

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στην έδρα της στις 31 Οκτωβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Χρήστος Σώκος, Ιωάννα Θεμελή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27.09.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ/1180/30.09.2019 της εταιρείας με την επωνυμία «...», και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... όπως εκπροσωπείται από τον «ΥΠΟΥΡΓΟ ...».

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί η Απόφαση .../17.09.2019 του «ΥΦΥΠΟΥΡΓΟΥ ...», με την η οποία, κατ' έγκριση του ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ 6/04.07.2019 που συνέταξε η Επιτροπή Διεξαγωγής του δημόσιου Διαγωνισμού «ΣΥΜΒΟΥΛΟΣ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗΣ ΣΤΟ ΠΛΑΙΣΙΟ ΤΩΝ ΣΥΜΒΑΤΙΚΩΝ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ ΤΗΣ ... (...), ΩΣ ΕΤΑΙΡΟΥ ΤΟΥ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΟΥ ΕΡΓΟΥ ..., ΓΙΑ ΤΗΝ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗ ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΤΗΣ ΜΑΚΡΟΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΗΣ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΗΣ ...-... ΣΤΗΝ ...», απορρίφθηκε ο (υπο)φάκελος «Δικαιολογητικών Κατακύρωσης» που υπέβαλε και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η ανταγωνίστρια ένωση εταιρειών «...».

Η συζήτηση άρχισε με την ανάγνωση της Έκθεσης του Εισηγητή Ιωάννη Κίτσου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, δυνάμει των άρθρων 363 (Παράβολο) παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 (Παράβολο) παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α' 64) [εφεξής ο Κανονισμός] προβλέπεται ως προϋπόθεση παραδεκτού για την εξέταση από το αρμόδιο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ, η κατάθεση από τον

προσφεύγοντα οικονομικό φορέα Παραβόλου υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,50% της προϋπολογισθείσας αξίας της σχετικής δημόσιας σύμβασης άνευ ΦΠΑ. Περαιτέρω, όπως ορίζεται στο άρθρο 6 (Μεθοδολογία υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης) παρ. 1 εδ. α' Ν. 4412/2016, ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς ΦΠΑ, όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, «συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαίρεσεως ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης».

2. Επειδή, με τη Διακήρυξη .../... .../02.08.2018 που εξέδωσε η ... [εφεξής ...] της ... του «ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ...» (άρθρο 1.1.), συνοδευόμενη αναποσπαστάως με τα ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΑ της I-IV, επιδιώχθηκε η διενέργεια, σύμφωνα με τον Ν. 4412/2016 ΒΙΒΛΙΟ Ι (άρθρα 1-221) και με τη χρήση της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ (υπό Α/Α: ...), δημόσιου Διαγωνισμού για την ανάθεση, μέσω του κριτηρίου της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής άποψης προσφοράς βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής (άρθρα 1.3.2. και 2.3.) του «έργου» [sic], κατ' ακριβολογία των υπηρεσιών: «ΣΥΜΒΟΥΛΟΣ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗΣ ΣΤΟ ΠΛΑΙΣΙΟ ΤΩΝ ΣΥΜΒΑΤΙΚΩΝ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ ΤΗΣ ..., ΩΣ ΕΤΑΙΡΟΥ ΤΟΥ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΟΥ ΕΡΓΟΥ ..., ΓΙΑ ΤΗΝ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗ ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΤΗΣ ΜΑΚΡΟΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΗΣ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΗΣ ...-... ΣΤΗΝ ...» (Κωδικός CPV: ...) (βλ. άρθρο 1.3. για τη συνοπτική περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης με παραπομπή στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι σελ. 48επ.). Η Διακήρυξη όρισε πως η ... θα προβεί στην πρόσληψη του αντίστοιχου συμβούλου υποστήριξης μέσω δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών αρχικής διάρκειας 2 ετών, επιφυλασσόμενη η αναθέτουσα αρχή της δυνατότητας, δια μονομερούς δήλωσής της κοινοποιούμενης στον ανάδοχο 2 μήνες πριν από τη λήξη της σύμβασής του, για τη χρήση γνήσιου δικαιώματος προαίρεσης του Αστικού Κώδικα για διάρκεια έως επιπλέον 3 έτη με τους ίδιους όρους και αμοιβή (άρθρα 1.3. και 1.3.2.). Με βάση την κανονιστική αυτή πρόβλεψη, η συνολική προϋπολογισθείσα αξία της επίμαχης δημόσιας

Αριθμός απόφασης: 1296/2019

σύμβασης υπηρεσιών εκτιμήθηκε στο ποσό των €145.161,29 άνευ ΦΠΑ 24% €34.838,71 για 2 έτη, και με τη συμπερίληψη του γνήσιου δικαιώματος προαίρεσης για έως 3 επιπλέον έτη η αξία αυτή εκτιμήθηκε στο ποσό των €217.741,93 άνευ ΦΠΑ 24% €52.258,07 (άρθρα 1.3. και 1.3.2.). Καταληκτική ημερομηνία υποβολής των ηλεκτρονικών Προσφορών ορίστηκε η 10.09.2019 και ημερομηνία ανοίγματος του (υπο)φακέλου «Δικαιολογητικών Συμμετοχής & Τεχνικών Προσφορών» η 17.09.2018 (άρθρα 1.5. και 3.1.1.). Τέλος, η αναθέτουσα αρχή προέβη στην έκδοση των Διευκρινίσεων .../... .../30.08.2019, .../... .../07.09.2018 και .../... .../12.09.2018 τις οποίες ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του Διαγωνισμού.

3. Επειδή, με την ήδη προσβαλλόμενη Απόφαση .../17.09.2019 του «ΥΦΥΠΟΥΡΓΟΥ ...» αναρτηθείσα στον ηλεκτρονικό τόπο του Διαγωνισμού στις 19.09.2019, εγκρίθηκε το Πρακτικό 6/04.07.2019 της 3μελούς Επιτροπής Διενέργειας του επίμαχου Διαγωνισμού με το οποίο είχε εισηγηθεί ομόφωνα την απόρριψη του (υπο)φακέλου Δικαιολογητικών Κατακύρωσης της «...» (Προσφορά ...), μετά και τις διευκρινίσεις που υπέβαλε αυτή κατόπιν κλήσης της, με το αιτιολογικό ότι «οι υπ' αριθ. ... και ... φορολογικές ενημερότητες που προσκόμισε καλύπτουν τα χρονικά διαστήματα 03/08/2018-03/09/2018 και 21/09/2018-21/10/2018, και όχι τον χρόνο υποβολής της προσφοράς (17/09/2018), όπως απαιτείται από την παρ. 2.2.9.2./B.1.β. της Διακήρυξης» και ανέδειξε ως προσωρινή ανάδοχο την ένωση εταιρειών «... - ...» η οποία είχε υποβάλλει την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη Προσφορά (...), προσκαλώντας αυτή να υποβάλλει εντός προθεσμίας 20 ημερών τα προβλεπόμενα από το άρθρο 2.2.9.2. της Διακήρυξης δικαιολογητικά κατακύρωσης. Τον αποκλεισμό της αμφισβήτησε η αιτούσα καταθέτοντας, δια ανάρτηση στο ΕΣΗΔΗΣ στις 27.09.2019, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού, την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της (άρθρα 345επ. Ν. 4412/2016 και 3επ. Κανονισμού με τους αναφερόμενους σε αυτή λόγους ακύρωσης (βλ. σελ. 7επ.).

4. Επειδή, από τα στοιχεία του ηλεκτρονικού διοικητικού φακέλου της υπόθεσης, προκύπτει πως η αιτούσα, για την παραδεκτή άσκηση της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής της, προσκόμισε, ως συνημμένο έγγραφο, το υπ' αριθμ. ... ηλεκτρονικό/e-παραβόλο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου ποσού επτακοσίων είκοσι πέντε ευρώ και ογδόντα ένα λεπτών (€725,81), το οποίο υπολόγισε επί της αρχικής 2ετούς διάρκειας για την εκτιμώμενη αξία της μέλλουσας να συναφθεί δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών €145.161,29 άνευ ΦΠΑ 24% (σκέψη 2), όμως, στην τελική προϋπολογιζόμενη αξία της επίμαχης σύμβασης η αναθέτουσα αρχή είχε ρητά συνυπολογίσει την οικονομική αποτίμηση του γνήσιου δικαιώματος προαίρεσης του ΑΚ που επιφύλαξε για την ίδια, ήτοι του κανονιστικού δικαιώματός της να παρατείνει τη συμβατική διάρκεια της για έως επιπλέον 3 έτη με τους ίδιους όρους και αμοιβή €217.741,93 άνευ ΦΠΑ 24%, χωρίς να καταβάλλει και το επιπλέον ποσό Παραβόλου €1.088,7. Δηλαδή, κατά νομική ακριβολογία, η τελική εκτιμώμενη συμβατική αξία ανερχόταν στα €362.903,22 άνευ ΦΠΑ 24%, επί της οποίας έπρεπε, όπως έχει ήδη κριθεί από την ΑΕΠΠ και επιβεβαιώνεται από πρόσφατα επιστημονικά δεδομένα (βλ. τις επόμενες σκέψεις 6-7 της παρούσας Απόφασης), να υπολογιστεί το ορθό Παραβόλο ύψους €1.814,51. Συνεπώς, μη ορθά σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, προσκόμισε η αιτούσα το μειωμένο Παραβόλο των €725,81, για το οποίο, από το υπάρχον νομοθετικό πλαίσιο δεν αναγνωρίζεται η δυνατότητα συμπλήρωσης του ήδη κατά τον χρόνο εξέτασης της Προδικαστικής Προσφυγής της αιτούσας από το κρίνον Κλιμάκιο καθώς, ενόψει, της ταχύρυθμης διαδικασίας εξέτασής της και έκδοσης Απόφασης επ' αυτής (άρθρα 365 παρ. 4, 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 13 παρ. 2 και 18 παρ. 3 Κανονισμού), εξ απόψεως προϋποθέσεων παραδεκτού, κρίσιμος είναι ο χρόνος κατάθεσης της Προσφυγής.

5. Επειδή, την ανωτέρω νομική κατεύθυνση έχει ήδη ακολουθήσει η ΑΕΠΠ όπως προκύπτει από τις αποφάσεις της 855/2018, 361/2018 και 142/2018. Με βάση τα πλέον πρόσφατα επιστημονικά δεδομένα επί του

κρίσιμου νομικού ζητήματος για τον ορθό υπολογισμό του απαιτούμενου Παραβόλου, προκύπτει, ότι κατά τον χρόνο εξέτασης της παρούσας υπόθεσης, έχουν ad hoc επισημανθεί υπέρ της νομικής κατεύθυνσης αυτής από τον Ι. Κίτσο, «Η προδικαστική προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων μέσω της ΑΕΠΠ (Βιβλίο IV άρθρα 345επ. Ν. 4412/2016): Η διοικητική νομολογία της Αρχής ενώπιον των διοικητικών Δικαστών», σε: Η. Μάζου – Ε.-Ε. Κουλουμπίνη – Ι. Κίτσου (επιμέλεια), Δημόσιες Συμβάσεις – Ν. 4412/2016: Νομολογιακή προσέγγιση και πρακτική εφαρμογή (συλλογικό έργο), Νομική Βιβλιοθήκη 2019, σελ. 519-522, τα εξής δεδομένα: Α) Για πρώτη φορά στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, ο Έλληνας νομοθέτης, κατά υποχρεωτική ενσωμάτωση της διάταξης του άρθρου 5 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (ΕΕ L 94), προσδιόρισε στη διάταξη του άρθρου 6 παρ. 1 Ν. 4412/2016 ότι η μεθοδολογία υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας μιας δημόσιας σύμβασης που υπάγεται στο ρυθμιστικό πλαίσιο του νέου Ν. συμπεριλαμβάνει «κάθε τυχόν δικαίωμα προαίρεσεως ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης», ανεξάρτητα εάν το αντίστοιχο δικαίωμα ασκηθεί κυριαρχικά από την αναθέτουσα αρχή καθώς, κατά τη γραμματική σε συνδυασμό με την τελολογική ερμηνεία της διάταξης, προέχει, για τον Ευρωπαϊκό και Έλληνα νομοθέτη, ώστε να εφαρμοστεί σε ενιαία βάση το νέο κανονιστικό πλαίσιο για τις δημόσιες συμβάσεις, η οικονομική αποτίμηση του δικαιώματος προαίρεσης (το ίδιο εξάλλου ορίζεται στην Οδηγία 2014/23/ΕΕ (ΕΕ L 94) άρθρο 8 παρ. 3 α) διάταξη η οποία αναγκαστικά ενσωματώθηκε στο άρθρο 8 παρ. 3 α) Ν. 4413/2016 ΦΕΚ Α΄ 148). Μάλιστα, το ίδιο το Προοίμιο της Οδηγίας 2014/24 στην Αιτιολογική Σκέψη 19 αναφέρει ρητά ότι: «για την εκτίμηση της αξίας μιας σύμβασης, πρέπει να λαμβάνονται υπόψη όλα τα έσοδα...» (βλ. αντίστοιχα την Αιτιολογική Έκθεση του Ν. 4412/2016 για τη διάταξη του άρθρου 6). Β) Πράγματι, συγκριτικά με το προϊσχύον Δίκαιο για τις Δημόσιες Συμβάσεις –το οποίο ως γνωστό ήταν κατακερματισμένο στην ημέτερη έννομη τάξη– αντίστοιχη διάταξη δεν περιελάμβαναν οι προγενέστεροι και ήδη πλέον καταργηθέντες, με το άρθρο 377 Ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε, Ν. 3886/2010 (ΦΕΚ Α΄ 183), Ν. 3669/2008 (ΦΕΚ Α΄ 116), Π.Δ. 118/2007 (ΦΕΚ Α΄ 150) (βλ. και Π.Δ. 28/1980 ΦΕΚ Α΄ 11). Γ) Η ερμηνεία

λοιπόν της καινούργιας διάταξης του άρθρου 363 παρ. 1 Ν. 4412/2016 που ορίζει την καταβολή παραβόλου ως προϋπόθεση παραδεκτού για την εξέταση από το αρμόδιο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ κάθε προδικαστικής προσφυγής που εισφέρεται προς εξεταστική κρίση ενώπιόν του, αυτονόητα, για λόγους συστηματικής ενότητας του νέου νομοθετικού κειμένου αυτού, λαμβάνει υπόψη τη μεθοδολογία υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας της δημόσιας σύμβασης η οποία δεσμευτικά, όπως έχει ήδη αποφασιστεί από τον Ευρωπαϊκό νομοθέτη, ορίζεται στο άρθρο 6 παρ. 1. Εάν δεχόμασταν πως οι δύο κρίσιμες έννοιες διαφοροποιούνται εννοιολογικά στις δύο διατάξεις αυτές (άρθρο 363 παρ. 1 και 6 παρ. 1 Ν. 4412/2016) θα καταλυόταν κάθε έννοια ασφάλειας δικαίου ως προς την εφαρμογή του καινούργιου ενιαίου κανονιστικού πλαισίου για τις δημόσιες συμβάσεις. Δ) Πράγματι το έργο του ερμηνευτή του δικαίου δυσχεραίνεται εάν λάβουμε υπόψη, πως στις περιπτώσεις που ο Έλληνας νομοθέτης του νέου Ν 4412/2016 καλείται να μεταφράσει στην ελληνική γλώσσα αυτούσιο το κείμενο της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ως προς τον όρο «estimated value» εκ του πρωτότυπου αγγλικού κειμένου, τον μεταφράζει ως «εκτιμώμενη αξία» (έτσι π.χ. στα άρθρα 3 παρ.4, 5 παρ.1), ενώ στον νέο Ν.4412/2016, όταν δεν υπάρχει δέσμευση μετάφρασης διότι τίθενται επιτρεπτά νέα άρθρα, χρησιμοποιεί τον όρο «προϋπολογισθείσα αξία» (έτσι π.χ. στο άρθρο 363 παρ.1). Όμως η εσωτερική προβληματική διάσταση αυτή –προκαλούμενη από ολοφάνερες νομοθετικές αβλεψίες και αστοχίες της ελληνικής μετάφρασης– η οποία ουδόλως έχει αρθεί μέχρι σήμερα δια νομοθετικής τροποποίησης, δεν μπορεί να οδηγήσει στην υποστήριξη της αντίθετης οδού, όπου, εντελώς διαστρεβλωτικά, για την υπαγωγή μιας δημόσιας σύμβασης σε άνω ή κάτω των ενωσιακών ορίων ο Ευρωπαίος νομοθέτης επιτάσσει τον συνυπολογισμό του δικαιώματος προαίρεσης, ενώ για το ορθό Παράβολο ως προϋπόθεση παραδεκτού της προδικαστικής προσφυγής ο Έλληνας νομοθέτης δε θα αποδέχεται την οικονομική αποτίμηση του αντίστοιχου δικαιώματος για την οποία απλά αδιαφορεί. Από τη σκοπιά αυτή, η υποστηριζόμενη λεκτική διαφοροποίηση, επιφέροντας τεχνητή κατάτμηση της ενιαίας ερμηνευτικής μεθοδολογίας των εννοιών αυτών όπως εισάγονται από τον Έλληνα νομοθέτη,

επιφέρει περαιτέρω πλήγμα στην ασφάλεια δικαίου. Σε κάθε περίπτωση, η νομολογιακή άποψη περί διακριτής ερμηνείας, δεν επιβεβαιώνεται εάν αντιπαραβάλλουμε τις όμοιες διατάξεις των τροποποιημένων άρθρων 72 παρ. 1 α) και 302 παρ. 1 α) του Ν. 4412/2016 αντίστοιχα, όπου η μεν εγγύηση συμμετοχής (σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιου διαγωνισμού) του ΒΙΒΛΙΟΥ Ι συνδέεται με την «εκτιμώμενη αξία της σύμβασης» ενώ του ΒΙΒΛΙΟΥ ΙΙ με την «προεκτιμώμενη αξία της σύμβασης», διάσταση η οποία ομοίως αποδίδεται στις ως άνω δεδομένες αστοχίες της ελληνικής μετάφρασης, όχι βεβαίως στην αποδοχή από τον νομοθέτη πως οι δύο όροι αυτοί προσλαμβάνουν διαφορετική έννοια· να σημειωθεί η νομοθετική αβλεψία της δεύτερης διάταξης αποκαταστάθηκε όλως προσφάτως με το άρθρο 56 παρ. 8 Ν. 4609/2019 (ΦΕΚ Α΄ 67). Ε) Από το κείμενο της ΣΤΕ ΕΑ 187/2017 ακολουθώντας την προηγούμενη 10/2017, που επικαλείται η αντίθετη νομολογιακή κατεύθυνση, προκύπτει ότι κρίνουν υπό το φως της προγενέστερης –και όπως αναφέρθηκε προδήλως διαφορετικής– νομοθεσίας, συγκεκριμένα της διάταξης του άρθρου 5 παρ. 1 Ν. 3886/2010 (όπως ίσχυε τροποποιημένη κατά τον χρόνο εκδίκασης των αντίστοιχων αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων από το ημέτερο Ακυρωτικό) με σαφώς διαφορετικό, και δη κατά πολύ αυξημένο, παράβολο το οποίο ανέρχονταν σε 1% της προϋπολογισθείσας αξίας, περιλαμβανομένου του ΦΠΑ της αντίστοιχης δημόσιας σύμβασης. ΣΤ) Υπό τα νέα δεδομένα λοιπόν, λόγοι ασφάλειας δικαίου επιτάσσουν την υπεροχή της γραμματικής ερμηνείας κυρίως, σε κάθε περίπτωση της τελολογικής ερμηνείας, της επίμαχης διάταξης έναντι κάθε αντίθετης υποστηριζόμενης κατεύθυνσης η οποία θα παραβίαζε, τόσο το γράμμα όσο και το πνεύμα του νόμου, ενώ σε κάθε περίπτωση ο ίδιος ο Έλληνας νομοθέτης έχει προβλέψει στην παρ. 1 εδ. β΄ του άρθρου 363 πλαφόν για το ύψος του απαιτούμενου Παραβόλου, μάλιστα κατά πολύ μικρότερου αυτού που προβλεπόταν υπό την ισχύ του Ν. 3886/2010 άρθρου 5 παρ. 1 (όπως είχε τροποποιηθεί), διορθώνοντας στρεβλώσεις του προγενέστερου νομοθετικού πλαισίου. Ζ) Τέλος, η νομολογιακή άποψη περί του ότι «ουδεμία ανάλογη πρόβλεψη για τον συνυπολογισμό του δικαιώματος προαίρεσης» έθεσε ο Έλληνας νομοθέτης στη διάταξη του άρθρου 363 παρ. 1 προβαίνει σε

αντίστροφη ερμηνεία των ως άνω ερμηνευτικών κανόνων: δηλαδή, κατά ορθή νομική προσέγγιση, εάν ήθελε ο νομοθέτης να μη συνυπολογίζεται το επίμαχο δικαίωμα εισάγοντας εξαίρεση από τον κανόνα του άρθρου 6 παρ. 1 όφειλε να το είχε ορίσει ρητά. Η θέση μας επιβεβαιώνεται εξάλλου από την πλέον πρόσφατη τροποποίηση που επέφερε το άρθρο 43 παρ. 5 του Ν. 4605/2019 στη διάταξη του άρθρου 72 παρ. 1 α) ορίζοντας ρητά πλέον τον «μη συνυπολογισμό των δικαιωμάτων προαίρεσης και παράτασης της σύμβασης» για την εγγύηση συμμετοχής.

6. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης πρέπει να ληφθούν υπόψη επιπρόσθετα τα εξής: Η) Υπενθυμίζεται ότι, από συστηματική σκοπιά, η επίμαχη διάταξη του άρθρου 6 παρ. 1 Ν 4412/2016 εντάσσεται, ήδη από τα πρώτα άρθρα του Ν. 4412/2016 ΒΙΒΛΙΟ Ι, στο ΓΕΝΙΚΟ ΜΕΡΟΣ Α' αυτού με τίτλο «Πεδίο Εφαρμογής, Γενικές Αρχές και Κανόνες», και παρά τα όσα αντίθετα υποστηρίχθηκαν, ο διοικητικός νομοθέτης του Ν. 4412/2016 μία μέθοδο υπολογισμού της αξίας μιας δημόσιας σύμβασης αναγνωρίζει όπως την αποδέχεται στο επίμαχο άρθρο, είτε αυτή την (αξία την) ονομάζει «εκτιμώμενη» (άρθρο 6 παρ. 1 Ν. 4412/2016) είτε «προϋπολογισθείσα» (άρθρα 363 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017), κατά τα όσα αναλυτικά αναφέρθηκαν στην προηγούμενη σκέψη με βάση τα πρόδηλα σφάλματα της ελληνικής μετάφρασης. Έτσι εξηγείται λοιπόν ότι στις ελαχιστότατες περιπτώσεις που ο εσωτερικός νομοθέτης θέλησε τη διάρρηξη της ενιαίας μεθοδολογίας υπολογισμού αυτής, δηλαδή τον μη συνυπολογισμό του δικαιώματος προαίρεσης, το όρισε ρητά, δίχως να γεννάται καμία περαιτέρω ερμηνευτική αμφιβολία, όπως προκύπτει από την πλέον πρόσφατη τροποποίηση που επέφερε το άρθρο 43 παρ. 5 του Ν. 4605/2019 στη διάταξη του άρθρου 72 παρ. 1 α), ομοίως κατά την προηγούμενη σκέψη. Δηλαδή, εάν η αντίθετη άποψη ήταν ορθή, τότε καμία ανάγκη ασφάλειας δικαίου δε θα ωθούσε τον ημέτερο νομοθέτη να προβεί στην τελευταία τροποποίηση αυτή αφού, αυτονόητα, ο ίδιος γνώριζε πως δε (θέλησε να) συμπεριλαμβάνεται στο ποσό της εγγύησης συμμετοχής «το δικαίωμα προαίρεσης και παράτασης της

σύμβασης». Πρόκειται λοιπόν για contra ερμηνεία η οποία βαίνει αντίθετα στο γράμμα και το πνεύμα του νομοθέτη. Θ) Αλλά και από δικαιοπολιτική σκοπιά ένα ακόμη επιχείρημα συνηγορεί προς την ανωτέρω νομική κατεύθυνση: ήτοι, η αιτούσα πληροφορούμενη την αντίστοιχη Διακήρυξη και μελετώντας το κείμενό της προσέβλεψε με τη συμμετοχή της τόσο στην αμοιβή επί της αρχικής αξίας της επίμαχης δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών για 2 έτη (€145.161,29 άνευ ΦΠΑ 24%) όσο και στην αντίστοιχη επιπρόσθετη αμοιβή την οποία θα αποκόμιζε εάν η αναθέτουσα αρχή κυριαρχικά αποφάσιζε να ασκήσει το γνήσιο δικαίωμα προαίρεσης που επιφύλαξε υπέρ αυτής, ήτοι να παρατείνει τη συμβατική διάρκεια για έως επιπλέον 3 έτη (€217.741,93 άνευ ΦΠΑ 24%). Δηλαδή προσέβλεψε στην υπερδιπλάσια αμοιβή που η υπερδιπλάσια συμβατική επιμήκυνση της διάρκειας θα επέφερε. Όμως, με την καταβολή του μειωμένου παραβόλου των €725,81 αντί του υπερδιπλάσιου €1.814,51 δεν μπορεί να γίνει, από δικαιοπολιτική άποψη, δεκτό ότι μπορεί να ανοιχθεί νομικά ο δρόμος να αποκομίσει αυτή ενδεχόμενο επιπρόσθετο επιχειρηματικό όφελος από την άσκηση του αντίστοιχου δικαιώματος προαίρεσης. Σε κάθε περίπτωση, καθόλου βέβαιο δεν είναι εάν αντίστοιχο επιχειρηματικό ενδιαφέρον συμμετοχής θα επιδείκνυε η προσφεύγουσα εάν η αναθέτουσα αρχή, κατά την κατάσρωση του κανονιστικού κειμένου της Διακήρυξης, αρκούσαν μόνο στην αρχική 2ετή διάρκεια της επίμαχης δημόσιας σύμβασης δίχως την επιφύλαξη υπέρ αυτής για την άσκηση του κρίσιμου δικαιώματος προαίρεσης. Ι) Τέλος, εξ όσων είναι γνωστά σε επίπεδο εσωτερικής νομολογίας, ακυρωτική απόφαση που να τέμνει το ζήτημα οριστικά υπέρ της αντίθετης νομικής κατεύθυνσης δεν έχει εισέτι εκδοθεί.

7. Επειδή, κατ' ακολουθία, υπό το φως όλων των ανωτέρω νέων νομικών δεδομένων όπως εισφέρονται ενώπιον του παρόντος Κλιμακίου, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

8. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το (κατά τα άλλα ελλιπές) Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρα 363 παρ. 5 Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 Κανονισμού).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Διατάσσει την κατάπτωση του ηλεκτρονικού/e-παραβόλου ... ποσού €725,81.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 31 Οκτωβρίου 2018 και εκδόθηκε στις 20 Νοεμβρίου 2019.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Βασιλική Κωστή