

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 13 Σεπτεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή- Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 4.08.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1565/5.08.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», με διακριτικό τίτλο «...», (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στο ..., οδός ... αρ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ. αριθμ. ... διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 4.08.2021 πληρωμή στη Τράπεζα Πειραιώς και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) που, αποτελεί το κατώτερο ποσό νομίμου παραβόλου και υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ της σύμβασης ποσού 103.560,00 €.

2. Επειδή, δυνάμει της υπ' αριθμ. ... διακήρυξης του ..., προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοικτός διαγωνισμός κάτω των ορίων, για την ανάθεση υπηρεσιών αποκομιδής νοσοκομειακών αποβλήτων (CPV ...) με

Αριθμός Απόφασης : 1555/2021

διάρκεια ενός (1) έτους, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 128.414,40€ με ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), με αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ... και καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών την 17.08.2021, ημέρα Τρίτη και ώρα 15:00. Μετά την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής η αναθέτουσα αρχή με το από 29.08.2021 έγγραφό της, που ανήρτησε στη λειτουργικότητα «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, ενημέρωσε τους ενδιαφερόμενους ότι η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών μεταφέρεται για την 15-10-2021.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 14.07.2021 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ...

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 4.08.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 14.07.2021 β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6.Επειδή, ο προσφεύγων, έχει έννομο συμφέρον στην άσκηση της υπό κρίση προσφυγής καθώς, ως ισχυρίζεται, με τον προσβαλλόμενο όρο, που έχει τεθεί κατά παράβαση των κανόνων του εσωτερικού και κοινοτικού δικαίου και δεν επιτρέπει την ανάπτυξη ανταγωνισμού, αποκλείεται η δυνατότητα του να γίνει δεκτή η προσφορά του και ν'αναδειχθεί ο ίδιος ανάδοχος της σύμβασης, αν και η επιχειρηματική του δραστηριότητα ταυτίζεται με το αντικείμενο της σύμβασης και διαθέτει τις σχετικές προϋποθέσεις και τα κατάλληλα μέσα για την άρτια εκτέλεση της σύμβασης.

Αριθμός Απόφασης : 1555/2021

7. Επειδή, στις 6.08.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 2068/2021 Πράξη της Προέδρου του 7^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις από 19.08.2021 απόψεις της επί της προσφυγής, τις οποίες ανήρτησε στην λειτουργικότητα «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 25.08.2021 προκειμένου να λάβουν γνώση οι ενδιαφερόμενοι.

10. Επειδή, στις 29.08.2021 ο προσφεύγων υπέβαλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου το διαγωνισμού υπόμνημά του προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο υποβλήθηκε εμπρόθεσμα και λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο (άρθρο 365 Ν.4412/2016)

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 και 15 του Π.Δ/τος 39/2017.

12. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται τα ακόλουθα: «[...] Καταρχάς, καθίσταται σαφές πως, ασχέτως του ότι ο παραπάνω όρος τίθεται εντός πλαισίου τεχνικών προδιαγραφών, συνιστά κριτήριο επιλογής περί την τεχνική ικανότητα, αφού η αναθέτουσα τον αιτιολογεί ως τέτοιου είδους κριτήριο κατά την ως άνω διατύπωση του. Κατά την γραμματική δε ερμηνεία του επίμαχου όρου, αξιώνεται από τον υποψήφιο, επί ποινή αποκλεισμού, να αποδείξει, ταυτόχρονα με την υποβολή της προσφοράς του, ότι, η επιχείρηση της μονάδας επεξεργασίας των ΕΑΑΜ, η οποία πρόκειται να εκτελέσει το εν λόγω μέρος του έργου σε περίπτωση ανάδειξής του ως αναδόχου, υφίσταται τουλάχιστον επί τριετία και έχει εκτελέσει τουλάχιστον μία σύμβαση με ίσο ή μεγαλύτερο οικονομικό και ποσοτικό αντικείμενο. Με άλλα λόγια, για την απόδειξη της εμπειρίας της μονάδας, η αναθέτουσα αρκείται στο να

Αριθμός Απόφασης : 1555/2021

υφίσταται αυτή απλώς επί τριετία και να έχει εκτελέσει ένα και μόνο έργο ίσου αντικειμένου με αυτό της προκείμενης διακήρυξης. Ενώ είναι βέβαιο ότι η Αναθέτουσα Αρχή έθεσε τον όρο αυτό προς διασφάλιση της ύπαρξης ουσιαστικής και αντίστοιχης, με την απαιτούμενη για το προκηρυσσόμενο έργο, εμπειρίας, ο όρος, όπως έχει τεθεί, διασφαλίζει ουσιαστικά απλά την ύπαρξη παλαιότητας μιας επιχείρησης, και κυρίως, αποκλείει την συμμετοχή υποψηφίων, οι οποίες έχουν εκτελέσει μεν πληθώρα τέτοιων συμβάσεων, ωστόσο δεν υφίστανται επί τριετία. Ο αξιούμενος δε αριθμός της ΜΙΑΣ μόνο σύμβασης, ουδόλως θεραπεύει την αστοχία αυτή καθώς δεν προσφέρει την απαιτούμενη βεβαιότητα ως προς την ικανότητα της μονάδας αυτής να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις του έργου. Τέτοια περίπτωση αποτελεί η συνεργαζόμενη παγίως, από ιδρύσεώς της, με την εταιρεία μας, εταιρεία με την επωνυμία «...» με διακριτικό τίτλο «...», με έδρα το ..., επί της ..., η οποία διατηρεί μονάδα επεξεργασίας ΕΑΑΜ στην περιοχή της Η εν λόγω εταιρεία, συστάθηκε τον ... του ... και έχει έκτοτε και μέχρι το τέλος του 2020, εκτελέσει συνολικά έξι (6) έργα αξίας άνω των 103.560,00 ευρώ, που είναι η αξία του προκηρυσσόμενου έργου, και συγκεκριμένα έχει εκτελέσει επιτυχώς τα κάτωθι έργα με τις αναφερόμενες κλινικές: [...] 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. 8-9), στις περιπτώσεις που ήταν συμβεβλημένη με τις ... 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). 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

Αριθμός Απόφασης : 1555/2021

σε κάθε περίπτωση, είναι απαραίτητο ο υποψήφιος ανάδοχος, πέραν όλων των λοιπών τεχνικών κριτηρίων και προδιαγραφών που θα πρέπει να πληροί, να διαθέτει και μονάδα επεξεργασίας που λειτουργεί ήδη και δη επί πάνω από 3 έτη, αφού δεν συνδέεται η μη κατοχή του προσόντος της υπερτριετούς λειτουργίας με ακαταλληλότητα για εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου. Εξάλλου, εφόσον η αναθέτουσα αποσκοπούσε να αναθέσει με κύριο γνώμονά της την όχι απλώς κατοχή της ελάχιστης απαιτούμενης τεχνικής δυνατότητας και νομιμότητας, αλλά τη μέγιστη δυνατή τεχνική ικανότητα, φήμη και εν γένει προσόντα, θα έπρεπε να επιλέξει ως κριτήριο ανάθεσης τη συμφερότερη προσφορά, βάσει σχέσης ποιότητας/τιμής ή βάσει άλλου κριτηρίου, το οποίο θα της έδινε τη δυνατότητα να βαθμολογήσει τις τεχνικές προσφορές. Αντίθετα, η προκήρυξη με κριτήριο ανάθεσης τη συμφερότερη προσφορά βάσει χαμηλότερης τιμής προσιδιάζει σε διαγωνισμούς, όπου η αναθέτουσα καθορίζει μεν ένα ελάχιστο αποδεκτό όριο επάρκειας, ώστε να μην είναι δυνατό να προχωρήσει προσφορά ακατάλληλη, αλλά, αρκούμενη σε αυτή την ελάχιστη επάρκεια, επικεντρώνει περαιτέρω στη μείωση του κόστους. Και ναι μεν, ανάγεται στην αναθέτουσα και την ειδική ανά περίπτωση στόχευσή της να επιλέξει το κριτήριο ανάθεσης, πλην όμως ο συνδυασμός της επιλογής ως κριτηρίου ανάθεσης της χαμηλότερης τιμής με ιδιαίτερα περιοριστικές απαιτήσεις, αναγόμενες στην τεχνική ικανότητα, καταλήγει τελικώς σε ένα κριτήριο που διακινδυνεύει στρεβλώσεις του ανταγωνισμού. 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

Αριθμός Απόφασης : 1555/2021

προκειμένη, όπου ο ανταγωνισμός είναι ήδη περιορισμένος (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 9ης Νοεμβρίου 1983, C322/81 *Michelln I*, Συλλογή 1983, σ. 3461, σκ. 57, Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέα, σε Συνεκδ. Υποδ. C-395-396/96P *Compagnie Maritime Beige*, Συλλογή 2000, σ. 1-1365, σκ. 137, Απόφαση της 14ης Νοεμβρίου 1996, C-333/94P *Tetra Pak it*, Συλλογή 1996, σ. 1-5951, σκ. 28, 31, 48, 7 ΠΕΚ, Απόφαση της 7ης Οκτωβρίου 1999, T-228/97, *Irish Sugar* κατά Επιτροπής Συλλογή 1999, σ. 11-2969, σκ. 185 και ΠΕΚ, Απόφαση της 8ης Οκτωβρίου 1996, Συνεκδ. Υποδ. T-24-26 & 28/93 *Compagnie Maritime Beige*, Συλλογή 1996, σ. 11-1201, σκ. 106-107, περί της επιταμένης ανάγκης προστασίας του ανταγωνισμού σε αγορές με ήδη υψηλή συγκέντρωση και εν γένει περιορισμένο ανταγωνισμό), άρα η όποια στήριξη από τρίτους φορείς αφενός δεν είναι ευχερής, αφετέρου κατά τεκμήριο τείνει, λόγω περιορισμένου αριθμού δυνάμενων να στηρίξουν φορέων, προς υψηλό κόστος (ΑΕΠΠ 1033/2019, ΑΕΠΠ 37/2019, ΕΣ 151/2018 Ε' Κλιμάκιο και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Συνεπώς, ένα δικαιολογημένο κριτήριο εμπειρίας επί της προκείμενης διακήρυξης, το οποίο θα δύνατο να εξασφαλίσει ικανοποιητική εμπειρία στο οικείο αντικείμενο, άνευ άσκοπης και άνισης απώλειας εμπειρίας προς προσμέτρηση, θα διατυπωνόταν με βάση έναν ελάχιστο αριθμό συμβάσεων εντός ενός πρόσφατου κρίσιμου διαστήματος, με καθορισμένο ενδεχομένως όριο αθροιστικών αποβλήτων με βάση τον όγκο ή το βάρος τους που έχουν τύχει μεταφοράς ή επεξεργασίας από τους υποψηφίους ή με ελάχιστο όριο οικονομικού αντικειμένου, χωρίς όμως τον άνω περιορισμό της κατ' ελάχιστον τριετούς λειτουργίας της μονάδας επεξεργασίας (ΑΕΠΠ 39/2017). 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

Αριθμός Απόφασης : 1555/2021

εχέγγυα πραγματικής εμπειρίας, κάτι το οποίο δεν εξασφαλίζεται από την απαίτηση για μία και μόνο σύμβαση[...]».

13.Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ισχυρίζεται τα κάτωθι: « [...] Σχετικά με την από 04/08/2021 προσφυγή της εταιρείας «...», με διακριτικό τίτλο «...», κατά της υπ' αριθμ. ... διακήρυξης του ..., έχουμε να σας εκθέσουμε τα κάτωθι: Αρχικά είναι αξιοσημείωτο να αναφερθεί ότι στο πλαίσιο της επικαιροποίησης των τεχνικών προδιαγραφών του διαγωνισμού για **ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΑΠΟΚΟΜΙΔΗΣ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΑΚΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ** που θα διενεργηθεί στο άμεσο μέλλον, όλοι οι ενδιαφερόμενοι προμηθευτές, επίσημοι φορείς ή και ενώσεις αυτών κλήθηκαν να συμμετάσχουν στην 1η Δημόσια Διαβούλευση, η οποία αναρτήθηκε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ για το διάστημα από 09.07.2020 έως 24.07.2020. Κατά το διάστημα αυτό, δεν υποβλήθηκαν σχόλια ή παρατηρήσεις από τις εταιρείες.

A) 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 δε υπόψη ότι το αντικείμενο του διαγωνισμού συνδέεται με την προστασία της δημόσιας υγείας και του περιβάλλοντος, επιβάλλεται εξ ορισμού ο υποψήφιος ανάδοχος να έχει τα εχέγγυα ότι δεν πρόκειται - από λάθος απειρίας - να προκαλέσει ζημία στη δημόσια υγεία και το περιβάλλον.

Επιπλέον, στα πλαίσια της διευρυμένης ευθύνης του παραγωγού (άρθρα 24 και 25 του Ν.4042/2012) και της επιχειρησιακής εποπτείας (άρθρο 3 του Ν.4042/2012), το Νοσοκομείο ως παραγωγός των επικίνδυνων αποβλήτων ..., ακόμα και όταν αναθέτει τη διαχείριση των αποβλήτων αυτών σε άλλους φορείς/νομικά πρόσωπα, φέρει την ευθύνη για τη διεξαγωγή μιας εργασίας πλήρους ανάκτησης ή διάθεσης επικίνδυνων αποβλήτων.

Επομένως, επιβάλλεται η θέσπιση προδιαγραφών που να εξασφαλίζουν ότι ο υποψήφιος ανάδοχος διαθέτει αφενός ικανή εμπειρία και αφετέρου τεχνική και επαγγελματική επάρκεια στο αντικείμενο της διαχείρισης επικίνδυνων αποβλήτων ..., ώστε να μην προκαλέσει ηθική και υλική ζημία στο

Αριθμός Απόφασης : 1555/2021

Νοσοκομείο από παραλείψεις ή αβλεψίες του κατά την εκτέλεση των προκηρυσσόμενων υπηρεσιών.

Είναι δε ευνόητο ότι η εμπειρία και η τεχνική και επαγγελματική επάρκεια συνδέεται τόσο με την ποσότητα διαχείρισης αποβλήτων, όσο και με το πλήθος και το μέγεθος εκτέλεσης σχετικών συμβάσεων και κυρίως με το χρονικό διάστημα που ένας υποψήφιος ανάδοχος δραστηριοποιείται με τη διαχείριση και επεξεργασία επικίνδυνων αποβλήτων

Κατόπιν των ανωτέρω, η επιλογή της τριετούς εμπειρίας στο συγκεκριμένο αντικείμενο της διαχείρισης επικίνδυνων αποβλήτων θεωρείται καταρχήν εύλογος χρόνος και προς απόδειξη της εν λόγω προδιαγραφής απαιτείται από τους υποψήφιους «αναδόχους η υποβολή των ετήσιων εκθέσεων της μονάδας επεξεργασίας των προηγούμενων τριών (3) ετών και κατάλογος των σχετικών συμβάσεων των προηγούμενων τριών (3) ετών, από τα στοιχεία των οποίων να αποδεικνύεται ότι ο υποψήφιος ανάδοχος διαθέτει την απαιτούμενη εμπειρία, τεχνική ικανότητα και αξιοπιστία στην εκτέλεση ανάλογου ποσοτικού και οικονομικού μεγέθους έργων.

Ειδικότερα το ... πρέπει να εξασφαλίσει σε κάθε περίπτωση τη σύννομη και τακτική διαχείριση των επικίνδυνων αποβλήτων ..., επιλέγοντας έναν αξιόπιστο διαχειριστή ... με σημαντική εμπειρία, καθώς έχει ιδιαίτερα σημαντική παραγωγή ... αφού εξυπηρετεί μεγάλο μέρος της Μάλιστα, λόγω της παρατεταμένης κατάστασης επιφυλακής του νοσοκομείου εξαιτίας της πανδημίας του κορωνοϊού COVID-SARS 2, είναι σήμερα περισσότερο από ποτέ επιτακτική η ανάγκη για απρόσκοπτη και αξιόπιστη διαχείριση των ..., καθώς η παραγωγή ... του νοσοκομείου έχει διπλασιαστεί, ενώ έχουν αυστηροποιηθεί και τα σχετικά πρωτόκολλα προστασίας της δημόσιας υγείας εντός και εκτός της υγειονομικής μονάδας.

B) Τα παραπάνω αποτυπώνονται στο κείμενο των τεχνικών προδιαγραφών της υπ' αριθμ. ... διακήρυξης του ..., ενώ η συγκεκριμένη προδιαγραφή/απαίτηση περιλαμβάνεται στην ενότητα που αφορά στην επεξεργασία των επικίνδυνων αποβλήτων ..., όπου μεταξύ άλλων αναφέρεται:[...]

Με τον ανωτέρω όρο των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης δεν περιορίζεται η συμμετοχή κάποιας εταιρείας μεταφοράς ... στο διαγωνισμό,

Αριθμός Απόφασης : 1555/2021

όπως είναι η προσφεύγουσα εταιρεία «...». Η συμμετοχή της εταιρείας «...» στο διαγωνισμό μπορεί να γίνει μέσω στήριξης σε τρίτο φορέα, δηλαδή σε συνεργασία με μονάδα επεξεργασίας, που πληροί το ανωτέρω κριτήριο της εμπειρίας, και μάλιστα τέτοιες μονάδες υπάρχουν αρκετές και με πολύχρονη λειτουργία/εμπειρία.

Ωστόσο η εταιρεία «...» επέλεξε να συνεργαστεί με μία μονάδα επεξεργασίας που δεν πληροί το ως άνω κριτήριο εμπειρίας, χωρίς να δικαιολογεί επαρκώς τον λόγο που δεν επέλεξε να συνεργαστεί -για το προκηρυσσόμενο έργο- με κάποια άλλη μονάδα επεξεργασίας. Δηλαδή, η εν λόγω εταιρεία έκανε μια επιχειρηματική επιλογή χωρίς να λάβει υπόψη της τη διακήρυξη του έργου και με βάση τα δικά της επιχειρηματικά κριτήρια. Ο δε ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι «τέτοια περίπτωση αποτελεί η συνεργαζόμενη παγίως, από ιδρύσεώς της, με την εταιρεία μας, εταιρεία «... (...)» είναι ασαφής και δεν αιτιολογεί για ποιο λόγο είναι ουσιαστικά δυσχερής η συμμετοχή της στο διαγωνισμό σε συνεργασία με άλλη μονάδα επεξεργασίας.

Γ) Οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί «τουλάχιστον μίας σύμβασης με ίσο ή μεγαλύτερο οικονομικό αντικείμενο», αποτελούν «δική της» ερμηνεία του όρου της διακήρυξης, αφού για την εκπλήρωση του εν λόγω όρου της διακήρυξης πέραν της υποβολής των ετήσιων εκθέσεων όπου αναγράφονται οι υγειονομικές μονάδες και οι ποσότητες ... που έχει διαχειριστεί η μονάδα, αρκεί η υποβολή καταλόγου των σχετικών συμβάσεων της προηγούμενης τριετίας».

14.Επειδή, σύμφωνα με το υπόμνημα του προσφεύγοντος: « Κατ' αρχάς, δέον όπως τονιστεί ευθύς εξ αρχής ότι, η αναθέτουσα ουδόλως τεκμηριώνει, την ανάγκη και την προσφορότητα του όρου περί ύπαρξης τριετούς εμπειρίας στο πρόσωπο του διαχειριστή της μονάδας αποστείρωσης των ..., αλλά αναφέρεται στην ανάγκη ύπαρξης εμπειρίας και τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας γενικώς, υπαγορευόμενη από τις ανάγκες του νοσοκομείου, κάτι το οποίο σαφώς και δεν αμφισβητούμε. Μάλιστα, στην προσφυγή μας, αναλύουμε διεξοδικά και τεκμηριώνουμε με έγγραφα, ότι τέτοια εμπειρία, ήτοι σειρά συμβάσεων με αντίστοιχο και μεγαλύτερο (και σε μέρος αυτών, πολλαπλάσιο) αντικείμενο, εκτελεσθείσες σε βάθος διετίας,

Αριθμός Απόφασης : 1555/2021

έχει εκτελέσει επιτυχώς η παγίως συνεργαζόμενη με την εταιρεία μας εταιρεία Εντούτοις, όπως εκθέτουμε αναλυτικά, ο προσβαλλόμενος όρος, εμποδίζει την συμμετοχή μας, διότι, η εν λόγω εταιρεία-διαχειρίστρια της μονάδας επεξεργασίας των αποβλήτων, από την οποία εξαρτώμεθα για την ανάληψη του έργου, καθώς το αντικείμενο της επεξεργασίας των αποβλήτων δεν εμπίπτει σε αυτά της εταιρείας μας, δεν πληροί τον επίμαχο όρο όπως έχει τεθεί. Σε σχέση δε με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας, ότι τούτο αποτελεί απλώς μία επιχειρηματική επιλογή και της απόπειράς της να παρουσιάσει την συνεργασία με τη μονάδα ως κάτι ευκόλως μεταβαλλόμενο, θα πρέπει να τονίσουμε ότι αυτή η συνεργασία αποτελεί στην πράξη μονόδρομο για την εταιρεία μας. Οι υφιστάμενες μονάδες επεξεργασίας επικίνδυνων αποβλήτων στην ελληνική επικράτεια είναι μόλις επτά (7), της ... συμπεριλαμβανομένης, ενώ, δεδομένης της επίσης μικρής, στο τμήμα της συλλογής-μεταφοράς των αποβλήτων, αγοράς, κάθε υφιστάμενη μονάδα αποστείρωσης έχει ή ιδιόκτητη εταιρία μεταφοράς ... ή ήδη συνεργαζόμενη εταιρία μεταφοράς. Η εταιρεία μας, επί πολλά έτη επιχειρούσε, να εξασφαλίσει την αποδοχή των μεταφερόμενων από αυτήν αποβλήτων, από τις λοιπές μονάδες αποστείρωσης, προσπάθειες οι οποίες απέβαιναν άκαρπες, με αποτέλεσμα, μέχρι την σύναψη συνεργασίας με την ..., να μην δύναται να συμμετάσχει σε δημόσιους διαγωνισμούς (σημ. δεν λαμβάναμε αποδοχή ούτε καν για απόβλητα προερχόμενα από μονάδες ιδιωτών, πόσω μάλλον για μονάδες τις οποίες θα διεκδικούσαμε διαγωνιστικά, ήτοι θα αποτελούσαμε ανταγωνιστές των, ήδη συνεργαζόμενων με τις μονάδες αυτές, παλαιών «παικτών» της αγοράς). Προκύπτει λοιπόν, ότι, ουδόλως αποτελεί μία απλή επιχειρηματική επιλογή η συνεργασία με μία ολόκληρη εταιρεία, σαν να πρόκειται λ.χ. για ένα μηχάνημα το οποίο ευκόλως ενδεχομένως αντικαθίσταται. Τα ανωτέρω δε, και σε συνδυασμό με όσα αναλυτικά αναφέρουμε στην προσφυγή μας επί της προσφορότητας του άνω όρου, στην οποία παραπέμπουμε, καθιστούν την προσφυγή μας όλως νομιμοποιημένη και βάσιμη. Άλλωστε, η Αρχή σας, έκρινε ήδη τον επίμαχο όρο με την πρόσφατη υπ. αριθ. .../2021 (ad hoc) απόφασή της, 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

Αριθμός Απόφασης : 1555/2021

δέχτηκε εκεί η Αρχή σας (σκ. 28-29), «[...]». Εν όψει των παραπάνω, όπως συναφώς κρίθηκε ήδη από την Αρχή Σας, 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. Τέλος, δέον όπως σημειωθεί, ότι η προηγούμενη με αρ. ... (Μάρτιος 2020) διακήρυξη του ίδιου νοσοκομείου (επισυναπτόμενη – Συνημμένο 1), δεν περιείχε την επίμαχη απαίτηση περί τριετούς εμπειρίας, αλλά την εισήγαγε πρώτη φορά τώρα, στην προκείμενη διακήρυξη[...].».

15. Επειδή η παρ. 1 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «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 ...».

16. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 2 του ν. 4412/2016 « 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως : ...ε) ακριβή περιγραφή του

Αριθμός Απόφασης : 1555/2021

φυσικού αντικείμενου της σύμβασης.ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών....., τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας....., καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης.. ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,».

17. Επειδή, σύμφωνα με το άρθ. 54 παρ. 1, 2 και 3 του ν. 4412/2016: «1. Οι τεχνικές προδιαγραφέςπαράτιθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών.....2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, .. υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, ...».

18. Επειδή στο Προσάρτημα Α΄, Παράρτημα VII του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «ΟΡΙΣΜΟΣ ΟΡΙΣΜΕΝΩΝ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ Για τους σκοπούς του Βιβλίου Ι νοούνται ως : 1. «τεχνική προδιαγραφή» : ένα από τα ακόλουθα ... β) όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών...: η προδιαγραφή που περιέχεται σε έγγραφο το οποίο προσδιορίζει τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά ενός προϊόντος ή μιας υπηρεσίας, ...»

19. Επειδή στο άρθ. 71 του ν. 4412/2016 «Γενικές αρχές (άρθρο 56 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζονται τα εξής: «Οι συμβάσεις ανατίθενται βάσει των κριτηρίων που καθορίζονται στα άρθρα 86 έως 89 εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει, σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως και 81, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: α) η προσφορά συνάδει με τις απαιτήσεις, τις προϋποθέσεις και τα κριτήρια που προβλέπονται στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος και στα έγγραφα της σύμβασης,....».

Αριθμός Απόφασης : 1555/2021

20. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1, περ. α) του άρθ. 91 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» του ν. 4412/2016 «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και την αξιολόγηση των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποίαυποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα τη σύμβασης. »

21. Επειδή, σύμφωνα με τη διακήρυξη: « [...]Στο Παράρτημα II – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ – ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ της Διακήρυξης, και συγκεκριμένα στο υποκεφάλαιο «ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΑΠΟΔΟΧΗΣ & ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ» της προκείμενης διακήρυξης ορίζονται μεταξύ άλλων τα εξής (σελ. 71): *«Η αποδοχή των διαγωνιζομένων στον παρόντα διαγωνισμό θα γίνει, εφόσον και μόνο ικανοποιούνται όλα τα παρακάτω κριτήρια αποδοχής. Δηλαδή κατατεθούν αναλυτικά αντίγραφα των κατωτέρω: [...] Για τις μονάδες αποστείρωσης να υποβληθούν τα παρακάτω: 1) Έγγραφα που να αποδεικνύουν την επιτυχή προϋπηρεσία του νόμιμου κατόχου της άδειας επεξεργασίας στο αντικείμενο της επεξεργασίας των Θα πρέπει να κατατεθούν στοιχεία που αποδεικνύουν την μακροχρόνια αξιοπιστία του νόμιμου κατόχου της άδειας διαχείρισης (επεξεργασία και τελική διάθεση των υπολειμμάτων επεξεργασίας) ..., 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 ΗΜΑ, Ετήσιας Απολογιστικής Έκθεσης Επεξεργασίας του νόμιμου κατόχου της άδειας επεξεργασίας/διάθεσης ... των προηγούμενων 3 ετών, στην οποία αναφέρονται στοιχεία των ... 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 ..., στην εκτέλεση ανάλογου ποσοτικού και οικονομικού μεγέθους έργων. Να κατατεθεί επίσης, κατάλογος συμβάσεων αντίστοιχων έργων διάρκειας 3 ετών κατ' ελάχιστο[...].»*

22. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους

Αριθμός Απόφασης : 1555/2021

διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

23.Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη - πλην τυχόν ειδικότερων όρων χρηματοδότησης - να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης με βάση τις ανάγκες της και τη σκοπιμότητά που εκείνη κρίνει. Η δε θέσπιση με την διακήρυξη των προδιαγραφών και των αναγκών της αναθέτουσας αρχής από ποσοτική και ποιοτική άποψη, που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτησή τους, 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, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (Ε.Α. ΣτΕ 354/2014, 1140/2010 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ. 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010 κ.ά.).

Αριθμός Απόφασης : 1555/2021

24.Επειδή, προς εξασφάλιση της ισότιμης προσβάσεως των οικονομικών φορέων στη διαδικασία συνάψεως συμβάσεως και προκειμένου οι δημόσιες συμβάσεις να είναι ανοιχτές στον ανταγωνισμό, απαγορεύεται, κατ' αρχήν, η θέσπιση προδιαγραφών που περιορίζουν τον κύκλο των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων, υπό την έννοια ότι οι τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτές χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου. Δεν αποκλείεται, όμως, ένας τέτοιος περιορισμός, ως εκ των απαιτήσεων συγκεκριμένων προδιαγραφών, αν μόνον αυτές οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται (ΣΤΕ 1105/2010, πρβλ. ΣΤΕ. 365/2007, Ε.Α. ΣΤΕ 267/2008). Επομένως, ο έλεγχος του συννόμου των ελαχίστων τεχνικών προδιαγραφών, θα πρέπει να συνεκτιμά τα ανωτέρω και μάλιστα να λαμβάνει υπόψη με ιδιαίτερη σοβαρότητα την ανά περίπτωση αιτιολογία που η αναθέτουσα παρέχει σχετικά με την καταλληλότητα και εν γένει διευκόλυνση που επιτυγχάνεται από συγκεκριμένους σχετικούς όρους. Τούτο δεν σημαίνει ότι η αναθέτουσα δύναται να αποκλείει τον ανταγωνισμό θεσπίζοντας κατά το δοκούν τεχνικά χαρακτηριστικά ως επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεις, αλλά ότι το αναγκαίο αυτών ερμηνεύεται και υπό την οπτική της χρηστικότητας και καταλληλότητας και ούτως η διάκριση μεταξύ επιθυμητού και αναγκαίου αυτονόητα στενεύει.

25. Επειδή, οι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσεώς τους, αιτιολογίας (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 918/2003, 876/2004), 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, ενώ θα πρέπει να θεωρείται ότι απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θεσπίσεως επί μέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 434/2008).

Αριθμός Απόφασης : 1555/2021

26. 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 τη προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων σε δημόσιο διαγωνισμό οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, C-549/10 Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής). Υπό το πρίσμα της αρχής του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, τα κριτήρια επιλογής αλλά και ανάθεσης της σύμβασης που θέτει η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δεν θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι διαθέτουν την απαιτούμενη ικανότητα και οι οποίοι, υπό άλλες ενδεχομένως προϋποθέσεις, θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στη 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 αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού συνδέεται άρρηκτα - κατά το ενωσιακό δίκαιο - με την προώθηση συμμετοχής των μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων και δη των νεοφυών, στις αντίστοιχες διαδικασίες, ως μοχλός άσκησης ανταγωνιστικής πίεσης και ως εκ τούτου, της αύξησης του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, με ταυτόχρονο γνώμονα τα ιδιαίτερα κοινωνικά γνωρίσματα και χαρακτήρα της μικρομεσαίας επιχειρηματικότητας, στοιχείο η έμφαση επί του οποίου αποτελεί ειδικότερη εξέλιξη σε σχέση με το προϊσχύσαν αντίστοιχο ενωσιακό πλαίσιο (βλ. παρ. 2, 59, 66, και ιδίως 77, 78-80, 83, 84, 87, 120, 124, 134 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και άρ. 83 όπου η συμμετοχή των ΜΜΕ τίθεται ως δείκτης αποτελεσματικής διακυβέρνησης του συστήματος δημοσίων συμβάσεων, βλ ΑΕΠΠ 1128/2021). Επομένως, οι τυχόν διακρίσεις που επιβάλλουν, όχι μόνο τα κριτήρια ανάθεσης αλλά και οι τεχνικές προδιαγραφές, εις βάρος τους, έχουν ιδιάζουσα αρνητική και δη

Αριθμός Απόφασης : 1555/2021

μακροπρόθεσμη επίπτωση στον ανταγωνισμό, λόγω της λειτουργίας τους ως επενδυτικά αντικίνητρα για την είσοδο στη νέα αγορά.

27. 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 αντικείμενο της.

28. Επειδή, σύμφωνα με όσα αναφέρθηκαν ανωτέρω, ιδίως στις σκέψεις 26, 27, στην προκειμένη περίπτωση 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. Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή ούτε στη διακήρυξη ούτε και με τις απόψεις της τεκμηριώνει την αναγκαιότητα του αποκλεισμού νεοσύστατων επιχειρήσεων που διαθέτουν μεν την ζητούμενη τεχνική εμπειρία (αποδεικνυόμενη από σύμβαση/συμβάσεις σε ίδιο αντικείμενο με αυτό της διακήρυξης, ίσης ή μεγαλύτερης αξίας) αλλά σε χρόνο μικρότερο της τριετίας. Αντιθέτως, η αναθέτουσα αρχή αρκείται στην γενικόλογη αναφορά περί της λήψης υπόψη της αρχής της αναλογικότητας και του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος της υγείας, χωρίς, ωστόσο, ν' αναφέρει και τεκμηριώνει συγκεκριμένους λόγους που επιτάσσουν την τουλάχιστον τριετή εμπειρία. Σημειώνεται ότι η αναφορά της αναθέτουσας αρχής σε «εύλογο χρόνο» και ειδικότερα το αναφερόμενο στις απόψεις της ότι, η ως άνω ζητούμενη τριετής εμπειρία θεωρήθηκε «εύλογος χρόνος» ενόψει των σκοπών που επιδιώκονται με τη θέσπιση της οικείας προδιαγραφής, αποτελεί αόριστη έννοια, η οποία χρήζει εξειδίκευση κι επεξήγηση με βάση τα δεδομένα της υπό κρίση περίπτωσης κι, όχι με την επίκληση, γενικώς, «επιτακτικής ανάγκης για απρόσκοπτη και αξιόπιστη διαχείριση των ...». Και τούτο διότι αφενός μεν μια τέτοια αόριστη αιτιολόγηση του συγκεκριμένου όρου δεν αρκεί για την δικαιολόγηση της θέσης του, λαμβανομένου υπόψιν ότι, ως ήδη αναλυτικά εκτέθηκε ανωτέρω (σκέψη 26), η αναθέτουσα αρχή κατά τη θέσπιση των τεχνικών προδιαγραφών θα πρέπει να λαμβάνει ιδιαίτερη μέριμνα για τον μη αποκλεισμό των

Αριθμός Απόφασης : 1555/2021

νεοφυών οικονομικών φορέων, κάτι που επάγεται την ανάγκη ιδιαίτερης αιτιολόγησης αυτού του είδους των περιορισμών κι, αφετέρου διότι η επικαλούμενη «επιτακτική ανάγκη» για διασφάλιση της δημόσιας υγείας διά της απρόσκοπτης μεταφοράς μεγάλου όγκου αποβλήτων και της ορθής διαχείρισης αυτών, δύναται να διασφαλιστεί με άλλους όρους που δεν δημιουργούν αδικαιολόγητα εμπόδια στην είσοδο περισσότερων οικονομικών φορέων στη διαγωνιστική διαδικασία. Εν τέλει δε με όσα αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της δεν αιτιολογεί με ποιον τρόπο και για ποιον λόγο η μικρότερη εμπειρία σε χρόνο αλλά όχι σε τεχνική επάρκεια δικαιολογεί στην συγκεκριμένη περίπτωση των αποκλεισμό νεοφυών επιχειρήσεων. Περαιτέρω, η αναφερόμενη από την αναθέτουσα αρχή μη υποβολή ενστάσεων του προσφεύγοντος στη διαδικασία της διαβούλευσης αλυσιτελώς προβάλλεται αφού το γεγονός αυτό και αν υποθεθεί αληθές ουδόλως στερεί το δικαίωμά του σε άσκηση προδικαστικής προσφυγής και προβολής των λόγων που κατά την κρίση του τεκμηριώνουν αυτήν. Η δε αναφορά της αναθέτουσας αρχής στον επίμαχο όρο της διακήρυξης σε σχέση με την απαίτηση για μία ή περισσότερες συμβάσεις αλυσιτελώς προβάλλεται αφού από την επισκόπηση της προσφυγής είναι εμφανές ότι ο επίμαχος όρος προβάλλεται μόνο ως προς το κεφάλαιο της ζητούμενης τριετούς (τουλάχιστον) εμπειρίας. Τέλος, η αναφορά της αναθέτουσας αρχής στην επιχειρηματική επιλογή του προσφεύγοντος να στηριχθεί, ως δηλώνει στην προσφυγή του, στις ικανότητες τρίτου που δεν έχει την ζητούμενη εμπειρία και όχι στις ικανότητες κάποιου άλλου που, ενδεχομένως, έχει τη σχετική εμπειρία, αλυσιτελώς προβάλλεται καθώς αφενός μεν ανάγεται στην ελευθερία της επιχειρηματικής του πρωτοβουλίας κι αφετέρου διότι η θέσπιση των όρων της διακήρυξης υπόκειται σε έλεγχο νομιμότητας, ο οποίος δεν εξαρτάται από τις επιλογές εκάστου υποψηφίου. *Κατά την ειδική γνώμη της Χ.Ζαράρη* Συνεπώς, ο επίμαχος όρος δέον ακυρωθεί διότι βαίνει, σε κάθε περίπτωση, πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό της ομαλής εκτέλεσης της εν λόγω σύμβασης, απορριπτομένων των οικείων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής, οι οποίοι, εξάλλου, ως ήδη εκτέθηκε, δεν είναι τεκμηριωμένοι ως προς το ζήτημα αυτό.

29. Επειδή, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της Διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών ή τα κριτήρια ανάθεσης, όπως στην υπό κρίση Διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί

Αριθμός Απόφασης : 1555/2021

η Διακήρυξη στο σύνολό της (πρβλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951- 52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C- 448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. I-14527, σκέψεις 92-95). Συνεπώς, δοθέντος ότι ο επίμαχος όρος της εν θέματι Διακήρυξης, που ρυθμίζει τεχνικές προδιαγραφές, δέον ακυρωθεί για τους αναλυτικά εκτεθέντες λόγους, η προσβαλλόμενη Διακήρυξη θα πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της.

30. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

31. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέβαλε ο προσφεύγων.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη διακήρυξη (αρ. .../2021).

Διατάσσει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 13-09-2021 και εκδόθηκε στις 01-10-2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΥΣΑΝΘΗ ΖΑΡΑΡΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ