

Η

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

8^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 11^η Ιανουαρίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Ιωάννης Κίτσος,
Μέλη.

Για να εξετάσει την από 06-12-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1296/07-12-2018 της εταιρείας με την επωνυμία
«.....», με έδρα στη, οδός
..... αριθ., όπως εκπροσωπείται νόμιμα,

Κατά της, που εδρεύει στην, οδός αριθ.
....., και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής ο αναθέτων φορέας), και

Κατά της παρεμβαίνουσας «.....», με έδρα στην Καλλιθέα Αττικής,
Λεωφ. Συγγρού, αριθ. 350.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά α) Να
ακυρωθεί η υπ' αριθ. 3563/20-11-2018 απόφαση του αναθέτοντος φορέα, με
την οποία αναδείχθηκε η παρεμβαίνουσα προσωρινός ανάδοχος του
διαγωνισμού για την «.....» β) Να ακυρωθεί το από 07-11-2018
Πρακτικό Αποσφράγισης και Αξιολόγησης Προσφορών της Επιτροπής
Διενέργειας του ως άνω Διαγωνισμού, που εγκρίθηκε με την ως άνω
προσβαλλόμενη απόφαση, και γ) Να ακυρωθεί κάθε άλλη συναφής
προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξη ή παράλειψη του αναθέτοντα φορέα.

Με την παρέμβαση η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της
προσφυγής, τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, και την
κατακύρωση του διαγωνισμού στην ίδια.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 119/2019

1. Επειδή με την με αριθμ.διακήρυξη του αναθέτοντος φορέα διακηρύχθηκε Ανοιχτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός κάτω των ορίων, για την «.....», CPV, με κριτήριο ανάθεσης «την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής», εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ποσού 240.000 € χωρίς ΦΠΑ (σελ. 4 της διακήρυξης).

2. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε την 8-8-2018 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ., καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε το συστημικό αριθμό

3. Επειδή, στο αρθ. 1 με τον τίτλο «Αντικείμενο - Πεδίο Εφαρμογής» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. Οι διατάξεις του παρόντος αποτελούν προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις: ...β) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις προμήθειες φορέων, που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση Οδηγίας 2004/17/ΕΚ...2. Ο παρών νόμος θεσπίζει κανόνες: ...β) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ (άρθρα 2 και 222 έως 338), ...από τις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς ...Οι διατάξεις του παρόντος εφαρμόζονται, με την επιφύλαξη των παραγράφων 3 έως 7, σε όλες τις συμβάσεις των περιπτώσεων α' και β', ανεξαρτήτως είδους και εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν άλλως ορίζεται στις επιμέρους διατάξεις αυτού.... 6. Οι διατάξεις των άρθρων 200 έως 220 εφαρμόζονται στην εκτέλεση συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 2, συμπληρωματικά προς τις διατάξεις του Κεφαλαίου Ι του Μέρους Β' του Βιβλίου Ι (άρθρα 129 έως 133) ...»

4. Επειδή, στο αρθ. 222 με τον τίτλο «Αντικείμενο και πεδίο εφαρμογής (άρθρο 1 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι « 1. Το παρόν Βιβλίο (άρθρα 222 έως 338) θεσπίζει κανόνες για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης που πραγματοποιούνται από αναθέτοντες φορείς για συμβάσεις και διαγωνισμούς μελετών, ανεξαρτήτως της εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στα επιμέρους άρθρα

Αριθμός απόφασης: 119/2019

του παρόντος Βιβλίου. 2. Διαδικασία σύναψης σύμβασης κατά την έννοια του παρόντος Βιβλίου, είναι η διαδικασία για την απόκτηση έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών από οικονομικούς φορείς που επιλέγονται από έναν ή περισσότερους αναθέτοντες φορείς, εφόσον τα εν λόγω έργα, προμήθειες ή υπηρεσίες προορίζονται για την εκτέλεση μιας εκ των δραστηριοτήτων που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234. ...».

5. Επειδή σύμφωνα με το άρθρ. 2 παρ. 1 α) και παρ. 4 του ν. 4412/2016 και περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρ. 224 του ν. 4412/2016 « 1. Για τους σκοπούς του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) αναθέτοντες φορείς είναι εκείνοι οι οποίοι: α) είναι αναθέτουσες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις, οι οποίες ασκούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234·β) αν δεν είναι αναθέτουσες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις, ασκούν, μεταξύ των δραστηριοτήτων τους, κάποια από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234 ή συνδυασμό τέτοιων δραστηριοτήτων και λειτουργούν επί τη βάση ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων τα οποία εκχωρεί αρμόδια αρχή της Ελλάδας. 2. Ως «δημόσια επιχείρηση» νοείται κάθε επιχείρηση στην οποία οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ασκούν, άμεσα ή έμμεσα, δεσπόζουσα επιρροή λόγω κυριότητας, χρηματοδοτικής συμμετοχής ή των κανόνων που τη διέπουν. Η δεσπόζουσα επιρροή εκ μέρους των αναθετουσών αρχών τεκμαίρεται σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις στις οποίες οι εν λόγω αρχές, άμεσα ή έμμεσα: α) κατέχουν την πλειοψηφία του εγγεγραμμένου κεφαλαίου της επιχείρησης....»

6. Επειδή σύμφωνα με το άρθρ. 231 «Υπηρεσίες μεταφορών (άρθρο 11 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» : «1. Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) εφαρμόζονται στις δραστηριότητες που αποσκοπούν στην παροχή ή τη λειτουργία δικτύων που παρέχουν υπηρεσίες στο κοινό στους τομείς των μεταφορών με σιδηρόδρομο, αυτόματα συστήματα»

7. Επειδή εν προκειμένω, η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «.....» ιδρύθηκε από τον με βάση τις διατάξεις του άρθρου 6 παρ. 2 περ. στ` του ν.δ. 674/1970, ως τροποποιήθηκε με το άρθρ. 1 παρ. 3 του ν. 2366/1995, δυνάμει της με αριθ. 11734/1360/5.4.1996 απόφασης του Υπουργού Μεταφορών και Επικοινωνιών «Έγκριση καταστατικού της». Εν συνεχεία αναδιοργανώθηκε με τις διατάξεις του ν. 3891/2010, ως εταιρεία του ομίλου, με τις εξής αρμοδιότητες δυνάμει

Αριθμός απόφασης: 119/2019

του άρθ. 7 αυτού « α) η παροχή υπηρεσιών έλξης για τη σιδηροδρομική μεταφορά επιβατών και εμπορευμάτων, β) η ανάπτυξη, οργάνωση και εκμετάλλευση αστικών, προαστιακών, περιφερειακών, υπεραστικών και διεθνών επιβατικών και εμπορευματικών σιδηροδρομικών μεταφορών, καθώς και μεταφορών πάσης φύσεως με συστήματα σταθερής τροχιάς, γ) η ανάπτυξη, οργάνωση και εκμετάλλευση αστικών, προαστιακών, περιφερειακών, υπεραστικών και διεθνών λεωφορειακών επιβατικών και εμπορευματικών μεταφορών, στην αλλοδαπή ή την ημεδαπή,.. ε) η παροχή πάσης φύσεως υπηρεσιών διαχείρισης εφοδιαστικής αλυσίδας (logistics), καθώς και κάθε δραστηριότητα σχετιζόμενη με διαχείριση εφοδιαστικής αλυσίδας, όπως ενδεικτικώς, η πρακτόρευση, φύλαξη, διαλογή, ποιοτικός έλεγχος, ετικετοκόλληση, παλετο-ποίηση και κατασκευή, αγορά ή μίσθωση και διατήρηση των απαιτούμενων εγκαταστάσεων (όπως ενδεικτικώς αποθηκών και ειδικών κατασκευών), καθώς και κάθε είδους εξοπλισμού (όπως ενδεικτικώς οχημάτων, μηχανημάτων και λογισμικού) για την παροχή των υπηρεσιών εφοδιαστικής αλυσίδας και των συναφών υπηρεσιών, στ) η οργάνωση, εκμετάλλευση και παροχή υπηρεσιών κατάκλισης και εστίασης επιβατών, ...θ) η ανάπτυξη κάθε άλλης δραστηριότητας που αποσκοπεί στην ανάπτυξη του μεταφορικού έργου και την άρτια εξυπηρέτηση του κοινού, όπως.... η κατασκευή έργων σχετικών με την εκπλήρωση του σκοπού της...»

Στον παρόντα χρόνο, η είναι θυγατρική εταιρεία του ο οποίος κατέχει το 100% του μετοχικού κεφαλαίου της, σύμφωνα με τις Ετήσιες Οικονομικές Καταστάσεις της για την χρήση 2017 (σελ. 26) που συντάχθηκαν την 18-9-2018 και είναι αναρτημένες στην επίσημη ιστοσελίδα της :

www.....gr/wp

content/uploads/2018/09/2017_oikonomikes_katastaseis.pdf . Η δε μητρική εταιρεία που αναδιοργανώθηκε σύμφωνα με το παραπάνω νόμο, ανήκει εξ ολοκλήρου στο Ελληνικό Δημόσιο, σύμφωνα με τις Ετήσιες Οικονομικές Καταστάσεις της για την χρήση 2017 (σελ. 23 και 37) που συντάχθηκαν την 18-9-2018 και είναι αναρτημένες στην επίσημη ιστοσελίδα του :

www.....gr/el/%CE%BF%CE%BC%CE%B9%CE%BB%CE%BF%CF%83/%CE%BF%CE%B9%CE%BA-

Αριθμός απόφασης: 119/2019

%CF%83%CF%84%CE%BF%CE%B9%CF%87%CE%B5%CE%B9%CE%B1-%CE%B5%CE%BA%CE%B8-%CF%80%CE%B5%CF%80%CF%81%CE%B1%CE%B3%CE%BC%CE%B5%CE%BD%CF%89%CE%BD .

Συνεπώς, σύμφωνα με τον συνδυασμό των άρθρων 1, 2 παρ. 1 α), 222, 224 παρ. 1 και 2, 231 του ν.4412/2016, και ν. 3891/2010, η συνιστά αναθέτοντα φορέα κατά την έννοια του ν. 4412/2016, ως δημόσια επιχείρηση δραστηριοποιούμενη στην παροχή και λειτουργία σιδηροδρομικών δικτύων, στην οποία το Ελληνικό Δημόσιο ασκεί δεσπόζουσα επιρροή λόγω κυριότητας, ως μέτοχος του 100% του εταιρικού κεφαλαίου του ο οποίος είναι μέτοχος του 100% του εταιρικού κεφαλαίου της και επομένως οι συμβάσεις της διέπονται από τις διατάξεις του Βιβλίου II του ν.4412/2016.

8. 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.

9. Επειδή στον διαγωνισμό συμμετείχαν η προσφεύγουσα, η παρεμβαίνουσα, ηκαι η, με τις προσφορές τους υπ' αριθ. 107888, 111040, 109900 και 109979 αντίστοιχα.

10. Επειδή, ως αναφέρεται στο με αριθ. πρωτ. εξ. 14013/18 έγγραφο του αναθέτοντος φορέα, η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού συνεδρίασε την 28-9-2018 καθώς και την 30-10-2018, και την 7-11-2018 εξέδωσε Πρακτικό, σύμφωνα με το οποίο αφού έκρινε αποδεκτές i) όλες τις κατατεθείσες εγγυητικές επιστολές , και ii) τους φακέλους δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς όλων των διαγωνιζομένων οικονομικών φορέων αποσφράγισε τις κατατεθείσες οικονομικές προσφορές και «....έκρινε ότι είναι σύμφωνες με τα απαιτούμενα της Διακήρυξης και συνέταξε τον ακόλουθο σχετικό συγκριτικό πίνακα.

.....

Αριθμός απόφασης: 119/2019

| A/A | Περιγραφή | Τιμή (προ Φ.Π.Α.) ανά μήνα | Τιμή (προ Φ.Π.Α.) για 60 μήνες (ήτοι 5 έτη) | Τιμή (προ Φ.Π.Α.) ανά μήνα | Τιμή (προ Φ.Π.Α.) για 60 μήνες (ήτοι 5 έτη) | Τιμή (προ Φ.Π.Α.) ανά μήνα | Τιμή (προ Φ.Π.Α.) για 60 μήνες (ήτοι 5 έτη) | Τιμή (προ Φ.Π.Α.) ανά μήνα | Τιμή (προ Φ.Π.Α.) για 60 μήνες (ήτοι 5 έτη) |
|----------------------------------|--|-------------------------------------|---|-------------------------------------|---|-------------------------------------|---|-------------------------------------|---|
| 1 | Πάγιο κόστος μίσθωσης προσφερόμενου εξοπλισμού όπως αναλυτικά περιγράφεται στα Παραρτήματα I και II της Διακήρυξης | 1.633,13 € | 97.987,93 € | 1.860,00 € | 111.600,00 € | 1.480,00 € | 88.800,00 € | 1.585,00 € | 95.100,00 € |
| 2 | Κόστος εκτυπώσε ων ασπρόμαυ ρων σελίδων A4 (Εκτιμώμε νος αριθμός μηνιαίων εκτυπώσε ων 150.000 ασπρόμαυ ρων σελίδων A4) | 651,00 € | 39.060,00 € | 600,00 € | 36.000,00 € | 555,00 € | 33.300,00 € | 450,00 € | 27.000,00 € |
| 3 | Κόστος έγχρωμων εκτυπώσε ων έγχρωμων σελίδων A4 (Εκτιμώμε νος αριθμός μηνιαίων εκτυπώσε ων 16.000 έγχρωμων σελίδων A4) | 456,00 € | 27.360,00 € | 336,00 € | 20.160,00 € | 368,00 € | 22.080,00 € | 320,00 € | 19.200,00 € |
| Τελικό Σύνολο Σ = (1)+(2)+(3) | | | 164.407,93 € | | 167.760,00 € | | 144.180,00 € | | 141.300,00 € |

Από τον παραπάνω Πίνακα προκύπτει ότι η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψη προσφορά βάσει τιμής, ...είναι αυτή της εταιρείας «.....», με συνολική τιμή 141.300,00 € + ΦΠΑ. Μετά τα παραπάνω η Επιτροπή Διαγωνισμού ...ομοφώνως προτείνει τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας για την εταιρεία «.....», ήτοι την πρόσκληση για υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού μειοδότη...

Αριθμός απόφασης: 119/2019

11. Επειδή με την υπ' αριθμ. 3563/20-11-2018 απόφαση που λήφθηκε στην με αριθ. 883/20-11-281 συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα, εγκρίθηκε το παραπάνω Πρακτικό με ημερομηνία 7-11-2018, και αποφασίστηκε η «...*ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου της εταιρείας «.....», η οποία προσέφερε την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής, ανερχομένη στο ποσό των 141.300,00 ευρώ ...και η...πρόσκληση της προσωρινής αναδόχου εταιρείας «.....», για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης ...»* Η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς την 26-11-2018 μέσω της «*επικοινωνίας*» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, και αναρτήθηκε αυθημερόν στην κεντρική ηλεκτρονική σελίδα του διαγωνισμού.

12. Επειδή κατά της ως άνω απόφασης με αριθ. 3563/2018, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, εμπρόθεσμα την 6-12-2018, με κατάθεση μέσω της «*επικοινωνίας*» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

13. Επειδή την 7-12-2018 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στην παρεμβαίνουσα, κατά της προσφοράς της οποίας στρέφεται η προδικαστική προσφυγή, μέσω της «*επικοινωνίας*» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

14. 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 17-12-2018 η με αριθ. ΑΕΠΠ ΠΑΡ 818/2018 παρέμβαση, με τον νόμιμο προβλεπόμενο κατ' άρθ. 362 ν. 4412/2016 και άρθ. 7 ΠΔ 39/2017 τρόπο κατάθεσης στην «*Επικοινωνία*» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και κοινοποίηση αυθημερόν στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της παρεμβαίνουσας.

Αριθμός απόφασης: 119/2019

15. Επειδή η αναθέτουσα αρχή, την 14-12-2018, κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ με ηλεκτρονικό μήνυμα τις απόψεις της επί της προσφυγής, και εκ νέου την 17-12-2018 μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

16. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 8ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις 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. 1708/2018 Πράξης του Προέδρου του 8^{ου} Κλιμακίου «περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή-κλήση αναθέτουσας αρχής προ χορήγησης προσωρινών μέτρων».

17. Επειδή το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Παράβολο» προβλέπει: « 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. 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 είσπραξης του. ...»

18. Επειδή το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 με τίτλο «Παράβολο» προβλέπει: «1. 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....4. Το παράβολο καταβάλλεται κατά την κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής. Η ως άνω κατάθεση του παραβόλου γίνεται ηλεκτρονικά μέσω της εφαρμογής e-παράβολου στη διαδικτυακή πύλη της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (ΓΓΠΣ) και αποτελεί έσοδο του κρατικού προϋπολογισμού. Για την απόδειξη της καταβολής και της είσπραξης του παραβόλου ο προσφεύγων υποχρεούται να επισυνάψει στο προβλεπόμενο στην παράγραφο 2 του άρθρου 8 του παρόντος Κανονισμού έντυπο προσφυγής του Παραρτήματος Ι εκτυπωμένο αντίγραφο ηλεκτρονικής πληρωμής του ποσού σε Τράπεζα, επικυρωμένη εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας

Αριθμός απόφασης: 119/2019

Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών ότι το ως άνω παράβολο, υπό τον αντίστοιχο Κωδικό, φέρει την ένδειξη “πληρωμένο” καθώς και βεβαίωση περί ελέγχου και δέσμευσης του ηλεκτρονικού παραβόλου από την Υπηρεσία που το αποδέχεται.»

19. Επειδή στην αιτιολογική έκθεση του ν.4412/2016 αναφέρεται ότι : «*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 Αριθμός απόφασης: 553 / 2018 6 Orizzonte Salente c-61/14, EU: 2015: 307, σημείο 37). 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. Ρητώς και σαφώς σύμφωνα με τις παραπάνω διατάξεις, για την παραδεκτή άσκηση της προδικαστικής προσφυγής επιβάλλεται η καταβολή του νόμιμου ποσού κατά το χρόνο της άσκησής της. Όπως εξ άλλου παγίως δέχεται η νομολογία, η υποχρέωση καταβολής παραβόλου, ως προϋπόθεση του παραδεκτού ενδίκου βοηθήματος ή μέσου, αποβλέπει στην αποτροπή της ασκήσεως απερίσκεπτων και αστήρικτων ενδίκων βοηθημάτων και μέσων, χάριν της εύρυθμης λειτουργίας των δικαστηρίων και της αποτελεσματικής απονομής της δικαιοσύνης, γι’ αυτό και η τύχη του συναρτάται με την έκβαση και τις εν γένει περιστάσεις της δίκης (ΣΤΕ 601/2012 Ολομ., 3087/2011 Ολομ., ΣΤΕ 1583/2010 Ολομ., 1852/2009 Ολομ., 647/2004 Ολομ.)

20. Επειδή περαιτέρω στην εκδοθείσα κατ’ εξουσιοδότηση του άρθ. 29 παρ. 3 του ν. 3943/2011 ΠΟΛ1163/3-7-2013 απόφαση του Υφυπουργού Οικονομικών με τον τίτλο «*Όροι και διαδικασία είσπραξης-επιστροφής για την*

Αριθμός απόφασης: 119/2019

εφαρμογή του ηλεκτρονικού παραβόλου» όπως ισχύει ορίζεται στο άρθρ. 3 ότι «Πληρωμή e-παραβόλου. Ο ενδιαφερόμενος καταβάλλει το αναλογούν ποσό στον φορέα είσπραξης που επιθυμεί γνωστοποιώντας τον μοναδικό ψηφιακό κωδικό...», στο άρθρ. 4 ότι «Κατάθεση e-παραβόλου σε Υπηρεσία...Ο υπάλληλος της Υπηρεσίας που κατατίθεται το e-παραβόλο για να το αποδεχθεί/δεσμεύσει συνδέεται με την εφαρμογή κάνοντας την επιλογή του ρόλου ως εκπρόσωπος του φορέα, αναζητά το e-Παράβολο και ελέγχει την εγκυρότητά του...Μετά τον σχετικό έλεγχο η Υπηρεσία αποδέχεται το e-Παράβολο και αυτό δεσμεύεται ώστε να αποκλεισθεί η εκ νέου χρήση του...»

21. Επειδή στον όρο 3.4 της διακήρυξης με τον τίτλο «3.4 Προδικαστικές Προσφυγές – Προσωρινή Δικαστική Προστασία» προβλέπεται ότι «..Για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής κατατίθεται παράβολο από τον προσφεύγοντα υπέρ του Δημοσίου, κατά τα ειδικά οριζόμενα στο άρθρο 363 του ν. 4412/2016....»

22. Επειδή οι ως άνω σχετικές με το παράβολο διατάξεις, καθ' ο μέρος προβλέπουν ότι, για το παραδεκτό της άσκησης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, απαιτείται το ύψος αυτού να ανέρχεται σε ποσοστό 0,50 τοις εκατό (0,50%) της προϋπολογισθείσας αξίας (χωρίς Φ.Π.Α.) της σχετικής σύμβασης, το οποίο είναι πληρωτέο κατά την κατάθεση της προσφυγής επισυναπτομένων υποχρεωτικά στην προσφυγή i) του αποδεικτικού τραπεζικής πληρωμής αυτού καθώς και ii) εκτύπωση από την επίσημη ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του εν λόγω παραβόλου με την ένδειξη πληρωμένο, και iii) βεβαίωση περί δέσμευσης του παραβόλου, είναι απολύτως σαφείς και δεν είναι αντικειμενικώς ικανές να δημιουργήσουν αμφιβολίες ούτε ως προς το ύψος του απαιτούμενου παραβόλου, ούτε ως προς την υποχρέωση εξόφλησης αυτού κατά την άσκηση της προσφυγής και υποβολής των σχετικών αποδεικτικών καταβολής και δέσμευσης του παραβόλου συγχρόνως με την κατάθεση της προσφυγής, ούτε ως προς την επερχόμενη συνέπεια του απαραδέκτου της προσφυγής λόγω μη πληρωμής του παραβόλου ή/και μη προσκόμισης με την κατάθεσή της των ως άνω αποδεικτικών καταβολής και δέσμευσης αυτού (ΣΤΕ Ολ.1583/2010).

23. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει προσκομιστεί παράβολο, ποσού 1.200 ευρώ, ήτοι ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, το οποίο δεν εμφανίζεται επί του σώματος αυτού ούτε ότι έχει

Αριθμός απόφασης: 119/2019

πληρωθεί ούτε ότι έχει δεσμευτεί, καθώς και ένα αποδεικτικό συναλλαγής της με ημερομηνία 6-12-2018 από το οποίο δεν προκύπτουν ούτε η αιτία της συναλλαγής, ούτε συσχετισμός με το παραπάνω εκδοθέν παράβολο, ούτε η ταυτότητα του προσώπου υπέρ του οποίου πραγματοποιήθηκε η εμφανιζόμενη συναλλαγή ποσού 1.200 ευρώ. Το παραπάνω παράβολο εμφανίζεται «ΜΗ ΠΛΗΡΩΜΕΝΟ» στην επίσημη ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ μέχρι και ακόμη την 30-1-2019 ήτοι ακόμη και κατά την προτεραία της έκδοσης της παρούσας (υπηρεσιακό ηλεκτρονικό μήνυμα του αρμοδίου υπαλλήλου ΑΕΠΠ προς την Εισηγήτρια με ημερομηνία 30-1-2019, με συνημμένα ηλεκτρονικά αρχεία από την επίσημη ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ), και σε κάθε περίπτωση προκύπτει ότι δεν είχε πληρωθεί κατά την νόμιμη προβλεπόμενη επί ποινή απαραδέκτου της προσφυγής ημερομηνία κατάθεσης της προσφυγής ήτοι την 6-12-2018. Επί πλέον, προκύπτει από τον φάκελο της προσφυγής ότι δεν έχει κατατεθεί άλλο εξοφληθέν παράβολο με άλλα στοιχεία (υπηρεσιακό ηλεκτρονικό μήνυμα του αρμοδίου Γραμματέως του Κλιμακίου προς την Εισηγήτρια με ημερομηνία 30-1-2019). Συνεπώς για την παραδεκτή άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής δεν έχει καταβληθεί το νόμιμο οριζόμενο ηλεκτρονικό παράβολο, παρά τις διατάξεις του άρθ. 5 του ΠΔ 39/2017 και του άρθ. 363 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με τις οποίες ο προσφεύγων όφειλε να έχει εκδώσει και καταβάλει εμπρόθεσμα ήδη κατά την άσκηση της προσφυγής το προβλεπόμενο ηλεκτρονικό παράβολο, βάσει του προϋπολογισμού του διαγωνισμού. Μάλιστα δε ο νόμος ρητώς και σαφώς απαιτεί την έκδοση και πληρωμή του προβλεπόμενου παραβόλου ως στοιχείο του παραδεκτού της άσκησης αυτής καθ' εαυτής της προσφυγής και όχι ως στοιχείο του παραδεκτού εν γένει της προσφυγής, και συνεπώς η έκδοση και καταβολή του παραβόλου οφείλεται να συντρέχουν κατά την άσκηση της προσφυγής, ως ο νόμος ορίζει. Περαιτέρω, η διαδικασία καταβολής του παραβόλου για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ (ποσόν, τρόπος, χρόνος κατάθεσης και απόδειξη καταβολής και είσπραξης του) προβλέπεται ρητά και με σαφήνεια στον νόμο, αποτελεί δε εν πάσει περιπτώσει ευθύνη του οικονομικού φορέα ο οποίος οφείλει να επιδεικνύει και την ανάλογη επιμέλεια (ΣΤΕ 27/2015, ΔΕφαΘ 269/2018). Η δε προσπάθεια διάσωσης της προδικαστικής προσφυγής, δεν μπορεί να φτάσει μέχρι την υποκατάσταση του προσφεύγοντος από την ΑΕΠΠ και την εκ μέρους της τελευταίας

Αριθμός απόφασης: 119/2019

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. και 6 ΕΣΔΑ), καθώς και παράβαση της αρχής της αμεροληψίας, που πρέπει να διέπει την κρίση των διοικητικών οργάνων.

24. Επειδή, στο πλαίσιο των διοικητικών προσφυγών που ασκούνται στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, δεδομένου του μικρού κύκλου των αποδεκτών της οικείας νομοθεσίας και της κατ' επάγγελμα κατά την συνήθη πορεία των πραγμάτων ενασχολήσεώς τους με τις διαδικασίες των δημοσίων συμβάσεων, αυτοί οφείλουν να γνωρίζουν τις κρίσιμες διατάξεις (ΟΛΣΤΕ 876/2013, ΣτΕ 268, 360/2018, 1400, 1595/2016, 3128, 3129/2015, 1072, 1985, 1988/2014, 2886/2013, 2315/2013). Επιπλέον, 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 είναι 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). Επισημαίνεται επί πλέον, ότι υφίστανται σχετικές οδηγίες που είναι αναρτημένες στο διαδικτυακό τόπο της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων όπου παρέχονται και απαντήσεις σε συχνά ερωτήματα επί της έκδοσης του e-παραβόλου (http://www.gsis.gr/gsis/info/gsis_site/Help/FAQsPages/FAQs_e-paravolo_2015.html). Περαιτέρω, και ο ίδιος ο όρος 4.3 της διακήρυξης παραπέμπει ρητά στο εφαρμοστέο άρθ. 363 του ν. 4412/2016, οπότε ήταν σαφές ότι το εφαρμοστέο για την άσκηση της προσφυγής δίκαιο ήταν αυτό της ως άνω διάταξης, καθώς και των διατάξεων του ως άνω ΠΔ 39/2017 στο οποίο παραπέμπει. Συνεπώς, σύμφωνα με τα ανωτέρω, δεν δύναται να θεωρηθεί ότι η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε παραδεκτως, χωρίς να θίγεται η αρχή της νομιμότητας.

25. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

26. Επειδή κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

Αριθμός απόφασης: 119/2019

27. Επειδή η παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 11.01.2019 και εκδόθηκε στις 31.01.2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Χρήστος Σώκος

Νικόλαος Λιακατσίδας