

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Διαδικασία Προσωρινής Προστασίας

Συνήλθε στην έδρα της στις 05 Νοεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση:
Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και
Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από
02.11.2020 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού
Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή
Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1580/03.11.2020 της εταιρίας με
την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Δήμου ... και του όρου 2.2.6. της με αριθ. ... Διακήρυξης με
αντικείμενο τις «Υπηρεσίες αποκομιδής, μεταφοράς και διάθεσης
απορριμμάτων από τις δημοτικές ενότητες του Δήμου ... για τριάντα έξι (36)
μήνες».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει
την ακύρωση του όρου 2.2.6. της με αριθ. ... Διακήρυξης του Δήμου ... με
αντικείμενο τις «Υπηρεσίες αποκομιδής, μεταφοράς και διάθεσης
απορριμμάτων από τις δημοτικές ενότητες του Δήμου ... για τριάντα έξι (36)
μήνες» και του από 2.10.2020 εγγράφου διευκρινίσεων της αναθέτουσας
αρχής.

Αριθμός Απόφασης :Α 250/ 2020

2. Επειδή, ο Δήμος ... με την με ΑΔΑΜ ... Διακήρυξη προκήρυξε διεθνή, δημόσιο, ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου του έργου «Υπηρεσίες αποκομιδής, μεταφοράς και διάθεσης απορριμμάτων από τις δημοτικές ενότητες του Δήμου ... για τριάντα έξι (36) μήνες», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας αξίας 6.077.840,00€ (περιλαμβανομένης της προαίρεσης για 1 έτος, ίση με 33% επί του ενδεικτικού προϋπολογισμού) πλέον Φ.Π.Α. Η διακήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 01.10.2020, το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 06.10.2020, με ... και στις 08.10.2020 καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. όπου έλαβε το Συστημικό Αριθμό Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 06.11.2020 και ως ημερομηνία αποσφράγισης αυτών η 12.11.2020.

3. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016, ήτοι ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., ποσού δέκα πέντε χιλιάδων ευρώ (15.000,00 €), το οποίο συνιστά το ανώτατο κατά το νόμο ποσό παραβόλου που μπορεί να καταβληθεί, εκτιμωμένης της προϋπολογισθείσας αξίας της δημοπρατούμενης σύμβασης.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 6.077.840,00 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, με την Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση του όρου 2.2.6. της υπόψη διακήρυξης κατά το μέρος που απαιτεί αντιρρυπαντική τεχνολογία τουλάχιστον «euro 6» για τα είδη με αρ. 1 και 6 του εξοπλισμού που πρέπει να διαθέτει ο οικονομικός φορέας στο πλαίσιο της

Αριθμός Απόφασης :Α 250/ 2020

τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και την ακύρωση του από 2-10-2020 εγγράφου της αναθέτουσας αρχής με θέμα «Διευκρινίσεις επί της με αριθμό ΑΔΑΜ ... Διακήρυξης ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την επιλογή Αναδόχου για τις «ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΑΠΟΚΟΜΙΔΗΣ, ΜΕΤΑΦΟΡΑΣ ΚΑΙ ΔΙΑΘΕΣΗΣ ΑΠΟΡΡΙΜΜΑΤΩΝ ΑΠΟ ΤΙΣ ΔΗΜΟΤΙΚΕΣ ΕΝΟΤΗΤΕΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ... ΓΙΑ ΤΡΙΑΝΤΑ ΕΞΙ (36) ΜΗΝΕΣ», με α/α στο ΕΣΗΔΗΣ: ... και με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 06-11-2020». Αναφορικά με το εμπρόθεσμο της υπόψη Προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 361 του ν. 4412/2016, για να υπάρχει η κατά τ' ανωτέρω «πλήρης, πραγματική ή τεκμαιρόμενη» γνώση της βλαπτικής πράξης, κατά την έννοια της διατάξεως αυτής, απαιτείται, αλλά και αρκεί, όλα τα πρωτογενή δεδομένα, έγγραφα, στοιχεία, γεγονότα ή καταστάσεις, που συγκροτούν το αντικείμενο της γνώσης για την ύπαρξη, τη φύση και το περιεχόμενο της πράξεως να είναι στο σύνολό τους και με τέτοιο ειδικό και άμεσο τρόπο υπόψη του ενδιαφερομένου, ώστε να έχουν περιέλθει πλήρως στη σφαίρα της αντίληψής του. Έτσι, προκειμένου για διακήρυξη ηλεκτρονικού διαγωνισμού, η πλήρης γνώση προϋποθέτει τουλάχιστον, πρώτον, ότι ο ενδιαφερόμενος γνωρίζει την ύπαρξη της πράξης, καθώς και το πώς και πού να την αναζητήσει, και, δεύτερον, ότι το πλήρες κείμενό της με τα τυχόν συνημμένα σε αυτήν έντυπα και παραρτήματα έχει πράγματι περιέλθει με τον πιο πάνω τρόπο στην διάθεσή του, έτσι ώστε να έχει αποκτήσει άμεση και ακώλυτη πρόσβαση στο περιεχόμενό τους και να είναι σε θέση να τα μελετήσει, η πρόσβαση δε αυτή μπορεί να συνάγεται και από δικαστικό τεκμήριο. Αντιθέτως, η ερμηνεία αυτών των πρωτογενών δεδομένων και η πλήρης και ορθή κατανόηση του περιεχομένου της πράξεως, το οποίο είναι πάντως, κατά τα προεκτεθέντα, υπ' όψη του ενδιαφερομένου, δεν συνιστά προϋπόθεση της υπό την ανωτέρω έννοια πλήρους γνώσεως, και, συνακόλουθα, η υποκειμενική αδυναμία κατανόησης ή η παρανόηση του περιεχομένου της διαθέσιμης πληροφορίας δεν αίρουν τη γνώση αυτή. Η περαιτέρω πραγματική και αποτελεσματική μελέτη και κατανόηση των στοιχείων αυτών, οσονδήποτε σύνθετα και αν είναι, συνιστά απλώς διαδικαστική ευχέρεια, και, αντίστοιχα,

Αριθμός Απόφασης :Α 250/ 2020

διαδικαστικό βάρος του ενδιαφερομένου. Αν δε από τη μελέτη αυτή ή από την προετοιμασία της προσφοράς ή από τυχόν επιτόπια επίσκεψη και ενημέρωση, στο πλαίσιο αυτής της προετοιμασίας, διαπιστώνονται ελλείψεις, κενά, ασάφειες, ή άλλα ελαττώματα της διακήρυξης, η διαπίστωση αυτή, κατ' αρχήν, δεν μεταθέτει το χρονικό σημείο στο οποίο αποκτάται πλήρης γνώση της (αντιθέτως, μάλιστα, η διαπίστωση αυτή προϋποθέτει πλήρη γνώση), αλλά απλώς γεννά αξίωση του οικονομικού φορέα για παροχή διευκρινίσεων (πρβλ ΕΑ 952/2007, 758/2008, κ.ά.). Εξάλλου, ειδικώς επί διακηρύξεως, κατά τις ανωτέρω διατάξεις, η πλήρης γνώση, που αποτελεί αφετηρία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, τεκμαίρεται από μόνη την πάροδο 15 ημερών από της δημοσίευσής στο ΚΗΜΔΗΣ, εάν από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει τέτοια πλήρης γνώση σε προγενέστερο χρόνο (βλ. ΣτΕ ΕΑ 61/2020, με πρβλ. ΕΑ 109/2019 και ήδη ΕΑ 56/2020). Αναφορικά με το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της υπόψη Προσφυγής, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι το έννομο συμφέρον της για την ακύρωση των όρων της διακήρυξης στηρίζεται ακριβώς στην ιδιότητά της ως ενδιαφερόμενης να μετάσχει στον ένδικο διαγωνισμό (ad hoc ΔΕφΘεσ 93/2018). Ειδικότερα, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι δραστηριοποιείται στο αντικείμενο του εν λόγω διαγωνισμού, επιθυμεί να συμμετάσχει και στον υπό εξέταση διαγωνισμό, προκειμένου να αναλάβει το αντικείμενο της σύμβασης, υποβάλλοντας σχετική προσφορά (βλ. ΑΕΠΠ 230/2019). Πλην όμως, αδυνατεί, άλλως δυσχεραίνεται ουσιωδώς να λάβει μέρος στον επίμαχο διαγωνισμό, λόγω μη νόμιμης απαίτησης του υπ' αριθμόν 2.2.6 όρου της διακήρυξης περί της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Κατά συνέπεια, η εταιρία μας διατηρεί έννομο συμφέρον για την προσβολή των όρων της διακήρυξης. Εν συνεχεία, με τον πρώτο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο όρος 2.2.6. της διακήρυξης κατά το μέρος που απαιτεί αντιρρυπαντική τεχνολογία «τουλάχιστον euco 6» για τα είδη με αρ. 1 και 6 του εξοπλισμού που πρέπει να διαθέτει ο οικονομικός φορέας είναι ασαφής, παραβιάζει το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 και την αρχή της διαφάνειας. Εν προκειμένω, στο άρθρο 2.2.6. της προσβαλλόμενης διακήρυξης διαλαμβάνονται τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που θα

Αριθμός Απόφασης :A 250/ 2020

πρέπει να διαθέτει ο οικονομικός φορέας. Ειδικότερα, στο άρθρο 2.2.6. με τίτλο Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ορίζεται, μεταξύ άλλων, ότι: «... Όσον αφορά τον απαιτούμενο εξοπλισμό, θα πρέπει να διαθέτει ελάχιστη εγγυημένη χωρητικότητα και να είναι σε θέση να καλύψει τις υπάρχουσες ανάγκες αποκομιδής απορριμμάτων: 1. Τουλάχιστον επτά (7) απορριματοφόρα οχήματα οπίσθιας φόρτωσης συνολικής χωρητικότητας τουλάχιστον 145 m³ με σύστημα συμπίεσης τύπου πρέσας και σύστημα ανατροπής κάδων για κάδους έως 1.300 lt., καθώς και σύστημα ανατροπής κάδων τύπου χτένας για κάδους έως 240 lt. Τα συγκεκριμένα απορριματοφόρα οχήματα θα χρησιμοποιηθούν για την γρήγορη, αποτελεσματική και με μικρή επιβάρυνση του οδικού δικτύου αποκομιδή των απορριμμάτων. Τα απορριματοφόρα θα πρέπει να είναι αντιρρυπαντικής τεχνολογίας τουλάχιστον EURO 6. 2. Τουλάχιστον Ένα (1) απορριματοφόρο όχημα δύο αξόνων χωρητικότητας 10-14 m³ με σύστημα συμπίεσης τύπου πρέσας και σύστημα ανατροπής κάδων για κάδους έως 1.300 lt. Καθώς και σύστημα ανατροπής κάδων τύπου χτένας για κάδους έως 240 lt για την αποκομιδή των απορριμμάτων από στενούς δρόμους με μέγιστες διαστάσεις 7,6mΧ2,4m (Μήκος * Πλάτος). Το απορριματοφόρο θα πρέπει να είναι αντιρρυπαντικής τεχνολογίας τουλάχιστον EURO 5. Το δρομολόγιο του συγκεκριμένου απορριματοφόρου θα καθορίζεται από την Διευθύνουσα Υπηρεσία του Δήμου. 3. Τουλάχιστον Δύο (2) εφεδρικά απορριματοφόρα οχήματα οπίσθιας φόρτωσης συνολικής χωρητικότητας τουλάχιστον 40 m³ με σύστημα συμπίεσης τύπου πρέσας και σύστημα ανατροπής κάδων για κάδους έως 1.300 lt. καθώς και σύστημα ανατροπής κάδων τύπου χτένας για κάδους έως 240 lt. Το απορριματοφόρο θα πρέπει να είναι αντιρρυπαντικής τεχνολογίας τουλάχιστον EURO 5. 4. Τουλάχιστον Ένα (1) ένα δορυφορικό ηλεκτροκίνητο όχημα χωρητικότητας αποθηκευτικού χώρου περίπου 2 κμ. 5. Δύο από τα ανωτέρω απορριματοφόρα οχήματα θα πρέπει να διαθέτουν και σύστημα πλύσης κάδων (πρεσσοπλυντήριο). Εναλλακτικά ο ανάδοχος θα διαθέτει τουλάχιστον δύο (2) πλυντήρια κάδων οπίσθιας φόρτωσης για τη πλύση κάδων χωρητικότητας από 240-1.300 lt.. Τα πλυντήρια κάδων θα πρέπει να είναι αντιρρυπαντικής τεχνολογίας τουλάχιστον EURO 5. 6. Ένα

Αριθμός Απόφασης :A 250/ 2020

αυτοκινούμενο σάρωθρο χωρητικότητας 7m³ (αποδεκτή απόκλιση ως +/-10%) πλάτους σάρωσης 1,90m (αποδεκτή απόκλιση ως +/-5%) θα πρέπει να είναι αντιρρυπαντικής τεχνολογίας τουλάχιστον EURO 6. 7. Ένα (1) ηλεκτροκίνητο σάρωθρο πεζού χειριστή χωρητικότητας κάδου περίπου 240 lt και μέγιστες διαστάσεις 2m*1m (Μήκος * Πλάτος). 8. Ένα (1) όχημα κλειστού τύπου που να διαθέτει έγκριση μεταφοράς ζωικών υποπροϊόντων από την Αρμόδια Δ/ση Κτηνιατρικής της Περιφέρειας σε ισχύ. 9. Δέκα (10) συστοιχίες κάδων, αποτελούμενες από δύο πλαστικούς κάδους απορριμμάτων χωρητικότητας 1100 lt, ο καθένας. 10. Χίλιους (1000) πλαστικούς κάδους απορριμμάτων χωρητικότητας 1100 lt. 11. Χίλιους (1000) πλαστικούς κάδους απορριμμάτων χωρητικότητας 770 lt. Ο απαιτούμενος μηχανολογικός εξοπλισμός (εξαιρούνται οι κάδοι και οι συστοιχίες κάδων) που θα διαθέσουν οι συμμετέχοντες θα πρέπει να είναι ιδιόκτητος στο 100% κατά την ημέρα κατάθεσης των προσφορών. Για την εκπλήρωση της ως άνω απαίτησης, ο οικονομικός φορέας μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς.....», Στο ανωτέρω άρθρο γίνεται αναφορά σε αντιρρυπαντική τεχνολογία "τουλάχιστον euro 6" για τα με αρ. 1 και 6 είδη του απαιτούμενου εξοπλισμού. Ωστόσο, μέχρι σήμερα δεν υφίσταται αντιρρυπαντική τεχνολογία μεταγενέστερη του euro 6. Ειδικότερα, η έγκριση των νέων εκπομπών ρύπων (euro 7) αναμένεται να πραγματοποιηθεί το 2021. Ενώ, λοιπόν, ζητείται «αντιρρυπαντική τεχνολογία τουλάχιστον euro 6», στην πραγματικότητα δεν υφίσταται αντιρρυπαντική τεχνολογία μεταγενέστερη του euro 6. Κατ' αυτόν τον τρόπο δεν καθίσταται σαφές ποια είναι η αληθής έννοια της απαίτησης για αντιρρυπαντική τεχνολογία "τουλάχιστον euro 6", αν δηλαδή απαιτείται αντιρρυπαντική τεχνολογία "euro 6" (χωρίς το τουλάχιστον, δεδομένου ότι δεν έχει εγκριθεί το πρότυπο euro 7) ή αν η αληθής έννοια της απαίτησης είναι "τουλάχιστον euro 5" (απαίτηση που δικαιολογεί την χρήση της λέξης τουλάχιστον και θέτει ως κατώτατο όριο το euro 5). Επισημαίνεται μάλιστα ότι για την άρση της ανωτέρω ασάφειας υποβάλαμε νομίμως και εμπροθέσμως το από 06.10.2020 «αίτημα παροχής διευκρινίσεων» προς την αναθέτουσα αρχή. Πλην, όμως, η αναθέτουσα αρχή με το από 2-10-2020

Αριθμός Απόφασης :A 250/ 2020

έγγραφο δεν ήρε την ως άνω ασάφεια και περιορίσθηκε στην επανάληψη των όρων της διακήρυξης, χωρίς να διευκρινίζει ή να αιτιολογεί με οποιονδήποτε τρόπο γιατί γίνεται η αναφορά της λέξης «τουλάχιστον», ενώ δεν έχει εγκριθεί το πρότυπο euro 7. Λόγω της ανωτέρω ασάφειας των όρων της διακήρυξης, η συμμετοχή της εταιρίας μας στον επίμαχο διαγωνισμό καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής, δεδομένου ότι δεν γνωρίζουμε εκ των προτέρων ποιο είναι το επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενο πρότυπο αντιρρυπαντικής τεχνολογίας για τα είδη με αρ. 1 και 6 του εξοπλισμού. Ταυτόχρονα, καταστρατηγείται πλήρως η αρχή της διαφάνειας, που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, λαμβανομένου υπόψη ότι δεν καθορίζονται εκ των προτέρων με σαφήνεια οι όροι της διακήρυξης, ώστε να προκύπτει ποιοι οικονομικοί φορείς θα γίνουν τελικά δεκτοί. Ενόψει των ανωτέρω προκύπτει πως θα πρέπει να ακυρωθούν οι ανωτέρω όροι που περιλαμβάνονται στο άρθρο 2.2.6. της διακήρυξης, καθώς και το από 2-10-2020 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, ώστε να καταστούν σαφείς οι απαιτήσεις της διακήρυξης αναφορικά με την ελάχιστη αντιρρυπαντική τεχνολογία που πρέπει να διαθέτουν τα είδη 1 και 6 του εξοπλισμού που απαιτείται να διαθέτει ο οικονομικός φορέας. Με τον δεύτερο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι είναι μη νόμιμοι οι όροι που τίθενται στη διακήρυξη (άρθρο 2.2.6) σχετικά με την αντιρρυπαντική τεχνολογία “τουλάχιστον euro 6” για τα είδη με αρ. 1 και 6 του απαιτούμενου εξοπλισμού και ότι παραβιάζονται οι αρχές της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της διαφάνειας, της αναλογικότητας και του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό όπως και η διάταξη του άρθρου 75 του ν. 4412/2016. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης απαιτούνται, μεταξύ άλλων, αφενός επτά (7) απορριμματοφόρα οχήματα οπίσθιας φόρτωσης, συνολικής χωρητικότητας τουλάχιστον 145 m³, αντιρρυπαντικής τεχνολογίας τουλάχιστον EURO 6, αφετέρου ένα (1) αυτοκινούμενο σάρωθρο, χωρητικότητας 7m³ (αποδεκτή απόκλιση ως +/-10%) πλάτους σάρωσης 1,90m (αποδεκτή απόκλιση ως +/-5%), αντιρρυπαντικής τεχνολογίας τουλάχιστον EURO Σε αντίθεση δε με τα ανωτέρω, επισημαίνεται ότι για τα εξής είδη του εξοπλισμού: «1. απορριμματοφόρο όχημα δύο αξόνων,

Αριθμός Απόφασης :Α 250/ 2020

χωρητικότητας 10-14 m³», «2 εφεδρικά απορριματοφόρα οχήματα οπίσθιας φόρτωσης, συνολικής χωρητικότητας τουλάχιστον 40 m³» και «2 πλυντήρια κάδων οπίσθιας φόρτωσης», απαιτείται αντιρρυπαντική τεχνολογία τουλάχιστον EURO 5. Οι ως άνω απαιτήσεις ωστόσο για «αντιρρυπαντική τεχνολογία τουλάχιστον euro 6» των ειδών 1 και 6 του απαιτούμενου εξοπλισμού είναι μη σύνομες ως αντιβαίνουσες στην αρχή της αναλογικότητας με την οποία οφείλουν να συμμορφώνονται οι αναθέτουσες αρχές σύμφωνα με την υποσημείωση 71 του πρότυπου Τεύχους της ΕΑΑΔΗΣΥ. Ειδικότερα, όπως προαναφέρθηκε, η θέσπιση όρων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των προσφερόντων, ενόψει των περιορισμών που συνεπάγονται, πρέπει να δικαιολογείται από τη φύση, την ποσότητα, το μέγεθος, τη σπουδαιότητα, την πολυπλοκότητα και τις εξειδικευμένες απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, ώστε να μην παραβιάζεται η γενική αρχή της αναλογικότητας που ορίζει κατά το ενωσιακό δίκαιο, ότι οι όροι αυτού δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου (βλ. ΕΛΣυν 2590/2016, ΔΕΕ C-213/07, Μηχανική Α.Ε. σκ. 44-48 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία, C-234/03 CONTSE και τη 2η αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ). Εν προκειμένω, ωστόσο, η θέσπιση ως ελάχιστης απαιτούμενης απαίτησης (“τουλάχιστον”) της τελευταίας αντιρρυπαντικής τεχνολογίας euro 6 για μέρος του απαιτούμενου αποκλεισμού βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου. Τούτο διότι κατά την αιτιολογική σκέψη 4 του κανονισμού 715/2007 που συμμετέχει στην υλοποίηση του προγράμματος «Καθαρός Αέρας για την Ευρώπη», που εγκαινιάστηκε από την Επιτροπή το 2001, «τα πρότυπα Euro 5 και Euro 6 για τα οχήματα αποτελούν ένα από τα μέτρα που έχουν σχεδιασθεί για τη μείωση των εκπομπών σωματιδίων και πρόδρομων ουσιών του όζοντος, όπως τα οξειδία του αζώτου και υδρογονάνθρακες». Ο στόχος που ικανοποιεί δηλαδή η αντιρρυπαντική τεχνολογία για μείωση των εκπομπών των ρύπων εξυπηρετείται τόσο από το euro 5 όσο και από το euro 6 και μάλιστα με λιγότερο περιοριστικό για την ανάπτυξη του ανταγωνισμού τρόπο. Τούτο άλλωστε επιβεβαιώνεται και από την υπουργική απόφαση 162//2012 (ΥΑ 16229

Αριθμός Απόφασης :Α 250/ 2020

ΦΕΚ Β 1467 2012)με τίτλο «Μέτρα περιορισμού κυκλοφ. επιβ. αυτοκ/των,φορτηγών κ` λεωφορείων στο μικρό κ` μεγάλο δακτύλιο της Αθήνας», σύμφωνα με την οποία εντάσσονται στον “πράσινο δακτύλιο” τόσο τα οχήματα euro 5 όσο και τα οχήματα euro 6. Πιο συγκεκριμένα, στην ανωτέρω απόφαση ορίζεται πως: “ 1. Στο δακτύλιο που έχει καθορισθεί με την παράγραφο 1 της υπ` αρ. ΔΜΕΟ/οικ./ 3019/οτ/0967/ Φ.911/2011 απόφαση των Υπουργών Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων και Προστασίας του Πολίτη «Μέτρα Περιορισμού Κυκλοφορίας οχημάτων στο κέντρο της Αθήνας» (Β` 1640) επιτρέπεται η κυκλοφορία χωρίς κανένα περιορισμό: α) των ηλεκτρικών οχημάτων και των οχημάτων που πληρούν εκ κατασκευής τις διατάξεις του Κανονισμού 715/2007 (Euro 5 και Euro 6) ή μεταγενέστερου εφόσον εκπέμπουν διοξείδιο του άνθρακα λιγότερο από 140g/km, ανεξαρτήτως του καυσίμου που χρησιμοποιούν (βενζίνη, πετρέλαιο, υγραέριο ή συμπιεσμένο φυσικό αέριο), β) των οχημάτων με υβριδικό χαρακτήρα (ηλεκτρικό ή συμβατικού καυσίμου) και των οχημάτων που χρησιμοποιούν για την κίνηση τους αέρια καύσιμα (υγραέριο ή φυσικό αέριο) και τεχνολογίας Euro 4 εφόσον εκπέμπουν διοξείδιο του άνθρακα λιγότερο από 140g/km.” Όστε επιβεβαιώνεται και δια των ανωτέρω πως ο σκοπός της κυκλοφορίας οχημάτων με μειωμένους ρύπους επιτυγχάνεται τόσο δια της χρήση αντιρρυπαντικής τεχνολογίας euro 5 όσο και euro 6. Άλλωστε, η ίδια η αναθέτουσα αρχή επέλεξε αντιρρυπαντική τεχνολογία euro 5 για τα είδη του εξοπλισμού της με αρ. 2 («Τουλάχιστον Ένα (1) απορριμματοφόρο όχημα δύο αξόνων χωρητικότητας 10-14 m³ με σύστημα συμπίεσης τύπου πρέσας και σύστημα ανατροπής κάδων για κάδους έως 1.300 lt. καθώς και σύστημα ανατροπής κάδων τύπου χτένας για κάδους έως 240 lt για την αποκομιδή των απορριμμάτων από στενούς δρόμους με μέγιστες διαστάσεις 7,6mΧ2,4m (Μήκος * Πλάτος). Το απορριμματοφόρο θα πρέπει να είναι αντιρρυπαντικής τεχνολογίας τουλάχιστον EURO 5. Το δρομολόγιο του συγκεκριμένου απορριμματοφόρου θα καθορίζεται από την Διευθύνουσα Υπηρεσία του Δήμου»), 3 («3. Τουλάχιστον Δύο (2) εφεδρικά απορριμματοφόρα οχήματα οπίσθιας φόρτωσης συνολικής χωρητικότητας τουλάχιστον 40 m³ με σύστημα συμπίεσης τύπου πρέσας και σύστημα

Αριθμός Απόφασης :Α 250/ 2020

ανατροπής κάδων για κάδους έως 1.300 lt. καθώς και σύστημα ανατροπής κάδων τύπου χτένας για κάδους έως 240 lt. Το απορριμματοφόρο θα πρέπει να είναι αντιρρυπαντικής τεχνολογίας τουλάχιστον EURO 5) και 5 («Δύο από τα ανωτέρω απορριμματοφόρα οχήματα θα πρέπει να διαθέτουν και σύστημα πλύσης κάδων (πρεσσοπλυντήρια). Εναλλακτικά ο ανάδοχος θα διαθέτει τουλάχιστον δύο (2) πλυντήρια κάδων οπίσθιας φόρτωσης για τη πλύση κάδων χωρητικότητας από 240-1.300 lt.. Τα πλυντήρια κάδων θα πρέπει να είναι αντιρρυπαντικής τεχνολογίας τουλάχιστον EURO 5»), επιβεβαιώνοντας κατ' αυτόν τον τρόπο πως και η αντιρρυπαντική τεχνολογία euro 5 εξυπηρετεί τους σκοπούς της επίμαχης απαίτησης. Επισημαίνεται δε ότι σε κανένα σημείο της επίμαχης διακήρυξης δεν αναφέρεται για ποιον λόγο ο στόχος του επίμαχου διαγωνισμού δύναται να ικανοποιηθεί αποκλειστικά και μόνον από τον εξοπλισμό τελευταίας αντιρρυπαντικής τεχνολογίας, ούτε πολύ περισσότερο διαλαμβάνεται για ποιον λόγο οι απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής καλύπτονται μόνο από την αντιρρυπαντική τεχνολογία euro 6 για τις συγκεκριμένες δύο κατηγορίες εξοπλισμού και μόνο. Παρ' ότι οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν, λοιπόν, να αιτιολογούν τις απαιτήσεις που συνεπάγονται τον αποκλεισμό συμμετοχής στον διαγωνισμό, εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή με τον προσβαλλόμενο όρο της Διακήρυξης ζητεί από τους προσφέροντες να διαθέτουν εξοπλισμό με αντιρρυπαντική τεχνολογία euro 6, χωρίς όμως να προκύπτει πώς το κριτήριο της αντιρρυπαντικής τεχνολογίας euro 6 για τις δύο επίμαχες κατηγορίες εξοπλισμού συναρτάται ευθέως με το προκείμενο αντικείμενο της σύμβασης και χωρίς με κανέναν τρόπο να αιτιολογεί τούτη τη μη νόμιμη απαίτηση της. Με τα δεδομένα αυτά καθίσταται σαφές πως παραβιάζεται, χωρίς προφανή αιτία, η αρχή της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των οικονομικών φορέων και εμποδίζεται η ανάπτυξη συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ των υποψηφίων, καθώς συρρικνώνεται χωρίς προφανή δικαιολογητικό λόγο, ο αριθμός των οικονομικών φορέων, οι οποίοι θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στη διαγωνιστική διαδικασία. Και τούτο διότι ο επιλεκτικός αποκλεισμός του εξοπλισμού αντιρρυπαντικής τεχνολογίας euro 5 για τα είδη 1 και 6 του εξοπλισμού (την στιγμή μάλιστα που για τα λοιπά είδη

Αριθμός Απόφασης :Α 250/ 2020

του εξοπλισμού γίνεται αποδεκτή η αντιρρυπαντική τεχνολογία ευρο 5 !) οδηγεί σε υπέρμετρο περιορισμό του δικαιώματος πρόσβασης στον διαγωνισμό, περιορίζοντας αθέμιτα και αδικαιολόγητα την ανάπτυξη του ανταγωνισμού. Ενόψει όλων των ανωτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι επίμαχες απαιτήσεις της διακήρυξης του διαγωνισμού για αντιρρυπαντική τεχνολογία «τουλάχιστον ευρο 6» στα είδη 1 και 6 του απαιτούμενου εξοπλισμού αποκλείουν κατ' αποτέλεσμα τη δυνατότητα συμμετοχής της, καθώς ο εξοπλισμός που διαθέτει στα επίμαχα είδη είναι αντιρρυπαντικής τεχνολογίας ευρο 5. Ειδικότερα, διαθέτει, μεταξύ άλλων, επτά (7) απορριμματοφόρα οχήματα οπίσθιας φόρτωσης συνολικής χωρητικότητας τουλάχιστον 145 m³ με σύστημα συμπίεσης τύπου πρέσας και σύστημα ανατροπής κάδων για κάδους έως 1.300 lt., καθώς και σύστημα ανατροπής κάδων τύπου χτένας για κάδους έως 240 lt, τα οποία μπορούν να χρησιμοποιηθούν για την γρήγορη, αποτελεσματική και με μικρή επιβάρυνση του οδικού δικτύου αποκομιδή των απορριμμάτων, πλην όμως είναι αντιρρυπαντικής τεχνολογίας EURO 5. Επίσης, διαθέτει ένα αυτοκινούμενο σάρωθρο το οποίο ωστόσο είναι αντιρρυπαντικής τεχνολογίας EURO 5. Συνεπώς, η προσφεύγουσα αποκλείεται από τον επίμαχο διαγωνισμό, αφού αδυνατεί να διαθέσει εξοπλισμό αντιρρυπαντικής τεχνολογίας ευρο 6, παρ' ότι μπορεί να ικανοποιήσει πλήρως την ανάγκη και τον σκοπό της αναθέτουσας αρχής, όπως η ίδια η διακήρυξη περιγράφει και ορίζει. Ενόψει όλων των ανωτέρω, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση του όρου 2.2.6 της διακήρυξης και του από 2.10.2020 εγγράφου διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής, σωρεύοντας αίτημα αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και αναστολής της προθεσμίας που θέτει η επίμαχη διακήρυξη για την υποβολή προσφορών ορισθείσα για την 06-11-2020 έως ότου ληφθεί απόφαση από την Αρχή επί της Προσφυγής, άλλως αίτημα να χορηγηθεί παράταση του καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών και να ληφθεί κάθε άλλο προσωρινό μέτρο, κατά την κρίση της ΑΕΠΠ, μέχρις ότου αυτή αποφανθεί επί της προσφυγής της, προκειμένου να μην επιτραπεί η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Αριθμός Απόφασης :Α 250/ 2020

6.Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368». 12. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: «1. Η ΑΕΠΠ μπορεί ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων». Τα ανωτέρω οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 επαναλαμβάνονται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

Αριθμός Απόφασης :Α 250/ 2020

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

8. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, δεν θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

9. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στη κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου αλλά σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣτΕ ΕΑ 86/2018, ΣτΕ Ολ 12-15/2018, πρβλ. ΣτΕ ΕΑ Ολ 146-148/2016, ΔΕφΑθ 26/2019).

10. Επειδή, ενόψει των επικαλούμενων αιτιάσεων που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση προσφυγή, συνάγεται ότι σε σχέση τόσο με το προδήλως παραδεκτό όσο και με το βάσιμο αυτής απαιτείται ενδελεχής μελέτη των στοιχείων του φακέλου της δημοπρατούμενης σύμβασης όπως και εξέταση των ειδικότερων όρων και απαιτήσεων της διακήρυξης, υπό το φως της κείμενης νομοθεσίας και νομολογίας, σε κάθε δε περίπτωση εμπεριέχεται τεχνική κρίση που δε μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 41/2015, 46/2015).

11. Επειδή, α) η υπό κρίση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως अपαράδεκτη, β) πιθανολογείται βλάβη της προσφεύγουσας από την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και συγκεκριμένα από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησής τους, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης, δ) δεν 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.

12. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αλλά και των υπολοίπων συμμετεχόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού είναι πρόδηλη, πολλώ δε μάλλον καθόσον από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι ως καταληκτική ημεροχρονολογία υποβολής των προσφορών έχει ορισθεί η 06.11.2020, και τούτο διότι τυχόν ακύρωση της προσβαλλόμενης θα έχει ως αποτέλεσμα την ακύρωση των επόμενων πράξεων της αναθέτουσας αρχής για τον υπό κρίση διαγωνισμό και τελικώς την ματαίωση αυτού, οδηγώντας σε καθυστέρηση την ανάθεση της υπόψη σύμβασης. Το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση απόφασης

Αριθμός Απόφασης :Α 250/ 2020

επί της Προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαγωνιστική διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο και ολοκλήρωση αυτής.

13. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνουν δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. ... Διακήρυξη του Δήμου ... με αντικείμενο τις «Υπηρεσίες αποκομιδής, μεταφοράς και διάθεσης απορριμμάτων από τις δημοτικές ενότητες του Δήμου ... για τριάντα έξι (36) μήνες» και δη την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών μέχρι την έκδοση και δημοσίευση απόφασης επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 5 Νοεμβρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη και εκδόθηκε στις 6 Νοεμβρίου 2020 στον ίδιο τόπο.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μαρία Μανδράκη

Αλεξάνδρα Παπαχρήστου