

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής στις 26 Ιουνίου 2018, με την εξής σύνθεση: Νικόλαο Σαββίδη, Πρόεδρο και Εισηγητή, δυνάμει της με αρ. 649/2018 Πράξης του ίδιου, και τα μέλη, Μαρία Μανδράκη, που, δυνάμει της με αρ. 23/2018 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ, αναπληρώνει την Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, και Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη.

Για να εξετάσει την με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 501/01-06-2018 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», Πολ. Μηχανικού, κατοίκου ....., οδός ..... αρ. .. (εφεξής «προσφεύγων»), στρεφόμενη κατά της υπ' αριθ. 148/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Λίμνης Πλαστήρα (εφεξής «προσβαλλόμενη πράξη»), στα πλαίσια της με α.α. ΕΣΗΔΗΣ 71503 ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «ΑΝΤΙΜΕΤΩΠΙΣΗ ΚΑΤΟΛΙΣΘΗΤΙΚΩΝ ΦΑΙΝΟΜΕΝΩΝ ΣΤΟ ΟΔΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΛΙΜΝΗΣ ΠΛΑΣΤΗΡΑ», εκτιμώμενης αξίας 200.084,97 ευρώ (με Φ.Π.Α.) (εφεξής «διακήρυξη»), προσφυγή κοινοποιηθείσα στην ΑΕΠΠ την 01-06-2018 και χρεωθείσα στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το αυθημερόν ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου αυτής.

## Αριθμός Απόφασης 539 / 2018

Κατά της Αναθέτουσας Αρχής με την επωνυμία «Δήμος Λίμνης Πλαστήρα» που εδρεύει στο Μορφοβούνι – τ.κ. 43150, όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «ΑΑ» ή «Δήμος») και

Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία ....., που εδρεύει στην ....., οδός ....., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «παρεμβαίνων»).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη.

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά τα εξής:

1. Επειδή, με την με ΑΔΑΜ: 18PROC002797776 και α.α. ΕΣΗΔΗΣ 71503 διακήρυξη, ο Δήμος Λίμνης Πλαστήρα προκήρυξε ανοιχτό διαγωνισμό, κάτω των ορίων, για την ανάδειξη αναδόχου κατασκευής του έργου: «ΑΝΤΙΜΕΤΩΠΙΣΗ ΚΑΤΟΛΙΣΘΗΤΙΚΩΝ ΦΑΙΝΟΜΕΝΩΝ ΣΤΟ ΟΔΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΛΙΜΝΗΣ ΠΛΑΣΤΗΡΑ», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 161.358,85 € (χωρίς ΦΠΑ) και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Προκήρυξη του ως άνω διαγωνισμού, δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 14/03/2018. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 12-04-2018. Κατά την αποσφράγιση αυτών διαπιστώθηκε ότι προσφορές στον υπόψη διαγωνισμό υπέβαλαν τέσσερις οικονομικοί φορείς, κατά σειρά μειοδοσίας: ο προσφεύγων με ποσοστό έκπτωσης 45%, ο παρεμβαίνων με ποσοστό έκπτωσης 16,07%, ο ..... του Βασιλείου με ποσοστό έκπτωσης 10,03% και η εταιρεία με την επωνυμία ..... & ΣΙΑ ΟΕ και δ.τ. .... με ποσοστό έκπτωσης 10,00%. Μετά των έλεγχο των φακέλων των διαγωνιζομένων διαπιστώθηκε ότι η εργοληπτική επιχείρηση: 1. .... δεν απέστειλε πρωτότυπη εγγυητική επιστολή (παρ.3.5.β. της διακήρυξης), αλλά μόνο ανήρτησε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. εγγυητική επιστολή ψηφιακής έκδοσης (ΤΜΕΔΕ), η οποία δεν φέρει προηγμένη

## Αριθμός Απόφασης 539 / 2018

ψηφιακή υπογραφή. Η Επιτροπή επικοινωνήσε με τους φορείς που φέρονται να έχουν εκδώσει τις εγγυητικές επιστολές που έχουν καταθέσει οι υπόλοιποι συμμετέχοντες και διαπίστωσε την εγκυρότητά τους (άρθρο 72 παρ.5 του Ν.4412/2016). Κατόπιν των ανωτέρων η επιτροπή λαμβάνοντας υπόψη: 1. την από 02/03/2018 Διακήρυξη του Δημάρχου που εγκρίθηκε με την αριθμ. 45 /2018 (ΑΔΑ: ΩΙΑΙΩΛΥ-Ρ5Κ) απόφαση της Ο.Ε. που έχει αναρτηθεί στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, διαγωνισμός 71503, συνημμένο "ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ" 2. τις υποβληθείσες προσφορές 3. τις διατάξεις του Ν.4412/2016 εισηγήθηκε προς τη Οικονομική επιτροπή: Την ακύρωση της επιχείρησης του προσφεύγοντα από τον διαγωνισμό και την ανάθεση της σύμβασης στην εργοληπτική επιχείρηση ..... με μέση έκπτωση 16,07%. Την κρίση της αυτή αποτύπωσε στον υπ' αριθ. 1 Πρακτικό της 10-05-2018. Κατόπιν, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου με την με αριθμό 148/21-05-2018 Απόφασή της ενέκρινε το παραπάνω πρακτικό και αποφάσισε την ανάδειξη της εργοληπτικής επιχείρησης ..... Ο.Ε, ως προσωρινού αναδόχου του έργου «Αντιμετώπιση κατολισθητικών φαινομένων στο οδικό δίκτυο του Δήμου Λίμνης Πλαστήρα», γιατί η προσφορά της είναι πλήρης, σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης και τις τεχνικές προδιαγραφές και προσφέρει την χαμηλότερη τιμή.

2. Επειδή, με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη κατά το σκέλος που απορρίπτει την προσφορά του, διότι, όπως ισχυρίζεται, σε συμμόρφωση με τις διατάξεις του άρθρου 15 και 17 Α της διακήρυξης υπέβαλε με τον Φάκελο Δικαιολογητικών Συμμετοχής, την εκδοθείσα μέσω ηλεκτρονικής υπηρεσίας υπ' αριθ. e-13003/5.4.2018 εγγυητική επιστολή του ΤΜΕΔΕ (πρώην ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ), η οποία έφερε στην πρώτη σελίδα της μοναδικό QR code, η έκδοση της οποίας έγινε «ηλεκτρονικά», παρελήφθη επίσης με ηλεκτρονική οδό, το αντίστοιχο δε «πρωτότυπο» ηλεκτρονικό αρχείο σε μορφή pdf, το οποίο φέρει ηλεκτρονική υπογραφή – μοναδικό QR code επισύναψε (ηλεκτρονικά) στον (ηλεκτρονικό)

## Αριθμός Απόφασης 539 / 2018

«Φάκελο Δικαιολογητικών Συμμετοχής» της προσφοράς του. Με άλλα λόγια, ισχυρίζεται, ότι δεν υφίσταται έντυπο «πρωτότυπο» (με την παραδοσιακή έννοια) σώμα της ως άνω ηλεκτρονικής εγγυητικής επιστολής, παρά μόνον ηλεκτρονικό αρχείο pdf, με μοναδικό αναγνωριστικό QR code, το οποίο και πιστοποιεί την ύπαρξη, τα στοιχεία, αλλά και την γνησιότητα της εγγυητικής επιστολής. Λαμβανομένων υπόψη αυτών, επομένως, και σύμφωνα με τις διατάξεις του άρ. 3.5 της διακήρυξης και του άρθρου 12 της ΚΥΑ 117384/26-10-2017 (ΦΕΚ 3821Β'/31-10- 2017), η οποία μνημονεύεται στην ανωτέρω διάταξη, δεν υφίστατο λόγος ακυρότητας της με αριθ. e-13003/5.4.2018 εγγυητικής επιστολής του ΤΜΕΔΕ και η προσφορά του έπρεπε να γίνει δεκτή. Προσκομίζει, άλλωστε, με την προσφυγή του, βεβαίωση του ΤΜΕΔΕ ότι η ως άνω εγγυητική επιστολή του είναι έγκυρη. Σε κάθε περίπτωση, ισχυρίζεται ο προσφεύγων, ότι η αναθέτουσα αρχή ώφειλε, πριν προβεί σε απόρριψη της προσφοράς του, να τον καλέσει να συμπληρώσει τυχόν ελλείψεις ή δικαιολογητικά κ.λπ., σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 102 Ν. 4412/2016. Στην υπό εξέταση προσφυγή ο προσφεύγων δεν σώρευσε αίτημα προσωρινής προστασίας.

3. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις με αρ. πρωτ. 2049/04-06-2018 Απόψεις της επικαλείται τους λόγους που περιέχονται στο Πρακτικό Νο 1 της Επιτροπής του Διαγωνισμού.

4. Επειδή, ο παρεμβαίνων, επιδιώκει την απόρριψη της Προσφυγής και την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, διότι α) Οι εγγυητικές επιστολές που εκδίδει το ΤΜΕΔΕ ηλεκτρονικά δεν φέρουν προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, επομένως ορθώς, με βάση τις διατάξεις των άρθρων 3.5 παράγραφος (β) της διακήρυξης και του άρθρου 12 της ΚΥΑ 117384/26-10-2017 (ΦΕΚ 3821Β'/31-10- 2017), αποκλείστηκε ο προσφεύγων, γιατί δεν προσκόμισε την εγγυητική του επιστολή σε έντυπη μορφή, β) ο προσφεύγων δεν προσκόμισε, για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής του,

## Αριθμός Απόφασης 539 / 2018

παράβολο 806,79 €, καθώς το ύψος του πρέπει να ανέρχεται σε ποσοστό 0,50 τοις εκατό (0,50%) της προϋπολογισθείσας αξίας (χωρίς Φ.Π.Α.) της σχετικής σύμβασης, δηλαδή στην προκειμένη περίπτωση  $161.358,85€ * 0,50\% = 806,79 €$  και γ) δεν αμφισβητήθηκε η εγκυρότητα της εγγυητικής επιστολής του προσφεύγοντα, ούτε υπήρχε ασάφεια στα δικαιολογητικά που κατέθεσε αυτός, ώστε να μπορεί να εφαρμοστεί το άρ. 102 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, εξάλλου, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή φέρει τίτλο «Ένσταση» και απευθύνεται ενώπιον της αναθέτουσας αρχής. Την εν λόγω ένσταση, άλλωστε κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ όχι ο προσφεύγων, αλλά η αναθέτουσα αρχή, την 01-06-2018 με μήνυμα ηλεκτρονικής αλληλογραφίας. Δεν ασκείται επομένως, καταρχήν, ως Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016. Παρά ταύτα και επειδή, στον επίδικο διαγωνισμό για την έννομη προστασία των διαγωνιζομένων εφαρμόζεται το Βιβλίο IV του Ν. 4412/2016, επομένως κατά της προσβαλλόμενης πράξης χωρεί προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ και όχι ένσταση ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, η ως άνω ένσταση του οικονομικού φορέα .....δεν απορρίπτεται για αυτόν τον λόγο, αλλά εξετάζεται ως Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την αρχή της χρηστής διοίκησης, κατά την οποία τα διοικητικά όργανα οφείλουν να ασκούν τις αρμοδιότητές τους, σύμφωνα με το αίσθημα δικαίου, ώστε κατά την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων να αποφεύγονται οι ανεπιεικείς και απλώς δογματικές ερμηνευτικές εκδοχές, σε συνδυασμό με την αρχή της καλής λειτουργίας της Διοίκησης, σύμφωνα με την οποία η δραστηριότητα των διοικητικών οργάνων πρέπει να διέπεται από την αρχή της καλής πίστης.

6. Επειδή, πράγματι, βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της δημόσιας σύμβασης, του αντικειμένου της (έργο) και της ημερομηνίας δημοσίευσης προκήρυξης του υπόψη διαγωνισμού στο ΚΗΜΔΗΣ, την 14-03-

## Αριθμός Απόφασης 539 / 2018

2018, δεδομένου ότι ο διαγωνισμός υπάγεται στις διατάξεις του Βιβλίου Ι Ν. 4412/2016 και με συνολική εκτιμώμενη αξία 161.358,85Ευρώ, χωρίς ΦΠΑ δεν υπερβαίνει τα κατώτατα όρια του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συνεπώς κατά τις οικείες διατάξεις του Βιβλίου ΙV Ν. 4412/2016 υπάγεται στην δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της (κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116). Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 346 επ. του Ν. 4412/2016, για τις υπαγόμενες στην δικαιοδοσία της ΑΕΠΠ διαγωνιστικές διαδικασίες «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368». Συνακόλουθα, για τους λόγους που περιέχονται στο βοήθημα που άσκησε υπό τον τίτλο ένσταση ο διαγωνιζόμενος και με το αίτημα με το οποίο το ασκεί, στην προκειμένη διαγωνιστική διαδικασία, μόνον προδικαστική προσφυγή του Ν. 4412/2016 μπορούσε να ασκήσει και επομένως εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή δεν ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, ελλείπουν δε από αυτήν στοιχεία που περιλαμβάνονται στο κατά

## Αριθμός Απόφασης 539 / 2018

τα άνω τυποποιημένο έντυπο και πρέπει να συμπληρώνονται υποχρεωτικώς και συγκεκριμένα, δεν συμπεριλαμβάνονται στοιχεία διεύθυνσης ηλεκτρονικού ταχυδρομείου ούτε του προσφεύγοντα, ούτε της αναθέτουσας αρχής, απαραίτητα για την άμεση επικοινωνία και κοινοποίηση εγγράφων και στοιχείων από την ΑΕΠΠ στα πλαίσια της ενώπιόν της διαδικασίας, δεν υπάρχει αναφορά στον αριθμό προκήρυξης της σύμβασης (αριθμός (3) του τυποποιημένου εντύπου), ούτε στην ημερομηνία προκήρυξης και δημοσίευσης των όρων της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης, (αριθμός 7 Β του τυποποιημένου εντύπου), ούτε στην ημερομηνία υποβολής προσφοράς του προσφεύγοντος (αριθμός 7 Γ του τυποποιημένου εντύπου), δεν υπάρχει αναφορά στην ημερομηνία κατά την οποία ο τελευταίος έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης (αριθμός 7 Δ του τυποποιημένου εντύπου) και δεν περιέχει υπεύθυνη δήλωση ότι τα στοιχεία και οι πληροφορίες που περιέχονται στην Προσφυγή καθώς και τα επισυνημμένα έγγραφα είναι αληθή και ορθά.

8. Επειδή, περαιτέρω, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού ο προσφεύγων ανήρτησε καταβεβλημένο παράβολο με κωδικό 215771240958 0727 0082, το οποίο όμως δεν ήταν ούτε αυτόματης δέσμευσης ηλεκτρονικό παράβολο, ούτε είχε εκδοθεί για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», ούτε ήταν «δεσμευμένο», ούτε συνοδευόταν από βεβαίωση δέσμευσης, ούτε από επικυρωμένη σελίδα της ΓΓΠΣ σχετικά με την καταβολή και δέσμευσή του, κυρίως όμως δεν ήταν αξίας ίσης με το 0,5 % της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης, στα πλαίσια της οποίας ασκείται η προσφυγή, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, η οποία ανέρχεται στο ποσό των 161.358,85 € (χωρίς ΦΠΑ), καθώς ήταν ποσού εξ Ευρώ 600,00, ενώ θα έπρεπε να ανέρχεται σε ποσό εξ Ευρώ 806,79.

## Αριθμός Απόφασης 539 / 2018

9. Επειδή, στις διατάξεις του άρθρου 363 παρ. 1 και του άρθρου 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ 64/Β'/04.05.2017) «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» ορίζεται μεταξύ άλλων ότι για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής κατατίθεται από τον προσφεύγοντα παράβολο 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, ειδικότερα δε ότι το ύψος του παραβόλου δεν μπορεί να είναι κατώτερο των εξακοσίων (600) ευρώ ούτε ανώτερο των δεκαπέντε χιλιάδων (15.000) ευρώ. Από το συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων συνάγεται ότι, στο πλαίσιο του νέου συστήματος έννομης προστασίας κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, για το παραδεκτό άσκησης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. σε κάθε οικονομικό φορέα που έχει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, η οποία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και έχει εκτιμώμενη αξία άνω των 60.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, όταν αυτός έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, απαιτείται η κατάθεση από τον προσφεύγοντα παραβόλου υπέρ του Δημοσίου σε ύψος 0,50% της προϋπολογισθείσας αξίας (χωρίς ΦΠΑ) της σχετικής σύμβασης.

10. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016: «Η επιβολή παραβόλου κρίνεται αναγκαία προκειμένου να αποτραπεί η άσκηση αστήρικτων και παρελκυστικών προσφυγών». Ειδικότερα, μια οικονομικής φύσεως επιταγή συνιστά μέτρο ικανό να αποτρέψει την καταχρηστική άσκηση μέσων προσφυγής και να εγγυηθεί σε όλους τους πολίτες, χάριν της ορθής απονομής της δικαιοσύνης, την όσο το δυνατόν ταχύτερη εκδίκαση των ενδίκων προσφυγών τους (βλ. κατ' αναλογία, προτάσεις του γενικού εισαγγελέα N. Jääskinen στην υπόθεση Orizzonte Salente c-61/14, EU: 2015: 307, σημείο 37).



## Αριθμός Απόφασης 539 / 2018

Επομένως, η βούληση του νομοθέτη είναι να καταβάλλεται ένα συγκεκριμένο χρηματικό ποσό με έκδοση ηλεκτρονικού παραβόλου λόγω της διεξαγωγής της διαγωνιστικής διαδικασίας κατ' αποκλειστικό τρόπο μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Στόχευση, του νομοθέτη ήταν η αποτροπή της καταχρηστικής άσκησης προδικαστικών προσφυγών, οι οποίες θα δύναντο να παρακωλύσουν επί μακρόν τις διαγωνιστικές διαδικασίες ως προς την υπογραφή των εν λόγω συμβάσεων, δοθέντος του ανασταλτικού αποτελέσματος των άρθρων 364 του Ν. 4412/2016 και 6 του Π.Δ. 39/2017.

11. Επειδή, το κανονιστικό πλαίσιο άσκησης κι εξέτασης των προδικαστικών προσφυγών συμπληρώνεται από τον Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (Ν. 2690/1999) - δεδομένης της φύσης του αποφασίζοντος οργάνου, Α.Ε.Π.Π. - για όσα ζητήματα δεν ορίζονται ρητά (βλ. αντιστοίχως άρθρο 12 παρ. 1 του Π.Δ. 38/2017 «Κανονισμός Λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» όπου ορίζεται ότι: «Για τα θέματα που δεν ρυθμίζονται με ειδικότερες διατάξεις στον παρόντα Κανονισμό, εφαρμόζονται επικουρικά οι διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, όπως ισχύει») και όχι από τον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, δεδομένου ότι η Α.Ε.Π.Π. συνιστά Ανεξάρτητη Διοικητική Αρχή. Επομένως, δεν τυγχάνουν εφαρμογής τα οριζόμενα στα άρθρα 277 και 139Α Κ.Διοικ.Δικ. καθώς και η σχετική νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων, όσον αφορά τη δυνατότητα του Δικαστηρίου περί πρόσκλησης του διαδίκου για συμπλήρωση, διόρθωση ή κατάθεση μη υποβληθέντος παραβόλου (ΑΕΠΠ Ι Κλιμάκιο 242/2017).

12. Επειδή, περαιτέρω, η προσπάθεια διάσωσης της προδικαστικής προσφυγής, δεν μπορεί να φτάσει μέχρι την υποκατάσταση του προσφεύγοντος από την Α.Ε.Π.Π. και την εκ μέρους της τελευταίας συμπλήρωση της «τυπικής προϋπόθεσης παραδεκτού», αφού αυτό θα ισοδυναμούσε με παραβίαση της αρχής της ισότητας (βλ. ΣτΕ 935/2017, σχετικές αποφάσεις ΑΕΠΠ 178, 72, 140, 155/2017) που συνιστά συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή (άρθρο 4 και 20 Συντ.

## Αριθμός Απόφασης 539 / 2018

και 6 ΕΣΔΑ) και της αρχής της αμεροληψίας, που δέον είναι να διέπει την κρίση των κρίση των διοικητικών οργάνων.

13. Επειδή, σύμφωνα με την πάγια νομολογία του ΣτΕ απαιτείται «η υποβολή σχετικής αίτησης του διοικουμένου ενώπιον του αρμοδίου οργάνου με συγκεκριμένο περιεχόμενο, συνοδευόμενης από τα απαραίτητα δικαιολογητικά» (ΣτΕ 446/2016, 3561/2014). Επομένως, αναλογικά με τα ως άνω καθίσταται αυταπόδεικτο ότι το αυτό ισχύει και για την καταρχήν υποβολή του παραβόλου ή/και την υποβολή του ορθού παραβόλου.

14. Επειδή, οι διατάξεις που προβλέπουν την προδικαστική προσφυγή, αφενός, χαρακτηρίζονται ως «δικονομικές» και, αφετέρου, απευθύνονται σε μικρό κύκλο αποδεκτών που οφείλουν να τις γνωρίζουν ενόψει της ιδιαιτερότητας του αντικειμένου ως εκ τούτου έχουν άμεσης εφαρμογής ανεξαρτήτως σχετικής ενημέρωσης από την αρμόδια Αρχή κι επομένως ανεξαρτήτως ρητής και εξαντλητικής αναφοράς των σχετικών προϋποθέσεων παραδεκτού στην οικεία διακήρυξη (βλ. σχετ. ΣτΕ Ολ 876/2013).

15. Επειδή, τέλος, σύμφωνα με τα όσα γίνονται δεκτά παραπάνω, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι νομίμως ο προσφεύγων άσκησε την ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ένσταση, χωρίς την χρήση τυποποιημένου εντύπου και για την οποία κατέθεσε ελλιπές παράβολο εξ Ευρώ 600,00, ούτε και υπό την εκδοχή ότι ενήργησε κατ' εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 4 της διακήρυξης, και, ούτω παραδεκτώς δύναται να εξεταστεί αυτή από την ΑΕΠΠ. Εν προκειμένω, το άρ. 4 της διακήρυξης παρανόμως και εσφαλμένα όρισε ότι κατατίθεται ένσταση, για το παραδεκτό της οποίας κατατίθεται παράβολο από τον προσφεύγοντα υπέρ του Δημοσίου, ποσού, 600,00 ευρώ, ενώ κατ' άρ. 363 Ν. 4412/2016, το παράβολο ανέρχεται στο 0,5% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, με ελάχιστο απλώς όριο τα 600,00 ευρώ (ήτοι αν το 0,5% της εκτιμώμενης αξίας είναι μικρότερο των 600,00 ευρώ, το καταβαλλόμενο

## **Αριθμός Απόφασης 539 / 2018**

παράβολο σε κάθε περίπτωση ανέρχεται σε 600,00 ευρώ). Όμως, όπως έχει κριθεί (βλ. ΑΕΠΠ 473/2018 σκ. 2) με τη διακήρυξη δεν μπορεί να γίνεται επιλογή του δικονομικού καθεστώτος επίλυσης της επίδικης διαφοράς διαφορετικού από το νόμιμο (ΣΤΕ ΕΑ 1012/2009, 381/2008, 1130/2007). Εξάλλου, οι ρυθμίσεις του Βιβλίου IV είναι κοινής, ενιαίας και αποκλειστικής εφαρμογής για κάθε δημόσια σύμβαση εμπίπτουσα στο πεδίο του, αποκλειόμενης της δυνατότητας των αναθετουσών αρχών να θεσπίσουν έτερο πλαίσιο παροχής προδικαστικής προστασίας, πολλώ δε μάλλον να ρυθμίσουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού αυτής ως και τα στάδια της. Υπό την έννοια αυτή και δεδομένου ότι σε αντίθεση με το προϊσχύσαν έννομο καθεστώς, όπου η προδικαστική προστασία παρεχόταν από αυτή καθαυτή την αναθέτουσα, η οποία όμως ήταν και το όργανο που εξέδιδε τη διακήρυξη, καθορίζοντας τους όρους της διαδικασίας, ως και τις προσβαλλόμενες πράξεις, πλέον η προστασία αυτή παρέχεται από εντελώς αυτοτελές και ανεξάρτητο όργανο, ήτοι την ΑΕΠΠ με ειδική αποστολή και αρμοδιότητα επί τούτου και δη με δικονομικό καθεστώς ειδικώς και εξαντλητικώς προβλεπόμενο στο Βιβλίο IV Ν. 4412/2016 και τις εφαρμοστικές αυτού κανονιστικές πράξεις, δεν είναι δυνατό η αναθέτουσα δια της διακήρυξης να καθορίσει την προθεσμία, τον τρόπο ή το παράβολο για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής ή να θεσπίσει διαφορετικές και αποκλίνουσες του νόμου διαδικασίες εξετάσεώς της ή να διακρατήσει την τυχόν αρμοδιότητα εξέτασης επ' αυτής, κατ' αντίστοιχο δε τρόπο δεν είναι δυνατόν να προβεί και σε προβλέψεις περί της δικαστικής προστασίας των μετεχόντων στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Εξάλλου, ναι μεν το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης δεσμεύει την αναθέτουσα αρχή και τους μετέχοντες στη διαδικασία, πλην όμως, τούτο προϋποθέτει ότι το περιεχόμενο αυτό αφορά αυτούς καθαυτούς τους όρους της διαδικασίας ανάθεσης, ήτοι ρυθμίζει ζητήματα που καταρχήν ανάγονται στην αρμοδιότητα της αναθέτουσας να καθορίσει και κυρίως, δεν αφορούν, αλλοιώνουν, δεσμεύουν και τροποποιούν τους όρους άσκησης της ίδιας αρμοδιότητας άλλων διοικητικών αρχών και

## Αριθμός Απόφασης 539 / 2018

οργάνων, όπως η ΑΕΠΠ που ουδεμία σχέση έχουν με την αναθέτουσα. Περαιτέρω, η αντίθετη άποψη θα αντιστρατευόταν και θα υπονόμει τον ίδιο τον σκοπό ίδρυσης της ΑΕΠΠ και της διαδικασίας περί προδικαστικής προστασίας που θέσπισε το Βιβλίο IV N. 4412/2016 (βλ. Αιτιολογική Έκθεση N. 4412/2016, σελ. 71 «Στον Τίτλο 2 περιλαμβάνονται οι διατάξεις που ρυθμίζουν την προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ. Στο Τμήμα I του Τίτλου 2 ρυθμίζονται τα θέματα της συγκρότησης και λειτουργίας της ΑΕΠΠ. Σκοπός των διατάξεων του Τμήματος I είναι η εγκαθίδρυση ενός οργάνου ανεξάρτητου και εξειδικευμένου, με αποκλειστική αρμοδιότητά του τον διοικητικό έλεγχο των δημοσίων συμβάσεων και την παροχή ταχείας και αποτελεσματικής προστασίας, χωρίς να προϋποτίθεται η προηγούμενη άσκηση ένδικου βοηθήματος. Πρόκειται για μια δυνατότητα η οποία παρέχεται από το ενωσιακό δίκαιο (άρθρο 2 παρ. 9 της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, όπως αντικαταστάθηκε από το άρθρο 1 παρ. 1 της Οδηγίας 2007/66/ΕΚ) και αξιοποιείται ήδη με επιτυχία σε άλλα κράτη μέλη (Δανία, Εσθονία, Ισπανία, Κροατία, Κύπρος, Μάλτα, Ουγγαρία, Πολωνία, Σλοβακία, Σλοβενία, βλ. *Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts, European Economics and Milieu, European Commission*, σελ. 58 - 59). Ειδικότερα, στο άρθρο 347 συνιστάται Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών με έδρα την Αθήνα. Η Αρχή έχει ως έργο την επίλυση των διαφορών που ανακύπτουν κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης των συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών και συμβάσεων παραχώρησης, έπειτα από την άσκηση προδικαστικής προσφυγής. Με τον τρόπο αυτό δημιουργείται ένα κεντρικό όργανο η συνεπής «νομολογία» του οποίου αναμένεται να αποτελέσει γνώμονα για τις αναθέτουσες αρχές για τη διασφάλιση της νομιμότητας και την επαύξηση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών ανάθεσης, μέσω της αποφυγής πλημμελειών. Επί πλέον, αναμένεται να διευκολύνει τη συμμετοχή των επιχειρήσεων στις διαγωνιστικές διαδικασίες, μέσω της προαγωγής της ασφάλειας δικαίου επί ζητημάτων που αφορούν τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, αλλά και της εμπιστοσύνης που θα

## Αριθμός Απόφασης 539 / 2018

καλλιεργηθεί στους φορείς του ιδιωτικού τομέα αναφορικά με την αντικειμενική και αδιάβλητη ανάθεση δημοσίων συμβάσεων μέσω των εχεγγύων αντικειμενικής κρίσης των προσφυγών τους από το εν λόγω σώμα.“.). Τα ως άνω μετά των προστατευτέων εννόμων αγαθών για τα οποία θεσπίσθηκε η ενώπιον της ΑΕΠΠ διαδικασία θα διακινδυνεύονταν, μαζί με την όποια πρόδηλη επαγόμενη ανασφάλεια δικαίου, διάσπαση του ενιαίου του πλαισίου των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και κατάλειψης περιθωρίων καταστρατηγικών συμπεριφορών, αν επαφιόταν στην εκάστοτε αναθέτουσα και δια της εκάστοτε διακηρύξεως να ορίσει κατ' επιλογή της τους όρους και τις διαδικασίες ασκήσεως της προδικαστικής προσφυγής, διασπώντας την ενότητα της ενώπιον της ΑΕΠΠ διαδικασίας και εισάγοντας έτσι περιπτώσιολογικά νομικά πλαίσια και ατομικού χαρακτήρα δικονομικές διατάξεις ελέγχου των προδικαστικών προσφυγών. Εξάλλου, στο πλαίσιο των διοικητικών προσφυγών που ασκούνται στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, δεδομένου του μικρό κύκλου αποδεκτών της οικείας νομοθεσίας και της κατ' επάγγελμα κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων ενασχολήσεώς τους με τις διαδικασίες των δημοσίων συμβάσεων, αυτοί οφείλουν να γνωρίζουν τις κρίσιμες διατάξεις (πρβλ. ΟΛΣΤΕ 876/2013, ΣΤΕ 268, 360/2018, 1400, 1595/2016, 3128-3129/2015, 1072, 1985, 1988/2014, 2886/2013, 2315/2013). Υπό την αντίθετη εξάλλου με τα ως άνω εκδοχή, δεδομένου ότι η προκείμενη διακήρυξη περιέλαβε διατάξεις και για την αίτηση αναστολής κατ' άρ. 372 Ν. 4412/2016 ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου, θα έπρεπε να γίνει αντιστοίχως δεκτό, ότι ανάγεται στο κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης, άρα και την αρμοδιότητα της αναθέτουσας να ορίσει κατά το δοκούν τους όρους προσφυγής στη δικαιοσύνη και παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας, όπως την προθεσμία, το εκεί καταβαλλόμενο παράβολο ή ακόμη και τα περί κωλύματος σύναψης συμβάσεως μετά την άσκηση αίτησης αναστολής. Περαιτέρω, και το ίδιο το άρ. 4 της διακήρυξης προέβη σε πολλαπλές παραπομπές στο Βιβλίο IV Ν. 4412/2016 και στο ΠΔ 39/2017, οπότε ήταν σαφές ότι το εφαρμοστέο για την

## **Αριθμός Απόφασης 539 / 2018**

άσκηση της προσφυγής δίκαιο ήταν αυτό των ως άνω διατάξεων, ανεξαρτήτως όσων αχρείαστα, αλυσιτελώς και άνευ έννομης επίδρασης στο ενώπιον της ΑΕΠΠ δικονομικό καθεστώς, ανέφερε εσφαλμένα και αναρμοδίως, η διακήρυξη. Συνεπώς, αδιαφόρως του άρ. 4 της διακήρυξης, οι προϋποθέσεις του παραδεκτού για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, ρυθμίζονται αποκλειστικά από το άρ. 363 Ν. 4412/2016 και το άρ. 5 ΠΔ 39/2017.

16. Επειδή οι προϋποθέσεις του παραδεκτού που πρέπει να συντρέχουν κατά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κρίνονται σε κάθε περίπτωση και αυτεπαγγέλτως από την Α.Ε.Π.Π. (πρβλ. ΣτΕ 2080/2016).

17. Επειδή, για όλους τους ανωτέρω λόγους, δεν δύναται να θεωρηθεί ότι η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή υποβλήθηκε παραδεκτώς, χωρίς να θίγεται η αρχή της νομιμότητας.

18. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, η δε παρέμβαση να γίνει δεκτή.

19. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 26-06-2018 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 10-07-2018.

**Αριθμός Απόφασης 539 / 2018**

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 2<sup>ΟΥ</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ**

**ΟΛΓΑ ΘΑΝΟΥ**