

**Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 7 Νοεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 28.09.2023 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1466/28.09.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στη «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» (εφεξής «αναθέτουσα αρχή») και δη κατά της με Α.Δ.Α.Μ. «...» διακήρυξης της ως άνω αναθέτουσας αρχής, για τους ειδικότερους λόγους που εμπεριέχονται στη προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,
σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 15.000,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4413/2016 (Α' 148) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, όπως προκύπτει από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης καθώς και του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (με α/α συστήματος «...»), η προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτός. Περαιτέρω, εμπροθέσμως και παραδεκτός, η αναθέτουσα αρχή, διά του με αριθμ. πρωτ. 284544/13.10.2023 εγγράφου της, αποστέλλει τις απόψεις της επί της προσφυγής, μέσω του συνδέσμου «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. και ομοίως, παραδεκτός και εμπροθέσμως, η προσφεύγουσα υποβάλλει το υπόμνημα της, στις 18.10.2023, μέσω του συνδέσμου «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

4. Επειδή, με την από «...» Διακήρυξη, προκηρύχθηκε πλειοδοτικός διαγωνισμός, για την παραχώρηση υπηρεσιών «...», διάρκειας 60 μηνών, με κριτήριο ανάθεσης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, ήτοι τη μεγαλύτερη προσφερόμενη τιμή (μεγαλύτερη προσφορά), εκτιμώμενου προϋπολογισμού 59.844.884,40 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ο οποίος διαγωνισμός αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 06.09.2023 με Α.Δ.Α.Μ. «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό «...». Προσέτι, η προσφεύγουσα εταιρεία, ως δραστηριοποιούμενη στην οικεία αγορά, μετ' εννόμου συμφέροντος, καταρχήν, στρέφεται κατά της προσβαλλομένης, καθώς στερούμενη της δυνατότητας συμμετοχής, υφίσταται βλάβη από τους πληττόμενους διά της προσφυγής της όρους της διακήρυξης, ισχυριζόμενη συναφώς ότι δυσχεραίνεται ουσιαδώς και αποκλείεται η δυνατότητα προσήκουσας συμμετοχής της, κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας αλλά και της αρχής favor participationis, στο πλαίσιο του ελεύθερου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού.

5. Επειδή, στην προσβαλλόμενη διακήρυξη που δεσμεύει αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους συμμετέχοντες, προβλέπονται τα εξής: «Αντικείμενο της σύμβασης είναι η παραχώρηση της παροχής «...» (σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών, εφεξής η "Σύμβαση Παραχώρησης" ή "Παραχώρηση"). Ο «...» προτίθεται να λάβει μέτρα για την εύρυθμη λειτουργία και την ευταξία των «...» του. Για το σκοπό αυτό και βάσει των

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

προβλέψεων στο άρθρο 25 παρ. 11-12 του ισχύοντος Κανονισμού Λειτουργίας «...» (Απόφαση Δημοτικού Συμβουλίου «...» υπ' αριθμ. 1020/31-07-2017, ΑΔΑ: «...»), αποφασίζει να παραχωρήσει την παροχή υπηρεσιών «...» σε φυσικά ή νομικά πρόσωπα για πέντε (5) έτη. Οι παρεχόμενες υπηρεσίες κατατάσσονται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) : «...» («...» υπηρεσίες). Η παραχώρηση των υπηρεσιών θα γίνει κατόπιν διεξαγωγής του προβλεπόμενου από τις διατάξεις του Ν.4413/2016 δημόσιου πλειοδοτικού διαγωνισμού με κριτήριο τη μεγαλύτερη τιμή (μεγαλύτερη προσφορά) που θα προσφέρουν οι ενδιαφερόμενοι για την παραχώρηση σε αυτούς των υπηρεσιών «...». Ο διαγωνισμός περιλαμβάνει τρία (3) τμήματα, ήτοι ένα τμήμα για καθένα εκ των «...». Ο Ανάδοχος δύναται να υποβάλει προσφορά για ένα ή για δύο ή για το σύνολο των τμημάτων της σύμβασης, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης. Καθένα τμήμα της σύμβασης αποτελεί ενιαία υπηρεσία και δεν υποδιαιρείται. [...] Η αξία της σκοπούμενης σύμβασης παραχώρησης ισούται με τον συνολικό κύκλο εργασιών του Αναδόχου καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, όπως υπολογίζεται από την Αναθέτουσα Αρχή και είναι ενδεικτική. Εν προκειμένω εννοείται ως κύκλος εργασιών του Αναδόχου το συνολικό αντάλλαγμα που αναμένεται να εισπραχθεί από την παροχή υπηρεσιών στο πελατειακό κοινό κατά τη διάρκεια της σύμβασης παραχώρησης στις εγκαταστάσεις του «...». [...] Βάσει των ανωτέρω, το ύψος του προϋπολογισμού ανέρχεται ενδεικτικά έως:

A) «...»: 380.568,27 ευρώ μηνιαίως και συνολικά 22.834.096,20 ευρώ για 60 μήνες άνευ Φ.Π.Α. B) «...»: 109.025,37 ευρώ μηνιαίως και συνολικά 6.541.522,20 ευρώ για 60 μήνες άνευ Φ.Π.Α. Γ) «...»: 507.821,10 ευρώ μηνιαίως και συνολικά 30.469.266,00 ευρώ για 60 μήνες άνευ Φ.Π.Α. Για το σύνολο της σύμβασης: στο ποσό των 997.414,74 ευρώ μηνιαίως και για όλη τη διάρκεια της σύμβασης (ήτοι για 60 μήνες) στο ποσό των [997.414,74 ευρώ x 60 μήνες =] 59.844.884,40 ευρώ άνευ Φ.Π.Α. Για την κατάρτιση του προϋπολογισμού της σκοπούμενης σύμβασης παραχώρησης λήφθηκε ιδιαίτερα υπ' όψη το εκτιμώμενο ύψος των εισπράξεων του Αναδόχου καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης, όπως αυτό έχει προκύψει από τα στοιχεία των προηγούμενων ετών λειτουργίας του. Λήφθηκαν επιπρόσθετα υπόψη - για

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

λόγους επιβεβαίωσης των προαναφερόμενων αποτελεσμάτων και διασφάλισης των συμφερόντων της εταιρείας- οι μέσες τιμές παροχής των εν θέματι υπηρεσιών στην αγορά, οι δαπάνες προμήθειας των ειδών που απαιτούνται για την παροχή των υπηρεσιών, το μισθολογικό και ασφαλιστικό κόστος του αναγκαίου προς απασχόληση προσωπικού καθώς και το εύλογο επιχειρηματικό κέρδος του αναδόχου. Ο υποψήφιος Ανάδοχος πρέπει να προσφέρει κατ' ελάχιστον ανά «...» το παρακάτω κατώτερο ποσό προσφοράς μηνιαίως, όπως αυτό διαμορφώθηκε με το υπ' αριθμ. πρωτ. 213420/19-07-2023 Πρακτικό της Επιτροπής Καθορισμού Τιμής Αφειτηρίας (παράγραφος στ'): Α) «...»: ποσό 24.630,00 € μηνιαίως (είκοσι τεσσάρων χιλιάδων εξακοσίων τριάντα ευρώ μηνιαίως) Β) «...»: ποσό 7.530.00 € μηνιαίως (επτά χιλιάδων πεντακοσίων τριάντα ευρώ μηνιαίως) Γ) «...»: ποσό 40.380,00 € μηνιαίως (σαράντα χιλιάδων τριακοσίων ογδόντα ευρώ μηνιαίως) ...»

6. Επειδή, όπως γίνεται δεκτό, οι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσεώς τους, αιτιολογίας (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 918/2003, 876/2004), η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, ενώ θα πρέπει να θεωρείται ότι απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θεσπίσεως επί μέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 434/2008). Και τούτο διότι όταν ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επικαλείται λόγους με τους οποίους επιχειρεί, υπό την μορφή γενικής αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, βάση δικών του εκτιμήσεων, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, αυτοί οι λόγοι είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 307/2007). Ετέρωθεν και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές ελέγχονται από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ 189/2015, ΕΑ ΣΤΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.), σε κάθε δε περίπτωση θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και να μην εισάγουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτή χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού (βλ. ΕΣ 2402/2010).

7. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή δεν έχει δημοσιεύσει προσηκόντως την προκήρυξη, αφού έχει παραλείψει να περιλάβει ουσιώδεις πληροφορίες που αφορούν την αξία της σύμβασης και μπορούν να επηρεάσουν την ανάπτυξη του ανταγωνισμού. Ισχυρίζεται ειδικότερα η προσφεύγουσα ότι εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή δεν έχει δημοσιεύσει προσηκόντως την προκήρυξη, αφού έχει παραλείψει να περιλάβει ουσιώδεις πληροφορίες που αφορούν την αξία της σύμβασης, ως προκύπτει από την προκήρυξη [2023-140101] που απεστάλη στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης την 1η.9.2023, όπερ δεν αμφισβητείται από την αναθέτουσα αρχή, διά της συμπληρωματικής της αιτιολογίας ως αποτυπώνεται στο έγγραφο των απόψεων της. Από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης προκύπτει εμφανώς ότι πρόκειται για σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών θα γίνει κατόπιν διεξαγωγής του προβλεπόμενου από τις διατάξεις του ν.4413/2016 δημόσιου πλειοδοτικού διαγωνισμού με κριτήριο τη μεγαλύτερη τιμή (μεγαλύτερη προσφορά) που θα προσφέρουν οι ενδιαφερόμενοι για την παραχώρηση σε αυτούς των υπηρεσιών «...». Ειδικότερα δε ορίζεται στη προσβαλλομένη ότι το ύψος του προϋπολογισμού ανέρχεται ενδεικτικά έως: Α) «...»: 380.568,27 ευρώ μηνιαίως και συνολικά 22.834.096,20 ευρώ για 60 μήνες άνευ Φ.Π.Α. Β) «...»: 109.025,37 ευρώ μηνιαίως και συνολικά 6.541.522,20 ευρώ για 60 μήνες άνευ Φ.Π.Α. Γ) «...»: 507.821,10 ευρώ μηνιαίως και συνολικά 30.469.266,00 ευρώ για 60 μήνες άνευ Φ.Π.Α. Για το σύνολο της σύμβασης: στο ποσό των 997.414,74 ευρώ μηνιαίως και για όλη τη διάρκεια της σύμβασης (ήτοι για 60 μήνες) στο ποσό των [997.414,74 ευρώ x 60 μήνες =] 59.844.884,40 ευρώ άνευ Φ.Π.Α. Περαιτέρω ορίζεται ότι ο υποψήφιος

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

ανάδοχος πρέπει να προσφέρει κατ' ελάχιστον ανά «...» το ορισθέν κατώτερο ποσό προσφοράς μηνιαίως, όπως αυτό διαμορφώθηκε με το υπ' αριθμ. πρωτ. 213420/19.07.2023 Πρακτικό της Επιτροπής Καθορισμού Τιμής Αφεταιρίας. Δοθέντος ότι η επίμαχη σύμβαση διέπεται από τις διατάξεις του ν. 4413/2023 και σύμφωνα με το άρθρο 30 του νόμου αυτού οι προκηρύξεις σύμβασης παραχώρησης περιλαμβάνουν τις πληροφορίες που αναφέρονται στο Παράρτημα V, μεταξύ των οποίων ρητώς περιλαμβάνεται και η περιγραφή της παραχώρησης (στοιχείο 4) ως προς τη φύση και το εύρος των υπηρεσιών και δη την τάξη μεγέθους ή την ενδεικτική αξία, συνάγεται ότι η κατά τα ως άνω παράλειψη δημοσίευσης των στοιχείων που αφορούν στην αξία της σύμβασης στην προκήρυξη που απεστάλη στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης από την αναθέτουσα αρχή, πλημμελώς συντρέχει. Ωστόσο, οι προβαλλόμενες διά αυτού του λόγου της προσφυγής αιτιάσεις της προσφεύγουσας αλυσιτελώς προβάλλονται δοθέντος ότι εκ των ανωτέρω διαλαμβανομένων δεν στοιχειοθετείται βλάβη της, όπερ αποτελεί προαπαιτούμενο της ύπαρξης έννομου συμφέροντος.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι είναι μη νόμιμοι ο όροι 1.7.1, 1.7.2, 3.4.4.1.2.περ.γ και 4.6 της διακήρυξης, διότι θεσπίζουν «ακαταδίωκτο» της αναθέτουσας αρχής από παράνομες πράξεις και παραλείψεις της στο πλαίσιο της εν λόγω διαγωνιστικής διαδικασίας, ανεύθυνο από την ασάφεια των όρων των εγγράφων της σύμβασης και είναι και αόριστοι, διότι μεταθέτουν την ευθύνη στους υποψηφίους για εκκρεμείς νομικές διενέξεις, χωρίς να παρέχει η αναθέτουσα αρχή τη στοιχειώδη ενημέρωση γι' αυτές. Στην προσβαλλόμενη διακήρυξη και σχετικώς με τα ως άνω ζητήματα, προβλέπεται: «1.7 Αρχές εφαρμοζόμενες στη διαδικασία σύναψης 1.7.1 Υποχρέωση γνώσης συνθηκών παροχής των υπηρεσιών Οι οικονομικοί φορείς, δεσμεύονται ότι: α) Για την ορθή σύνταξη και υποβολή των προσφορών τους, θα διερευνήσουν και θα λάβουν υπόψη τους όλα τα ζητήματα, συνθήκες, πληροφορίες και λοιπά στοιχεία που μπορεί με οποιονδήποτε τρόπο να επηρεάζουν την παροχή των εν θέματι υπηρεσιών, στα οποία περιλαμβάνονται (ενδεικτικά και όχι περιοριστικά) τα εξής: [...] οι πάσης φύσεως εκκρεμείς δικαστικές διενέξεις ή διαφορές, που αφορούν στην παροχή της υπηρεσίας, στην Αναθέτουσα Αρχή

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

κλπ. Οποιαδήποτε στοιχεία και πληροφορίες, που αφορούν στις συνθήκες της παροχής των υπηρεσιών και προκύπτουν από κάθε είδους μετρήσεις ή/και έρευνες ή/και μελέτες που διεξήχθησαν ή διεξάγονται από την Αναθέτουσα Αρχή, τους συμβούλους της καθώς και οποιουδήποτε υπαλλήλους, προστηθέντες ή εκπροσώπους της διατίθενται στους Ενδιαφερόμενους αποκλειστικά και μόνον για την πληροφόρησή τους. Τα στοιχεία αυτά είναι ενδεικτικά και η Αναθέτουσα Αρχή δεν δεσμεύεται ή εγγυάται, την ορθότητα, την επάρκεια και την ακρίβειά τους. Εναπόκειται στην ευχέρεια των Ενδιαφερομένων να εκτιμήσουν τα στοιχεία αυτά και να διεξάγουν με δική τους δαπάνη περαιτέρω έρευνες ή/και μετρήσεις ή/και μελέτες προκειμένου να επαληθεύσουν ή διασαφηνίσουν το διαθέσιμο πληροφοριακό υλικό, αναλαμβάνοντας το σχετικό κίνδυνο.

1.7.2 Δικαιώματα «...» - Αποκλεισμός Ευθύνης - Περιοριστικοί Όροι Η Αναθέτουσα Αρχή διατηρεί το δικαίωμα να αναζητήσει πληροφορίες ή και πρόσθετα στοιχεία από τρίτους, προς επιβεβαίωση των στοιχείων που δηλώθηκαν από τους Υποψήφιους κατά τη συμμετοχή τους στο Διαγωνισμό, ώστε να κρίνει την καταλληλότητά τους και οι Υποψήφιοι θα πρέπει να παράσχουν κάθε δυνατή συνδρομή. Οι Ενδιαφερόμενοι να συμμετάσχουν στον υπόψη Διαγωνισμό και οι συμμετέχοντες σε αυτόν δεν διατηρούν κανένα δικαίωμα ή αξίωση για αποζημίωση από την Αναθέτουσα Αρχή για κανένα λόγο ή αιτία που σχετίζεται με τον παρόντα Διαγωνισμό. Επισημαίνεται ότι τα στοιχεία και πληροφορίες αναφορικά με την παροχή των υπηρεσιών, που περιέχονται στα Έγγραφα του Διαγωνισμού, έχουν συγκεντρωθεί με επιμέλεια της Αναθέτουσας Αρχής, χωρίς ωστόσο να μπορεί να αποκλεισθεί η περίπτωση διαφορετικών εκτιμήσεων δημοσίων, ιδιωτικών ή άλλων οργανισμών ή φορέων που δεν μνημονεύονται στην παρούσα. Η Αναθέτουσα Αρχή δεν αναλαμβάνει οποιαδήποτε υποχρέωση για τυχόν παρερμηνείες, αμφισημίες, ατέλειες ή ανακρίβειες των εν γένει παρεχόμενων πληροφοριών και στοιχείων, συμπεριλαμβανομένων των αναφερομένων στο νομικό και πραγματικό καθεστώς της παροχής υπηρεσίας, των εγκαταστάσεων και του εξοπλισμού, αποποιούμενη κάθε ευθύνη έναντι των Διαγωνιζομένων ή τρίτων από οποιαδήποτε, χωρίς κριτική αξιολόγηση, έλεγχο και ανεξάρτητη επιβεβαίωση, χρήση των στοιχείων αυτών. [...] Αποτελεί, τέλος, αποκλειστική ευθύνη του

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

Υποψηφίου να συμβουλευθεί νομικούς, οικονομικούς, τεχνικούς, λογιστικούς και φορολογικούς συμβούλους και εκτιμητές, οι οποίοι δεν πρέπει να συνδέονται καθ' οποιονδήποτε τρόπο με την Αναθέτουσα Αρχή, προκειμένου να προβεί σε μία ανεξάρτητη εκτίμηση του επενδυτικού του κινδύνου, καθώς και των επιπτώσεων που σχετίζονται με τις συνθήκες, το νομικό και πραγματικό καθεστώς, τις πάσης φύσεως εκκρεμείς δικαστικές διενέξεις ή διαφορές και τις πάσης φύσεως απαιτούμενες διοικητικές ενέργειες αναφορικά με την παροχή των υπηρεσιών, το ακίνητο, τις εγκαταστάσεις και τον εξοπλισμό, όπως ειδικότερα αναφέρονται στα Έγγραφα του παρόντος Διαγωνισμού, πριν τη συμμετοχή του στο Διαγωνισμό και να τα λάβει αυτά υπόψη του κατά την υποβολή της προσφοράς του. Ούτε οι Υποψήφιοι ούτε οι Ενδιαφερόμενοι για συμμετοχή στον παρόντα διαγωνισμό έχουν οποιοδήποτε δικαίωμα να εγείρουν οποιαδήποτε απαίτηση κατά της Αναθέτουσας Αρχής ή κάθε άλλης αρμόδιας αρχής ή να λάβουν οποιαδήποτε αποζημίωση ή άλλο ποσό λόγω ζημίας ή εξ άλλης αιτίας, περιλαμβανομένων: vi. Λόγων προκαλούμενων από παρανόηση σχετικά με οποιοδήποτε ζήτημα το οποίο αναφέρεται στα οριζόμενα στην παράγραφο 1.7.4 της παρούσας Διακήρυξης, vii. Λόγων που αναφέρονται σε λανθασμένη ή ελλιπή πληροφόρηση, η οποία δόθηκε στους ενδιαφερομένους ή/και Υποψηφίους από οποιοδήποτε πρόσωπο, είτε προστηθέν της Αναθέτουσας Αρχής, είτε όχι, ή/και των αρμοδίων αρχών, εκτός αν η πληροφόρηση αυτή προβλέπεται ρητά στην παρούσα προκήρυξη ως δεσμευτική για την Αναθέτουσα Αρχή. Σε κάθε περίπτωση η Αναθέτουσα Αρχή δεν υπέχει οποιαδήποτε ευθύνη ή υποχρέωση να καταβάλει αμοιβή ή να αποζημιώσει τους Διαγωνιζόμενους για οποιαδήποτε δαπάνη ή ζημία, που οι τελευταίοι τυχόν υποστούν, λόγω της προετοιμασίας και υποβολής της προσφοράς τους και για οποιαδήποτε άλλη θετική ή αποθετική ζημία τους. Τα ανωτέρω ισχύουν ακόμη και στην περίπτωση, που ο Διαγωνισμός δεν κατακυρωθεί ή ανασταλεί, διακοπεί, ματαιωθεί, αναβληθεί και επαναληφθεί για οποιοδήποτε λόγο ή αιτία, σε οποιαδήποτε στάδιο ή χρόνο. Σχετικώς οι Διαγωνιζόμενοι, δια της υποβολής προσφοράς, ρητώς δηλώνουν ότι παραιτούνται οποιουδήποτε δικαιώματος αποζημίωσης έναντι της Αναθέτουσας Αρχής.» Από τη γραμματική διατύπωση και τη συνδυαστική εφαρμογή των ανωτέρω όρων της

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

προσβαλλομένης ρητώς συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή καθορίζει ειδικότερα τα «πεδία» ευθύνης των υποψηφίων ως προς την υποβολή της προσφοράς τους και την προσήκουσα συμμετοχή τους στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία. Αβασίμως ισχυρίζεται εν προκειμένω η προσφεύγουσα ότι εκ των ως άνω προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης καταρχάς προκύπτει ασάφεια, πρωτίστως δε, θεσπίζεται το ακαταδίωκτο της αναθέτουσας αρχής, σε αντίθεση με τα όσα επιτάσσει το άρθρο 373 του ν.4412/2016, διότι σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου αυτού, ο ενδιαφερόμενος, ο οποίος αποκλείσθηκε από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή από τη σύναψη αυτής, δικαιούται να αξιώσει από την αναθέτουσα αρχή αποζημίωση, κατ' ανάλογη εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 197 και 198 Α.Κ., σε περίπτωση παράβασης κανόνα του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του εσωτερικού δικαίου, όπερ εντούτοις συντρέχει και στην εξεταζόμενη υπόθεση. Άλλοις λόγοις, δεν προκύπτει από τους κατά τα ως άνω προσβαλλόμενους όρους ότι η αναθέτουσα αρχή καταργεί την υποχρέωση αποζημίωσης του συμμετέχοντα, στην περίπτωση που συντρέχει εφαρμογή της, εξαιτίας παράβασης κανόνα του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του εσωτερικού δικαίου. Εξάλλου, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 373 του ν.4412/2016 που διέπουν την εξεταζόμενη διαδικασία, για την επιδίκαση της αποζημίωσης απαιτείται η προηγούμενη ακύρωση της παράνομης πράξης ή παράλειψης από την ΕΑΔΗΣΥ ή το αρμόδιο δικαστήριο. Σε κάθε περίπτωση, εκ των προβαλλόμενων διά αυτού του λόγου ισχυρισμών της προσφεύγουσας δεν προκύπτουν συγκεκριμένες αιτιάσεις που να ερείδουν τη βλάβη της όσον αφορά τη δυσχέρεια υποβολής της προσφοράς της στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία. Τούτων δοθέντων οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας τυγχάνουν απορριπτέοι, αντιθέτως πρέπει να γίνουν δεκτά τα όσα προβάλλει κατά αυτό το σκέλος η αναθέτουσα αρχή διά του εγγράφου των απόψεων της.

9. Επειδή, η ώδε προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι είναι μη νόμιμοι οι όροι σχετικά με το χαρακτηρισμό της υπό ανάθεση σύμβασης ως σύμβασης «...» καθώς από το αντικείμενο της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας προκύπτει ότι ο προέχων χαρακτήρας αυτής είναι αυτός των υπηρεσιών «...». Συναφώς υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

από το σκοπό της επίμαχης σύμβασης, προκύπτει ότι αυτή συνίσταται πρωτίστως στην παροχή «...» υπηρεσιών και δευτερευόντως στην «...» των χώρων, που αποτελεί παρεπόμενη υπηρεσία, συνέπεια της ανάγκης παροχής των «...» υπηρεσιών. Περαιτέρω, από τη διάταξη του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 προκύπτει ότι οι υποχρεώσεις που απορρέουν εξ αυτής αφορούν τις συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την «...» (ή τη «...») και όχι εκ της ιδιότητας του οικονομικού φορέα ως εταιρείας «...». Έτσι, κατά τα ιστορούμενα στη προσφυγή, μία εταιρεία «...» που συμμετέχει σε διαγωνισμό με αντικείμενο διαφορετικό από αυτό της «...» δεν υπέχει τις υποχρεώσεις που απορρέουν από τη διάταξη αυτή. Για τους λόγους αυτούς παραπονείται η προσφεύγουσα ότι οι όροι 3.2.4 και 3.2.7 της διακήρυξης είναι παράνομοι διότι επεκτείνουν το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 σε σύμβαση που ο προέχων χαρακτήρας της δεν είναι αυτός της «...» και άρα δεν χαρακτηρίζεται ως σύμβαση «...» αλλά δημιουργείται και σύγχυση ως προς τον τρόπο σύνταξης της οικονομικής προσφοράς, δεδομένου ότι κατ' άρθρο 3.2.4 οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να δραστηριοποιούνται και στις «...» υπηρεσίες «...» και στις υπηρεσίες «...». Στην προσβαλλόμενη διακήρυξη προβλέπονται σχετικά με τα ανωτέρω κρίσιμα ζητήματα, τα εξής: «3.2.4 Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν επαγγελματική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο των προς παροχή υπηρεσιών, ήτοι να δραστηριοποιούνται στον τομέα των «...» υπηρεσιών και να εμφανίζουν, στο πεδίο των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων τους, κωδικούς άσκησης δραστηριότητας (ΚΑΔ) των «...» υπηρεσιών και υπηρεσιών «...» τουλάχιστον σαράντα πέντε (45) ημέρες πριν την ημερομηνία λήξης της υποβολής προσφορών. Ειδικά οι οικονομικοί φορείς με κύρια επαγγελματική δραστηριότητα την παροχή υπηρεσιών «...», αυτοί απαιτείται και να συμμορφώνονται, πλέον των ανωτέρω, και στις απαιτήσεις του άρθρου 68 του ν.3863/2010 (ΦΕΚ 115 τ.Α') «Νέο Ασφαλιστικό Σύστημα και συναφείς διατάξεις, ρυθμίσεις στις εργασιακές σχέσεις», όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 24 του ν. 3996/2011 (ΦΕΚ 170 τ.Α') «Αναμόρφωση του Σώματος Επιθεωρητών Εργασίας, ρυθμίσεις θεμάτων Κοινωνικής Ασφάλισης και άλλες διατάξεις» και του άρθρου 22 του

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

ν.4144/2013 (ΦΕΚ 88 τ.Α') «Αντιμετώπιση της παραβατικότητας στην Κοινωνική Ασφάλιση και στην αγορά εργασίας» που αφορά στις Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών «...». [...] 3.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να διαθέτουν τα ελάχιστα προσόντα τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που αναφέρονται ακολούθως: α) Κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (έτη 2020, 2021 και 2022) να έχουν εκτελέσει ή να εκτελούν μία (1) ή περισσότερες συμβάσεις «...» υπηρεσιών ή/και υπηρεσιών διαχείρισης εγκαταστάσεων ή/και υπηρεσιών «...» εγκαταστάσεων, στο δημόσιο φορέα ή σε ΝΠΙΔ το οποίο συνδέεται στενά με την παροχή υπηρεσιών του ευρύτερου δημοσίου τομέα ή στον ιδιωτικό τομέα, η συνολική αξία των οποίων θα είναι τουλάχιστον ίση με το ελάχιστο όριο της κατώτερης προσφοράς που ορίζεται στην παράγραφο 2.2.2 της παρούσας για το σύνολο των 60 μηνών της διάρκειας της σύμβασης, ήτοι: [...] β) Να διαθέτουν ως ελάχιστο μέσο όρο μισθωτού προσωπικού εξαρτημένης εργασίας δηλωμένο στην ΕΡΓΑΝΗ ως Ετήσιες Μονάδες Εργασίας (ΕΜΕ) κατά τα έτη 2020, 2021, 2022 τον εξής ελάχιστο αριθμό εργαζομένων, ανάλογα με το/τα τμήμα/τμήματα της σύμβασης για το/τα οποίο/οποία υποβάλλουν προσφορά, ήτοι: [...] 3.2.7 Ειδικά για συμβάσεις «...» Οι ανάδοχοι που δραστηριοποιούνται στην παροχή υπηρεσιών ή/και «...» υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα στοιχεία που ορίζονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 68 του Ν.3863/2010 όπως αυτό τροποποιήθηκε και ισχύει σήμερα. Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. [...]» Από τη γραμματική διατύπωση των ανωτέρω όρων συνάγεται ότι η επίμαχη σύμβαση αφορά σε «...» υπηρεσίες και υπηρεσίες «...», προς απόδειξη δε της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας, οι διαγωνιζόμενοι θα πρέπει να έχουν εκτελέσει ή να εκτελούν μία (1) ή περισσότερες συμβάσεις «...» υπηρεσιών ή/ και υπηρεσιών διαχείρισης εγκαταστάσεων ή/και υπηρεσιών «...» εγκαταστάσεων, αλλά και να διαθέτουν ελάχιστο μέσο όρο μισθωτού

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

προσωπικού εξαρτημένης εργασίας δηλωμένο στην ΕΡΓΑΝΗ ως Ετήσιες Μονάδες Εργασίας (ΕΜΕ) κατά τα έτη 2020, 2021, 2022 τον καθορισμένο εν προκειμένω ελάχιστο αριθμό εργαζομένων. Η προσφεύγουσα ως η ίδια δηλώνει και προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου της προκείμενης υπόθεσης δραστηριοποιείται και στις δύο δραστηριότητες της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας, αλυσιτελώς επομένως προβάλλει ισχυρισμούς σχετικά με τον προεξέχοντα χαρακτήρα της εν λόγω σύμβασης, αφενός διότι αντικείμενο αυτής είναι η παραχώρηση υπηρεσιών «...» αλλά και «...», αμφότερες οι υπηρεσίες δηλαδή περιλαμβάνονται στο αντικείμενο και στον επιδιωκόμενο σκοπό της σύμβασης, ως ενιαίο και αδιαίρετο αντικείμενο, αφετέρου καμία βλάβη δεν στοιχειοθετείται εκ των ως άνω προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα πληροί τις τεθείσες αξιώσεις και επομένως καμία δυσχέρεια δεν προκύπτει σχετικά με την προσήκουσα υποβολή της προσφοράς της, κατά αυτό το σκέλος. Τούτων δοθέντων οι σχετικοί ισχυρισμοί είναι απορριπτέοι, αντιθέτως πρέπει να γίνουν δεκτά τα όσα προβάλλει η αναθέτουσα αρχή διά του εγγράφου των απόψεων της.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής της υποστηρίζει ότι είναι παράνομος ο όρος 3.2.2.5 της προσβαλλομένης σχετικά με την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Στην παράγραφο 3.2.2.5 της οικείας διακήρυξης ορίζεται ότι «Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει σε κάθε περίπτωση που αυτό προβλέπεται ειδικά στην παρούσα διακήρυξη καθώς και σε οποιαδήποτε από τις παρακάτω περιπτώσεις: • Αποχώρηση Διαγωνιζόμενου από τη διαδικασία του Διαγωνισμού. • Υπαναχώρηση από υποβληθείσα Προσφορά κατά τη διάρκεια ισχύος της. • Παροχή ψευδών στοιχείων ή πληροφοριών εκ μέρους του Υποψηφίου • Μη παράταση του χρόνου ισχύος της Εγγυητικής Επιστολής Συμμετοχής σύμφωνα με τις παραγράφους 2.2.2.3 και 2.2.2.4 ανωτέρω. • Μη οριστικοποίηση των συμβατικών εγγράφων χωρίς υπαιτιότητα της Αναθέτουσας Αρχής. • Μη υπογραφή των Παρεπόμενων Εγγράφων. • Μη θέση σε ισχύ της Σύμβασης Παραχώρησης χωρίς υπαιτιότητα της Αναθέτουσας Αρχής, και • Όπου αλλού ρητά αναφέρεται στην παρούσα διακήρυξη και στα Συμβατικά Τεύχη.». Καταρχάς, βασίμως ισχυρίζεται εν

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

προκειμένω η προσφεύγουσα ότι ο ως άνω όρος είναι αόριστος και προκαλεί σύγχυση κατά το σκέλος που παραπέμπει στις παραγράφους 2.2.2.3 και 2.2.2.4, οι οποίες δεν υφίστανται, όπερ άλλωστε συνομολογεί και η αναθέτουσα αρχή διά του εγγράφου των απόψεων της. Σε ό,τι αφορά την παράταση του χρόνου ισχύος της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής ισχύουν τα ορισθέντα στο άρθρο 3.4.6 της διακήρυξης: «Η ισχύς της προσφοράς μπορεί να παρατείνεται εγγράφως, εφόσον τούτο ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, πριν από τη λήξη της, με αντίστοιχη παράταση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παράγραφο 3.2.2.3 της παρούσας, κατ' ανώτατο όριο για χρονικό διάστημα ίσο με την προβλεπόμενη ως άνω αρχική διάρκεια. Σε περίπτωση αιτήματος της αναθέτουσας αρχής για παράταση της ισχύος της προσφοράς, για τους οικονομικούς φορείς, που αποδέχτηκαν την παράταση, πριν τη λήξη ισχύος των προσφορών τους, οι προσφορές ισχύουν και τους δεσμεύουν για το επιπλέον αυτό χρονικό διάστημα.» Σε ό,τι αφορά τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι δηλαδή προβλέπεται εν προκειμένω η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής (και) στην περίπτωση της μη οριστικοποίησης των συμβατικών εγγράφων ή της μη θέσης σε ισχύ της σύμβασης παραχώρησης χωρίς την υπαιτιότητα της αναθέτουσας αρχής, τούτος παρίσταται εύλογος και βάσιμος, διότι εκ των ανωτέρω ορισθέντων παρέπεται ότι η ευθύνη της μη σύναψης της προκειμένης σύμβασης μετακυλιέται στον ανάδοχο όχι μόνο στις περιπτώσεις ευθύνης του ίδιου του αναδόχου, ως παρίσταται νόμιμο, αλλά και σε περίπτωση που τούτο οφείλεται σε λόγους που δεν άπτονται της σφαίρας επιρροής και ευθύνης του. Επομένως ο προσβαλλόμενος όρος κατά αυτό το σκέλος παρίσταται δυσανάλογος και απρόσφορος του σκοπού που επιδιώκεται, ως βασίμως ισχυρίζεται η ώδε προσφεύγουσα και οι σχετικοί ισχυρισμοί της πρέπει να γίνουν δεκτοί.

11. Επειδή, με τον πέμπτο λόγο της προσφυγής της παραπονείται η προσφεύγουσα ότι είναι μη νόμιμοι οι όροι περί καταγγελίας της σύμβασης. Και τούτο διότι ενώ η παράγραφος 3.2.3 της διακήρυξης ρυθμίζει τα ζητήματα σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, στην τελευταία παράγραφο 3.2.3.12 αυτής ορίζεται ότι: «Η παράβαση των απαγορεύσεων και των κωλυμάτων

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

που περιλαμβάνονται στην παράγραφο 3.2.3 αποτελούν λόγο καταγγελίας της σύμβασης με τον οικονομικό φορέα που θα ανακηρυχθεί Ανάδοχος της Σύμβασης Παραχώρησης.» Ως βασίμως ισχυρίζεται εν προκειμένω η ώδε προσφεύγουσα, οι ανωτέρω όροι έρχονται σε σύγκρουση με τα άρθρα 38 και 44 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ, ανάγοντας τους λόγους αποκλεισμού σε λόγους καταγγελίας σύμβασης, ούτως διευρύνοντας τους λόγους δυνατότητας μονομερούς καταγγελίας και παραβιάζοντας την αρχή της αναλογικότητας. Τα ανωτέρω δε προβάλλονται μετ' εννόμου συμφέροντος από την προσφεύγουσα, αφού στοιχειοθετείται ενδεχόμενη βλάβη, καθώς ακόμη και στην περίπτωση ανάθεσης της υπόψη σύμβασης, υφίσταται κίνδυνος να καταγγελθεί για λόγους που δεν περιλαμβάνονται στο οικείο νομοθετικό πλαίσιο, ανατρέποντας τα αποτελέσματα της ανάθεσης. Εξάλλου η αναθέτουσα αρχή, διά του εγγράφου των απόψεων της συνομολογεί το σφάλμα στην ανωτέρω διατύπωση της προσβαλλομένης, αναφέροντας ότι εκ παραδρομής περιελήφθησαν στην παρ. 3.2.3 οι προβλέψεις της 3.2.3.12. Υπό τα δεδομένα αυτά, ωστόσο, οι διευκρινίσεις που διατυπώνονται με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, που συντάχθηκαν επ' ευκαιρία της άσκησης της υπό κρίση προσφυγής, στο βαθμό που δεν επαναλαμβάνονται επιβεβαιωτικώς οι ρυθμίσεις της διακήρυξης, ουδεμία έχουν, ενόψει των παραπάνω, έννομη επιρροή (ΕΑ 952/2007) ούτε άγουν σε θεραπεία της παρανομίας του προσβαλλόμενου όρου, καθόσον, όχι μόνο δεν συνιστούν πράξη εκτελεστή, η οποία εντάσσεται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και συμπληρώνει τους σχετικούς όρους της διακηρύξεως (ΕΑ ΣτΕ 190/2015, 108/2015, 55/2015, 380/2012, 258/2012), αλλά επιχειρούν να τροποποιήσουν εκ των υστέρων μη νομίμως (ΕΑ ΣτΕ 61/2011, 179/2009 σκ. 5, 663/2007) και μάλιστα αναρμοδίως, αφού δεν προέρχονται από το αρμόδιο θεσμικό για τη διενέργεια και κατακύρωση του διαγωνισμού όργανο (ΕΑ 45/2008), το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού όσον αφορά τις υπό ανάθεση υπηρεσίες, κατά παράβαση των αρχών της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της υποχρέωσης τήρησης της δημοσιότητας της διακήρυξης όσον αφορά τους τροποποιούμενους όρους της, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 61-70 του ν. 4412/2016 (ΣτΕ 827/2019, 554/2010). Τούτων

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

δοθέντων, οι προβαλλόμενοι διά αυτού του λόγου της προσφυγής ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτοί ως βάσιμοι.

12. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον έκτο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι είναι μη νόμιμοι οι όροι της προσβαλλομένης σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες τρίτων. Πιο συγκεκριμένα στη προσβαλλόμενη διακήρυξη ορίζεται: «3.2.9 Στήριξη στην ικανότητα τρίτων Υποψήφιος ή μέλος Υποψηφίου (σε περίπτωση Ένωσης Προσώπων ή Κοινοπραξίας) μπορεί να στηρίζεται στις χρηματοοικονομικές ή τεχνικές δυνατότητες ή και στα σχετικά με τα Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης τρίτου προσώπου που πληροί τα κριτήρια προσωπικής κατάστασης της παρούσας Διακήρυξης, ανεξάρτητα από τη νομική φύση της σχέσης που τον συνδέει με αυτά. Το τρίτο αυτό πρόσωπο δεν θα δύναται να υποστηρίξει περισσότερους από έναν Υποψήφιο ή ένα μέλος Υποψηφίου σε περίπτωση Ένωσης Προσώπων ή Κοινοπραξίας. Στην περίπτωση αυτή, ο Υποψήφιος θα πρέπει να αποδείξει ότι θα έχει στη διάθεσή του τους χρηματοοικονομικούς, τεχνικούς πόρους και τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης που απαιτούνται για την υλοποίηση των εν θέματι υπηρεσιών, προσκομίζοντας πρόσφορα έγγραφα τεκμηρίωσης της δέσμευσης του δανείζοντα την εμπειρία για το σκοπό εκπλήρωσης των εν θέματι υπηρεσιών, στην οποία θα βεβαιώνεται ότι το τρίτο πρόσωπο θα θέσει όλους τους απαραίτητους χρηματοοικονομικούς ή και τεχνικούς πόρους στη διάθεση του Ενδιαφερομένου και ότι θα ευθύνεται έναντι της Αναθέτουσας Αρχής σε περίπτωση που οι όροι που αναφέρονται στην παρούσα παράγραφο δεν πληρούνται. Στην περίπτωση αυτή, το τρίτο μέρος θα πρέπει να προσκομίσει τα έγγραφα που ορίζονται στις παραγράφους 3.2.5, 3.2.6 και 3.2.7 της παρούσας διακήρυξης, προκειμένου να αποδείξει ότι διαθέτει τις προαναφερθείσες χρηματοοικονομικές και τεχνικές δυνατότητες καθώς και τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης. Επιπλέον το τρίτο μέρος θα πρέπει να προσκομίσει τα Δικαιολογητικά Συμμετοχής, σύμφωνα με την παράγραφο 3.4.2 της παρούσας Διακήρυξης.» Από τη γραμματική προσήλωση στη διατύπωση των ανωτέρω όρων προκύπτει ότι οι υποψήφιοι δύνανται εν προκειμένω να στηρίζονται στις χρηματοοικονομικές ή τεχνικές δυνατότητες ή και στα σχετικά με τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

και περιβαλλοντικής διαχείρισης σε τρίτο πρόσωπο που πληροί τα κριτήρια προσωπικής κατάστασης της επίμαχης διακήρυξης, ανεξάρτητα από τη νομική φύση της σχέσης που τους συνδέει με αυτά και περαιτέρω ότι οι υποψήφιοι θα πρέπει να αποδείξουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους απαιτούμενους κατά τα ως άνω χρηματοοικονομικούς, τεχνικούς πόρους καθώς και τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης, προσκομίζοντας πρόσφορα έγγραφα τεκμηρίωσης της δέσμευσης του δανείζοντα την εμπειρία, όπου θα βεβαιώνεται ότι το τρίτο πρόσωπο θα θέσει όλους τους απαραίτητους χρηματοοικονομικούς ή και τεχνικούς πόρους στη διάθεση του ενδιαφερομένου και ότι θα ευθύνεται έναντι της αναθέτουσας αρχής σε περίπτωση που οι όροι που αναφέρονται στην εν λόγω παράγραφο δεν πληρούνται. Ενόψει των ανωτέρω αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι παρανόμως διά των προσβαλλομένων όρων διευρύνεται το πεδίο της άμεσης ευθύνης των τρίτων έναντι της αναθέτουσας αρχής, κατά παράβαση του άρθρου 39 παρ. 2 του ν. 4413/2016 και των αρχών της αναλογικότητας και της ανάπτυξης του ανταγωνισμού, διότι αντιθέτως, από τους προσβαλλομένους όρους προκύπτει ρητώς η ευθύνη του υποψηφίου έναντι της αναθέτουσας αρχής και συνακολούθως του τρίτου που ενδεχομένως έχει επιλέξει προς δανεισμό σε αυτόν εμπειρία. Αορίστως δε και αλυσιτελώς βάλλει η προσφεύγουσα κατά του ειδικότερου όρου το τρίτο κατά τα ως άνω πρόσωπο να μην δύναται να υποστηρίξει περισσότερους από έναν υποψήφιο ή ένα μέλος υποψηφίου σε περίπτωση ένωσης προσώπων ή κοινοπραξίας, διότι ο ανωτέρω όρος δεν παρίσταται δυσανάλογα περιοριστικός του ανταγωνισμού, αντιθέτως παρίσταται εύλογος, αποσκοπεί στη διασφάλιση της μη στρέβλωσης του υγιούς ανταγωνισμού και κείται εντός της αρχής της αναλογικότητας και της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής. Εξάλλου, η απαίτηση το τρίτο μέρος να προσκομίσει τα έγγραφα που ορίζονται στις παραγράφους 3.2.5, 3.2.6 και 3.2.7 της διακήρυξης, προκειμένου να αποδείξει ότι διαθέτει τις προαναφερθείσες χρηματοοικονομικές και τεχνικές δυνατότητες καθώς και τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης παρίσταται νόμιμη και εύλογη, παρά τα όσα περί αντιθέτου διατείνεται η προσφεύγουσα, δοθέντος επιπλέον ότι προβάλλει τα ανωτέρω η προσφεύγουσα αορίστως και

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

αλυσιτελώς μη αποδεικνύοντας τη βλάβη που υφίσταται εκ των ως άνω προσβαλλόμενων όρων. Εξάλλου, ρητώς και ευκρινώς ορίζεται στη προσβαλλόμενη ότι το τρίτο μέρος θα πρέπει να προσκομίσει τα δικαιολογητικά συμμετοχής, σύμφωνα με την παράγραφο 3.4.2 της διακήρυξης και επομένως, αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι υπάρχει ασάφεια ως προς το χρόνο και το περιεχόμενο των δικαιολογητικών που υποβάλλονται από τρίτους, κατά παράβαση της αρχής της διαφάνειας. Τούτων δοθέντων οι προβαλλόμενοι διά αυτού του λόγου της προσφυγής ισχυρισμοί είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι.

13. Επειδή, με τον έβδομο λόγο της προσφυγής της παραπονείται η ύδω προσφεύγουσα ότι είναι μη νόμιμοι οι όροι της προσβαλλόμενης σχετικά με την καταλληλότητα των υποψηφίων. Ισχυρίζεται συναφώς η προσφεύγουσα ότι ως προς τις απαιτήσεις τεχνικής επάρκειας και δη την απόδειξη εμπειρίας από συναφείς συμβάσεις, καίτοι η σύμβαση έχει ως κύριο αντικείμενο την παροχή «...» υπηρεσιών, εντούτοις η διακήρυξη καθορίζει ως κριτήριο τεχνικής επάρκειας και τις συμβάσεις «...», οι οποίες ωστόσο έχουν παρεπόμενο χαρακτήρα, περαιτέρω δε, δεν αποτελεί συναφή εμπειρία η «διαχείριση εγκαταστάσεων», αφού εκ της γενικότητας του όρου μπορεί να περιλαμβάνει από τη διαχείριση ενός εργοστασίου ανακύκλωσης και μίας εγκατάστασης επεξεργασίας λυμάτων, έως τη διαχείριση ενός κυλικείου. Επιπλέον υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι είναι μη νόμιμος ο ανωτέρω όρος αφού ως τελευταία τριετία εκλαμβάνει μόνο την περίοδο 2020-2022, εξαιρώντας την πλέον πρόσφατη εμπειρία που έχει αποκτηθεί από τον Ιανουάριο του 2023 μέχρι την υποβολή των προσφορών, δηλαδή σχεδόν ολόκληρο το 2023. Κατά τα ιστορούμενα στη προσφυγή, είναι και ασαφής ο προσβαλλόμενος όρος, αφού δεν καθίσταται σαφές αν αρκεί για την απόδειξη της εμπειρίας η σύμβαση να έχει τη ζητούμενη - ελάχιστη - αξία καθ' όλη τη διάρκειά της ή αν πρέπει να έχει την αξία αυτή εντός του διαστήματος 2020-2022. Ως προς τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας, παραπονείται η προσφεύγουσα ότι ο όρος είναι παράνομος, πρωτίστως γιατί αναγάγει ως τέτοια πρότυπα στοιχεία που δεν αποτελούν πρότυπα διασφάλισης ποιότητας. Ιδίως δε ως προς την προηγούμενη εμπειρία ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι ο όρος είναι ασαφής και αντιφατικός σχετικά με τον όρο

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

της τεχνικής επάρκειας, που κατατείνει στον ίδιο σκοπό (απόδειξη εμπειρίας από «συναφείς» συμβάσεις) με τη διαφοροποίηση ότι πρόκειται για εμπειρία που πρέπει να αποκτηθεί εντός συγκεκριμένου χρονικού διαστήματος και δεν απαιτείται να φθάνει μέχρι ενός ορισμένου ποσού συμβάσεων. Είναι δε αντιφατικός και ως προς το χρόνο προσκόμισης των βεβαιώσεων εμπειρίας καθώς, ενώ από τον όρο το σχετικό με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης φαίνεται να αφορά το στάδιο κατακύρωσης, η απαίτηση να έχουν εκδοθεί μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφοράς δημιουργεί σύγχυση ως προς το αν οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να τις προσκομίσουν σε εκείνο το χρονικό σημείο. Αλλά και στην περίπτωση που ήθελε θεωρηθεί ότι υποβάλλονται στο στάδιο κατακύρωσης, η απαίτηση να έχουν εκδοθεί πριν την καταληκτική ημερομηνία, κατά τη προσφεύγουσα, είναι μη νόμιμη και δυσανάλογη, δημιουργώντας ένα απρόσφορο πρόσθετο διοικητικό βάρος στους υποψηφίους. Τέλος, ως προς την απαίτηση οι υποψήφιοι να διαθέτουν ηλεκτρονικό σύστημα της επιλογής τους, παραπονείται η προσφεύγουσα ότι ο όρος όπως διατυπώνεται είναι μη νόμιμος και για τον πρόσθετο λόγο ότι ανάγεται ένας όρος εκτέλεσης σε κριτήριο ποιοτικής επιλογής και δη με ασαφή και απρόσφορο τρόπο. Υποστηρίζει συναφώς η προσφεύγουσα ότι οι υποψήφιοι καλούνται κατά την υποβολή της προσφοράς να υποβάλλουν υπεύθυνη δήλωση ότι θα προσκομίσουν αποδεικτικά μέσα για τη διάθεση του πληροφοριακού συστήματος σε περίπτωση που αναδειχθούν ανάδοχοι, ενώ στο στάδιο κατακύρωσης ζητείται πάλι να προσκομίσουν ως κατάλληλο αποδεικτικό μέσο την υπεύθυνη δήλωση ότι εφόσον ανακηρυχθούν ανάδοχοι «θα προσκομίσουν αποδεικτικά μέσα ότι διαθέτουν για την εκτέλεση της εν θέματι σύμβασης ηλεκτρονικό σύστημα της επιλογής τους, με το οποίο θα επιτυγχάνεται το σύνολο της διαχείρισης των παρεχόμενων υπηρεσιών και θα εξάγονται μετρήσιμα αποτελέσματα όσον αφορά την επίτευξη των επιχειρησιακών στόχων.». Εντούτοις, κατά την προσφεύγουσα, σε κανένα στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν προβλέπεται η προσκόμιση κατάλληλων αποδεικτικών μέσων που να αποδεικνύουν τη διάθεση του κατάλληλου ηλεκτρονικού συστήματος, με αποτέλεσμα ο όρος να ισοδυναμεί αποκλειστικά με όρο εκτέλεσης της σύμβασης, αφού απλώς και μόνο ο υποψήφιος δεσμεύεται ότι θα έχει στην διάθεσή του ένα τέτοιο σύστημα και τα

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

σχετικά αποδεικτικά καλείται να τα προσκομίσει εφόσον ανακηρυχθεί ανάδοχος, άρα στο στάδιο εκτέλεσης.

14. Επειδή, σύμφωνα με τα όσα έγιναν δεκτά στη σκέψη 9 της παρούσας κατά την εξέταση του τρίτου λόγου της προσφυγής, συνάγεται ότι η επίμαχη σύμβαση αφορά συνολικά και συνδυαστικά σε «...» υπηρεσίες και σε υπηρεσίες «...», χωρίς να προκύπτει ότι οι δεύτερες έχουν παρεπόμενο χαρακτήρα σε σχέση με τις πρώτες. Ενόψει τούτων, αλυσιτελώς επαναφέρει η προσφεύγουσα τον ισχυρισμό ότι διευρύνεται παρανόμως και ανατιολογήτως, προς απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας, η ζητούμενη εμπειρία σε συμβάσεις μη συναφείς με το αντικείμενο του διαγωνισμού, διότι αντιθέτως η απαίτηση οι διαγωνιζόμενοι να έχουν εκτελέσει ή να εκτελούν μία (1) ή περισσότερες συμβάσεις «...» υπηρεσιών ή/ και υπηρεσιών διαχείρισης εγκαταστάσεων ή/και υπηρεσιών «...» εγκαταστάσεων, είναι σε άμεση σχέση και σύνδεση με το αντικείμενο και τον επιδιωκόμενο εν προκειμένω σκοπό. Εξάλλου οι υπηρεσίες διαχείρισης εγκαταστάσεων περιλαμβάνουν υποστηρικτικές υπηρεσίες για τη λειτουργία διαφόρων εγκαταστάσεων, όπως «...», «...», «...» κ.λπ. όπερ εντάσσεται στο αντικείμενο της επίμαχης σύμβασης, τα δε τεθέντα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κρίνονται πρόσφορα προς την εξυπηρέτηση του επιδιωκόμενου σκοπού. Περαιτέρω, στη προσβαλλομένη και στο πεδίο 3.2.8 Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης, προβλέπεται: «Οι οικονομικοί φορείς για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης οφείλουν να διαθέτουν οργανωμένο σύστημα διαχείρισης ποιότητας, συγκεκριμένα: Α) να διαθέτουν πιστοποίηση: • EN ISO 9001:2005 Σύστημα Διαχείρισης Ποιότητας • ISO 45001:2018 Σύστημα Διαχείρισης Υγείας και Ασφάλειας στην Εργασία • EN ISO 14001:2015 Σύστημα Περιβαλλοντικής Διαχείρισης • Πιστοποίηση CoVid-Shield ή ισοδύναμα. Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων θα πρέπει όλα τα μέρη της ένωσης να διαθέτουν την πιστοποίηση 9001:2015, οι δε άλλες πιστοποιήσεις να υπάρχουν σε τουλάχιστον ένα από τα μέλη της ένωσης. Β) Να διαθέτουν και να προσκομίσουν τουλάχιστον μία (1) Βεβαίωση Καλής Εκτέλεσης σύμβασης «...» υπηρεσιών ή/και υπηρεσιών διαχείρισης εγκαταστάσεων ή/και υπηρεσιών «...» εγκαταστάσεων, από δημόσιο φορέα ή από ΝΠΙΔ το οποίο

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

συνδέεται στενά με την παροχή υπηρεσιών του ευρύτερου δημοσίου τομέα ή από τον ιδιωτικό τομέα. Οι ανωτέρω Βεβαιώσεις πρέπει να έχουν εκδοθεί το αργότερο μέχρι τη λήξη της ημερομηνίας υποβολής των οικονομικών προσφορών και σε κάθε περίπτωση να αφορούν σε ολοκληρωμένες και εκτελεσθείσες προ της ημερομηνίας δημοσίευσης της παρούσας διακήρυξης εργασίες. Γ) Εφόσον ανακηρυχθούν Ανάδοχοι, να προσκομίσουν αποδεικτικά μέσα ότι διαθέτουν για την εκτέλεση της εν θέματι σύμβασης ηλεκτρονικό σύστημα της επιλογής τους, με το οποίο θα επιτυγχάνεται το σύνολο της διαχείρισης των παρεχόμενων υπηρεσιών και θα εξάγονται μετρήσιμα αποτελέσματα όσον αφορά την επίτευξη των επιχειρησιακών στόχων. Κατά το στάδιο υποβολής προσφορών, θα προσκομίσουν υπεύθυνη δήλωση ότι θα προσκομίσουν τα αποδεικτικά μέσα εφόσον ανακηρυχθούν Ανάδοχοι.» Αορίστως και αλυσιτελώς προβάλλει η ώδε προσφεύγουσα ότι διά των προσβαλλομένων όρων ανάγονται παρανόμως ως πρότυπα διασφάλισης ποιότητας η προηγούμενη εμπειρία και η διάθεση ηλεκτρονικού συστήματος καθώς και ότι δημιουργείται σύγχυση ως προς την πρόσθετη απαίτηση βεβαίωσης εμπειρίας, η οποία μάλιστα ζητείται να έχει εκδοθεί πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών και ως προς το αν το ηλεκτρονικό σύστημα λειτουργεί ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής ή όρος εκτέλεσης της σύμβασης, έχοντας δε ενταχθεί ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής, είναι απρόσφορος ο τρόπος απόδειξης πλήρωσης της απαίτησης. Ως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, διά της συμπληρωματικής της αιτιολογίας, όπως αποτυπώνεται στο έγγραφο των απόψεων της, τα ζητούμενα εν προκειμένω πρότυπα διασφάλισης ποιότητας αποτελούν γενικώς παραδεδεδεγμένα πρότυπα και συνιστούν αντικειμενικά κριτήρια μέτρησης και πιστοποίησης της ποιότητας των παρεχόμενων υπηρεσιών. Εξάλλου, ως γίνεται δεκτό και η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί, δεν αποκλείεται οι τεχνικές απαιτήσεις να θεωρούνται ταυτοχρόνως ως κριτήρια επιλογής που αφορούν την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ως τεχνικές προδιαγραφές ή/και ως όροι εκτέλεσης της σύμβασης (απόφαση της 7ης Σεπτεμβρίου 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, σκέψη 84). Επομένως το ότι απαιτείται μία (1) βεβαίωση καλής εκτέλεσης σύμβασης «...» υπηρεσιών ή/και υπηρεσιών διαχείρισης

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

εγκαταστάσεων ή/και υπηρεσιών «...» εγκαταστάσεων, ως κριτήριο της υπό ανάθεση σύμβασης, δεν παρίσταται ανατιολόγητη, καταχρηστική ή δυσανάλογη. Επιπλέον απρόσφορη ή δυσανάλογη δεν παρίσταται και η σχετική απαίτηση η εν λόγω εμπειρία να έχει αποκτηθεί κατά την τελευταία τριετία, πριν τη δημοσίευση της προκείμενης διακήρυξης, ήτοι μεταξύ των ετών 2020-2022 καθώς επίσης και η απαίτηση, η υποβληθείσα βεβαίωση καλής εκτέλεσης να έχει εκδοθεί το αργότερο μέχρι τη λήξη της ημερομηνίας υποβολής των οικονομικών προσφορών, δοθέντος ότι αφορά σε ολοκληρωμένη και εκτελεσθείσα προ της ημερομηνίας δημοσίευσης της προσβαλλόμενης διακήρυξης σύμβαση. Σε ό,τι αφορά τις απαιτήσεις και τα αποδεικτικά μέσα σχετικά με το ηλεκτρονικό σύστημα που πρέπει να διαθέτουν οι υποψήφιοι, αλυσιτελώς και δη άνευ εννόμου συμφέροντος προβάλλονται από τη προσφεύγουσα, δοθέντος ότι καμία βλάβη της δεν στοιχειοθετείται εκ των ως άνω προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης, αφού η ίδια πληροί τις σχετικές αξιώσεις και καμία δυσχέρεια επομένως δεν προκύπτει σχετικά με την προσήκουσα υποβολή της προσφοράς της, κατά αυτό το σκέλος. Τούτων δοθέντων οι σχετικοί ισχυρισμοί είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι, αντιθέτως πρέπει να γίνουν δεκτά τα όσα προβάλλει η αναθέτουσα αρχή διά του εγγράφου των απόψεων της.

15. Επειδή, με τον όγδοο λόγο της προσφυγής της υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι είναι μη νόμιμος ο όρος σχετικά με την εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης. Εν προκειμένω, στο άρθρο 5.2 της προσβαλλόμενης διακήρυξης καθορίζονται οι υποχρεώσεις του αναδόχου σχετικά με την εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης, με ρητή παραπομπή στο άρθρο 72 παρ. 4 του ν. 4412/2016, επιβάλλοντας υποχρέωση προσκόμισης εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης ίσης με το 4% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, ήτοι: «...»: εγγύηση συμμετοχής ποσού 0,04 x 60 μήνες x 380.568,27 ευρώ = 913.363,85 ευρώ Β) «...»: εγγύηση συμμετοχής ποσού 0,04 x 60 μήνες x 109.025,37 ευρώ = 261.660,89 ευρώ Γ) «...»: εγγύηση συμμετοχής ποσού 0,04 x 60 μήνες x 507.821,10 ευρώ = 1.218.770,64 ευρώ Ο χρόνος ισχύος της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης θα πρέπει να είναι ίσος κατ' ελάχιστον με το συμβατικό χρόνο εκτέλεσης της σύμβασης παραχώρησης προσαυξημένο κατά εξήντα (60) ημέρες.». Πέραν της εκ

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

προφανούς παραδρομής αναφοράς σε εγγύηση συμμετοχής, αντί του ορθού εγγύηση καλής εκτέλεσης, παραπονείται η προσφεύγουσα ότι ο ως άνω όρος είναι μη νόμιμος για τον λόγο ότι αν και αντιφατικώς και δυσανάλογα συντρέχει αναλογική εφαρμογή του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016 ως προς την εγγύηση καλής εκτέλεσης, επί τη βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, ως προς την εγγυητική επιστολή συμμετοχής, σύμφωνα με το άρθρο 3.2.2.1 της διακήρυξης, ισχύει ως βάση υπολογισμού το ελάχιστο όριο προσφοράς, με αποτέλεσμα, ενώ κατά τον ν. 4412/2016 η εγγύηση καλής εκτέλεσης να είναι η διπλάσια της εγγύησης συμμετοχής (4%), στην προσβαλλόμενη διακήρυξη καθορίζεται τριάντα φορές μεγαλύτερη. Όσον αφορά το πρώτο σκέλος του ισχυρισμού της προσφεύγουσας και σχετικά με το εκ παραδρομής εν προκειμένω σφάλμα στη διατύπωση του όρου 5.2 της διακήρυξης, ισχύουν *mutatis mutandis* τα σχετικώς αναφερθέντα στη σκέψη 11 της παρούσας και επομένως τούτο πρέπει να γίνει δεκτό. Όσον αφορά το δεύτερο σκέλος των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, εκ του περιεχομένου των αιτιάσεων της δεν προκύπτουν συγκεκριμένοι και ειδικοί ισχυρισμοί που να ερείδουν το επικληθέν από πλευράς της δυσανάλογο και καταχρηστικό του ορισθέντος ποσοστού, δοθέντος επιπλέον ότι η εγγύηση καλής εκτέλεσης αποσκοπεί *a priori* στην εξασφάλιση της άρτιας εκτέλεσης του έργου επί τη βάσει του εκτιμώμενου προϋπολογισμού και εν προκειμένω του συνολικού ανταλλάγματος που αναμένεται να εισπραχθεί από την παροχή των επίμαχων υπηρεσιών, όπερ κατά τους όρους της προσβαλλόμενης νοείται ως ο κύκλος εργασιών του αναδόχου. Ενόψει των ανωτέρω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας κατά αυτό το σκέλος είναι απορριπτέοι ενώ αντιθέτως πρέπει να γίνουν δεκτά τα όσα σχετικώς προβάλλει, διά του εγγράφου των απόψεων της, η αναθέτουσα αρχή.

16. Επειδή, με τον ένατο λόγο της προσφυγής της παραπονείται η προσφεύγουσα ότι είναι ασαφής ο όρος σχετικά με τη δήλωση στο ΕΕΕΣ του εθνικού λόγου αποκλεισμού. Από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι στο θεσμικό πλαίσιο της εν λόγω διαγωνιστικής διαδικασίας (άρθρο 1.4 της διακήρυξης 3 της Συγγραφής Υποχρεώσεων) περιλαμβάνονται οι διατάξεις του ν. 3310/2005 "Μέτρα για τη διασφάλιση της διαφάνειας και την αποτροπή καταστρατηγήσεων κατά τη διαδικασία συναφής

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

δημοσίων συμβάσεων" (Α' 30), ο σχετικός λόγος αποκλεισμού του άρθρου 4 παρ. 8 περιλαμβάνεται στην παράγραφο 3.2.3.7 της προσβαλλομένης, επαναλαμβάνεται στην παράγραφο 3.2.3.10 αυτής, ενώ στην παράγραφο 3.2.10.2.Β1.γ' καθορίζονται τα δικαιολογητικά κατακύρωσης σχετικά με την ονομαστικοποίηση, με παραπομπή στο λόγο αποκλεισμού της παραγράφου 3.2.3.5, που αφορά ωστόσο τους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού. Επιπλέον, παραπονείται η προσφεύγουσα ότι πλημμελώς το ΕΕΕΣ είναι διαμορφωμένο με ανοιχτό το ερώτημα σχετικά με τη συνδρομή του εθνικού λόγου αποκλεισμού. Καταρχάς, βασίμως παραπονείται εν προκειμένω η προσφεύγουσα για την ασάφεια που δημιουργείται από την παραπομπή σε λάθος παράγραφο της διακήρυξης, καθώς επίσης και για το ότι ενώ στη διακήρυξη με σαφήνεια ορίζεται ότι εφαρμόζεται ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 4 παρ. 8 του ν. 3310/2005 (εθνικός λόγος αποκλεισμού), στο Παράρτημα VI της προσβαλλομένης σχετικά με τις οδηγίες για τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ, στο Μέρος III. Ενότητα Δ: Αμιγώς Εθνικοί Λόγοι Αποκλεισμού, υπάρχει η σημείωση «Δεν απαιτείται στον παρόντα διαγωνισμό», όπερ άλλωστε συνομολογεί και αποδέχεται και η αναθέτουσα αρχή στη συμπληρωματική της αιτιολογία. Για τους λόγους δε που αναφέρθηκαν στη σκέψη 11 της παρούσας, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι.

17. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δέκατο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι οι όροι σχετικά με την επιτόπια επίσκεψη είναι αντιφατικοί, δυσανάλογοι, δημιουργούν δε, πρόσθετο και απρόσφορο διοικητικό βάρος. Στην προσβαλλόμενη διακήρυξη ορίζονται σχετικώς τα εξής: «3.4.4 Περιεχόμενα (Υπο)Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά» 3.4.4.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για τη συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: 1) ... 2) Υπεύθυνη δήλωση του Διαγωνιζομένου, στην οποία θα δηλώνεται ότι: α) έχει λάβει πλήρη γνώση των Εγγράφων του Διαγωνισμού, των όρων και των διατάξεών τους, τα οποία αποδέχεται ανεπιφύλακτα, β) έχει λάβει πλήρη γνώση των συνθηκών παροχής των εν θέματι υπηρεσιών, σύμφωνα με την παράγραφο 1.7.3 της παρούσας Διακήρυξης, και γ) [...] . 8) Για την άρτια εκτέλεση της παραχώρησης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται, επί ποινή

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

αποκλεισμού, να έχουν αποδεδειγμένα πλήρη γνώση των τοπικών συνθηκών του ή των «...» και ειδικότερα να έχουν επισκεφθεί τον χώρο των «...» του ή των «...», στους οποίους θα εκτελεσθεί η παρούσα παραχώρηση. Η επίσκεψη στον ως άνω χώρο του ή των «...» μπορεί να γίνει και από οποιονδήποτε εκπρόσωπο ή υπάλληλο του οικονομικού φορέα, της παραπάνω ιδιότητας αποδεικνυομένης από ειδική εξουσιοδότηση ή από αποδεικτικό εκπροσώπησης του οικονομικού φορέα. Ειδικότερα, οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται: α) Να διαθέτουν Βεβαίωση από τη Διεύθυνση Δημοτικής Περιουσίας του «...» ότι επισκέφθηκαν το χώρο των «...» του ή των «...», όπου πρόκειται να πραγματοποιηθεί η παραχώρηση και ότι έλαβαν γνώση όλων των επιμέρους χώρων και των ιδιαιτεροτήτων τους. Η εν λόγω Βεβαίωση πρέπει να έχει χορηγηθεί μέχρι πέντε (5) εργάσιμες ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. β) Επιπροσθέτως, να προσκομίζουν Υπεύθυνη Δήλωση στην οποία θα δηλώνουν ότι επισκέφθηκαν τους χώρους του ή των «...» και έλαβαν πλήρη γνώση των γενικών, τοπικών και ειδικών συνθηκών που διέπουν αυτούς, καθώς και της υφιστάμενης κατάστασης του ή των «...». Οι ως άνω περιγραφόμενες Βεβαίωση και Υπεύθυνη Δήλωση υποβάλλονται επί ποινή αποκλεισμού ως δικαιολογητικά συμμετοχής του οικονομικού φορέα, κατά τα ειδικώς οριζόμενα στην παράγραφο 3.4.2.5.2 της παρούσας.» Από τη γραμματική διατύπωση των ανωτέρω όρων συνάγεται ότι κατά την υποβολή της προσφοράς από τους συμμετέχοντες, στον φάκελο της τεχνικής προσφοράς απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού, να υποβάλουν βεβαίωση από τη Διεύθυνση Δημοτικής Περιουσίας του «...» ότι επισκέφθηκαν το χώρο των «...» του ή των «...», όπου πρόκειται να πραγματοποιηθεί η παραχώρηση και ότι έλαβαν γνώση όλων των επιμέρους χώρων και των ιδιαιτεροτήτων τους καθώς και Υπεύθυνη Δήλωση στην οποία θα δηλώνουν ότι επισκέφθηκαν τους χώρους των «...» και έλαβαν πλήρη γνώση των γενικών, τοπικών και ειδικών συνθηκών που διέπουν αυτούς. Αβασίμως και αλυσιτελώς ισχυρίζεται εν προκειμένω η προσφεύγουσα ότι οι ανωτέρω απαιτήσεις αποτελούν πρόσθετα βάρη και έρχονται σε αντίθεση με τους όρους της διακήρυξης που ορίζουν ότι «Η συμμετοχή στο Διαγωνισμό συνιστά αμάχητο τεκμήριο, άλλως εξώδικη ομολογία, ότι οι Διαγωνιζόμενοι αλλά και τα μέλη αυτών (σε

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

περίπτωση ένωσης προσώπων), έχουν λάβει πλήρη γνώση των Εγγράφων του Διαγωνισμού, των πληροφοριακών στοιχείων του Έργου και της ισχύουσας νομοθεσίας. Επίσης, συνιστά αμάχητο τεκμήριο ότι οι Διαγωνιζόμενοι έλαβαν πλήρη γνώση των συνθηκών και ιδιαιτεροτήτων του χώρου της παροχής υπηρεσιών, των εγκαταστάσεων και του εξοπλισμού του, του νομικού και πραγματικού καθεστώτος τους και ότι έχουν μελετήσει όλα τα στοιχεία που περιλαμβάνονται στην παρούσα διακήρυξη. Η συμμετοχή στο Διαγωνισμό συνιστά αμάχητο τεκμήριο ότι οι Διαγωνιζόμενοι, αλλά και τα μέλη αυτών (σε περίπτωση ένωσης προσώπων), αποδέχονται πλήρως, ανεπιφύλακτα και χωρίς αιρέσεις το σύνολο των όρων και των διατάξεων των Εγγράφων του Διαγωνισμού.»(1.7.3). Αντιθέτως με τα όσα σχετικώς προβάλλει εν προκειμένω η προσφεύγουσα, συνάγεται ότι η απαίτηση επιτόπιας επίσκεψης από τους υποψηφίους και η συνακόλουθη χορήγηση της σχετικής βεβαίωσης από την αναθέτουσα αρχή καθώς και η υποβολή της υπεύθυνης δήλωσης από τους ίδιους συνδέεται με τους λοιπούς όρους της διακήρυξης και συνάδει με τη λήψη από τους διαγωνιζόμενους πλήρους γνώσης των εγγράφων του διαγωνισμού, καθώς και της αποδοχής αυτών και επομένως της υποβολής της προσφοράς τους υπό αυτά τα δεδομένα. Ενόψει τούτων οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας τυγχάνουν απορριπτέοι, αντιθέτως πρέπει να γίνουν δεκτά τα όσα προβάλλει κατά αυτό το σκέλος διά του εγγράφου των απόψεων της η αναθέτουσα αρχή.

18. Επειδή, με τον ενδέκατο λόγο της προσφυγής της υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι είναι ασαφής ο όρος 3.2.10.2. παρ. Β1 της προσβαλλομένης σχετικά με την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 3.2.3, ως επίσης και ότι υπάρχει ασάφεια και άλλων όρων της προσβαλλομένης διακήρυξης εκ της εσφαλμένης παραπομπής που συντρέχει σε άρθρα που δεν υφίστανται ή ρυθμίζουν άλλα ζητήματα. Στην προσβαλλόμενη διακήρυξη ορίζεται σχετικώς: «Β.1. Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 3.2.3 οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς προσκομίζουν αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά: α) για την παράγραφο 3.2.3.1 απόσπασμα του σχετικού μητρώου, όπως του ποινικού μητρώου ή, ελλείψει αυτού, ισοδύναμο έγγραφο που εκδίδεται από αρμόδια δικαστική ή διοικητική αρχή του κράτους-μέλους ή

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας, από το οποίο προκύπτει ότι πληρούνται αυτές οι προϋποθέσεις. Η υποχρέωση προσκόμισης του ως άνω αποσπάσματος αφορά και στα μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του εν λόγω οικονομικού φορέα ή στα πρόσωπα που έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην ως άνω παράγραφο, β) για τις παραγράφους 3.2.3.2 και 3.2.3.4 περίπτωση β' πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας. Αν το κράτος-μέλος ή η εν λόγω χώρα δεν εκδίδει τέτοιου είδους έγγραφο ή πιστοποιητικό ή όπου το έγγραφο ή το πιστοποιητικό αυτό δεν καλύπτει όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 3.2.3.1 και 3.2.3.2 και στην περίπτωση β' της παραγράφου 3.2.3.4, το έγγραφο ή το πιστοποιητικό μπορεί να αντικαθίσταται από ένορκη βεβαίωση ή, στα κράτη - μέλη ή στις χώρες όπου δεν προβλέπεται ένορκη βεβαίωση, από υπεύθυνη δήλωση του ενδιαφερομένου ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού του κράτους - μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας. Οι αρμόδιες δημόσιες αρχές παρέχουν, όπου κρίνεται αναγκαίο, επίσημη δήλωση στην οποία αναφέρεται ότι δεν εκδίδονται τα έγγραφα ή τα πιστοποιητικά της παρούσας παραγράφου ή ότι τα έγγραφα αυτά δεν καλύπτουν όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 3.2.3.1 και 3.2.3.2 και στην περίπτωση β' της παραγράφου 3.2.3.4. Για τις λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου 3.2.3.4 υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος οικονομικού φορέα ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού του κράτους - μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας εγκατάστασής του ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι οριζόμενοι στην παράγραφο λόγοι αποκλεισμού. γ) για την παράγραφο 3.2.3.5, δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης των μετοχών, εφόσον ο προσωρινός ανάδοχος είναι ανώνυμη εταιρία [Εξαιρούνται της υποχρέωσης αυτής οι εταιρείες που είναι εισηγμένες στο Χρηματιστήριο της χώρας εγκατάστασής τους και υποβάλλουν περί τούτου υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου τους]: Ειδικότερα ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

πιστοποιητικό αρμόδιας αρχής του κράτους της έδρας, από το οποίο να προκύπτει ότι οι μετοχές είναι ονομαστικές, καθώς και αναλυτική κατάσταση με τα στοιχεία των μετόχων της εταιρείας και τον αριθμό των μετοχών κάθε μετόχου (μετοχολόγιο), όπως τα στοιχεία αυτά είναι καταχωρημένα στο βιβλίο μετόχων της εταιρείας, το πολύ τριάντα εργάσιμες ημέρες πριν από την ημέρα υποβολής της προσφοράς. Εάν ο προσωρινός ανάδοχος είναι αλλοδαπή ανώνυμη εταιρία, και εφόσον έχει, κατά το δίκαιο της έδρας της, ονομαστικές μετοχές προσκομίζει πιστοποιητικό αρμόδιας αρχής του κράτους της έδρας, από το οποίο να προκύπτει ότι οι μετοχές είναι ονομαστικές, αναλυτική κατάσταση μετόχων, με αριθμό των μετοχών του κάθε μετόχου, όπως τα στοιχεία αυτά είναι καταχωρημένα στο βιβλίο μετόχων της εταιρείας με ημερομηνία το πολύ 30 εργάσιμες ημέρες πριν την υποβολή της προσφοράς ή κάθε άλλο στοιχείο από το οποίο να προκύπτει η ονομαστικοποίηση μέχρι φυσικού προσώπου των μετοχών, που έχει συντελεστεί τις τελευταίες 30 (τριάντα) εργάσιμες ημέρες πριν την υποβολή της προσφοράς. Σε διαφορετική περίπτωση, δηλαδή εφόσον κατά το δίκαιο της χώρας στην οποία έχει την έδρα της δεν έχει ονομαστικές μετοχές, υποβάλλει βεβαίωση περί μη υποχρέωσης ονομαστικοποίησης των μετοχών από αρμόδια αρχή, εφόσον υπάρχει σχετική πρόβλεψη, διαφορετικά προσκομίζει υπεύθυνη δήλωση του διαγωνιζόμενου, έγκυρη και ενημερωμένη κατάσταση μετόχων που κατέχουν τουλάχιστον 1% των μετοχών και αν δεν τηρείται τέτοια κατάσταση, σχετική κατάσταση μετόχων (με 1%), σύμφωνα με την τελευταία Γενική Συνέλευση, αν οι μέτοχοι αυτοί είναι γνωστοί στην εταιρεία. Αν δεν προσκομισθεί κατάσταση κατά τα ανωτέρω, η εταιρεία αιτιολογεί τους λόγους που οι μέτοχοι αυτοί δεν της είναι γνωστοί. Η αναθέτουσα αρχή δεν υπεισέρχεται στην κρίση της ως άνω αιτιολογίας. Δύναται, ωστόσο, να αποδείξει τη δυνατότητα υποβολής της κατάστασης μετόχων, και μόνο στην περίπτωση αυτή η εταιρεία αποκλείεται από την παρούσα διαδικασία. Περαιτέρω, πριν την υπογραφή της σύμβασης υποβάλλεται η υπεύθυνη δήλωση της κοινής απόφασης των Υπουργών Ανάπτυξης και Επικρατείας 20977/23-8-2007 (Β' 1673) «Δικαιολογητικά για την τήρηση των μητρώων του ν. 3310/2005 όπως τροποποιήθηκε με το ν. 3414/2005» η οποία εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 5 παρ. 5 του ν. 3310/2005, και δ) για τις παραγράφους 3.2.3.9 και 3.2.3.10, υπεύθυνη

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

δήλωση του προσφέροντος οικονομικού φορέα ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού του κράτους - μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας εγκατάστασής του ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος του απόφαση αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016. ε) για την παράγραφο 3.2.3.11, υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος οικονομικού φορέα ότι δεν συντρέχουν οι καταστάσεις ρωσικής εμπλοκής, σύμφωνα με το υπόδειγμα του Παραρτήματος Χ της παρούσας διακήρυξης.» Από την επισκόπηση των στοιχείων της υπόθεσης εμφανίζεται ότι στη συμπληρωματική της αιτιολογία, η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί ότι εκ παραδρομής αναφέρεται περίπτωση β' για την παράγραφο 3.2.3.4, όπερ πράγματι δεν υφίσταται, ως επίσης ότι τα δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης μετοχών, εφόσον ο προσωρινός ανάδοχος είναι ανώνυμη εταιρεία απαιτούνται για την παράγραφο 3.2.3.3 και όχι για την παράγραφο 3.2.3.5, ως εσφαλμένα αναφέρεται. Επομένως, για τους λόγους που αναφέρθηκαν στη σκέψη 11 της παρούσας και δοθέντος ότι οι διευκρινίσεις που διατυπώνονται με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής δεν άγουν σε θεραπεία της παρανομίας του προσβαλλόμενου όρου, καθόσον, όχι μόνο δεν συνιστούν πράξη εκτελεστή, η οποία εντάσσεται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και συμπληρώνει τους σχετικούς όρους της διακηρύξεως (ΕΑ ΣτΕ 190/2015, 108/2015, 55/2015, 380/2012, 258/2012), αλλά επιχειρούν να τροποποιήσουν εκ των υστέρων μη νομίμως (ΕΑ ΣτΕ 61/2011, 179/2009 σκ. 5) και μάλιστα αναρμοδίως, αφού δεν προέρχονται από το αρμόδιο θεσμικό για τη διενέργεια και κατακύρωση του διαγωνισμού όργανο (ΕΑ 45/2008), το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να γίνουν δεκτοί. Σε ό,τι αφορά τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας σχετικά με τον προσβαλλόμενο όρο Β.1.δ. όπου ορίζεται ότι για τις παραγράφους 3.2.3.9 και 3.2.3.10, απαιτείται υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος οικονομικού φορέα ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής Αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού του κράτους - μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας εγκατάστασής του ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος του απόφαση αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016, ρητώς και εναργώς προκύπτει ότι ο ανωτέρω όρος παραπέμπει

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

στον όρο 3.2.3.10 που αφορά στον εθνικό λόγο αποκλεισμού του άρθρου 8 του ν. 3310/2005, ενώ σε ό,τι αφορά τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας σχετικά με την έλλειψη πρόβλεψης στον όρο 3.2.10.2.B1 για τα αποδεικτικά που πρέπει να προσκομίσει ο οικονομικός φορέας, προς απόδειξη των όρων 3.2.3.4, 3.2.3.5, 3.2.3.6, 3.2.3.7 και 3.2.3.10 της διακήρυξης, ως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή στο έγγραφο των απόψεων της, διά της προσβαλλομένης και των ειδικότερα προσβαλλομένων όρων καθορίζονται τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης και ουδέν έτερο. Επομένως οι σχετικοί ισχυρισμοί είναι απορριπτέοι. Σε ό,τι αφορά τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι στον όρο 4.1.2 της διακήρυξης γίνεται μνεία στη δυνατότητα συμπλήρωσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης με παραπομπή στον όρο 3.2, αλλά ο όρος 3.2 αφορά το δικαίωμα συμμετοχής και τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, ορθώς διατείνεται η προσφεύγουσα ότι έχει διατυπωθεί εσφαλμένως, ενώ αβασίμως και αλυσίτελως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή εν προκειμένω ότι αποτελεί σημείο αναφοράς για τη συμπλήρωση των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Περαιτέρω όσον αφορά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας για την αντίφαση μεταξύ των όρων 4.7.11 όπου ορίζεται ότι «Γίνεται μνεία ότι κάθε διαφορά που προκύψει κατά το στάδιο της εκτέλεσης της αντίστοιχης Σύμβασης Παραχώρησης / ΣΔΙΤ Σύμβασης θα επιλύεται με διαιτησία σύμφωνα με τους ειδικότερους όρους που θα ορισθούν κατά το Στάδιο II: Υποβολή Δεσμευτικών Προσφορών - Παραχώρηση / Ανάθεση (επιλογή Παραχωρησιούχου/Αναδόχου).» και 5.14.1.1 όπου ορίζεται ότι «Κάθε διαφορά που αναφέρεται στην ερμηνεία ή στην εφαρμογή ή το κύρος της σύμβασης παραχώρησης επιλύεται με την άσκηση προσφυγής ή αγωγής στο αρμόδιο δικαστήριο κατά τις διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας ή του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας (παρ. 1 άρθρου 64 ν.4413/2016)», ενώ στον όρο 5.14.1.2 ορίζεται ότι αρμόδιο για την επίλυση των διαφορών είναι το Διοικητικό Πρωτοδικείο Αθηνών, ορθώς διατείνεται η προσφεύγουσα ότι πρόκειται για ασάφεια, που δημιουργεί σύγχυση ως προς τον τρόπο επίλυσης των διαφορών στο στάδιο εκτέλεσης. Εξάλλου, στον ν. 4413/2016 ρητώς προβλέπεται στο άρθρο 64 αυτού σχετικά με την δικαστική επίλυση διαφορών – διαμεσολάβηση ότι: «1. Με την επιφύλαξη του άρθρου 66, κάθε διαφορά που αναφέρεται στην ερμηνεία ή

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

στην εφαρμογή ή το κύρος της σύμβασης παραχώρησης ή των παρεπομένων συμφώνων επιλύεται με την άσκηση προσφυγής ή αγωγής στο αρμόδιο δικαστήριο κατά τις διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας ή του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας (Κ.Πολ.Δ.), με την επιφύλαξη των επόμενων παραγράφων. Η κατά τον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας διάκριση μεταξύ των ενδίκων βοηθημάτων της προσφυγής και της αγωγής ισχύει και στις διαφορές του παρόντος νόμου. 2. Αρμόδιο δικαστήριο για την εκδίκαση των διαφορών αυτών είναι το διοικητικό ή πολιτικό εφετείο της περιφέρειας στην οποία εδρεύει η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας.» όπερ σημαίνει ότι η διάκριση μεταξύ των ενδίκων βοηθημάτων της προσφυγής και της αγωγής αποτελεί την προϋπόθεση εκδίκασης από το αρμόδιο δικαστήριο, ήτοι το διοικητικό ή το πολιτικό εφετείο, αντιστοίχως. Επιπλέον, σε ό,τι αφορά την εξωδικαστική επίλυση διαφορών, στο άρθρο 63 του ν. 4413/2016 ρητώς ορίζεται ότι στα έγγραφα της σύμβασης παραχώρησης μπορεί να καθορίζεται ειδική διαδικασία εξωδικαστικής επίλυσης όλων ή ορισμένων κατηγοριών διαφορών που αφορούν την εφαρμογή της σύμβασης, ιδίως διαφορών τεχνικού περιεχόμενου, από επιτροπή εμπειρογνομόνων που ορίζουν από κοινού τα συμβαλλόμενα μέρη. Δοθέντος, εξάλλου, ότι, ως νομολογιακώς γίνεται δεκτό, δεν μπορεί να γίνεται επιλογή δικονομικού καθεστώτος επίλυσης της επίδικης διαφοράς διαφορετικού από το νόμιμο (ΔΕφΠειρ Ν128/2018, ΣτΕ ΕΑ 1012/2009, 381/2008), οι προβαλλόμενοι ως άνω ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να γίνουν δεκτοί, ως βάσιμοι. Τέλος, σε ό,τι αφορά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας σχετικά με την ασάφεια των όρων του Παραρτήματος IV-Τεχνική Περιγραφή όπου ορίζεται μεταξύ άλλων ότι «...Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να λαμβάνουν όλα τα απαιτούμενα μέτρα ασφαλείας για το προσωπικό τους και να τηρούν τα προβλεπόμενα στις οδηγίες του ΕΟΔΥ λόγω του COVID-19, για την ασφάλεια των εργαζομένων του αλλά και των φιλοξενούμενων...», καθόσον κατά το άρθρο 3.2.8 της διακήρυξης απαιτείται μεταξύ των λοιπών πιστοποιητικών και η πιστοποίηση CoVid-Shield ή ισοδύναμα, συνάγεται ότι αορίστως και αβασίμως βάλλει κατά των ανωτέρω όρων και κατά αυτό το σκέλος οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι.

19. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δωδέκατο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι είναι μη νόμιμος ο όρος 3.4.4.1.περ.7 της διακήρυξης σχετικά με την απαίτηση προσκόμισης βεβαίωσης περί μη οφειλής στον Δήμο, μεταξύ των δικαιολογητικών συμμετοχής των διαγωνιζομένων. Από την προσβαλλόμενη διακήρυξη προκύπτει ειδικότερα ότι στον όρο 3.4.4 αυτής σχετικά με τα περιεχόμενα του (υπο)φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά» συμπεριλαμβάνεται εκτός από την υποχρέωση υποβολής ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητα και η υποχρέωση υποβολής βεβαίωσης της Οικονομικής Υπηρεσίας του Δήμου ότι ο διαγωνιζόμενος δεν οφείλει σε αυτόν. Εν προκειμένω και δοθέντος ότι ως γνωστόν οι Δήμοι εισπράττουν τέλη που συνδέονται με τις εν γένει φορολογικές υποχρεώσεις των δημοτών καθώς και ότι, ως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή στο έγγραφο των απόψεων της, η απαίτηση ύπαρξης δημοτικής ενημερότητας εφόσον πρόκειται για σύμβαση παραχώρησης μεταξύ ΟΤΑ και οικονομικών φορέων δεν αποτελεί δυσανάλογο μέτρο, αφού αντιθέτως, δεν παρίσταται εύλογο να συνάπτεται σύμβαση μεταξύ του Δήμου και οικονομικού φορέα που έχει οφειλές απέναντι στην αναθέτουσα αρχή, οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι αλλά και ως άνευ έννομου συμφέροντος προβαλλόμενοι δοθέντος ότι ως η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί στη προσφυγή της, στο παρόν χρονικό σημείο δεν οφείλει στην αναθέτουσα αρχή.

20. Επειδή, με τον δέκατο τρίτο λόγο της προσφυγής της υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι είναι μη νόμιμος ο όρος της προσβαλλομένης σχετικά με τη δυνατότητα συμπλήρωσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Στην προσβαλλόμενη διακήρυξη ορίζεται στην παράγραφο 3.4.7 σχετικά με τους λόγους απόρριψης προσφορών ότι απορρίπτεται προσφορά η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της διακήρυξης, εφόσον αυτές δεν θεραπευτούν από τον προσφέροντα με την υποβολή ή τη συμπλήρωσή τους, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας, κατά τα άρθρα 102 και 103 του ν. 4412/2016. Στον όρο 4.1.2 της προσβαλλομένης ορίζεται ότι «...Στη συνέχεια, εφόσον το αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής εγκρίνει τα ανωτέρω πρακτικά εκδίδεται απόφαση για τα αποτελέσματα όλων των ανωτέρω σταδίων

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

(«Δικαιολογητικά Συμμετοχής», «Τεχνική Προσφορά» και «Οικονομική Προσφορά») και η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί εγγράφως, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, τον πρώτο σε κατάταξη πλειοδότη στον οποίον πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινός ανάδοχος») να υποβάλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, σύμφωνα με όσα ορίζονται στο άρθρο 103 και την παράγραφο 3.2 της παρούσας, περί πρόσκλησης για υποβολή δικαιολογητικών...» και στον όρο 4.2.1 ορίζεται ότι «αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα ή να παράσχει διευκρινήσεις με την έννοια του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν...». Προβάλλει ειδικότερα η προσφεύγουσα μετ' επιτάσεως ότι οι ανωτέρω όροι είναι παράνομοι και έρχονται σε αντίθεση με τα σχετικώς αξιωθέντα εκ του ν. 4413/2016. Προβάλλει ωστόσο τα ανωτέρω η προσφεύγουσα αβασίμως δοθέντος ότι εκ των ορισθέντων στο άρθρο 40 του ν. 4413/2016 σχετικά με τα αποδεικτικά μέσα συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα δικαιολογητικά και προς τον σκοπό τούτο κοινοποιεί στους οικονομικούς φορείς έγγραφη πρόσκληση και τους τάσσει προθεσμία, η δε παροχή της δυνατότητας διευκρίνισης ή συμπλήρωσης στον οικονομικό φορέα, σύμφωνα με τα ανωτέρω είναι υποχρεωτική, εάν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών ή τυπικών ελλείψεων των δικαιολογητικών και εγγράφων, που έχουν υποβληθεί. Άλλοις λόγοις, η παραπομπή στα άρθρα 102 και 103 του ν. 4412/2016 στους προσβαλλόμενους κατά τα ως άνω όρους της διακήρυξης δεν παρίσταται παράνομη, απρόσφορη ή καταχρηστική παρά τα όσα περί αντιθέτου ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Εξάλλου, κατά την έννοια των εφαρμοστέων εν προκειμένω διατάξεων, προκύπτει ότι δεν χωρεί αποκλεισμός του αναδειχθέντος προσωρινού αναδόχου λόγω διαπιστωθεισών πλημμελειών στον φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, πριν από την κλήση του να συμπληρώσει τα ελλείποντα (ή

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

ελλιπή) δικαιολογητικά και την πάροδο της σχετικώς ταχθείσας προθεσμίας. Σε περίπτωση που δεν τηρηθεί η υποχρέωση αυτή προς κλήση του προσωρινού αναδόχου, η υπόθεση αναπέμπεται καταρχήν στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία να εκπληρώσει προηγουμένως την υποχρέωσή της (βλ. ΣτΕ 1020/2022, πρβλ. ΣτΕ 1/2020, Ε.Α. 37/2021). τούτο δεν καθιστά αλυσιτελή την άσκηση προδικαστικής προσφυγής και ακολούθως δικαστικής προστασίας, ως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, καθόσον ο μη οριστικώς αποκλεισθείς οικονομικός φορέας διατηρεί την προσδοκία να αποκλεισθεί ο ανάδοχος από τον διαγωνισμό, εφόσον δεν ανταποκριθεί στην υποχρέωσή του να προσκομίσει τα ελλιπή ή ελλείποντα δικαιολογητικά εντός της ταχθησομένης προς τούτο προθεσμίας (βλ. ΣτΕ 1020/2022, 1894/2022). Επομένως οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι και ως αλυσιτελώς και άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενοι.

21. Επειδή, με τον δέκατο τέταρτο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι είναι μη νόμιμος ο όρος σχετικά με την εξαίρεση των ανωνύμων εταιρειών που είναι εισηγμένες στο χρηματιστήριο και τις επενδυτικές επιχειρήσεις από την υποχρέωση ονομαστικοποίησης και ότι παραβιάζεται εν προκειμένω η αρχή της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων. Στην προσβαλλόμενη διακήρυξη ορίζεται στην παράγραφο 3.2.3.7: «Αποκλείεται, τέλος, προσφέρων οικονομικός φορέας από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης εάν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005, όπως ισχύει.» και στη παράγραφο 3.2.3.10: «Αποκλείεται, επίσης, οικονομικός φορέας από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης εάν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005, όπως ισχύει [αμιγώς εθνικός λόγος αποκλεισμού]. 6 Οι υποχρεώσεις της παρούσας αφορούν τις ανώνυμες εταιρείες που υποβάλλουν προσφορά αυτοτελώς ή ως μέλη ένωσης ή που συμμετέχουν στο μετοχικό κεφάλαιο άλλου νομικού προσώπου που υποβάλλει προσφορά ή νομικά πρόσωπα της αλλοδαπής που αντιστοιχούν σε ανώνυμη εταιρεία. Εξαιρούνται της υποχρέωσης αυτής: α) οι εισηγμένες στα χρηματιστήρια κρατών-μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του Οργανισμού Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης (Ο.Ο.Σ.Α.) εταιρείες, β) οι εταιρείες, τα

Αριθμός απόφασης: 1722 / 2023

δικαιώματα ψήφου των οποίων ελέγχονται από μία ή περισσότερες επιχειρήσεις επενδύσεων (investment firms), εταιρείες διαχείρισης κεφαλαίων/ενεργητικού (asset/fund managers) ή εταιρείες διαχείρισης κεφαλαίων επιχειρηματικών συμμετοχών (private equity firms), υπό την προϋπόθεση ότι οι τελευταίες αυτές εταιρείες ελέγχουν συνολικά ποσοστό που υπερβαίνει το εβδομήντα πέντε τοις εκατό (75%) των δικαιωμάτων ψήφων και είναι εποπτευόμενες από Επιτροπές Κεφαλαιαγοράς ή άλλες αρμόδιες χρηματοοικονομικές αρχές κρατών μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του Ο.Ο.Σ.Α.» Από τη γραμματική διατύπωση των ανωτέρω όρων προκύπτει, ως άλλωστε και η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί ότι διά της προσβαλλομένης έχει θεσπιστεί εν προκειμένω ο εθνικός λόγος αποκλεισμού, σε συμμόρφωση με τις σχετικές διατάξεις του νόμου (ν. 3310/2005, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 239 του ν. 4782/21). Δοθέντος ότι η αναθέτουσα αρχή θέτει τους ανωτέρω προσβαλλόμενους όρους σε συμμόρφωση με τα όσα επιτάσσονται εκ του ν.3310/2005, συνάγεται ότι η προσφεύγουσα αλυσιτελώς προβάλλει αιτιάσεις που ερείδονται στα εκ του ως άνω νόμου αξιωθέντα. Εξάλλου αλυσιτελώς και άνευ εννόμου συμφέροντος προβάλλει η προσφεύγουσα ότι υφίσταται κίνδυνος συμμετοχής εταιρειών στο διαγωνισμό των οποίων δεν θα είναι γνωστοί οι μέτοχοι μέχρι φυσικού προσώπου και οι πραγματικοί δικαιούχοι εν αντιθέσει με την ίδια και επομένως οι σχετικοί ισχυρισμοί είναι απορριπτέοι.

22. Επειδή, κατόπιν τούτων, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και επομένως η προσβαλλομένη να ακυρωθεί. Βάσει δε των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση, όπως συντρέχει εν προκειμένω, ακύρωσης διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΕΑ ΣΤΕ1089/2009, ΣΤΕ 2951- 52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. I-14527, σκέψεις 92-95). Τέλος, το κατατεθέν από τη προσφεύγουσα παράβολο πρέπει να της επιστραφεί, κατά το άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται τη προσφυγή.

Ακυρώνει τη με Α.Δ.Α.Μ. «...» διακήρυξη, κατά τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στη προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 7 Νοεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 24 Νοεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ