

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 22 Ιουλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Βικτωρία Πισμίρη και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 852/15.06.2022 Προδικαστική Προσφυγή της Εταιρείας με την επωνυμία «.....» (εφεξής: «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στ... .., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

κατά του ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται (εφεξής: «η αναθέτουσα αρχή»).

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της, η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπό στοιχεία ... Διακήρυξη με την προκηρύχθηκε από τον Σύνδεσμο Δήμων ... ανοικτός ηλεκτρονικός δημόσιος διαγωνισμός, με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών αφής κανδηλίων και καθαρισμού/πλυσίματος τάφων στο ..., για τρία (3) έτη και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής με εκτιμώμενη αξία 900.000,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αικατερίνη Ζερβού.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 4.500,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ήτοι 900.000,00 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. ... διακήρυξη προκηρύχθηκε από τον Σύνδεσμο Δήμων ... ανοικτός ηλεκτρονικός δημόσιος διαγωνισμός, με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών αφής κανδηλίων και καθαρισμού/πλυσίματος τάφων στο ..., για τρία (3) έτη και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής συνολικής εκτιμώμενης αξίας 900.000,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Η ως άνω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ) στις 01.06.2022 με ΑΔΑΜ : ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ...

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικείμενου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που ο Σύνδεσμος Δήμων ... ασκεί ως αναθέτουσα αρχή και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4413/2016 καθώς και του Ν. 4412/2016 και η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρο 345, παρ. 1, όπως ισχύει, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκήθηκε η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 15.06.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 01.06.2022, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, κατά τα ως άνω.

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

5. Επειδή, με την υπ' αρ. 1242/2022 Πράξη της Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

6. Επειδή, στις 24.06.2022 εκδόθηκε η υπ' αρ. Α 444/2022 απόφαση της ΑΕΠΠ, δυνάμει της οποίας έγινε δεκτό το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας και ανεστάλη η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 30.06.2022 προς την ΑΕΠΠ δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ τις υπ' αριθμ. ΠΡ 313/30.06.2022 απόψεις της, τις οποίες την ίδια ημέρα απέστειλε και με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο στην ΑΕΠΠ και κοινοποίησε προς όλους τους συμμετέχοντες δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

8. Επειδή, στις 05.07.2022 η προσφεύγουσα κατέθεσε δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ το με όμοια ημερομηνία Υπόμνημά της προς αντίκρουση των ως άνω απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

9. Επειδή, με την υπό κρίση Προσφυγή της η προσφεύγουσα προβάλλει τους παρακάτω λόγους επιδιώκοντας την ακύρωση της προσβαλλόμενης διακήρυξης:

«Α' Λόγος Προσφυγής - *Ανυπόστατη η προσβαλλόμενη λόγω έλλειψης υπογραφής από το αρμόδιο όργανο.*

Στο άρθρο 16 παρ. 1 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (ν. 2690/1999, Α'45) ορίζεται ότι: «Η διοικητική πράξη είναι έγγραφη, αναφέρει την εκδούσα αρχή και τις εφαρμοζόμενες διατάξεις, φέρει δε χρονολογία, καϋώς και υπογραφή του αρμόδιου οργάνου Σύμφωνα με τη διάταξη αυτή, η οποία αποδίδει γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, η διοικητική πράξη, η οποία δεν φέρει τα στοιχεία της υπογραφής του αρμόδιου για την έκδοσή της οργάνου, είναι ανυπόστατη, προσφυγή δε κατά της πράξης αυτής γίνεται δεκτή για λόγους

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

ασφαλείας του δικαίου, ήτοι για να μην εκτελεσθεί η μη νόμιμη πράξη (ΣΤΕ 3149-3151/2017).

Εν προκειμένω όπως προκύπτει από το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης διακηρύξεως ελλείπουν παντελώς τα στοιχεία του υπογράφοντα αυτήν οργάνου πλημμέλεια που δεν δύναται να θεραπευθεί εκ των υστέρων καθιστά δε την πράξη μη νόμιμη και άρα ακυρωτέα.

Ο παρών λόγος προσφυγής προβάλλεται μετ' εννόμου συμφέροντος δοθέντος ότι σε περίπτωση κατά την οποία η επιχείρησή μου αναδειχθεί πλειοδότης του διαγωνισμού είναι βέβαιον ότι το σχέδιο της σύμβασης δεν θα καταστεί εφικτό να διέλθει επιτυχώς του θετικού προσυμβατικού ελέγχου του Ελεγκτικού Συνεδρίου και άρα θα ανατραπεί εν συνόλω ο επιχειρηματικός και οικονομικός μου προγραμματισμός, οι δε εργατοώρες που θα έχουν αφιερωθεί για την υποβολή και προετοιμασία της προσφοράς θα έχουν καταστεί απρόσφορες και αλυσιτελείς.

Ιδίως δε στοιχεία του υποστατού της κανονιστικής πράξης οδηγούν σε απόλυτη ακυρότητα του συνόλου της διαγωνιστικής διαδικασίας και δεν δύναται να θεραπευθούν ει μη μόνο με την επανέκδοση της κανονιστικής πράξης, αφού αρθεί η πλημμέλεια.

Β' Λόγος Προσφυγής - Μη νόμιμη η προσβαλλόμενη λόγω παράνομης συγκρότησης της εγκρίνοντος τη διακήρυξη συλλογικού οργάνου (Εκτελεστική Επιτροπή) άλλως λόγω μη νόμιμης εκλογής του υπογράφοντα αυτήν οργάνου.

Κατά πάγια αρχή του διοικητικού δικαίου ο μη νόμιμος ορισμός ενός μέλους συλλογικού οργάνου πλήττει τη νόμιμη συγκρότηση του οργάνου αυτού και οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεών του (βλ. ΣΤΕ 1374, 1703/1960, 97, 98, 300, 301/1961 596/1963, 81/1968, 250/1980, 2060/82, 487/86). Περαιτέρω προκειμένου μία διοικητική πράξη να είναι υποστατή και υπαρκτή στον νομικό κόσμο απαραίτητη προϋπόθεση είναι να φέρει υπογραφή από το κατά νόμο αρμόδιο προς τούτο όργανο. Κύρια συνέπεια του ανυπόστατου των διοικητικών πράξεων είναι η εξαρχής έλλειψη εννόμων συνεπειών χωρίς να απαιτείται η προηγούμενη έκδοση δικαστικής απόφασης ή ανακλητικής ή ακυρωτικής πράξης της Διοίκησης.

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

Η νόμιμη υπόσταση όσον αφορά τα συλλογικά όργανα, ήτοι η κακή συγκρότηση (ΣτΕ 2944/2014, 1541/2012) ή η κακή σύνθεση και λειτουργία του οργάνου ελέγχεται αυτεπαγγέλτως (ΣτΕ 1677/2013, 1209, 1008/2011, 2696/2008, 2973/2007, 2364/2006, 1720/2005). Στην περίπτωση αυτή το δικαιολογητικό θεμέλιο της αυτεπάγγελτης εξέτασης είναι όμοιο με αυτό της τυπικής πλημμέλειας της αναρμοδιότητας και συνίσταται στην ανάγκη διασφάλισης της έκδοσης των οικείων πράξεων από τα πράγματι αρμόδια πρόσωπα, τα οποία αποφασίζουν κατά τη διαδικασία που προβλέπει ο νόμος, για τον λόγο δε αυτό, και η εν λόγω πλημμέλεια ανήκει στις εξεταζόμενες «εκ της φύσεώς της», ως αναγόμενη στην δημόσια τάξη.

Εν προκειμένω η προσβαλλόμενη είναι μη νόμιμη, λόγω κακής συγκρότησης της Εκτελεστικής Επιτροπής που την ενέκρινε και δη λόγω του ασυμβίβαστου του Προέδρου του Συνδέσμου ως προς τη θέση στην οποία εξελέγη, καθώς τυγχάνει υπάλληλος της Βουλής και εκ της οργανικής θέσεώς του αυτής δεν επιτρέπεται να καταλαμβάνει θέσεις Προέδρου νπδδ δήμων σύμφωνα με τα άρθρα 56 παρ. 1 και 57 παρ. 3 του Συντάγματος και το άρθρο 33 του Ν 3528/2007, γεγονός για το οποίο λάβαμε γνώση μέσω δημοσιευμάτων του τοπικού τύπου (βλ. [https .../](https://.../), .../).

Ειδικότερα, από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 56 παρ. 1 και 57 παρ. 3 συνάγεται ότι η αποδοχή θέσης προέδρου διοικητικού συμβουλίου νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου, συνιστά ασυμβίβαστο προς το βουλευτικό αξίωμα (πρβλ. ΑΕΔ 12/2004, 10/2004, ΣτΕ 1530/2008 ΝΟΜΟΣ). Σύμφωνα με το άρθρο 33 του Ν. 3528/2007 απαγορεύεται στους δημοσίους υπαλλήλους η άσκηση έργων ασυμβίβαστων, κατά τις κείμενες διατάξεις, με το βουλευτικό αξίωμα, με την επιφύλαξη των διατάξεων της παρ. 5 του άρθρου 32 του ίδιου Νόμου, κατά την οποία επιτρέπεται η συμμετοχή υπαλλήλων με την υπηρεσιακή τους ιδιότητα σε συνεταιρισμούς ή στη διοίκηση ανωνύμων εταιρειών ή εταιρειών περιορισμένης ευθύνης, οι οποίες ελέγχονται από το Δημόσιο, τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, τους Ο.Τ.Α. και τις δημόσιες επιχειρήσεις, όταν τούτο προβλέπεται από ειδικές διατάξεις. Κατ' ακολουθίαν όσων αναφέρθηκαν, από το συνδυασμό του άρθρου 33 του Ν. 3528/2007 με τις διατάξεις των άρθρων 56 παρ. 1 και 57 παρ. 3 του Συντάγματος συνάγεται ότι, δεν είναι επιτρεπτή η άσκηση καθηκόντων προέδρου διοικητικού συμβουλίου νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου, από δημόσιο υπάλληλο.

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

Τούτο διότι τα καθήκοντα αυτά εμπíπτουν στα κατά το άρθρο 57 του Συντάγματος ασυμβίβαστα προς το βουλευτικό αξίωμα, των οποίων απαγορεύεται η άσκηση από δημοσίους υπαλλήλους κατά το άρθρο 33 του Ν. 3528/2007 (βλ. Γνωμοδότηση ΝΣΚ 277/2009 που έχει γίνει αποδεκτή από τον Υπουργό).

Κατά συνέπεια και εφόσον ο Πρόεδρος του ανωτέρω νομικού προσώπου μη νόμιμα εξελέγη στη θέση την οποία κατέχει λόγω του κατά τα ανωτέρω ασυμβιβάστου, η μη νόμιμη συγκρότηση του οργάνου αυτού οδηγεί σε ακυρότητα των παραγομένων εξ αυτού πράξεων και άρα και της προσβαλλόμενης, που πρέπει να ακυρωθεί. Εξάλλου η προσβαλλόμενη είναι σε κάθε περίπτωση ακυρωτέα δοθέντος ότι υπό το ανωτέρω σκεπτικό (του ασυμβιβάστου του Προέδρου) ακόμη κι αν ήθελε υποτεθεί ότι η απόφαση έγκρισης εκδόθηκε νόμιμα ή ότι φέρει υπογραφή, υπογράφεται από μη νομίμως - κατά τα ανωτέρω αναλυτικώς προπαρατιθέμενα - εκλεγέν στη θέση του Προέδρου πρόσωπο.

Ο παρών λόγος προσφυγής προβάλλεται μετ' εννόμου συμφέροντος δοθέντος ότι, όπως προελέχθη, σε περίπτωση κατά την οποία η επιχείρησή μου αναδειχθεί πλειοδότης του διαγωνισμού είναι βέβαιον ότι το σχέδιο της σύμβασης δεν θα καταστεί εφικτό να διέλθει επιτυχώς του θετικού προσυμβατικού ελέγχου του Ελεγκτικού Συνεδρίου και άρα θα ανατραπεί εν συνόλω ο επιχειρηματικός και οικονομικός μου προγραμματισμός, οι δε εργατοώρες που θα έχουν αφιερωθεί για την υποβολή και προετοιμασία της προσφοράς θα έχουν καταστεί απρόσφορες και αλυσιτελείς.

Επισημαίνεται εκ νέου ότι στοιχεία του υποστατού της κανονιστικής πράξης οδηγούν σε απόλυτη ακυρότητα του συνόλου της διαγωνιστικής διαδικασίας και δεν δύναται να θεραπευθούν ει μη μόνο με την επανέκδοση της κανονιστικής πράξης, αφού αρθεί η πλημμέλεια.

Γ' Λόγος Προσφυγής - Μη νόμιμη η μέθοδος εκτίμησης της αξίας της δημοπρατούμενης σύμβασης παραχώρησης - Παραβίαση των αρχών της νομιμότητας και της διαφάνειας - Ουσιωδώς δυσχερής η υποβολή προσφοράς.

Στο άρθρο 8 «Μέθοδοι υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας των συμβάσεων

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

παραχώρησης» του ν. 4413/2016, ορίζεται ότι «[...] 2. Η αξία της σύμβασης παραχώρησης ισούται με το συνολικό κύκλο εργασιών του παραχωρησιούχου καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, όπως υπολογίζεται από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα, σε αντάλλαγμα για τα έργα και τις υπηρεσίες που αποτελούν το αντικείμενο της σύμβασης παραχώρησης, καθώς και τις παρεπόμενες προμήθειες αυτών των έργων και υπηρεσιών. Αυτή η εκτίμηση ισχύει κατά: α) το χρόνο της αποστολής της προκήρυξης της σύμβασης παραχώρησης στην επίσημη εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης για τις συμβάσεις παραχώρησης της περίπτωσης α' της παρ. 2 του άρθρου 1 ή β) το χρόνο της δημοσίευσης της προκήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 33 για τις συμβάσεις παραχώρησης της περίπτωσης β' της παρ. 2 του άρθρου 1 ή, γ) στις περιπτώσεις που δεν προβλέπεται τέτοια προκήρυξη, κατά το χρόνο που η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας αρχίζει τη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης παραχώρησης, όπως με την έναρξη των επαφών με οικονομικούς φορείς για τους σκοπούς της παραχώρησης. Για τους σκοπούς της παραγράφου 2 του άρθρου 1, εάν η αξία της σύμβασης παραχώρησης κατά τον χρόνο της ανάθεσης είναι πάνω από 20% υψηλότερη από την εκτιμώμενη αξία της, ισχύει η αξία της σύμβασης παραχώρησης κατά το χρόνο της ανάθεσης. 3. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης παραχώρησης υπολογίζεται με αντικειμενική μέθοδο στα έγγραφα της σύμβασης παραχώρησης. Κατά την εκτίμηση της αξίας της σύμβασης παραχώρησης, οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς, κατά περίπτωση, λαμβάνουν υπόψη ιδίως:

α) Την αξία τυχόν δικαιωμάτων προαίρεσης και τυχόν παρατάσεων της διάρκειας της σύμβασης παραχώρησης.

β) Τα έσοδα από την καταβολή τελών και προστίμων από τους χρήστες των έργων ή των υπηρεσιών, πέραν εκείνων που εισπράττονται εξ ονόματος της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντας φορέα.

γ) Τις πληρωμές ή οποιοδήποτε χρηματοοικονομικό πλεονέκτημα οποιασδήποτε μορφής το οποίο καταβάλλει η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας ή οποιαδήποτε άλλη δημόσια αρχή προς τον παραχωρησιούχο, περιλαμβανομένων της αντιστάθμισης για την τήρηση της υποχρέωσης παροχής δημόσιας υπηρεσίας και των δημόσιων επιδοτήσεων πάγιων επενδύσεων.

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

δ) Την αξία των επιχορηγήσεων ή οποιωνδήποτε άλλων χρηματοοικονομικών πλεονεκτημάτων οποιασδήποτε μορφής, που παρέχονται από τρίτους, για την εκτέλεση της σύμβασης παραχώρησης.

ε) Τα έσοδα από πωλήσεις περιουσιακών στοιχείων που αποτελούν μέρος της σύμβασης παραχώρησης.

στ) Την αξία όλων των αγαθών, υπηρεσιών, περιουσιακών στοιχείων ή/και της χρήσης αυτών που θέτουν οι αναθέτουσες αρχές ή οι αναθέτοντες φορείς στη διάθεση του παραχωρησιούχου, όπως ιδίως γη ή/και η χρήση αυτής, αρχαιολογικές εργασίες, εργασίες μετακίνησης δικτύων Οργανισμών Κοινής Ωφέλειας, συνοδών έργων κ.λπ., υπό τον όρο ότι είναι αναγκαίες για την εκτέλεση των έργων ή την παροχή των υπηρεσιών.

ζ) Τα βραβεία ή τα ποσά που καταβάλλονται στους υποψηφίους ή προσφέροντες.».

Στον όρο 1.3 «Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης» της διακήρυξης, ορίζεται ότι «Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης εκκινεί στο ποσό των εννιακοσίων χιλιάδων (900.000) ευρώ.». Περαιτέρω, στον όρο 5.1.1 «Αντίτιμο Παραχώρησης» προβλέπεται ότι «Ρητώς στο πλαίσιο της παρούσας έχει ήδη οριστεί, ότι το αντίτιμο παραχώρησης όπως αυτό θα διαμορφωθεί τελικώς από την οικονομική προσφορά του αναδόχου, το οποίο θα είναι κατ' ελάχιστον εννιακόσιες χιλιάδες (900.000) ευρώ, θα επιμεριστεί σε τριάντα έξι (36) ισόποσες μηνιαίες δόσεις, οι οποίες θα καταβάλλονται το πρώτο πενθήμερο εκάστου μηνός κατά τα λεπτομερώς οριζόμενα στο Παράρτημα VI της παρούσας».

Γίνεται δεκτό ότι η διαφορά μεταξύ μιας σύμβασης έργου ή υπηρεσιών και μιας σύμβασης παραχώρησης έργου ή υπηρεσιών έγκειται στο αντάλλαγμα για την παροχή των έργων ή υπηρεσιών. Η σύμβαση έργων ή υπηρεσιών προϋποθέτει αντιπαροχή καταβαλλόμενη απευθείας από την αναθέτουσα αρχή στον παρέχοντα το έργο ή τις υπηρεσίες, έστω και αν δεν πρόκειται για τη μόνη αντιπαροχή, ενώ στην περίπτωση σύμβασης παραχώρησης έργων ή υπηρεσιών το αντάλλαγμα για την παροχή αυτή συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσης του έργου ή της υπηρεσίας είτε στο δικαίωμα αυτό σε συνδυασμό με την καταβολή αμοιβής (ΔΕΚ απόφαση της 10-3-2011, υπόθεση C-274/09, *Privater Rettungsdienst*, σκ. 24, ΔΕΚ της 10-9-2009, C-

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

206/08, Eurawasser, σκέψη 51, ΘΓΙΔΔ 2010, σ. 1051 επ., της 13ης Οκτωβρίου 2005, C-458/03, Parking Brixen, Συλλογή 2005, σ. 1-8585, σκέψη 39). Περαιτέρω για να γίνει δεκτό ότι υπάρχει σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών, ο συμφωνηθείς τρόπος αμοιβής, αφενός συνίσταται στο δικαίωμα του παρόχου να εκμεταλλεύεται την υπηρεσία και αφετέρου έχει ως συνέπεια ότι ο πάροχος αυτός αναλαμβάνει τον συνυφασμένο με την εκμετάλλευση της εν λόγω υπηρεσίας κίνδυνο. Μολονότι ο κίνδυνος αυτός μπορεί να είναι ευθύς εξαρχής πολύ περιορισμένος, προϋπόθεση για να χαρακτηριστεί μια σύμβαση ως σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών είναι να μετακυλίει η αναθέτουσα αρχή στον παραχωρησιούχο πλήρως, ή τουλάχιστον σε μεγάλο βαθμό, τον επιχειρηματικό κίνδυνο που φέρει η ίδια (Γρβλ. ΔΕΚ απόφαση της 10-3-2011, υπόθεση C-274/09, Privater Rettungsdienst, σκ. 29. ΔΕΚ, Eurawasser, σκέψη 68, ΔΕΚ της 27ης Οκτωβρίου 2005, C-234/03, Contse κ.λπ., Συλλογή 2005, σ. 1-9315, σκέψη 22, ΔΕΚ της 18ης Ιουλίου 2007, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψεις 35 έως 37, ΔΕΚ της 13ης Νοεμβρίου 2008, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψεις 30 και 32 έως 35).

Για τους ανωτέρω λόγους ο ενωσιακός νομοθέτης - και σε συμφωνία με αυτόν και ο εθνικός - ρητά όρισε στο άρθρο 8 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ ότι η αξία της σύμβασης παραχώρησης υπολογίζεται και ισούται με τον συνολικό κύκλο εργασιών του παραχωρησιούχου καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, αφού το οικονομικό αντικείμενο μιας σύμβασης παραχώρησης σε καμία περίπτωση δεν ταυτίζεται με το οικονομικό αντίτιμο που θα εισπράξει η Αναθέτουσα Αρχή, το οποίο μάλιστα αποτελεί κατά τα διδάγματα της κοινής λογικής και πείρας μικρό μέρος του κύκλου εργασιών της σύμβασης παραχώρησης. Η ως άνω απαίτηση συνάδει ευθέως με τη φύση και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της σύμβασης παραχώρησης αφού το οικονομικό αντάλλαγμα που θα απολαύσει ο Παραχωρησιούχος είναι το αποτέλεσμα της εκμετάλλευσης της παραχωρηθείσης υπηρεσίας εν αντιθέσει με τις κλασικές δημόσιες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών όπου το οικονομικό αντάλλαγμα καταβάλλεται απευθείας από την Αναθέτουσα Αρχή στον ανάδοχο (βλ. **ad hoc ΑΕΠΠ 172/2019**, που εκδόθηκε στο πλαίσιο εξέτασης προδικαστικής προσφυγής στο στάδιο ανάθεσης της προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που δημοπράτησε ο Σύνδεσμος για την ίδια υπηρεσία, σκέψεις

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

14-15).

Εκ των ανωτέρω παρέπεται ότι τυχόν εκτίμηση της αξίας σύμβασης παραχώρησης με την μέθοδο υπολογισμού που προβλέπεται σε κλασικές δημόσιες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών θα έχει ως αναπόδραστο αποτέλεσμα όχι μόνο τον τελείως εσφαλμένο υπολογισμό της αξίας της σύμβασης κατά παράβαση της αρχής της νομιμότητας (και δη του άρθρου 8 του ν. 4413/2016), αλλά και την κατά νομική και λογική αναγκαιότητα πλήρη αδυναμία των οικονομικών φορέων να καταστρώσουν τη βέλτιστη δυνατή ανταγωνιστική προσφορά, αφού δεν θα γνωρίζουν έστω και κατά προσέγγιση τον συνολικό τζίρο της δημοπρατούμενης σύμβασης που αποτελεί μία από τις βασικές αν όχι την βασική προϋπόθεση για την υποβολή ανταγωνιστικής οικονομικής προσφοράς.

Εν προκειμένω, όπως σαφώς προκύπτει από τους προεκτεθέντες όρους της διακήρυξης, ο προϋπολογισμός της επίμαχης σύμβασης παραχώρησης κατά προδήλως στρεβλή ερμηνεία και εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 8 του Ν. 4413/2016 δεν υπολογίστηκε βάσει του συνολικού κύκλου εργασιών (τζίρου) του παραχωρησιούχου, αλλά αποκλειστικά σύμφωνα με το αντίτιμο παραχώρησης που θα καταβάλλει ο ανάδοχος στην αναθέτουσα αρχή.

Συγκεκριμένα, η αναθέτουσα αρχή προέβη σε πλήρως αυθαίρετη και εν τέλει παράνομη διαμόρφωση του προϋπολογισμού (900.000 ευρώ κατ' ελάχιστον), με βάση αποκλειστικά το κατώτερο επιθυμητό αντίτιμο παραχώρησης, χωρίς δηλαδή να λάβει υπόψη τον συνολικό κύκλο εργασιών του παραχωρησιούχου καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, σε αντάλλαγμα για τις υπηρεσίες, που αποτελούν το αντικείμενο της σύμβασης παραχώρησης, καθώς και τις παρεπόμενες προμήθειες αυτών των έργων και υπηρεσιών.

Λόγω της άνω πρόδηλης παρανομίας η επιχείρησή μας μολονότι επιθυμεί και επιδιώκει να συμμετάσχει στην προκηρυχθείσα διαδικασία είναι παντελώς αδύνατον να υποβάλλει τη βέλτιστη δυνατή ανταγωνιστική και βιώσιμη προσφορά, αφού απαραίτητη προϋπόθεση για τη διαμόρφωση της προσφοράς μας, ενόψει ιδίως της διεθνώς δυσμενούς οικονομικής συγκυρίας και αστάθειας (βλ. για ανάλυση κατωτέρω), είναι η συνεκτίμηση του συνολικού τζίρου της σύμβασης παραχώρησης.

Επισημαίνεται ότι λόγω της ανωτέρω έλλειψης δεν μπορεί να καταστεί εφικτός

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

ο έλεγχος τήρησης ή μη των απαραίτητων διαδικασιών δημοσίευσης της δημοπρατούμενης σύμβασης σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ. 2 του Ν. 4413/2016, γεγονός που παραβιάζει ευθέως την αρχή της διαφάνειας και του ελεύθερου ανταγωνισμού.

Συνεπώς και εφόσον ο υπολογισμός του προϋπολογισμού είναι παράνομος, αφού παραβιάζει ευθέως το άρθρο 8 του ν. 4413/2016, η προσβαλλόμενη είναι μη νόμιμη και άρα ακυρωτέα.

Δ' Λόγος Προσφυγής - Παντελής έλλειψη τεκμηρίωσης του ύψους του οικονομικού ανταλλάγματος - Εκτός πραγματικότητας η αρχική τιμή της πλειοδοσίας σύμφωνα με τις υφιστάμενες συνθήκες της αγοράς και τους όρους της διακήρυξης - Αδυναμία υποβολής βιώσιμης και ανταγωνιστικής προσφοράς.

Στο άρθρο 59 του ν. 4413/2016 ορίζονται τα εξής : «1. Για την τεκμηρίωση της διαδικασίας ανάθεσης συμβάσεων παραχώρησης του παρόντος νόμου, οι αναθέτουσες αρχές ή οι αναθέτοντες φορείς καταγράφουν την πρόοδο όλων των διαδικασιών ανάθεσης συμβάσεων παραχώρησης είτε αυτές πραγματοποιούνται με ηλεκτρονικά μέσα είτε όχι. Προς το σκοπό αυτόν, μεριμνούν για την τήρηση επαρκούς τεκμηρίωσης, ώστε να είναι σε θέση να αιτιολογούν τις αποφάσεις που λαμβάνονται σε όλα τα στάδια της διαδικασίας ανάθεσης συμβάσεων παραχώρησης όπως, ιδίως για την επικοινωνία με οικονομικούς φορείς και τις εσωτερικές διαβουλεύσεις, την προετοιμασία των εγγράφων της σύμβασης παραχώρησης, το διάλογο ή τη διαπραγμάτευση (εφόσον διεξήχθη), την επιλογή του παραχωρησιούχου και την ανάθεση της σύμβασης. [...] 4. Ο φάκελος σύμβασης παραχώρησης περιέχει δύο (2) υποφακέλους, συμπληρώνεται και επικαιροποιείται σε όλα τα επιμέρους στάδια της διαδικασίας ανάθεσης και της εκτέλεσης της σύμβασης, την ακολουθεί ως τη λήξη ή λύση αυτής και περιλαμβάνει: α) Τον «υποφάκελο τεκμηρίωσης διαδικασίας ανάθεσης», ο οποίος περιλαμβάνει όλα τα στοιχεία που αναφέρονται στην περίοδο από την έναρξη του προγραμματισμού της υλοποίησης της σύμβασης παραχώρησης μέχρι και την κατακύρωση της σύμβασης, όπως ιδίως: αα:, ββ...., γγ....., δδ....., εε., στ. την εκτιμώμενη αξία της

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

σύμβασης παραχώρησης και την τεκμηρίωσή της, απόφαση έγκρισης διάθεσης πίστωσης, εφόσον προβλέπεται καταβολή ποσών στον παραχωρησιούχο».

Με τη διάταξη του άρθρου 59 του Ν. 4413/2016 (κατ' αντιστοιχία με το άρθρο 49 του Ν. 4412/2016) θεσπίζονται κανόνες που επιδιώκουν τον σχεδιασμό μιας αξιόπιστης διαδικασίας για την παραχώρηση από τις αναθέτουσες αρχές των απαιτούμενων για τη λειτουργία τους έργων και υπηρεσιών. Κατά το προδιαγωνιστικό αυτό στάδιο, συντάσσονται τα έγγραφα της σύμβασης, οι όροι των οποίων πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις, ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών, και συγκεκριμένα, μεταξύ άλλων, να περιέχουν ακριβή περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης, προκειμένου να μπορεί να παρασχεθούν τα ορθά στοιχεία στους ενδιαφερομένους οικονομικούς φορείς για το είδος του έργου ή της υπηρεσίας που παραχωρείται από την αναθέτουσα αρχή. Η ως άνω δυνατότητα των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων να διαμορφώσουν, κατά την αντίστοιχη διαδικασία σύναψης, βάσιμες και ανταποκρινόμενες στη πραγματικότητα, ρεαλιστικές, προσφορές με βάση τα χορηγούμενα από την αναθέτουσα αρχή στοιχεία, έχει αναχθεί ρητώς σε στοιχείο «τεκμηρίωσης» της σύμβασης (άρθρο 59 ν. 4413/2016), καθιστάμενη, καθόσον συνδέεται και με την απαίτηση διασφάλισης συνθηκών διαφάνειας και ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού προς όφελος του δημοσίου συμφέροντος, ουσιώδες στοιχείο του ελάχιστου περιεχομένου της οικείας προκήρυξης, η έλλειψη του οποίου συνιστά ουσιώδη πλημμέλεια που πλήττει το κύρος της προκήρυξης και καθιστά μη νόμιμη την οικεία διαδικασία ανάθεσης στο σύνολό της (κατ' αντιστοιχία του στοιχείου ωριμότητας της σύμβασης κατ' άρθρο 49 ν. 4412/2016, πρβλ. Ελ.Συν.Ολ. 2137/2020 σκ. 6-8 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

Προκειμένου, η διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης να είναι νόμιμη, απαιτείται να προκύπτει από τα έγγραφα της σύμβασης ποια συγκεκριμένα στοιχεία ελήφθησαν υπόψη για την εκτίμηση του ύψους της προϋπολογιζόμενης δαπάνης, έτσι ώστε να καθίσταται εφικτός ο έλεγχος του τρόπου τεκμηρίωσης και κατάστρωσης του προϋπολογισμού, ενώ η έλλειψη σαφήνιάς του καθιστά τη σχετική διαδικασία νομικώς πλημμελή (πρβλ. αποφ. 1436/2012 Τμ. Μείζ-Επτ. Συνθ., 23/2012, 301/2019, 1358/2020 VI Τμ. ΕλΣυν), καθώς ο

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

προσδιορισμός των προαναφερόμενων ουσιωδών στοιχείων συνάπτεται με την επίτευξη πλήρους διαφάνειας και την προστασία του ανταγωνισμού.

Εν προκειμένω πέραν του ότι ο προϋπολογισμός της σύμβασης καταστρατηγεί ευθέως το άρθρο 8 του ν. 4413/2016, είναι προφανές και ότι το ίδιο το αντίτιμο παραχώρησης των 900.000 ευρώ - όπως ορίζεται στη διακήρυξη - είναι σε κάθε περίπτωση ατεκμηρίωτο, αλλά και ανέφικτο να εκπληρωθεί από τον ανάδοχο, καθώς η αναθέτουσα αρχή αγνόησε πλήρως το κόστος των υπηρεσιών με το οποίο θα επιβαρυνθεί ο τελευταίος κατά τη διάρκεια της σύμβασης.

Ειδικότερα όπως προκύπτει από την επισκόπηση της διακηρύξεως ελλείπει η παραμικρή τεκμηρίωση του τρόπου με τον οποίο υπολογίστηκε το ελάχιστο καταβληθέν αντάλλαγμα καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης παραχώρησης και συνεπώς δεν προκύπτει πως, με ποιους υπολογισμούς και μέθοδο υπολογίστηκε το κατώτατο ελάχιστο όριο προσφοράς των 900.000€ για σύμβαση παραχώρησης τριάντα έξι μηνών (ήτοι 25.000 € τον μήνα).

Η έλλειψη τεκμηρίωσης καθίσταται εντονότερη ιδίως εν συγκρίσει με την προηγούμενη διαγωνιστική διαδικασία που διενεργήθηκε με την ίδια ακριβώς μέθοδο ανάθεσης κατά την οποία μετά από σχετική τεκμηρίωση το ελάχιστο όριο διαμορφώθηκε στα 12.000 € μηνιαίως (432.000 € στην 3ετία).

Η νέα δηλαδή διαδικασία ανάθεσης θέτει ως αφετηρία εκκίνησης ποσό υπερδιπλάσιο της προηγούμενης διαδικασίας χωρίς να υπάρχει η παραμικρή τεκμηρίωση για το που οφείλεται η συγκεκριμένη αύξηση, πως τεκμηριώνεται και εάν και κατά πόσον δικαιολογείται υπό τις συνθήκες της παρούσας δημοσιονομικής συγκυρίας, της δημοσιονομικής αστάθειας και της εκτόξευσης του πληθωρισμού σε ποσοστά πρωτόγνωρα για τα ελληνικά δεδομένα (από τον Απρίλιο του 1994 ο πληθωρισμός δεν είχε καταγράψει διψήφια ποσοστά) της αύξησης του κατώτατου μισθού, γεγονός που έχει εκτοξεύσει τα λειτουργικά έξοδα υλοποίησης της σύμβασης. Επισημαίνεται ότι σύμφωνα με τα προσωρινά στοιχεία που ανακοίνωσε η Eurostat για το μήνα Μάιο, στην Ελλάδα ο εναρμονισμένος δείκτης τιμών καταναλωτή αναρριχήθηκε σε νέα υψηλά στο 10,7% από 9,4% και 8% τον Μάρτιο, ανεβαίνοντας στην 5η θέση μεταξύ των χωρών μελών της ευρωζώνης μετά την ... (20,1%), τη ... (18,5%), τη ... (16,4%) και την ... με πληθωρισμό στο 10,2%.

Παράλληλα και την ίδια στιγμή στη διακήρυξη διατηρήθηκε η πρόβλεψη της

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

προηγούμενης διαγωνιστικής διαδικασίας (βλ. παρ. 2.2.5, στ, Β.3) σύμφωνα με την οποία ο Παραχωρησιούχος δεσμεύεται (δία της υποβολής Υπεύθυνης Δήλωσης) να μην θέσει τιμή της προς παροχή υπηρεσίας μεγαλύτερη των 30 € (ανά κανδήλι) πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ. Στις προηγούμενη διακήρυξη ως ανώτατη τιμή ορίονταν τα 25 € πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ, γεγονός που σημαίνει ότι αν και η τιμή εκκίνησης υποβολής προσφοράς αυξήθηκε κατά 110 % η ανώτατη τιμή που μπορεί να θέσει ο Παραχωρησιούχος αυξήθηκε μόλις κατά 20 % και πάλι χωρίς να υπάρχει καμία απολύτως τεκμηρίωση και αιτιολόγηση ως προς την απόκλιση αυτή.

Ο ορισμός ταυτόχρονα και συνδυαστικά κατώτατου ορίου εκκίνησης της πλειοδοσίας στα 900.000 € την 3ετία (25.000 € τον μήνα) και ανώτατου ορίου καθορισμού της τιμής ανά κανδήλι στα 30 €, καθιστά αδύνατη την υποβολή βιώσιμης και ανταγωνιστικής προσφοράς από εταιρεία που δρα πάντα εντός των πλαισίων της νομιμότητας και είναι συνεπής στις φορολογικές και ασφαλιστικές της υποχρεώσεις.

Συγκεκριμένα όπως προκύπτει από την εμπειρία μας από την εκτέλεση της υφιστάμενης σύμβασης (διαθέτουμε προς εξυπηρέτηση 4.000 κανδήλια) το ελάχιστο κόστος (λαμβάνοντας υπ' όψιν την αύξηση του πληθωρισμού, του κατώτατου μισθού κλπ) διαμορφώνεται με σημερινές τιμές σε 28,385 ευρώ ανά κανδήλι τον μήνα χωρίς ΦΠΑ, και σε 35,20 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, χωρίς να υπολογίζονται τα ετήσια έξοδα για αυτοκίνητο, διανομή υλικών, φθορές, καύσιμα αλλά και χρέη (καθώς αρκετοί πολίτες καθυστερούν στην καταβολή των οφειλομένων), ως εκ τούτου δε το κόστος για τον ανάδοχο είναι πολύ μεγαλύτερο από 35,20 ευρώ τον μήνα ανά κανδήλι.

Το ποσό αυτό προκύπτει ως εξής (με τα σημερινά δεδομένα διότι τα κόστη διαρκώς αυξάνονται):

- Για το ηλιέλαιο χρησιμοποιούνται 170 γραμμάρια ημερησίως, επί 25 ημέρες, άρα χρειάζονται 4,25 κιλά μηνιαίως ανά κανδήλι. Με τις τρέχουσες μέσες τιμές, ήτοι 2,90 ευρώ το λίτρο, η δαπάνη ανά κανδήλι ανέρχεται (4,25 επί 2,90) στα 12,325 ευρώ.
- Κόστος για τα φυτίλια, τα οποία ανέρχονται σε 300 γραμμάρια μηνιαίως με 4 ευρώ.
- Κόστος διαφόρων αναλωσίμων, όπως απώλειες ποτηριών, σπασίματα, σύρματα, σφουγγάρια, το οποίο υπολογίζεται σε 0,60

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

ευρώ μηνιαίως ανά κανδήλι,

- Κόστος των υλικών καθαρισμού για τα ποτήρια των κανδηλίων, και του αλουμινόχαρτου που φτάνει τα 3 ευρώ ανά κανδήλι μηνιαίως.
- Προστατευτικά είδη, ένδυση υπόδηση που απαιτούνται προς χρήση από το προσωπικό, υπολογίζονται σε 10.000 ευρώ ετησίως, επομένως, για 4.000 κανδήλια, που είναι ο μέσος εξυπηρετούμενος αριθμός κανδηλίων στο κοιμητήριο, προκύπτει επιπλέον κόστος 0,21 ευρώ ανά κανδήλι μηνιαίως.
- Εργατικό κόστος: απαιτούνται 25 εργαζόμενοι οι οποίοι αμείβονται με 816 ευρώ ο καθένας μηνιαίως (συμπεριλαμβάνεται δώρο Χριστουγέννων και Πάσχα, επίδομα αδείας) συνεπώς συνολικά απαιτούνται 20.400 ευρώ μηνιαίως για 4.000 κανδήλια, που επιμερίζονται στο ποσό των 5,10 ευρώ ανά κανδήλι.
 - Επιπλέον, το μίσθωμα (αντίτιμο), βάσει της προηγούμενης σύμβασης της εταιρείας μας με την αναθέτουσα αρχή, είχε οριστεί σε 12.600 ευρώ μηνιαίως, επομένως για 4.000 κανδήλια προκύπτει 3,15 ευρώ κόστος ανά κανδήλι.
 - Σύνολο : 28,385 ευρώ ανά κανδήλι τον μήνα χωρίς ΦΠΑ και 35,20 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%,

Εάν αντί του υφιστάμενου μηνιαίου μισθώματος υπολογιστεί ως ελάχιστο μηνιαίο μίσθωμα το ποσό της παρούσης διακήρυξης, ήτοι 25.000 €, που αντιστοιχεί σε κόστοι 6,25 € ανά κανδήλι τα ελάχιστα μηνιαία έξοδα εκτοξεύονται στο ποσό των 31,485 € ανά κανδήλι πλέον του αναλογούντος < ΦΠΑ (28,385 - 3,15 + 6,25 = 31,485€), τη στιγμή που ο Σύνδεσμος επιβάλλει ως ανώτατη επιτρεπόμενη τιμή προς τους εξυπηρετούμενους πελάτες τα 30 € πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ. Από τα παραπάνω προκύπτει δηλαδή ευχερώς ότι το αρχικό αντίτιμο παραχώρησης των 900.000 ευρώ για 36 μήνες, δηλαδή το ποσό των 25.000 ευρώ μηνιαίως, που είναι υπερδιπλάσιο από αυτό της προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ανατεθεί στην εταιρεία μας, πέραν του ότι είναι ατεκμηρίωτο απέχει πόρρω της πραγματικότητας και των πραγματικών συνθηκών της αγοράς και καθιστά σχεδόν αδύνατη την υποβολή βιώσιμης και ανταγωνιστικής προσφοράς λαμβανομένης υπόψη της δημοσιονομικής αστάθειας και συγκυρίας, σε συνδυασμό με το γεγονός ότι διατηρείται ένα ανώτατο όριο διαμόρφωσης της τιμής ανά κανδήλι στα 30 €.

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

Επισημαίνεται επιπλέον ότι σε αντίθεση με την προηγούμενη διακήρυξη - όπου υπήρχε σχετική πρόβλεψη [και συγκεκριμένα στην παρ. 11.10 όπου αναφερόταν ότι «11.10 Ο Σύνδεσμος είναι υποχρεωμένος να τηρήσει την λειτουργία της σύμβασης εξασφαλίζοντας το αποκλειστικό δικαίωμα της δημοπράτησης με εφαρμογή των δικαστικών αποφάσεων που έχει στη διάθεσή του και κάθε άλλο νόμιμο μέσο για υπεράσπιση των συμφερόντων του. Για την αποτροπή των παράνομων δραστηριοποιούμενων κατά την έναρξη της σύμβασης και έπειτα ο Σύνδεσμος θα διαθέτει συνεργεία υπαλλήλων όπου ο ανάδοχος θα πρέπει επί τόπου να αναφέρει οτιδήποτε αντιλαμβάνεται και θεωρεί ότι βλάπτει την αποκλειστικότητα του δικαιώματος που του έχει παραχωρηθεί. Επί πλέον της χρήσης των ήδη υφιστάμενων αποφάσεων που υπάρχουν καί ύα εφαρμοστούν ο Σύνδεσμος δεσμεύεται ότι δα προκαλέσει οποιαδήποτε άλλη χρειαστεί για την εύρυθμη λειτουργία, ενδεικτικά νέα ασφαλιστικά μέτρα, αγωγές, μηνύσεις κλπ. και γενικά ύα γίνει κάθε παρέμβαση επικουρώντας τον μισθωτή και εξασφαλίζοντας το προς μίσθωση αποκλειστικό δικαίωμα»] - στην παρούσα, ο ... δεν εξασφαλίζει για τον Παραχωρησιούχο το αποκλειστικό δικαίωμα παροχής των υπηρεσιών αψής κανδηλίων, ούτε αναλαμβάνει οιαδήποτε ευθύνη προστασίας του δικαιώματος του, αν και το Κοιμητήριο αποτελεί χώρο της απολύτου δικαιοδοσίας του, γεγονός που ενδέχεται να επιτρέψει την ανάπτυξη ανταγωνιστών επαγγελματιών οι οποίοι θα βρεθούν σε πλεονεκτικότερη θέση αφού θα παρέχουν τις ίδιες υπηρεσίες με τον Παραχωρησιούχο χωρίς να καταβάλλουν το παραμικρό αντίτιμο στον φορέα. Η εταιρεία μας ταλαιπωρήθηκε ιδιαίτερα κατά το πρώτο έτος της εν ισχύ ευρισκόμενης σύμβασης παραχώρησης από ανταγωνιστές οι οποίοι δρούσαν αθέμιτα στο Κοιμητήριο μολονότι ο Σύνδεσμος είχε εκ της διακήρυξης υποχρέωση να διασφαλίσει την αποκλειστικότητα του δικαιώματος. Εάν τούτο συνέβη ενώ υπήρχε πρόβλεψη προστασίας του παραχωρησιούχου εκ της συμβάσεως πόσω μάλλον θα συμβεί στο μέλλον υπό τους όρους της παρούσης διακήρυξης που ουδεμία σχετική πρόνοια περιλαμβάνει.

Τέλος, επισημαίνεται ότι όλες αυτές οι αυξήσεις μοιραία θα μετακυλιστούν στους εξυπηρετούμενους πολίτες σε μια περίοδο κατά την οποία, όπως προαναφέρθηκε, ο πληθωρισμός καλπάζει, στερώντας τους τη δυνατότητα να τιμήσουν τους κεκοιμημένους προσφιλείς ανθρώπους τους σύμφωνα με τη

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

θρησκευτική τους πεποίθηση και συναίσθημα.

Τη μη σύννομη και παντελώς αναιτιολόγητη εκτίμηση του οικονομικού ανταλλάγματος εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής προσβάλλουμε με προφανές έννομο συμφέρον, αφού, ένεκα της ελλιπούς τεκμηρίωσης και της ασάφειας που προκύπτει, αδυνατούμε πλήρως να καταστρώσουμε τον οικονομικό σχεδιασμό μας και εν τέλει να διαμορφώσουμε την καλύτερη, κατά την κρίση μας, οικονομική προσφορά.

Ε' Λόγος Προσφυγής - Υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής - απουσία κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας- παράβαση των αρχών του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού και της ισότητας ευκαιριών των διαγωνιζομένων.

Σύμφωνα με τον όρο 1.4 της διακήρυξης «Θεσμικό πλαίσιο της διακήρυξης», η ανάθεση και εκτέλεση της σύμβασης διέπεται, μεταξύ άλλων, και από τον ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)». Στο άρθρο 75 του ν. 4412/2016, με τίτλο «Κριτήρια επιλογής» 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 εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. [...] 3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων. [...] Οι μέθοδοι και τα κριτήρια αυτά χαρακτηρίζονται από διαφάνεια, αντικειμενικότητα και αποφυγή διακρίσεων. [...] 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 ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος.».

Επίσης, το άρθρο 80 του ν. 4412/2016 «Αποδεικτικά μέσα» ορίζει ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παρ. 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 περί λόγων αποκλεισμού, και 74 περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. [...] 4. Η

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα μπορεί, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα δικαιολογητικά που αναφέρονται στο Μέρος I του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α'. Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που ζητεί η αναθέτουσα αρχή, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο έγγραφο, το οποίο η αναθέτουσα αρχή κρίνει κατάλληλο. 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.».

Περαιτέρω, το άρθρο 6 του ν. 4413/2016 προβλέπει ότι «1. Ο σχεδιασμός της διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης παραχώρησης, συμπεριλαμβανομένης της εκτίμησης της αξίας της, δεν μπορεί να γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή της από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος ή την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων ή ορισμένων έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών. 2. Οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς επιδιώκουν τη διασφάλιση διαφάνειας στη διαδικασία ανάθεσης και στην εκτέλεση της σύμβασης, τηρώντας παράλληλα το άρθρο 27. 3. Οι διαδικασίες ανάθεσης και εκτέλεσης των συμβάσεων παραχώρησης του παρόντος νόμου υπόκεινται επίσης στην τήρηση των αρχών της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ίσης μεταχείρισης και μη διάκρισης, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης.».

Στο άρθρο 36 του ίδιου νόμου ορίζονται τα εξής: «1. Οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς εξακριβώνουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής που σχετίζονται με την επαγγελματική και τεχνική ικανότητα, τη χρηματοοικονομική και οικονομική επάρκεια των υποψηφίων ή των προσφερόντων βάσει υπεύθυνων δηλώσεων και συστάσεων που πρέπει να υποβάλλονται ως αποδεικτικά στοιχεία, σύμφωνα με τις απαιτήσεις που διευκρινίζονται στην προκήρυξη της σύμβασης παραχώρησης και οι οποίες πρέπει να μην εισάγουν διακρίσεις και να είναι αναλογικές με το αντικείμενο της σύμβασης παραχώρησης. Οι προϋποθέσεις συμμετοχής σχετίζονται και είναι αναλογικές

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

με την ανάγκη διασφάλισης της ικανότητας του παραχωρησιούχου να εκτελέσει τη σύμβαση παραχώρησης, λαμβάνοντας υπόψη το αντικείμενο της σύμβασης και με τον στόχο εξασφάλισης πραγματικού ανταγωνισμού. 2. Για την πλήρωση των προϋποθέσεων συμμετοχής που αναφέρονται στην παράγραφο 1, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, εφόσον κρίνεται σκόπιμο και για συγκεκριμένη σύμβαση παραχώρησης, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή πρέπει να αποδείξει στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους καθ' όλη τη διάρκεια της παραχώρησης, προσκομίζοντας για παράδειγμα σχετική δέσμευση των εν λόγω φορέων. Όσον αφορά τη χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και οι άλλοι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης παραχώρησης.».

Από τις ανωτέρω διατάξεις συνάγεται ότι οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, έχουν τη δυνατότητα να ελέγχουν την «καταλληλότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικού ελέγχου του υποψηφίου. Η διαδικασία ποιοτικού ελέγχου περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων και τον έλεγχο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, αλλά και της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου αναδόχου. Κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων καταλληλότητας των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται οι βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή εάν ο εκάστοτε προσφέρων οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις καταλληλότητας των υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο αυτής.

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

Για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του. Όλα τα κριτήρια επιλογής πρέπει να είναι σαφή και αναλογικά προς τη συγκεκριμένη σύμβαση και να μην εισάγουν διακρίσεις. Στην περίπτωση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που της επιτρέπουν να καθορίσει μάλλον κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων.

Εκ τούτων συνάγεται ότι ο προσδιορισμός της καταλληλότητας των υποψηφίων πρέπει να γίνεται αποκλειστικά με κριτήρια αντικειμενικά και να μην τίθενται ειδικότερες απαιτήσεις, που δεν αιτιολογούνται (αναγκαιότητα), δεν είναι πρόσφορες για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού (καταλληλότητα), δεν υπερβαίνουν το αναγκαίο για την επίτευξη του σκοπού αυτού μέτρο (αναλογικότητα) και δεν εισάγουν διακρίσεις (ισότητα). Η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η αρχή περί μη διάκρισης των προσφερόντων αποσκοπεί στη διασφάλιση πραγματικού ανταγωνισμού και απαγορεύει τη διαφορετική μεταχείριση συγκρίσιμων περιπτώσεων, όπως και την όμοια μεταχείριση διαφορετικών περιπτώσεων, εκτός αν υπάρχουν αντικειμενικοί λόγοι που επιβάλλουν διαφορετική μεταχείριση (ΔΕΚ, C-243/89, Επιτροπή κατά Δανίας). Αποκλίσεις από τις ανωτέρω γενικές αρχές επιτρέπονται μόνο για εύλογη αιτία, η οποία κρίνεται, όπως και σε κάθε περίπτωση, με βάση τους κανόνες και τις αρχές που διέπουν τη Συνθήκη.

Συγκεκριμένα, η νόθευση του ανταγωνισμού μπορεί να γίνει με δύο (αντίθετους) τρόπους. Ο πρώτος γίνεται με τη συμπερίληψη όρων με υπερβολικές και δυσανάλογες απαιτήσεις όσον αφορά στα κριτήρια επιλογής των υποψήφιων οικονομικών φορέων, που εν δυνάμει περιορίζουν τον αριθμό των τελευταίων. Ο δεύτερος τρόπος, που αφορά στην επίμαχη διακήρυξη, γίνεται με το να επιτρέπεται αδιακρίτως η συμμετοχή στον διαγωνισμό και οικονομικών φορέων που δεν διασφαλίζουν κατ' αντικειμενικό τρόπο ότι έχουν την ικανότητα να εκτελέσουν προσηκόντως τη σύμβαση, ανταγωνιζόμενοι, μάλιστα, άλλους οικονομικούς φορείς, που διαθέτουν τη σχετική δυνατότητα. Ως εκ τούτου, στην περίπτωση αυτή θεμελιώνεται για τους τελευταίους το

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

αναγκαίο έννομο συμφέρον να προσβάλουν μια τέτοια διακήρυξη.

Με άλλα λόγια, η απουσία των κριτηρίων επιλογής χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής/επαγγελματικής ικανότητας οδηγεί σε αδικαιολόγητη διεύρυνση του ανταγωνισμού, υποχρεώνει -με τον τρόπο αυτό- την επιχείρησή μας, η οποία διαθέτει εξειδίκευση σε παροχή θρησκευτικών υπηρεσιών και έχει αναλάβει αντίστοιχων απαιτήσεων συμβάσεις, να ανταγωνιστεί οικονομικούς φορείς με καλύτερη -πιθανόν- οικονομική προσφορά, οι οποίοι όμως δεν διαθέτουν τα απαραίτητα προσόντα για την ορθή και επιτυχή εκτέλεση της σύμβασης. Κατά συνέπεια, διευρύνεται παράνομα και υπέρμετρα ο ανταγωνισμός προς όφελος επιχειρήσεων που όμως δεν διαθέτουν καν τα τυπικά προσόντα για την εκτέλεση της σύμβασης, γεγονός που μας ζημιώνει, καθώς, παρά το γεγονός ότι πληρούμε κάθε κριτήριο για να αναλάβουμε την παρούσα σύμβαση, ενδέχεται εν τέλει η σύμβαση να κατακυρωθεί σε επιχείρηση που δύναται να προσφέρει το αντίτιμο που απαιτείται, χωρίς να έχει όμως τις ικανότητες για την ομαλή εκτέλεσή της, ή ακόμα και να προσφέρει αντίτιμο που δεν ανταποκρίνεται στις οικονομικές συνθήκες, ως αποτέλεσμα της παντελούς άγνοιάς της με το αντικείμενο, με αποτέλεσμα αυτό να είναι πλασματικό, μη ρεαλιστικό και βιώσιμο, ικανό. ωστόσο να της δώσει το απαραίτητο πλεονέκτημα, ελλείψει άλλων κριτηρίων, για να της ανατεθεί η σύμβαση, εις βάρος των συμφερόντων της επιχείρησής μας.

Τέλος, πέραν της παραβίασης της αρχής του υγιούς ανταγωνισμού, η απουσία κριτηρίων επιλογής προσβάλλει και τη συνταγματική αρχή της ισότητας υπό την αντίστροφη εκδοχή της, ότι δηλαδή τα άνισα πρέπει να αντιμετωπίζονται ως άνισα, τα ίδιο επιτακτικά που και τα ίσα πρέπει να αντιμετωπίζονται ως ίσα, στην αναλογία (Πρβλ. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1975, σελ. 378.).

Εν προκειμένω, η απουσία κριτηρίων χρηματοοικονομικής επάρκειας, ειδικά σε μία σύμβαση που το αντίτιμο παραχώρησης προσδιορίζεται σε 900.000 ευρώ κατ' ελάχιστο, ισοπεδώνει πλήρως τον ανταγωνισμό, παρέχοντας τη δυνατότητα σε κάθε προσφέροντα να υποβάλει προσφορά, η οποία θα καταστεί εξ ανάγκης μη βιώσιμη και εφαρμοστέα, ως αναφέραμε.

Όσον αφορά δε στην απουσία των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας, η αναθέτουσα αρχή ουσιαστικά υποχρεώνει μία έμπειρη στο

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

αντικείμενο της σύμβασης επιχείρηση, όπως η δική μας μας, να ανταγωνιστεί άλλες, οι οποίες δεν διαθέτουν τις απαιτούμενες τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες να εκτελέσουν μία τόσο απαιτητική σύμβαση, καθώς με την πλήρη απουσία τεχνικών και επαγγελματικών κριτηρίων, η αναθέτουσα αρχή παρέβλεψε πλήρως τις ιδιαίτερες απαιτήσεις της επίμαχης σύμβασης.

Συγκεκριμένα, προκειμένου να εκτελεστεί επιτυχώς η υπό εξέταση σύμβαση, στην πράξη, απαιτείται εμπειρία στην ασφαλή χρήση χημικών και καθαριστικών σε κοινόχρηστους χώρους, ασφάλεια κατά την εκτέλεση των εργασιών, σεβασμός στην ιδιαιτερότητα του χώρου, ειδικός χειρισμός των οικογενειών που βρίσκονται σε συναισθηματική φόρτιση, καθώς και των πιθανών χρεών που ίσως προκόψουν από τους συγγενείς των θανόντων. Εξάλλου, μία τέτοια σύμβαση παρουσιάζει ιδιαιτερότητες, οι οποίες σχετίζονται με τον χώρο και με τη φύση των υπηρεσιών, όπως η ανάγκη για πυροπροστασία και προστασία από τυχόν ατυχήματα.

Αντιθέτως, με την παντελή απουσία των κριτηρίων χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής/επαγγελματικής ικανότητας η αναθέτουσα αρχή φαίνεται να μη λαμβάνει υπόψη καμία απολύτως ιδιαιτερότητα των παρεχόμενων υπηρεσιών, θεωρώντας ότι αυτές αποτελούν μία τυπική μάλλον διαδικασία, καίτοι ανάγονται στα βαθύτερα θρησκευτικά συναισθήματα των πολιτών και αποτελούν τρόπο έκφρασης της αγάπης των συγγενών στους τεθνεόντες συγγενείς, εξασφαλίζοντας και στους ίδιους μία οδό συναισθηματικής αποφόρτισης δια της τέλεσης των ταφικών εθίμων με αίσθημα σεβασμού προς τον νεκρό (ΣτΕ Τμήμα Δ' 757/2006), αρκούμενη απλώς στο να αναθέσει την σύμβαση σε οποιαδήποτε επιχείρηση μπορεί, πραγματικός ή και πλασματικώς τελούσα εν αγνοία, να προσφέρει ένα ολότελο αυθαίρετο και ανατιολόγητο αντίτιμο, χωρίς όμως παράλληλα να διαθέτει οποιοδήποτε άλλο αναγκαίο ποσό, αφού δεν υφίσταται άλλο κριτήριο ανάθεσης πλην του αντιτίμου.

Τα ανωτέρω επιρρωνύονται από το γεγονός ότι για τη συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία έχει τεθεί ως προϋπόθεση η υποβολή εγγυητικής συμμετοχής ποσού μόλις 10.000€ που επίσης τελεί σε πλήρη αναντιστοιχία με την εκτιμώμενη - κατά τον Σύνδεσμο- αξία της εκτιμώμενης σύμβασης.

Ως εκ τούτου, η παράλειψη θέσπισης κριτηρίων χρηματοοικονομικής και τεχνικής επάρκειας πρέπει να ακυρωθεί, καθώς παραβιάζει τις αρχές του

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

ανταγωνισμού και της ισότητας των ευκαιριών των διαγωνιζομένων.

Και τον λόγο αυτό τον προβάλλουμε με προφανές έννομο συμφέρον, καθώς, όπως κρίθηκε προσφάτως (ΣΤΕ ΕΑ 107/2021), το έννομο συμφέρον για την προσβολή όρου διακήρυξης διαγωνισμού θεμελιώνεται και όταν το κανονιστικό πλαίσιο αυτού δεν διασφαλίζει τις θεμελιώδεις αρχές της διαφάνειας, της ισότητας και του υγιούς ανταγωνισμού. Στην περίπτωση αυτή η προσφυγή ασκείται μετ' εννόμου συμφέροντος, προκειμένου ο οικονομικός φορέας να επιδιώξει τη συμμετοχή του σε νόμιμη διαδικασία που πληροί τις ως άνω θεμελιώδεις αρχές, δεδομένου άλλωστε ότι κατά πάγια νομολογία (βλ. ΣΤΕ 1415/2000 Ολ., 1217/2018, 827/2019 επτ. κ.α.) τυχόν παρανομία όρων της Διακήρυξης δεν μπορεί να προβληθεί παραδεκτώς και να εξεταστεί παρεμπιπτόντως σε επόμενο στάδιο του διαγωνισμού».

10. Επειδή, όσον αφορά τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό. Η βλάβη αυτή που επικαλείται ο προσφεύγων, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να ανάγεται σε συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα πραγματικά περιστατικά αφορώντα τη νομική ή την πραγματική κατάσταση του προσφεύγοντος, που αποκλείουν ή καθιστούν υπερβολικά δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριο Γ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Γ' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα- Θεσσαλονίκη, 2019, σελ. 762, με τις εκεί παραπομπές).

11. Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό κρίση προσφυγή, καθότι η προσφεύγουσα είναι επιχείρηση που δραστηριοποιείται στον τομέα της παροχής θρησκευτικών υπηρεσιών, ήτοι του αντικειμένου της σχετικής διακήρυξης, πλην όμως η συμμετοχή της στον επίμαχο διαγωνισμό καθίσταται αδύνατη εξαιτίας των πληττομένων όρων αδικαιολόγητα περιοριστικών και

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

ιδίως διότι, όπως ισχυρίζεται, είναι εξειδικευμένη στο χώρο της παροχής θρησκευτικών υπηρεσιών, πλην όμως εκ της θέσπισης των πληττόμενων όρων εμποδίζεται στην υποβολή ανταγωνιστικής προσφοράς.

12. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 του Ν. 4412/2016, «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», «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 και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης....».

13. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης με βάση τις ανάγκες της και τη σκοπιμότητά που εκείνη κρίνει. Η δε θέσπιση με την διακήρυξη των προδιαγραφών και των αναγκών της αναθέτουσας αρχής από ποσοτική και ποιοτική άποψη, που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτησή τους, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (Ε.Α. ΣτΕ 354/2014, 1140/2010 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ. 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010 κ.ά.). (βλ. και ΑΕΠΠ 1015/2019)

14. Επειδή περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή έχει καταρχήν διακριτική ευχέρεια ως προς τον προσδιορισμό και διάρθρωση των αναγκών της και την επιλογή

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

των εν γένει μέσων με τα οποία θα τις καλύψει, όπως και για την καταρχήν θέσπιση των κριτηρίων επιλογής και των τεχνικών προδιαγραφών των μέσων αυτών, σύμφωνα με την εκ μέρους της κρίση περί των επιθυμητών επιπέδων καταλληλότητας και του ειδικότερου, ήτοι δια επιμέρους τεχνικών προδιαγραφών, τρόπο επίτευξής τους, ελεγχόμενη η ευχέρεια αυτή μόνο ως προς την τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων της και τούτο όσον αφορά τυχόν παραβίαση των διατάξεων νόμου που τη διέπουν και κυρίως των αρχών του άρθρου 18 Ν. 4412/2016 (βλ. και ΑΕΠΠ 187, 208, 238/2017 και 49/2018). Κατά συνέπεια το εξετάζον τυχόν ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή όργανο – εν προκειμένω η ΑΕΠΠ- δεν δύναται να υπεισέλθει σε έλεγχο σκοπιμότητας του συμβατικού αντικειμένου της Διακήρυξης και των αναγκών της αναθέτουσας Αρχής, καθώς τούτο θα συνιστούσε εκ μέρους της υπέρβαση αρμοδιότητας και υπεισέλευση στην αρμοδιότητα και την οικεία ευχέρεια της αναθέτουσας Αρχής (βλ. και ΑΕΠΠ 88/2020, 54/2022).

15. Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας, η οποία κατοχυρώνεται συνταγματικά στο άρθρο 25 παρ. 1 Συντ., αναλύεται στις αρχές της αναγκαιότητας, καταλληλότητας και αναλογικότητας με τη στενή έννοια, και κατατάσσεται εντός των αρχών ενωσιακού δικαίου κατά την πάγια νομολογία ΔΕΕ. Έχει, δε, την έννοια ότι ένα κράτος μέλος οφείλει κατά τη διαδικασία επιλογής των κατάλληλων προς λήψη μέτρων, να επιλέγει αυτά που προξενούν τα λιγότερα δυνατά προβλήματα στην άσκηση της διακριτικής του ευχέρειας, προκρίνοντας μεταξύ μέτρων που θεωρεί αναγκαία και πρόσφορα για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ).

16. Επειδή, η αρχή της χρηστής διοίκησης επιβάλλει στα διοικητικά όργανα να ασκούν τις αρμοδιότητές τους σύμφωνα με το αίσθημα δικαίου που επικρατεί, ώστε κατά την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων να αποφεύγονται οι

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

ανεπιεικείς και απλώς δογματικές ερμηνευτικές εκδοχές και να επιδιώκεται η προσαρμογή των κανόνων δικαίου προς τις επικρατούσες κοινωνικές και οικονομικές συνθήκες και απαιτήσεις (Ε. Π. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΣ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 96).

17. Επειδή, μετά την εκτίμηση της ισχύουσας νομοθεσίας ως προς τον πρώτο λόγο προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα:

Με τον πρώτο προβαλλόμενο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη τυγχάνει ανυπόστατη λόγω έλλειψης υπογραφής από το αρμόδιο όργανο. Ωστόσο, μετά τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι το σώμα της Διακήρυξης, το οποίο έχει αναρτηθεί στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και ειδικότερα στη σελίδα του ΕΣΗΔΗΣ με αα ... φέρει την ηλεκτρονική υπογραφή του Προέδρου του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής κ. με στοιχεία χρονοσήμανσης 31.05.2022 και ώρα 19:21:21. Δεδομένου δε ότι, όπως ρητώς προβλέπεται στο προοίμιο της Διακήρυξης (βλ. «Στοιχεία Επικοινωνίας» εδ. β'), ο εν λόγω διαγωνισμός διενεργείται ηλεκτρονικά, η κατά τα ως άνω υπογραφή της Διακήρυξης είναι η προσήκουσα κατά τα οριζόμενα στην (ΥΑ 64233/2021 (ΦΕΚ Β' 2453/2021) «Ανάθεση Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών και Υπηρεσιών με χρήση επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών ΕΣΗΔΗΣ» και δη τα οριζόμενα στο αρ. 9 παρ. 4 αυτής, στο οποίο προβλέπεται ότι οι πιστοποιημένοι χρήστες των αναθετουσών αρχών υποβάλλουν ή/και αναρτούν μέσω του συστήματος τα κατά περίπτωση έγγραφα με εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή. Κατόπιν των ανωτέρω, ο πρώτος λόγος προσφυγής δέον όπως απορριφθεί ως αβασίμως προβαλλόμενος.

18. Επειδή, μετά την εκτίμηση της ισχύουσας νομοθεσίας ως προς τον δεύτερο λόγο προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα:

Με τον δεύτερο προβαλλόμενο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη Διακήρυξη θα πρέπει να ακυρωθεί ως μη νόμιμη για το λόγο ότι το υπογράφων αυτή όργανο, ήτοι ο Πρόεδρος του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής, δεν έχει επιλεγεί νομίμως ένεκα του ασυμβιβάστου της ιδιότητάς του ως Προέδρου ΔΣ ΝΠΔΔ με την ιδιότητα του υπαλλήλου της Βουλής, που

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

κατέχει. Ο ως άνω λόγος ωστόσο προβάλλεται καταρχήν αορίστως, καθόσον η προσφεύγουσα δεν προσκομίζει κανένα στοιχείο προς απόδειξη της ιδιότητας του Προέδρου του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής ως υπαλλήλου της Βουλής, παρά μόνο περιορίζεται σε απλή αναφορά στην φερόμενη ως άνω παράλληλη ιδιότητά του, από την οποία και μόνο ουδέν ασυμβίβαστο δύναται να στοιχειοθετηθεί. Επιπλέον, ο υπό κρίση λόγος προβάλλεται και αβασίμως, καθώς για τη θεμελίωσή του η προσφεύγουσα επικαλείται το αρ. 33 του Ν. 3528/2007, το οποίο ορίζει ότι *«Απαγορεύεται στους υπαλλήλους η άσκηση έργων ασυμβίβαστων, κατά τις κείμενες διατάξεις, με το βουλευτικό αξίωμα, με την επιφύλαξη των διατάξεων της παρ. 5 του άρθρου 32 του παρόντος»*, πλην όμως εν προκειμένω, κατά τον σε κάθε περίπτωση αναπόδεικτο ισχυρισμό της προσφεύγουσας, ο Πρόεδρος του ΔΣ της αναθέτουσας και υπογράφων τη Διακήρυξη, δεν κατέχει το βουλευτικό αξίωμα αλλά θέση υπαλλήλου της Βουλής των Ελλήνων. Συνεπώς, ο δεύτερος προβαλλόμενος λόγος προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος προεχόντως ως αόριστός και επικουρικώς ως αβάσιμος.

19. Επειδή, μετά την εκτίμηση της ισχύουσας νομοθεσίας και του κανονιστικού πλαισίου της επίμαχης Διακήρυξης ως προς τον τρίτο λόγο προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα:

Με τον τρίτο λόγο προσφυγής προβάλλεται ότι η μέθοδος εκτίμησης της αξίας της δημοπρατούμενης σύμβασης παραχώρησης είναι μη νόμιμη, καθόσον έχει λάβει χώρα κατά παράβαση των οριζομένων στο αρ. 8 του Ν. 4413/2016, σύμφωνα με το οποίο *«Η αξία της σύμβασης παραχώρησης ισούται με το συνολικό κύκλο εργασιών του παραχωρησιούχου καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, όπως υπολογίζεται από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα, σε αντάλλαγμα για τα έργα και τις υπηρεσίες που αποτελούν το αντικείμενο της σύμβασης παραχώρησης, καθώς και τις παρεπόμενες προμήθειες αυτών των έργων και υπηρεσιών»*. Ως δε υποστηρίζει η προσφεύγουσα στην υπό κρίση περίπτωση, αν και πρόκειται για σύμβαση παραχώρησης, η αξία της σύμβασης έχει υπολογισθεί με τον τρόπο υπολογισμού που προβλέπεται για τις κλασσικές δημόσιες συμβάσεις, ήτοι σύμφωνα με το αντίτιμο παραχώρησης που θα καταβάλει ο ανάδοχος στην αναθέτουσα αρχή. Επί των ανωτέρω ισχυρισμών λεκτέα είναι

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

τα εξής: Στην περίπτωση κατά την οποία ο διενεργούμενος διαγωνισμός κατατείνει στην κατάρτιση σύμβαση παραχώρησης υπηρεσίας του ν.4413/2016, η σύμβαση που θα καταρτιστεί μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του πλειοδότη-παραχωρησιούχου θα είναι εξ επαχθούς αιτίας με αντικείμενο την παροχή των υπό ανάθεση υπηρεσιών, η οποία θα περιλαμβάνει τη μεταβίβαση στον παραχωρησιούχο του λειτουργικού κινδύνου που απορρέει από την εκμετάλλευση αυτών, χωρίς ουδεμία εγγύηση για την απόσβεση των δαπανών που θα πραγματοποιηθούν κατά την παροχή των υπηρεσιών που αποτελούν το αντικείμενο της σύμβασης παραχώρησης. Επιπλέον, σύμφωνα με το άρθρο 2 του Ν. 4413/2016, ο οποίος μετέφερε στην εσωτερική έννομη τάξη την οδηγία 2014/23/ΕΕ, σύμβαση παραχώρησης υπηρεσίας αποτελεί κάθε «β. σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας που συνάπτεται εγγράφως, μέσω της οποίας μία ή περισσότερες αναθέτουσες αρχές ή αναθέτοντες φορείς αναθέτουν την παροχή και διαχείριση υπηρεσιών, εκτός από την εκτέλεση έργων που αναφέρεται στο σημείο α', σε έναν ή περισσότερους οικονομικούς φορείς, το δε αντάλλαγμα για αυτήν συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσης των υπηρεσιών τα οποία αποτελούν το αντικείμενο της σύμβασης είτε στο δικαίωμα αυτό μαζί με την καταβολή πληρωμής. Η ανάθεση σύμβασης παραχώρησης έργων ή υπηρεσιών συνεπάγεται τη μεταβίβαση στον παραχωρησιούχο του λειτουργικού κινδύνου που απορρέει από την εκμετάλλευση των εν λόγω έργων ή υπηρεσιών και ο οποίος συμπεριλαμβάνει κίνδυνο ζήτησης ή προσφοράς ή αμφοτέρους. Ο παραχωρησιούχος θεωρείται ότι αναλαμβάνει τον λειτουργικό κίνδυνο όταν, υπό φυσιολογικές συνθήκες λειτουργίας, δεν υπάρχει εγγύηση για την απόσβεση της επένδυσης ή των δαπανών που πραγματοποιήθηκαν κατά την εκτέλεση των έργων ή την παροχή των υπηρεσιών που αποτελούν το αντικείμενο της σύμβασης παραχώρησης. Το τμήμα του κινδύνου που μεταβιβάζεται στον παραχωρησιούχο περιλαμβάνει την πραγματική έκθεση στις αστάθμητες συνθήκες της αγοράς, που συνεπάγεται ότι οποιαδήποτε πιθανή εκτιμώμενη απώλεια του παραχωρησιούχου δεν πρέπει να είναι απλώς ονομαστική ή αμελητέα..... ». Στην προκειμένη περίπτωση στο αρ. 1 της Διακήρυξης με τίτλο «Αναθέτουσα Αρχή και Αντικείμενο Σύμβασης» και ειδικότερα στο αρ. 1.1 με τίτλο «Στοιχεία Αναθέτουσας Αρχής» ορίζεται ότι : *«Κύρια δραστηριότητα Α.Α. - Η κύρια*

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

δραστηριότητα της Αναθέτουσας Αρχής είναι κοιμητήριο. Εφαρμοστέο εθνικό δίκαιο είναι το ελληνικό: 1. Τις διατάξεις του Ν. 4413/2016 «Ανάθεση και εκτέλεση συμβάσεων παραχώρησης-Εναρμόνιση με την Οδηγία 2014/23/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης (ΕΕ L 94/1/28.3.2014) και άλλες διατάξεις» (Α' 148) και δη τα άρθρα 18, 33 και 60. 2. Τις διατάξεις του Ν. 3852/2010 «Νέα Αρχιτεκτονική της Αυτοδιοίκησης και της Αποκεντρωμένης Διοίκησης-Πρόγραμμα Καλλικράτης» (Α' 87), ως αυτός ισχύει. 3. Τις διατάξεις του Ν. 4412/2016 « Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (ΦΕΚ Α' 147/08-08-2016) 4. Τις διατάξεις του Ν. 4071/2012 «Ρυθμίσεις για την τοπική ανάπτυξη, την αυτοδιοίκηση και την αποκεντρωμένη διοίκηση Ενσωμάτωση Οδηγίας 2009/50/ΕΚ» (Α' 85). 5. Τις διατάξεις του Ν. 3463/2006 «Κύρωση Κώδικα Δήμων και Κοινοτήτων (Α' 114), ως αυτός ισχύει. 6. Τις διατάξεις του Ν. 4242/2014 «Ενιαίος Φορέας Εξωστρέφειας και άλλες διατάξεις» (Φ.Ε.Κ. Α' 50/2014). 7. Τις διατάξεις του Αστικού Κώδικα. 8. Τις διατάξεις του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας και του άρθρου 66 του Εισαγωγικού Νόμου του ΚΠολΔ. 9. Τον Α.Ν. 582/1968 Οι σε εκτέλεση των ανωτέρων νόμων, Οδηγιών και Προεδρικών Διαταγμάτων εκδοθείσες λοιπές (πλην των αναφερομένων) κανονιστικές διατάξεις, καθώς και άλλες διατάξεις που αναφέρονται ρητά ή απορρέουν από τα οριζόμενα στα συμβατικά τεύχη της παρούσας σύμβασης παροχής υπηρεσιών και γενικότερα σε κάθε διάταξη (νόμου, Π.Δ. απόφασης κ.λ.π.) που διέπει την ανάθεση και εκτέλεση της παρούσας σύμβασης, έστω και αν δεν αναφέρονται ρητά παραπάνω». Εν συνεχεία, στα αρ. 1.2,1.3 και 1.4 της Διακήρυξης ορίζονται τα ακόλουθα:

«1.2 Στοιχεία Διαδικασίας Είδος διαδικασίας: Ο διαγωνισμός θα διεξαχθεί με την ανοικτή διαδικασία του άρθρου 27 του ν. 4412/2016.

1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης: Αντικείμενο της σύμβασης είναι η καθημερινή, και εντός του ωραρίου του Κοιμητηρίου, παροχή υπηρεσιών αφής κανδηλίων και πλυσίματος/καθαρισμού στα μνημεία των τεθνεώτων, που έχουν ανεγερθεί ή ανεγείρονται με δαπάνη των ιδιωτών, εντός του Οι παρεχόμενες υπηρεσίες κατατάσσονται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) : ...

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

(θρησκευτικές υπηρεσίες) Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης εκκινεί στο ποσό των εννιακοσίων χιλιάδων (900.000€) ευρώ. - δικαίωμα παράτασης ενός (1) έτους με αντίτιμο παραχώρησης το ένα τρίτο του αντίτιμου όπως αυτό θα διαμορφωθεί τελικά από την οικονομική προσφορά του αναδόχου. Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε τρία (3) χρόνια. Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της μέγιστης συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει τιμής.

1.4 Θεσμικό πλαίσιο: Η ανάθεση και εκτέλεση της σύμβασης διέπονται από την κείμενη νομοθεσία και τις κατ' εξουσιοδότηση αυτής εκδοθείσες κανονιστικές πράξεις, όπως ισχύουν και ιδίως:

του ν. 4412/2016 (Α' 147) "Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)",

του ν. 4622/19 (Α' 133) «Επιτελικό Κράτος: οργάνωση, λειτουργία & διαφάνεια της Κυβέρνησης, των κυβερνητικών οργάνων & της κεντρικής δημόσιας διοίκησης» και ιδίως του άρθρου 37,

του ν. 4700/2020 (Α' 127) «Ενιαίο κείμενο Δικονομίας για το Ελεγκτικό Συνέδριο, ολοκληρωμένο νομοθετικό πλαίσιο για τον προσυμβατικό έλεγχο, τροποποιήσεις στον Κώδικα Νόμων για το Ελεγκτικό Συνέδριο, διατάξεις για την αποτελεσματική απονομή της δικαιοσύνης και άλλες διατάξεις» και ιδίως των άρθρων 324-337,

του ν. 4013/2011 (Α' 204) «Σύσταση ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων και Κεντρικού Ηλεκτρονικού Μητρώου Δημοσίων Συμβάσεων...», (...). Από το συνδυασμό των οριζόμενων στους ανωτέρω όρους της Διακήρυξης και δεδομένου επίσης ότι η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της ισχυρίζεται ότι η επίμαχη υπό ανάθεση σύμβαση αποτελεί σύμβαση παραχώρησης, προκύπτει ασάφεια της Διακήρυξης ως προς το είδος της υπό ανάθεση σύμβασης. Και τούτο διότι στον όρο 1.4 της Διακήρυξης, με το οποίο προσδιορίζεται το θεσμικό πλαίσιο του εν λόγω διαγωνισμού, αναφέρονται ρητώς οι διατάξεις του Ν. 4412/2016 και μόνο αυτές, ενώ αντιθέτως οι διατάξεις του Ν. 4413/2016, με τις οποίες καταστρώνεται το καθεστώς της διαδικασίας σύμβασης συμβάσεων παραχώρησης, αναφέρονται μόνο στο αρ.

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

1.1 της Διακήρυξης περί της κύριας δραστηριότητας της αναθέτουσας αρχής και το εν γένει εφαρμοστέο δίκαιο κατά την άσκηση αυτής. Ωστόσο, από την αναφορά των διατάξεων του Ν. 4413/2016 ως νομοθετικό καθεστώς διέπουν την δραστηριότητα της αναθέτουσας αρχής (στο οποίο σημειώνεται ότι ρητώς αναφέρονται και οι διατάξεις του Ν. 4412/2016) δεν δύναται να εξαχθεί το συμπέρασμα ότι ο εν λόγω διαγωνισμός διέπεται επίσης από το νομοθετικό καθεστώς αυτό, πολλώ δεν μάλλον που ρητώς αναφέρεται στους οικείους όρους (1.2 και 1.4) περί του νομοθετικού πλαισίου διεξαγωγής του επίμαχου διαγωνισμού, ο Ν. 4412/2016 και μόνο. Κατόπιν όλων των ανωτέρω, οι προσβαλλόμενοι με τον υπό κρίση λόγο όροι 1.3 «Συνοπτική περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης» και 5.1.1 «Αντίτιμο Παραχώρησης» έχουν τεθεί επί τη βάσει αμφιβόλου ερείσματος ως προς το νομοθετικό καθεστώς που διέπει τον εν λόγω διαγωνισμό και για το λόγο αυτό θα πρέπει να ακυρωθούν, προκειμένου να καταρτισθούν εκ νέου, αφού προηγουμένως διατυπωθεί ρητώς στη Διακήρυξη το νομοθετικό καθεστώς υπό το οποίο θα διεξαχθεί η εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία. Σε κάθε περίπτωση, ακόμα και αν ήθελε θεωρηθεί ότι μόνη η άσκηση της δραστηριότητας της αναθέτουσας αρχής υπό το καθεστώς του Ν. 4413/2016 συνεπάγεται και τη διεξαγωγή του εν λόγω διαγωνισμού υπό τις διατάξεις αυτές, συνθήκη η οποία πάντως κατά τα ανωτέρω εκτιθέμενα θα πρέπει να ορισθεί ρητώς, οι όροι 1.3 και 5.1.1 της Διακήρυξης τυγχάνουν επίσης ακυρωτέοι, στο μέτρο που δεν υπολογίζουν το οικονομικό αντικείμενο της σύμβασης με βάση τον συνολικό κύκλο εργασιών του παραχωρησιούχου, όπως ορθώς ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Συνεπώς, ο τρίτος λόγος ακύρωσης θα πρέπει να γίνει δεκτός κατά τα ανωτέρω.

20. Επειδή, μετά την εκτίμηση της ισχύουσας νομοθεσίας και του κανονιστικού πλαισίου της επίμαχης Διακήρυξης ως προς τον τέταρτο λόγο προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα: Με τον τέταρτο λόγο προσφυγής προβάλλεται ότι από την προσβαλλόμενη Διακήρυξη ελλείπει πλήρως η τεκμηρίωση του οικονομικού ανταλλάγματος της σύμβασης κατά παράβαση των οριζομένων στο αρ. 59 του Ν. 4413/2016. Επί του ανωτέρω ισχυρισμού θα πρέπει να γίνουν αντιστοίχως δεκτά τα όσα ανωτέρω εκτέθηκαν σχετικά με την αποσαφήνιση του νομοθετικού καθεστώτος που διέπει την επίμαχη

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

Διακήρυξη. Δεδομένου δηλαδή ότι δεν είναι σαφές από τη Διακήρυξη ότι το νομοθετικό καθεστώς διεξαγωγής του εν λόγω διαγωνισμού είναι αυτό που ορίζει ο Ν. 4413/2016, αντιθέτως ρητώς ορίζεται ότι το διέπον το διαγωνισμό θεσμικό πλαίσιο είναι αυτό του Ν. 4412/2016, δεν δύναται να ελεγχθεί η συνέπεια των όρων της Διακήρυξης με το αρ. 59 του Ν. 4413/2016. Πάντως, σε κάθε περίπτωση, ακόμα και αν ήθελε θεωρηθεί ότι μόνη η άσκηση της δραστηριότητας της αναθέτουσας αρχής υπό το καθεστώς του Ν. 4413/2016 συνεπάγεται και τη διεξαγωγή του εν λόγω διαγωνισμού υπό τις διατάξεις αυτές, συνθήκη η οποία πάντως κατά τα ανωτέρω εκτιθέμενα θα πρέπει να ορισθεί ρητώς, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι τα οριζόμενα στο αρ. 59 του Ν. 4413/2016 περί υποχρέωσης τεκμηρίωσης της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, δεν αφορούν τους όρους της Διακήρυξης, υπό την έννοια ότι δεν ορίζεται πως πρέπει να περιλαμβάνονται σε αυτήν, αλλά σε διακριτό υποφάκελο τεκμηρίωσης της διαδικασίας ανάθεσης, ο οποίος τηρείται ηλεκτρονικά.

21. Επειδή, μετά την εκτίμηση της ισχύουσας νομοθεσίας και του κανονιστικού πλαισίου της επίμαχης Διακήρυξης ως προς τον πέμπτο λόγο προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα:

Με τον πέμπτο λόγο προσφυγής προβάλλεται ότι η προσβαλλόμενη Διακήρυξη θα πρέπει να ακυρωθεί, καθόσον κατά την κατάρτισή της η αναθέτουσα αρχή δεν περιέλαβε στα κριτήρια επιλογής κριτήρια για την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια καθώς και για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Επί του ανωτέρω λόγου θα πρέπει καταρχήν να γίνουν δεκτά τα όσα ανωτέρω εκτέθηκαν κατά την εξέταση του τρίτου και τέταρτου λόγου προσφυγής, σχετικά με την αποσαφήνιση του νομοθετικού καθεστώτος που διέπει τον επίμαχο διαγωνισμό. Σε κάθε περίπτωση πάντως, υπό την εκδοχή ότι ο υπό κρίση διαγωνισμός διέπεται από τις διατάξεις του Ν. 4412/2016, όπως ρητώς ορίζεται στους όρους 1.2 και 1.4 της Διακήρυξης, λεκτέα είναι τα εξής: Από τη διατύπωση του σχετικού με τον υπό κρίση λόγο αρ. 75 του Ν. 4412/2016, κατά την οποία 75 του Ν. 4412/2016 «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 (...)» προκύπτει ότι η

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

αναθέτουσα αρχή έχει ευρεία διακριτική ευχέρεια και όχι υποχρέωση να προσδιορίζει τα κριτήρια επιλογής του υποψηφίου αναδόχου εισάγοντας όλα, κάποια ή και κανένα από τα κριτήρια των κατηγοριών που αναφέρονται ως άνω. Περαιτέρω, σχετικά με την υποχρέωση ή μη της αναθέτουσας αρχής να προσδιορίζει ειδικά και συγκεκριμένα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας η ΕΑΔΗΣΥ έχει κρίνει με την υπ' αριθμ. 13 Κατευθυντήρια Οδηγία της (υπ' αριθμ. 111/2016) ότι «*Η έννοια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας δεν παρέχεται από τις οδηγίες, πλην όμως είναι σαφές ότι αφορά στο εάν οι οικονομικοί φορείς έχουν επαρκή οικονομικά μέσα: (α) για να εκτελέσουν τη σύμβαση, μαζί με τις άλλες οικονομικές υποχρεώσεις και δεσμεύσεις τους κατά την ίδια χρονική περίοδο, και (β) για να αντιμετωπίσουν τυχόν νομικές ευθύνες που θα προκύψουν από την εκτέλεση της σύμβασης (για παράδειγμα, παράβαση συμβατικής υποχρέωσης)*»¹⁴ (άρθρο 44 παρ. 1 της Οδηγίας 2004/18/EK ή άρθρο 42 παρ. 1 πδ 60/2007). Οι διατάξεις της οδηγίας 2004/18/EK, όπως ενσωματώθηκε στην ελληνική έννομη τάξη με το πδ 60/2007, παρέχουν **ευρεία διακριτική ευχέρεια** στις αναθέτουσες αρχές να θέσουν ελάχιστα επίπεδα οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας στους υποψήφιους οικονομικούς φορείς, αλλά και να επιλέξουν τα μέσα απόδειξής τους. Πρώτον, από τις ως άνω διατάξεις της Οδηγίας **δεν προκύπτει υποχρέωση των αναθετουσών αρχών να απαιτούν ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, παρά μόνο δυνατότητα**. Όπως προκύπτει από την παρ. 2 του άρθρου 44 της Οδηγίας 2004/18/EK (άρθρο 42 παρ. 2 πδ 60/2007), οι αναθέτουσες αρχές **μπορούν να απαιτούν ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων, το οποίο πρέπει να καλύπτουν οι υποψήφιοι και οι προσφέροντες**». Ομοίως, σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα με την ίδια Κατευθυντήρια Οδηγία της ΕΑΔΗΣΥ έχει γίνει δεκτό ότι «*Για να κριθεί εάν ένας οικονομικός φορέας διαθέτει την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που απαιτείται για την υλοποίηση της σύμβασης, είναι απαραίτητο η αναθέτουσα αρχή να ελέγξει την κάλυψη ορισμένων κριτηρίων τα οποία πρέπει να έχει ορίσει στα έγγραφα της σύμβασης, προσδιορίζοντας παράλληλα και το ανάλογο μέσο απόδειξης για κάθε ένα από αυτά. Και στην περίπτωση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, οι αναθέτουσες αρχές **μπορούν να απαιτούν (δεν είναι υποχρεωτικό)** το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων το οποίο πρέπει να καλύπτουν*

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

οι υποψήφιοι και οι προσφέροντες (άρθρο 44 παρ. 2 οδηγίας 2004/18/EK, άρθρο 42 πδ. 2 πδ 60/2007)». Επομένως, το γεγονός ότι στο σχετικό όρο της επίμαχης Διακήρυξης (2.2.4), στον οποίο προβλέπονται τα κριτήρια επιλογής, έχουν τεθεί κριτήρια μόνο για την απόδειξη της επαγγελματικής καταλληλότητας και όχι για την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του υποψηφίου αναδόχου δεν συνιστά πλημμελή κατάρτιση του περιεχομένου της Διακήρυξης ούτε και υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής, καθώς εκ του νόμου δεν ορίζεται υποχρέωση της διοίκησης να συμπεριλάβει τα κριτήρια αυτά παρά μόνο εισάγεται δυνατότητα της θέσπισης αυτών. Κατά συνέπεια, ο πέμπτος λόγος προσφυγής απορρίπτεται ως αβάσιμος.

22. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή γίνεται δεκτή, η δε προσβαλλομένη Διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί για το λόγο ότι, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των προμηθευτών και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, όπως στην υπό κρίση διακήρυξη, στην οποία επιπλέον ανακύπτουν και ζητήματα αποσαφήνισης του ισχύοντος νομοθετικού καθεστώτος για τη διεξαγωγή του διαγωνισμού, πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣΤΕ 1135/2010· ΣΤΕ ΕΑ 1089/2009· ΣΤΕ 2951-52/2004· ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, ENV AG Wienstrom GmbH κ.λ.π, σκέψεις 92-95).

23. Επειδή, η εισήγηση γίνεται δεκτή εν όλω.

24. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

1. Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
2. Ακυρώνει την προσβαλλομένη, κατά το σκεπτικό.

Αριθμός Απόφασης: 1201/ 2022

3. Διατάσσει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 22.07.2022 και εκδόθηκε στις 11.08.2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ