

Αριθμός απόφασης: 6 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4οΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 18.12.2018, με την εξής σύνθεση: Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη, Πρόεδρος και τα Μέλη Κωνσταντίνος Κορομπέλης και Κυριακή Σιδηροπούλου - Εισηγήτρια, η οποία συνέταξε την παρούσα απόφαση σύμφωνα με το άρθρο 12 παράγραφος 2 του πδ 39/2017 σε συνδυασμό με το άρθρο 18 παράγραφος 3 του πδ 39/2017.

Για να εξετάσει την από 30.11.2018 (ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) με τίτλο «Ενσταση» Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1267/30.11.2018 της εταιρείας με την επωνυμία «.....», (εφεξής «προσφεύγουσα») που εδρεύει στο, οδός, αρ., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά των όρων της υπ' πρωτ. Πρωτ. Διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής δυνάμει της οποίας προκηρύχτηκε ανοικτός, δημόσιος διαγωνισμός μέσω του ΕΣΗΔΗΣ για την ανάθεση του έργου «.....» συνολικού προϋπολογισμού 685.479,14 ευρώ χωρίς ΦΠΑ με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 29.10.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Κυριακή Σιδηροπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός απόφασης: 6 / 2019

1. Επειδή, με την υπ'αρ. πρωτ. Πρωτ. Διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής δυνάμει της οποίας προκηρύχτηκε ανοικτός, δημόσιος διαγωνισμός μέσω του ΕΣΗΔΗΣ για την ανάθεση του έργου «....., συνολικού προϋπολογισμού 685.479,14 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) στις 01.11.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α

2. Επειδή, η εταιρεία «.....» υπέβαλε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού «Ένσταση», ενώπιον της αναθέτουσας αρχής,, με την οποία στρεφόταν κατά όρων της υπ' αριθ. Πρωτ. Διακήρυξης και την οποία «Ένσταση» κοινοποίησε η αναθέτουσα αρχή στην Α.Ε.Π.Π. με το από 29.11.2018 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

3. Επειδή, ως ορίζει η διάταξη του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 «1. Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 345 έως 374) εφαρμόζονται στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του παρόντος νόμου, καθώς και τροποποίησης αυτών, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ και ανεξάρτητα από τη φύση τους».

4. Επειδή, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει, ενεργοποιούνται οι διατάξεις του Βιβλίου IV (άρθρα 345 έως 374) για τις διαφορές που αναφύονται από πράξεις ή παραλείψεις, οι οποίες εκδίδονται ή συντελούνται από αναθέτουσες αρχές, στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης σύμβασης, η οποία εκκινεί, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 120 του ως άνω νόμου, μετά την 1η Μαρτίου 2018, για τις δημόσιες συμβάσεις έργων και τις δημόσιες συμβάσεις εκπόνησης μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, με εκτιμώμενη αξία σύμβασης (χωρίς Φ.Π.Α.) ανώτερη των 60.000 ευρώ και κατώτερη των ορίων του άρθρου 5 του ως άνω νόμου.

Αριθμός απόφασης: 6 / 2019

5. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 120 του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι ως χρόνος έναρξης της ανοικτής διαδικασίας σύναψης σύμβασης, για τις συμβάσεις κάτω των ορίων, νοείται η ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ, σύμφωνα με το άρθρο 66, με την επιφύλαξη της παρ. 5 του άρθρου 376, ενώ κατά τη διάταξη του άρθρου 5 του ως άνω νόμου, ως ισχύει κατόπιν τροποποίησης του άρθρου 4 της Οδηγίας 2014/24 ΕΕ με τον Κανονισμό (ΕΕ) 2017/2365, ως κατώτατο όριο, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, ορίζεται το ποσό των 5.548.000 ευρώ για τις δημόσιες συμβάσεις έργων (αντί του ποσού των 5.225.000 ευρώ ως ίσχυε).

6. Επειδή, από το συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει ότι η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή εμπίπτει στην καθ' ύλην και χρονική αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π. αφού το αντικείμενο της υπόψη σύμβασης αφορά στην ανάθεση δημόσιου έργου, προϋπολογισθείσας αξίας 685.479,14 (χωρίς Φ.Π.Α.), ήτοι αξίας ανώτερης των 60.000 ευρώ και κατώτερης των ισχύοντων χρηματικών ορίων του Κανονισμού (ΕΕ) 2017/2365 και η Διακήρυξη αυτού δημοσιεύθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. στις 29.10.2018, ήτοι μετά την 01.03.2018, για το λόγο δε τούτο δέον να ασκείται κατά τις νόμιμες διατυπώσεις και προϋποθέσεις του παραδεκτού που ισχύουν δυνάμει των διατάξεων του άρθρου 360 επ. του Ν. 4412/2016, αναλόγως δε και των διατάξεων του Π.Δ. 39/2017, για την ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. ασκηθείσα Προδικαστική Προσφυγή.

7. Επειδή, τα ανωτέρω ρητά αναφέρονται και στο άρθρο 4.3. «Προδικαστικές Προσφυγές/ Προσωρινή Δικαστική Προστασία» της υπό κρίση Διακήρυξης, σε κάθε δε περίπτωση οι διατάξεις του Ν. 4412/2016 περί έννομης προστασίας αποτελούν αναγκαστικού δικαίου διατάξεις (βλ. Α.Ε.Π.Π. 524/2018, 356/2018, ιδίως σκ. 17).

8. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι απαραδέκτως ασκήθηκε η εν λόγω «Ένσταση» ενώπιον της αναθέτουσας αρχής και όχι Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., εντούτοις και κατ'

Αριθμός απόφασης: 6 / 2019

ορθή ερμηνεία του «δικογράφου» το παρόν Κλιμάκιο κρίνει ότι η υπό κρίση «Ένσταση» συνιστά την απαιτούμενη για τη διαδικασία παροχής προσωρινής προστασίας που προβλέπει το άρθρο 3 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) Προδικαστική Προσφυγή (987/2014 ΔΕφΑθ) και θα πρέπει να κριθεί εάν πληρούνται τα στοιχεία του παραδεκτού αυτής (ΑΕΠΠ 97/2017).

9. Επειδή, η υπό κρίση «Ένσταση» υποβλήθηκε χωρίς χρήση του τυποποιημένου εντύπου προδικαστικής προσφυγής, ως απαιτεί η διάταξη του άρθρου 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017), ενώ και από την επισκόπηση του εγγράφου αυτού προκύπτει ότι αυτή, η «Ένσταση» δεν καλύπτει ως προς τα κύρια και ουσιώδη στοιχεία της τα προδιατυπωμένα πεδία του τυποποιημένου εντύπου, αφού ελλείπουν τα υπό (7), (9β και δ) και (13) στοιχεία αυτού, με αποτέλεσμα να μην θεραπεύεται η έλλειψη χρήσης του τυποποιημένου εντύπου (ΔΕΦΚομοτηνής Ν39/2017, ΑΕΠΠ 264/2018, 47/2018, 97/2017 κ.α.). Για το λόγο αυτό η υπό κρίση «Ένσταση» θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

10. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 363 του Ν. 4412/2016 ορίζεται 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. 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. 2. Εάν από τα έγγραφα της σχετικής σύμβασης παρέχεται η δυνατότητα υποβολής προσφοράς για τμήμα ή τμήματα της σύμβασης, το ύψος του παραβόλου υπολογίζεται επί της αξίας του τμήματος ή των τμημάτων της σύμβασης σχετικά με τα οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή. 3. Το ύψος του ποσοστού και τα ανώτατα και κατώτατα όρια του ποσού του παραβόλου

Αριθμός απόφασης: 6 / 2019

μπορούν να αναπροσαρμόζονται με προεδρικό διάταγμα, ύστερα από πρόταση των Υπουργών Οικονομικών και Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων. 4. Με τον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών της παρ. 7 του άρθρου 365 ορίζεται ο τρόπος και ο χρόνος κατάθεσης και είσπραξης του παράβολου και ο τρόπος απόδειξης της είσπραξής του. 5. Το παράβολο του παρόντος άρθρου επιστρέφεται στον προσφεύγοντα σε περίπτωση ολικής ή μερικής αποδοχής της προσφυγής του. Επίσης, επιστρέφεται στον προσφεύγοντα και στην περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή ανακαλεί την προσβαλλόμενη πράξη ή προβαίνει στην οφειλόμενη ενέργεια πριν από την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής».

11. Επειδή, το άρθρο 5 του Π.Δ. 39/2016 προβλέπει ότι: «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. Το ύψος του παράβολου δεν μπορεί να είναι κατώτερο των εξακοσίων (600) ευρώ ούτε ανώτερο των δεκαπέντε χιλιάδων (15.000) ευρώ. Αν από τα έγγραφα της σύμβασης δεν προκύπτει η προϋπολογισθείσα αξία της, για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, κατατίθεται παράβολο ύψους εξακοσίων (600) ευρώ (άρθρο 363 παρ. 1 ν. 4412/2016). 2. Εάν από τα έγγραφα της σχετικής σύμβασης παρέχεται η δυνατότητα υποβολής προσφοράς για τμήμα ή τμήματα της σύμβασης, το ύψος του παράβολου υπολογίζεται επί της αξίας του τμήματος ή των τμημάτων της σύμβασης σχετικά με τα οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή (άρθρο 363 παρ. 2 ν. 4412/2016). 3. Το ύψος του ποσοστού και τα ανώτατα και κατώτατα όρια του ποσού του παράβολου μπορούν να αναπροσαρμόζονται με προεδρικό διάταγμα, ύστερα από πρόταση των Υπουργών Οικονομικών και Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων (άρθρο 363 παρ. 3 ν. 4412/2016). 4. Το παράβολο καταβάλλεται κατά την κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής. Η ως άνω κατάθεση του παράβολου γίνεται ηλεκτρονικά μέσω της εφαρμογής e-παράβολου στη

Αριθμός απόφασης: 6 / 2019

διαδικτυακή πύλη της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (ΓΓΠΣ) και αποτελεί έσοδο του κρατικού προϋπολογισμού. Για την απόδειξη της καταβολής και της είσπραξης του παράβολου 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 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 παράβολου από την Υπηρεσία που το αποδέχεται. 5.».

12. Επειδή, όπως ορίζεται στην 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). 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.

13. Επειδή, σύμφωνα με τη ρητή γραμματική διατύπωση των ως άνω διατάξεων ορίζεται ότι για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, καταβάλλεται από τον προσφεύγοντα e-παράβολο κατά την

Αριθμός απόφασης: 6 / 2019

κατάθεση της προσφυγής κι εντός της αποκλειστικής προθεσμίας άσκησης της, το οποίο υπολογίζεται σε συγκεκριμένο ποσοστό 0,50% επί της αξίας της προϋπολογισθείσας σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, και με ρητώς καθορισμένο στην οικεία διάταξη νόμου κατώτατο και ανώτατο όριο ύψους αυτού, πρόβλεψη η οποία και μόνον ισχύει για την προσκόμιση του συγκεκριμένου παραβόλου και ως τέτοια ειδικότερη και νεότερη ρύθμιση κατισχύει οιασδήποτε γενικότερης και παλαιότερης.

14. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου της υπό κρίση «Ένστασης» συνάγεται ότι η προσφεύγουσα δεν προσκόμισε το απαιτούμενο από το Νόμο ηλεκτρονικό παράβολο εκδόσεως υπό το Φορέα «Α.Ε.Π.Π.», ποσού ίσου με το 0,50% επί της προϋπολογισθείσας αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, και με κατώτατο όριο το ποσό των 600,00 ευρώ και ανώτατο όριο το ποσό των 15.000,00 ευρώ, ως όφειλε.

15. Επειδή, τόσο η έκδοση του e- παραβόλου και ο υπολογισμός του ύψους αυτού είναι ευχερής και στηρίζεται στη σαφή διάταξη του άρθρου 363 του Ν. 4412/2016 και άρθρου 5 του Π.Δ. 39/2017 (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 27,29,235/2015, ΣτΕ 777/2013 Ολομ., 494/2013), ενώ υφίσταται ειδική παραπομπή στον οικείο Νόμο και στην οικεία διακήρυξη, οπότε παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των εν λόγω όρων και λεπτομερειών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο (βλ., ιδίως, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004 C 496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I 3801, σκέψη 111). Επομένως, δεν είναι αντικειμενικώς ικανές οι οικείες διατάξεις να γεννήσουν αμφιβολίες ούτε ως προς τον τρόπο υπολογισμού του ύψους του προσκομισθέντος παραβόλου ή ως προς τα ρητώς προσδιορισθέντα στο νόμο όρια αυτού (κατώτατο και ανώτατο ύψος παραβόλου), ούτε ως προς την επερχόμενη συνέπεια του απαραδέκτου της προσφυγής λόγω μη προσκόμισης με την κατάθεσή της του νόμιμου ποσού παραβόλου (πρβλ ΣτΕ ΟΛ.1583/2010, ΣτΕ Ολομ, 1852/2009).

Αριθμός απόφασης: 6 / 2019

16. Επειδή, λαμβάνοντας υπόψη ότι η προσφεύγουσα δεν προσκόμισε το απαιτούμενο κατά τις οικείες διατάξεις ποσό ηλεκτρονικού παράβολο, δεν πληρούται και για το λόγο αυτό η απαιτούμενη εκ του νόμου προϋπόθεση για το παραδεκτό της υπό κρίση «Ένστασης» και θα πρέπει αυτή και για το λόγο αυτόν να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

17. 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. (ΣτΕ 2080/2016).

18. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη για τους αναφερόμενους ως άνω λόγους.

19. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, κατά τα προλεχθέντα, δεν έχει ασκηθεί νομίμως και κατ' ακολουθίαν θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, ενώ παρέλκει η εξέταση των προβαλλόμενων επί της ουσίας λόγων αυτής.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 18 Δεκεμβρίου 2018, εκδόθηκε στις 03-01-2019 και υπογράφηκε αυθημερόν από την Πρόεδρο και την Γραμματέα σύμφωνα με το άρθρο 18 παράγραφος 3 του πδ 39/2017.

Η Πρόεδρος

Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη

Η Γραμματέας

Ευαγγελία Ζαφειράτου