

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

8^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 24^η Ιανουαρίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Ιωάννης Κίτσος,
Μέλη.

Για να εξετάσει την από 17-12-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1347/18-12-2018 της εταιρείας με την επωνυμία
«...», με έδρα στην ..., οδός ... αριθ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα,

Κατά του ..., που εδρεύει στον..., Λεωφ. ..., αριθ. ..., και εκπροσωπείται
νόμιμα (εφεξής η αναθέτουσα αρχή), και

Κατά της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...», με έδρα στη
..., οδός ..., αριθ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά *« Να ακυρωθεί η υπ' αριθ. 128/2018 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του ..., με την οποία ανακηρύχθηκε πλειοδότης για την παραχώρηση υπηρεσιών (εκμίσθωσης των δικαιωμάτων) αφής κανδηλίων και καθαρισμού/πλυσίματος τάφων στο Νεκροταφείο ..., η εταιρία ... Να ανακηρυχθεί η εταιρία μας πλειοδότης της ως άνω σύμβασης»*.

Με την παρέμβαση η παρεμβαίνουσα αιτείται *«Να απορριφθεί η εξεταζόμενη προσφυγή... Να διατηρηθεί το κύρος και η ισχύς της με αριθμό 171/2018 απόφασης της Εκτελεστικής Επιτροπής του «...» με την οποία η εταιρία μας ανακηρύχθηκε πλειοδότης του πλειοδοτικού διαγωνισμού...»*

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο, ποσού 2.160 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ», η από 17-12-2018 εκτύπωση από την επίσημη ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του ΥΠΟΙΚ με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ» και το από 17-12-2018 αποδεικτικό πληρωμής του στην Τράπεζα Πειραιώς).

2. Επειδή με την με αριθμ. Πρωτ. ... προκήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε «δημόσιος διαγωνισμός πλειοδοτικής δημοπρασίας με κριτήριο αξιολόγησης την μεγαλύτερη τιμή (μεγαλύτερη προσφορά) για το έργο «ΠΛΕΙΟΔΟΤΙΚΗΣ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΑΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ (ΕΚΜΙΣΘΩΣΗ ΤΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ) ΑΦΗΣ ΚΑΝΔΗΛΙΩΝ ΚΑΙ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΥ/ΠΛΥΣΙΜΑΤΟΣ ΤΑΦΩΝ ΣΤΟ ΝΕΚΡΟΤΑΦΕΙΟ...», CPV 98131000-0 (θρησκευτικές υπηρεσίες), με κριτήριο της παραχώρησης «την μεγαλύτερη τιμή προσφοράς», και «ενδεικτικού συνολικού προϋπολογισμού για τρία χρόνια (εκτιμώμενος) 432.000,00€ ».

3. Επειδή σύμφωνα με το προοίμιο (πρώτο bullet) των όρων της διακήρυξης ως εγκρίθηκαν με την με αριθ. απόφαση 128/2018 της αναθέτουσας αρχής, που ελήφθη στην 11^η Συνεδρίαση της Εκτελεστικής της Επιτροπής και αναρτήθηκαν στο σύστημα ΔΙΑΥΓΕΙΑ την 10-10-2018 με ΑΔΑ ..., το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού ορίζεται από τον 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». Ακολούθως σύμφωνα με την σελ. 4 των όρων της διακήρυξης διακηρύχθηκε ότι «εκτίθεται σε πλειοδοτική δημοπρασία η παραχώρηση υπηρεσιών (εκμίσθωση του δικαιώματος) αφής κανδηλίων και πλυσίματος/καθαρισμού στα μνημεία των τεθνεώτων, που έχουν ανεγερθεί ή ανεγείρονται με δαπάνη των ιδιωτών, εντός του Κοιμητηρίου ...», ο τίτλος δε της οικείας σύμβασης που θα συναφθεί είναι «ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ (ΕΚΜΙΣΘΩΣΗ ΤΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ) ΑΦΗΣ ΚΑΝΔΗΛΙΩΝ ΚΑΙ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΥ/ΠΛΥΣΙΜΑΤΟΣ ΤΑΦΩΝ ΣΤΟ ΝΕΚΡΟΤΑΦΕΙΟ...» (σελ. 5 των όρων). Περαιτέρω, σύμφωνα με το «**ΑΡΘΡΟ 1: ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ** Ο Σύνδεσμος

έχων εκ του Νόμου και του Καταστατικού του την Διοίκηση και Διαχείριση του διαδημοτικού Κοιμητηρίου του..., προτίθεται να προβεί στην παραχώρηση των υπηρεσιών (εκμίσθωση των δικαιωμάτων του) για την εκ μέρους τρίτου αντ' αυτού παροχής υπηρεσιών προς τους χρήστες του Κοιμητηρίου αφής κανδηλίων σε όλα τα μνημεία που έχουν ανεγερθεί (τριετή ή οικογενειακά) ή θα ανεγερθούν κατά την διάρκεια της συμβάσεως, που θα συναφθεί, για τεθνεώτες στον χώρο του Κοιμητηρίου, του πλυσίματος και εν γένει καθαρισμού των μνημείων αυτών, εφ' όσον οι χρήστες του Κοιμητηρίου εκδηλώσουν σχετική επιθυμία. Για την εκτέλεση των υπηρεσιών, ο Σύνδεσμος θα παραχωρήσει αποθηκευτικό χώρο για τα αναλώσιμα του παραχωρησιούχου, ο οποίος θα είναι της απολύτου επιλογής του Συνδέσμου.» Σύμφωνα δε με το **«ΑΡΘΡΟ 3: ΤΟΠΟΣ-ΧΡΟΝΟΣ-ΤΡΟΠΟΣ ΔΙΕΞΑΓΩΓΗΣ ΤΗΣ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΑΣ** Η δημοπρασία θα είναι προφορική πλειοδοσία και θα γίνει ενώπιον της Αρμόδιας Επιτροπής Διενέργειας Δημοπρασίας, στα κεντρικά γραφεία του Συνδέσμου, εντός του Κοιμητηρίου (...) την 14/11/2018, ημέρα Τετάρτη και ώρα 11π.μ. Η κατάθεση των φακέλων προσφορών θα ξεκινήσει κατά την ως άνω ημερομηνία στις 10:00 πμ και θα ολοκληρωθεί έως την 11:00 πμ..... Έκαστος εκ των συμμετεχόντων στη δημοπρασία πρέπει συνεπώς να καταθέσει ενώπιον της Αρμόδιας Επιτροπής Διενέργειας Δημοπρασίας τον Φάκελο Προσφοράς..... Μέσα στον Φάκελο Προσφοράς τοποθετούνται δύο (2) επί μέρους ξεχωριστοί κλειστοί φάκελοι και συγκεκριμένα: α) ο Φάκελος Δικαιολογητικών Συμμετοχής στον οποίο θα αναγράφεται ευκρινώς η φράση «Φάκελος Δικαιολογητικών Συμμετοχής» και β) ο Φάκελος Επαγγελματικής-Τεχνικής Ικανότητας στον οποίο θα αναγράφεται ευκρινώς η φράση «Φάκελος Επαγγελματικής-Τεχνικής Ικανότητας». Το άνοιγμα των κατά τα ανωτέρω υποβληθέντων Φακέλων γίνεται από την αρμόδια Επιτροπή Διενέργειας Δημοπρασίας αμέσως μετά την παρέλευση της ώρας λήξης παραλαβής τους και κατά την χρονική σειρά υποβολής τους. Η ως άνω Επιτροπή ανοίγει τον Φάκελο Προσφοράς και ξεκινά να ελέγχει την πληρότητα και των δύο επί μέρους φακέλου, συντάσσει δε σχετικό Πρακτικό Ελέγχου, στο οποίο μνημονεύονται αιτιολογημένα ποιοι εκ των συμμετεχόντων αποκλείονται από την περαιτέρω διαδικασία.... και ποιοι

εκ των συμμετεχόντων, αντιθέτως, δύνανται να συμμετάσχουν στην περαιτέρω διαδικασία. Αμέσως μετά, οι κατά τα προπεριγραφέντα δυνάμενοι να συμμετάσχουν στην φανερή, προφορική πλειοδοσία, συμμετέχουν σε αυτή, η οποία διενεργείται σύμφωνα με τα αναλυτικώς στο άρθρο 5 του Π.Δ. 270/1981 προβλεπόμενα..... Ο υποψήφιος Μισθωτής / παραχωρησιούχος πρέπει να προσφέρει κατ' ελάχιστον κατώτερο ποσό προσφοράς το ποσό των **12.000,00 ευρώ μηνιαίως**, (δώδεκα χιλιάδες ευρώ) όπως αυτό διαμορφώθηκε με το υπ' αριθμ. πρωτ. 2973-19/7/2018 Πρακτικό της Επιτροπής που ορίστηκε για την εκτίμηση της αξίας του μισθώματος. Ο υποψήφιος Μισθωτής μπορεί να προσαυξήσει κατά την κρίση του το ποσόν αυτό κατά την διαδικασία της προφορικής πλειοδοσίας. Το βήμα εναλλαγής των προφορικών προσφορών κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ορίζεται σε 100,00 ευρώ (εκατό) χωρίς να δεσμεύει τους συμμετέχοντες να προχωρούν σε μεγαλύτερη αύξηση κατά βούληση.....» Ακολούθως, στο «**ΑΡΘΡΟ 7: ΕΛΑΧΙΣΤΟ ΟΡΙΟ ΠΡΩΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ-ΚΑΤΑΒΟΛΗ ΤΟΥ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥ ΑΝΤΑΛΛΑΓΜΑΤΟΣ**» ορίζεται ότι «Ρητώς στο πλαίσιο της παρούσας έχει ήδη οριστεί, ότι το οικονομικό αντάλλαγμα που θα πρέπει να καταβάλλεται από τον ανάδοχο στον Σύνδεσμο κάθε μήνα θα συνίσταται στο ποσό το οποίο θα προκύψει κατά την πλειοδοτική διαδικασία, το οποίο κατ' ελάχιστον θα πρέπει να ανέρχεται στο ποσό των 12.000,00 Ευρώ μηνιαίως, όπως αυτό διαμορφώθηκε με το υπ' αριθμ. πρωτ. 2973/19-7-2018 Πρακτικό της Επιτροπής που ορίστηκε για την εκτίμηση της αξίας του μισθώματος και εγκρίθηκε με την απόφαση 25/2018 ΔΣ.....» Εν συνεχεία, ορίζεται ότι «**ΑΡΘΡΟ 8: ΕΓΓΥΗΣΕΙΣ** Για την εξασφάλιση της προσήκουσας, από πλευράς Αναδόχου, εκτέλεσης της υπόψη σύμβασης η ανωτέρω εγγύηση συμμετοχής στο διαγωνισμό θα αντικατασταθεί κατά την υπογραφή της οικείας σύμβασης με εγγύηση καλής εκτέλεσης [συνιστάμενη ομοίως είτε σε γραμμάτιο από το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων ή σε εγγυητική επιστολή από χρηματοπιστωτικό ίδρυμα (που λειτουργεί νομίμως στην Ελλάδα ή σε άλλο κράτος-μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης)] ποσού ίσου με το 20% του συνολικού ανταλλάγματος για 3 έτη η οποία θα επιστραφεί στον ανάδοχο μετά την λήξη της σύμβασης, και την παραλαβή από πλευράς Αναθέτουσα Αρχής του αντικειμένου της συμβάσεως

κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στη παρούσα.... **ΑΡΘΡΟ 9: ΥΠΟΓΡΑΦΗ ΣΥΜΒΑΣΗΣ - ΕΓΓΥΗΣΗ ΚΑΛΗΣ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ-ΠΑΡΑΛΑΒΗ ΤΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ** 9.3 Μετά την υπογραφή της σύμβασης ο Σύνδεσμος προσκαλεί τον ανάδοχο σε συγκεκριμένη ημερομηνία και ώρα, εντός προθεσμίας στο πέντε (5) ημερών, να παραλάβει και να εγκατασταθεί στο Κοιμητήριο στο οποίο με μέριμνα και δαπάναις του είναι δυνατόν να διατηρεί και σχετικό κατάστημα..... 9.4 Μετά την λήξη της συμβάσεως, ο ανάδοχος υποχρεούται ν' απομακρυνθεί άμεσα από την παροχή υπηρεσιών διακόπτοντας τυχόν συμβάσεις, που έχει συνάψει με τρίτους κατόχους ή χρήστες μνημείων και εν πάση περιπτώσει, μη δικαιούμενος να εισπράττει από αυτόν.....**ΑΡΘΡΟ 10: ΔΙΑΡΚΕΙΑ – ΤΡΟΠΟΠΟΙΗΣΕΙΣ** Ο ΑΝΑΔΟΧΟΣ θα προβαίνει στην κατά τους όρους της παρούσας διακήρυξης παραχώρησης των υπηρεσιών για χρονικό διάστημα τριών (3) ετών, αρχόμενου τούτου από την υπογραφή της υπόψη σύμβασης. Η διάρκεια της σύμβασης δύναται να παραταθεί ακόμη για δύο (2) επιπλέον έτη κατόπιν απόφασης της Ε.Ε. του Συνδέσμου και εφόσον ο ανάδοχος είναι συνεπής στην καταβολή των μισθωμάτων, δεν έχει οφειλές και δεν έχει διαπιστωθεί οιαδήποτε παράβαση σχετιζόμενη με παραβίαση του Κανονισμού του Κοιμητηρίου ή της διέπουσας την εν γένει λειτουργία του Κοιμητηρίου Νομοθεσίαν.... Η υπεκμίσθωση (υποκατάσταση) ή εκχώρηση δικαιωμάτων απαγορεύεται ρητώς, αν δεν υπάρχει συναίνεση της αναθέτουσας αρχής και μόνο υπό τους όρους των άρθρων 51 και 53 του Ν. 4413/2016 (Α' 148). Τροποποίηση της σύμβασης γίνεται εγγράφως και μόνο υπό τους όρους του άρθρου 51 του Ν. 4413/2016 (Α' 148).» Περαιτέρω προβλέπεται ότι «**ΑΡΘΡΟ 11-ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΑΝΑΔΟΧΟΥ** 11.1 Η καταβολή του ανταλλάγματος (μισθώματος) του κάθε τρέχοντος μήνα θα πραγματοποιείται το αργότερο εντός του πρώτου εικοσαημέρου του αυτού μήνα.... 11.6.1 Ασφάλιση προσωπικού.... 11.6.2 Ασφάλιση μηχανημάτων και μεταφορικών μέσων ... 11.7 Ο ανάδοχος υποχρεούται να συμμορφώνεται με όλους τους όρους και τις σχετικές Πολεοδομικές, Αστυνομικές, Υγειονομικές ή άλλες διατάξεις και για τυχόν παράβασή τους, ευθύνεται αποκλειστικά αυτός.... 11.8 Ο ανάδοχος

Αριθμός απόφασης: 172/2019

υποχρεούται να επιτρέπει καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης και χωρίς περιορισμούς την παρουσία καθ' όλη την 24ωρη λειτουργία του Κοιμητηρίου ή επίσκεψη σε υπαλλήλους ή άλλα αρμόδια όργανα του Συνδέσμου, προκειμένου να επιθεωρεί τις εργασίες, σύμφωνα με όσα ορίζονται στο άρθρο 12. 11.9 Ο ανάδοχος οφείλει να καταβάλλει τη δαπάνη κατανάλωσης ηλεκτρικού ρεύματος για τον αποθηκευτικό χώρο που θα του παραχωρηθεί ατελώς και τον οποίο υποχρεούται να χρησιμοποιεί και την δαπάνη κατανάλωσης νερού.....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 και θα εφαρμοστούν ο Σύνδεσμος δεσμεύεται ότι θα προκαλέσει οποιαδήποτε άλλη χρειαστεί για την εύρυθμη λειτουργία, ενδεικτικά νέα ασφαλιστικά μέτρα, αγωγές, μηνύσεις κλπ. και γενικά θα γίνει κάθε παρέμβαση επικουρώντας τον μισθωτή και εξασφαλίζοντας το προς μίσθωση αποκλειστικό δικαίωμα. 11.11 Από την ημερομηνία υπογραφής του πρωτοκόλλου εγκατάστασης, ο ανάδοχος καθίσταται αποκλειστικός υπεύθυνος για την εύρυθμη λειτουργία, όσον αφορά το προσωπικό του και τις σχέσεις του με τους χρήστες του κοιμητηρίου. 11.12 Απαγορεύεται ο ανάδοχος να προβαίνει σε ενέργειες άγουσες εις άγραν πελατών δηλαδή διανομή φυλλαδίων – καρτών σε εμφανή μέρη του νεκροταφείου, καθώς και σε σημεία πλησίον των τάφων. 11.13 Δύναται ο ανάδοχος να αναρτήσει έως τρεις (3) πινακίδες για τις προσφερόμενες υπηρεσίες του και λοιπά πληροφοριακά στοιχεία εις εμφανή μέρη του Κοιμητηρίου, που θα του υποδείξει ο Σύνδεσμος.

ΑΡΘΡΟ 12 ΕΠΙΒΛΕΨΗ ΑΠΟ ΤΟΝ ΣΥΝΔΕΣΜΟ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ Η παρακολούθηση και ο έλεγχος της Σύμβασης, ασκούνται από την αρμόδια Διεύθυνση του Συνδέσμου που δύναται να ορίσει επιβλέποντα υπάλληλο. Ο

Σύνδεσμος δικαιούται να ελέγχει τον ανάδοχο αναφορικά με την εκπλήρωση των υποχρεώσεων που αναλαμβάνει έναντι των τρίτων μετά των οποίων συμβάλλεται για την παροχή των υπηρεσιών του. Μηνιαία Παραδοτέα-Εκθέσεις του αναδόχου. Σε εφαρμογή όλων των ανωτέρω, ο ανάδοχος θα υποβάλλει στο τμήμα αφής κανδηλίων του Συνδέσμου, εντός του πρώτου δεκαήμερου του επόμενου μήνα, Μηνιαία Έκθεση Λειτουργίας του, που θα περιλαμβάνει τα στοιχεία των συμβάσεων με τρίτους που συνάπτει, ώστε να γνωστοποιούνται στον Σύνδεσμο τα πλήρη στοιχεία των εκάστοτε τρίτων συμβληθέντων με τον ανάδοχο για την παροχή προς αυτούς υπηρεσιών....

ΑΡΘΡΟ 13: ΛΥΣΗ ΣΥΜΒΑΣΗΣ - ΛΗΞΗ ΣΥΜΒΑΣΗΣ Επίσης η σύμβαση λύεται αυτοδικαίως σε περίπτωση αδικαιολόγητης εκ μέρους του αναδόχου παραβάσεως όρου της συμβάσεως..... **ΑΡΘΡΟ 17: ΕΦΑΡΜΟΣΤΕΟ ΔΙΚΑΙΟ - ΑΡΜΟΔΙΑ ΔΙΚΑΙΟΔΟΤΙΚΑ ΟΡΓΑΝΑ - ΕΝΣΤΑΣΕΙΣ** Κατά τα λοιπά ως προς την έννομη προστασία κατά το στάδιο της ανάθεσης ισχύουν τα αναφερόμενα στο άρθρο 60 του Ν. 4413/2016 (Α' 148). Κατά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης ως προς την επίλυση των διαφορών ισχύουν αναλογικά οι διατάξεις του άρθρου 64 του Ν. 4413/2016 (Α' 148)....» Περαιτέρω, σύμφωνα με το υπ' αριθ. πρωτ. 5164/21-12-2018 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής με τις απόψεις της επί της προσφυγής «...ο διαγωνισμός έγινε σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4413/2016... Ο Σύνδεσμός μας είναι Νομικό Πρόσωπο Δημοσίου Δικαίου συσταθέν με τη με αρ. 8608/1.11.1984 απόφαση του Νομάρχη Αττικής (Β' 805) φέρων την επωνυμία «Σύνδεσμος Δήμων Πειραιώς και Δυτικής Αττικής για την ίδρυση κοινού Νεκροταφείου». Σκοπός συστάσεως του Συνδέσμου μας υπήρξε η ίδρυση και λειτουργία κοινού νεκροταφείου μετά την παραχώρηση από την Εκκλησία της Ελλάδος έκτασης στη θέση.... Το Ιερό Κοιμητήριο ... του οποίου την ευθύνη για τη λειτουργία φέρει αποκλειστικά το νπδδ μας είναι ένα από τα μεγαλύτερα της ..., καλύπτοντας δήμους των οποίων ο πληθυσμός αθροιστικά υπερβαίνει τους 450.000 κατοίκους. Με τη με αρ. 128/2018 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του Συνδέσμου μας εγκρίθηκαν οι όροι διακήρυξης της πλειοδοτικής δημοπρασίας για την παραχώρηση υπηρεσιών (εκμίσθωση των δικαιωμάτων) αφής κανδηλίων και καθαρισμού/πλουσίματος τάφων στο

Αριθμός απόφασης: 172/2019

Νεκροταφείο ... σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4413/2016. Αντικείμενο της διακήρυξης υπήρξε η παραχώρηση των υπηρεσιών (εκμίσθωση των δικαιωμάτων του) για την εκ μέρους τρίτου αντ' αυτού παροχής υπηρεσιών προς τους χρήστες του Κοιμητηρίου αφής κανδηλίων σε όλα τα μνημεία που έχουν ανεγερθεί (τριετή ή οικογενειακά) ή θα ανεγερθούν κατά την διάρκεια της συμβάσεως, που θα συναφθεί, για τεθνεώτες στον χώρο του Κοιμητηρίου, του πλυσίματος και εν γένει καθαρισμού των μνημείων αυτών, εφ' όσον οι χρήστες του Κοιμητηρίου εκδηλώσουν σχετική επιθυμία. Για την εκτέλεση των υπηρεσιών, ο Σύνδεσμος προβλέφθηκε ότι θα παραχωρήσει αποθηκευτικό χώρο για τα αναλώσιμα του παραχωρησιούχου, ο οποίος θα είναι της απολύτου επιλογής του Συνδέσμου. Η χρονική διάρκεια της υπηρεσίας αποφασίστηκε να είναι για τρία έτη με δικαίωμα προαίρεσης για άλλα δύο έτη και ο υποψήφιος Μισθωτής / παραχωρησιούχος πρέπει να προσφέρει κατ' ελάχιστον κατώτερο ποσό προσφοράς το ποσό των 12.000,00 ευρώ μηνιαίως, (δώδεκα χιλιάδες ευρώ) όπως αυτό διαμορφώθηκε με το υπ' αριθμ. πρωτ. 2973-19/7/2018 Πρακτικό της Επιτροπής που ορίστηκε για την εκτίμηση της αξίας του μισθώματος....»

4. Επειδή στην παρ. 1 του άρθρου 1 του α.ν. 582/1968 «Περί δημοτικών και κοινοτικών κοιμητηρίων»(Α' 225) ορίζεται ότι: «1. Η ίδρυσις και συντήρησις κοιμητηρίων (νεκροταφείων) ανήκει εις την αποκλειστικήν αρμοδιότητα των δήμων και κοινοτήτων». Στο άρθρο 2 του ίδιου αν. νόμου ορίζεται ότι: «1. Κοιμητήρια ιδρύονται υπό των δήμων και κοινοτήτων εντός της διοικητικής περιφέρειας αυτών . . . Πάντα τα κοιμητήρια ανήκουν ως προς την διοίκησιν και διαχείρισιν αυτών εις τους δήμους και τας κοινότητας. 2. . . . 4. Η περιουσία των κοιμητηρίων παραμένει εις την κυριότητα των ιδρυσάντων αυτά δήμων και κοινοτήτων». Στο άρθρο 3 του ίδιου νομοθετήματος ορίζεται ότι: «1. Τα κοιμητήρια χαρακτηρίζονται ως πράγματα εκτός συναλλαγής, εφ' ων κατά το άρθρον 970 του Αστικού Κώδικος δύναται να αποκτάται ιδιωτικόν δικαίωμα ιδιαίτερον (ειδικόν δικαίωμα) επί ωρισμένου χώρου ταφής. 2. Η παραχώρησις ιδιαίτερου δικαιώματος ταφής εκ μέρους του διοικούντος το νεκροταφείον δήμου ή κοινότητος αποτελεί διοικητικής φύσεως παραχώρησιν αδείας χρήσεως δημοτικού πράγματος των σχετικών πράξεων του δήμου ή

κοινότητος συνιστωσών εκτελεστάς διοικητικές πράξεις. Ο εφ' ού παρέχεται δικαίωμα χρήσεως χώρος δεν αποτελεί περιουσιακόν στοιχείον του προς όν η παραχώρησις . . .». Εξάλλου, στο άρθρο 4 του ίδιου νομοθετήματος ορίζεται ότι: «1. Τα δικαιώματα ταφής και εν γένει η λειτουργία των δημοτικών και κοινοτικών κοιμητηρίων ρυθμίζονται διά κανονισμού ψηφιζομένου υπό του δημοτικού ή κοινοτικού συμβουλίου κατά τας περί αυτών ισχύουσας ειδικάς διατάξεις. 2. Αι εκ των κοιμητηρίων πρόσοδοι είναι δικαιώματα ή τέλη επιβαλλόμενα προς κάλυψιν εν μέρει ή εν όλω των δαπανών της συντηρήσεως και εν γένει λειτουργίας αυτών». Τέλος στο άρθρο 5 του νομοθετήματος αυτού ορίζεται ότι: «Τα επί των τάφων μνημεία, τα αφιερωμένα εις μνήμην τεθνεώτων, έχοντα την έννοιαν εκδηλώσεως θρησκευτικού σκοπού, χαρακτηρίζονται ως πράγματα εκτός συναλλαγής μη επιτρεπομένης εντεύθεν . . . και της μεταβολής του προορισμού των. Η επ' αυτών ασκουμένη νομή είναι θρησκευτικού περιεχομένου και δεν έχει περιουσιακόν χαρακτήρα». Περαιτέρω, στο άρθρο 75 του ν. 3463/2006 (Κώδικας Δήμων και Κοινοτήτων, Α' 114) ορίζονται τα εξής: «Αρμοδιότητες. I. Οι δημοτικές και οι κοινοτικές αρχές διευθύνουν και ρυθμίζουν όλες τις τοπικές υποθέσεις... Οι αρμοδιότητες των Δήμων και Κοινοτήτων αφορούν, κυρίως, τους τομείς: α) ... β) Περιβάλλοντος, στον οποίο περιλαμβάνεται, ιδίως: 1. ... 10. Ο καθορισμός των χώρων για τη δημιουργία κοιμητηρίων ... II. Οι Δήμοι και οι Κοινότητες ασκούν, σε τοπικό επίπεδο, κρατικού χαρακτήρα αρμοδιότητες, οι οποίες τους έχουν ανατεθεί για την καλύτερη εξυπηρέτηση των πολιτών, σύμφωνα με τη σχετική νομοθεσία. Οι αρμοδιότητες αυτές είναι, ειδικότερα, οι ακόλουθες: 1. ... 8. Η δημιουργία, συντήρηση και λειτουργία κοιμητηρίων...». Τέλος, στο κεφάλαιο Β του ίδιου ν. 3463/2006 προβλέπονται τα εξής: «ΣΥΝΔΕΣΜΟΙ ΔΗΜΩΝ ΚΑΙ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ. Άρθρο 245. Σύσταση. 1. Δύο ή περισσότεροι Δήμοι ή Κοινότητες μπορούν, με απόφαση καθενός από τα δημοτικά ή κοινοτικά τους συμβούλια, να συστήσουν Σύνδεσμο Δήμων ή Κοινοτήτων ή Δήμων και Κοινοτήτων με ειδικό σκοπό την εκτέλεση έργων ή την παροχή συγκεκριμένων υπηρεσιών ή την άσκηση αρμοδιοτήτων τους, καθώς και για το σχεδιασμό και την κατάρτιση προγραμμάτων και μεθόδων για την ανάπτυξη του ευρύτερου χώρου τους. Οι σύνδεσμοι αυτοί αποτελούν νομικά πρόσωπα

δημοσίου δικαίου των Ο.Τ.Α. α΄ βαθμού. 2. ... Άρθρο 246 Διοίκηση 1. Ο Σύνδεσμος διοικείται από το διοικητικό συμβούλιο, την εκτελεστική επιτροπή και τον πρόεδρό του. 2. Το διοικητικό συμβούλιο συγκροτείται από αιρετούς αντιπροσώπους του κάθε Δήμου ή της κάθε Κοινότητας, που εκλέγονται από τα δημοτικά και κοινοτικά συμβούλιά τους, ανάλογα με τον πληθυσμό τους, με βάση τον πληθυσμό του μικρότερου Δήμου ή της μικρότερης Κοινότητας, που εκπροσωπείται με έναν αντιπρόσωπο....Άρθρο 249. Πόροι. 1. Πόροι του Συνδέσμου είναι: α) Οι πρόσοδοι από την περιουσία του, β) οι ετήσιες εισφορές των Δήμων και Κοινοτήτων, γ) δωρεές, επιχορηγήσεις και εισφορές που παρέχει το Δημόσιο ή άλλα φυσικά ή νομικά πρόσωπα ή οργανισμοί, δ) οι πρόσοδοι από τους φόρους, τα τέλη και τα δικαιώματα που επιβάλλονται υπέρ του Συνδέσμου, και ε) κάθε άλλη πηγή. 2. ...».

5. Επειδή εξάλλου, με την 8608/1.11.1984 απόφαση του Νομάρχη Αττικής (Β΄ 805) συνεστήθη η αναθέτουσα αρχή ως νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου με την επωνυμία «Σύνδεσμος ...», με σκοπό την ίδρυση και λειτουργία κοινού νεκροταφείου. Το συσταθέν Κοιμητήριο διέπεται από Κανονισμό, που εγκρίθηκε από το Διοικητικό Συμβούλιο (Δ.Σ.) του Συνδέσμου με την 20/1997 απόφασή του. Ειδικότερα, στον κανονισμό αυτόν, όπως τροποποιήθηκε με την 9/1998 απόφαση του Δ.Σ. του Συνδέσμου, προβλέπονται μεταξύ άλλων τα εξής: «Άρθρο 2. Φορείς λειτουργίας. 1. Ο Σύνδεσμος είναι ο μοναδικός φορέας λειτουργίας και διαχείρισεως του Νεκροταφείου. ...5. Η διοίκηση και διαχείριση του Νεκροταφείου γίνεται από τον Σύνδεσμο σύμφωνα με το άρθρο 208 ΠΔ 410/95 όπου αναφέρονται οι αρμοδιότητες και λειτουργίες των οργάνων του Συνδέσμου και το ΠΔ171/87 “περί των οργάνων που αποφασίζουν ή γνωμοδοτούν και ειδικές ρυθμίσεις σε θέματα έργων που εκτελούνται από τους ΟΤΑ” . 6. ... Μέσω του Ο.Ε.Υ. καθορίζονται τα καθήκοντα και η λειτουργία των υπηρεσιών του Νεκροταφείου. ... Άρθρο 10 Δικαιώματα χρήσεως εγκαταστάσεων Νεκροταφείου. 1. ... 4. Τα δικαιώματα για την παροχή των λοιπών υπηρεσιών και για τη χρήση των χώρων του Νεκροταφείου, πλην των σχετιζομένων με την παραχώρηση δικαιώματος χρήσεως τάφων ... ορίζονται ως εξής: 4.1. ...4.9. Δικαιώματα

παροχής υπηρεσιών επίβλεψης και φροντίδας οικογενειακών τάφων και καθαριότητας αυτών ... 4.13. Τα δικαιώματα ανάμματος κανδηλιών ... καθορίζονται στις ..., θα εισπράττονται δε ... από την Διοίκηση του Νεκροταφείου. ... 5. Τα ποσά τα προβλεπόμενα στις επί μέρους διατάξεις του παρόντος άρθρου δύνανται να αναπροσαρμόζονται με απόφαση του Συνδέσμου».

6. Επειδή σχετικά με την νομική φύση των υπό παραχώρηση υπηρεσιών έχει ad hoc κριθεί με την ΣΤΕ 1079/2015 και 1080/2015 Τμ. Δ' ότι «...αποφασίσθηκε η σφράγιση δύο εκ των καταστημάτων, των οποίων η εκμετάλλευση είχε παραχωρηθεί στην αιτούσα κοινοπραξία ως εργολαβικό αντάλλαγμα, για το λόγο ότι οι μισθωτές τους ...τα χρησιμοποιούσαν για την εκπλήρωση εργασιών σχετικών με το άναμμα κανδηλιών και τον καθαρισμό ταφικών μνημείων στο κοιμητήριο για ίδιον όφελος, χωρίς να καταβάλλουν τα ανάλογα δικαιώματα στον καθ' ού Σύνδεσμο. Ειδικότερα, με την προσβαλλόμενη πράξη αποφασίσθηκε η σφράγιση των εν λόγω καταστημάτων και ορίσθηκε ότι αυτή θα γίνει από υπαλλήλους του Συνδέσμου και της Αστυνομίας, κατόπιν ενημερώσεως των ενδιαφερομένων «για το άδειασμα των καταστημάτων τους σε εύλογο χρονικό διάστημα», τούτο δε «μέχρι τη διενέργεια νέας δημοπρασίας για την αφή κανδηλιών και το καθάρισμα ταφικών τετραγώνων στο χώρο του Κοιμητηρίου...». Όπως προκύπτει από την εισήγηση, κατόπιν της οποίας εκδόθηκε η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ για την ανάθεση της παροχής των υπηρεσιών αυτών είχε διενεργηθεί από το Σύνδεσμο διαγωνισμός, που κατακυρώθηκε υπέρ του, ο τελευταίος δεν προσήλθε να υπογράψει τη σχετική σύμβαση, και κατά συνέπεια δεν απέδιδε και τα ανάλογα δικαιώματα στον Σύνδεσμο, αλλά μίσθωσε από την αιτούσα Κοινοπραξία κατάστημα στο χώρο του κοιμητηρίου για την εκπλήρωση των εργασιών αυτών προς ίδιον όφελος «παράνομα και παράτυπα». Την ίδια πρακτική ακολούθησε και ο Σύμφωνα δε προς την εισήγηση αυτήν, η οποία αποτελεί και την αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης, «από την κατάσταση που έχει δημιουργηθεί, παραβιάζονται κατάφορα τα συμφέροντα του Συνδέσμου, αφού ο Σύνδεσμος και μόνον αυτός έχει

δικαίωμα μετά από δημοπρασία για τις εν λόγω εργασίες, χάνοντας έσοδα από αυτή τη μεθόδευση των επαγγελματιών που αγνόησαν επιδεικτικά τα όργανα του Συνδέσμου και την διαδικασία».... από τις πιο πάνω διατάξεις του κανονισμού του ιδρυθέντος από τονΣύνδεσμο νεκροταφείου, οι οποίες έχουν θεσπισθεί κατ' εξουσιοδότηση των ανωτέρω διατάξεων του α.ν. 582/1968 και ιδίως από τις διατάξεις των άρθρων 2 και 4 του κανονισμού αυτού συνάγεται ότι το δικαίωμα της αιτούσας κοινοπραξίας να εκμεταλλεύεται όλα τα καταστήματα που θα κατασκευασθούν για την εξυπηρέτηση των αναγκών του νεκροταφείου, επί δεκαπέντε έτη από την πλήρη λειτουργία του δεν έχει την έννοια της αποστέρησης του Συνδέσμου από τις προβλεπόμενες στον κανονισμό προσόδους του, στις οποίες συγκαταλέγονται και τα διάφορα «δικαιώματα» αυτού, τα οποία απαριθμούνται στον Κανονισμό και δη τα δικαιώματα παροχής υπηρεσιών επίβλεψης και φροντίδας οικογενειακών τάφων και καθαριότητας αυτών καθώς και τα δικαιώματα αφής κανδηλίων (βλ. άρθρο 10 του Κανονισμού). Αντιθέτως, οι διατάξεις αυτές εφαρμόζονται παραλλήλως, ώστε να κατοχυρώνονται τόσο....., όσο και το δικαίωμα του ...Συνδέσμου να εισπράττει τις προσόδους κατά τον α.ν. 582/1968 και τον Κανονισμό. Οι ρυθμίσεις αυτές των αμοιβαίων συμφερόντων των μερών δεν αντιβαίνουν προς την ως άνω σύμβαση παραχώρησης, διότι η σύμβαση αυτή έχει συναφθεί και αναπτύσσει τα αποτελέσματά της μέσα στο πλαίσιο της ειδικής νομοθεσίας περί δημοτικών και κοινοτικών κοιμητηρίων αλλά και εν γένει των διατάξεων του εκάστοτε ισχύοντος δημοτικού και κοινοτικού κώδικα, οι οποίες, αναθέτοντας στους Δήμους και τις Κοινότητες ή στους Συνδέσμους Δήμων και Κοινοτήτων την αρμοδιότητα και ευθύνη της ίδρυσης και συντήρησης κοιμητηρίων, προβλέπουν και την κάλυψη των δαπανών της συντήρησης και της λειτουργίας τους από δικαιώματα ή τέλη....Τούτο δε διότι η αιτούσα κοινοπραξία δεν είχε δικαίωμα να εκμισθώσει τα καταστήματα των οποίων είχε την εκμετάλλευση κατά τρόπο που να αποστερεί τον καθ' ου η αίτηση Σύνδεσμο από τις θεσμοθετημένες στον κανονισμό προσόδους του από τις υπηρεσίες καθαριότητας των τάφων και αφής των κανδηλίων, τις οποίες υπηρεσίες έχει δικαίωμα να παρέχει ο ίδιος, απευθείας ή με εργολαβία....» Τα αυτά ως άνω κρίθηκαν επίσης και επιπροσθέτως των ανωτέρω αποφάσεων

Αριθμός απόφασης: 172/2019

του 2015 και ad hoc με τις ΣΤΕ 1074/2012, 1075/2012. Όμως βλ. και αντίθετη ad hoc προγενέστερη ΣΤΕ 469/2011 σύμφωνα με την οποία κρίθηκε ότι η επίμαχη υπηρεσία καθαριότητας των τάφων και αφής των κανδηλίων «...δεν ανάγεται ευθέως στη λειτουργία των ιδίων υπηρεσιών του Συνδέσμου, είναι δε αδιάφορο από την άποψη αυτήν, που είναι η μόνη κρίσιμη κατά την παρατεθείσα διάταξη του άρθρου 1 παρ. 1 περ. ια΄ του ν. 702/1977, όπως ισχύει, αν δια της προσβαλλομένης πράξεως επιδιώκεται να προστατευθούν οικονομικής φύσεως συμφέροντα του Συνδέσμου, συνδεδόμενα με την είσπραξη δικαιωμάτων αυτού, κατά τον Κανονισμό Λειτουργίας του νεκροταφείου, από δραστηριότητα αφής κανδηλίων, αναπτυσσομένη από όργανα του Συνδέσμου...», και επίσης παλαιότερες αντίθετες με τις προσφάτως κρατήσασες, Στε 4035/2009, 757/2006, 2929/2006 «...η παραχώρηση του δικαιώματος της αφής των κανδηλίων στα ταφικά μνημεία, η οποία συνιστά προαιρετικώς παρεχόμενη υπηρεσία προς τους οικείους των νεκρών, με τους οποίους η ανάδοχος συνάπτει ατομικές συμβάσεις, δεν αποβλέπει στην ικανοποίηση σκοπού, αναχθέντος από τον νόμο σε δημόσιο σκοπό...» Βλ. όμως και ad hoc αντίθετη με τις ως άνω αποφάσεις 2006-2009 και όμοια με τις προσφάτως κρατήσασες το 2015, αν και με άλλη αιτιολογία, ΣΤΕ 1334/2003 επί αιτήσεως ακυρώσεως πράξεων με τις οποίες ακυρώθηκε η απόφαση περί έγκρισης όρων διακήρυξης διαγωνισμού για την ανάθεση της αφής κανδηλίων σύμφωνα με την οποία « .. η σύμβασις, εις την κατάρτισιν της οποίας αποβλέπει ο διαγωνισμός, εις τον οποίον αφορούν αι προσβαλλόμεναι πράξεις, συναφθησομένη μεταξύ ενός νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου (Ο.Τ.Α.) και ενός τρίτου, αποβλέπουσα εις σκοπόν ο οποίος μετέχει δημοσίου χαρακτήρος, εφ' όσον αποσκοπεί πέραν της ιδιωτικής εκδηλώσεως ευλαβείας εις την απόδοσιν τιμής εις νεκρούς και την μέριμναν διά την ευταξίαν και ομαλήν λειτουργίαν του νεκροταφείου, και αφορώσα εις παραχώρησιν δημοσίας υπηρεσίας, παρεπομένου χαρακτήρος προς την παρεχομένην διά της λειτουργίας του δημοτικού κοιμητηρίου και βάσει εσωτερικού κανονισμού λειτουργίας του κοιμητηρίου δημοσίαν υπηρεσίαν, αποτελεί διοικητικήν σύμβασιν (πρβλ. ΣΤΕ 1425/01) »

7. Επειδή, στο αρθ. 1 με τον τίτλο «**Αντικείμενο - Πεδίο Εφαρμογής άρθρα 1 και 8 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ**» του ν. 4413/2016 ορίζεται ότι «1. Σκοπός του παρόντος νόμου είναι η θέσπιση ενιαίου νομοθετικού πλαισίου σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων παραχώρησης έργων και υπηρεσιών από αναθέτουσες αρχές και αναθέτοντες φορείς, η 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 94/28.3.2015), όπως διορθώθηκε (L140/27.5.2016) και η ρύθμιση άλλων συναφών θεμάτων. 2. Οι διατάξεις του παρόντος νόμου εφαρμόζονται κατά την ανάθεση και εκτέλεση συμβάσεων παραχώρησης έργων και υπηρεσιών από: α) αναθέτουσες αρχές ή β) αναθέτοντες φορείς υπό τον όρο ότι τα έργα ή οι υπηρεσίες προορίζονται για την άσκηση μίας από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο Παράρτημα II ως εξής: α) Στις συμβάσεις παραχώρησης που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του παρόντος νόμου και των οποίων η εκτιμώμενη αξία ισούται με ή υπερβαίνει τα πέντε εκατομμύρια διακόσιες είκοσι πέντε χιλιάδες (5.225.000) ευρώ εφαρμόζεται το σύνολο των διατάξεων του παρόντος νόμου, εκτός εάν ορίζεται άλλως στις επιμέρους διατάξεις αυτού. Το χρηματικό όριο του προηγούμενου εδαφίου ισχύει, εφόσον δεν έχει αναθεωρηθεί σύμφωνα με το άρθρο 9 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ. β) Στις συμβάσεις παραχώρησης που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του παρόντος νόμου των οποίων η εκτιμώμενη αξία υπολείπεται του χρηματικού ορίου της περίπτωσης α' εφαρμόζονται οι διατάξεις των άρθρων 1, 6 έως 29, των παραγράφων 1 έως 3 του άρθρου 33, καθώς και οι διατάξεις των άρθρων 34 έως 60. γ) Για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας σύμφωνα με τις περιπτώσεις α' και β' εφαρμόζεται το άρθρο 8.»

8. Επειδή, στο αρθ. 2 με τον τίτλο «**Ορισμοί (άρθρο 5 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ)**» του ν. 4413/2016 ορίζεται ότι «Για τους σκοπούς του παρόντος, ισχύουν οι ακόλουθοι ορισμοί: 1. Ως «**συμβάσεις παραχώρησης**» νοούνται συμβάσεις παραχώρησης έργων ή υπηρεσιών, ως ορίζονται στα στοιχεία α' και β': β. Ως «**σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών**» νοείται η 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...»

9. Επειδή, στο αρθ. 3 με τον τίτλο «**Αναθέτουσες Αρχές (άρθρο 6 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ)**» του ν. 4413/2016 ορίζεται ότι «1. Για τους σκοπούς του παρόντος, «αναθέτουσες αρχές» είναι το κράτος, οι τοπικές ή περιφερειακές αρχές, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου, οι ενώσεις που απαρτίζονται από μία ή περισσότερες από τις προαναφερόμενες αρχές, οργανισμούς ή ενώσεις, πλην εκείνων που ασκούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο Παράρτημα II και αναθέτουν σύμβαση παραχώρησης για την άσκηση μίας από τις εν λόγω δραστηριότητες..... 4. «Οργανισμοί δημοσίου δικαίου» είναι οι οργανισμοί που έχουν όλα τα ακόλουθα χαρακτηριστικά: α) έχουν συσταθεί για το συγκεκριμένο σκοπό της κάλυψης αναγκών γενικού συμφέροντος, που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα, β) έχουν νομική προσωπικότητα, και γ) χρηματοδοτούνται, κατά το μεγαλύτερο μέρος, από τις κρατικές αρχές, τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους

οργανισμούς δημοσίου δικαίου, ή η διαχείριση των οποίων υπόκειται σε εποπτεία από τους ανωτέρω οργανισμούς ή αρχές, ή έχουν διοικητικό, διευθυντικό ή εποπτικό συμβούλιο, του οποίου περισσότερο από το ήμισυ των μελών διορίζεται από τις κρατικές, περιφερειακές ή τοπικές αρχές, ή από άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου.»

10. Επειδή εν προκειμένω, κατά την έννοια του νόμου η προς παραχώρηση υπηρεσία (σκέψη 3 και 6) αποτελεί σαφώς υπηρεσία αναγόμενη στην λειτουργία και συντήρηση του Κοιμητηρίου ..., ήτοι πράγματος εκτός συναλλαγής, η λειτουργία του οποίου ρυθμίζεται από τον κανονισμό του (σκέψη 4, 5), σύμφωνα με τον οποίο η προς παραχώρηση υπηρεσία παρέχεται υποχρεωτικά και αποκλειστικά από την αναθέτουσα αρχή που είναι ΝΠΔΔ, η οποία προβλέπεται να εισπράττει δικαιώματα ανάμματος κανδηλίων και καθαρισμού ταφικών τετραγώνων για τις παρεχόμενες υπηρεσίες επίβλεψης και φροντίδας οικογενειακών τάφων και καθαριότητας αυτών καθώς και αφής κανδηλίων. Τα προβλεπόμενα δικαιώματα αποτελούν προσόδους της αναθέτουσας αρχής κατά την έννοια του νόμου και του κανονισμού της (σκέψεις 4 έως 6), για την παροχή των επίμαχων υπηρεσιών καθαριότητας των τάφων και αφής των κανδηλίων τις οποίες υπηρεσίες έχει δικαίωμα να παρέχει η ίδια η αναθέτουσα αρχή απευθείας ή με εργολαβία ως έχει ad hoc κριθεί κατά την κρατούσα νομολογία (σκέψη 6). Εν προκειμένω, κατ' επιλογή της αναθέτουσας αρχής οι επίμαχες υπηρεσίες σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης (σκέψη 3) προκηρύχθηκαν όπως παρασχεθούν με σύμβαση παραχώρησης ήτοι σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας με την οποία η αναθέτουσα αρχή αναθέτει την παροχή και την διαχείριση των υπηρεσιών καθαριότητας των τάφων και αφής των κανδηλίων σε οικονομικό φορέα. Οι παραχωρούμενες υπηρεσίες εμπίπτουν στην έννοια του άρθ. 2 β του ν. 4413/2016 λόγω της φύσης αυτών ως δημόσιες υπηρεσίες (βλ. κρατήσασα νεώτερη αλλά και παλαιότερη ad hoc νομολογία σκέψη 6), αλλά και ανεξαρτήτως τούτου ως υπηρεσίες που παρέχονται από αναθέτουσες αρχές ως η παραπάνω διάταξη ορίζει. Για την εκτέλεση των υπό εξέταση υπηρεσιών, η αναθέτουσα αρχή δεν θα καταβάλλει αντάλλαγμα στον οικονομικό φορέα, ο οποίος θα εισπράττει αντάλλαγμα μόνο από τους τρίτους

Αριθμός απόφασης: 172/2019

που προαιρετικώς κάνουν χρήση των παρεχομένων από αυτόν υπηρεσιών, ήτοι το αντάλλαγμα του οικονομικού φορέα συνίσταται αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσης των υπηρεσιών καθαριότητας των τάφων και αφής των κανδηλίων. Επομένως με την υπό εξέταση προς ανάθεση σύμβαση παραχώρησης ο ιδιώτης θα έχει ίδια έσοδα από τους τρίτους - χρήστες των υπηρεσιών, σε αντάλλαγμα της παροχής των υπηρεσιών οι οποίες αποτελούν και το αντικείμενο της σύμβασης που θα συναφθεί με την αναθέτουσα αρχή (βλ. αποφάσεις ΔΕΕ της 21ης Μαΐου 2015, C-269/14, Kansanelakelaitos, της 10ης Νοεμβρίου 2011, C-348/2010, Norma - A SIA και Dekom SIA, ΔΕΚ της 10ης Σεπτεμβρίου 2009, C-206/08 της 10^{ης} Σεπτεμβρίου 2009 Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) κατά Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH, EA 378/2013, 213/2013, 234, 142/2012, 676/2011). Περαιτέρω ο οικονομικός φορέας θα καταβάλει στην αναθέτουσα αρχή και το ποσόν της πλειοδοσίας που θέλει επιτευχθεί με τον υπό εξέταση διαγωνισμό το οποίο ανέρχεται σε ποσόν κατ' ελάχιστο 12.000 ευρώ μηνιαίως για ολόκληρη την διάρκεια της σύμβασης, γεγονός το οποίο δεν επηρεάζει την νομική φύση της σύμβασης παραχώρησης και αποτελεί συνήθη όρο των συμβάσεων τούτων (ΣΤΕ 234/2012, ΣΤΕ 213/2013 (ΑΣΦ) Επί πλέον εν προκειμένω, ο παραχωρησιούχος αναλαμβάνει τον λειτουργικό κίνδυνο της παροχής των παραχωρούμενων υπηρεσιών, δεδομένου ότι αφ' ενός δεν παρέχεται εγγύηση απόσβεσης των δαπανών στις οποίες θέλει εκτεθεί και αναλαμβάνει με την υπογραφή της σύμβασης παραχώρησης, και αφ' ετέρου αναλαμβάνει τον κίνδυνο από την πιθανή απώλεια εσόδων δεδομένου ότι εκτίθεται τόσο στην πιθανή και αστάθμητη αφερεγγυότητα των τρίτων προς τους οποίους θέλουν παρασχεθεί οι υπηρεσίες όσο και στην πιθανή και αβέβαιη στάθμη της ζήτησης των υπηρεσιών αυτών περί της οποίας δεν υπάρχει εκτίμηση ούτε στα στοιχεία του φακέλου. Επομένως ο παραχωρησιούχος φέρει τον σχετικό με την εκμετάλλευση της παρεχόμενης υπηρεσίας κίνδυνο, και ως έχει μάλιστα ad hoc κριθεί, ο επιχειρηματικός αυτός κίνδυνος «...είναι μείζων, όταν ο ιδιώτης όχι μόνο δεν λαμβάνει αμοιβή από την αναθέτουσα αρχή, αλλά καταβάλλει και τίμημα για την απόκτηση του δικαιώματος εκμετάλλευσης των

παραχωρουμένων υπηρεσιών...», ως εν προκειμένω όπου η υποχρέωση καταβολής του τιμήματος είναι αυτοτελής έναντι της εκμετάλλευσης των υπηρεσιών (ad hoc ΣΤΕ ΕΑ 407/2014, ΣΤΕ (ΑΣΦ) 189/2015). Έχει δε συναφώς κριθεί ότι ως κίνδυνος σύμφυτος με την οικονομική εκμετάλλευση της υπηρεσίας νοείται ο κίνδυνος έκθεσης στη ρευστότητα της αγοράς, ο οποίος συνίσταται λ.χ. i) στον κίνδυνο αναντιστοιχίας μεταξύ της προσφοράς και της ζήτησης υπηρεσιών, δεδομένου ότι εν προκειμένω οι προς παραχώρηση υπηρεσίες θα παρέχονται προς τους τρίτους επί προαιρετικής βάσεως, ii) στον κίνδυνο αφερεγγυότητας των προσώπων που οφείλουν να καταβάλουν την αμοιβή για τις παρασχεθείσες υπηρεσίες, δεδομένου ότι εν προκειμένω ουδεμία εγγύηση παρέχεται ως προς την αντιστάθμιση της υπερημερίας ή της μη πληρωμής προς τον παραχωρησιούχο των παρασχεθεισών υπηρεσιών του, iii) στον κίνδυνο να μην καλύπτονται πλήρως οι λειτουργικές δαπάνες από τα έσοδα ή ακόμη και iv) στον κίνδυνο ύπαρξης ευθύνης για ζημία που έχει σχέση με πλημμελή παροχή της υπηρεσίας, δεδομένου μάλιστα εν προκειμένω και του διακρατηθέντος δικαιώματος της αναθέτουσας αρχής περί τον διαρκή έλεγχο της παροχής των υπηρεσιών και την πρόβλεψη κατάπτωσης εγγυήσεων και λύσης της σύμβασης στην περίπτωση αυτή (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 10ης Μαρτίου 2011, C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, απόφαση ΔΕΚ της 27ης Οκτωβρίου 2005, C-234/03, Contse κλπ, την προπαρατεθείσα απόφαση Eurawasser, σκ. 66-67 κ.α.). Συνεπώς, από τους όρους της διακήρυξης ως εκτέθηκαν ανωτέρω (σκέψη 3) προκύπτει ότι ο επίδικος διαγωνισμός αποβλέπει στη σύναψη σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών, κατά την έννοια του ν. 4413/2016, εφ' όσον αφ' ενός το αντάλλαγμα για τις παρεχόμενες υπηρεσίες συνίσταται αφ' ενός στο δικαίωμα του παραχωρησιούχου να εκμεταλλεύεται οικονομικά τις υπηρεσίες που συνιστούν την παροχή του προς την αναθέτουσα αρχή, και να έχει ίδια έσοδα από τρίτους- χρήστες αυτών των υπηρεσιών (για την παραχώρηση από την αναθέτουσα αρχή στον ανάδοχο του δικαιώματος της οικονομικής εκμετάλλευσης αυτών, αντί καταβολής αμοιβής για την παροχή των υπηρεσιών του, ως εννοιολογικού στοιχείου των «συμβάσεων παραχώρησης» κατά την Οδηγία 2004/17/ΕΚ, βλ. τις αποφάσεις

Αριθμός απόφασης: 172/2019

του ΔΕΕ της 10ης Νοεμβρίου 2011, C-348/2010, Norma-A SIA και Dekom SIA κατά Latgales Plinoanas Relions, σκ. 41 και του ΔΕΚ της 10ης Σεπτεμβρίου 2009, C-206/08, Eurawasser, σκέψη 51, βλ. επίσης και Ε.Α. 415/2014, 378/2013, 142/2012) και αφ' ετέρου ο ανάδοχος αναλαμβάνει τον σχετιζόμενο με την εκμετάλλευση των υπηρεσιών επιχειρηματικό κίνδυνο, (για την μετακύλιση στον ανάδοχο του συνυφασμένου με την παροχή των υπηρεσιών και την εκμετάλλευση του έργου κινδύνου, ως στοιχείου των «συμβάσεων παραχώρησης» κατά την οδηγία 2004/17/ΕΚ, βλ. ΔΕΚ, προμνησθείσα απόφαση Eurawasser, σκέψεις 57 έως 68, βλ. επίσης απόφαση ΔΕΕ της 10ης Μαρτίου 2011, C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, σκ. 29, βλ. επίσης Ε.Α. 415/2014 και 378/2013, και ΣΤΕ 124/2015 (ΑΣΦ), 108/2015 (ΑΣΦ), 109/2015 (ΑΣΦ), 676/2011, 282/2006 κα). Έχει μάλιστα κριθεί ότι η από τις έννοιες της δημόσιας συμβάσεως υπηρεσιών και της παραχώρησης υπηρεσιών που ορίζονται, αντιστοίχως, στην παράγραφο 2, στοιχεία α' και δ', και στην παράγραφο 3, του άρθρου 1 της οδηγίας 2004/17, προκύπτει ότι η διαφορά μεταξύ συμβάσεως υπηρεσιών και συμβάσεως παραχώρησης υπηρεσιών έγκειται στο αντάλλαγμα για την παροχή των υπηρεσιών. Η σύμβαση υπηρεσιών προϋποθέτει αντιπαροχή καταβαλλόμενη απευθείας από την αναθέτουσα αρχή στον παρέχοντα τις υπηρεσίες, ως ρητώς αποκλείεται εν προκειμένω, ενώ στην περίπτωση συμβάσεως παραχώρησης υπηρεσιών, το αντάλλαγμα για την παροχή των υπηρεσιών συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμεταλλεύσεως της υπηρεσίας, ως ρητά προβλέπεται εν προκειμένω, είτε στο δικαίωμα αυτό σε συνδυασμό με καταβολή αμοιβής, και συναφώς, δεν ασκεί επιρροή αν η αμοιβή διέπεται από το ιδιωτικό δίκαιο, ως εν προκειμένω, ή το δημόσιο δίκαιο (συναφώς, βλ., μεταξύ άλλων, προαναφερθείσα απόφαση Eurawasser, σκέψεις 51 και 55, Απόφαση C-458/03 της 1^{ης} Μαρτίου 2005 Parking Brixen GmbH κατά Gemeinde Brixen και Stadtwerke Brixen AG σκέψη 39, 40). Μολονότι ο τρόπος αμοιβής αποτελεί ένα από τα κρίσιμα στοιχεία για τον χαρακτηρισμό μιας σύμβασης ως σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών, από τη νομολογία προκύπτει επίσης ότι η σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών συνεπάγεται ότι ο φορέας παροχής των υπηρεσιών αναλαμβάνει τον σχετικό

με την εκμετάλλευση των επίμαχων υπηρεσιών κίνδυνο. Η μη μετακύλιση του συνυφασμένου με την παροχή των υπηρεσιών κινδύνου στον εν λόγω φορέα παροχής των υπηρεσιών αποτελεί ένδειξη ότι η οικεία πράξη συνιστά δημόσια σύμβαση υπηρεσιών και όχι σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών (βλ., μεταξύ άλλων, προπαρατεθείσα απόφαση Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, σκέψη 26). Επομένως, πρέπει να εξακριβωθεί αν ο φορέας παροχής των υπηρεσιών αναλαμβάνει τον συνυφασμένο με την εκμετάλλευση της εν λόγω υπηρεσίας κίνδυνο. Στην περίπτωση κατά την οποία ο συνυφασμένος με την παροχή της υπηρεσίας κίνδυνος δεν μετακυλιέται ούτε κατά το ελάχιστο στον παρέχοντα την υπηρεσία αυτή, η οικεία πράξη συνιστά σύμβαση υπηρεσιών (βλ., συναφώς, προαναφερθείσα απόφαση Eurawasser σκέψη 68, απόφαση της 27ης Οκτωβρίου 2005, C-234/03, Contse κ.λπ., Συλλογή 2005, σ. I-9315, σκέψη 22 και προπαρατεθείσα απόφαση της 18ης Ιουλίου 2007, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψεις 35 έως 37, καθώς και, κατ' αναλογία, όσον αφορά τη σύμβαση παραχώρησης έργων, προπαρατεθείσα απόφαση της 13ης Νοεμβρίου 2008, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψεις 30 και 32 έως 35). Περαιτέρω η πραγματοποίηση συγκεκριμένης επένδυσης ή δημιουργίας υποδομής από τον παραχωρησιούχο δεν συνιστά κατά την έννοια του νόμου στοιχείο απαραίτητο και σύμφυτο με την έννοια της σύμβασης παραχώρησης υπηρεσίας. Επί πλέον δε έχει κριθεί ότι ο κίνδυνος που αναλαμβάνεται με την σύμβαση παραχώρησης μπορεί να είναι ευθύς εξαρχής πολύ περιορισμένος, χωρίς τούτο να αλλοιώνει τον χαρακτήρα την νομική της φύση ως σύμβαση παραχώρησης, δεδομένου ότι η προϋπόθεση για να χαρακτηριστεί μια σύμβαση ως σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών είναι να μετακυλίει η αναθέτουσα αρχή στον παραχωρησιούχο πλήρως, ως εν προκειμένω προβλέπεται, αυτόν τούτο τον επιχειρηματικό κίνδυνο που φέρει η ίδια ως προβλέπεται εν προκειμένω (βλ., συναφώς, προπαρατεθείσα απόφαση Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, σκέψη 29). Συγκεκριμένα, είναι σύνηθες ορισμένοι τομείς δραστηριότητας, να αποτελούν αντικείμενο ρύθμισης που ενδέχεται να έχει ως αποτέλεσμα τον περιορισμό του συνυφασμένου με τις δραστηριότητες αυτές οικονομικού κινδύνου. Στις

περιπτώσεις αυτές, ως έχει κριθεί «...δεν είναι λογικό να ζητείται από μια παραχωρούσα αρχή, λόγω της ρύθμισης που εφαρμόζεται σε ορισμένο τομέα, να δημιουργεί όρους αυξημένου ανταγωνισμού και αυξημένου οικονομικού κινδύνου σε σχέση με τους όρους που επικρατούν στον τομέα αυτό (βλ. προπαρατεθείσα απόφαση Eurawasser, σκέψεις 76 και 76). Μολονότι, ο συνυφασμένος με την εκμετάλλευση της υπηρεσίας οικονομικός κίνδυνος μπορεί να είναι ευθύς εξαρχής πολύ περιορισμένος λόγω του τρόπου με τον οποίο το δημόσιο δίκαιο οργανώνει την εν λόγω υπηρεσία, εντούτοις, ο χαρακτηρισμός μιας συμβάσεως ως συμβάσεως παραχώρησης υπηρεσιών προϋποθέτει να μετακυλίει η αναθέτουσα αρχή στον παραχωρησιούχο πλήρως, ή τουλάχιστον σε μεγάλο βαθμό, τον επιχειρηματικό κίνδυνο που φέρει η ίδια...» (Απόφαση της 10^{ης} Νοεμβρίου 2011 C-348/10 Norma-A SIA, Dekom SIA κατά Latgales plānošanas reģions σκέψεις 42-47, προαναφερθείσα απόφαση Eurawasser σκέψη 77,) Συνεπώς κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω η υπό εξέταση διαδικασία συνιστά διαδικασία ανάθεσης σύμβασης παραχώρησης υπηρεσίας σύμφωνα με τα άρθ. 1 και 2 παρ. 1 περ. β του ν. 4413/2016, διότι πληροί όλα τα προς τούτο προβλεπόμενα νομικά κριτήρια και χαρακτηριστικά. Η δε αναθέτουσα αρχή εμπίπτει στο άρθ. 3 παρ. 1 και 4 του ν. 4412/2016, ήτοι συνιστά οργανισμό δημοσίου δικαίου και ιδία ΝΠΔΔ (σκέψη 4 και 5), που ιδρύθηκε από τοπικές αρχές ήτοι τους Δήμους ... (σκέψη 4 και 5) για συγκεκριμένο σκοπό κάλυψης αναγκών δημοσίου συμφέροντος, ήτοι ίδρυση και λειτουργία Κοιμητηρίου, και διοικείται από ΔΣ που σύμφωνα με τον νόμο και ειδικά το άρθ. 246 του ν. 3463/2006 (σκέψη 4) απαρτίζεται από αιρετούς αντιπροσώπους του κάθε Δήμου ή της κάθε Κοινότητας, που εκλέγονται από τα δημοτικά και κοινοτικά συμβούλιά τους. Συνεπώς κατ' ακολουθίαν όλων των ανωτέρω η υπό εξέταση διαδικασία διέπεται από τις διατάξεις του ν. 4413/2016.

11. Επειδή η προκήρυξη με την περίληψη της διακήρυξης αναρτήθηκε την 23-10-2018 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. ..., σύμφωνα με τα άρθ. 30 παρ. 3 και 33 του ν. 4413/2016, και οι όροι της διακήρυξης ως εγκρίθηκαν με την με αριθ. απόφαση 128/2018 που ελήφθη στην 11^η Συνεδρίαση της Εκτελεστικής Επιτροπής αναρτήθηκαν στο

ΚΗΜΔΗΣ στην στήλη «Αιτήματα» την 18-10-2018 με Α.Δ.Α.Μ...., καθώς και στο σύστημα ΔΙΑΥΓΕΙΑ την 10-10-2018 με ΑΔΑ ..., ενώ ο διαγωνισμός δεν είναι ηλεκτρονικός, κατ' επιλογήν της αναθέτουσας αρχής, ως τούτο προβλέπεται στο άρθ. 28 παρ. 3 και 59 παρ. 1 του ν. 4413/2016, και συνεπώς δεν διεξάγεται μέσω της διαδικτυακής πύλης του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Γίνεται μνεία ότι δεν δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ η διακήρυξη του υπό εξέταση διαγωνισμού, παρά τα προβλεπόμενα στο άρθ. 33 παρ. 1 και 2 του ν. 4413/2016 Το εν λόγω ζήτημα, παρά ταύτα, δεν εξετάζεται περαιτέρω στο πλαίσιο της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, καθόσον δεν εγείρεται σχετική αιτίαση από την προσφεύγουσα για ενδεχόμενη βλάβη ή για αθεράπευτη πλημμέλεια της σχετικής διακήρυξης (βλ. και τις Αποφάσεις ΑΕΠΠ με αρ.322, 255, 31/2018 και 115/2017), και η προδικαστική προσφυγή εξετάζεται στα πλαίσια των διατάξεων της παρ. 1 του αρ. 345 και του αρ. 360 ν. 4412/2016, εφαρμοστέα σύμφωνα με το άρθ. 60 του ν. 4413/2016.

12. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 60 του ν. 4413/2016 με τον τίτλο «*Είδη έννομης προστασίας κατά το στάδιο της ανάθεσης*» ορίζεται ότι «*Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση παραχώρησης του νόμου αυτού και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, δικαιούται να ζητήσει, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις περί παροχής έννομης προστασίας κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων:....γ) ακύρωση της απόφασης ανάθεσης, καθώς και κάθε άλλης παράνομης πράξης της αναθέτουσας αρχής....*» Συνεπώς εφαρμόζονται εν προκειμένω ο οικείες διατάξεις του ν. 4412/2016.

13. Επειδή το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 με τίτλο «*Παράβολο*» και στο άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 με τίτλο «*Παράβολο*» προβλέπεται ότι: «*1. Για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής κατατίθεται παράβολο από τον προσφεύγοντα υπέρ του Δημοσίου, το ύψος του οποίου ανέρχεται σε ποσοστό 0,50 τοις εκατό (0,50%) της προϋπολογισθείσας αξίας (χωρίς Φ.Π.Α.) της σχετικής σύμβασης. Το ύψος του παραβόλου δεν μπορεί να είναι κατώτερο των εξακοσίων (600) ευρώ ούτε ανώτερο των δεκαπέντε χιλιάδων (15.000) ευρώ. 4. Αν τα έγγραφα της σύμβασης δεν προκύπτει η*

προϋπολογισθείσα αξία της, για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, κατατίθεται παράβολο ύψους εξακοσίων (600) ευρώ....Με τον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών της παρ. 7 του άρθρου 365 ορίζεται ο τρόπος και ο χρόνος κατάθεσης και είσπραξης του παραβόλου και ο τρόπος απόδειξης της είσπραξής του. ...»

14. Επειδή περαιτέρω στο άρθ. 8 του ν. 4413/2016 με τον τίτλο «Μέθοδοι υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας των συμβάσεων παραχώρησης (άρθρο 8 παράγραφοι 2-6 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ)» ορίζεται ότι «1. Για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας των συμβάσεων παραχώρησης που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του παρόντος νόμου εφαρμόζονται οι παράγραφοι 2 έως 6. 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.... 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 αναθέτοντος 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. 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.»

15. Επειδή εν προκειμένω δεν προκύπτει από τα έγγραφα του φακέλου η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης παραχώρησης σύμφωνα με τα κριτήρια και τον τρόπο υπολογισμού του εφαρμοστέου άρθ. 8 του ν. 4413/2016. Ειδικότερα, δεν προβλέπεται ο εκτιμώμενος κύκλος εργασιών ήτοι η εκτιμώμενη αξία των πωλήσεων του παραχωρησιούχου, δηλαδή το ύψος του συνολικού αντιτίμου που εκτιμάται ότι θα καταβάλουν οι τρίτοι οι οποίοι θα κάνουν χρήση των υπηρεσιών του παραχωρησιούχου. Όμως, η παραχώρηση ακριβώς του κύκλου εργασιών συνιστά το πλείστο αντάλλαγμα προς τον παραχωρησιούχο από πλευράς της αναθέτουσας αρχής για την παροχή των υπηρεσιών του, προσμετρουμένης προσέτι και της αξίας του χώρου αποθήκευσης που θέλει του παραχωρηθεί (σκέψη 3), η οποία αξία επίσης δεν προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Αντιθέτως το οικονομικό αντάλλαγμα των κατ' ελάχιστον 12.000 ευρώ μηνιαίως που υποχρεούται να καταβάλει ο παραχωρησιούχος προς την αναθέτουσα αρχή δεν συσχετίζεται με την κατά νόμο έννοια, περιεχόμενο και κονδύλια της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης παραχώρησης, ήτοι δεν συσχετίζεται με τα ανταλλάγματα που εκτιμάται ότι θα λάβει ο παραχωρησιούχος έναντι της παροχής των παραχωρουμένων υπηρεσιών. Επομένως, εφόσον δεν προβλέπεται από τα έγγραφα της σύμβασης η προσυπολογιζόμενη αξία αυτής σύμφωνα με τον νόμο (σκέψη 14), οφείλεται εν προκειμένω σύμφωνα με τον νόμο (σκέψη 13) ποσόν παραβόλου 600 ευρώ.

16. Επειδή εν προκειμένω, η προσφεύγουσα έχει καταβάλει παράβολο ονομαστικής αξίας 2.160 ευρώ, ενώ σύμφωνα με τον νόμο το ποσόν του καταβλητέου για το παραδεκτό της προσφυγής παραβόλου είναι 600 ευρώ,

πρέπει να της επιστραφεί ποσόν ευρώ 1.560, ως αχρεωστήτως καταβληθέν, και τούτο ανεξαρτήτως της έκβασης της υπό εξέταση προσφυγής, απορριπτομένων ως αβασίμων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας περί υποχρέωσης καταβολής από την προσφεύγουσα και έτι μεγαλύτερου του προσκομισθέντος παραβόλου. Τούτο εξ άλλου έχει ήδη κριθεί ad hoc για τις διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων παραχώρησης και υπό το καθεστώς του προγενεστέρου δικαίου το οποίο δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω μετά την θέσπιση των ν. 4412/2016 και 4413/2016, ότι δηλαδή δεν οφείλεται το αναλογικό παράβολο που υπολογίζεται ως ποσοστό επί της προυπολογισθείσας αξίας της σύμβασης σε περίπτωση κατά την οποία δεν προκύπτει από την διακήρυξη κατά τρόπο ειδικό η προϋπολογιζόμενη συγκεκριμένη αξία της σύμβασης παραχώρησης ήτοι ουσιαστικά ο εκτιμώμενος κύκλος εργασιών του παραχωρησιούχου (ΣΤΕ 189/2015 (ΑΣΦ), 107/2014 (ΑΣΦ), 390/2014 (ΑΣΦ), 271/2014 ΕΑ, 425/2014 (ΑΣΦ))

17. Επειδή ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016.

18. Επειδή στον διαγωνισμό συμμετείχαν η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα, έχοντας υποβάλει τις με αριθ. πρωτ. 4734/21-11-2018 και 4735/21-11-2018 προσφορές τους αντίστοιχα, ως προκύπτει από τον διαβιβασθέντα φάκελο του διαγωνισμού.

19. Επειδή, η Επιτροπή Διενέργειας της Πλειοδοτικής Δημοπρασίας της αναθέτουσας αρχής συνεδρίασε την 21-11-2018 και εξέδωσε το με αριθ. πρωτ. 4738/21-11-2018 Πρακτικό, σύμφωνα με το οποίο «...*Η διαδικασία κατάθεσης των προσφορών ξεκίνησε στις 10:00 πμ και ολοκληρώθηκε στις 11:00 πμ. Η αποσφράγιση των προσφορών ξεκίνησε στις 11:30 πμ, όταν προσήλθε το σύνολο των μελών της Επιτροπής Διενέργειας. Οι φάκελοι προσφορών που κατατέθηκαν ήταν δύο (2) και συγκεκριμένα : Διαγωνιζόμενος 1 ώρα κατάθεσης 10.54 Διαγωνιζόμενος 2 ... ώρα*

κατάθεσης 10.58. Η ΕΔ παρουσία των νομίμων εκπροσώπων των ως άνω οικονομικών φορέων και του νομικού συνεργάτη και υπαλλήλων προέβη στο άνοιγμα των φακέλων των προσφορών μονογράφοντας τόσο τους φακέλους όσο και τους υποφακέλους εντός των φακέλων με τη σειρά κατάθεσης των προσφορών. Στη συνέχεια η ΕΔ μονοέγραψε και αριθμήσε τα δικαιολογητικά των φακέλων των διαγωνιζομένων και προέβη στον κατ' αρχήν έλεγχο ομαλότητας αυτών, δηλαδή στην καταγραφή αυτών. Από τον φάκελο της πρώτης διαγωνιζομένης καταγράφηκαν δικαιολογητικά σε δύο υποφακέλους. Από τον φάκελο της δεύτερης διαγωνιζομένης καταγράφηκαν δικαιολογητικά σε τρεις υποφακέλους (ο τρίτος υποφάκελος αφορούσε τα της αξιόχρεης εγγυήτριας). Εν συνεχεία, αποχώρησαν οι εκπρόσωποι των εταιρειών οι οποίοι ενημερώθηκαν ότι θα κληθούν ευθύς μετά την ολοκλήρωση του ελέγχου, και η συνεδρίαση μετατράπηκε σε μυστική. Ακολούθως, η Ε.Α. ξεκίνησε τον ενδελεχή έλεγχο των υποβληθέντων δικαιολογητικών. Κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών διαπιστώθηκαν τα κάτωθι: 1 προσφορά του 1ου διαγωνιζόμενου παρουσιάζει έλλειψη και συγκεκριμένα δεν έχει προσκομιστεί η αναφερόμενη στην παρ. 16 του Κεφ. Α του άρθρου 5 των δικαιολογητικών συμμετοχής Υπεύθυνη Δήλωση του Ν. 1099/1986 στην οποία θα πρέπει να δηλώνεται από τον συμμετέχοντα ότι δεν τελεί σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων κατά την έννοια του άρθρου 40 ίου Ν. 4413/2016 που δεν μπορεί να θεραπευτεί αποτελεσματικά με άλλα λιγότερο παρεμβατικά μέσα. 2 Η προσφορά του 2ου διαγωνιζόμενου είναι πλήρης και περιέχει όλα τα δικαιολογητικά που προβλέπονται στη διακήρυξη. Κατόπιν των παραπάνω η Ε.Δ. κάλεσε τους υποψήφιους και τους ανακοίνωσε το αποτέλεσμα του ελέγχου και την κρίση της προσκομίζοντας σε αυτούς αντίγραφο του Πρακτικού και ενημερώνοντάς τους παράλληλα ότι κατά του Πρακτικού έχουν δικαίωμα να ασκήσουν ένσταση μέχρι και την επόμενη ημέρα (Πέμπτη 22.11.2018), Παράλληλα τους δόθηκε το δικαίωμα να ελέγχουν τα δικαιολογητικά των συνδιαγωνιζομένων. Στο σημείο αυτό η Επιτροπή διέκοψε εργασίες της και ανακοίνωσε στους διαγωνιζόμενους ότι θα τις συνεχίσει σε επόμενη συνεδρίαση σε ημερομηνία και ώρα που θα ανακοινωθεί στους υποψηφίους. Το παρόν Πρακτικό υπογράφεται από όλα τα μέλη τής Ε.Δ.....»

Το Πρακτικό τούτο επιδόθηκε στην προσφεύγουσα και στην παρεμβαίνουσα σύμφωνα με προσκομιζόμενα στον φάκελο σχετικά Αποδεικτικά Επίδοσης της αναθέτουσας αρχής, υπογεγραμμένα για την παράδοση και τη παραλαβή.

20. Επειδή κατά του παραπάνω Πρακτικού με αριθ. 4738/21-11-2018 η προσφεύγουσα υπέβαλε την με αριθ. πρωτ. 4761/22-11-2018 Ένσταση ενώπιον του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθ. 17 της διακήρυξης, προβάλλοντας αιτιάσεις και ισχυρισμούς τόσο κατά της κρίσης περί αποκλεισμού της από την διαδικασία, όσο και κατά της κρίσης περί αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, όσο και για πλημμέλειες περί την διεξαγωγή της διαδικασίας. Ειδικότερα η προσφεύγουσα, ενιστάμενη αναφέρει ότι « η ΕΔΔ. συνέταξε το από 21-11-2018 πρακτικό της, κατά του οποίου ασκούμε την παρούσα ένστασή μας, αφού ελέγξαμε τα δικαιολογητικά της «...» (τα οποία περιήλθαν στην κατοχή μας μετά την υπ' αριθμ 4334/21-11-2018 αίτησή μας)..... **ΛΟΓΟΙ ΕΝΣΤΑΣΗΣ** 1. Με την παρούσα μας ενιστάμεθα κατά της διενέργειας του πλειοδοτικού διαγωνισμού, διότι: Η εταιρεία μας προσκόμισε την 21/11/2018 πλήρη φάκελο με τα ζητούμενα από την διακήρυξη με σκοπό να τον επιδώσει στην αρμόδια επιτροπή διαγωνισμού, όπως προβλέπεται στο άρθρο 3 της υπόψη Διακήρυξης, το οποίο αναφέρει επακριβώς «Ο Φάκελος προσφοράς κατατίθεται υποχρεωτικά ενώπιον της επιτροπής Διαγωνισμού και ο συμμετέχων παρίσταται στην πλειοδοτική διαδικασία είτε ο ίδιος είτε δια νομίμου ή κατάλληλα εξουσιοδοτημένου προσώπου. Έκαστος εκ των συμμετεχόντων στην διαδικασία πρέπει συνεπώς να καταθέσει ενώπιον της ΑΡΜΟΔΙΑΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΔΙΕΝΕΡΓΕΙΑΣ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΑΣ ΤΟΝ ΦΑΚΕΛΛΟ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ». Ενώ εμείς, σύμφωνα με όσα ορίζει η διακήρυξη, προσήλθαμε στον τόπο διενέργειας του διαγωνισμού με σκοπό να επιδώσουμε το φάκελο της προσφοράς μας στην Ε.Δ.Δ., μας υποδείχθηκε να υποβάλλουμε τον Φάκελο της προσφοράς μας στο Πρωτόκολλο του Συνδέσμου, παρά τις ήδη εκφρασμένες από την προηγούμενη ημερομηνία υποβολής προσφορών -14/11/2018, όπως και τελικά πράξαμε, (Αρ. Πρωτ 4734/21-11-2018 ώρα κατάθεσης 10,54' πμ). Το ίδιο συνέβη και με την προσφορά της «...» (κατατέθηκε στο πρωτόκολλο). Περί την 11.30' πμ προσήλθε η Ε.Δ.Δ. και έγινε η έναρξη των εργασιών της

και οι φάκελοι των προσφορών επιδόθηκαν στην επιτροπή όχι από εμάς αλλά από υπάλληλο του Συνδέσμου, ο οποίος προφανώς, τους παρέλαβε από την Υπηρεσία πρωτοκόλλου του Συνδέσμου. Κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών από την Επιτροπή διαπιστώθηκε η έλλειψη μίας Υπεύθυνης Δήλωσης από τον Φάκελο των δικαιολογητικών της εταιρείας μας. Δεν ζητήθηκε, επίσης, η επιβεβαίωση της γνησιότητας των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής των εταιρειών οι οποίες υπέβαλαν προσφορά. Συνεπώς, κατά τη διενέργεια του διαγωνισμού δεν τηρήθηκαν, με ευθύνη της Ε.Δ.Δ., όσα ορίζονται στο άρθρο 3 της Διακήρυξης, αφού δεν επιτράπη στους εκπρόσωπους των διαγωνιζομένων να καταθέσουν τους φακέλους των προσφορών τους στην Ε.Δ.Δ. αλλά στην Υπηρεσία του πρωτοκόλλου του Συνδέσμου, αφού κατά το χρονικό διάστημα από ώρα 10.00"έως 11.00', που έπρεπε να κατατεθούν από τους διαγωνιζομένους οι φάκελοι, τα μέλη της Ε.Δ.Δ. δεν βρίσκονταν στη θέση τους, ώστε να τους παραλάβουν. 2. Ανεξάρτητα από τα παραπάνω αυτό, ενιστάμεθα επίσης κατά του πρακτικού της Ε.Δ.Δ. της υπόψη πλειοδοτικής δημοπρασίας και διότι: Η Υπεύθυνη Δήλωση του άρθρου 16 της Διακήρυξης, έχει ήδη υποβληθεί από εμάς και βρίσκεται στην κατοχή σας στα πλαίσια του αντίστοιχου διαγωνισμού, ο οποίος διεξήχθη στις 13/9/2017 και είναι ήδη σε ισχύ διότι δεν επήλθε καμμία μεταβολή στην εκπροσώπηση της εταιρείας μας καθώς και στην εκπροσώπηση του Αναθέτοντα Φορέα. (Παράγραφος 8 του Αρθρου 40 του Ν.4413/2016 : «8. Ο Οικονομικός Φορέας δεν υποχρεούται να υποβάλλει τα δικαιολογητικά του παρόντος άρθρου, εφόσον αυτά έχουν ήδη υποβληθεί σε προγενέστερη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης παραχώρησης, στην ίδια αναθέτουσα Αρχή ή Αναθέτοντα Φορέα, εφόσον είναι σύμφωνα με τους όρους των τευχών διαγωνισμού και σε ισχύ»).» Εν συνεχεία η προσφεύγουσα ενιστάμενη προέβαλε στην ένσταση ισχυρισμούς και αιτιάσεις κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και ίδια σχετικά με την προσκομισθείσα εγγυητική επιστολή, με την απόδειξη των κριτηρίων επιλογής περί του κύκλου εργασιών, περί του ετήσιου μέσου εργατοϋπαλληλικού προσωπικού της. Με την ένστασή της η προσφεύγουσα είχε αιτηθεί να ακυρωθεί η διαδικασία και να επαναπροκηρυχθεί ο διαγωνισμός, και σε αντίθετη περίπτωση να γίνει δεκτή η υπεύθυνη δήλωσή της που απαιτείται

από το άρθ. 16 της Διακήρυξης και είχε υποβληθεί στα πλαίσια του προγενέστερου διαγωνισμού της 13-9-2017, και να ακυρωθεί το Πρακτικό κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της και έκρινε αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας.

21. Επειδή κατά του παραπάνω Πρακτικού με αριθ. 4738/21-11-2018 η παρεμβαίνουσα υπέβαλε την με αριθ. πρωτ. 4760/22-11-2018 Ένσταση ενώπιον του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθ. 17 της διακήρυξης, προβάλλοντας αιτιάσεις και ισχυρισμούς περί συνδρομής πρόσθετων λόγων αποκλεισμού της προσφεύγουσας, και περί πλημμελούς διεξαγωγής της διαδικασίας, καθόσον κατά την ίδια παρά τον νόμο παραδόθηκαν προς έλεγχο από την προσφεύγουσα φωτοαντίγραφα των υποβληθέντων δικαιολογητικών της προσφοράς της. Με την ένστασή της η παρεμβαίνουσα είχε αιτηθεί να μεταρρυθμιστεί το Πρακτικό με αριθ. 4738/21-11-2018 και να αποκλειστεί η προσφορά της προσφεύγουσας επί πλέον και για τους πρόσθετους λόγους που αναφέρονται στην ένσταση.

22. Επειδή, η Επιτροπή Διενέργειας της Πλειοδοτικής Δημοπρασίας της αναθέτουσας αρχής συνεδρίασε την 28-11-2018 και εξέδωσε το με αριθ. πρωτ. 4845/28-11-2018 Πρακτικό, σύμφωνα με το οποίο «... *Εξετάστηκαν οι ενστάσεις κατά του πρακτικού 4738/21-11-2018...Η ΕΔ προκειμένου να αποφασίσει επί των ενστάσεων ανέθεσε την σύνταξη γνωμοδότησης σε δικηγόρο...έλαβε υπ' όψη της την γνωμοδότηση και κατέληξε στο εξής : αποδέχεται την γνωμοδότηση του δικηγόρου και απορρίπτει όλες τις ενστάσεις. Επί πλέον ζητήθηκε η επαλήθευση των εγγυητικών. Κατόπιν των παραπάνω η ΕΔ κάλεσε τον εκπρόσωπο της εταιρείας ... για να συνεχίσει στη διαδικασία των προσφορών....» Ειδικότερα στην από 27-11-2018 γνωμοδότηση, η οποία αποτελεί την αιτιολογία της κρίσης του παραπάνω Πρακτικού, και συγκεκριμένα επί των λόγων περί πλημμελούς διεξαγωγής της διαδικασίας και περί αποκλεισμού της προσφοράς της, που περιέχονται στην ένσταση της προσφεύγουσας αναφέρεται «...*Η ενιστάμενη εταιρεία προβάλλει ως λόγο ένστασης το γεγονός ότι οι φάκελοι των προσφορών δεν κατατέθηκαν ενώπιον της ΕΔΔ αλλά στο πρωτόκολλο της υπηρεσίας. Ο συγκεκριμένος ωστόσο λόγος προβάλλεται αλυσιτελώς, αφού αφενός μεν δεν συνδέεται με**

λόγο αποκλεισμού ούτε της ενιστάμενης ούτε της ανθυποψήφιάς της και αφετέρου διότι σε κανένα σημείο της διαδικασίας δεν προκλήθηκε παρακώλυση ή δυσχέρεια στην εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας από την κατάθεση των προσφορών στο Πρωτόκολλο της υπηρεσίας. Αντιθέτως η κατάθεση των προσφορών στο Πρωτόκολλο υπήρξε η πλέον ενδεδειγμένη κατά την κοινή πείρα και λογική ενέργεια για τη διασφάλιση της ακεραιότητας του διαγωνισμού, την τήρηση της αρχής της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, γεγονός που επιβεβαιώθηκε από την εξέλιξη της διαδικασίας. Άρα ο συγκεκριμένος λόγος αβασίμως προβάλλεται και πρέπει να απορριφθεί..... Με τον δεύτερο λόγο ένστασής της, η ενιστάμενη προβάλλει τον ισχυρισμό ότι το δικαιολογητικό που εξέλιπε της παρούσης διαδικασίας και οδήγησε στον αποκλεισμό της σύμφωνα με το εκδοθέν Πρακτικό της ΕΔΔ, ήτοι η Υπεύθυνη Δήλωση ότι δεν τελεί σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων είχε υποβληθεί το πρώτον ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής σε διαγωνισμό που έλαβε χώρα προ έτους περίπου και συγκεκριμένα στις 13.9.2017 και επομένως σύμφωνα με την παρ. 8 του άρθρου 40 του Ν. 4413/2016 θα έπρεπε να θεωρηθεί ως υποβληθέν και να μην οδηγήσει σε αποκλεισμό αυτής. Ωστόσο τα ανωτέρω δεν προβάλλονται ορθά. Όπως είναι γνωστό οι διαγωνισμοί των δημοσίων συμβάσεων διέπονται από την αυτοτέλεια των διαγωνιστικών διαδικασιών, ενώ περαιτέρω τα απαιτούμενα και προσκομιζόμενα δικαιολογητικά επί ποινή αποκλεισμού πρέπει να είναι εν ισχύ κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς, ώστε να εξετάζεται ευχερώς εάν συντρέχει ο εκάστοτε προβλεπόμενος από τη διακήρυξη λόγος αποκλεισμού ή μη. Εν προκειμένω η ενιστάμενη επικαλείται Υπ. Δήλωση που είχε προσκομίσει σε άλλη διαγωνιστική διαδικασία ενώπιον του Συνδέσμου με το επίμαχο περιεχόμενο υποβληθείσα σε χρονικό διάστημα που υπερβαίνει το έτος από την ημερομηνία διεξαγωγής του παρόντος διαγωνισμού, χωρίς στην κατατεθείσα προσφορά της να έχει γίνει καμία απολύτως μνεία περί ύπαρξης Υπ. Δήλωσης σε φάκελο άλλου διαγωνισμού. Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι ΕΔΔ ορθά απέκλεισε από τη συνέχιση της διαδικασίας την ενιστάμενη αφού η πλήρης απουσία της επιζητούμενης Υπ. Δήλωσης αποτελεί πράγματι λόγο αποκλεισμού της, η δε τυχόν ύπαρξη της ίδιας Υπ. Δήλωσης σε άλλο

διαγωνισμό που έγινε στις 13.9.2017 δεν μπορεί να υποκαταστήσει την έλλειψή της δεδομένης της χρονικής απόστασης των δύο διαγωνισμών που υπερβαίνει το έτος, την οποία ύπαρξη η ΕΔΔ ούτως ή άλλως δεν θα μπορούσε να γνωρίζει αφού η ενιστάμενη ουδεμία μνεία ή παραπομπή κάνει περί αυτού με την υποβληθείσα προσφορά της....»

23. Επειδή, η Επιτροπή Διενέργειας της Πλειοδοτικής Δημοπρασίας της αναθέτουσας αρχής συνεδρίασε εκ νέου την 28-11-2018 και εξέδωσε το με αριθ. πρωτ. 4846/28-11-2018 Πρακτικό, σύμφωνα με το οποίο «...Προσήλθε ο εκπρόσωπος της ... και έδωσε την παρακάτω προφορική προσφορά : 12.800,00 (δώδεκα χιλιάδες εξακόσια ευρώ). Κατόπιν των παραπάνω η Ε.Δ. ανακηρύσσει την εταιρεία ... προσωρινό μειοδότη...»

24. Επειδή με την υπ' αριθμ. 171/2018 απόφαση που λήφθηκε στην από 30-11-2018, 14^η συνεδρίαση της Εκτελεστικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, αποφασίστηκε ομόφωνα «Κατακυρώνει το πρακτικό του ανωτέρω διαγωνισμού με αρ. πρωτ. 4738/21.11.2018 και 4845/28.11.2018 καθώς και το αρ. πρωτ. 4846/28.11.2018 πρακτικό πλειοδοσίας και ανακηρύσσει πλειοδότη την συμμετέχουσα του διαγωνισμού «...» με μηνιαίο μίσθωμα 12.600,00€. Εξουσιοδοτεί τον Πρόεδρο του Δ.Σ. του Συνδέσμου κο..., να προχωρήσει σε σύναψη σύμβασης με την ανωτέρω εταιρεία με όρους σύμφωνους με την διακήρυξη (Απόφαση ΕΕ 128/2018) και να μεριμνήσει για την αποστολή όλου του φακέλου των σχετικών στην Αποκεντρωμένη Διοίκηση ... για έγκριση μετά από έλεγχο νομιμότητας.» Η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στο ΔΙΑΥΓΕΙΑ με ΑΔΑ : ... την 6-12-2018, και κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα την 7-12-2018, ως αναφέρεται στο με αριθ. πρωτ. 5164/21-12-2018 έγγραφο με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής επί της προσφυγής (σελ. 5 παρ. Β), καθώς και στην υπό εξέταση προσφυγή (σελ. 6 στην αρχή, παρ. Α) και δεν αμφισβητείται από την παρεμβαίνουσα.

25. Επειδή κατά της ως άνω απόφασης με αριθ. 171/2018, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, εμπρόθεσμα την 17-12-2018, με κατάθεση στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις εφαρμοστέες κατ' άρθ. 60 του ν. 4413/2016 διατάξεις του άρθρου 361 και την παρ. 1 δεύτερο εδ. του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και

την παρ. 1 του άρθρου 4, και τις παρ. 2 και 4 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017, και με την χρήση του προβλεπόμενου τυποποιημένου εντύπου. Συνεπώς είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι οι ισχυρισμοί περί απαραδέκτου της προσφυγής λόγω φερόμενης εκπρόθεσμης άσκησης αυτής την 18-12-2018 ως προβάλλονται από την αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της (σημείο Β) και τη παρέμβαση (λόγος 2).

26. Επειδή, την 19-12-2018 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/20169 και στο άρθ. 9 παρ. παρ. 2 περ. του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στην παρεμβαίνουσα, κατά της προσφοράς της οποίας στρέφεται η προδικαστική προσφυγή, ως προκύπτει από το σχετικό Αποδεικτικό Επίδοσης της αναθέτουσας αρχής, υπογεγραμμένο για την παράδοση και την παραλαβή.

27. Επειδή υπέρ της διατήρησης της προσβαλλόμενης απόφασης εμπρόθεσμα, με προφανές έννομο συμφέρον καθόσον η προσφυγή στρέφεται κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, και παραδεκτώς, ασκήθηκε την 28-12-2018 η με αριθ. ΑΕΠΠ ΠΑΡ 862/2018 παρέμβαση, με τον νόμιμο προβλεπόμενο τρόπο κατ' άρθ. 362 ν. 4412/2016 και άρθ. 7 ΠΔ 39/2017, δηλαδή με κατάθεση στην ΑΕΠΠ από την παρεμβαίνουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

28. Επειδή η αναθέτουσα αρχή, την 4-1-2019, κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ με ηλεκτρονικό μήνυμα τις απόψεις της επί της προσφυγής, και τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθ. 365 παρ. 1 περ. (β) του ν. 4412/2016 και 9 παρ. 2 περ. (β) του ΠΔ 39/2017.

29. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 8ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθ. 60 του ν. 4413/2016 και των άρθ. 346 παρ. 1, και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθ. 3 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, κατόπιν της με αριθ. 1766/2018 Πράξης του Προέδρου του 8^{ου} Κλιμακίου *«περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή-κλήση αναθέτουσας αρχής προ χορήγησης προσωρινών μέτρων»*.

30. Επειδή η προσφεύγουσα, επικαλούμενη τα άρθ. 3 και 5.Α.16 της διακήρυξης, καθώς και τα άρθ. 40 παρ. 8, 39 παρ. 7 γ του ν. 4413/2016,

Αριθμός απόφασης: 172/2019

ισχυρίζεται ότι έπρεπε να γίνει δεκτή η προσφορά της διότι : «...1) Επί της διαδικασίας διεξαγωγής του διαγωνισμού : Ενώ εμείς, σύμφωνα με όσα ορίζει η διακήρυξη, προσήλθαμε στον τόπο διενέργειας του διαγωνισμού με σκοπό να επιδώσουμε το φάκελο της προσφοράς μας στην Ε.Δ.Δ., μας υποδείχθηκε να υποβάλλουμε τον Φάκελο της προσφοράς μας στο Πρωτόκολλο του Συνδέσμου, παρά τις ήδη εκφρασμένες από την προηγούμενη ημερομηνία υποβολής προσφορών αντιρρήσεις μας - 14/11/2018, όπως, και τελικά πράξαμε (Αρ. Πρωτ. 4734/21-11- 2018 ώρα κατάθεσης 10.54' πμ). Το ίδιο συνέβη και με την προσφορά της «...» (κατατέθηκε στο πρωτόκολλο με Αρ. Πρωτ. 4735/21-11-2018 ώρα κατάθεσης 10.58' πμ). Περί την 11.30' π.μ. προσήλθαν τα μέλη της Ε.Δ.Δ. και έγινε η έναρξη των εργασιών της και οι φάκελοι των προσφορών παραδόθηκαν στην επιτροπή όχι από εμάς αλλά από υπάλληλο του Συνδέσμου, ο οποίος, προφανώς, τους παρέλαβε από την Υπηρεσία πρωτοκόλλου του Συνδέσμου. Κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών από την Επιτροπή διαπιστώθηκε η έλλειψη μίας Υπεύθυνης Δήλωσης από τον Φάκελο των δικαιολογητικών της εταιρίας μας (την οποία είμαστε απολύτως βέβαιοι ότι είχαμε συμπεριλάβει στο σχετικό φάκελο δικαιολογητικών). Συνεπώς, κατά τη διενέργεια του διαγωνισμού δεν τηρήθηκαν, με ευθύνη της Ε.Δ.Δ., όσα ορίζονται στο άρθρο 3 της Διακήρυξης, αφού δεν επετράπη στους εκπρόσωπους των διαγωνιζομένων να καταθέσουν τους φακέλους των προσφορών τους στην Ε.Δ.Δ, αλλά μας υποδείχθηκε να τους υποβάλλουμε στην Υπηρεσία του πρωτοκόλλου του Συνδέσμου, αφού κατά το χρονικό διάστημα από ώρα 10.00' έως 11.00', που έπρεπε να κατατεθούν από τους διαγωνιζομένους οι φάκελοι, τα μέλη της Ε.Δ.Δ. δεν βρίσκονταν στη θέση τους, ώστε να τους παραλάβουν. Όλα τα παραπάνω επιβεβαιώνονται από τα υπ' αριθ. πρωτ. 4738/21-11-2018 πρακτικά της Ε.Δ.Δ., δηλαδή τόσο η κατάθεση των φακέλων των προσφορών στο πρωτόκολλο όσο και η καθυστερημένη (κατά πολύ μετά τον προβλεπόμενο στις 10.00' π.μ. χρόνο έναρξης υποβολής των φακέλων των προσφορών και συγκεκριμένα στις 11.30' π.μ.) προσέλευση του συνόλου των μελών της Ε.Δ.Δ. Από τα παραπάνω καθίσταται σαφές ότι δεν τηρήθηκε η προβλεπόμενη από τη διακήρυξη διαδικασία διεξαγωγής του διαγωνισμού.....

Επισημαίνουμε με έμφαση ότι οι φάκελοι των προσφορών που υποβλήθηκαν και από τους δύο οικονομικούς φορείς έμειναν «εκτεθειμένοι» από τη χρονική στιγμή της κατάθεσής τους στο πρωτόκολλο της Υπηρεσίας έως τη χρονική στιγμή που αυτοί προσκομίστηκαν στην Ε.Δ.Δ. Αυτό δεν θα είχε συμβεί ασφαλώς εάν οι φάκελοι είχαν εξαρχής δοθεί απευθείας στην Ε.Δ.Δ., όπως άλλωστε με σαφήνεια προβλέπεται στη διακήρυξη, η οποία ακριβώς αυτό διασφάλιζε με την πρόβλεψη ότι οι φάκελοι της προσφοράς έρεπε να υποβληθούν απευθείας στην Ε.Δ.Δ. χωρίς τη μεσολάβηση οποιουδήποτε τρίτου. Πλην όμως η Ε.Δ.Δ. προσήλθε καθυστερημένα και επελέγη ως λύση, για να αποφευχθεί η ματαίωση του διαγωνισμού, η κατάθεση των προσφορών στο πρωτόκολλο, κατά σαφέστατη παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, που καθιστά τον διαγωνισμό άκυρο, χωρίς να απαιτείται όχι μόνο η απόδειξη αλλά και η επίκληση πρόσκλησης βλάβης, 2) Ως προς το λόγο αποκλεισμού της εταιρείας μας : Στο άρθρο 40 παρ. 8 του Ν.4413/2016 ορίζεται ότι «8. Ο Οικονομικός Φορέας δεν υποχρεούται να υποβάλει τα δικαιολογητικά του παρόντος άρθρου, εφόσον αυτά, έχουν ήδη υποβληθεί σε προγενέστερη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης παραχώρησης, στην ίδια αναθέτουσα Αρχή ή Αναθέτοντα. Φορέα, εφόσον είναι σύμφωνα με τους όρους των τευχών διαγωνισμού και σε ισχύ». Στην προκειμένη περίπτωση η εταιρία μας είχε υποβάλει στην Αναθέτουσα Αρχή την απαιτούμενη από το άρθρο 5.Α.16 της διακήρυξης υπεύθυνη δήλωση στο πλαίσιο του αντίστοιχου διαγωνισμού, ο οποίος διεξήχθη στις 13-9-2017. Η υπεύθυνη αυτή δήλωση βρίσκεται στην κατοχή της Αναθέτουσας Αρχής και παραμένει σε ισχύ, διότι δεν επήλθε καμία μεταβολή στην εκπροσώπηση της εταιρίας μας καθώς και στην εκπροσώπηση του Αναθέτοντα Φορέα. Επιπλέον αυτού η εν λόγω υπεύθυνη δήλωση είναι μεταξύ των δικαιολογητικών που αναφέρονται στο άρθρο 39 παρ. 7γ του Ν. 4413/2016, στο οποίο ρητά παραπέμπει το άρθρο 40 του ίδιου Νόμου. Συνεπώς η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε, κατ' εφαρμογή του άρθρου 40 παρ. 8 του Ν. 4413/2016, να έχει κάνει δεκτό το σχετικό λόγο της ένστασής μας και να έχει κάνει δεκτή τη συμμετοχή της εταιρίας μας στο διαγωνισμό.....» Εν συνεχεία η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι έπρεπε να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας προσωρινής αναδόχου,

προβάλλοντας λόγους και ισχυρισμούς κατά της νομιμότητας της συμμετοχής της παρεμβαίνουσας που συσχετίζονται με επικαλούμενες πλημμέλειες της προσφοράς περί το ύψος και την δήλωση του κύκλου εργασιών της παρεμβαίνουσας.

31. Επειδή η προσφεύγουσα έχει κατ' αρχήν έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, καθώς έχει συμμετάσχει στον διαγωνισμό και επομένως εύλογα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της.

32. Επειδή, κατ' αρχήν, γίνεται δεκτό ότι διαγωνιζόμενος, ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό, δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς τον διαγωνισμό αυτόν, τρίτος (βλ. ενδεικτικά Ε.Α. ΣτΕ 66/2012, 64/2012, 301/2011, 135/2011, 39,74/2010, 748/2010, 1317/2009, 736/2007, ΣτΕ 715, 2002/2011, 2444, 2451/2009, 2817/2008, 3753/2008, ΣτΕ 995/2013 κ.ά.). Επομένως, η προσφεύγουσα θεμελιώνει έννομο συμφέρον να αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το μέρος της που αποδέχεται την προσφορά της παρεμβαίνουσας, μόνον εφόσον ήθελε προηγουμένως κριθεί ότι παρά τον νόμο αποκλείσθηκε η δική της προσφορά από τον διαγωνισμό (ΕΑ ΣτΕ 106/2018). Κατ' εξαίρεση, όμως, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009). Επομένως, υπό την επιφύλαξη των ανωτέρω, εν γένει παραδεκτώς ασκείται η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

33. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί της προσφυγής αναφέρει ότι **«II. Ως προς το παραδεκτό της Προδικαστικής Προσφυγής Α. Ως προς την προσβαλλόμενη πράξη Στο διατακτικό της προδικαστικής**

προσφυγής της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της με αρ. 128/2018 απόφασης της Εκτελεστικής Επιτροπής του Συνδέσμου μας. Ωστόσο με την ανωτέρω απόφαση ο Σύνδεσμός μας προχώρησε στην έγκριση των όρων διακήρυξης της εν θέματι πλειοδοτικής δημοπρασίας και όχι στην κατακύρωση αυτής. Συγκεκριμένα, η με αρ. 128/2018 απόφαση ελήφθη κατά την 11^η συνεδρίαση της Εκτελεστικής μας Επιτροπής που έγινε στις 25.9.2018 και λαβούσα ΑΔΑ : ... αναρτήθηκε στον ιστότοπο διαύγεια στις 10.10.2018. Κατόπιν των ανωτέρω η προδικαστική προσφυγή της αποκλεισθείσας διαγωνιζόμενης απαραδέκτως ασκείται αφού προσβάλλει την εγκριτική των όρων της διακήρυξης πράξη και όχι την κατακυρωτική απόφαση του επίμαχου διαγωνισμού, της οποίας το εμπρόθεσμο προσβολής έχει παρέλθει προ πολλού. Εξ αυτής της αιτίας η προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας θα πρέπει να απορριφθεί..... **III. Ως προς το αβάσιμο των λόγων προσφυγής Α.** Με τον πρώτο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι φάκελοι των προσφορών δεν κατατέθηκαν ενώπιον της ΕΔΔ αλλά στο πρωτόκολλο της υπηρεσίας κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης. Ο συγκεκριμένος ωστόσο λόγος προβάλλεται αλυσιτελώς, αφού αφενός μεν δεν συνδέεται με λόγο αποκλεισμού ούτε της προσφεύγουσας ούτε της ανθυποψήφιάς της και αφετέρου διότι σε κανένα σημείο της διαδικασίας δεν προκλήθηκε παρακώλυση ή δυσχέρεια στην εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας από την κατάθεση των προσφορών στο Πρωτόκολλο της υπηρεσίας. Περαιτέρω ούτε και κατά την κατάθεση των προσφορών η εταιρεία προέβαλε την παραμικρή αιτίαση ή επιφύλαξη για την κατάθεση των προσφορών στο πρωτόκολλο του Υπηρεσίας. Μάλιστα η ίδια συμμορφωθείσα κατέθεσε τον φάκελο της προσφοράς της στο πρωτόκολλο του Συνδέσμου. Ο οψιγενής και πρωτοφανής ισχυρισμός ότι η Υπ. Δήλωση που απετέλεσε την αιτία αποκλεισμού της ενυπήρχε στον φάκελο της προσφοράς της αποτελεί στην κυριολεξία εκ των υστέρων εφεύρημα, που αποσκοπεί στο να καταστεί ο διαγωνισμός ατελέσφορος. Σημειώνεται ότι τόσο κατά την εξέλιξη της διαδικασίας ελέγχου ομαλότητας των δικαιολογητικών από την ΕΔΔ, δημόσια και ενώπιον των εκπροσώπων αμφοτέρων των οικονομικών φορέων οπότε και διεγνώσθη το πρώτον ότι εξέλιπε το συγκεκριμένο δικαιολογητικό, όσο και

κατά την υποβληθείσα από 22.11.2018 ένσταση της προσφεύγουσας ουδέποτε εκφράστηκε ο συγκεκριμένος ισχυρισμός (ότι τάχα το δικαιολογητικό υπήρχε στον φάκελο και περιέργως πως κατά το άνοιγμα των προσφορών εξαφανίστηκε), παρά μόνον ο επικουρικά προβαλλόμενος ότι η συγκεκριμένη Υπ. Δήλωση είχε υποβληθεί ήδη σε προηγούμενο διαγωνισμό. Περαιτέρω το συγκεκριμένο δικαιολογητικό εάν πράγματι είχε προσκομιστεί είναι σαφές ότι δεν θα μπορούσε να ελλείπει, αφού οι φάκελοι κομίστηκαν στην ΕΔΔ σφραγισμένοι, όπως και οι υποφάκελοι εντός των αρχικών φακέλων, εντός του οποίου υποτίθεται ευρισκόταν το οπιγενώς ανακαλυφθέν απουσιάζον δικαιολογητικό. Ως εκ τούτου ο συγκεκριμένος ισχυρισμός όλως αβασίμως προβάλλεται και εξ αυτής της αιτίας θα πρέπει να απορριφθεί. **Β.** Με τον δεύτερο λόγο προσφυγής της η εταιρεία επαναλαμβάνει τον προβληθέντα στην ένστασή της ισχυρισμό ότι το δικαιολογητικό που εξέλιπε της παρούσης διαδικασίας και οδήγησε στον αποκλεισμό της σύμφωνα με το εκδοθέν Πρακτικό της ΕΔΔ, ήτοι η Υπεύθυνη Δήλωση ότι δεν τελεί σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, είχε υποβληθεί το πρώτον ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής σε διαγωνισμό που έλαβε χώρα προ έτους περίπου και συγκεκριμένα στις 13.9.2017 και επομένως σύμφωνα με την παρ. 8 του άρθρου 40 του Ν. 4413/2016 θα έπρεπε να θεωρηθεί ως υποβληθέν και να μην οδηγήσει σε αποκλεισμό αυτής. Ωστόσο τα ανωτέρω δεν προβάλλονται ορθά. Όπως είναι γνωστό οι διαγωνισμοί των δημοσίων συμβάσεων διέπονται από την αυτοτέλεια των διαγωνιστικών διαδικασιών, ενώ περαιτέρω τα απαιτούμενα και προσκομιζόμενα δικαιολογητικά επί ποινή αποκλεισμού πρέπει να είναι εν ισχύ κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς, ώστε να εξετάζεται ευχερώς εάν συντρέχει ο εκάστοτε προβλεπόμενος από τη διακήρυξη λόγος αποκλεισμού ή μη. Εν προκειμένω η ενιστάμενη επικαλείται Υπ. Δήλωση που είχε προσκομίσει σε άλλη διαγωνιστική διαδικασία ενώπιον του Συνδέσμου με το επίμαχο περιεχόμενο υποβληθείσα σε χρονικό διάστημα που υπερβαίνει το έτος από την ημερομηνία διεξαγωγής του παρόντος διαγωνισμού, χωρίς στην κατατεθείσα προσφορά της να έχει γίνει καμία απολύτως μνεία περί ύπαρξης Υπ. Δήλωσης σε φάκελο άλλου διαγωνισμού. Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι η ΕΔΔ ορθά απέκλεισε από τη συνέχιση της

διαδικασίας την ενιστάμενη αφού η πλήρης απουσία της επιζητούμενης Υπ. Δήλωσης αποτελεί πράγματι λόγο αποκλεισμού της, η δε τυχόν ύπαρξη της ίδιας Υπ. Δήλωσης σε άλλο διαγωνισμό που έγινε στις 13.9.2017 δεν μπορεί να υποκαταστήσει την έλλειψή της δεδομένης της χρονικής απόστασης των δύο διαγωνισμών που υπερβαίνει το έτος, την οποία ύπαρξη η ΕΔΔ ούτως ή άλλως δεν θα μπορούσε να γνωρίζει αφού η ενιστάμενη ουδεμία μνεία η παραπομπή κάνει περί αυτού με την υποβληθείσα προσφορά της....» Εν συνεχεία στις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ισχυρισμούς υπέρ της νομιμότητας της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος της που έκανε αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας.

34. Επειδή η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί η προσφυγή διότι «...**ΑΠΑΡΑΔΕΚΤΩΣ ΚΑΙ ΑΛΥΣΙΤΕΛΩΣ** η προσφυγή, στρέφεται κατά της με αριθμό 128/2018 απόφασης της Εκτελεστικής Επιτροπής, με την οποία προκηρύχθηκε ο διαγωνισμός και η οποία λήφθηκε την 25.9.2018 και αναρτήθηκε στην Διαύγεια την 10.10.2018 με ΑΔΑ ... Η απόφαση όμως με την οποία ανακηρύχθηκε πλειοδότης η εταιρεία μας, είναι η 171/2018, της οποίας το κύρος δεν πλήττεται καν με την εξεταζόμενη προσφυγή και επομένως πρέπει, εκ μόνου του λόγου αυτού, η προσφυγή αυτή να απορριφθεί, σαν απαράδεκτη, αφού στρέφεται κατά λανθασμένης απόφασης, με άλλο περιεχόμενο και σαφώς με λανθασμένο αίτημα ! **4. Διότι**, εσφαλμένα, αλυσιτελώς, αλλά και **κατά παράβαση του καθήκοντος αλήθειας**, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα εταιρεία, ότι η υπεύθυνη δήλωση που έλειπε πράγματι από τα δικαιολογητικά το φακέλου της, είχε τάχα υποβληθεί, αλλά ... «χάθηκε» στην διαδρομή από το πρωτόκολλο μέχρι την ΕΔΔ !!! Η παράβαση δε του καθήκοντος αληθείας από την προσφεύγουσα, συνίσταται στο γεγονός, ότι οι υποβληθέντες φάκελοι, **ήταν σφραγισμένοι τόσο εξωτερικά, όσο και οι υποφάκελοι εντός αυτών** (άρα υπήρχε διπλή σφράγιση των φακέλων) **ανοίχτηκαν δε, παρουσία όλων και αποσφραγίστηκαν κατά την διενέργεια της έρευνας των αναγκαίων δικαιολογητικών και επομένως όταν αδύνατο να αφαιρεθούν έγγραφα από το περιεχόμενό τους**, χωρίς αυτό να γίνει αντιληπτό από όλους και από τους ίδιους τους παριστάμενους εκπροσώπους της προσφεύγουσας. **Επί**

πλέον, **διότι**, ούτε κατά την διάρκεια της διαδικασίας, ούτε και με την ένσταση που υπέβαλε ενώπιον της ΕΔΔ η προσφεύγουσα, δεν προέβαλε τον ισχυρισμό αυτό, τον οποίο τώρα, **για πρώτη φορά με την προσφυγή της προβάλλει οψίμως και εν γνώσει της ψευδώς, χωρίς να διστάζει μάλιστα, να συκοφαντεί και τον υπάλληλο του πρωτοκόλλου και τα μέλη της ΕΔΔ**, μιλώντας για έγγραφο που τάχα ... χάθηκε στην διαδρομή ! Εξάλλου, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι οι εκπρόσωποί της ήταν απόλυτα βέβαιοι, ότι είχαν προσκομίσει την υπεύθυνη αυτή δήλωση, ούτε **επαρκής είναι, ούτε πειστικός**, για να ανατρέψει μια **καθόλα νομότυπη και διαφανέστατη διαδικασία**, στην διάρκεια της οποίας μάλιστα, αλλά και με την υποβληθείσα ένστασή της, τίποτε σχετικό δεν ισχυρίστηκε η προσφεύγουσα...Τέλος διότι, η προσφεύγουσα, κακώς ομιλεί για έλλειψη ουσιώδους τύπου τάχα, επειδή τα έγγραφα των φακέλων δεν κατατέθηκαν στα ίδια τα μέλη της ΕΔΔ, όπως προβλεπόταν στην διακήρυξη, αλλά στο πρωτόκολλο, αφού η διαδικασία αυτή, σε συνδυασμό με την σφράγιση των φακέλων, εξασφάλιζε τα αδιάβλητο και αμερόληπτο (με τον ίδιο τρόπο υποβλήθηκε και ο φάκελος της δικής μας συμμετοχής) και συγχρόνως ούτε η χορήγηση αριθμού πρωτοκόλλου και η επισημείωση της ακριβούς ώρας κατάθεσης δημιουργούσε το ελάχιστο πρόβλημα, ούτε παρακωλύθηκε, αλλά και ούτε δυσχεράνθηκε η διαγωνιστική διαδικασία, την οποία άλλωστε η προσφεύγουσα αποδέχτηκε, χωρίς να εκφράσει την παραμικρή αντίρρηση. Πρέπει επομένως να απορριφθεί και ο λόγος αυτός της προσφυγής σαν αβάσιμος. **5. Διότι**, εξάλλου, επίσης αλυσιτελώς ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ότι τάχα έπρεπε η ΕΔΔ να λάβει υπόψη της σε κάθε περίπτωση, ότι σε προηγούμενο διαγωνισμό, πριν από ένα και πλέον χρόνο (13.9.2017) για το ίδιο αντικείμενο, είχε ζητηθεί η υπεύθυνη αυτή δήλωση, την οποία είχε δήθεν προσκομίσει και επομένως, έπρεπε να την λάβει υπόψη της η ΕΔΔ και να κάνει δεκτή την συμμετοχή της ! Δεν αντιλαμβάνεται φαίνεται η προσφεύγουσα, ή μάλλον προσποιείται ότι δεν αντιλαμβάνεται, ότι η συγκεκριμένη διαδικασία είναι αυστηρά οριοθετημένη από τον Νόμο και τους όρους της Προκήρυξης και δεν διεξάγεται σε ... διαπροσωπικό επίπεδο. Επομένως δεν είναι δυνατόν να γνωρίζει ή να θυμάται η ΕΔΔ, αν σε προηγούμενη διαδικασία, πριν από 14

μήνες, είχαν υποβληθεί, από κάθε διαγωνιζόμενο τα ελλείποντα σήμερα δικαιολογητικά, ώστε να τα αναπληρώνει και μάλιστα «αυτεπαγγέλτως» το χειρότερο δε, χωρίς καθόλου μνεία της ίδιας της προσφεύγουσας, αλλά και μετά την πάροδο του χρόνου ισχύος τους !!! Επομένως πρέπει να απορριφθούν στην ουσία τους ως αβάσιμοι και μη νόμιμοι και οι ισχυρισμοί αυτοί της προσφεύγουσας.....» Εν συνεχεία η παρεμβαίνουσα προβάλλει ισχυρισμούς υπέρ της νομιμότητας της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος της που έκανε αποδεκτή την προσφορά της.

35. Επειδή σύμφωνα στο εφαρμοστέο άρθρ. 362 παρ. 1 του ν. 4412/2016 «Άσκηση προσφυγής - Άσκηση παρέμβασης» προβλέπεται ότι : « 1. ...Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της. ...» Και περαιτέρω στο άρθρ. 8 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 ορίζεται ότι : «1. Η προδικαστική προσφυγή περιέχει όλες ανεξαιρέτα τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της (άρθρο 362 παρ. 1 εδ. γ' ν. 4412/2016)....»

36. Επειδή καταφανώς από το περιεχόμενο της προσφυγής (σκέψη 30) σαφώς προκύπτει ότι η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της απόφασης με αριθ. 171/2018 της αναθέτουσας αρχής με την οποία εγκρίθηκαν όλα τα πρακτικά της διαδικασίας αποκλείστηκε η προσφορά της και ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος –εσφαλμένα κατά την προσφυγή- η παρεμβαίνουσα, προβάλλοντας λόγους και αιτιάσεις που αφορούν σε πλημμέλειες της διαδικασίας, του αποκλεισμού της και της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Συνεπώς δεν καταλείπεται καμία αμφιβολία ότι η υπό εξέταση προσφυγή δεν στρέφεται κατά των όρων της διακήρυξης της σύμβασης παραχώρησης, παρά τα αντίθετα αβασίμως προβαλλόμενα από την αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της (σκέψη 33 σημείο II Α των απόψεων) και την παρέμβαση η οποία πρέπει να απορριφθεί ως προς τον λόγο 1 αυτής. Η φράση του αιτητικού της προσφυγής με την οποία ζητείται η ακύρωση της υπ' αριθ. 128/2018 απόφασης αντί της ορθής υπ' αριθ. 171/2018 απόφασης οφείλεται σε πρόδηλο τυπογραφικό σφάλμα της προδικαστικής προσφυγής, με την οποία σε κάθε περίπτωση ζητείται η ακύρωση της απόφασης « της Εκτελεστικής Επιτροπής του Συνδέσμου Δήμων ... για την ίδρυση κοινού

Νεκροταφείου, με την οποία ανακηρύχθηκε πλειοδότης για την παραχώρηση υπηρεσιών (εκμίσθωσης των δικαιωμάτων) αφής κανδηλίων και καθαρισμού/πλυσίματος τάφων στο Νεκροταφείο ..., η εταιρία «...» Συνεπώς, παραδεκτά ασκήθηκε η προδικαστική προσφυγή επειδή ρητώς, σαφώς και άνευ αμφιβολίας τόσο οι λόγοι της όσο και το αίτημά της συσχετίζονται και στρέφονται κατά της απόφασης 171/2018 της αναθέτουσας αρχής της οποίας ζητείται η ακύρωση, μη δυναμένου ενός απλού τυπογραφικού σφάλματος ενός αριθμού 128 αντί του ορθού 171 να θέσει εν αμφιβόλω πολλώ δε μάλλον να καταστήσει απαράδεκτη την προδικαστική προσφυγή για τον λόγο αυτό.

37. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 35 του ν. 4413/2016 με τον τίτλο «Καταπολέμηση της διαφθοράς και πρόληψη της σύγκρουσης συμφερόντων (άρθρο 35 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ)» ορίζεται ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς λαμβάνουν τα ενδεδειγμένα μέτρα:.... β) για την αποτελεσματική πρόληψη, τον εντοπισμό και την επανόρθωση συγκρούσεων συμφερόντων που προκύπτουν κατά τη διεξαγωγή διαδικασιών ανάθεσης συμβάσεων παραχώρησης, ούτως ώστε να αποφεύγονται τυχόν στρεβλώσεις του ανταγωνισμού και να διασφαλίζεται η διαφάνεια της διαδικασίας ανάθεσης και η ίση μεταχείριση όλων των υποψηφίων και προσφερόντων....3. Η έννοια της σύγκρουσης συμφερόντων καλύπτει τουλάχιστον κάθε κατάσταση στην οποία οι κατηγορίες προσώπων που αναφέρονται στην παράγραφο 4 έχουν, άμεσα ή έμμεσα, χρηματοπιστωτικά, οικονομικά ή άλλα προσωπικά συμφέροντα τα οποία θα μπορούσαν να θεωρηθούν ότι θέτουν σε κίνδυνο την αμεροληψία και την ανεξαρτησία στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης παραχώρησης.»

38. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 36 του ν. 4413/2016 με τον τίτλο «Έγγραφα της σύμβασης παραχώρησης» ορίζεται ότι «1. Τα έγγραφα της σύμβασης παραχώρησης, υπό την έννοια του στοιχείου, παράγραφος 12 του άρθρου 2, διακρίνονται σε: α) «τεύχη διαγωνισμού», στα οποία περιλαμβάνονται όλοι οι γενικοί και ειδικοί όροι διενέργειας της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης παραχώρησης 2. Τα τεύχη διαγωνισμού περιλαμβάνουν οποιοδήποτε έγγραφο το οποίο δημοσιοποιεί, υποβάλλει ή στο οποίο παραπέμπει η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας με σκοπό να

περιγράψει ή να προσδιορίσει στοιχεία της παραχώρησης ή της διαδικασίας ανάθεσης αυτής, συμπεριλαμβανομένης της προκήρυξης σύμβασης παραχώρησης, των τεχνικών και λειτουργικών απαιτήσεων, των των πληροφοριών για τις γενικές υποχρεώσεις και πρόσθετων εγγράφων. Οι όροι των τευχών διαγωνισμού πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις, ώστε να επιτρέπουν την υποβολή παραδεκτών, κανονικών και κατάλληλων αιτήσεων συμμετοχής και προσφορών.... 4. Η διακήρυξη διαγωνισμού ή πρόσκληση υποβολής προσφοράς περιέχουν ιδίως: ... τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με την προσωπική κατάσταση, ...των υποψηφίων ή προσφερόντων, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 39. ιδ) Τα δικαιολογητικά που απαιτούνται για την απόδειξη της πλήρωσης των κριτηρίων που αναφέρονται στο προηγούμενο στοιχείο ... ιθ) Τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς....»

39. Επειδή σύμφωνα με το άρθρ. 38 του ν. 4413/2016 με τον τίτλο «Διαδικαστικές εγγυήσεις (άρθρο 37 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ)» ορίζεται ότι «1. Οι συμβάσεις παραχώρησης ανατίθενται στη βάση των κριτηρίων που ορίζει η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας σύμφωνα με το άρθρο 45, υπό τον όρο ότι πληρούνται όλες οι ακόλουθες προϋποθέσεις: α) η προσφορά πληροί τις ελάχιστες απαιτήσεις που έχει ορίσει, κατά περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή ...β) ο προσφέρων πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 39 και γ) ο προσφέρων δεν αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία ανάθεσης βάσει των παραγράφων 4 έως 7 του άρθρου 39 και με την επιφύλαξη της παραγράφου 9 του άρθρου 39. Οι ελάχιστες απαιτήσεις που αναφέρονται στο στοιχείο α' περιλαμβάνουν προϋποθέσεις και χαρακτηριστικά (κυρίως τεχνικά, φυσικά, λειτουργικά και νομικά) που κάθε προσφορά θα πρέπει να πληροί ή να διαθέτει. 2. Η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας παρέχουν: α) στην προκήρυξη της σύμβασης παραχώρησης, περιγραφή της παραχώρησης και των προϋποθέσεων συμμετοχής, β) στην προκήρυξη της σύμβασης παραχώρησης, τη διακήρυξη διαγωνισμού ή την πρόσκληση υποβολής προσφορών ή σε άλλα τεύχη διαγωνισμού, περιγραφή των κριτηρίων ανάθεσης και, κατά περίπτωση, τις ελάχιστες απαιτήσεις που πρέπει να

πληρούνται, 4. Η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας κοινοποιούν σε όλους τους συμμετέχοντες την περιγραφή της προβλεπόμενης οργάνωσης της διαδικασίας και ενδεικτική προθεσμία. Ενδεχόμενη τροποποίηση κοινοποιείται σε όλους τους συμμετέχοντες και, στο βαθμό που αφορά στοιχεία που περιλαμβάνονται στην προκήρυξη, ανακοινώνεται σε όλους τους οικονομικούς φορείς....»

40. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 39 του ν. 4413/2016 με τον τίτλο «Επιλογή και ποιοτική αξιολόγηση των υποψηφίων (άρθρο 38 παράγραφοι 1-9 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ)» ορίζεται ότι «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 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....»

41. Επειδή στο άρθ. 40 του ν. 4413/2016 με τον τίτλο «Αποδεικτικά μέσα (άρθρο 38 παρ. 10 εδάφιο πρώτο της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ)» ορίζεται ότι «1. Με την επιφύλαξη του άρθρου 42, οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς αρκούνται στα πιστοποιητικά, στις βεβαιώσεις και στα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3, 4 και 5 του παρόντος ως απόδειξητης πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 39 και δεν απαιτούν άλλα δικαιολογητικά. Ο τρόπος, ο χρόνος και ο τύπος υποβολής των ανωτέρω αποδεικτικών μέσων καθορίζονται στα τεύχη διαγωνισμού.... 8. Ο οικονομικός φορέας δεν υποχρεούται να υποβάλει τα δικαιολογητικά του παρόντος άρθρου, εφόσον αυτά έχουν ήδη υποβληθεί σε προγενέστερη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης

παραχώρησης, στην ίδια αναθέτουσα αρχή ή αναθέτοντα φορέα, εφόσον είναι σύμφωνα με τους όρους των τευχών διαγωνισμού και σε ισχύ.»

42. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 3 των εγκεκριμένων όρων της διακήρυξης «Η δημοπρασία θα είναι προφορική πλειοδοσία και θα γίνει ενώπιον της Αρμόδιας Επιτροπής Διενέργειας Δημοπρασίας, στα κεντρικά γραφεία του Συνδέσμου, εντός του Κοιμητηρίου (Λεωφ....., Τ.Κ. ...) την 14/11/2018, ημέρα Τετάρτη και ώρα 11π.μ. Η κατάθεση των φακέλων προσφορών θα ξεκινήσει κατά την ως άνω ημερομηνία στις 10:00 πμ και θα ολοκληρωθεί έως την 11:00 πμ. Σε περίπτωση μη διενέργειας της δημοπρασίας στην παραπάνω ημερομηνία ή ακύρωσης της, χωρίς όμως να τροποποιηθεί όρος της παρούσας Διακήρυξης, τότε η Δημοπρασία θα γίνει εκ νέου στον ίδιο τόπο και την ίδια ώρα μετά μία εβδομάδα την ίδια ημέρα. Η δημοπρασία θα συνεχιστεί μέχρι την ανάδειξη πλειοδότη ή τη διακοπή της με απόφαση της Επιτροπής ως κατωτέρω αναπτύσσεται. Ο Φάκελος προσφοράς κατατίθεται υποχρεωτικά ενώπιον της επιτροπής Διαγωνισμού και ο συμμετέχων παρίσταται στην πλειοδοτική διαδικασία είτε ο ίδιος είτε διανομίμου ή κατάλληλα εξουσιοδοτημένου προσώπου Έκαστος εκ των συμμετεχόντων στη δημοπρασία πρέπει συνεπώς να καταθέσει ενώπιον της Αρμόδιας Επιτροπής Διενέργειας Δημοπρασίας τον Φάκελο Προσφοράς.... Μέσα στον Φάκελο Προσφοράς τοποθετούνται δύο (2) επί μέρους ξεχωριστοί κλειστοί φάκελοι και συγκεκριμένα: α) ο Φάκελος Δικαιολογητικών Συμμετοχής στον οποίο θα αναγράφεται ευκρινώς η φράση «Φάκελος Δικαιολογητικών Συμμετοχής» και β) ο Φάκελος Επαγγελματικής-Τεχνικής Ικανότητας στον οποίο θα αναγράφεται ευκρινώς η φράση «Φάκελος Επαγγελματικής-Τεχνικής Ικανότητας». Το άνοιγμα των κατά τα ανωτέρω υποβληθέντων Φακέλων γίνεται από την αρμόδια Επιτροπή Διενέργειας Δημοπρασίας αμέσως μετά την παρέλευση της ώρας λήξης παραλαβής τους και κατά την χρονική σειρά υποβολής τους. Η ως άνω Επιτροπή ανοίγει τον Φάκελο Προσφοράς και ξεκινά να ελέγχει την πληρότητα και των δύο επί μέρους φακέλου, συντάσσει δε σχετικό Πρακτικό Ελέγχου, στο οποίο μνημονεύονται αιτιολογημένα ποιοι εκ των συμμετεχόντων αποκλείονται από την περαιτέρω διαδικασία (ένεκα διαπίστωσης της Επιτροπής ότι ο αμέσως ανωτέρω φάκελος δεν είναι

απολύτως σύμφωνος με τα σχετικώς ζητούμενα από την παρούσα ή δεν εμπεριέχει την σχετικώς απαιτούμενη εγγύηση (πρβλ. κατωτέρω) και ποιοι εκ των συμμετεχόντων, αντιθέτως, δύνανται να συμμετάσχουν στην περαιτέρω διαδικασία....» Περαιτέρω, στο άρθ. 5 με τον τίτλο «**ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΟ ΦΑΚΕΛΟΥ «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ»** προβλέπεται ότι «Ο «Φάκελος Δικαιολογητικών Συμμετοχής», θα πρέπει να περιλαμβάνει - επί ποινή αποκλεισμού - τα εξής (ανά περίπτωση δικαιούμενου συμμετοχής),.... **A. ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ 16.** Υπεύθυνη δήλωση του Ν. 1599/1986 (όπως αυτός ισχύει) στην οποία θα δηλώνεται από το συμμετέχοντα (και σε περίπτωση νομικού προσώπου θα υπογράφεται από τον νόμιμο κατά νόμο-καταστατικό νόμιμο εκπρόσωπο) ότι δεν τελεί σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων κατά την έννοια του άρθρου 40 του Ν. 4413/2016 που δεν μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά μέσα. »

43. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

44. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της

διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

45. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C 278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27).

46. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη

93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

47. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η διακήρυξη του διαγωνισμού, ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους διαγωνιζόμενους όσο και την αναθέτουσα αρχή, η οποία υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 105/2003, ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003, Ε.Α. 523/2010). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας.

48. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (ΣΤΕ 743/2000).

49. Επειδή σε κάθε περίπτωση, ελέγχεται αυτεπάγγελα η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος με βάση το κατά πόσο από το έγγραφο της προσφυγής και τα στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται η ύπαρξη του έννομου συμφέροντος. Δεν αρκεί, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη έννομου συμφέροντος για άσκηση της προσφυγής αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς – ως ισχύει και στην ακυρωτική δίκη- των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣΤΕ Ολομ. 4570/96, ΔΔικ 1997/673, ΣΤΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσίδης, «Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας», Κατ' άρθρο ερμηνεία –

νομολογία, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017). Υφίσταται, περαιτέρω, στα πλαίσια της μεν ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος, γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος (βλ. ΣΤΕ 1393/2003), στη δε διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της.

50. Επειδή το έννομο συμφέρον του οικονομικού φορέα, που προσφεύγει ενώπιον της ΑΕΠΠ εξειδικεύεται αυθεντικά και αποκλειστικά από τον ίδιο, εξετάζεται δε από την τελευταία ως προς την νομιμότητά του, την απόδειξή του και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του, που επιβάλλουν την έννομη προστασία του, ότι δεν είναι ανταγωνιστικό του δημοσίου συμφέροντος, και ότι δεν είναι αποδοκιμαστέο ως ιδιοτελής (πρβλ. Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 17).

51. Επειδή η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣΤΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣΤΕ 3905/2004).

52. Επειδή σε κάθε περίπτωση, οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές, και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017).

53. Επειδή η προσφεύγουσα χωρίς επίκληση βλάβης και εννόμου συμφέροντος, αλυσιτελώς, αόριστα και αναπόδεικτα ασκεί τον πρώτο λόγο της προσφυγής με τον οποίο ζητά την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης λόγω πλημμελειών περί την διεξαγωγή της διαδικασίας και συγκεκριμένα διότι κατά την ημέρα του διαγωνισμού οι φάκελοι των προσφορών κατατέθηκαν σφραγισμένοι στο πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής και όχι εις χείρας της

Επιτροπής του Διαγωνισμού ως τούτο προβλέπεται από τον όρο 3 της διακήρυξης (σκέψη 42), διότι κατά την ορισμένη ώρα δεν είχαν προσέλθει τα μέλη της Επιτροπής, τα οποία προσήλθαν 1.30 ώρα αργότερα, οπότε και ξεκίνησε η διαδικασία. Όμως ανεξαρτήτως της σύννομης ή μη διεξαγωγής του διαγωνισμού από την αναθέτουσα αρχή, ο πρώτος λόγος της προσφυγής και οι παραπάνω ισχυρισμοί πρέπει να απορριφθούν ως αλυσιτελείς, διότι και αληθείς υποτιθέμενοι, και ίδια και αληθής υποτιθέμενος ο ισχυρισμός της προσφυγής ότι τα παραπάνω συνιστούν παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, όμως τούτα δεν οδηγούν στην ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που απορρίπτει την προσφορά της προσφεύγουσας, την οποία επιδιώκει και αιτείται, αλλά στην ακύρωση του διαγωνισμού. Όμως, την ακύρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, όχι μόνο δεν το αιτείται η προσφεύγουσα, αλλά μάλιστα ρητώς αποκρούει, καθώς επιδιώκει την αποδοχή της προσφοράς της, τον αποκλεισμό της παρεμβαίνουσας και την κατακύρωση της προμήθειας στην ίδια (αίτημα της προσφυγής). Περαιτέρω, σε κάθε περίπτωση οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα ο οποίος δεν επικαλείται και δεν αποδεικνύει βλάβη, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017). Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα δεν αποδεικνύει ότι η βλάβη της, ήτοι ο αποκλεισμός της από τον εν θέματι διαγωνισμό, συνδέεται αιτιωδώς με τις πλημμέλειες της διαγωνιστικής διαδικασίας, δηλαδή δεν αποδεικνύει, ότι η κατάθεση των προσφορών όλων των διαγωνιζομένων, αποκλεισθέντων και μη, περιλαμβανομένης της προσφεύγουσας στο πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής και όχι εις χείρας της Επιτροπής Διαγωνισμού, και αληθής και παράνομος υποτιθέμενος συνδέεται αιτιωδώς με την βλάβη της δηλαδή με τον αποκλεισμό της από τον διαγωνισμό. Εξάλλου, ούτε από τις διατάξεις του εθνικού δικαίου ούτε από τις αντίστοιχες διατάξεις του ενωσιακού δικαίου σχετικά με το έννομο συμφέρον διαγωνιζομένων κατά το

προσυμβατικό στάδιο και τη σχετική νομολογία του Δ.Ε.Ε. αναγνωρίζεται γενικό έννομο συμφέρον στον αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο να ενεργεί ως 'μοχλός του αντικειμενικού ελέγχου νομιμότητας του διαγωνισμού' και εγγυητής της διαφάνειας αυτού (ΣΤΕ ΕΑ 106/2018). Ειδικότερα εν προκειμένω, ως αποδεικνύεται από το Πρακτικό με αριθ. 4738/21-11-2018 (σκέψη 19), ως ομολογείται από την προσφεύγουσα στην ένστασή της κατά του Πρακτικού τούτου (σκέψη 20), και δεν αμφισβητείται με την προσφυγή : i) η προσφεύγουσα κατέθεσε καθ' υπόδειξη τους σφραγισμένους φακέλους της προσφοράς της στο πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής, όπως ακριβώς και η παρεμβαίνουσα και ii) οικεία βουλήσει δεν τους διακράτησε προκειμένου να τους καταθέσει ιδιοχείρως στην Επιτροπή του Διαγωνισμού ως ισχυρίζεται ότι αποτελεί ουσιώδη τύπο της διαδικασίας, και iii) εν συνεχεία συμμετείχε ανεπιφυλάκτως στην διαδικασία αποσφράγισης των φακέλων των προσφορών ενώπιον της Επιτροπής Διαγωνισμού, χωρίς να αμφισβητήσει ούτε το γεγονός ότι ο φάκελος της προσφοράς της προσκομίστηκε από το πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής σφραγισμένος και ανέπαφος, και χωρίς να αμφισβητήσει κατά την καταμέτρηση, καταγραφή, μονογραφή και αρίθμηση των εγγράφων της προσφοράς της –που διεξήχθη παρουσία της- ότι η επίμαχη υπεύθυνη δήλωση -λόγω της μη υποβολής της οποίας αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό- δεν βρισκόταν στον φάκελο της προσφοράς της. Επί πλέον ούτε στην υπό εξέταση προσφυγή προσκομίζεται οποιαδήποτε απόδειξη ότι η επίμαχη υπεύθυνη δήλωση είχε πράγματι συμπεριληφθεί στην προσφορά της προσφεύγουσας, ενώ οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι οι φάκελοι των προσφορών όλων των διαγωνιζομένων έμειναν «εκτεθειμένοι» στο πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής, μέχρι να προσκομιστούν εις χείρας της Επιτροπής του Διαγωνισμού είναι αόριστοι, δεν συσχετίζονται με συγκεκριμένο νομικό ή πραγματικό ισχυρισμό και είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι. Και τούτο δεδομένου ότι i) οι φάκελοι των προσφορών ήσαν σφραγισμένοι κατά την κατάθεσή τους στο πρωτόκολλο και σφραγισμένοι προσκομίστηκαν εις χείρας της Επιτροπής του Διαγωνισμού, ενώπιον της προσφεύγουσας η οποία δεν αμφισβητεί ότι ο σφραγίδες ήσαν ανέπαφες μέχρι και το άνοιγμα των φακέλων των προσφορών, αλλά ούτε

αμφισβήτησε κατά τον κρίσιμο χρόνο της διαδικασίας του διαγωνισμού στην οποία παρίστατο ότι το επίμαχο έγγραφο εξέλειπε από τον φάκελο της προσφοράς της, ενώ η ίδια το είχε συμπεριλάβει και ii) αορίστως αναφέρεται η προσφεύγουσα σε «εκτεθειμένους» φακέλους προσφορών, χωρίς καν να επικαλείται ότι αφαιρέθηκε από τον φάκελο της προσφοράς της το επίμαχο έγγραφο, ενόσω ο φάκελος βρισκόταν στο πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής, πράγμα το οποίο μόνο υπαινικτικά μπορεί ενδεχομένως να συναχθεί από την προσφυγή και τούτο άνευ βεβαιότητας. Συνεπώς εν προκειμένω, η επικληθείσα πλημμέλεια της διαδικασίας δεν παρίσταται βλαπτική των συμφερόντων της προσφεύγουσας και σε κάθε περίπτωση δεν συνιστά αποδεδειγμένο, αιτιώδη και καθοριστικό όρο για τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας με την προσβαλλόμενη απόφαση. Ως εκ τούτου, επειδή δεν υπάρχει ούτε επίκληση ή απόδειξη βλάβης της προσφεύγουσας (ΣΤΕ ΕΑ 298/2008, 1270/2009, 1205/2009) από τις φερόμενες πλημμέλειες της διαδικασίας, αλλά μόνον επίκληση λόγων νομιμότητας, και επειδή επί πλέον δεν υπάρχει ούτε επίκληση ή απόδειξη ότι η φερόμενη πλημμέλεια της διαδικασίας δημιούργησε άνισες συνθήκες ανταγωνισμού (βλ. Φ. Αρναούτογλου Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010, Νομική Βιβλιοθήκη, 2^η εκδ., παρ. 181 με αναφερόμενη εκτενή νομολογία του ΔΕΚ και του ΣΤΕ), επομένως δεν στοιχειοθετείται βλάβη της προσφεύγουσας από το γεγονός της κατάθεσης της προσφοράς της στο πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής μία ώρα πριν την έναρξη της διαδικασίας, ως άλλως τε έπραξε και η έτερη συνδιαγωνιζόμενη παρεμβαίνουσα. Συνεπώς άνευ εννόμου συμφέροντος και συνακόλουθα απαραδέκτως προβάλλεται ο πρώτος λόγος της προσφυγής, ο οποίος πρέπει να απορριφθεί, όπως αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, και να γίνει δεκτός ο 4^{ος} λόγος της παρέμβασης.

54. Επειδή, από την ρητή διατύπωση του όρου 5 της διακήρυξης (σκέψη 42) σε συνδυασμό με τις ως άνω διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας (σκέψεις 38 έως 41) καθίσταται σαφές ότι απαιτείται υποχρεωτικά, και μάλιστα επί ποινή απαραδέκτου της προσφοράς, η προσκόμιση στον φάκελο της προσφοράς ως δικαιολογητικό συμμετοχής στον διαγωνισμό, υπεύθυνης

δήλωσης υπογεγραμμένη από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφέροντος, ότι δεν τελεί σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων κατά την έννοια του άρθ. 40 του ν. 4413/2016. Από την έρευνα των εγγράφων της προσφοράς της προσφεύγουσας προέκυψε ότι η επίμαχη υπεύθυνη δήλωση δεν έχει περιληφθεί στην προσφορά της παρά τον ρητό και σαφή όρο της διακήρυξης περί αποκλεισμού της προσφοράς στην περίπτωση αυτή. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να λάβει υπόψη της έγγραφο που δεν προσκομίζεται στην προσφορά της αλλά έγγραφο που είχε προσκομιστεί στα πλαίσια άλλου διαγωνισμού της 13-9-2017 με το ίδιο αντικείμενο. Όμως στην προκείμενη περίπτωση, η σχετική πρόβλεψη υποχρεωτικής προσκόμισης της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης με την προσφορά, και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού από την διαδικασία, προβλέπεται σαφώς στην διακήρυξη, και επομένως ο αποκλεισμός της προσφοράς της προσφεύγουσας αποφασίστηκε κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που παγίως διέπει τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Περαιτέρω, είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελείς και αβάσιμοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να αναζητήσει οίκοθεν την υπεύθυνη δήλωση που υποβλήθηκε στα πλαίσια άλλου διαγωνισμού. Και τούτο διότι ακόμη και αν υποτεθεί ότι πράγματι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να αναζητήσει την επίμαχη υπεύθυνη δήλωση από φάκελο άλλου –προ έτους- διαγωνισμού όμως η τότε κατατεθείσα υπεύθυνη δήλωση της προσφεύγουσας περί μη ύπαρξης τότε κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων, καταφανώς δεν εκπληρώνει i) την ρητή απαίτηση του νόμου περί πρόληψης σύγκρουσης συμφερόντων κατ' άρθ. 35 του ν. 4413/2016 στα πλαίσια της παρούσας διαδικασίας (σκέψη 37) , ii) ούτε την ρητή απαίτηση του άρθ. 5 της διακήρυξης με την οποία απαιτείται να δηλώνεται υπευθύνως ότι ο προσφέρων δεν *τελεί σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων*, ήτοι κατά τον παρόντα χρόνο και ανεξαρτήτως αν κατά τον παρελθόντα χρόνο και δη το 2017 επίσης δεν τελούσε σε τέτοια κατάσταση iii) ούτε εμπίπτει στην έννοια του άρθ. 40 παρ. 8 του ν. 4413/2016 δεδομένου ότι η υπεύθυνη δήλωση που είχε κατατεθεί το 2017 και βεβαίωνε υπευθύνως

την μη συνδρομή σύγκρουσης συμφερόντων το 2017, εξ ορισμού δεν βρίσκεται σε ισχύ τον Νοέμβριο του 2018 ούτε μπορεί να δηλώνεται υπευθύνως και εγκύρως από το 2017 ότι και τον Νοέμβριο του 2018 δεν συντρέχει περίπτωση σύγκρουσης συμφερόντων. Και τούτο διότι η υπεύθυνη δήλωση μπορεί να βεβαιώνει γεγονότα παρόντα ή παρελθόντα και όχι μέλλοντα καθισταμένης αυτονοήτως ανακριβούς σε αντίθετη περίπτωση (βλ. πάγια νομολογία ΔΕφΚομοτ 7/2013 (ΑΝΑΣΤ) ΣΤΕ ΕΑ 150/2011, 163/2010 (ΑΣΦ), 1344/2010 7μ., 781, 967, 118/2010 7μ., 1062/2009, 204 560 685, 380/2009, 1211, 1377, 1211/2008, 1337/2008, 938/2007 κα) Συνεπώς η επικαλούμενη υπεύθυνη δήλωση του έτους 2017 παραμένει σε κάθε περίπτωση ελλιπής κατά το περιεχόμενό της, αφού δεν διαλαμβάνεται ούτε μπορεί να διαλαμβάνεται σε αυτή το περιγραφόμενο στη διακήρυξη περιεχόμενο, ότι δηλ. η προσφεύγουσα δεν τελεί –κατά τον χρόνο της παρούσας διαδικασίας- σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων το οποίο, συνιστά υποχρεωτική απαίτηση, δηλαδή απαράβατο όρο της διακήρυξης και ρητώς η μη τήρησή του επάγεται, τον αποκλεισμό του διαγωνιζομένου. (ΔΕφΑθ 537/2015 (ΑΝΑΣΤ), ΣΤΕ ΕΑ 127/2010, 364/2009, 1173/2009) Επομένως, αλυσιτελώς η προσφεύγουσα επικαλείται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής όπως αναζητήσει την υπεύθυνη δήλωσή της του έτους 2017, διότι η αναθέτουσα αρχή ακόμη και στην περίπτωση αυτή ήταν υποχρεωμένη να αποκλείσει την αιτούσα από την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού λόγω μη υποβολής της επίμαχης δήλωσης με το κατά τα ανωτέρω αξιούμενο περιεχόμενο, νομικό γεγονός το οποίο σε κάθε περίπτωση συντρέχει ανεξαρτήτως της υποχρέωσης ή μη της αναθέτουσας αρχής να αναζητήσει την προ έτους υποβληθείσα υπεύθυνη δήλωση της προσφεύγουσας, η οποία σε κάθε περίπτωση δεν πληροί ούτε μπορεί να πληροί τον ως άνω απαράβατο επί ποινή απόρριψης της προσφοράς όρο. Για τους ίδιους ως άνω λόγους παρίσταται και ως αλυσιτελής, άνευ εννόμου συμφέροντος και άνευ βλάβης προβληθείς και ο πρώτος λόγος της προσφυγής, διότι ακόμη και αν ήθελε τυχόν υποτεθεί ότι καθώς η προσφορά της προσφεύγουσας κατετέθη στο πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής, για τον λόγο αυτό εξέλειπε η επικαλούμενη υπεύθυνη δήλωση του έτους 2017,

όμως τούτο σε ουδέν ωφελεί ούτε βλάπτει την προσφεύγουσα δεδομένου ότι η επικαλούμενη υπεύθυνη δήλωση του έτους 2017 δεν πληροί τον ως άνω απαράβατο όρο περί προσκόμισης υπεύθυνης δήλωσης όπου απαιτείται να δηλώνεται ότι δεν συντρέχει –κατά τον χρόνο της παρούσας διαδικασίας του 2018- κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων. Συνεπώς για τους λόγους αυτούς, πρέπει να απορριφθεί ο πρώτος λόγος της προσφυγής και ως περαιτέρω αλυσιτελής και άνευ εννόμου συμφέροντος ασκηθείς, και επί πλέον πρέπει να απορριφθεί και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής ως αλυσιτελής και περαιτέρω αβάσιμος ως αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, και να γίνει δεκτός ο 5^{ος} λόγος της παρέμβασης.

55. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω νόμιμα βάσιμα και παραδεκτά αποκλείσθηκε σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και του νόμου η προσφορά της προσφεύγουσας και συνεπώς κατέστη τρίτος ως προς τον διαγωνισμό (σκέψη 32). Κατ' ακολουθίαν, πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτοι, άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενοι οι ισχυρισμοί και οι αιτιάσεις της προσφυγής κατά της νομιμότητας της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, δοθέντος μάλιστα ότι δεν εμπίπτουν στην αρχή του ίσου μέτρου κρίσης ως παντελώς διάφοροι των λόγων αποκλεισμού της προσφοράς της ίδιας της προσφεύγουσας (σκέψη 30 στο τέλος).

56. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

57. Επειδή κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

58. Επειδή η παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

59. Επειδή κατόπιν των σκέψεων 12 έως 16 πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα ποσόν 1.560 ευρώ ως αχρεωστήτως καταβληθέν ποσόν κατατεθέντος παραβόλου.

60. Επειδή κατόπιν της σκέψης 57 πρέπει να καταπέσει ποσόν 600 ευρώ από το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: 172/2019

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Διατάσσει την επιστροφή στην προσφεύγουσα ποσού 1.560 ευρώ από το κατατεθέν παράβολο.

Διατάσσει την κατάπτωση ποσού 600 ευρώ από το κατατεθέν παράβολο.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 24.01.2019 και εκδόθηκε την 13.02.2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Χρήστος Σώκος

Νικόλαος Λιακασιδης