

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 28.02.2018 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη -Εισηγήτρια- και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 22-01-2018 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 53/22-01-2018 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) 5/9/22-01-2018, της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «.....», η οποία εδρεύει στην, επί της οδού, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της με αριθ. 20/2017 Διακήρυξης (Αρ. Πρωτ.: ΔΑ1Ζ/Φ306/20 της 28/12/2017) Ηλεκτρονικού, Ανοικτού, Δημόσιου, Διεθνούς Διαγωνισμού με αντικείμενο «Υπηρεσίες Μελέτης Στρατηγικής Τεχνολογιών Πληροφορικής & Τεχνικής Υποστήριξης του Ε.Ο.Π.Υ.Υ.», προϋπολογισθείσας δαπάνης 426.532,26 €, πλέον ΦΠΑ, και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η Προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης διακήρυξης για το λόγο ότι αυτή εμπεριέχει παράνομους, ασαφείς, αόριστους και καταχρηστικούς όρους, οι οποίοι παραβιάζουν τις αρχές της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων και ως εκ τούτου βλάπτουν το δικαίωμα συμμετοχής της στον υπόψη διαγωνισμό.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Αριθμός απόφασης: 158/2018

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 186707881958 0320 0086), ποσού 2.132,67€, όπως τούτο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,50% επί της συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας, άνευ ΦΠΑ, της προκηρυχθείσας σύμβασης ενώ επισυνάπτεται και 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 παραβόλου από την αρμόδια Υπηρεσία της Α.Ε.Π.Π.

2. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του 426.532,26 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 αυτού και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

3. Επειδή, ωστόσο η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εκπροθέσμως σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, όπου προβλέπεται ότι : «1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α), (β), (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ», αφού η ίδια η προσφεύγουσα στο έντυπο της Προδικαστικής Προσφυγής της και στο πεδίο «(9) ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ, Δ. Ημερομηνία κατά την οποία ο προσφεύγων έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης πράξης ή απόφασης:» αναγράφει (ότι έλαβε γνώση) ημερομηνία 28/12/2017, ήτοι την

Αριθμός απόφασης: 158/2018

ημερομηνία ανάρτησης Διακήρυξης στη Διαδικτυακή Πύλη του Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ., συνακόλουθα η προθεσμία άσκησης της προσφυγής ήταν μέχρι και την 07-01-2018, όπερ σημαίνει ότι αφού η Προδικαστική Προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 22/01/2018, ασκήθηκε εκτός της εκ του νόμου σύμφωνα με τα ανωτέρω προθεσμίας.

4. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε 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, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

5. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 367 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: *«1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...»* και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

6. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π., σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις, επιλαμβάνεται προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά πράξεων ή παραλείψεων αναθετουσών αρχών που εκδίδονται/συντελούνται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτές προσβάλλονται ενώπιόν της, από κάθε πρόσωπο το οποίο έχει ή είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί

Αριθμός απόφασης: 158/2018

συγκεκριμένη σύμβαση, εξετάζοντας τους προβαλλόμενους πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς των εμπλεκόμενων μερών και αποφαινεται αιτιολογημένα.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της με αριθ. 20/2017 διακήρυξης (Αρ. Πρωτ.: ΔΑ1Ζ/Φ306/20 της 28/12/2017) Ηλεκτρονικού, Ανοικτού, Δημόσιου, Διεθνούς διαγωνισμού με αντικείμενο «Υπηρεσίες Μελέτης Στρατηγικής Τεχνολογιών Πληροφορικής & Τεχνικής Υποστήριξης του Ε.Ο.Π.Υ.Υ.», προϋπολογισθείσας δαπάνης 426.532,26 €, πλέον ΦΠΑ, και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, με την οποία ανωτέρω διακήρυξη η προσφεύγουσα ισχυρίζεται αφενός ότι το χρονικό διάστημα που παρέχεται για την προετοιμασία των υποψηφίων αναδόχων για τη συμμετοχή τους στο εν λόγω διαγωνισμό είναι πολύ σύντομο δεδομένης της ημερομηνίας αποστολής στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης από την αναθέτουσα αρχή την 19^η Δεκεμβρίου 2017 και στον ελληνικό τύπο και στο ΚΗΜΔΗΣ την 28^η Δεκεμβρίου 2017, γεγονός που οδήγησε σε σημαντική μείωση του χρόνου που έχουν στη διάθεση τους οι υποψήφιοι ανάδοχοι για να λάβουν γνώση του αντικειμένου του έργου, τις προϋποθέσεις συμμετοχής και συνακόλουθα του χρόνου προετοιμασίας κατάθεσης της προσφοράς τους και αφετέρου ότι η υπό κρίση διακήρυξη περιέχει παράνομους, ασαφείς και αόριστους όρους, οι οποίοι παραβιάζουν τις αρχές ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού και ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων οικονομικών φορέων, μεταξύ των οποίων και της ίδιας, καταλύοντας το δικαίωμά της, να συμμετάσχει στον υπόψη διαγωνισμό, τον οποίο ωστόσο η αναθέτουσα αρχή επαναδημοσίευσε την 19/01/2018 σε ορθή επανάληψη.

8. Επειδή, αναφορικά με τις προβαλλόμενες κατά τα ανωτέρω αιτιάσεις της προσφεύγουσας περί ακυρώσεως της υπόψη διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε ως όφειλε το με αριθ. πρωτ. ΔΑ1Ζ/Φ300/20/31.01.2018 έγγραφο απόψεων.

Αριθμός απόφασης: 158/2018

9. Επειδή, εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή προέβη στην έκδοση της με αριθ. 20/2017 διακήρυξης σε ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ (Αρ. Πρωτ.: ΔΑ1Ζ/Φ306/20 της 28/12/2017) Ηλεκτρονικού, Ανοικτού, Δημόσιου, Διεθνούς διαγωνισμού με αντικείμενο «Υπηρεσίες Μελέτης Στρατηγικής Τεχνολογιών Πληροφορικής & Τεχνικής Υποστήριξης του Ε.Ο.Π.Υ.Υ.», η οποία και αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ την 19-01-2018, όπερ σημαίνει ότι ήταν εφικτό η προσφεύγουσα να λάβει γνώση αυτής, μέχρι την 22-01-2018 οπότε και άσκησε την υπόψη προσφυγή εκπροθέσμως (βλ. σκ. 3) αλλά κυρίως κατά πράξης μη εκτελεστής.

10. Επειδή, τα κύρια χαρακτηριστικά της διοικητικής πράξης είναι το τεκμήριο της νομιμότητας και η εκτελεστότητα. (Βλ. Σπηλιωτόπουλο Επ., Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου Τόμος Ι, Νομική Βιβλιοθήκη, έκδ. Ιούνιος 2017, σελ. 98 επ.). Επέκεινα, η εκτελεστότητα της διοικητικής πράξης συνίσταται στο ότι η συμπεριφορά που καθορίζει (ενέργεια ή παράλειψη) και γενικότερα η ρύθμιση στην οποία θεσπίζεται είναι υποχρεωτική από την έκδοση της (ΣΤΕ 1717/1988), χωρίς άλλο, δηλαδή χωρίς να χρειάζεται άλλη διαδικασία και ειδικότερα προηγούμενη δικαστική απόφαση, εκτός αν σαφώς προκύπτει ότι είναι δυνητική. Το χαρακτηριστικό αυτό της διοικητικής πράξης είναι συνέπεια του ότι με αυτή θεσπίζεται μονομερώς ένας κανόνας δικαίου, η δε εκτελεστότητα αφορά τόσο τη Διοίκηση όσο και τους διοικούμενους.

11. Επειδή, με νεότερη διοικητική πράξη είναι δυνατή α) η κατάργηση προηγούμενης διοικητικής πράξης για το μέλλον και β) η ανάκληση της. Για δε τις κανονιστικές πράξεις ορθότερο είναι να σημειωθεί ότι δεν ανακαλούνται (ΣΤΕ 895/1977, 2918/1984, 810/2006, 1818/2007) αλλά καταργούνται ή τροποποιούνται, ως εν προκειμένω που η αναθέτουσα αρχή προέβη σε ορθή επανάληψη της προσβαλλόμενης Διακήρυξης της 28-12-2017 και συνακόλουθα σε έκδοση και δημοσίευση Διακήρυξης για το ίδιο αντικείμενο αλλά με τις δέουσες κατά την αναθέτουσα αρχή τροποποιήσεις την 19-01-2018.

12. Επειδή, ως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, η Διοίκηση είναι κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της

Αριθμός απόφασης: 158/2018

διακήρυξης ως προς τις παρεχόμενες υπηρεσίες, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, ενώ θα πρέπει να θεωρείται ότι απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θέσπισης επιμέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών (ΣΤΕ 1290/2016, 214/2011, 3719/2011, ΕΑ ΣΤΕ 434/2008). Και τούτο διότι όταν ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επικαλείται λόγους με τους οποίους επιχειρεί, υπό τη μορφή γενικής αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προσδιορίσει κατά τις δικές του δυνατότητες τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει βάσει δικών του εκτιμήσεων τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, αυτοί οι λόγοι είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (ΣΤΕ ΕΑ 307/2007). Παρόλα αυτά, και στην περίπτωση αυτή οι όροι της διακήρυξης δέον να ελέγχονται από άποψη τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης, της απαγόρευσης διακρίσεως καθώς και της αρχής της αναλογικότητας. Ήτοι, οι όροι της διακήρυξης δέον να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και να μην εισάγουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτή χαρακτηριστικών που χαρακτηρίζουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού.

13. 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 υπόψη 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).

Αριθμός απόφασης: 158/2018

14. 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).

15. Επειδή, σύμφωνα με τα ανωτέρω, δεν δύναται να θεωρηθεί ότι η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή υποβλήθηκε παραδεκτως, χωρίς να θίγεται η αρχή της νομιμότητας, λαμβάνοντας υπόψη το μη εμπρόθεσμο της άσκησης αυτής σύμφωνα με το νόμο αλλά και την προσβολή πράξης μη εκτελεστής (βλ. σκ. 9-11).

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προσφυγή κρίνεται ως απαράδεκτη και θα πρέπει για το λόγο αυτό να απορριφθεί.

17. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 186707881958 0320 0086).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 28 Φεβρουαρίου 2018 και εκδόθηκε στις 14 Μαρτίου 2018.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Νεκτάριος Α. Μερτινός