

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 12^η Ιουνίου 2023 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου Μέλη.

Για να εξετάσει την από 02.06.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 816/02.06.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται,

Κατά της «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» {εφεξής 1η παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 12.06.2023 παρέμβασή της.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» με τον διακριτικό τίτλο «...» {εφεξής 2η παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 12.06.2023 παρέμβασή της.Και

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» με τον διακριτικό τίτλο «...»)» {εφεξής 3η παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 12.06.2023 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 1/2023 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής.

Με τις παρεμβάσεις τους οι παρεμβαίνουσες επιδιώκουν την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει καταβληθεί το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ποσού € 15.000,00, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

2. Επειδή, δυνάμει της υπ' αριθμ. 1/2023 διακήρυξης, η οποία δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 10.5.2023 (ΑΔΑΜ ...), προκηρύχθηκε από την αναθέτουσα αρχή ανοιχτός δημόσιος διαγωνισμός για τη σύναψη συμφωνίας πλαίσιο «Υπηρεσιών ...» με Κωδικό CPV: ..., χρονικής διάρκειας τριών (3) ετών, με δικαίωμα προαίρεσης για ένα (1) έτος, εκτιμώμενης αξίας 108.852.881,91 ευρώ για τα τρία (3) έτη και 36.284.293,97 ευρώ για το (1) έτος της προαίρεσης, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής. Η συγκεκριμένη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 10η Μαΐου 2023 και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 12η Ιουνίου 2023 και ώρα 17:00. Κάθε τμήμα της διακήρυξης αναρτήθηκε ως διακριτή ηλεκτρονική διαδικασία στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ και έλαβε αντίστοιχο συστημικό αύξοντα αριθμό, όπως αναλυτικά αναφέρεται στο άρθρο 1.3.2 (... , ... , ... , ... , ... , ... , ...).

3. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 02.06.2023, ήτοι εντός της προθεσμίας των δέκα (10) ημερών από την πραγματική και τεκμαιρόμενη, κατά το άρθρο 361 παρ. 1 του ν. 4412/2016, πλήρη γνώση της διακήρυξης, η οποία συντελέσθηκε στις 25.05.2023.

4. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε την 02^α.06.2023 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της, ενώ παράλληλα απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ στις 12.06.2023 τις υπ' αριθμ. πρωτ. .../ 12.06.2023 απόψεις της με ισχυρισμούς για το υπό κρίση αίτημα αναστολής αλλά και επί της ουσίας της υπό κρίση προσφυγής, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς στις 12.06.2023, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώς στις 13.06.2023

το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της. Επί των ως άνω απόψεων της αναθέτουσας αρχής υπέβαλε νομίμως και παραδεκτώς υπόμνημα και η 1^η παρεμβαίνουσα εταιρεία «...» στις 19.06.2023 μέσω ΕΣΗΔΗΣ, το οποίο υπόμνημα κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην προσφεύγουσα στις 07.07.2023 και ως εκ τούτου το κατατεθέν από την τελευταία συμπληρωματικό υπόμνημα αντίκρουσης στις 10.07.2023 γίνεται δεκτό ώστε να τηρηθεί η αρχή της αντιμωλίας. Επίσης, ως εμπροθέσμως κατατεθέν θεωρείται και το από 22.06.2023 υπόμνημα της προσφεύγουσας, το οποίο κατατέθηκε εντός της πενήμερης προθεσμίας μετά την πάροδο των 15 ημερών για την αποστολή περαιτέρω απόψεων της αναθέτουσας αρχής, αφού η τελευταία δεν απέστειλε άλλες πλην των υπ' αριθμ. πρωτ. .../12.06.2023.

5. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ. 39/2017 παρεμβαίνουν οι παρεμβαίνουσες εταιρείες, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 02.06.2023, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και οι εν λόγω παρεμβάσεις ασκήθηκαν στις 12.06.2023 με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, οι παρεμβαίνουσες, δε, έχουν προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβουν, αφού έχουν σκοπό να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό και επιδιώκουν να αντικρούσουν την τυχόν αναπροσαρμογή των όρων του κανονιστικού κειμένου της διακήρυξης κατά τρόπο που θα ευνοήσει τις δυνατότητες της προσφεύγουσας. Επομένως, οι αντίθετοι ισχυρισμοί της τελευταίας σχετικά με τη μη ύπαρξη εννόμου συμφέροντος εκ μέρους των παρεμβαίνουσών κρίνονται αβάσιμοι.

6. Επειδή, προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντός της, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι διαθέτει όλους τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους, για να συμμετάσχει στον υπό κρίση διαγωνισμό για την ανάθεση συμφωνίας πλαίσιο, το αντικείμενο της οποίας είναι η Διαχείριση και Διάθεση ... (...), ... (...) και Άλλων ... (...)), η Διάθεση Πιστοποιημένων συσκευασιών για τα ως άνω ... και τέλος η ενδεχόμενη διάθεση ψυκτικών θαλάμων αποθήκευσής τους, πλην όμως στην προσβαλλόμενη υπ' αριθμ.1/2023 διακήρυξη διαλαμβάνονται όροι, οι οποίοι τυγχάνουν αντίθετοι στις αρχές της αναλογικότητας και του ελεύθερου και υγιούς ανταγωνισμού,

και καθιστούν εξαιρετικά δυσχερή τόσο την συμμετοχή της στην ανωτέρω διαγωνιστική διαδικασία, όσο και την υποβολή της βέλτιστης δυνατής προσφοράς.

7. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του ν. 3886/2010, οι οποίες δεν έχουν μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης ή τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατά την άποψή του, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756, ΣτΕ ΕΑ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013, 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α). Με βάση τα ως άνω, σε περίπτωση που κάποιος προτίθεται να στραφεί κατά όρων διακήρυξης, θεωρώντας ότι παραβάσεις του νόμου την καθιστούν πλημμελή, θα πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον όρο, τον οποίο θεωρεί μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων.

8. Επειδή, όπως έχει παγίως κριθεί, ο προσφεύγων κατά όρων διακήρυξης θα πρέπει να επικαλεστεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη βλάβη που υφίσταται από τον κάθε προσβαλλόμενο όρο, δεν αρκεί, δε, το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης

δημοσίων συμβάσεων, ενώ η σοβαρότητα των προβαλλόμενων πλημμελειών δεν ασκεί επιρροή στη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος. Ειδικότερα, το έννομο συμφέρον του οικονομικού φορέα που προσφεύγει ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, εξειδικεύεται αυθεντικά και αποκλειστικά από τον ίδιο και εξετάζεται από την τελευταία ως προς την νομιμότητα, την απόδειξη και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του, που επιβάλλουν (ή όχι) την έννομη προστασία του. Εξάλλου, σε περίπτωση άσκησης προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, προκειμένου ο προσφεύγων να θεμελιώσει έννομο συμφέρον, θα πρέπει να επικαλεστεί, με την προβολή ειδικού ισχυρισμού, τη βλάβη του, η οποία στην περίπτωση μη συμμετοχής του στον διαγωνισμό, θα πρέπει να συνίσταται στον αποκλεισμό του από την διαγωνιστική διαδικασία (βλ., μεταξύ άλλων, ΣτΕ 31/2019). Περαιτέρω, ως επίκληση βλάβης, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση συγκεκριμένων, αρκούντως εξειδικευόμενων και τεκμηριωμένων, ενόψει των συνθηκών, στοιχείων, που αφορούν στη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου ενδιαφερόμενου, 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, ανεξαρτήτως της μη συμμετοχής στην ένδικη διαδικασία (ΣτΕ 1259/2019), ενώ εάν, εν συνεχεία, λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει - προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον - η συμμετοχή του στον διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται (βλ. Ε.Α. 352/2018, 86/2018, ΔΕφΑθ (Αναστ) 44/2015, (Ασφ) 561/2013, ΣτΕ(ΕΑ)).

9. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί η προσαλλόμενη διακήρυξη λόγω αναρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η ..., αν και ορίστηκε αρμόδια για την συγκεκριμένη διακήρυξη προς σύναψη συμφωνίας πλαίσιο δυνάμει της υπ' αριθμ. .../.../7.4.2023) απόφασης της αναπληρώτριας ... (ΦΕΚ Β' /10-4-2023) είχε ήδη ολοκληρώσει ουσιώδη προαπαιτούμενα στάδια της σύνθετης αυτής διοικητικής πράξης και

συγκεκριμένα την διαδικασία διαβούλευσης, την κατάρτιση προϋπολογισμού, τη μελέτη και τον προσδιορισμό των προδιαγραφών νωρίτερα, και άρα κατά χρόνο που ήταν προς τούτο αναρμόδια. Ειδικότερα, αναφέρει ότι ήδη από το μήνα Νοέμβριο 2022, δηλαδή κατά χρόνο που ήταν αναρμόδια, το Δ.Σ. της ... δυνάμει της υπ' αριθμ. .../24.11.2022 (ΑΔΑ: ...) απόφασής του συγκρότησε πενταμελή επιτροπή για την εκπόνηση οικονομοτεχνικής μελέτης και την κατάρτιση προδιαγραφών για την υλοποίηση διαγωνιστικής διαδικασίας με αντικείμενο τη «Διαχείριση ...», εντός 2 μηνών. Εν συνεχεία, την 4η Απριλίου 2023, σε χρόνο που επίσης δεν είχε καταστεί αρμόδια, το Δ.Σ. της ... έλαβε την υπ' αριθμ. .../04.04.2023, ΑΔΑ: ... απόφασή του περί έγκρισης του πρακτικού της ως άνω Επιτροπής, ανήρτησε στην ιστοσελίδα της ... τις τεχνικές προδιαγραφές για τη Διαχείριση ... και μάλιστα καταχώρησε στο ΕΣΗΔΗΣ τις τεχνικές προδιαγραφές για τη Διαχείριση ... σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 54 του Ν.4412/16, ώστε να αποτελέσουν ενιαίες εθνικές τεχνικές προδιαγραφές. Επίσης αναφέρει ότι η ανωτέρω μη νόμιμη τήρηση της προβλεπόμενης εκ του νόμου διαδικασίας δεν συνιστά απλώς παρανομία, αλλά επιπλέον προκαλεί βλάβη σε αυτήν, διότι εάν η διαβούλευση, η κατάρτιση του προϋπολογισμού και ο προσδιορισμός των προδιαγραφών είχαν πραγματοποιηθεί κατά τη νόμιμη διαδικασία θα ήταν διαφορετικοί οι όροι της προσβαλλόμενης διακήρυξης και η πρόδηλη αναρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής θα διαπιστωθεί κατά τον προσυμβατικό έλεγχο από το Ελεγκτικό Συνέδριο και συνεπώς θα προκαλέσει βέβαιο κώλυμα υπογραφής της συμφωνίας -πλαίσιο με αποτέλεσμα την άμεση βλάβη της εξαιτίας των δαπανών για συμπληρωματικό εξοπλισμό (πχ φορτηγά οχήματα ψυγεία), για προσωπικό, και για έξοδα φακέλου, στις οποίες δαπάνες υποχρεούται να προβεί για την αποδεκτή συμμετοχή της στο διαγωνισμό.

10. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης συνάγονται τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω πρώτο λόγο: Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή είναι αναρμόδια για τη σύνταξη της προσβαλλόμενης διακήρυξης κατά παράβαση των οριζόμενων στη διάταξη του άρθρου 41 παρ. 3 και 4 του Ν. 4412/ 2016, διότι η προπαρασκευαστική διαδικασία που τηρήθηκε δεν στηριζόταν σε προηγούμενη Υπουργική Απόφαση η οποία να της παρέχει αρμοδιότητα για τη σύναψη συμφωνίας-πλαίσιο και δη στον τομέα της διαχείρισης Η

παρανομία αυτή, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, της προκαλεί βλάβη, διότι το Ελεγκτικό Συνέδριο δεν θα επιτρέψει την υπογραφή της συμφωνίας – πλαίσιο, με αποτέλεσμα να έχει προβεί χωρίς αντίκρουσμα σε δαπάνες προετοιμασίας για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό ενώ εάν είχε γίνει διαβούλευση, κατάρτιση του προϋπολογισμού και προσδιορισμός των προδιαγραφών κατά τη νόμιμη διαδικασία θα ήταν διαφορετικοί οι όροι της προσβαλλόμενης διακήρυξης. Οι εν λόγω ισχυρισμοί της προσφεύγουσας όμως είναι αόριστοι και ως εκ τούτου απαραδέκτως προβαλλόμενοι, διότι αρχικά δεν αναφέρει συγκεκριμένα στον υπό κρίση λόγο ποιοι όροι της διακήρυξης θα είχαν διαφορετικό περιεχόμενο και ως προς τι θα επηρεαζόταν το περιεχόμενό τους αν η διαβούλευση ως προς τους όρους της διακήρυξης, η κατάρτιση του προϋπολογισμού ή ο προσδιορισμός των προδιαγραφών είχαν πραγματοποιηθεί μετά την έκδοση απόφασης της αρμόδιας Υπουργού για τον ορισμό της ... ως Ε.Κ.Α.Α. για την άσκηση κεντρικής δραστηριότητας αγορών, μέσω της επίμαχης διαδικασίας για την σύναψη συμφωνίας-πλαίσιο. Επίσης, ο ισχυρισμός της περί μη έγκρισης της συμφωνίας-πλαίσιο από το Ελεγκτικό Συνέδριο είναι εντελώς υποθετικός, δεν μπορεί να πιθανολογηθεί στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού και ως εκ τούτου προβάλλεται απαραδέκτως.

Σε κάθε περίπτωση, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί αναρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής είναι απορριπτέοι και ως αβάσιμοι, διότι η ... έχει προβεί στις νόμιμες ενέργειες όπως αυτές καθορίζονται στη διάταξη του άρθρου 4 του Ν. 4865/2021. Επίσης, στην υπ' αριθμ. .../.../7.4.2023 απόφαση της αναπληρώτριας ... (ΦΕΚ Β'10-4-2023) με την οποία ορίστηκε ότι η ..., ως Εθνική Κεντρική Αρχή Αγορών (Ε.Κ.Α.Α.) ασκεί για τα έτη 2023-2024 κεντρικές δραστηριότητες αγορών, μέσω της διενέργειας ανοικτών διαδικασιών σύναψης συμφωνιών-πλαίσιο, εκτός άλλων, για την κάλυψη αναγκών των φορέων του άρθρου 7 του Ν. 4865/2021 σχετιζόμενων με τις υπηρεσίες διαχείρισης ..., αναφέρεται αναλυτικά το διαδικαστικό ιστορικό που προηγήθηκε της έκδοσης της εν λόγω υπουργικής απόφασης με αποτέλεσμα να αποδεικνύεται ότι οι αντίθετοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι αβάσιμοι. Εξάλλου, η προσβαλλόμενη διακήρυξη εκδόθηκε και αναρτήθηκε στις 10.05.2023, ήτοι μετά την έκδοση της προαναφερομένης, υπ' αριθ. .../.../7.4.2023 απόφασης της αναπληρώτριας Τέλος, ο ισχυρισμός

της περί βλάβης λόγω δαπανών για συμπληρωματικό εξοπλισμό (πχ φορτηγά οχήματα ψυγεία) που αφορά προσωπικό και έξοδα φακέλου που θα υποστεί, είναι αβάσιμος, διότι οι εν λόγω δαπάνες σχετίζονται με την επιχειρηματική δραστηριότητα της προσφεύγουσας.

11. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη διότι κατά παράβαση των οριζόμενων στην παρ. 7 του άρθρου 41 του Ν. 4412/2016, έχει λάβει χώρα χωρίς την προηγούμενη υποβολή προγράμματος συμβάσεων προς την ... εκ μέρους των αναθετουσών αρχών. Η παρανομία αυτή, όπως ισχυρίζεται θα οδηγήσει στην ακυρότητα της σύμβασης λόγω του ότι δεν θα εγκριθεί από το Ελεγκτικό Συνέδριο. Επίσης, αναφέρει ότι η μη έκδοση της ΚΥΑ για το περιεχόμενο του προγράμματος συμβάσεων και η ίδια η έλλειψη του προγράμματος καθιστά όλως δυσχερή τη σύνταξη της οικονομικής της προσφοράς. Τέλος, ισχυρίζεται ότι δεν έχει εκδοθεί η προβλεπόμενη κοινή υπουργική απόφαση περί διαδικασίας υποβολής και δημοσίευσης συμβάσεων, γεγονός το οποίο επίσης επιφέρει την ίδια έννομη συνέπεια της ακυρότητας.

12. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον δεύτερο λόγο: Αρχικά, όπως εκτέθηκε αναλυτικά στη σκέψη 7 της παρούσας απόφασης, ο ισχυρισμός της περί μη έγκρισης της συμφωνίας-πλαίσιο από το Ελεγκτικό Συνέδριο είναι εντελώς υποθετικός, δεν μπορεί να πιθανολογηθεί στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού και ως εκ τούτου προβάλλεται απαραδέκτως. Επίσης, η προσφεύγουσα αορίστως και ως εκ τούτου απαραδέκτως προβάλλει ότι η ανυπαρξία προγράμματος συμβάσεων την εμποδίζει από το να υποβάλει παραδεκτή προσφορά και τούτο διότι αναφέρει απλώς ότι αν είχε τηρηθεί η νόμιμη διαδικασία θα γνώριζε καλύτερα τα δεδομένα του διαγωνισμού χωρίς να αποδεικνύει ότι όλα όσα αναφέρονται ήδη στη διακήρυξη δεν επαρκούν για τη σύνταξη μίας βάσιμης και ρεαλιστικής προσφοράς και για ποιο λόγο η έλλειψη ετήσιου προγράμματος συμβάσεων, δηλαδή ενός προγράμματος που χρονικά εκφεύγει, ούτως ή άλλως, των χρονικών ορίων του αντικειμένου του διαγωνισμού, την εμποδίζει να υποβάλει προσφορά.

Περαιτέρω και σε κάθε περίπτωση, η προσφεύγουσα αβάσιμα ισχυρίζεται ότι δεν έχει λάβει χώρα προγραμματισμός συμβάσεων πριν την έκδοση της διακήρυξης διότι η ... δεν αποτελεί αναθέτουσα αρχή, κατά την έννοια των όρων του άρθρου 41, περ.7 γ' του Ν.4412/16, ώστε να υποβάλλει πρόγραμμα συμβάσεων στην ΕΚΑΑ, αλλά αντιθέτως είναι η ίδια ΕΚΑΑ και ως εκ τούτου ο νόμος δεν θέτει τέτοια προϋπόθεση για την εγκυρότητα της διακήρυξης. Επίσης, αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι δεν μπορεί να υποβάλει οικονομική προσφορά επειδή δεν είναι γνωστές οι ήδη υφιστάμενες ανά ... όμοιες συμβάσεις και οι ημερομηνίες ολοκλήρωσης αυτών, με συνέπεια να μην προκύπτουν με σαφήνεια οι αναμενόμενες ανάγκες των ... και τούτο διότι στην προσβαλλόμενη διακήρυξη ορίζεται ο προβλεπόμενος χρόνος ισχύος της συμφωνίας-πλαίσιο, ενώ οι συναπτόμενες στη διάρκεια αυτής εκτελεστικές συμβάσεις δύνανται να εκτείνονται χρονικά και μετά την λήξη της. Επιπροσθέτως στο Παράρτημα II αυτής, προσδιορίζονται με σαφήνεια ανά ... και ... οι εκτιμώμενες ετήσιες ποσότητες όλων των κατηγοριών αποβλήτων. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο δεύτερος λόγος πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό του.

13. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη διότι είναι εσφαλμένη η μεθοδολογία εκτίμησης προδιαγραφών και τιμών. Ειδικότερα ισχυρίζεται ότι οι προδιαγραφές και οι τιμές που περιλαμβάνονται στην διακήρυξη προέκυψαν βάσει αφενός του «ιστορικού αναλώσεων» των ... και αφετέρου της ανάλυσης που κατέθεσε η επιτροπή προδιαγραφών, ενώ σύμφωνα με αυτήν, βάση τιμολόγησης αποτελούν οι τιμές του παρατηρητηρίου τιμών του Υπουργείου Συγκεκριμένα αναφέρει ότι η αναθέτουσα αρχή υιοθέτησε εσφαλμένη μεθοδολογία για τον προϋπολογισμό της τιμής μονάδας διαχείρισης των ... ορίζοντας τιμή, την οποία προσαυξάνει κλιμακωτά ανάλογα με τη χιλιομετρική απόσταση των υγειονομικών μονάδων από την έδρα της υγειονομικής περιφέρειας και όχι, όπως έπρεπε, από την μονάδα επεξεργασίας που θα αναλάβει το έργο. Επίσης, αναφέρει ότι δεν έχουν ληφθεί υπόψη οι πραγματικές ανάγκες των Υγειονομικών Μονάδων σχετικά με τα απόβλητα, αφού αυτές έχουν καθοριστεί απολογιστικά, βάσει των αναγκών/ αναλώσεων που δήλωσαν τα ..., χωρίς όμως να συνεκτιμάται ότι τα στοιχεία αυτά στηρίζονται σε αναλώσεις αυξημένες λόγω της προηγηθείσας πανδημίας

Covid-19, ενώ δεν έχει τηρηθεί ούτε η διαδικασία προγραμματισμού των αναγκών των ... σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 41 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

14. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω τρίτο λόγο: Αρχικά, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι είναι δυσχερής η σύνταξη της οικονομικής προσφοράς της προβάλλονται αορίστως και ως εκ τούτου απαραδέκτως, διότι δεν αποδεικνύει ειδικότερα με ποιο τρόπο εμποδίζεται να υποβάλει την οικονομική της προσφορά βάσει της μεθόδου που ορίζει η διακήρυξη και για ποιο λόγο εμποδίζεται εκ του γεγονότος αυτού η δυνατότητα συμμετοχής της στο διαγωνισμό, αφού δεν αναφέρει αν διαθέτει μονάδα επεξεργασίας και σε ποιο μέρος βρίσκεται, ώστε να προκύπτει η πιθανή βλάβη της από την κλιμακωτή προσαύξηση της τιμής μονάδος ανάλογα με τη χιλιομετρική απόσταση των υγειονομικών μονάδων. Επιπροσθέτως, αόριστα και απαράδεκτα στρέφεται κατά του τρόπου υπολογισμού των αποβλήτων αφού δεν αναφέρει συγκεκριμένα στοιχεία, με τα οποία να αποδεικνύει ότι οι υπολογισμοί της αναθέτουσας αρχής είναι λανθασμένοι και δεν εξηγεί με ποιο τρόπο βλάπτεται από τους συγκεκριμένους όρους της διακήρυξης.

Περαιτέρω, σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή στο Παράρτημα II της διακήρυξης έχει καθορίσει αναλυτικά τη μεθοδολογία κοστολόγησης και υπολογισμού των αποστάσεων ανά τμήμα και υγειονομική μονάδα, σε σχέση με την παροχή των ζητούμενων υπηρεσιών. Όπως βάσιμα ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, η επιλογή ως βάση τιμής εντός 50 χιλιομέτρων από την έδρα της εκάστοτε ..., έγινε με αντικειμενικά κριτήρια διότι τα μεγαλύτερα ... σε κάθε ... που είναι και οι μεγαλύτεροι παραγωγοί ..., είναι εντός αυτής της χιλιομετρικής απόστασης από την έδρα της Με τον τρόπο αυτό διασφαλίζεται ενιαία χαμηλότερη τιμή για όλους τους μεγάλους παραγωγούς σε όλες τις ..., ανεξαρτήτως της απόστασης της προτεινόμενης εγκατάστασης επεξεργασίας των αποβλήτων του μειοδότη. Επίσης, οι όγκοι που θα αναφερθούν στην εκτελεστική σύμβαση που θα υπογράψει η κάθε ..., θα αφορά τις πραγματικές της ανάγκες και θα καθοριστούν την στιγμή της υπογραφής των εκτελεστικών. Άρα δεν θα προκύψει ανάγκη υπέρβασης των ποσοτήτων που θέτει η διακήρυξη, ενώ παράλληλα η σύγκριση μεταξύ των

αναδόχων γίνεται στην τιμή μονάδας (κιλού) και όχι βάσει ποσοτήτων. Επομένως, προκύπτει ότι έχει υπολογιστεί με σαφή τρόπο η τιμή μονάδας διαχείρισης των αποβλήτων αλλά και το κόστος εκτέλεσης της σύμβασης, με αποτέλεσμα να καθίσταται δυνατή η σύνταξη οικονομικής προσφοράς από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο τρίτος λόγος της υπό κρίση προσφυγής πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό του.

15. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον τέταρτο λόγο ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη διότι από τους όρους 2.2.8 και 1.3.4 αυτής, συνάγεται ότι για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό και αναφορικά με τα ... και τα ... τουλάχιστον, απαιτείται αναγκαστικά η σύμπραξη (με τη μορφή της Κοινοπραξίας ή της Ένωσης) με την εταιρεία «...». Με τον τρόπο όμως αυτό παρέχεται αθέμιτα ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στην παραχωρησιούχο εταιρεία «...», η οποία διαχειρίζεται τον αποτεφρωτήρα του ... βάσει της σύμβασης παραχώρησης και η οποία κατέχει με τον τρόπο αυτό δεσπόζουσα θέση στην συναφή «αγορά». Επίσης, ισχυρίζεται ότι ο όρος 2.2.8.1. είναι αντιφατικός και έρχεται σε σύγκρουση με άλλα σημεία του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης, τα οποία προβλέπουν ότι ο συμμετέχων μπορεί για την εκτέλεση κάποιου τμήματος του έργου διαχείρισης των ..., ... ή/και ... να συνεργάζεται και με τρίτους οικονομικούς φορείς που πληρούν τα οριζόμενα κριτήρια επιλογής και διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους.

16. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω τέταρτο λόγο: Τα άρθρα 2.2.8., 2.4.6 και 4.4 της διακήρυξης ορίζουν ότι οι προσφέροντες μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες τρίτων για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής των άρθρων 2.2.5 και 2.2.6, αλλά και να αναθέτουν σε υπεργολάβους την εκτέλεση τμήματος της υπό ανάθεση σύμβασης, χωρίς να αποκλείεται να στηρίζονται στις ικανότητες των υπεργολάβων τους. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται εν προκειμένω ότι σύμφωνα με το άρθρο 2.2.8.1 ο ανάδοχος της υπό κρίση σύμβασης πρέπει υποχρεωτικά να συμπράξει με την εταιρεία «...», στην οποία έχει ανατεθεί από τον ... η λειτουργία της Μονάδας Θερμικής Επεξεργασίας των ... στο ΧΥΤΑ ..., που είναι και η μόνη υφιστάμενη στην Ελλάδα, με αποτέλεσμα να μην μπορεί να υποβάλει η ίδια

προσφορά αφού πρέπει να περιλαμβάνεται και η διαχείριση των ... και Όμως ο ισχυρισμός της αυτός είναι αβάσιμος, διότι αφενός από κανένα άρθρο της διακήρυξης δε συνάγεται ότι είναι υποχρεωτική η σύμπραξη με την «...», αφετέρου η συμμετοχή της εν λόγω εταιρείας είναι δυνατή και όχι υποχρεωτική. Περαιτέρω, η υποχρεωτική από τη διακήρυξη επεξεργασία των ... και ... με τη μέθοδο της αποτέφρωσης βασίζεται στην υπ' αριθμ. 146163/2012 (ΦΕΚ Β, 1537/8.5.2012) «Μέτρα και όροι για τη διαχείριση αποβλήτων υγειονομικών μονάδων», η οποία αποτελεί το θεσμικό πλαίσιο και αναγκαία προϋπόθεση για την προστασία του περιβάλλοντος και της δημόσιας υγείας. Η προσφεύγουσα δεν δηλώνει ότι διαθέτει αδειοδοτημένη μονάδα αποτέφρωσης αλλά ούτε επίσης αποδεικνύει ή αναφέρει ότι επιχείρησε να συμπράξει με την αδειοδοτημένη προς τούτο εταιρεία «...» και η τελευταία της αρνήθηκε τη στήριξη, με αποτέλεσμα να μην έχει τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς. Τέλος, όσον αφορά τον ισχυρισμό της περί ασάφειας του όρου 2.2.8.1 της διακήρυξης, πρέπει επίσης να απορριφθεί ως αβάσιμος, διότι από τη συνδυαστική επισκόπηση των υπόλοιπων όρων του άρθρου 2.2.8 σε συνδυασμό με τα άρθρα 2.4.6 και 4.4 της διακήρυξης, συνάγεται ευχερώς ότι έχει οριστεί η δυνατότητα στήριξης του προσφέροντος στις ικανότητες τρίτων καθώς και η δυνατότητα χρήσης υπεργολάβου και ουσιαστικά ο ανάδοχος της σύμβασης είναι ο υπόχρεος απέναντι στην αναθέτουσα αρχή χωρίς να απαλλάσσεται από τις συμβατικές του ευθύνες και υποχρεώσεις λόγω της πιθανής αυτής στήριξής του σε υπεργολάβο ή τρίτους.

Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι και ο τέταρτος λόγος της υπό κρίση προσφυγής πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό του.

17. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πέμπτο λόγο ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη διότι υπάρχει αοριστία ως προς τη διάρκεια των εκτελεστικών συμβάσεων. Ειδικότερα, αναφέρει ότι το άρθρο 1.3.6 είναι αόριστο ως προς τον καθορισμό της διάρκειας των εκτελεστικών συμβάσεων. Επίσης, ισχυρίζεται ότι το άρθρο 1.3.5 υποχρεώνει τους διαγωνιζόμενους να συντάξουν την οικονομική τους προσφορά, αλλά έχοντας ως δεδομένο ότι είναι άγνωστος ο χρονικός ορίζοντας που θα συνεχίζονται οι εκτελεστικές συμβάσεις (αφού δεν υπάρχει μέγιστη διάρκεια σε αυτές), δεν θα δικαιούνται αναπροσαρμογής για κανέναν λόγο και θα πρέπει να σταθμίσουν τυχόν αυξήσεις σε εργατικά, καύσιμα, ηλεκτρική ενέργεια κλπ για ένα

διάστημα που μπορεί να ξεπερνά τα 4 έτη και να αγγίζει τα οκτώ (8) έτη ή περισσότερα. Ακόμη δε κι αν θεωρηθεί ότι υφίσταται το δεδομένο ανάλωσης του συμβατικού τιμήματος, αυτό είναι ενδεικτικό, δεν υφίστανται δεσμεύσεις εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ότι οι ανάδοχοι, μέχρι την ολοκλήρωση της συμφωνίας-πλαίσιο, θα συνάψουν εκτελεστικές συμβάσεις με όλα τα ... και για ποιες ποσότητες.

18. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω πέμπτο λόγο: Αρχικά, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά του άρθρου 1.3.6 της διακήρυξης και ισχυρίζεται ότι είναι αόριστο ως προς τον καθορισμό της διάρκειας των εκτελεστικών συμβάσεων, με αποτέλεσμα μελλοντικά αυτό να οδηγήσει σε κλείσιμο της αγοράς και οικονομικό μαρασμό όποιου υποψήφιου δεν κερδίσει τμήμα των υπηρεσιών. Ο εν λόγω ισχυρισμός της προσφεύγουσας όμως είναι αόριστος και ως εκ τούτου απαραδέκτως προβαλλόμενος, διότι δεν αποδεικνύει τη βλάβη που της προκαλείται εκ της υποτιθέμενης αυτής πλημμέλειας της διακήρυξης, όσον αφορά τη δυνατότητα συμμετοχής της στον υπό κρίση διαγωνισμό. Επιπροσθέτως, ο ισχυρισμός της περί μελλοντικού κλεισίματος της αγοράς και οικονομικού μαρασμού είναι εντελώς υποθετικός, δεν μπορεί να πιθανολογηθεί στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού και ως εκ τούτου προβάλλεται απαραδέκτως. Σε κάθε περίπτωση μάλιστα οι ως άνω ισχυρισμοί προβάλλονται και αβάσιμα, διότι από τα άρθρα 4.3.1, 6.1 και 6.2, συνάγεται ότι υπάρχει πρόβλεψη για συγκεκριμένο προγραμματισμό αφού τα ... έχουν τη δυνατότητα να υπογράφουν για κάθε έτος της συμφωνίας-πλαίσιο από μία (1) έως τρεις (3) εκτελεστικές συμβάσεις ανά τμήμα, ανάλογα με την εκάστοτε διαμόρφωση των αναγκών τους.

Περαιτέρω, όσον αφορά τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας κατά του άρθρου 1.3.5 της διακήρυξης σχετικά με την αναπροσαρμογή, είναι επίσης αόριστος και ως εκ τούτου απαραδέκτως προβαλλόμενος, διότι δεν αποδεικνύει τη βλάβη που της προκαλείται εκ της υποτιθέμενης αυτής πλημμέλειας της διακήρυξης, όσον αφορά τη δυνατότητα συμμετοχής της στον υπό κρίση διαγωνισμό. Σε κάθε περίπτωση είναι απορριπτέος και ως αβάσιμος, διότι ο υπό κρίση διαγωνισμός αφορά παροχή υπηρεσιών και όχι σύμβαση προμήθειας, με αποτέλεσμα η εφαρμογή του όρου αναπροσαρμογής να επαφίεται στην ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής

Αριθμός Απόφασης: 1159/2023

σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 10 του Ν. 4412/2016. Επίσης, εάν η αναπροσαρμογή των τιμών οφείλεται σε συνήθη γεγονότα, κάθε διαγωνιζόμενος μπορεί να τα εκτιμήσει και να συντάξει κατάλληλα την προσφορά του, ενώ εάν κατά την εκτέλεση της συμφωνίας- πλαίσιο συντρέξει ανάγκη αναπροσαρμογής των τιμών ενόψει απρόβλεπτων γεγονότων, η συμφωνία- πλαίσιο θα τροποποιηθεί καταλλήλως (άρθρο 6.2 της διακήρυξης) και στην περίπτωση αυτή ο διαγωνιζόμενος δεν δεσμεύεται από την επίμαχη ρήτρα του άρθρου 1.3.5 της διακήρυξης.

Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο πέμπτος λόγος της υπό κρίση προσφυγής πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό του.

19. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

20. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται τις παρεμβάσεις.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 12 Ιουλίου 2023 και εκδόθηκε στις 31 Ιουλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ