

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής στις 09 Νοεμβρίου 2017, δυνάμει της Πράξης του νόμιμου αναπληρωτή του κωλυμένου πρώην Προέδρου του, με αριθμό 23/20-10-2017, της με αριθμό 5/1-11-2017 Απόφασης Ολομέλειας Α.Ε.Π.Π., περί αναπλήρωσης της σύνθεσης του 2<sup>ου</sup> Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π., λόγω παραίτησης του Προέδρου και μέλους του, Στυλ. Δ. Μαυρίδη (ΦΕΚ Τ.Υ.Ο.Δ.Δ. 534/27-10-2017) και της με αριθ. 2/02-11-2017 Πράξης Προέδρου Α.Ε.Π.Π. περί ορισμού νέου Προέδρου 2<sup>ου</sup> Κλιμακίου, με την εξής σύνθεση: Νικόλαο Σαββίδη Πρόεδρο και Εισηγητή, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, μέλος και Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη, μέλος.

Για να εξετάσει την από 13-10-2017 Προδικαστική Προσφυγή (με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 165/16-10-2017 και Ειδ. Αριθ. Κατ. ΙΙ/26/16-10-2017 του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στον ..... (οδός .....αρ. ..) και εκπροσωπείται από τον Πρόεδρο του ΔΣ και ..... Διευθυντή ..... αυτού ..... (εφεξής Προσφεύγουσα)

Κατά της Αναθέτουσας Αρχής με την επωνυμία «ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΟΙΚΟΝΟΜΙΑΣ ΚΑΙ ΑΝΑΠΤΥΞΗΣ/ΓΕΝΙΚΗ ΓΡΑΜΜΑΤΕΙΑ ΕΜΠΟΡΙΟΥ ΚΑΙ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΚΑΤΑΝΑΛΩΤΗ/ΓΕΝΙΚΗ ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ/ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΚΑΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΤΙΚΩΝ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΩΝ» (εφεξής «ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ» ή Αναθέτουσα Αρχή ή ΑΑ).

## Αριθμός Απόφασης 134 / 2017

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα ζητεί να γίνει αποδεκτή προς αξιολόγηση ως εγκαίρως και ορθώς υποβληθείσα η προσφορά της στο διαγωνισμό με αριθμό διακήρυξης 6/2017 (Ανακοίνωση υπ' αριθ. 107136/4-10-2017, αρ. συστήματος ΕΣΗΔΗΣ: ..... για την επανάληψη διεξαγωγής διαγωνισμού της Δ/ξης 06/2017 (C.P.V.: 55523100-3) για τμήματα για τα οποία κηρύχτηκε άγονος και συγκεκριμένα για τα τμήματα: • 1.2 (Περιφερειακή Ενότητα Καβάλας-Δήμος Καβάλας) του συστημικού διαγωνισμού με Α/Α ....., • 2.8 (Περιφερειακή Ενότητα Δυτικής Αττικής-Δήμος Μεγαρέων) του συστημικού διαγωνισμού με Α/Α 43610, • 3.5 (Περιφερειακή Ενότητα Φθιώτιδας-Δήμος Λαμιέων) του συστημικού διαγωνισμού με Α/Α ..... • 7.4 (ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΗ ΕΝΟΤΗΤΑ ΙΩΑΝΝΙΝΩΝ-ΔΗΜΟΣ ΙΩΑΝΝΙΤΩΝ) του συστημικού διαγωνισμού με Α/Α 43618 και • 10.5 (Περιφερειακή Ενότητα Θεσσαλονίκης-Δήμος Χαλκηδόνος) του συστημικού διαγωνισμού με Α/Α ....., όλα τμήματα του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού της Δ/ξης 06/2017 για την παροχή υπηρεσιών σχολικών γευμάτων συνολικού προϋπολογισμού ανερχόμενου σε δεκαέξι εκατομμύρια εξακόσιες εβδομήντα πέντε χιλιάδες τετρακόσια εβδομήντα Ευρώ (€ 16.675.470,00) άνευ Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει της τιμής, γιατί, μολονότι δεν υποβλήθηκε ολοκληρωμένα – κατά την τελική υποβολή εμφανίστηκε το μήνυμα «Δε βρέθηκε έγκυρη Τεχνική Προσφορά σύμφωνα με τη λήψη της εκτύπωσής της ή δεν έχει οριστεί σωστή κατηγορία» -, υποβλήθηκαν έγκαιρα όλα τα δεδομένα και σχετικές φόρμες, συμπεριλαμβανομένου του αρχείου ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ για το οποίο αναφερόταν πρόβλημα από το σύστημα, καθώς βρίσκεται στο σύστημα και δεν είχε κάποιο πρόβλημα.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

## Αριθμός Απόφασης 134 / 2017

1. Επειδή, για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, οι διατάξεις του άρθρου 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 (εφεξής Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ή Κανονισμός) και των άρθρων 363 παρ. 2 και 376 παρ.2 του Ν. 4412/2016 προβλέπουν την υποχρέωση καταβολής παραβόλου. Όπως προκύπτει από την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016: *«Η επιβολή παραβόλου κρίνεται αναγκαία προκειμένου να αποτραπεί η άσκηση αστήρικτων και παρελκυστικών προσφυγών»*. Επομένως, η βούληση του νομοθέτη είναι να καταβάλλεται ένα συγκεκριμένο χρηματικό ποσό που θα απέτρεπε την καταχρηστική άσκηση προδικαστικών προσφυγών οι οποίες θα μπορούσε 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 Κανονισμού. Επομένως, για την παραδεκτή άσκηση της προδικαστικής προσφυγής επιβάλλεται η καταβολή του νόμιμου ποσού κατά το χρόνο άσκησής της. Η σχετική για το παράβολο ρύθμιση του Ν.4412/2016 καθώς και η σχετική αιτιολογική έκθεση ουδόλως διαφέρουν στην ουσία τους από τις αντίστοιχες, περιεχόμενες στο Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (ΚΔΔ) διατάξεις, για την επιβολή παραβόλου και τις συνέπειες της μη υποβολής αυτού. Όπως παγίως δέχεται η νομολογία, η υποχρέωση καταβολής παραβόλου, ως προϋπόθεση του παραδεκτού ενδίκου βοηθήματος ή μέσου ιδιώτη, 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.)

2. Επειδή, για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής δεν έχει καταβληθεί κανένα παράβολο, παρά τις διατάξεις του άρθρου 5 παρ. 2 του Κανονισμού και των άρθρων 363 παρ. 2 και 376 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με τις οποίες η προσφεύγουσα όφειλε να έχει εκδώσει και πληρώσει εμπρόθεσμα το οικείο ηλεκτρονικό παράβολο, βάσει του προϋπολογισμού του

## Αριθμός Απόφασης 134 / 2017

διαγωνισμού, επιπλέον δε να ζητήσει το εν λόγω παράβολο να δεσμευτεί αρμοδίως και να ζητήσει να εκδοθεί και να προσκομίσει σχετική βεβαίωση περί ελέγχου και δέσμευσης του παραβόλου. Ασκείται, επομένως, απαράδεκτα η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

3. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ.2 Ν.4412/2016 : *«Στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών της παρ. 7 του άρθρου 365 μπορεί να προβλέπεται ότι η προσφυγή υποβάλλεται υποχρεωτικά με τη χρήση τυποποιημένου εντύπου το οποίο θα υποβάλλεται κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στην παρ. 1.»* Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 8 παρ. 2 του Κανονισμού *«2. Η προσφυγή υποβάλλεται υποχρεωτικά με τη χρήση τυποποιημένου εντύπου, όπως αυτό παρατίθεται στο Παράρτημα Ι (άρθρο 362 παρ. 2 ν. 4412/2016)»*. Έχει κριθεί, ωστόσο, (βλ. Απόφαση 21/2017 Α.Ε.Π.Π.) ότι η χρήση του τυποποιημένου εντύπου δεν αποτελεί ουσιώδη τύπο της διαδικασίας, η παραβίαση του οποίου και μόνο θα οδηγούσε στο απαράδεκτο της προσφυγής και τούτο διότι: 1. Η εν λόγω διάταξη εξυπηρετεί την επιτάχυνση της διαδικασίας όπως με σαφήνεια προκύπτει από την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, ο οποίος δεν επέβαλε τη χρήση του εντύπου, αλλά προέβλεψε τη δυνατότητα επιβολής του με τον Κανονισμό της ΑΕΠΠ για λόγους διευκόλυνσης του έργου της Αρχής και της γενικότερης διαδικασίας (βλ. αιτιολογική έκθεση Ν.4412/2016,[...] για τον σκοπό της επιτάχυνσης της διαδικασίας προτείνεται η προδικαστική προσφυγή να κατατίθεται ηλεκτρονικά στην ΑΕΠΠ, ενώ παράλληλα δίνεται η δυνατότητα πρόβλεψης στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών υποχρεωτικής χρήσης τυποποιημένου εντύπου[...]) 2. Η πρόβλεψη στον Κανονισμό της ΑΕΠΠ της χρήσης του εντύπου ως υποχρεωτικής, εντασσόμενη στο ανωτέρω πλαίσιο, δεν απαγορεύει την υποβολή προδικαστικών προσφυγών περιβαλλόμενων με άλλο τύπο, ήτοι με τη χρήση άλλου εντύπου, πλην, του τυποποιημένου, το οποίο θα εξυπηρετεί τον ίδιο ως άνω σκοπό 3. υπό την αντίθετη εκδοχή που θα επέτασσε την απόρριψη της προσφυγής ως απαράδεκτης λόγω της μη χρήσης του συγκεκριμένου εντύπου αλλά ενός άλλου εντύπου που εξυπηρετεί τους ίδιους ως άνω σκοπούς

## Αριθμός Απόφασης 134 / 2017

θα παραβιαζόταν το συνταγματικά κατοχυρωμένο δικαίωμα δικαστικής προστασίας του άρθρου 20 του Συντάγματος αλλά και το άρθρο 6 της ΕΣΔΑ.

4. Είναι απαραίτητο, ωστόσο, στο σχετικό δικόγραφο να προκύπτουν με σαφήνεια και πληρότητα όλα τα κατά Νόμο ουσιώδη απαιτούμενα στοιχεία, μεταξύ των οποίων, τουλάχιστον οι πραγματικοί και νομικοί ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, περί των πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής που κατά παράβαση νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας του προκάλεσε ή ενδέχεται να του προκαλέσει ζημία, αλλά και σχετικό αίτημα, το οποίο δεν μπορεί να είναι άλλο από την ακύρωση της πιο πάνω συγκεκριμένης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 παρ. 1 και 367 παρ. 2 Ν. 4412/2016, καθώς στην Α.Ε.Π.Π. δεν έχει κατά Νόμο δοθεί άλλη αρμοδιότητα, ιδίως και πολύ περισσότερο η εξουσία διάπλασης με ουσιαστικό περιεχόμενο των Αποφάσεων της Αναθέτουσας Αρχής.

5. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή, μολοντί δεν έχει συνταχθεί κατά το τυποποιημένο έντυπο του Παραρτήματος Ι του Κανονισμού, ούτε απευθύνεται καν στην Α.Ε.Π.Π., ούτε εκδηλώνεται ως προδικαστική προσφυγή, αλλά κατά την γραμματική διατύπωσή της κατατίθεται ως Ένσταση, θα μπορούσε, παρόλα αυτά, να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω στην ουσία της εάν περιείχε τα απαραίτητα κατά Νόμο ουσιώδη στοιχεία της, όπως αναλυτικά αναφέρουμε στις σκέψεις 3 και 4 της παρούσας. Η προσφεύγουσα, ωστόσο, δεν προβάλλει καμία πράξη ή παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής που, κατά παράβαση κάποιας διάταξης ενωσιακού ή εθνικού δικαίου να της προκάλεσε βλάβη, την ακύρωση της οποίας ουδόλως ζητά. Απεναντίας, παραπονείται στην Αναθέτουσα Αρχή, όχι για κάποιο δικό της σφάλμα, αλλά για το «σύστημα», εννοώντας μάλλον κάποιο τεχνικό ή άλλο σφάλμα της ηλεκτρονικής πλατφόρμας (ΕΣΗΔΗΣ), στην οποία κατά Νόμο διενεργούνταν ο υπό κρίση διαγωνισμός, εξαιτίας του οποίου, η προσφεύγουσα, χωρίς ευθύνη της κατά τους ισχυρισμούς της, δεν κατάφερε να υποβάλει ολοκληρωμένη προσφορά. Μετά ταύτα δεν ζητά την ακύρωση συγκεκριμένης πράξης της

## **Αριθμός Απόφασης 134 / 2017**

Αναθέτουσας Αρχής, αλλά απαραδέκτως ζητά να κάνει δεκτή προς αξιολόγηση την προσφορά της.

6. Επειδή, εξάλλου, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, ασκείται πρόωρα, άλλως επί ανύπαρκτης Πράξης, καθώς, εν προκειμένω η ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. προσβλητέα εκτελεστή Πράξη, κατά την έννοια του άρθρου 100 του Ν. 4412/2016, είναι η Απόφαση του Υπουργού Οικονομίας και Ανάπτυξης περί έγκρισης του Πρακτικού της Επιτροπής περί Αποσφράγισης και Αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής – Τεχνικών Προσφορών των οικονομικών φορέων που συμμετείχαν στον υπό κρίση διαγωνισμό, στο οποίο πράγματι δεν θα περιλαμβάνεται η προσφορά της προσφεύγουσας, ούτε ως αποδεκτή ούτε ως απορριπτέα, ωστόσο τέτοια Απόφαση δεν είχε ληφθεί ακόμη την 13-10-2017, οπότε και ασκήθηκε η υπό κρίση Προσφυγή, αλλά δεν έχει ακόμη ληφθεί, άλλως δεν έχει αναρτηθεί στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, έως σήμερα που εξετάζεται η υπό κρίση Προσφυγή.

7. Επειδή, κατά τα λοιπά, από τα στοιχεία του φακέλου και τις Απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής, προέκυψε ότι η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια, βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, ήτοι συνολικού αρχικού προϋπολογισμού ανερχόμενου σε δεκαέξι εκατομμύρια εξακόσιες εβδομήντα πέντε χιλιάδες τετρακόσια εβδομήντα Ευρώ (€ 16.675.470,00) άνευ Φ.Π.Α., άλλως ανερχόμενου σε ένα εκατομμύριο διακόσιες δεκαπέντε χιλιάδες οχτακόσια δέκα Ευρώ (1.215.810,00 €) χωρίς ΦΠΑ, για τα τμήματα του αρχικού διαγωνισμού για τα οποία αυτός επαναλήφθηκε, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του Κανονισμού και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, καθόσον η προκήρυξη του αρχικού διαγωνισμού απεστάλη για ανάρτηση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης την 10-07-2017 και του επαναληπτικού την 05-10-2017 και δημοσιεύτηκε μετά την 26-06-2017.

**Αριθμός Απόφασης 134 / 2017**

8. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η υπό κρίση Προσφυγή, είναι απαράδεκτη, λόγω μη καταβολής νομίμου παραβόλου, αοριστίας πραγματικών και νομικών ισχυρισμών για τις προσβαλλόμενες πράξεις της Αναθέτουσας Αρχής και μη νομίμου αιτήματος, και πρέπει να απορριφθεί.

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 09-11-2017 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 13-11-2017.

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

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ**

**ΑΝΘΟΥΛΑ ΝΙΚΟΛΑΪΔΟΥ**