοι αν διαθέτει άδεια λειτουργίας και βεβαίωσης περιβαλλοντικών όρων, Πιστοποιητικό ΕΛΟΤ 12740 και 12347 για τις διαδικασίες αποστείρωσης κλπ (βλ. σελ. 43 της διακήρυξης Προσόντα αναδόχου Εταιρείας- Επιστημόνους), ούτε βέβαια γίνεται επίκληση κάποιου συμφωνητικού συνεργασίας με την μονάδα αποστείρωσης που να αποδεικνύει την συνεργασία τους για την εκτέλεση του συγκεκριμένου έργου και την δέσμευση της μονάδας αποστείρωσης για την παροχή των υπηρεσιών επεξεργασίας αποβλήτων. Στη συνέχεια, όσον αφορά τους προβαλλόμενους λόγους, η πρώτη παρεμβαίνουσα απαντά τα εξής: (1) Όσον αφορά την απαιτούμενη από τη Διακήρυξη εμπειρία, η παρεμβαίνουσα επικαλείται τις διατάξεις των άρθρων 75 και 80 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, προβάλλοντας ότι για την απόδειξη του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας η αναθέτουσα αρχή περιορίζεται στα αποδεικτικά μέσα του άρθρου 80 και δεν

έχει την ευχέρεια, όπως ισχύει για το κριτήριο της χρηματοοικονομικής επάρκειας, να απαιτήσει διαφορετικά έγγραφα. Έτσι μπορεί αυτή να απαιτεί το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων το οποίο πρέπει να καλύπτουν οι υποψήφιοι και οι προσφέροντες, οι τεχνικές ή/και επαγγελματικές ικανότητες των οικονομικών φορέων όμως αξιολογούνται και ελέγχονται σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 5 του άρθρου 80, οι διατάξεις των οποίων περιέχουν αποκλειστική απαρίθμηση των μέσων με τα οποία μπορεί να αποδειχθεί η τεχνική ικανότητα, την οποία απαιτεί η αναθέτουσα αρχή από τους οικονομικούς φορείς. Περαιτέρω, οι πληροφορίες που ζητούνται και το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που απαιτείται για μία δεδομένη σύμβαση σύμφωνα με το άρθρο 75 και την παρ. 5 του άρθρου 80 του Ν. 4412/2016 πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, ενώ έχει κριθεί ότι τα προσόντα που σχετίζονται με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες πρέπει να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και ανάλογα με το σκοπό της, αλλά και να είναι πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων. Όσον αφορά τους ειδικότερους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας σχετικά με την απαιτούμενη εμπειρία, η πρώτη παρεμβαίνουσα επισημαίνει ότι: (i) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η θέσπιση τριετούς εμπειρίας είναι πλήρως ασύμβατη με τη φύση και το αντικείμενο του διαγωνισμού, καθώς η επεξεργασία θα γίνεται εκτός του Νοσοκομείου και άρα είναι αυτοτελής υπηρεσία. Κατά την παρεμβαίνουσα, ο ανωτέρω ισχυρισμός είναι μη νόμιμος και ουσιαστικά αβάσιμος καθώς, όπως και η ίδια η προσφεύγουσα αναφέρει, το αντικείμενο του διαγωνισμού, όπως προκύπτει από το άρθρο 1.3 της διακήρυξης σε συνδυασμό με το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι αυτής, είναι η συλλογή, αποκομιδή, μεταφορά και επεξεργασία των επικίνδυνων νοσοκομειακών αποβλήτων, συνεπώς το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που προβλέπεται από τη διακήρυξη αφορά το σύνολο του έργου και όχι τμήματα αυτού. (ii) Η πρόβλεψη της τριετούς εμπειρίας για την φάση της επεξεργασίας είναι ανάλογη με το αντικείμενο της σύμβασης, πρόσφορη και απολύτως αναγκαία για να αποδείξει την φερεγγυότητα, την αξιοπιστία, την

τεχνική επάρκεια και αποτελεσματικότητα του αναδόχου για την εκτέλεση της συμβάσης, ενόψει πρωτίστως της φύσεως του υπό ανάθεση αντικειμένου (Διαχείριση Νοσοκομειακών Αποβλήτων) που ως γνωστόν είναι κεφαλαιώδους σημασίας για τα Νοσοκομεία, πόσο μάλλον για το Γ.Ν.Α. «Ο ΕΥΑΓΓΕΛΙΣΜΟΣ – ΟΦΘΑΛΜΙΑΤΡΕΙΟ ΑΘΗΝΩΝ- ΠΟΛΥΚΛΙΝΙΚΗ» που είναι η μεγαλύτερη Νοσοκομειακή Μονάδα στην Ελλάδα και είναι προφανές ότι δεν μπορεί να καθυστερήσει ούτε μια μέρα την απομάκρυνση από τις εγκαταστάσεις του των αποβλήτων για λόγους υγιεινής, του οικονομικού της αντικειμένου της σύμβασης (1.487.033,37€ συμπ ΦΠΑ) και τέλος της διασφάλισης του δημοσίου συμφέροντος που επιτάσσει την Δημόσια Υγεία και την ομαλή λειτουργία του Νοσοκομείου. Επίσης, η παρεμβαίνουσα επισημαίνει ότι η μονάδα αποστείρωσης με την οποία ισχυρίζεται ότι θα συνεργαστεί η προσφεύγουσα-την οποία δεν κατονομάζει, ούτε επικαλείται κάποιο συμφωνητικό συνεργασίας-αποτελεί νεοσύστατη εταιρία, που σημαίνει ότι δεν έχει καμία απολύτως εμπειρία για να αναλάβει την εκτέλεση ενός τόσο μεγάλου και απαιτητικού έργου. Προφανώς και είναι άλλο ζήτημα η αδειοδότηση μονάδας επεξεργασίας νοσοκομειακών αποβλήτων (που ούτε αυτό αποδεικνύει η προσφεύγουσα) και άλλο ζήτημα – κεφαλαιώδους σημασίας αναγόμενο στο δημόσιο συμφέρον υπό την έννοια προστασίας της δημόσιας υγείας- η δυνατότητα και η τεχνική ικανότητα της μονάδας αυτής να ανταπεξέλθει στις τεράστιες απαιτήσεις επεξεργασίας αποβλήτων του Νοσοκομείου, που αυτό το διασφαλίζει η προηγούμενη τριετής εμπειρία σε συναφή έργα. (iii) Οι τεχνικές ή/και επαγγελματικές ικανότητες των οικονομικών φορέων αξιολογούνται και ελέγχονται σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 5 του άρθρου 80, οι διατάξεις των οποίων περιέχουν αποκλειστική απαρίθμηση των μέσων με τα οποία μπορεί να αποδειχθεί η τεχνική ικανότητα, την οποία απαιτεί η αναθέτουσα αρχή από τους οικονομικούς φορείς. Τα αποδεικτικά μέσα με τα οποία αποδεικνύεται η προηγούμενη εμπειρία είναι αυτά που προβλέπονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄. (iv) Καμία ασάφεια του όρου περί αποδεικτικών μέσων υφίσταται, αφού είναι ξεκάθαρο ότι για την απόδειξη της προηγούμενης εμπειρίας θα πρέπει να προσκομίσει ο συμμετέχων κατάλογο με

συμβάσεις και βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης από όλα τα συναφή έργα που εκτέλεσε την τελευταία τριετία, ανεξαρτήτως μεγέθους, φορέα ή διάρκειας. (2) Η ΚΥΑ στην οποία αναφέρεται η προσφεύγουσα αφορά τα μέτρα και τους όρους για τη διαχείριση Αποβλήτων Υγειονομικών Μονάδων και αναφέρεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι που αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της διακήρυξης όπου αναλύονται οι τεχνικές προδιαγραφές του έργου. (3) και (4) Ακόμη και εκ παραδρομής περιληφθέντες όροι, που δεν επηρεάζουν την ολοκλήρωση του διαγωνισμού και τη σύναψη της σύμβασης, δεν επιφέρουν ακυρότητα της διακήρυξης. (5) Το συγκεκριμένο ζήτημα έχει ήδη επιλυθεί, δυνάμει του υπ' αριθμ. πρωτ. 11/07/272/16252/10.05.2019 εγγράφου της Αναθέτουσας Αρχής, με θέμα: Απάντηση σε διευκρινιστική ερώτηση για τον Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό Άνω των ορίων με αριθμό 46/2019 για «Υπηρεσίες Διαχείρισης Ιατρικών Αποβλήτων του Νοσοκομείου» (αρ. συστήματος ΕΣΗΔΗΣ 71992)».

12. Επειδή, η δεύτερη παρεμβαίνουσα, εταιρεία με την επωνυμία «.....», επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση Προσφυγής, ισχυριζόμενη ειδικότερα τα εξής: (1) Όσον αφορά τον πρώτο λόγο που σχετίζεται με την απαιτούμενη εμπειρία, η παρεμβαίνουσα επισημαίνει ότι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτοι και συγκεκριμένα: α) ως προβαλλόμενοι εκ συμφέροντος τρίτου, κατά το μέρος που επικαλείται ότι θίγονται άλλες νεοσύστατες επιχειρήσεις, που έχουν κατά τα λοιπά όλα τα ουσιαστικά προσόντα να εκτελέσουν τη σύμβαση, β) ως αόριστοι, κατά το μέρος που δεν κατονομάζει τη συνεργαζόμενη μονάδα αποστείρωσης, με την οποία προτίθεται να κάνει την επεξεργασία των αποβλήτων και γ) επίσης ως αόριστοι κατά το μέρος που δεν επικαλείται αδυναμία/ δυσχέρεια συνεργασίας της ίδιας με κάποια από τις υπόλοιπες μονάδες επεξεργασίας αποβλήτων και, συνεπώς, δεν αποδεικνύει βλάβη από τη συγκεκριμένη απαίτηση. Σε κάθε περίπτωση, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας χαρακτηρίζονται από την παρεμβαίνουσα απορριπτικοί και ως αβάσιμοι, καθώς: α) Η συνάφεια της επίμαχης υπηρεσίας επεξεργασίας των επικίνδυνων ιατρικών αποβλήτων δεν αναιρείται από το γεγονός ότι αυτή λαμβάνει χώρα εκτός του Νοσοκομείου,

καθώς το τελευταίο, ως παραγωγός των αποβλήτων, εξακολουθεί να φέρει περιβαλλοντική ευθύνη για τα απόβλητα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην Οδηγία 2004/35/ΕΟΚ, όπως ισχύει, β) με την επίμαχη ρύθμιση οριοθετείται κατά τρόπο σύμφωνο προς τις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και την αρχή της αναλογικότητας ο επιθυμητός ανταγωνισμός, ενόψει της συνδρομής λόγων υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος, το οποίο άπτεται της δημόσιας υγείας και της προστασίας του περιβάλλοντος, γ) ο αριθμός των αδειοδοτημένων μονάδων διαχείρισης ιατρικών αποβλήτων που δραστηριοποιούνται στη συγκεκριμένη αγορά δεν είναι ικανός να θεμελιώσει ισχυρισμό περί περιορισμού του ανταγωνισμού ή ολιγοπωλίου, δ) ο ισχυρισμός περί «φωτογραφικών» όρων, εφόσον δεν κατονομάζεται ο επωφελούμενος από τη θέσπισή τους οικονομικός φορέας, είναι απορριπτέος ως αόριστος, κατά πάγια νομολογία του ΣΤΕ, ε) ο επικουρικός ισχυρισμός ότι η διακήρυξη θα έπρεπε να επιτρέψει την απόδειξη της εμπειρίας και με άλλους τρόπους, όπως με την ύπαρξη έμπειρου στελέχους, βάλλει κατά της αναγκαιότητας θέσπισης της επίμαχης ρύθμισης, βάσει της οποίας, όμως, ο τιθέμενος περιορισμός κρίνεται αναγκαίος για την επιδίωξη του προαναφερθέντος σκοπού, κυρίως αν ληφθούν υπόψη οι αυξημένες υποχρεώσεις και η ευθύνη του αναδόχου του έργου και στ) τυχόν ασάφεια της διάταξης μπορεί να αρθεί με την παροχή διευκρινίσεων από την αναθέτουσα αρχή σε μεταγενέστερο στάδιο, δηλαδή με ηπιότερο μέσο από την ακύρωση της διακήρυξης. Σε κάθε περίπτωση, στο άρθρο 80 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 αναφέρονται περιοριστικά τα αποδεικτικά μέσα της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. (2) Όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής, η δεύτερη παρεμβαίνουσα αναφέρει ότι η απαρίθμηση της παρ. 1.4 της Διακήρυξης είναι ενδεικτική, ότι η μη αναφορά της στο συγκεκριμένο σημείο δεν τη θέτει εκτός κανονιστικού πλαισίου, ότι στη σελ. 51 ζητείται να υποβληθεί από τον υποψήφιο ανάδοχο και βεβαίωση ότι αποδέχεται τις διατάξεις της ΚΥΑ 146163/8.5.2012/τΒ/ΦΕΚ 1537 "Μέτρα και Όροι για τη Διαχείριση Αποβλήτων Υγειονομικών Μονάδων" και, τέλος, ότι γίνεται νομολογιακά δεκτό ότι οι διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας εφαρμόζονται ως γενικότερες σε κάθε περίπτωση, εφόσον προσιδιάζουν στο αντικείμενο της



σύμβασης, ακόμη και αν δεν γίνεται ρητή παραπομπή σ' αυτές με όρο της Διακήρυξης. (3) Όσον αφορά τον τρίτο λόγο, η δεύτερη παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η προσφεύγουσα δεν επικαλείται και δεν αποδεικνύει ότι υφίσταται συγκεκριμένη βλάβη από τον προσβαλλόμενο όρο, ο οποίος έστω και εάν γινόταν δεκτό ότι έχει τεθεί από παραδρομή, πάντως ισχύει έναντι όλων των διαγωνιζομένων, χωρίς η προσφεύγουσα να τίθεται σε μειονεκτικότερη θέση σε σχέση με τους ανταγωνιστές της. (4) Όσον αφορά τον τέταρτο λόγο, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι, ανεξάρτητα από το εάν η επίμαχη πρόβλεψη αποτελεί παρείσφρηση όρου άλλης Διακήρυξης, ο σχετικός ισχυρισμός πρέπει να θεωρηθεί ως απαράδεκτος λόγω της αοριστίας του, ενώ, σε κάθε περίπτωση, έστω και εάν γινόταν δεκτό ότι έχει τεθεί από παραδρομή, πάντως, ο όρος αυτός ισχύει έναντι όλων των διαγωνιζομένων, χωρίς η προσφεύγουσα να τίθεται σε μειονεκτικότερη θέση σε σχέση με τους ανταγωνιστές της. Συμπληρωματικά, αναφέρει ότι η εν λόγω απαίτηση πρέπει να θεωρηθεί εύλογη, αφού στην περίπτωση που θα μειώνονταν οι αποδοχές του προσωπικού του αναδόχου, η παράλειψη αντίστοιχης μείωσης του εργολαβικού ανταλλάγματος θα οδηγούσε σε πλουτισμό του αναδόχου εις βάρος του δημοσίου χρήματος, στον οποίο (πλουτισμό) δεν είχε αποβλέψει η σύμβαση, καθώς θα οδηγούσε σε μεταβολή της συμβατικής ισορροπίας επί ζημιά της αναθέτουσας αρχής. (5) Τέλος, όσον αφορά τον πέμπτο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής, η παρεμβαίνουσα αναφέρει ότι το ζήτημα έχει επιλυθεί με την ανάρτηση στο ΕΣΗΔΗΣ της υπ' αριθμ. 11/07/272/16252/10.05.2019 διευκρίνισης.

13. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων*

βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται 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.

14. Επειδή, στο άρθρο 18 του Ν. 4412/2018 (Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων) προβλέπεται 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. 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 [...]».

15. Επειδή, στο άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 (Κριτήρια επιλογής) προβλέπεται ότι: «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. 2. [...] 3. [...] 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. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους. 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».

16. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 80 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 (Αποδεικτικά μέσα): «5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών». Περαιτέρω, σύμφωνα με το Μέρος II: Τεχνική ικανότητα του Παραρτήματος XII (Αποδεικτικά Μέσα για τα Κριτήρια Επιλογής) του Προσαρτήματος Α' της Διακήρυξης, «Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέστηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών· όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία πενταετία, ii) κατάλογος 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 εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία τριετία [...]».

17. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 365 παρ. 1 του Ν.4412/2016 και 9 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης.

18. Επειδή, στην παράγραφο 2.4.3 της Διακήρυξης (Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά») προβλέπονται τα εξής: «2.4.3.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: α) το Ευρωπαϊκό

*Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 1 και 3 του άκρου 79 του ν. 4412/2016 και β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τα άρθρα 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης γ) υπεύθυνη δήλωση ότι: «έλαβε γνώση των υπό συντήρηση εγκαταστάσεων, δικτύων, εξοπλισμού και συσκευών, ως προς το είδος, το μέγεθος, την ποσότητα και την ποιότητα αυτών και το τεχνικό προσωπικό που κα απασχολήσει, έχει την εμπειρία και την τεχνογνωσία, για την συντήρηση των συγκεκριμένων εγκαταστάσεων, εξοπλισμού και συσκευών».*

19. Επειδή, στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης και συγκεκριμένα στα Προσόντα αναδόχου εταιρείας – Επιστημόνους προβλέπονται τα εξής: «Λόγω της εξειδίκευσης του αντικειμένου αλλά και του κρίσιμου για τη Δημόσια Υγεία και την ομαλή λειτουργία του Νοσοκομείου, με κάθε προσφορά απαραίτητως να κατατεθούν προς αξιολόγηση: “[...] 7. Αποδεικτικά στοιχεία (συμβάσεις, βεβαιώσεις κ.τ.λ.) με τα οποία αποδεικνύεται η συνεχής απασχόληση του κάθε συμμετέχοντος στον τομέα του αντικειμένου του διαγωνισμού (τουλάχιστον κατά την τελευταία τριετία), καθώς και κάθε άλλο στοιχείο που να διαμορφώνει το προφίλ της συμμετέχουσας εταιρείας [...]”.

20. Επειδή, στην παράγραφο 6.5 της Διακήρυξης (Αναπροσαρμογή τιμής) προβλέπεται το εξής: «Σε περίπτωση αλλαγής του Νομοθετικού πλαισίου σχετικά με την μισθοδοσία ή οποιουδήποτε άλλου λόγου, που επιφέρει μείωση των μηνιαίων αποδοχών (μισθών – επιδομάτων κλπ) του τεχνικού προσωπικού του Ανάδοχου Συντηρητή, συγκριτικά με τις μηνιαίες αποδοχές του τεχνικού προσωπικού του Ανάδοχου Συντηρητή, κατά την υπογραφή της Σύμβασης, τότε ο Ανάδοχος Συντηρητής, θα προσαρμόσει αυτόματα, το μηνιαίο συμβατικό τίμημα συντήρησης, μειωμένο αντίστοιχα, κατά το ποσό μείωσης των αποδοχών του τεχνικού προσωπικού του. Στην περίπτωση αυτή, ο Ανάδοχος Συντηρητής, θα ενημερώνει σχετικά εγγράφως το Νοσοκομείο, πριν την τιμολόγηση του αντίστοιχου μήνα που αφορά η προσαρμογή του τιμήματος. (Τούτο ζητείται, προκειμένου, το ποσοστό κέρδους (εργολαβικό όφελος) του Ανάδοχου Συντηρητή, του συνολικού μηνιαίου συμβατικού τιμήματος, να παραμένει πάντα

*σταθερό ποσοστιαία και η όποια τυχόν μείωση των αποδοχών του τεχνικού προσωπικού του, να μην προκύπτει σαν επιπλέον οικονομικό όφελος του Ανάδοχου Συντηρητή».*

21. 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 στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο 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, σκέψη 111 κλπ).

22. Επειδή, η Διοίκηση είναι κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της Διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη (ΕΑ 977/2006, 303/2007, 307/2007, 1049/2007), η δε θέσπιση με τη Διακήρυξη των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν πρέπει να παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού, εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό 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 στον Διαγωνισμό προσώπων (ΕΑ 434/2008, 977/2006, 1208/2006, 1076/2006, 977/2006, 1383/2007, ΕΑ 303/2007, 307/2007, 1049/2007, 153/2004, κλπ).

23. 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 την

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 που θέτει η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δε 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 στη διαδικασία, ενισχύοντας με τον τρόπο αυτόν τον ανταγωνισμό.

24. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής, σύμφωνα με τον οποίο η απαίτηση του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης για τριετή εμπειρία στον τομέα του αντικείμενου του Διαγωνισμού είναι παράνομη, επισημαίνονται τα εξής: Η προσφεύγουσα αποτελεί νομικό πρόσωπο που δραστηριοποιείται στη διαχείριση μολυσματικών αποβλήτων και διαθέτει τις κατά νόμο απαιτούμενες άδειες μεταφοράς και επεξεργασίας. Λαμβάνοντας υπόψη ότι το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης είναι η διαχείριση ιατρικών αποβλήτων του Νοσοκομείου, προκύπτει ότι η προσφεύγουσα πληροί τις προϋποθέσεις του δικαιώματος συμμετοχής αλλά και την καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, που προβλέπονται αντίστοιχα στις παραγράφους 2.2.1 και 2.2.4 της Διακήρυξης. Επιπροσθέτως, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η ίδια διαθέτει δεκαπενταετή εμπειρία στη μεταφορά αποβλήτων και ότι για την επεξεργασία τους, ήτοι για την εκτέλεση μέρους της σύμβασης, θα στηριχτεί στις ικανότητες τρίτου φορέα, πλην όμως η απαιτούμενη από τη Διακήρυξη ελάχιστη εμπειρία δεν πληρούται από τη νεοφυή επιχείρηση, στην οποία πρόκειται να στηριχτεί, με αποτέλεσμα να καθίσταται αδύνατη η συμμετοχή της στη διαγωνιστική διαδικασία με την υποβολή αποδεκτής προσφοράς. Από τα προαναφερόμενα προκύπτει ότι η

προσφεύγουσα προβάλλει τους ισχυρισμούς της κατά του συγκεκριμένου όρου του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης με έννομο συμφέρον, το οποίο είναι άμεσο, προσωπικό και ενεστώς, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών των δύο παρεμβαινουσών. Κατά συνέπεια, οι επιμέρους ισχυρισμοί που βάλλουν κατά της προβλεπόμενης τριετούς εμπειρίας θα πρέπει να εξεταστούν ως προς τη βασιμότητά τους. Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι ο προσβαλλόμενος όρος είναι ασύμβατος με τη φύση και το αντικείμενο του Διαγωνισμού, περιορίζει δραματικά τον ανταγωνισμό σε μία ολιγοπωλιακή αγορά και διατυπώνεται με τρόπο ασαφή και αόριστο είναι αβάσιμος και αναπόδεικτος για τους εξής λόγους: Καταρχάς το άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 προβλέπει ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας, υπό την προϋπόθεση ότι η εν λόγω απαίτηση σχετίζεται και είναι ανάλογη με το αντικείμενο της σύμβασης. Λαμβάνοντας υπόψη ότι: α) στην προκειμένη περίπτωση η αναθέτουσα αρχή απαιτεί εμπειρία σε αντικείμενο ακριβώς όμοιο με τις υπό ανάθεση υπηρεσίες, β) ότι πρόκειται – όπως αναφέρει και η αναθέτουσα αρχή στις Απόψεις της – για το μεγαλύτερο Νοσοκομείο των Βαλκανίων και γ) ότι ο προϋπολογισμός της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 1.199.224,49€ πλέον ΦΠΑ, γίνεται αντιληπτό ότι ο όγκος των αποβλήτων που θα κληθεί να διαχειριστεί ο ανάδοχος κατά τη διάρκεια της δωδεκάμηνης σύμβασης είναι πολύ μεγάλος (περίπου 960.000 κιλά) και απαιτεί αυξημένη τεχνική ικανότητα, η οποία διασφαλίζεται – μεταξύ άλλων - με την απαιτούμενη εμπειρία. Το γεγονός δε ότι η επεξεργασία των επικίνδυνων αποβλήτων θα γίνεται εκτός του χώρου του Νοσοκομείου (σε εργοστάσιο αποστείρωσης, ώστε αυτά να καταλήξουν σε ΧΥΤΑ ή ΧΥΤΥ) ουδόλως καθιστά την απαιτούμενη εμπειρία ασύνδετη με το υπό ανάθεση αντικείμενο, όπως εσφαλμένα υπολαμβάνει η προσφεύγουσα. Άλλωστε, η παραδοχή ότι η απομάκρυνση των επικίνδυνων αποβλήτων από τον χώρο του Νοσοκομείου καθιστά λιγότερο αναγκαία την εγγύηση της τεχνικής ικανότητας του αναδόχου, εκτός του ότι δεν ερείδεται στη Διακήρυξη, θα μπορούσε να επιφέρει ανυπολόγιστες



περιβαλλοντικές επιπτώσεις. Αβάσιμος όμως είναι και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων (και εν προκειμένω της νεοφυούς επιχείρησης στις ικανότητες της οποίας θα στηριχτεί) εξασφαλίζεται με μόνη τη λήψη των αναγκαίων αδειών, καθώς η απόκτηση της εμπειρίας έπεται της υποχρεωτικής εκ του νόμου (και της Διακήρυξης) αδειοδότησης, προσδίδοντας στον οικονομικό φορέα προστιθέμενη αξία. Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί φωτογραφικών όρων και συντήρησης ολιγοπωλίου προβάλλεται κατά τρόπο αόριστο, με μόνη την αναφορά ότι «πλείστες εκ των 7 αδειοδοτημένων μονάδων διαχείρισης ιατρικών αποβλήτων ελέγχονται οικονομικά από το ίδιο φυσικό πρόσωπο». Ωστόσο, έχει παγίως κριθεί ότι, προκειμένου να είναι ορισμένος ένας ισχυρισμός περί φωτογραφικού όρου διακήρυξης, πρέπει να κατονομάζεται ο οικονομικός φορέας που είναι ο μόνος δυνάμενος να συμμετάσχει ως συνέπεια της εν θέματι προδιαγραφής (ΣΤΕ (Ασφ) 314/2013, ΕΑ ΣΤΕ 474, 829, 1354/2009). Σύμφωνα με τα ανωτέρω, η προσφεύγουσα δεν αποδεικνύει για ποιον λόγο δεν είναι ευχερής η στήριξη στις ικανότητες τρίτων για την απόκτηση της απαιτούμενης εμπειρίας, ούτε γιατί αυτή δυσχεραίνεται – όπως αναφέρει – ακόμη περισσότερο από το γεγονός ότι το κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής. Ο δε επικουρικός ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε να ζητά ένα εξειδικευμένο και έμπειρο στέλεχος ως υπεύθυνο προσωπικού, αντί να απαιτεί την εμπειρία του οικονομικού φορέα, παραγνωρίζει το γεγονός ότι η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, όπως και όλα τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, αποτελούν ελάχιστες προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται από τους οικονομικούς φορείς, ενώ τυχόν προβλέψεις σχετικά με τη συγκρότηση της ομάδας έργου σχετίζονται πλέον με την τεχνική προσφορά, ήτοι με τη συγκεκριμένη πρόταση εκτέλεσης της σύμβασης. Τέλος, αβάσιμος και αναπόδεικτος είναι και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η απόδειξη της εμπειρίας είναι ασαφής και επιδέχεται πολλαπλών ερμηνειών. Η αναφορά σε «βεβαιώσεις» και «συμβάσεις» είναι σαφής, ενώ αυτονόητα δεν περιορίζεται από τη Διακήρυξη το πλήθος τους ή η διάρκεια εκάστης σύμβασης, ούτε ο

αριθμός των αντισυμβαλλομένων μονάδων, καθώς η Διακήρυξη ρητά και χωρίς αμφισημία απαιτεί εμπειρία κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας. Καταληκτικά, προκύπτει ότι ο προσβαλλόμενος όρος του Παραρτήματος Ι δεν είναι ασύνδετος προς το αντικείμενο των υπό ανάθεση υπηρεσιών, είναι εύλογος προς τον σκοπό για τον οποίο έχει τεθεί, που είναι η άμεση και άρτια εξυπηρέτηση της σύμβασης και δεν εισάγει διακρίσεις. Κατά συνέπεια, ο πρώτος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί και να γίνουν αντίστοιχα δεκτοί οι ισχυρισμοί των παρεμβαινουσών.

25. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής της η προσφεύγουσα επικαλείται παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να συμπεριλάβει στο θεσμικό πλαίσιο της Διακήρυξης (παράγραφος 1.4) την υπ' αριθ. οικ. 146163/03.05.2012 ΚΥΑ των Υπουργών Οικονομικών - Περιβάλλοντος, Ενέργειας και Κλιματικής Αλλαγής - Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης με τίτλο «Μέτρα και Όροι για τη Διαχείριση Αποβλήτων Υγειονομικών Μονάδων» (ΦΕΚ 1537/Β). Η προσφεύγουσα ωστόσο παραλείπει να αναφέρει ότι στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης αναφέρεται ότι στην Επεξεργασία Επικίνδυνων Αποβλήτων Αμιγώς Μολυσματικών (EAAM) καθώς και στην Επεξεργασία Μικτών Επικίνδυνων Αποβλήτων (ΜΕΑ) και άλλων Επικίνδυνων Αποβλήτων, η προτεινόμενη μέθοδος πρέπει απαραίτητως να πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές και τους όρους της εν λόγω ΚΥΑ. Επίσης, στα Προσόντα αναδόχου – Επιστημόνων ζητείται η υποβολή βεβαίωσης ότι οι προσφέροντες αποδέχονται τις διατάξεις της εν λόγω ΚΥΑ. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι ο δεύτερος προβαλλόμενος λόγος θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος και να γίνουν αντίστοιχα δεκτοί οι ισχυρισμοί των παρεμβαινουσών.

26. Επειδή, όσον αφορά τον τρίτο λόγο της υπό ανάθεση σύμβασης, σύμφωνα με τον οποίο είναι μη νόμιμη η ενσωμάτωση όρου στη Διακήρυξη, που αφορά στη συντήρηση εγκαταστάσεων, εξοπλισμού του Νοσοκομείου, θα πρέπει να σημειωθεί ότι, όπως συνομολογεί η αναθέτουσα αρχή, ο προσβαλλόμενος όρος της παραγράφου 2.4.3.1 γ της Διακήρυξης, σύμφωνα με τον οποίο, κάθε προσφέρων θα πρέπει να συμπεριλάβει στα Δικαιολογητικά

Συμμετοχής υπεύθυνη δήλωση ότι «έλαβε γνώση των υπό συντήρηση εγκαταστάσεων, δικτύων, εξοπλισμού και συσκευών, ως προς το είδος, το μέγεθος, την ποσότητα και την ποιότητα αυτών και το τεχνικό προσωπικό που κα απασχολήσει, έχει την εμπειρία και την τεχνογνωσία, για την συντήρηση των συγκεκριμένων εγκαταστάσεων, εξοπλισμού και συσκευών» συμπεριλήφθηκε στη Διακήρυξη εκ παραδρομής. Άλλωστε, η υπό ανάθεση σύμβαση δεν αφορά σε υπηρεσίες συντήρησης εγκαταστάσεων. Ωστόσο το συμπέρασμα της αναθέτουσας αρχής στις υποβληθείσες Απόψεις της ότι «*άρα δεν απαιτείται η υποβολή της [εννοείται της υπεύθυνης δήλωσης] στα δικαιολογητικά συμμετοχής*» δεν συνάγεται αυτονόητα, ενώ ο προσβαλλόμενος όρος θα μπορούσε να δημιουργήσει σύγχυση στους προσφέροντες. Κατά συνέπεια, ο σχετικός ισχυρισμός της προσφεύγουσας θα πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί ο όρος της παραγράφου 2.4.3.1 γ. Ο δε ισχυρισμός της δεύτερης παρεμβαίνουσας ότι ο εν λόγω όρος δεν θέτει την προσφεύγουσα σε μειονεκτικότερη θέση από τους ανταγωνιστές της δεν αποδεικνύει έλλειψη εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας να προσβάλει τον συγκεκριμένο όρο, ο οποίος όπως προαναφέρεται τέθηκε εκ παραδρομής και πράγματι δύναται να προκαλέσει σύγχυση και ενδεχομένως να αποθαρρύνει τη συμμετοχή της προσφεύγουσας και άλλων οικονομικών φορέων.

27. Επειδή, όσον αφορά τον τέταρτο λόγο της υπό ανάθεση σύμβασης, θα πρέπει να σημειωθεί ότι πράγματι στην παράγραφο 6.5 της Διακήρυξης (Αναπροσαρμογή τιμής) προβλέπεται η πιθανότητα μείωσης των μηνιαίων αποδοχών (μισθών – επιδομάτων κλπ) του τεχνικού προσωπικού του ανάδοχου συντηρητή και η υποχρέωση του αναδόχου να αναπροσαρμόσει το συμβατικό τίμημα. Ο εν λόγω όρος είναι ασύνδετος με το υπό ανάθεση αντικείμενο, η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί ότι έχει συμπεριληφθεί από παραδρομή και για τον λόγο αυτό θα πρέπει να ακυρωθεί. Οι ισχυρισμοί της δεύτερης παρεμβαίνουσας περί του απαραδέκτου και του αβασίμου του τέταρτου προβαλλόμενου λόγου καθώς και ο ειδικότερος ισχυρισμός της ότι η αναπροσαρμογή του μηνιαίου συμβατικού τιμήματος συντήρησης είναι εύλογη,

θα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι, καθώς – όπως προαναφέρεται - ο προσβαλλόμενος όρος τέθηκε εκ παραδρομής και ουδεμία σχέση έχει με το υπό ανάθεση αντικείμενο.

28. Επειδή, όσον αφορά τον πέμπτο λόγο της υπό ανάθεση σύμβασης, σύμφωνα με τον οποίο υπάρχουν σοβαρές αντιφάσεις της Διακήρυξης σχετικά με τον υπολογισμό του τιμήματος και τη σύνταξη της οικονομικής προσφοράς, όπως βάσιμα προβάλλουν οι παρεμβαίνουσες και η αναθέτουσα αρχή, η εν λόγω ασάφεια έχει επιλυθεί με την υπ' αριθμ. 11/07/272/16252/10.05.2019 Διευκρίνιση, η οποία αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ την 23.05.2019 και αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της Διακήρυξης. Σύμφωνα με την εν λόγω διευκρίνιση, η οικονομική προσφορά που πρέπει να υποβληθεί ψηφιακά υπογεγραμμένη, είναι αυτή που παράγεται σε μορφή PDF από τις συμπληρωμένες ηλεκτρονικές φόρμες του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ. Κατά συνέπεια, δεν καταλείπεται πλέον αμφιβολία σχετικά με τον τρόπο κατάρτισης της οικονομικής προσφοράς, ενώ έχει καταστεί σαφές από την προαναφερόμενη διευκρίνιση ότι υποδείγματα οικονομικής προσφοράς που έχουν τεθεί στη Διακήρυξη εκ παραδρομής και αφορούν προγενέστερες συμβάσεις, δεν θα ληφθούν υπόψη από τους προσφέροντες.

29. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και οι ασκηθείσες Παρεμβάσεις πρέπει ομοίως να γίνουν εν μέρει δεκτές.

30. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο, ποσού 5.997,00€, που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

#### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει τις Παρεμβάσεις.

**Αριθμός απόφασης: 722/2019**

Ακυρώνει τους όρους των παραγράφων 2.4.3.1γ και 6.5 της υπ' αριθμ. 46/2019 Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου, ποσού 5.997,00€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28.06.2019 και εκδόθηκε στις 09.07.2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Κουρή Σταυρούλα**

**Αργυρώ Τσουλούφα**