

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 30 Σεπτεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αθηνά Μπουζιούρη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Αικατερίνη Ζερβού, σε αναπλήρωση του Μέλους Ελευθερίας Καλαμιώτη δυνάμει της υπ' αριθ. 64/2022 Πράξης Προέδρου ΕΑΔΗΣΥ, και Βικτωρία Πισμίρη, σε αναπλήρωση του Μέλους Ειρήνης Αποκάρδου δυνάμει της υπ' αριθ. 63/2022 Πράξης Προέδρου ΕΑΔΗΣΥ, Μέλη.

Για να εξετάσει, σε συμμόρφωση με την υπ' αριθ. .../2022 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας (Τμήμα Δ'), την από 1/3/2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 334/1-3-2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» που εδρεύει στον ..., οδός ..., αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του (... ..), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθ. .../5.0/2022 Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία προκηρύχθηκε δημόσιος ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την παραχώρηση υπηρεσιών συλλογής και διαχείρισης στερεών αποβλήτων και καταλοίπων φορτίου των πλοίων που καταπλέουν στην θαλάσσια περιοχή αρμοδιότητας της

Υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης παρεμβαίνει ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «... ..» και τον διακριτικό τίτλο «... ..» που εδρεύει στον ..., ... αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια Αθηνά Μπουζιούρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: Σ1482/2022

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είχε καταβληθεί, εισπραχθεί και δεσμευθεί το νόμιμο, κατ' άρθρα 363 Ν. 4412/2016 και 5 ΠΔ 39/2017, παράβολο ποσού 7.500,00 ευρώ, το οποίο υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ποσού 1.500.000,00 ευρώ άνευ ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικών παραβόλων: ... και ...).

2. Επειδή, με την .../2021 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου (ΔΣ) της οριστικοποιήθηκε ο περιορισμός του αριθμού των παρόχων της λιμενικής υπηρεσίας συλλογής αποβλήτων και καταλοίπων φορτίου πλοίων κατ' επίκληση των διατάξεων του Κανονισμού 2017/352 *‘για τη θέσπιση πλαισίου όσον αφορά την παροχή λιμενικών υπηρεσιών και κοινών κανόνων για τη χρηματοοικονομική διαφάνεια των λιμένων’* (L57/3.3.2017). Εξάλλου, με την υπ' αριθ. .../2022 απόφασή του το ίδιο όργανο του αναθέτοντος φορέα ματαίωσε την αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία που είχε προκηρυχθεί με την προγενέστερη .../2021 διακήρυξη λόγω σφαλμάτων και ασαφειών που είχαν εμφιλοχωρήσει στο σχετικό κείμενο, ενέκρινε τους όρους της προκείμενης Διακήρυξης και επαναπροκήρυξε δημόσιο ανοιχτό διεθνή διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης «Παραχώρησης υπηρεσιών συλλογής και διαχείρισης στερεών αποβλήτων και κατάλοιπων φορτίου των πλοίων που καταπλέουν στην θαλάσσια περιοχή αρμοδιότητας της», εκτιμώμενης αξίας 1.500.000 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, για χρονική διάρκεια τριών (3) ετών. Η υπ' αριθ. .../5.0/24.1.2022 διακήρυξη απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα προς δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της ΕΕ στις 28.1.2022, δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 4.2.2022 και ακολούθως αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ. Επίσης, περίληψή της δημοσιεύθηκε σε ελληνικές εφημερίδες και αναρτήθηκε στον ιστότοπο διαύγεια. Κατά της ως άνω Διακήρυξης η προσφεύγουσα εταιρεία άσκησε ενώπιον της ΑΕΠΠ (ήδη ΕΑΔΗΣΥ) τη με ΓΑΚ 334/1-3-2022 προδικαστική προσφυγή προβάλλοντας ότι, παρά το γεγονός ότι η ίδια δραστηριοποιείται στον συγκεκριμένο επιχειρηματικό τομέα και προτίθεται να υποβάλει προσφορά στον προκείμενο διαγωνισμό, οι πληττόμενοι με την προδικαστική προσφυγή της όροι της προσβαλλόμενης Διακήρυξης καθιστούν αδύνατη, άλλως ουσιωδώς δυσχερή, την συμμετοχή της στον διαγωνισμό. Η προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας απορρίφθηκε κατά πλειοψηφία με την υπ' αριθ. 626/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ ως εκπροθέσμως

Αριθμός απόφασης: Σ1482/2022

ασκηθείσα. Κατά της ανωτέρω απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ η προσφεύγουσα άσκησε αίτηση ακύρωσης και αναστολής ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας. Με την υπ' αριθ. 1564/2022 απόφαση του Δικαστηρίου έγινε δεκτή η αίτηση ακύρωσης, ακυρώθηκε η υπ' αριθ. 626/2022 απόφαση του 1^{ου} Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ και αναπέμφθηκε η υπόθεση στην Αρχή, προκειμένου να εξεταστεί η προδικαστική προσφυγή επί της ουσίας.

3. Επειδή, κατόπιν της αναπομπής της υπόθεσης, με την υπ' αριθ. 1912/2022 Πράξη Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

4. Επειδή, με τη διάταξη του άρθρου 3 παρ. 1 Ν. 4912/2022 (ΦΕΚ Α' 59/17.03.2022), με έναρξη ισχύος κατ' άρθρο 30 του ίδιου Νόμου από τη δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, η «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)» του Ν. 4412/2016 (Α' 147) μετονομάστηκε σε «Ενιαία Αρχή Δημόσιων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ)», ενώ με τη διάταξη του άρθρου 17 παρ. 2 Ν. 4912/2022 ορίστηκε ότι *«μέχρι την έκδοση της πράξης διορισμού Προέδρου και τουλάχιστον έξι (6) Συμβούλων της Ενιαίας Αρχής Δημόσιων Συμβάσεων του άρθρου 347 του ν. 4412/ 2016 και τη συγκρότηση Κλιμακίων σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 353 και την περ. ε' της παρ. 1 του άρθρου 356 του ν. 4412/2016, οι εκκρεμείς ενώπιον της Αρχής διαδικασίες εξέτασης προδικαστικών προσφυγών συνεχίζονται και ολοκληρώνονται από τα Κλιμάκια με τη σύνθεση που έχουν κατά την έναρξη ισχύος του παρόντος»*. Κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του παρόντος Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις και τις διατάξεις των άρθρων 365 Ν. 4412/2016, 13 ΠΔ 39/2017 όπως ισχύουν.

5. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, σε συμμόρφωση με την ανωτέρω απόφαση του Δικαστηρίου, το παρόν Κλιμάκιο επιλαμβάνεται της υπόθεσης, προκειμένου να εξετάσει τους προβαλλόμενους με την προδικαστική προσφυγή λόγους ακύρωσης της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, ήτοι ότι: α) συντρέχει ασάφεια ως προς τον χρόνο έναρξης ισχύος της σύμβασης, με συνέπεια να είναι ασαφές το φυσικό και οικονομικό αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, β) η απαιτούμενη σύμφωνα με την παράγραφο 3.2.3.α' της Διακήρυξης εμπειρία των υποψηφίων κατά το μέρος που ορίζει ότι οι υποψήφιοι πρέπει να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον δύο (2) συμβάσεις

Αριθμός απόφασης: Σ1482/2022

συναφούς αντικειμένου κατά την τελευταία πενταετία σε λιμένες που εμφανίζουν κίνηση αντίστοιχη με τον θέτει όρο που περιορίζει υπέρμετρα τον ανταγωνισμό, γ) η παρ. 3.2.2.γ' της Διακήρυξης, στην οποία τίθεται όρος σχετικά με την χρηματοοικονομική επάρκεια του υποψηφίου και συγκεκριμένα ζητείται ορισμένος ειδικός ετήσιος κύκλος εργασιών κατά τις τρεις τελευταίες χρήσεις, περιορίζει επίσης υπέρμετρα τον ανταγωνισμό, λαμβανομένου υπόψη ότι σύμφωνα με τους όρους 3.2.1.2 και 3.2.1.3 οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στην ένδικη διαδικασία απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού να είναι εγγεγραμμένοι στο Ηλεκτρονικό Μητρώο Αποβλήτων του άρθρου 2 της ΚΥΑ 4394/4026/2016, απαίτηση που αποκλείει εν τοις πράγμασι τη σύμπραξη με αλλοδαπό φορέα, ο οποίος ενδεχομένως πληροί την επίμαχη απαίτηση χρηματοοικονομικής επάρκειας, δ) το υπόδειγμα τιμολογίου προσφοράς δεν συμβαδίζει πλήρως με τους όρους της Διακήρυξης και επομένως δεν είναι δυνατή η υποβολή οικονομικής προσφοράς κατά συνεκτίμηση όλων των απαιτήσεων.

6. Επειδή, οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια κατά τον καθορισμό των ειδικότερων κριτηρίων και απαιτούμενων επιπέδων οικονομικής-χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας, ώστε να διασφαλίζεται η άρτια εκτέλεση της σύμβασης και δι' αυτής η επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού δημοσίου συμφέροντος, τηρώντας παράλληλα τις αρχές της ισότητας και της αναλογικότητας. Ειδικότερα, σύμφωνα με την κατ' άρθρο 18 Ν. 4412/2016 εφαρμοστέα στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων αρχή της αναλογικότητας, οι οριζόμενες από τη Διακήρυξη ελάχιστες απαιτήσεις συμμετοχής, οι οποίες, από την φύση τους, μειώνουν τον αριθμό των δυνάμενων να υποβάλουν προσφορά, πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίες και πρόσφορες για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. Επιπροσθέτως, οι εν λόγω απαιτήσεις πρέπει να είναι συναφείς με το αντικείμενο της σύμβασης και να μην περιορίζουν την ελευθερία του ανταγωνισμού υπέρμετρα ή τεχνητά, με σκοπό την αδικαιολόγητα ευμενή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων (βλ. ΕΑΣΤΕ 117/2021, 335/2019, 203/2018, πρβλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio

Αριθμός απόφασης: Σ1482/2022

stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ). Και ναι μεν όπως έχει κριθεί, η Διακήρυξη, ως κανονιστική πράξη, δεν απαιτείται να φέρει αιτιολογία (ΣΤΕ 434/2021, 1463/2015), αλλά η κατ' ενάσκηση διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής επιλογή των κατά τα άνω ελάχιστων απαιτήσεων συμμετοχής είναι αιτιολογητέα, προκειμένου να καθίσταται εφικτός ο έλεγχος της νόμιμης άσκησης της διακριτικής ευχέρειας και της τήρησης των άκρων ορίων αυτής (πρβλ ΟΛΣΤΕ 721/1969), εν προκειμένω δε και της τήρησης της αρχής της αναλογικότητας από τον αναθέτοντα φορέα. Στην περίπτωση δε αμφισβήτησης των κανονιστικών όρων Διακήρυξης ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, ενόψει του ότι η κανονιστικού χαρακτήρα Διακήρυξη δεν φέρει υποχρεωτικά αιτιολογία, η επιλογή των πληττόμενων απαιτήσεων μπορεί να προκύπτει από τον φάκελο ή να παρατίθεται με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής (πρβλ. ΔΕφΠειρ 44/2018).

7. Επειδή, περαιτέρω, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 Ν. 4412/2016, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ο προσφεύγων βάλλει κατά όρου της Διακήρυξης με έννομο συμφέρον, αυτός θα πρέπει να επικαλεστεί άμεση βλάβη προκαλούμενη από τον πληττόμενο όρο, ο οποίος παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την (λυσίτελή) συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. Ε.Α. 352/2018, 86/2018 κ.ά.). Συνεπώς, ως επίκληση βλάβης, υπό την έννοια αυτή, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση και ανάδειξη των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων στοιχείων, που αφορούν την νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, και ως εκ των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (πρβλ. ΕΑΣΤΕ 146-148/2016 Ολ., 1140, 1137, 977/2010, 1149, 1102-3, 1046-7/2009, 14/2006 κ.α.). Η κατά τα ανωτέρω

Αριθμός απόφασης: Σ1482/2022

επίκληση βλάβης προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος προς άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της διακήρυξης απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητά της όσο και κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων αυτής (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 352/2018, 86/2018).

8. Επειδή, η υπό παραχώρηση εν προκειμένω υπηρεσία διέπεται από τις διατάξεις του Κανονισμού (ΕΕ) 2017/352 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου (L 57) για τη θέσπιση πλαισίου όσον αφορά την παροχή λιμενικών υπηρεσιών και κοινών κανόνων για τη χρηματοοικονομική διαφάνεια των λιμένων (βλ. άρθρο 1.3.2.χxi της Διακήρυξης). Ο ανωτέρω Κανονισμός ορίζει, μεταξύ άλλων, τα εξής: «*Άρθρο 1. Αντικείμενο και πεδίο εφαρμογής. 1. Ο παρών κανονισμός θεσπίζει: α) πλαίσιο για την παροχή λιμενικών υπηρεσιών· β) κοινούς κανόνες σχετικά με τη χρηματοοικονομική διαφάνεια και τα τέλη λιμενικών υπηρεσιών και λιμενικών υποδομών. 2. Ο παρών κανονισμός εφαρμόζεται στην παροχή των ακόλουθων κατηγοριών λιμενικών υπηρεσιών ('λιμενικές υπηρεσίες'), είτε εντός της ζώνης του λιμένα είτε στην πλωτή οδό πρόσβασης προς τον λιμένα: α) [...] ε) συλλογή των αποβλήτων πλοίου και καταλοίπων φορτίου· [...] 7. Ο παρών κανονισμός ισχύει με την επιφύλαξη των οδηγιών του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου 2014/23/ΕΕ και 2014/24/ΕΕ και της οδηγίας 2014/25/ΕΕ. Άρθρο 2. Ορισμοί. Για τους σκοπούς του παρόντος κανονισμού:1) [...] 5) ως 'διαχειριστικός φορέας του λιμένα' νοείται κάθε δημόσιος ή ιδιωτικός φορέας ο οποίος δυνάμει του εθνικού δικαίου ή εθνικών πράξεων αποσκοπεί να ασκεί ή εξουσιοδοτείται να ασκεί, σε τοπικό επίπεδο, σε συνδυασμό ή όχι με άλλες δραστηριότητες, τη διοίκηση και διαχείριση των λιμενικών υποδομών και να εκτελεί ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα καθήκοντα του συγκεκριμένου λιμένα: συντονισμό και διαχείριση της κυκλοφορίας στον λιμένα, συντονισμό των δραστηριοτήτων των φορέων εκμετάλλευσης που βρίσκονται εγκαταστημένοι στον οικείο λιμένα και έλεγχο των δραστηριοτήτων των φορέων εκμετάλλευσης που βρίσκονται εγκαταστημένοι στον οικείο λιμένα· 6) [...] 10) ως 'συλλογή των αποβλήτων πλοίου και καταλοίπων φορτίου' νοείται η παραλαβή αποβλήτων πλοίων ή καταλοίπων φορτίου από οποιαδήποτε σταθερή, πλωτή ή κινητή εγκατάσταση ικανή να δέχεται απόβλητα ή κατάλοιπα φορτίου, κατά τα οριζόμενα στην οδηγία 2000/59/ΕΚ του Ευρωπαϊκού*

Αριθμός απόφασης: Σ1482/2022

Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου· 11) [...] 12) ως 'σύμβαση παροχής λιμενικής υπηρεσίας' νοείται η επίσημη και νομικά δεσμευτική συμφωνία ή άλλη πράξη αντίστοιχου νομικού αποτελέσματος μεταξύ ενός παρόχου λιμενικών υπηρεσιών και ενός διαχειριστικού φορέα του λιμένα ή αρμόδιας αρχής, η οποία έχει ως αντικείμενο την παροχή μίας ή περισσότερων λιμενικών υπηρεσιών, με την επιφύλαξη του τρόπου ορισμού των παρόχων λιμενικών υπηρεσιών· 13) ως 'πάροχος λιμενικών υπηρεσιών' νοείται κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο που παρέχει, ή επιθυμεί να παρέχει, έναντι αμοιβής μία ή περισσότερες κατηγορίες λιμενικών υπηρεσιών· [...] Άρθρο 3. Οργάνωση λιμενικών υπηρεσιών. 1. Σύμφωνα με τον παρόντα κανονισμό, η πρόσβαση στην αγορά για την παροχή λιμενικών υπηρεσιών σε θαλάσσιους λιμένες μπορεί να υπόκειται σε: α) ελάχιστες απαιτήσεις για την παροχή λιμενικών υπηρεσιών· β) περιορισμούς στον αριθμό των παρόχων· γ) υποχρεώσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας· δ) περιορισμούς σχετικά με τους εγχώριους φορείς. 2. Τα κράτη μέλη μπορούν να αποφασίσουν στο πλαίσιο του εθνικού τους δικαίου να μην επιβάλουν καμία από τις προϋποθέσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1 σε μία ή σε περισσότερες κατηγορίες λιμενικών υπηρεσιών. 3. Οι όροι της πρόσβασης στα μέσα, τις εγκαταστάσεις και τον εξοπλισμό του λιμένα είναι δίκαιοι, εύλογοι και δεν εισάγουν διακρίσεις. Άρθρο 4. Ελάχιστες απαιτήσεις για την παροχή λιμενικών υπηρεσιών. 1. Ο διαχειριστικός φορέας του λιμένα ή η αρμόδια αρχή δύναται να απαιτήσει από τους παρόχους λιμενικών υπηρεσιών, συμπεριλαμβανομένων των υπεργολάβων, τη συμμόρφωσή τους με ελάχιστες απαιτήσεις ως προς την εκτέλεση της αντίστοιχης λιμενικής υπηρεσίας. 2. Οι ελάχιστες απαιτήσεις που ορίζονται στην παράγραφο 1 μπορεί να αφορούν μόνο τα εξής: α) τα επαγγελματικά προσόντα του παρόχου λιμενικών υπηρεσιών, του προσωπικού του ή των φυσικών προσώπων τα οποία διαχειρίζονται πραγματικά και συνεχώς τις δραστηριότητες του παρόχου λιμενικών υπηρεσιών· β) την οικονομική επάρκεια του παρόχου λιμενικών υπηρεσιών· γ) τον εξοπλισμό που απαιτείται για την παροχή της αντίστοιχης λιμενικής υπηρεσίας υπό κανονικές και ασφαλείς συνθήκες και την ικανότητα διατήρησης αυτού του εξοπλισμού στο απαιτούμενο επίπεδο· δ) τη διαθεσιμότητα της αντίστοιχης λιμενικής υπηρεσίας σε όλους τους χρήστες, σε κάθε θέση πλεύρισης και χωρίς διακοπές, νυχθημερόν και καθ' όλη τη

Αριθμός απόφασης: Σ1482/2022

διάρκεια του έτους· ε) τη συμμόρφωση με τις απαιτήσεις ως προς την ασφάλεια των θαλάσσιων μεταφορών ή την ασφάλεια και προστασία του λιμένα ή της πρόσβασης σε αυτόν, των εγκαταστάσεών του, του εξοπλισμού και των εργατών και άλλων προσώπων· στ) τη συμμόρφωση με τις τοπικές, εθνικές, ενωσιακές και διεθνείς περιβαλλοντικές απαιτήσεις· ζ) τη συμμόρφωση με τις υποχρεώσεις στον τομέα του κοινωνικού και εργατικού δικαίου που ισχύει στο κράτος μέλος του οικείου λιμένα, συμπεριλαμβανομένων των όρων των εν ισχύι συλλογικών συμβάσεων, των απαιτήσεων επάνδρωσης και των απαιτήσεων σχετικά με τις ώρες εργασίας και ανάπαυσης των ναυτικών, καθώς και με τους ισχύοντες κανόνες για τις επιθεωρήσεις εργασίας· η) τα εχέγγυα αξιοπιστίας του παρόχου λιμενικών υπηρεσιών, όπως καθορίζονται σύμφωνα με τη σχετική εφαρμοστέα εθνική νομοθεσία, λαμβανομένων υπόψη τυχόν επιτακτικών λόγων αμφισβήτησης της αξιοπιστίας του παρόχου λιμενικών υπηρεσιών. 3. [...] 4. Οι ελάχιστες απαιτήσεις: α) είναι διαφανείς, αντικειμενικές, δεν εισάγουν διακρίσεις, είναι αναλογικές και σχετικές με την κατηγορία και τη φύση της οικείας λιμενικής υπηρεσίας· β) πληρούνται έως ότου λήξει το δικαίωμα παροχής λιμενικής υπηρεσίας. 5. [...] Άρθρο 5. Διαδικασία διασφάλισης της συμμόρφωσης με τις ελάχιστες απαιτήσεις. 1. Ο διαχειριστικός φορέας του λιμένα ή η αρμόδια αρχή αντιμετωπίζει τους παρόχους λιμενικών υπηρεσιών κατά τρόπο διαφανή, αντικειμενικό, ο οποίος δεν εισάγει διακρίσεις και αναλογικό. 2. Ο διαχειριστικός φορέας του λιμένα ή η αρμόδια αρχή χορηγεί ή αρνείται το δικαίωμα παροχής λιμενικών υπηρεσιών βάσει των ελάχιστων απαιτήσεων που καθορίζονται σύμφωνα με το άρθρο 4 εντός ευλόγου χρονικού διαστήματος το οποίο εν πάση περιπτώσει δεν υπερβαίνει τους τέσσερις μήνες από την παραλαβή της αίτησης για τη χορήγηση του εν λόγω δικαιώματος και των απαιτούμενων εγγράφων. [...] Άρθρο 6. Περιορισμοί στον αριθμό των παρόχων λιμενικών υπηρεσιών. 1. Ο διαχειριστικός φορέας του λιμένα ή η αρμόδια αρχή δύναται να περιορίσει τον αριθμό των παρόχων λιμενικών υπηρεσιών για δεδομένη λιμενική υπηρεσία για έναν ή περισσότερους από τους ακόλουθους λόγους: α) σπανιότητα ή αποκλειστική χρήση της γης ή της παράκτιας ζώνης υπό την προϋπόθεση ότι ο περιορισμός είναι σύμφωνος με τις αποφάσεις ή τα σχέδια που συμφωνήθηκαν από τον διαχειριστικό φορέα του λιμένα και, κατά περίπτωση, από κάθε άλλη δημόσια αρχή που είναι

Αριθμός απόφασης: Σ1482/2022

αρμόδια σύμφωνα με το εθνικό δίκαιο· β) η απουσία τέτοιου περιορισμού εμποδίζει την εκπλήρωση των υποχρεώσεων παροχής δημόσιας υπηρεσίας όπως προβλέπονται στο άρθρο 7, μεταξύ άλλων όταν η απουσία αυτή οδηγήσει υπερβολικά υψηλές δαπάνες σχετικά με την εκπλήρωση τέτοιου είδους υποχρεώσεων για τον διαχειριστικό φορέα του λιμένα, την αρμόδια αρχή ή τους χρήστες του λιμένα· γ) η απουσία τέτοιου περιορισμού αντιβαίνει στην ανάγκη να εξασφαλισθούν η ασφάλεια, η προστασία και η περιβαλλοντική βιωσιμότητα των λιμενικών υπηρεσιών· δ) λόγω των χαρακτηριστικών των λιμενικών υποδομών ή του είδους της κυκλοφορίας στον λιμένα, η δραστηριοποίηση πολυάριθμων παρόχων λιμενικών υπηρεσιών στον λιμένα δεν θα ήταν δυνατή· ε) όταν έχει διαπιστωθεί, σύμφωνα με το άρθρο 35 της οδηγίας 2014/25/ΕΕ, ότι ένας λιμενικός τομέας ή υποτομέας, μαζί με τις λιμενικές του υπηρεσίες, ασκεί εντός κράτους μέλους δραστηριότητα η οποία είναι άμεσα εκτεθειμένη στον ανταγωνισμό σύμφωνα με το άρθρο 34 της οδηγίας αυτής. Σε αυτήν την περίπτωση δεν εφαρμόζονται οι παράγραφοι 2 και 3 του παρόντος άρθρου. 2. Με στόχο να δοθεί σε κάθε ενδιαφερόμενο μέρος η ευκαιρία να διατυπώσει παρατηρήσεις εντός εύλογης προθεσμίας, ο διαχειριστικός φορέας του λιμένα ή η αρμόδια αρχή δημοσιεύει κάθε πρόταση για περιορισμό του αριθμού των παρόχων λιμενικών υπηρεσιών σύμφωνα με την παράγραφο 1, μαζί με την αιτιολόγησή της, τουλάχιστον τρεις μήνες πριν από την έκδοση της απόφασης για τον περιορισμό του αριθμού των παρόχων λιμενικών υπηρεσιών. 3. Ο διαχειριστικός φορέας του λιμένα ή η αρμόδια αρχή δημοσιεύει την εκδοθείσα απόφαση για τον περιορισμό του αριθμού των παρόχων λιμενικών υπηρεσιών. 4. Όταν ο διαχειριστικός φορέας του λιμένα ή η αρμόδια αρχή αποφασίζει να περιορίσει τον αριθμό των παρόχων λιμενικής υπηρεσίας, ακολουθείται διαδικασία επιλογής η οποία είναι ανοιχτή προς όλα τα ενδιαφερόμενα μέρη, δεν εισάγει διακρίσεις και είναι διαφανής. [...]». Από το πλέγμα διατάξεων του Κανονισμού, οι οποίες σκοπούν συνολικά στην εξασφάλιση ενός πλαισίου για την παροχή λιμενικών υπηρεσιών και για την διευκόλυνση της πρόσβασης στην σχετική αγορά, προκύπτει ότι προβλέπονται δύο μοντέλα πρόσβασης των οικονομικών φορέων στην αγορά λιμενικών υπηρεσιών. Κατ' αρχήν προβλέπεται ένα «ανοικτό» μοντέλο, το οποίο συνοδεύεται από την ευχέρεια των διαχειριστικών φορέων των λιμένων να προβλέψουν ελάχιστες απαιτήσεις για τη δέουσα εκτέλεση της λιμενικής

Αριθμός απόφασης: Σ1482/2022

υπηρεσίας, όπως, μεταξύ άλλων, επαγγελματικά προσόντα που πρέπει να πληροί ο ενδιαφερόμενος πάροχος λιμενικών υπηρεσιών, απαιτήσεις εξοπλισμού, οικονομικής επάρκειας, συμμόρφωσης με περιβαλλοντικές απαιτήσεις κ.λπ. (βλ. άρθρα 3 και 4 παρ. 2 Κανονισμού). Κατά την εφαρμογή του ανωτέρω μοντέλου διαχείρισης, το οποίο συμβιβάζει την ελευθερία πρόσβασης στην αγορά λιμενικών υπηρεσιών με την ανάγκη αποτελεσματικής, ασφαλούς και περιβαλλοντικά ορθής λιμενικής διαχείρισης, ο διαχειριστικός φορέας του λιμένα χορηγεί δικαίωμα παροχής λιμενικών υπηρεσιών σε κάθε ενδιαφερόμενο πάροχο που πληροί τη δέσμη των επιλεγμένων κατηγοριών ελάχιστων απαιτήσεων (βλ. άρθρα 4 παρ. 2 και 5 παρ. 2 του Κανονισμού). Περαιτέρω, όμως, ο Κανονισμός προβλέπει και τη λειτουργία του μοντέλου περιορισμού της πρόσβασης στην αγορά λιμενικών υπηρεσιών. Στο πλαίσιο εφαρμογής του εν λόγω μοντέλου διαχείρισης θαλασσιών λιμένων ο διαχειριστικός φορέας εκδίδει απόφαση για τον περιορισμό του αριθμού των παρόχων λιμενικών υπηρεσιών σε συγκεκριμένη γεωγραφική περιοχή, για τους λόγους που προβλέπονται στην παρ. 1 του άρθρου 6 του Κανονισμού (οι οποίοι σχετίζονται με τη σπανιότητα της γης ή της παράκτιας ζώνης, τα χαρακτηριστικά των λιμενικών υποδομών ή τη φύση της λιμενικής κυκλοφορίας ή την ανάγκη να εξασφαλιστούν η ασφάλεια, η προστασία και η περιβαλλοντική βιωσιμότητα των λιμενικών εργασιών), μετά την οποία ακολουθεί η κίνηση διαδικασίας επιλογής παρόχου ή παρόχων. Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι στο μεν «ανοικτό» μοντέλο διαχείρισης λιμενικών εργασιών προτάσσεται η ανάγκη επίτευξης, υπό όρους, ελεύθερου ανταγωνισμού στην αγορά λιμενικών υπηρεσιών, ενώ στο μοντέλο περιορισμού της πρόσβασης στην αγορά λιμενικών υπηρεσιών, εξ ορισμού, περιορίζεται η πρόσβαση στην σχετική αγορά, και επομένως και ο ανταγωνισμός, ενόψει των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών που επικρατούν σε ορισμένες γεωγραφικές περιοχές λιμένων (ΣΤΕ 1558/2022).

9. Επειδή, στην προκείμενη περίπτωση η προσφεύγουσα βάλλει κατά του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 3.2.3.α' της Διακήρυξης, σύμφωνα με το οποίο για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτείται οι οικονομικοί φορείς να έχουν εκτελέσει κατά την διάρκεια της τελευταίας πενταετίας πριν τη διενέργειά του τουλάχιστον δύο (2) συμβάσεις αντίστοιχου αντικειμένου διάρκειας κατ' ελάχιστο εικοσιπενσάρων

Αριθμός απόφασης: Σ1482/2022

(24) μηνών έκαστη. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται με την προδικαστική προσφυγή, όπως αυτή συμπληρώνεται με το νομίμως και εμπροθέσμως υποβληθέν στις 21/3/2022 διά της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ υπόμνημά της, ότι ο επίμαχος όρος της Διακήρυξης βαίνει πέραν του αναγκαίου προς το σκοπό της απόδειξης της τεχνικής επάρκειας μέτρου, παραβιάζοντας την αρχή της αναλογικότητας. Και τούτο, διότι, πάντα κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, για την επιλογή κατάλληλου για την εκτέλεση της σύμβασης οικονομικού φορέα θα αρκούσε και η απαίτηση προηγούμενης εκτέλεσης μόνο μίας (1) παρόμοιας σύμβασης. Επιπροσθέτως, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η πληττόμενη απαίτηση της Διακήρυξης περιορίζει δυσανάλογα τον ανταγωνισμό, λαμβανομένου ιδίως υπόψη ότι στην παρούσα φάση, κατά τους ισχυρισμούς της, μόνο τρεις (3) οικονομικοί φορείς παρέχουν αντίστοιχες υπηρεσίες σε μεγάλους ελληνικούς εμπορικούς λιμένες, μεταξύ των οποίων και η ίδια που έχει εκτελέσει και συνεχίζει να εκτελεί μία όμοια σύμβαση στον Λιμένα Ο αναθέτων φορέας, με τις νομίμως και εμπροθέσμως υποβληθείσες στις 14/3/2022 διά της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ απόψεις του, αντιτάσσει στα ανωτέρω ότι η απαίτηση για εκτέλεση τουλάχιστον δύο (2) συμβάσεων είναι ανάλογη του επιδιωκόμενου σκοπού, αφού εξασφαλίζει, με τον ελάχιστο αριθμό των δύο συμβάσεων, την συμμετοχή οικονομικών φορέων με επαρκή εμπειρία, και όχι ευκαιριακή απασχόληση με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, προκειμένου, περαιτέρω, να αναδειχθεί ανάδοχος κατάλληλος για την αδιάλειπτη παροχή της υπό ανάθεση υπηρεσίας που είναι κρίσιμη για την αποφυγή ρύπανσης και την προστασία του φυσικού περιβάλλοντος των λιμένων αρμοδιότητάς της. Η παρεμβαίνουσα προβάλλει ομοίως ότι ο πληττόμενος όρος είναι νόμιμος, συναφής με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και ανάλογος με τον επιδιωκόμενο σκοπό και, επιπροσθέτως, ότι δεν περιορίζει δυσανάλογα τον ανταγωνισμό, καθώς σε ευρωπαϊκό επίπεδο υπάρχει μεγάλος αριθμός εταιρειών που δραστηριοποιούνται στο συγκεκριμένο αντικείμενο. Απαραδέκτως δε η παρεμβαίνουσα υπέβαλε το από 29/9/2022 υπόμνημά της, δεδομένου ότι δεν προβλέπεται από το οικείο κανονιστικό πλαίσιο η υποβολή συμπληρωματικών υπομνημάτων κατόπιν αναπομπής της υπόθεσης με δικαστική απόφαση.

10. Επειδή, το άρθρο 3.2.3.α' της Διακήρυξης ορίζει τα εξής: «Όσον

Αριθμός απόφασης: Σ1482/2022

αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού: (α) κατά την διάρκεια της τελευταίας πενταετίας, πριν από τη διενέργεια του διαγωνισμού, να έχουν εκτελέσει ή να εκτελούν επιτυχώς για χρονικό διάστημα κατ' ελάχιστο εικοσιτεσσάρων (24) μηνών, τουλάχιστον δύο (2) συμβάσεις παροχής Ολοκληρωμένων Υπηρεσιών παραλαβής και διαχείρισης στερεών αποβλήτων και καταλοίπων φορτίου πλοίων σε λιμένες, οι οποίοι εμφανίζουν, έκαστος, τουλάχιστον αντίστοιχη κίνηση με τον λιμένα της ..., ως προς τον αριθμό, το είδος των πλοίων που κατέπλευσαν στο λιμένα, τον αριθμό των πλοίων που παρέδωσαν στερεά απόβλητα και κατάλοιπα φορτίου, τις ποσότητες των παραληφθέντων κατ' είδος στερεών αποβλήτων και καταλοίπων φορτίου. Η επικαλούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα θα πρέπει να προέρχεται από συμβάσεις με το προαναφερόμενο αντικείμενο, τις οποίες ο Προσφέρων είναι είτε ανάδοχος είτε μέλος ένωσης, σύμπραξης ή κοινοπραξίας. Σε περίπτωση που οι οικονομικοί φορείς είναι μέλος ένωσης, σύμπραξης ή κοινοπραξίας η επικαλούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα θα πρέπει να προέρχεται από συμβάσεις που συμμετέχουν ή συμμετείχαν σε ποσοστό τουλάχιστον 50%». Όπως προελέχθη, στην προκείμενη περίπτωση, με την υπ' αριθ. 118/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η οποία δεν προκύπτει από τον φάκελο να έχει μέχρι την εξέταση της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής ακυρωθεί ή ανακληθεί, εγκρίθηκε ο περιορισμός του αριθμού των παρόχων των Λιμενικών Υπηρεσιών συλλογής και διαχείρισης αποβλήτων και καταλοίπων των πλοίων που καταπλέουν στους λιμένες αρμοδιότητας του και συγκεκριμένα σε έναν (1) πάροχο για την κατηγορία των υγρών αποβλήτων και έναν πάροχο (1) για την κατηγορία των στερεών αποβλήτων. Περαιτέρω, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, το εν ισχύ Σχέδιο Παραλαβής και Διαχείρισης Αποβλήτων και Καταλοίπων Φορτίου Πλοίων που καταπλέουν στους Λιμένες αρμοδιότητας της έχει εγκριθεί με την υπ' αριθ. πρωτ. 3122.3-1.7/58768/2021 Απόφαση του Υπουργού Ναυτιλίας και Νησιωτικής Πολιτικής. Σύμφωνα με το εν λόγω Σχέδιο, στην αρμοδιότητα του αναθέτοντος φορέα υπάγονται τριάντα έξι (36) λιμένες διάσπαρτοι σε ολόκληρη την, καθώς επίσης και στους ..., τους ..., την ... και το Εν προκειμένω, λοιπόν, η εφαρμόζει ως προς την πρόσβαση στις λιμενικές υπηρεσίες το

Αριθμός απόφασης: Σ1482/2022

μοντέλο περιορισμού της πρόσβασης οικονομικών φορέων στην αγορά διαχείρισης αποβλήτων σε έναν (1) για τα στερεά απόβλητα και έναν (1) για τα υγρά απόβλητα περιορίζοντας κανονιστικά, σύμφωνα με το άρθρο 6 του Κανονισμού, τον ελεύθερο ανταγωνισμό στην οικεία αγορά ενόψει των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών των λιμένων αρμοδιότητάς της. Στο ανωτέρω πλαίσιο προκηρύχθηκε ο προκείμενος διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου της σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών διαχείρισης στερεών αποβλήτων, με την Διακήρυξη του οποίου ο αναθέτων φορέας, κατ' ενάσκηση της ευρείας διακριτικής του ευχέρειας (βλ. ανωτέρω σκέψη 6), όρισε τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων οικονομικών φορέων, και δη τα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας, η δε καταλληλότητα των κριτηρίων αυτών αξιολογείται σε σχέση με τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της υπό ανάθεση σύμβασης και υπό το πρίσμα των λόγων που δικαιολογούν την απόφαση των διαχειριστικών φορέων των λιμένων να περιορίσουν τον αριθμό των παρόχων λιμενικών υπηρεσιών που δραστηριοποιούνται σε συγκεκριμένη γεωγραφική περιοχή, σύμφωνα με το άρθρο 6 παρ. 1 του Κανονισμού 2017/352. Στο πλαίσιο της άσκησης της ως άνω ευρείας διακριτικής ευχέρειας του αναθέτοντος φορέα, η ανάγκη αδιάλειπτης και συνεχούς εξυπηρέτησης των χρηστών των λιμένων από πάροχο με ικανή εμπειρία, την οποία επικαλείται η ... ΑΕ με τις απόψεις της, λαμβανομένων υπόψη και του πλήθους και της γεωγραφικής διασποράς των λιμένων αρμοδιότητάς της και της προβλεπόμενης τριετούς διάρκειας της σύμβασης για τριάντα έξι (36) μήνες, αιτιολογεί νομίμως και επαρκώς την καταλληλότητα του πληττόμενου κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την επιλογή αναδόχου της υπό ανάθεση σύμβασης παραχώρησης. Κατόπιν τούτου, συνάγεται ότι ο επίμαχος όρος τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας τίθεται νομίμως στην Διακήρυξη, εντός δηλαδή των ορίων της ευρείας διακριτικής ευχέρειας που απολαμβάνει, όπως προαναφέρθηκε, ο αναθέτων φορέας κατά την διαμόρφωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής για την ανάθεση σύμβασης παραχώρησης υπηρεσίας. Απαραδέκτως δε προβάλλει η προσφεύγουσα ότι και η εμπειρία από την εκτέλεση μίας (1) μόνο αντίστοιχης σύμβασης, την οποία η ίδια διαθέτει, είναι επαρκής ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, διότι η ΕΑΔΗΣΥ δεν δύναται να προβεί σε ουσιαστικό έλεγχο της σκοπιμότητας θέσπισης του επίμαχου κριτηρίου επιλογής (ΣΤΕ 1558/2022).

Αριθμός απόφασης: Σ1482/2022

11. Επειδή, οι έτεροι λόγοι της προδικαστικής προσφυγής, με τους οποίους η προσφεύγουσα προβάλλει ασάφεια όρων της Διακήρυξης και στρέφεται κατά λοιπών κριτηρίων επιλογής πρέπει να απορριφθούν, ανεξαρτήτως της βασιμότητάς τους, ως προβαλλόμενοι άνευ εννόμου συμφέροντος, δεδομένου ότι, ενόψει των γενομένων δεκτών ανωτέρω, η προσφεύγουσα δεν ανήκει στον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον προκείμενο διαγωνισμό οικονομικών φορέων, εφόσον δεν πληροί, όπως η ίδια ισχυρίζεται με την προδικαστική προσφυγή της, το κριθέν ως νόμιμο κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 3.2.3.α' της Διακήρυξης (βλ. ΣτΕ 1562/2022, 1558/2022).

12. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση στο σύνολό της.

13. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, η παρέμβαση να γίνει δεκτή και να οριστεί η κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου (κωδικοί παραβόλων: ... και ...).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου (κωδικοί παραβόλων: ... και ...).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 30 Σεπτεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 17 Οκτωβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΑΘΗΝΑ ΜΠΟΥΖΙΟΥΡΗ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ