

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στις 3 Σεπτεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου και Γερασιμούλα- Μαρία Δρακονταειδή, μέλη.

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

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

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στην οποία σωρεύει και αίτημα λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας, ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί και σε κάθε περίπτωση τροποποιηθεί ανάλογα ο προσβαλλόμενος όρος της υπ' αριθ. ... διακήρυξης που προκήρυξε το Γενικό Νοσοκομείο ... και συγκεκριμένα ο όρος 2.2.5 «Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής – Οικονομική και Χρηματοοικονομική εμπειρία – Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» ...γ) Τεχνική και επαγγελματική εμπειρία τριών (3) ετών όπως περιγράφεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της διακήρυξης. (ΑΔΑΜ: ..., αρ. ΕΣΗΔΗΣ ...).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: Α397/2021

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

2. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι « Η εταιρεία μας, η οποία έχει ως αντικείμενο την συλλογή και μεταφορά ΕΑΥΜ, έλαβε πλήρη γνώση του περιεχομένου της ως άνω διακήρυξης την 18.08.2021, πλην όμως καίτοι διαθέτει όλα τα εχέγγυα και τα κατάλληλα μέσα για την άρτια εκτέλεση της δημοπρατούμενης σύμβασης, εν τούτοις, λόγω περιοριστικού του ανταγωνισμού όρου που έχει τεθεί στην εν λόγω διακήρυξη, αποκλείεται εξ αρχής από τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό αυτόν, παρά την περί του αντιθέτου βούλησή της. Εν όψει των παραπάνω, έχοντας άμεσο έννομο συμφέρον, υποβάλλουμε παραδεκτά και εμπρόθεσμα την παρούσα προδικαστική προσφυγή (άρθρο 346 ν. 4412/2016) κατά της ως άνω υπ' αριθ. ... διακήρυξης ζητώντας την ακύρωση και σε κάθε περίπτωση την τροποποίηση του κατωτέρω προσβαλλόμενου όρου της ως αντίθετου με την κείμενη εθνική και ενωσιακή νομοθεσία, για τους ακόλουθους ειδικότερα λόγους: Μόνος λόγος προσφυγής... Στην παράγραφο 2.2.5 της επίμαχης διακήρυξης με τίτλο «Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής – Οικονομική και Χρηματοοικονομική εμπειρία – Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα», ορίζονται τα κάτωθι (σελ. 15):γ) Τεχνική και επαγγελματική εμπειρία τριών (3) ετών όπως περιγράφεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της παρούσης.». Στο δε Παράρτημα Ι – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ – ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ της Διακήρυξης, στο οποίο παραπέμπει ο ανωτέρω υπό γ) όρος, και συγκεκριμένα στο υποκεφάλαιο «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΠΟΣΤΕΙΡΩΣΗ ΤΩΝ ΕΑΑΜ», στον όρο Δ12 ορίζονται τα εξής (σελ. 53): «Θα πρέπει να κατατεθούν στοιχεία που αποδεικνύουν την μακροχρόνια αξιοπιστία του νόμιμου κάτοχου της άδειας διαχείρισης (επεξεργασία και τελική διάθεση των υπολειμμάτων επεξεργασίας) ΕΑΑΜ, από τα οποία να τεκμηριώνεται η τεχνική επάρκεια και αξιοπιστία των μέσων και του προσωπικού που αυτός διαθέτει. Για το σκοπό αυτό, να κατατεθούν αντίγραφα της κατατεθειμένης στο ΥΠΕΚΑ, Ετήσιας

Αριθμός απόφασης: Α397/2021

Απολογιστικής Έκθεσης Επεξεργασίας του νόμιμου κατόχου της άδειας διάθεσης ΕΑΑΜ των προηγούμενων 3 ετών, στην οποία αναφέρονται στοιχεία των ΕΑΑΜ που επεξεργάστηκαν από αυτόν και τεκμηριώνουν την κατ' ελάχιστη επιθυμητή τριετή εμπειρία στο συγκεκριμένο αντικείμενο, την τεχνική ικανότητα και την αξιοπιστία του νόμιμου κατόχου της άδειας διάθεσης ΕΑΑΜ, στην εκτέλεση ανάλογου ποσοτικού και οικονομικού μεγέθους έργων». Κατά την γραμματική ερμηνεία του επίμαχου όρου, αξιώνεται από τον υποψήφιο, επί ποινή αποκλεισμού, να αποδείξει, ταυτόχρονα με την υποβολή της προσφοράς του, ότι, η επιχείρηση της μονάδας επεξεργασίας των ΕΑΑΜ, η οποία πρόκειται να εκτελέσει το εν λόγω μέρος του έργου σε περίπτωση ανάδειξης του ως αναδόχου, υφίσταται τουλάχιστον επί τριετία και έχει εκτελέσει τουλάχιστον μία σύμβαση με ίσο ή μεγαλύτερο οικονομικό και ποσοτικό αντικείμενο. Με άλλα λόγια, για την απόδειξη της εμπειρίας της μονάδας, η αναθέτουσα αρκείται στο να υφίσταται αυτή απλώς επί τριετία και να έχει εκτελέσει ένα και μόνο έργο ίσου αντικειμένου με αυτό της προκειμένης διακήρυξης 9. Ενώ είναι βέβαιο ότι η Αναθέτουσα Αρχή έθεσε τον όρο αυτό προς διασφάλιση της ύπαρξης ουσιαστικής και αντίστοιχης, με την απαιτούμενη για το προκηρυσσόμενο έργο, εμπειρίας, ο όρος, όπως έχει τεθεί, διασφαλίζει ουσιαστικά απλά την ύπαρξη παλαιότητας μιας επιχείρησης, και κυρίως, **αποκλείει την συμμετοχή υποψηφίων, οι οποίες έχουν εκτελέσει μεν πληθώρα τέτοιων συμβάσεων, ωστόσο δεν υφίστανται επί τριετία.** Ο αξιούμενος δε αριθμός της ΜΙΑΣ μόνο σύμβασης, ουδόλως θεραπεύει την αστοχία αυτή καθώς δεν προσφέρει την απαιτούμενη βεβαιότητα ως προς την ικανότητα της μονάδας αυτής να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις του έργου. 10. Τέτοια περίπτωση αποτελεί η συνεργαζόμενη παγίως, από ιδρύσεώς της, με την εταιρεία μας, εταιρεία με την επωνυμία «...» με διακριτικό τίτλο «...», με έδρα το ..., επί της ..., η οποία διατηρεί μονάδα επεξεργασίας ΕΑΑΜ στην περιοχή της 11. Η εν λόγω εταιρεία, συστάθηκε τον Ιούλιο του 2019 και έχει έκτοτε και μέχρι το τέλος του 2020, εκτελέσει συνολικά πέντε έργα αφενός αξίας άνω των 80.560,00 ευρώ (μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ), που είναι η αξία του προκηρυσσόμενου έργου, και αφετέρου ετησίων ποσοτήτων μεγαλύτερων των εδώ προκηρυσσόμενων (48.800 kg), και συγκεκριμένα έχει εκτελέσει επιτυχώς τα κάτωθι έργα με τις αναφερόμενες κλινικές i. Την αποστείρωση των ΕΑΑΜ της κλινικής «...» (...) με συνολικό αντικείμενο

Αριθμός απόφασης: Α397/2021

σύμβασης 350.000,00€ περίπου και όγκο αποβλήτων 98.000 kg περίπου για το έτος 2019 και 335.000 kg περίπου για το 2020 (συνημμ. 3). ii. Την αποστείρωση των ΕΑΑΜ της κλινικής «...» (...) με συνολικό αντικείμενο σύμβασης 220.000,00€ περίπου και όγκο αποβλήτων 222.000 kg περίπου για το 2020 (συνημμ. 4). iii. Την αποστείρωση των ΕΑΑΜ της κλινικής «...» (...) με συνολικό αντικείμενο σύμβασης 350.000,00€ περίπου και όγκο αποβλήτων 133.500€ περίπου για το έτος 2019 και 312.000 kg περίπου για το 2020 (συνημμ. 5). iv. Την αποστείρωση των ΕΑΑΜ της κλινικής «...» (...) με συνολικό αντικείμενο σύμβασης 200.000,00€ περίπου και όγκο αποβλήτων 63.000 kg περίπου για το έτος 2019 και 150.000 kg περίπου για το 2020 (συνημμ. 6). v. Την αποστείρωση των ΕΑΑΜ της ... με συνολικό αντικείμενο σύμβασης 249.000,00€ περίπου και όγκο αποβλήτων 108.000 kg περίπου για το 2020 (συνημμ. 7). Προς απόδειξη των ανωτέρω προσκομίζουμε ενώπιόν Σας, τις συμβάσεις της εταιρείας μας με τις ανωτέρω κλινικές (ως άνω συνημμ. 3-7) και τις αντίστοιχες συμβάσεις της εταιρείας μας με την ... (συνημμ. 8), στις περιπτώσεις που ήταν συμβεβλημένη με τις ΥΜ η εταιρεία μας και η μονάδα αντίστοιχα συμβεβλημένη με εμάς, για κάθε ένα από τα ανωτέρω έργα, αλλά και τις ζητούμενες από τον επίμαχο όρο απολογιστικές εκθέσεις των ετών 2019 και 2020 (συνημμ. 2, 2α, 2β, 2γ, 2δ) από τις οποίες προκύπτουν οι ανωτέρω συνολικές ποσότητες αποκομισθέντων ΕΑΑΜ. 12. Ο άνω όρος συνιστά περιττό και ως εκ τούτου μη νόμιμο εμπόδιο στην πρόσβαση νεοεισερχόμενων φορέων στη δυνατότητα ανάθεσης της σύμβασης, αφού αυτοί δεν αρκεί μόνο να έχουν προηγούμενες συμβάσεις με μονάδες υγείας επί του εν γένει αντικειμένου της σύμβασης ήτοι τη μεταφορά και επεξεργασία των αποβλήτων, αλλά θα πρέπει, και όσον αφορά την επιμέρους ειδικότερη πτυχή της επεξεργασίας, να διαθέτουν μονάδα, όχι απλώς πιστοποιημένη, αδειοδοτημένη και πληρούσα κάθε όρο νόμιμης λειτουργίας, αλλά λειτουργούσα επί υπερτριετές διάστημα. Εξάλλου, δεν προκύπτει γιατί, σε έναν διαγωνισμό τελούμενο βάσει της χαμηλότερης τιμής σε κάθε περίπτωση, είναι απαραίτητο ο υποψήφιος ανάδοχος, πέραν όλων των λοιπών τεχνικών κριτηρίων και προδιαγραφών που θα πρέπει να πληροί, να διαθέτει και μονάδα επεξεργασίας που λειτουργεί ήδη και δη επί πάνω από 3 έτη, αφού δεν συνδέεται η μη κατοχή του προσόντος της υπερτριετούς λειτουργίας με ακαταλληλότητα για εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου. Εξάλλου, εφόσον η

Αριθμός απόφασης: Α397/2021

αναθέτουσα αποσκοπούσε να αναθέσει με κύριο γνώμονά της την όχι απλώς κατοχή της ελάχιστης απαιτούμενης τεχνικής δυνατότητας και νομιμότητας, αλλά τη μέγιστη δυνατή τεχνική ικανότητα, φήμη και εν γένει προσόντα, θα έπρεπε να επιλέξει ως κριτήριο ανάθεσης τη συμφερότερη προσφορά, βάσει σχέσης ποιότητας/τιμής ή βάσει άλλου κριτηρίου, το οποίο θα της έδινε τη δυνατότητα να βαθμολογήσει τις τεχνικές προσφορές. Αντίθετα, η προκήρυξη με κριτήριο ανάθεσης τη συμφερότερη προσφορά βάσει χαμηλότερης τιμής προσιδιάζει σε διαγωνισμούς, όπου η αναθέτουσα καθορίζει μεν ένα ελάχιστο αποδεκτό όριο επάρκειας, ώστε να μην είναι δυνατό να προχωρήσει προσφορά ακατάλληλη, αλλά, αρκούμενη σε αυτή την ελάχιστη επάρκεια, επικεντρώνει περαιτέρω στη μείωση του κόστους. Και ναι μεν, ανάγεται στην αναθέτουσα και την ειδική ανά περίπτωση στόχευσή της να επιλέξει το κριτήριο ανάθεσης, πλην όμως ο συνδυασμός της επιλογής ως κριτηρίου ανάθεσης της χαμηλότερης τιμής με ιδιαίτερα περιοριστικές απαιτήσεις, αναγόμενες στην τεχνική ικανότητα, καταλήγει τελικώς σε ένα κριτήριο που διακινδυνεύει στρεβλώσεις του ανταγωνισμού. 13. Πρέπει να συνεκτιμηθεί εξάλλου, ότι στην προκείμενη διακήρυξη τίθεται σωρεία επιμέρους τεχνικών όρων, προδιαγραφών, κριτηρίων και εν γένει προβλέψεων, οι οποίες αφενός, αν μη τι άλλο, αποσκοπούν στη διασφάλιση τεχνικής επάρκειας και ικανότητας, αφετέρου, κατ' αποτέλεσμα περιορίζουν τον κύκλο των υποψηφίων αναδόχων σε μία αντικειμενικά ήδη εξαιρετικά μικρή αγορά. Όπως άλλωστε έχει κριθεί, η ευχέρεια της αναθέτουσας να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της διακήρυξης δεν αποκλείει τον κατά τα ως άνω έλεγχο των κριτηρίων επιλογής βάσει της σύνδεσης τους με το αντικείμενο της σύμβασης, του απαραίτητου, κατάλληλου και ανάλογου ως προς το περιεχόμενό της χαρακτήρα τους και του περιορισμού του ανταγωνισμού. Αυτά ισχύουν περισσότερο, ιδίως σε μια αγορά όπως η προκείμενη, όπου ο ανταγωνισμός είναι ήδη περιορισμένος (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 9ης Νοεμβρίου 1983, C322/81 *Michelln I*, Συλλογή 1983, σ. 3461, σκ. 57, Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέα, σε Συνεκδ. Υποδ. C-395-396/96P *Compagnie Maritime Beige*, Συλλογή 2000, σ. 1-1365, σκ. 137, Απόφαση της 14ης Νοεμβρίου 1996, C333/94P *Tetra Pak it*, Συλλογή 1996, σ. 1-5951, σκ. 28, 31, 48, 7 ΠΕΚ, Απόφαση της 7ης Οκτωβρίου 1999, T-228/97, *Irish Sugar* κατά Επιτροπής Συλλογή 1999, σ. 11-2969, σκ. 185 και ΠΕΚ, Απόφαση της 8ης

Αριθμός απόφασης: Α397/2021

Οκτωβρίου 1996, Συνεκδ. Υποδ. Τ-24-26 & 28/93 *Compagnie Maritime Belge*, Συλλογή 1996, σ. 11-1201, σκ. 106-107, περί της επιταμένης ανάγκης προστασίας του ανταγωνισμού σε αγορές με ήδη υψηλή συγκέντρωση και εν γένει περιορισμένο ανταγωνισμό), άρα η όποια στήριξη από τρίτους φορείς αφενός δεν είναι ευχερής, αφετέρου κατά τεκμήριο τείνει, λόγω περιορισμένου αριθμού δυνάμενων να στηρίξουν φορέων, προς υψηλό κόστος (ΑΕΠΠ 1033/2019, ΑΕΠΠ 37/2019, ΕΣ 151/2018 Ε' Κλιμάκιο και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία). 14. Συνεπώς, ένα δικαιολογημένο κριτήριο εμπειρίας επί της προκείμενης διακήρυξης, το οποίο θα δύνατο να εξασφαλίσει ικανοποιητική εμπειρία στο οικείο αντικείμενο, άνευ άσκοπης και άνισης απώλειας εμπειρίας προς προσμέτρηση, θα διατυπωνόταν με βάση έναν ελάχιστο αριθμό συμβάσεων εντός ενός πρόσφατου κρίσιμου διαστήματος, με καθορισμένο ενδεχομένως όριο αθροιστικών αποβλήτων με βάση τον όγκο ή το βάρος τους που έχουν τύχει μεταφοράς ή επεξεργασίας από τους υποψηφίους ή έστω με ελάχιστο όριο οικονομικού αντικειμένου, χωρίς όμως τον άνω περιορισμό της κατ' ελάχιστον τριετούς λειτουργίας της μονάδας επεξεργασίας (ΑΕΠΠ 39/2017). 15. Τα ανωτέρω, ορθά και δίκαια, έγιναν δεκτά και με την πρόσφατη υπ. αριθ. 1328/2021 (ad hoc) απόφαση της Αρχής σας, εκδοθείσα επί προσφυγής της εταιρείας μας κατά του ... και της υπ' αριθμ. ... Διακήρυξης αυτού, με όμοιο αντικείμενο, με την οποία προσβάλαμε πανομοιότυπο όρο. Έτσι όπως ορθά δέχτηκε εκεί η Αρχή σας (σκ. 28-29), «28. Επειδή την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνος αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας τη προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων σε δημόσιο διαγωνισμό οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, C-549/10 *Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS* κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής). Υπό το πρίσμα της αρχής του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, τα κριτήρια επιλογής αλλά και ανάθεσης της σύμβασης που θέτει η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δεν θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι διαθέτουν την απαιτούμενη ικανότητα και οι οποίοι, υπό άλλες

Αριθμός απόφασης: Α397/2021

ενδεχομένως προϋποθέσεις, θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στην διαδικασία, ενισχύοντας με τον τρόπο αυτόν τον ανταγωνισμό. Επισημαίνεται δε ότι ο περιορισμός του ανταγωνισμού, θα πρέπει να ελέγχεται ακόμη περισσότερο σε σχέση με τον αποκλεισμό νεοσύστατων ή νεοεισερχόμενων σε έναν κλάδο επιχειρήσεων, ήτοι εκείνης της ομάδας οικονομικών φορέων που δύνανται να μεταβάλουν δυναμικά τον ανταγωνισμό εντός μιας δεδομένης αγοράς (βλ. ΑΕΠΠ 26/2018). Δέον επισημανθεί ότι η αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού συνδέεται άρρηκτα – κατά το ενωσιακό δίκαιο – με την προώθηση συμμετοχής των μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων και των νεοφυών, στις αντίστοιχες διαδικασίες, ως μοχλός άσκησης ανταγωνιστικής πίεσης και ως εκ τούτου, της αύξησης του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, με ταυτόχρονο γνώμονα τα ιδιαίτερα κοινωνικά γνωρίσματα και χαρακτήρα της μικρομεσαίας επιχειρηματικότητας, στοιχείο η έμφαση επί του οποίου αποτελεί ειδικότερη εξέλιξη σε σχέση με το προϊσχύσαν αντίστοιχο ενωσιακό πλαίσιο (βλ. παρ. 2, 59, 66 και ιδίως 77, 78-80, 83, 84, 87, 120, 124, 134 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και αρ. 83 όπου η συμμετοχή των ΜΜΕ τίθεται ως δείκτης αποτελεσματικής διακυβέρνησης του συστήματος δημοσίων συμβάσεων, βλ ΑΕΠΠ 1128/2021). Επομένως, οι τυχόν διακρίσεις που επιβάλλουν, όχι μόνο τα κριτήρια ανάθεσης αλλά και οι τεχνικές προδιαγραφές, εις βάρος τους, έχουν ιδιαίτερα αρνητική και δη μακροπρόθεσμη επίπτωση στον ανταγωνισμό, λόγω της λειτουργίας τους ως επενδυτικά αντικίνητρα για την είσοδο στην νέα αγορά. 29. Επειδή, η θέσπιση απαιτήσεων τεχνικών προδιαγραφών, έχει ως σκοπό να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της προκηρυσσόμενης σύμβασης. Συνεπώς, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις οικείες διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για την εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης, πρέπει να τελούν σε σύνδεση και αναλογία προς το αντικείμενό της. Από τα ανωτέρω αναφερόμενα συνάγεται σαφώς ότι η απαίτηση της διακήρυξης για τουλάχιστον τριετή εμπειρία του προσφέροντος δεν είναι ανάλογη προς το αντικείμενο της συγκεκριμένης σύμβασης και περαιτέρω, περιορίζει τον αριθμό των ενδιαφερόμενων να συμμετάσχουν στον Διαγωνισμό οικονομικών φορέων, αφού ζητείται η τριετής τουλάχιστον εμπειρία αποδεικνυόμενη με μία

Αριθμός απόφασης: Α397/2021

η περισσότερες συμβάσεις ίσου ή μεγαλύτερου οικονομικού αντικείμενου με αυτό της διακήρυξης ενώ θα αρκούσε στην προκειμένη περίπτωση η επιτυχής εκτέλεση μιας ή περισσότερων συμβάσεων του ζητούμενου οικονομικού αντικείμενου σε χρονικό διάστημα ακόμη και μικρότερο της τριετίας αφού, αφενός μεν ουδόλως δικαιολογείται ο συγκεκριμένος χρονικός περιορισμός στην υπό κρίση περίπτωση από αντικειμενικούς λόγους σχετικούς με το αντικείμενο της σύμβασης, και αφετέρου, εν προκειμένω σημασία έχει η εμπειρία σε ανάλογης αξίας προμήθειες, οι οποίες έχουν εκτελεσθεί επιτυχώς σε πρόσφατο χρόνο, ήτοι ακόμη και μικρότερο της τριετίας.».

16. Εν όψει των παραπάνω η ως άνω προδιαγραφή, έχει τεθεί κατά παράβαση των ως άνω διατάξεων των άρθρων 18 και 54 Ν. 4412/2016 και επομένως, ως μη νόμιμη, νοθεύει και περιορίζει αδικαιολόγητα τον ελεύθερο ανταγωνισμό και την ευρύτερη συμμετοχή των διαγωνιζομένων, καθόσον, αποκλείονται προμηθευτές, οι οποίοι, αν και διαθέτουν, όπως η εταιρεία μας, όλως επαρκή και ανάλογη της απαιτούμενης για την εκτέλεση του προκηρυσσόμενου έργου, εμπειρία, εν τούτοις δεν πληρούν τα κριτήρια παλαιότητας που αδικαιολόγητα τίθενται, καθ' ότι δεν συνδυάζονται με εχέγγυα πραγματικής εμπειρίας, κάτι το οποίο δεν εξασφαλίζεται από την απαίτηση για μία και μόνο σύμβαση. Πρέπει επομένως συνεπεία των παραπάνω ο προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης να ακυρωθεί και τροποποιηθεί αναλόγως. Επειδή η εταιρεία μας, ως έχουσα απολύτως σχετικό με την προκηρυσσόμενη σύμβαση αντικείμενο πληροί κατά τα λοιπά όλους τους όρους της διακήρυξης, εμποδίζεται δε απολύτως να υποβάλει παραδεκτή προσφορά εξαιτίας της υπάρξεως του προσβαλλόμενου όρου, θεμελιώνοντας την ύπαρξη προσωπικού, άμεσου και ενεστώτος έννομου συμφέροντος για την προσβολή της επίμαχης εκτελεστής διοικητικής πράξης. Επειδή δέον όπως διασφαλιστούμε προσωρινώς έως την έκδοση απόφασης επί της παρούσας προσφυγής, ήτοι ως προς την δυνατότητά μας να συμμετάσχουμε εν τέλει στον υπόψη διαγωνισμό και να αξιολογηθούμε επί ίσοις όροις αφού ακυρωθεί ο προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης..».

3. Επειδή, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 346 (παρ. 1 και 2) και 360 (παρ. 1) του ν. 4412/2016, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή σωρεύοντας και αίτηση παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας κατά της σχετικής διακήρυξης, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση με έννομο συμφέρον,

Αριθμός απόφασης: Α397/2021

να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του ανάδοχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη (λυσίτελή) συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΕΑ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ.). Η βλάβη, δηλαδή, αυτή δεν ταυτίζεται με το έννομο συμφέρον για την άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως αλλά, στο πλαίσιο εξετάσεως αιτήσεως προσωρινής έννομης προστασίας, πρέπει να ανάγεται σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία να είναι προσωρινά προστατευτέα και να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου. Συνεπώς, ως επίκληση βλάβης, υπό την ανωτέρω έννοια, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων (και τεκμηριωμένων, ενόψει των συνθηκών) στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου ενδιαφερόμενου ο οποίος και ενδιαφέρεται να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, και ως εκ των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του, λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (βλ. ΕΑ 353/2018 σκ. 6, 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ., ΑΕΠΠ Α25/2021 Εις. Χ. Ζαράρη). Η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος προς άσκηση αιτήσεως αναστολής εκτελέσεως κατά της διακήρυξης απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης όσο και κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητά της (βλ. ΕΑ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ.). Τα παραπάνω ισχύουν και σε περίπτωση που ο αιτών μετάσχει στο διαγωνισμό με επιφύλαξη (πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ., 16/2015, 718/2012, 616/2012 κ.ά., όσον αφορά την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010 που εν προκειμένω δεν έχει διαφοροποιηθεί αναφορικά με το έννομο συμφέρον αιτούντος προσωρινή προστασία κατά όρων διακήρυξης).

4. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, νομίμως και καταρχήν παραδεκτώς εισάγεται ενώπιον του 7ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, το υπό εξέταση

Αριθμός απόφασης: Α397/2021

αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων και ιδία αναστολής της υπό στοιχείο διαγωνιστικής διαδικασίας που σωρεύεται στην υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, σε συνέχεια της με. αρ. 2213 και 2259/2021, ως ισχύει, Πράξεις της Προέδρου του κρίνοντος Κλιμακίου. Εν προκειμένω, η υπό εξέταση προσφυγή εισάγεται ενώπιον 3μελούς σύνθεσης καθόσον η διάρκεια της σύμβασης, σύμφωνα με την επίμαχη διακήρυξη, ορίζεται σε ένα (1) έτος, με δικαίωμα προαίρεσης ενός επιπλέον έτους, με τους ίδιους όρους της αρχικής σύμβασης. Παράλληλα, η εκτιμώμενη αξία της ετήσιας σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 80.560,00€ πλέον ΦΠΑ. Λαμβάνοντας δε υπόψη ότι: α) σύμφωνα με το άρθρο 136 ν. 4782/2021 «Διαδικασία εξέτασης της προσφυγής - Τροποποίηση των παρ. 1, 2, 3, 4, 5 και 6 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016» ορίζεται ότι «1. Προδικαστικές προσφυγές που ασκούνται κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης των συμβάσεων του παρόντος, συμβάσεων παραχωρήσεων, καθώς και τροποποίησης αυτών, με εκτιμώμενη αξία έως και εκατό χιλιάδες (100.000) ευρώ, και ανεξάρτητα από τη φύση τους, εξετάζονται από μονομελές Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ, ενώ όταν η εκτιμώμενη αξία υπερβαίνει τις εκατό χιλιάδες (100.000) ευρώ, εξετάζονται από τριμελές Κλιμάκιο της», β) σύμφωνα με το άρθρο 6 ν. 4412/2016 "Μέθοδοι υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (άρθρο 5 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)" ορίζεται ότι «1. Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς ΦΠΑ, όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαίρεσεως ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης....». Επομένως, δοθέντος ότι η επίμαχη σύμβαση προβλέπει ρητά δικαίωμα προαίρεσης ποσού ίσου με το αρχικό ετήσιο ποσό ήτοι $80.560 \times 2 = 161.120$ €, αρμοδιότητα έχει 3μελές Κλιμάκιο της Αρχής και όχι Μονομελές ως χρεώθηκε αρχικά αρμοδίως και στη συνέχεια κατόπιν σχετικού εγγράφου της Προέδρου και Εισηγήτριας, χρεώθηκε ομοίως αρμοδίως σε επανυζημένη σύνθεση.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις οικείες απόψεις της ισχυρίζεται ότι «.... Όσον αφορά τις Τεχνικές προδιαγραφές της εν λόγω διακήρυξης του: 1. Χρησιμοποιήθηκαν Εγκεκριμένες Τεχνικές Προδιαγραφές μετά από διαβούλευση (σε 2 φάσεις) του ... (23η /15-06-2021 θ. 9ο Απόφαση Δ.Σ. , ΑΔΑ: ...). και δεν υπήρξε καμία δικαστική εμπλοκή, ούτε καν κατάθεση

Αριθμός απόφασης: Α397/2021

απόψεων της εταιρείας με διακριτικό τίτλο «...». 2. Η αναθέτουσα αρχή, είναι ελεύθερη να διαμορφώνει τις προδιαγραφές σύμφωνα με τις ανάγκες της και δεν δεσμεύεται πλέον από την διαδικασία εκπόνησης τεχνικών προδιαγραφών που έχει εκπονήσει η Ε.Π.Υ. 3 (σχετικό έγγραφο ΕΠΥ με αρ. πρωτ. .../14-09-2016: ΑΠΟΣΠΑΣΜΑ ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ ΤΗΣ ΜΕ ΑΡΙΘΜΟ 88 ΚΑΙ ΑΠΟ 7.9.2016 ΣΥΝΕΔΡΙΑΣΗΣ ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ ΥΓΕΙΑΣ) οι οποίες εγκρίνονται από το όργανο διοίκησης σύμφωνα με το αρ.πρ.5609/23-11-2016 έγγραφο ΕΠΥ. 3. Σύμφωνα με το Ν.4412/2016 , άρθρο 75, παρ. 3 & 4. Κριτήρια επιλογής (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) «Όσον αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων. Επιπλέον, Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας». Από τον συνδυασμό των ανωτέρω, προκύπτει ότι εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών να επιβάλλουν τις απαιτήσεις εκείνες, οι οποίες, κατά την κρίση τους, διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, καθώς και την αναγκαία τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, για την εκτέλεση της σύμβασης σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας, ανάλογα με το αντικείμενο της υπό ανάθεσης σύμβασης. Επιπροσθέτως, εν όψει της πανδημίας COVID-19 , και λόγω της επιτακτικής ανάγκης για την ορθή και ασφαλή διαχείριση των νοσοκομειακών μολυσματικών αποβλήτων, κρίνεται απαραίτητη η τριετής

Αριθμός απόφασης: Α397/2021

εμπειρία των υποψηφίων εταιρειών. 4. Κατά τη γραμματική ερμηνεία του επίμαχου όρου, δεν προκύπτει ότι απαιτείται η εκτέλεση ενός και μόνο αντίστοιχου έργου εντός της τριετίας από τις υποψήφιες εταιρείες, όπως ισχυρίζεται η εταιρεία με διακριτικό τίτλο «...» , αλλά κατ' ελάχιστον. Εν κατακλείδι θεωρούμε ότι η εν λόγω προσφυγή είναι ανυπόστατη διότι οι τεχνικές προδιαγραφές που χρησιμοποιήθηκαν στην σχετική διακήρυξη είναι διαβουλευμένες και εγκεκριμένες αρμοδίως και σύμφωνα με τα οριζόμενα στην κείμενη νομοθεσία».

6. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

7. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού: «*Δίδεται η δυνατότητα στην Α.Ε.Π.Π να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας*».

8. Επειδή η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή προδήλως αβάσιμη. Περαιτέρω, για την οριστική κρίση περί του παραδεκτού και της βασιμότητας των λόγων της προσφυγής, απαιτείται ενδελεχής έρευνα των στοιχείων του φακέλου του διαγωνισμού και των προσφορών στη βάση των οικείων όρων της διακήρυξης και της ισχύουσας ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑΘ 9/2015, 10/2015,

Αριθμός απόφασης: Α397/2021

20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015), καθώς και, ενδεχομένως, ερμηνείας όρων αυτών καθώς και, ενδεχομένως, αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων και από αρμόδιους προς τούτο φορείς προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση (βλ. μεταξύ άλλων ΑΕΠΠ Α25 και Α309/2021). Έτι περαιτέρω, δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από την αναθέτουσα αρχή, ως προς την ad hoc προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων της, δηλαδή, σε σχέση με τη χορήγηση προσωρινών μέτρων ούτε από κάποιον τρίτο που να αποδεικνύει έννομο συμφέρον, ως προς την ad hoc προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του σε περίπτωση χορήγησης μέτρων προσωρινής προστασίας. Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή με την με αρ.19001/27.08.2021 Απόφαση της με αντικείμενο τη μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών και ομοίως της αποσφράγισης τους στο πλαίσιο της επίμαχης διαδικασίας αποφάσισε τη μετάθεση των ως άνω ημερομηνιών κατόπιν κατάθεσης της υπό εξέταση προσφυγής για τις 25- 10-2021 και τις 29.10.2021, αντίστοιχα.

9. Επειδή, επομένως, λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω, προκύπτει ότι δεν υφίσταται βλάβη της προσφεύγουσας η οποία και θα πρέπει να τύχει προσωρινής προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού δεν υφίσταται επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία της δοθέντος ότι η διαδικασία βάσει της με αρ. 19001/27.08.2021 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, ανεστάλη έως και εν τοις πράγμασι την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, η οποία έκδοση λαμβάνει χώρα σε εύλογη και συγκεκριμένη εκ του νόμου ορισμένη αποκλειστική προθεσμία.

10. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

11. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το αίτημα χορήγησης αναστολής - προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί, ως άνευ αντικειμένου.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: Α397/2021

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής- προσωρινών μέτρων της αιτούσας, κατά το σκεπτικό.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 03.09.2021 και εκδόθηκε στις 06.09.2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΧΡΥΣΑΝΘΗ Γ. ΖΑΡΑΡΗ

ΕΛΕΝΗ Α. ΛΕΠΙΔΑ