

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στην έδρα της στις 15 Οκτωβρίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος, Ιωάννης Κίτσος – Εισηγητής και Ιωάννα Θεμελή,
Μέλη.

Για να εξετάσει την από 08.10.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ/1031/09.10.2018 της προσφεύγουσας με την
επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Νομικού Προσώπου Ιδιωτικού Δικαίου με την επωνυμία «...»
[εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί η
υπ' αριθμ. πρωτ. 4032/27.09.2018 Απόφαση της Επιτροπής Διενέργειας του
«Ανοιχτού ηλεκτρονικού δημόσιου Διαγωνισμού για υπηρεσίες καθαριότητας
των χώρων του ...» (Διακήρυξη ...) με την οποία απορρίφθηκε η Οικονομική
Προσφορά της, καίτοι προσέφερε τη χαμηλότερη τιμή, ως απαράδεκτη και
αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας
ανταγωνίστριάς της.

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 προαιρέσεως ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης».

2. Επειδή, δυνάμει της, εκδοθείσας από τον Πρόεδρο του «...», Διακήρυξης ..., συνοδευόμενη αναποσπαστάως με τα ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΑ της I-IV, επιδιώχθηκε από την αναθέτουσα αρχή 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: ...), ανοιχτού δημόσιου Διαγωνισμού για την εξεύρεση, μέσω του κριτηρίου ανάθεσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής (άρθρο 2.3. της Διακήρυξης), ιδιώτη αναδόχου ο οποίος θα αναλάμβανε τις υπηρεσίες καθαριότητας των χώρων του ... (Κωδικός CPV: 90911200-8) (βλ. αναλυτική περιγραφή στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι «Απαιτήσεις- Τεχνική περιγραφή» σελ. 38επ. της Διακήρυξης), με συμβατική διάρκεια 1 έτος από την υπογραφή του αντίστοιχου συμφωνητικού, αρχικής εκτιμώμενης αξίας €100.000 (μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% ποσού €24.000), με ρητή επιφύλαξη υπέρ του «...» δικαιώματος παράτασης για 1 επιπλέον έτος ασκηθέν κατόπιν μονομερούς δήλωσής του και γνωστοποιηθείσα στον οριστικό ανάδοχο 2 μήνες πριν τη λήξη του αρχικού συμφωνητικού με έγγραφη ειδοποίηση, τελικής εκτιμώμενης αξίας €200.000 [= 100.000 + 100.000] (μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% €48.000 [24.000 + 24.000]) (άρθρο 1.3. της Διακήρυξης), με καταληκτική ημερομηνία υποβολής των ηλεκτρονικών Προσφορών την 30.07.2018 και ημερομηνία ανοίγματος του (υπο-)φακέλου Δικαιολογητικά Συμμετοχής & Τεχνικές Προσφορές την 31.07.2018 (άρθρο 1.5. και 3.1.1. της Διακήρυξης).

3. Επειδή, με την ήδη προσβαλλόμενη με αριθμ. πρωτ. 4032/27.09.2018 Απόφαση του Προέδρου του «...» εγκρίθηκαν αμφότερα το από 04.09.2018 Πρακτικό Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Συμμετοχής & Τεχνικών Προσφορών και το από 24.09.2018 Πρακτικό Αξιολόγησης Οικονομικών Προσφορών, όπως επισυνάπτονται ως συνημμένα 1 και 2 αντίστοιχα στο κείμενο της, αποδεχόμενος τη διαπίστωση της ορισθείσας Επιτροπής Διενέργειας του συγκεκριμένου Διαγωνισμού ότι ο υπολογισμός του εργατικού κόστους όπως περιλαμβάνεται στην Οικονομική Προσφοράς της προσφεύγουσας, μολονότι υπέβαλε τη χαμηλότερη τιμή προς διεκδίκηση της ανάθεσης των επίμαχων υπηρεσιών καθαριότητας, είναι λανθασμένος διότι οι εργοδοτικές εισφορές για την περιπτώσεις των εργαζομένων 6-ωρης και 3-ωρης απασχόλησης υπολογίστηκαν με χρήση μικτών και όχι βαρέων και ανθυγιεινών ενσήμων, τα οποία υπολογίζονται ως 25,06% αντί 27,21% επί των μικτών αποδοχών αντίστοιχα, οδηγούμενος έτσι ο Πρόεδρος να ανακηρύξει προσωρινή ανάδοχο τη δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας προσφέρουσα. Κατά της απόφασης αυτής στράφηκε, ενώπιον της ΑΕΠΠ, η προσφεύγουσα καταθέτοντας, δια ηλεκτρονικής ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ την 08.10.2018, μετά των συνημμένων εγγράφων 1 «Ανάλυση εργατικού κόστους», 2 «ΙΚΑ εγκύκλιος Α32/1150, 20.03.2012 και 3 «ΠΑΡΑΒΟΛΟ», υπεραμυνόμενη των αριθμητικών υπολογισμών της καθώς, όπως υποστηρίζει (σελ. 9επ. της Προσφυγής της) η εργατική νομοθεσία αναγνωρίζει περιπτώσεις πλήρους απασχόλησης για τα οποίες οι εργοδοτικές εισφορές υπολογίζονται με μικτά ένσημα και όχι με βαρέα και ανθυγιεινά.

4. Επειδή, από τα στοιχεία του ηλεκτρονικού διοικητικού φακέλου, προκύπτει πως η αιτούσα, για την παραδεκτή άσκηση της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής, προσκόμισε, ως συνημμένο έγγραφο 3, δεσμευμένο το υπ' αριθμ. ... ηλεκτρονικό/e-παραβόλο ποσού εξακοσίων ευρώ (€600) υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, το οποίο υπολόγισε, επί της ενιαύσιας διάρκειας της ανωτέρω (υπό σκέψη 2) αρχικής εκτιμώμενης αξίας της μέλλουσας να συναφθεί δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών €100.000 άνευ ΦΠΑ

24%, όμως, στην τελική προϋπολογιζόμενη αξία της δημόσιας σύμβασης αυτής είχε ρητά συνυπολογιστεί η οικονομική αποτίμηση του δικαιώματος παράτασης της διάρκειάς της για 1 επιπλέον έτος ασκηθέν κατόπιν μονομερούς δήλωσης του «...» και γνωστοποιηθείσα στον οριστικό ανάδοχο 2 μήνες πριν τη λήξη του αρχικού συμφωνητικού με έγγραφη ειδοποίηση, έτσι ώστε η τελική εκτιμώμενη αξία της να ανέρχεται στα €200.000 (μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% €48.000 (άρθρο 1.3. της Διακήρυξης), επί της οποίας έπρεπε, όπως έχει ήδη κριθεί από την ΑΕΠΠ (βλ. επόμενη σκέψη), να υπολογιστεί το ορθό Παράβολο ύψους €1.000 και, 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 Παράβολο των €600, για το οποίο, από το υπάρχον νομοθετικό πλαίσιο δεν αναγνωρίζεται η δυνατότητα συμπλήρωσής 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 κατάθεσής της.

5. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, τη νομική κατεύθυνση αυτή έχει ήδη ακολουθήσει η ΑΕΠΠ όπως προκύπτει από τις αποφάσεις της 142/2018 και 361/2018, κατά τις οποίες αποδεικνύεται πως κράτησαν στην Αρχή οι παρακάτω νομικές παραδοχές: 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 προαιρέσεως ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης», ανεξάρτητα εάν το αντίστοιχο δικαίωμα ασκηθεί κυριαρχικά από την αναθέτουσα αρχή καθώς, κατά τη γραμματική σε συνδυασμό με την τελεολογική ερμηνεία της διάταξης, προέχει, για τον Ευρωπαϊό 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 προϊσχύσαν 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 συμπερίληψη του δικαιώματος προαίρεσης στη προϋπολογισθείσα αξία της αντίστοιχης δημόσιας σύμβασης έχει ήδη αποτελέσει αντικείμενο νομικής κρίσης από τις ΑΕΠΠ 142/2018 και 361/2018 οι οποίες ορθά, υπό το φως των νέων νομοθετικών (ευρωπαϊκών και ελληνικών) δεδομένων, ακολούθησαν τη νομική κατεύθυνση αυτή. Δ) 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. Εάν δεχόμασταν πως οι δύο κρίσιμες έννοιες διαφοροποιούνται εννοιολογικά στις δύο διατάξεις αυτές (άρθρο 363 παρ. 1 και 6 Ν. 4412/2016) θα καταλυόταν κάθε έννοια ασφάλειας δικαίου ως προς την εφαρμογή του καινούργιου ενιαίου κανονιστικού πλαισίου για τις δημόσιες συμβάσεις. Πράγματι το έργο του ερμηνευτή του δικαίου δυσχεραίνεται εάν λάβουμε υπόψη, πως στις περιπτώσεις που ο Έλληνας νομοθέτης 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, 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.

Ε) Για την ταυτότητα του νομικού λόγου, 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, ενώ από το κείμενο της ΣΤΕ ΕΑ 187/2017 η οποία ακολουθεί την προηγούμενη 10/2017, 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 προδήλως διαφορετικό, και δη κατά πολύ αυξημένο, Παράβολο το οποίο ανέρχονταν σε 1% της προϋπολογισθείσας αξίας, περιλαμβανομένου του ΦΠΑ της αντίστοιχης δημόσιας σύμβασης. ΣΤ) Τέλος, λόγοι ασφάλειας δικαίου επιτάσσουν την υπεροχή της γραμματικής ερμηνείας κυρίως, σε κάθε περίπτωση της τελεολογικής ερμηνείας, της επίμαχης διάταξης έναντι κάθε αντίθετης υποστηριζόμενης κατεύθυνσης η οποία θα παραβίαζε, χωρίς να είναι γνωστό ποιο δημόσιο σκοπό να καλείται έτσι να υπηρετήσει, 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 για την προδικαστική προστασία κατά την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων.

6. Επειδή, κατ' ακολουθία, πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή.

7. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το 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 Παραβόλου ποσού εξακοσίων ευρώ (€600).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15 Οκτωβρίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρήστος Σώκος

Αικατερίνη Παπαδοπούλου