

ΕΒΔΟΜΟ ΤΜΗΜΑ

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, στις 3 Μαΐου 2022, με την ακόλουθη σύνθεση: Σωτηρία Ντούνη, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Εβδόμου Τμήματος, Ευαγγελία Σεραφή και Ιωάννης Καλακίκος, Σύμβουλοι, Ευαγγελία Πασπάτη και Ευπραξία Δημολιού (εισηγήτρια), Πάρεδροι με συμβουλευτική ψήφο.

Γενικός Επίτροπος της Επικρατείας: Παρέστη ο Αντεπίτροπος Επικρατείας του Ελεγκτικού Συνεδρίου Ιωάννης Κάρκαλης ως νόμιμος αναπληρωτής της Γενικής Επιτροπής της Επικρατείας, η οποία είχε κώλυμα,

Γραμματέας: Πελαγία Κρητικού, Προϊσταμένη της Γραμματείας του Τμήματος

Για να αποφασίσει σχετικά με την κατατεθείσα στις 14.04.2022 και καταχωρισθείσα στο Βιβλίο Δικογράφων με αριθμό προσφυγή:

Του Ν.Π.Δ.Δ.- πρωτοβάθμιου Ο.Τ.Α. με την επωνυμία «Δήμος» νομίμως εκπροσωπούμενου, με Α.Φ.Μ., που εδρεύει στην και παρέστη δια δηλώσεως του άρθρου 231 παρ. 1 του ν. 4700/2020 του πληρεξουσίου δικηγόρου του Γεωργίου Γαλάνη (Α.Μ/Δ.Σ.Α. 91).

Για την ανάκληση της Πράξης του ΣΤ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, κατά το μέρος που αφορά την υπογραφή του σχεδίου συμφωνίας πλαισίου μεταξύ του προσφεύγοντος και της κατωτέρω παρεμβαίνουσας.

Υπέρ του προσφεύγοντος Δήμου και κατά του κύρους της προσβαλλόμενης Πράξης παρεμβαίνει η εταιρεία με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «....., με Α.Φ.Μ., που εδρεύει στην, Τ.Κ.) και εκπροσωπείται νόμιμα, η οποία παρέστη δια της πληρεξουσίας δικηγόρου της Μαρίας Λάμπρου (Α.Μ/Δ.Σ.Α. 25226).

Κατά τη συζήτηση που ακολούθησε, το Δικαστήριο άκουσε:

Την πληρεξούσια δικηγόρο της παρεμβαίνουσας, η οποία ζήτησε την παραδοχή της προσφυγής ανάκλησης και της παρέμβασή της.

Τη δικαστική πληρεξούσια του Ελληνικού Δημοσίου η οποία δήλωσε ότι επαφίεται στην κρίση του Δικαστηρίου.

Τον Αντεπίτροπο της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο, ο οποίος πρότεινε την απόρριψη της προσφυγής ανάκλησης.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το Δικαστήριο συνήλθε, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 295 παρ. 2 του ν. 4700/2020, σε διαδικτυακή τηλεδιάσκεψη, που διενεργήθηκε μέσω της επίσημης κρατικής πλατφόρμας e:Presence.gov.gr, με την παρουσία όλων των ανωτέρω μελών του.

Άκουσε την εισήγηση της Παρέδρου Ευπραξίας Δημολιού και

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά το Νόμο και

Αποφάσισε τα ακόλουθα :

1. Με την υπό κρίση προσφυγή, για την άσκηση της οποίας δεν απαιτείται η καταβολή παραβόλου (άρθρο 308 παρ. 3 του ν. 4700/2020 (Α' 127), ζητείται η ανάκληση της Πράξης του ΣΤ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, κατά το μέρος που έγινε δεκτό ότι κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου συμφωνίας πλαισίου μεταξύ του Δήμου (εφεξής Δ....) και της εταιρείας με την επωνυμία «.....» (εφεξής)

για την ανάθεση της δεύτερης ομάδας της προμήθειας με τίτλο «Προμήθεια και Εγκατάσταση Μηχανισμών Υπογειοποίησης Κάδων» (προμήθεια και εγκατάσταση βυθιζόμενων συστημάτων κάθετης διαβαθμισμένης συμπίεσης), ενδεικτικού προϋπολογισμού 6.995.000,00 πλέον Φ.Π.Α..

2. Η προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως και νομοτύπως, συνεπώς είναι τυπικά δεκτή και πρέπει να εξετασθεί κατ' ουσία. Περαιτέρω, παραδεκτώς και με προφανές έννομο συμφέρον, ως αντισυμβαλλόμενη στην ελεγχόμενη σύμβαση, παρεμβαίνει η υπέρ του προσφεύγοντος Δήμου και κατά του κύρους της προσβαλλόμενης Πράξης.

3. Με την προσβαλλόμενη Πράξη του Κλιμακίου κρίθηκε ότι το τιθέμενο στο άρθρο 2.5.7. της διακήρυξης κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, το οποίο απαιτεί οι υποβάλλοντες προσφορά για την ως άνω δεύτερη Ομάδα του διαγωνισμού να έχουν εκτελέσει κατά τη διάρκεια της προηγούμενης του διαγωνισμού τριετίας (2018, 2019, 2020) τρεις (3) κατ' ελάχιστο παραδόσεις προμηθειών, συναφείς με το αντικείμενο της ομάδας αυτής, σε δημόσιους φορείς, εισάγει ανεπίτρεπτη διάκριση μεταξύ δημοσίου κι ιδιωτικού τομέα ως προς την αποκτηθείσα εμπειρία. Τούτο διότι ο αναθέτων Δ... δεν επικαλείται ούτε αποδεικνύει την συνδρομή αποχρώντος λόγου δημοσίου συμφέροντος που επέβαλε τον εν λόγω περιοριστικό όρο μόνο για τη δεύτερη ομάδα του διαγωνισμού, ούτε μπορεί ο όρος αυτός να δικαιολογηθεί από τη φύση των ειδών της εν λόγω ομάδας, τα οποία μπορούν να χρησιμοποιηθούν και από ιδιωτικούς φορείς. Εν όψει τούτων, το Κλιμάκιο έκρινε ότι η θέσπιση του ανωτέρω κριτηρίου συνιστά ουσιώδη πλημμέλεια της διαδικασίας, κωλύουσα την υπογραφή του σχεδίου της συμφωνίας πλαισίου για την δεύτερη Ομάδα, διότι εμπόδισε τη συμμετοχή περισσότερων οικονομικών φορέων στον διαγωνισμό ο δε επελθών περιορισμός του ανταγωνισμού αποδεικνύεται εν τοις πράγμασι από το γεγονός ότι για την εν λόγω ομάδα υπεβλήθη μία μόνο παραδεκτή προσφορά.

4. Ο ν. 4412/2016 ορίζει στο άρθρο 18, με τον τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» τα εξής: «1. 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 (...)». Περαιτέρω, στο άρθρο 75 του ίδιου νόμου, με τον τίτλο «Κριτήρια επιλογής (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», προβλέπεται ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες

αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει (...) τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. (...). 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. (...). Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους. 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης(...). Περαιτέρω, ο ίδιος ως άνω ν. 4412/2016 ορίζει, στο άρθρο 80, υπό τον τίτλο «Αποδεικτικά μέσα (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους (...) και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη (...) της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 (...). 5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών (...)), ενώ στο Παράρτημα XII «Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής» του Προσαρτήματος Α' του νόμου ορίζεται ότι: «(...) Μέρος II: Τεχνική ικανότητα.

Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) (...) ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων (...) που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη (...).

5. Από τις προπαρατεθείσες διατάξεις συνάγεται, μεταξύ άλλων, ότι όλα τα κριτήρια επιλογής των διαγωνιζομένων οφείλουν να καθορίζονται σε συνάφεια με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, να εξυπηρετούν τις ανάγκες της χωρίς να υστερούν έναντι αυτών ή να τις υπερκεράζουν και να βασίζονται σε αντικειμενικά δεδομένα που εξασφαλίζουν την διαφάνεια και την ίση μεταχείριση των διαγωνιζομένων. Τυχόν περιορισμοί στην πρόσβαση στο διαγωνισμό πρέπει να δικαιολογούνται από επιτακτικό λόγο δημοσίου συμφέροντος και να αποδεικνύεται ότι ο σκοπός για τον οποίο θεσπίστηκαν δεν θα μπορούσε να επιτευχθεί εξίσου αποτελεσματικά με λιγότερο περιοριστικό για την ανάπτυξη του ανταγωνισμού τρόπο. Σε διαφορετική περίπτωση, οι όροι που τίθενται, τελούν σε δυσαναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό και συνεπάγονται περιορισμό στην άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Υπό το πρίσμα των ανωτέρω, όρος της διακήρυξης, ο οποίος, χωρίς επίκληση σοβαρού λόγου δημοσίου συμφέροντος, συναρτά την παραδεκτή συμμετοχή σε διαγωνιστική διαδικασία άνω των ορίων με την απαίτηση απόκτησης του κριτηρίου της ζητούμενης εμπειρίας μόνο από συμβάσεις ανατεθείσες από φορείς του δημοσίου τομέα περιορίζει υπέρμετρα τη παροχή υπηρεσιών μεταξύ κρατών και αντίκειται στις προστατευόμενες από το εφαρμοστέο δίκαιο της Ένωσης αρχές της ίσης μεταχείρισης και του ανόθευτου ανταγωνισμού, λαμβανομένου υπόψη και ότι η εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου, η οποία προωθεί την οικονομική ολοκλήρωση και σύγκλιση των κρατών μελών δεν προϋποθέτει την διάκριση ιδιωτικού και δημοσίου δικαίου ούτε τον συντονισμό ως προς αυτό των διάφορων εθνικών νομικών συστημάτων (πρβλ. ΕλΣυν. Τμ. Μείζ. Επταμ. Σύνθ. 6022/2015, 3065/2014, 3372/2011, Έβδομο Τμ. 711/2022, VI Τμ. 300/2019, 850, 609, 608/2018, 1071/2017, 1759/2015, 2654/2014 ΣτΕ ΕΑ 189/2015, 354/2014).

6. Από την προσβαλλόμενη πράξη και όλα τα έγγραφα και λοιπά στοιχεία της δικογραφίας προκύπτουν τα ακόλουθα κρίσιμα πραγματικά περιστατικά (σκέψεις 7- 11)

7. Με την διακήρυξη του Δήμου (ΑΔΑΜ) προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για τη σύναψη τριετούς συμφωνίας πλαισίου άνω των ορίων, με αντικείμενο, κατανεμηθέν σε δύο ομάδες, την «Προμήθεια και Εγκατάσταση Μηχανισμών Υπογειοποίησης Κάδων», συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 15.276.000,00 ευρώ (πλέον Φ.Π.Α.), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής μέγιστης ενδεικτικής εκτιμώμενης αξίας 15.276.000,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. 24%, με χρηματοδότηση από ίδιους πόρους του Δήμου

8. Σύμφωνα με το άρθρο 1.3. της Διακήρυξης και το Παράρτημα Γ' αυτής, το φυσικό και οικονομικό αντικείμενο της συμφωνίας πλαισίου υποδιαιρείται στις εξής δύο (2) Ομάδες. Η πρώτη, προϋπολογισμού 8.321.000,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α., περιλαμβάνει την προμήθεια και τοποθέτηση 134 συστημάτων υπόγειας αποθήκευσης απορριμμάτων συνολικής χωρητικότητας 2.200 λίτρων και 109 συστημάτων υπόγειας αποθήκευσης απορριμμάτων συνολικής χωρητικότητας 4.400 λίτρων. Η δεύτερη, προϋπολογισμού 6.955.000,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α., περιλαμβάνει την προμήθεια και τοποθέτηση 107 βυθιζόμενων συστημάτων κάθετης διαβαθμισμένης συμπίεσης. Τα υπό προμήθεια συστήματα συλλογής απορριμμάτων προβλέπεται ότι θα τοποθετηθούν σε κοινόχρηστους χώρους των Δημοτικών Διαμερισμάτων του Δήμου, σύμφωνα με τις εγκεκριμένες μελέτες χωροθετήσεων της αρμόδιας Υπηρεσία του. Εν όψει της ανωτέρω υποδιαίρεσης, ορίστηκε ότι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς δύνανται να υποβάλλουν προσφορά είτε για μία Ομάδα είτε και για τις δύο, σε κάθε δε περίπτωση για το σύνολο του περιεχομένου κάθε Ομάδας και ότι η ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας θα οδηγήσει στη σύναψη συμφωνίας πλαισίου με έναν οικονομικό φορέα ανά Ομάδα.

9. Σε σχέση με την απαιτούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων, στο άρθρο 2.5.7 της διακήρυξης, προβλέπονται τα εξής: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης συμφωνίας πλαίσιο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του Παραρτήματος Β΄ της παρούσας, οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει: ΓΙΑ ΤΗΝ 1η ΟΜΑΔΑ: Ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας απαιτείται κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (2018-2019-2020) να έχει εκτελέσει παραδόσεις προμηθειών συναφών με το αντικείμενο της 1^{ης} Ομάδας (δηλ. συστημάτων και μηχανολογικού εξοπλισμού διαχείρισης απορριμμάτων) συνολικής αξίας ίσης ή μεγαλύτερης του 50% της ενδεικτικής αξίας (προϋπολογισμού) της 1^{ης} Ομάδας χωρίς το Φ.Π.Α. Για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού θα ληφθούν παραδόσεις που εκτελέστηκαν έως και πέντε (5) έτη πριν (από 2016-2020). ΓΙΑ ΤΗ 2^η ΟΜΑΔΑ: Ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας απαιτείται κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (2018-2019-2020) να έχει εκτελέσει κατ' ελάχιστο τρεις (3) παραδόσεις προμηθειών συναφών με το αντικείμενο της 2^{ης} Ομάδας (συστημάτων υπόγειων κάδων με διαβαθμισμένη συμπίεση) σε Δημόσιους φορείς (Ο.Τ.Α., Περιφέρειες κλπ.) και να είναι εν λειτουργία κατ' ελάχιστον ένα (1) έτος, συνολικής αξίας ίσης ή μεγαλύτερης του 50% της ενδεικτικής αξίας (προϋπολογισμού) της 2ης Ομάδας, χωρίς το Φ.Π.Α. Για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού θα ληφθούν υπόψη παραδόσεις που εκτελέστηκαν έως και πέντε (5) έτη πριν (από 2016 -2020). (...))».

10. Σύμφωνα με το από 26.10.2021-26.11.2021 1^ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και Αξιολόγησης Προσφορών (εφεξής Ε.Δ.), μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών (20.10.2021) υπέβαλαν προσφορά οι κάτωθι οικονομικοί φορείς: 1) «.....
.....» και για τις 2 Ομάδες, 2) «.....
.....» για την 1^η Ομάδα, 3) «.....» για την 2^η Ομάδα. και 4) «.....» για την 2^η Ομάδα. Κατόπιν ελέγχου των

δικαιολογητικών και αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, η Ε.Δ. έκρινε ότι πρέπει να απορριφθούν οι προσφορές των οικονομικών φορέων «.....
» και «.....»
 διότι αμφότεροι δεν πληρούσαν τα κριτήρια οικονομικής-χρηματοοικονομικής επάρκειας αλλά και τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας και να γίνουν δεκτές οι προσφορές των λοιπών συμμετεχόντων. Ειδικότερα, διαπιστώθηκε ότι: i) Ο οικονομικός φορέας «.....», ο οποίος είχε υποβάλει προσφορά και για τις δύο Ομάδες: «1. Δεν διαθέτει τον απαιτούμενο από το άρθρο 2.5.6. της διακήρυξης μέσο όρο ετήσιου γενικού κύκλου εργασιών. 2. Δεν διαθέτει τις απαιτούμενες παραδόσεις προμηθειών συναφών με το αντικείμενο της 1^{ης} Ομάδας (δηλ. συστημάτων και μηχανολογικού εξοπλισμού διαχείρισης απορριμμάτων) συνολικής αξίας ίσης ή μεγαλύτερης του 50% της ενδεικτικής αξίας (προϋπολογισμού) της 1^{ης} Ομάδας χωρίς τον Φ.Π.Α. 3. Δεν διαθέτει τις απαιτούμενες κατ' ελάχιστο τρεις (3) παραδόσεις προμηθειών συναφών με το αντικείμενο της 2^{ης} Ομάδας (συστημάτων υπόγειων κάδων με διαβαθμισμένη συμπίεση) σε δημόσιους φορείς (Ο.Τ.Α., Περιφέρειες κ.λπ.) ... (που) είναι εν λειτουργία κατ' ελάχιστον ένα (1) έτος, συνολικής αξίας ίσης ή μεγαλύτερης του 50% της ενδεικτικής αξίας (προϋπολογισμού) της 2^{ης} Ομάδας χωρίς τον Φ.Π.Α.». ii) Ο οικονομικός φορέας «.....», ο οποίος υπέβαλε προσφορά για τη δεύτερη Ομάδα: «1. 1. Δεν διαθέτει τον απαιτούμενο από το άρθρο 2.5.6. της διακήρυξης μέσο όρο ετήσιου γενικού κύκλου εργασιών. 2. Δεν απάντησε στην πρόσκληση της Α.Α. περί παροχής διευκρινήσεων. 3. Δεν διαθέτει τις απαιτούμενες κατ' ελάχιστο τρεις (3) παραδόσεις προμηθειών συναφών με το αντικείμενο της 2^{ης} Ομάδας (συστημάτων υπόγειων κάδων με διαβαθμισμένη συμπίεση) σε δημόσιους φορείς (Ο.Τ.Α., Περιφέρειες κ.λπ.) (που) είναι εν λειτουργία κατ' ελάχιστον ένα (1) έτος, συνολικής αξίας ίσης ή μεγαλύτερης του 50% της ενδεικτικής αξίας (προϋπολογισμού) της 2^{ης} Ομάδας χωρίς τον Φ.Π.Α.».

11. Λαμβάνοντας υπόψη τα προεκτεθέντα, η Ε. Δ. εισηγήθηκε, με το από 3.12.2021 2^ο Πρακτικό της, την κήρυξη του οικονομικού φορέα «.....» ως προσωρινού αναδόχου για την 1^η Ομάδα, με ποσό προσφοράς 8.276.920,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. και του οικονομικού φορέα «.....» ως προσωρινού αναδόχου για την 2^η Ομάδα με ποσό προσφοράς 6.938.590,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. Τα ανωτέρω Πρακτικά εγκρίθηκαν με την (ΑΔΑ:) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής (Ο.Ε.) του Δ..... Κατόπιν ελέγχου και των δικαιολογητικών κατακύρωσης με το από 13.1.2022-16.2.2022 3^ο Πρακτικό της Ε.Δ., οι προαναφερθέντες οικονομικοί φορείς ανακηρύχθηκαν οριστικοί ανάδοχοι, με την απόφαση της Ο.Ε. του Δ..... έναντι του ποσού της προσφοράς τους. Πέραν τούτων, με το .../18.3.2022 έγγραφο του Προϊσταμένου της Διεύθυνσης Προμηθειών και Αποθηκών του Δ.... βεβαιώνεται ότι κατά του συνόλου της ελεγχόμενης διαδικασίας και της προεκτεθείσας κατακυρωτικής απόφασης δεν εκκρεμούν προδικαστικές προσφυγές, ασφαλιστικά μέτρα και λοιπά ένδικα βοηθήματα ή μέσα.

12. Με την προσβαλλόμενη Πράξη του Κλιμακίου κρίθηκε: α) ότι δεν κωλύεται η υπογραφή του υποβληθέντος για έλεγχο σχεδίου σύμβασης μεταξύ του Δ..... και της εταιρείας «.....» για την πρώτη Ομάδα και β) ότι κωλύεται η υπογραφή του υποβληθέντος για έλεγχο σχεδίου σύμβασης μεταξύ του Δ..... και της εταιρείας «.....» για την δεύτερη Ομάδα, για τους αναφερόμενους ανωτέρω, στη σκέψη 3 λόγους.

13. Με την προσφυγή και την υπέρ αυτής ασκηθείσα παρέμβαση προβάλλονται κατ' ουσίαν τα εξής: i) τα συστήματα υπογειοποίησης των κάδων απορριμμάτων διαχωρίζονται στον προϋπολογισμό της προμήθειας σε δύο (2) Ομάδες, διότι αν και η λειτουργία τους είναι επί της αρχής η ίδια (ηλεκτροκίνητοι ανυψωτικοί μηχανισμοί), τα συστήματα της δεύτερης ομάδας έχουν επιπλέον τη δυνατότητα συμπίεσης των απορριμμάτων εξοπλισμένα με ειδικό πρόσθετο μηχανισμό. Η διαφοροποίηση στην κατασκευή αποτυπώνεται και στην

προϋπολογιζόμενη τιμή, όπου η τιμή μονάδας των δύο συστημάτων είναι αντίστοιχα 30.500 ευρώ (χωρίς συμπίεση) και 63.500 ευρώ με συμπίεση. Ως εκ της διαφοροποίησης αυτής, ο αναθέτων υιοθέτησε διαφορετικά κριτήρια εμπειρίας για την ανάθεση του αντικειμένου των δύο Ομάδων. ii) Η απαίτηση της εμπειρίας σε σχέση με το αντικείμενο της δεύτερης Ομάδας δεν επεκτάθηκε σε συμβάσεις συναφθείσες με ιδιωτικούς φορείς διότι η διαχείριση των αστικών στερεών αποβλήτων συνιστά τοπική υπόθεση κατά το άρθρο 102 παρ. 1 του Συντάγματος, περιλαμβάνεται στις αρμοδιότητες των Δήμων και Κοινοτήτων που διαλαμβάνονται στο άρθρο 75 παρ. 1 εδ. β' του ν. 3463/2006 και στις διατάξεις της παρ. 1 α και β του άρθρου 7 της ΚΥΑ 50919/2727 (Β'1909/2003), δυνάμει δε του άρθρου 228 του ν. 4555/2018 (Α' 133) οι πρωτοβάθμιοι Ο.Τ.Α. Α' έχουν αναλάβει περαιτέρω αρμοδιότητες στον σχεδιασμό και στην υλοποίηση προγραμμάτων πρόληψης – μείωσης αποβλήτων και ελαχιστοποίησης της τελικής διάθεσης των αστικών αποβλήτων. iii) Κανένας από τους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό οικονομικούς φορείς δεν επικαλέστηκε ότι διαθέτει εμπειρία εκτέλεσης συναφών παραδόσεων σε ιδιωτικούς φορείς, για καμία από τις δύο ομάδες του διαγωνισμού, γεγονός που αποδεικνύει ότι οι αντίστοιχες συμβάσεις έχουν εκτελεστεί ή εκτελούνται πάντα με αντισυμβαλλόμενους Δήμους ή Περιφέρειες. iv) Εκ των τριών (3) οικονομικών φορέων που υπέβαλαν προσφορά για τη δεύτερη ομάδα, ο ένας αναδείχθηκε ανάδοχος, και οι έτεροι δύο αποκλείστηκαν λόγω πολλαπλών πλημμελειών των προσφορών τους. Επομένως, η κρίση της προσβαλλόμενης Πράξης ότι ο επίμαχος όρος του άρθρου 2.5.7. της διακήρυξης οδήγησε από μόνος του στην υποβολή μίας μόνο παραδεκτής προσφοράς, πάσχει λόγω πλάνης περί τα πράγματα. v) Το εσφαλμένο της κρίσης του Κλιμακίου ότι ο επίμαχος όρος τεχνικής καταλληλότητας εμπόδιζε εν τοις πράγμασι αδικαιολόγητα την ανάπτυξη ανταγωνισμού καταδεικνύεται και από το γεγονός ότι για τη δεύτερη ομάδα υποβλήθηκαν τρεις (3) προσφορές εκ των οποίων μία παραδεκτή, πράγματι, και για τη πρώτη όμως ομάδα, για την οποία δεν είχε τεθεί ο όρος αυτός, υποβλήθηκαν δύο μόνο προσφορές, εκ των οποίων μία μόνο παραδεκτή επίσης. vi) Κατά της συγκεκριμένης διαγωνιστικής

διαδικασίας, και κατά του επίμαχου όρου δεν ασκήθηκε καμία προδικαστική προσφυγή και κανένα ένδικο μέσο.

14. Υπό τις συνθήκες αυτές, και σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά ανωτέρω στη σκέψη 5, το Δικαστήριο κρίνει ότι οι δύο Ομάδες της ελεγχόμενης προμήθειας πρέπει να εκληφθούν ως μια διαιρετή ολότητα αντικειμένων συναφούς φύσης, τα οποία δύνανται να παρασχεθούν από επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στον ίδιο τομέα, με εμπειρία η οποία μπορεί να εξασφαλιστεί αδιακρίτως ήτοι και για τις δύο Ομάδες από σχετικές συμβάσεις που έχουν υπογραφεί τόσο με δημόσιους όσο και με ιδιωτικούς φορείς. Οι όποιες τεχνικές διαφοροποιήσεις του συμβατικού αντικειμένου των δύο Ομάδων αλλά και οι αρμοδιότητες των Ο.Τ.Α., όσον αφορά στην διαχείριση των αστικών αποβλήτων, δεν είναι παράγοντες ικανοί αλλά ούτε και επαρκείς για να επηρεάσουν το κριτήριο της εμπειρίας σε τέτοιο βαθμό ώστε να δικαιολογήσουν ως προς τη δεύτερη Ομάδα τον επίμαχο αποκλεισμό της εμπειρίας από συμβάσεις με αποδέκτες ιδιωτικούς φορείς. Πολλώ μάλλον εφόσον η ελεγχόμενη συμφωνία πλαίσιο εμπίπτει ως εκ του αντικειμένου και του προϋπολογισμού της στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων καθώς και των θεσπισθέντων σε μεταφορά των οδηγιών εθνικών κανόνων, οι οποίοι δεν εισάγουν διακρίσεις ως προς την εμπειρία μεταξύ δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη της προμήθειας (βλ. ανωτέρω σκέψη 4). Εν όψει αυτών, ορθώς κρίθηκε από το Κλιμάκιο ότι ο επίμαχος όρος οδήγησε σε περιορισμό του ανταγωνισμού εφόσον αποτέλεσε λόγο αποκλεισμού των δύο από τους τρεις οικονομικούς φορείς που υπέβαλλαν προσφορά για την 2^η Ομάδα, οι δε ισχυρισμοί του προσφεύγοντος και της παρεμβαίνουσας ότι συνέτρεχαν και άλλοι λόγοι αποκλεισμού αυτών και ότι ούτε στην 1^η Ομάδα έγινε επίκληση εμπειρίας προκύπτουσας από συμβάσεις με αντισυμβαλλόμενους ιδιωτικούς φορείς δεν επιτάσσουν την αντίθετη ερμηνεία, όπως αβασίμως προβάλλεται, διότι αυτοί αφενός δεν μπορούν να θεωρηθούν συμβιβάσιμοι με τις επιδιώξεις του ενωσιακού νομοθέτη, αφετέρου δεν μπορούν να καταστήσουν κατ' αποτέλεσμα νόμιμο τον επίμαχο όρο.

15. Κατ'ακολουθία των εκτεθέντων, η προσφυγή και η υπέρ αυτής ασκηθείσα παρέμβαση πρέπει να απορριφθούν.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την με ΑΒΔ προσφυγή του Δήμου και την υπέρ αυτής ασκηθείσα παρέμβαση.

Δεν ανακαλεί την Πράξης του ΣΤ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, κατά το μέρος που αφορά στην υπογραφή του σχεδίου συμφωνίας – πλαισίου μεταξύ του προσφεύγοντος και της παρεμβαίνουσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε σε τηλεδιάσκεψη, στις 24 Μαΐου 2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ

Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ ΠΑΡΕΔΡΟΣ
ΕΥΠΡΑΞΙΑ ΔΗΜΟΛΙΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ

Δημοσιεύθηκε σε έκτακτη δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριο του Δικαστηρίου, στις 27 Ιουνίου 2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΕΥΟΥΣΑ ΣΥΜΒΟΥΛΟΣ
ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΩΝΣΤΑΝΤΑΡΑ ΚΑΒΒΑΔΙΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ