

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 5 Ιανουαρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη - Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου – Εισηγήτρια και Μιχαήλ Σειραδάκης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27.11.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1758/30.11.2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία « *** » και διακριτικό τίτλο « *** ».

Κατά του *** *** (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία « *** » και τον διακριτικό τίτλο « *** », νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει, όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 511/17.11.2020, Απόφαση του Δ.Σ της αναθέτουσας αρχής (51η συνεδρίαση, Θέμα: 1.01) – κατ' αποδοχή του, από 03.11.2020, Πρακτικού Νο 1 «Δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών» και του, από 05.11.2020, Πρακτικού Νο 2 οικονομικής αξιολόγησης της Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού - η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «***», για το χρονικό διάστημα από 1-1-2021 έως 31-12-2021 με δικαίωμα προαίρεσης για ένα (1) επιπλέον έτος, προϋπολογισθείσας δαπάνης: α) 50.500,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ 24% για το έτος 2021 και β) με δικαίωμα προαίρεσης 50.500,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ 24% για ένα επιπλέον έτος, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική

Αριθμός απόφασης: 144/2021

άποψη προσφορά βάσει τιμής (με αρ. πρωτ. *** Διακήρυξη, Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ***).

Με την Παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθολοκληριάν η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έγινε αποδεκτή η υποβληθείσα Προσφορά της (3^η σε σειρά κατάταξης). Σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, η ασκηθείσα Παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (14.12.2020), ήτοι, δέκα (10) ημέρες μετά την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής στις 02.09.2020 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω Προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Απόφασης, με την οποία έγινε δεκτή η οικονομική της προσφορά και κατέταγη 3^η σε σειρά κατάταξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. *** , ποσού εξακοσίων ευρώ 600,00€ Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 27.11.2020, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1758/30.11.2020, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε την με αριθμό 191848 Προσφορά στον εν θέματι Διαγωνισμό, η οποία έγινε αποδεκτή (6^η σε σειρά κατάταξης), ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη,

Αριθμός απόφασης: 144/2021

καθόσον με την υπ' αριθμ. 511/2020 Απόφαση του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, μη νομίμως έγιναν δεκτές οι προσφορές των εταιριών « *** » (1η σε σειρά κατάταξης), « *** » (2η σε σειρά κατάταξης), « *** » (3η σε σειρά κατάταξης) « *** » (4η σε σειρά κατάταξης) και « *** » (5η σε σειρά κατάταξης), με συνέπεια να αναδειχθεί προσωρινός μειοδότης του εν λόγω Διαγωνισμού η πρώτη εξ αυτών. Το δε έννομο συμφέρον της θεμελιώνεται, εν προκειμένω, και στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον υπόψη Διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της Προσφοράς τους (ΕΑ 1216/2006, ΕΑ 512/2002, 517/2001 κλπ).

4. Επειδή, στο με αρ. πρωτ. έγγραφο 53845/2020 Απόψεων της οικείας αναθέτουσας αρχής, αναφέρονται - μεταξύ άλλων - τα εξής: «... Στο πλαίσιο του ανοικτού δημόσιου ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ***, σύμφωνα με τη με αρ. πρωτ. *** Διακήρυξη του *** (Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ***), σας παραθέτουμε τις απόψεις της Υπηρεσίας επί της προδικαστικής προσφυγής με ΓΑΚ Α.Ε.Π.Π. 1758/30-11-2020 της εταιρείας « *** Α.Ε.» και συγκεκριμένα:

*Η προδικαστική προσφυγή είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη λόγω εκπρόθεσμης άσκησης αυτής, διότι ενώ η προσβαλλομένη απόφαση του ΔΣ του *** που λήφθηκε στην 51η Συνεδρίαση της 17-11-2020, δημοσιεύθηκε αυθημερόν, άρα η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της προσφυγής εκκινούσε την 18-11-2020 και έληγε την 27-11-2020 που δεν ήταν εξαιρετέα ημέρα, η προσφυγή κατατέθηκε την 30-11-2020, όπως προκύπτει από το με αρ. ΓΑΚ 1758-30-11-2020 ΑΕΠΠ, όπως αποτυπώνεται στην με αρ. 2077/30-11-2020 Πράξη του 7ου Κλιμακίου, άρα είναι εκπρόθεσμη.*

Περαιτέρω, η προδικαστική προσφυγή είναι επίσης απορριπτέα διότι, σύμφωνα και με όσα έχουν κριθεί από την Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ 1274/2020), εφόσον, κρίσιμο κριτήριο για τον προσδιορισμό της αξίας της σύμβασης προκειμένου να ασκηθούν τα σχετικά έννομα δικαιώματα των συμμετεχόντων είναι το ποσό της σύμβασης χωρίς το τυχόν προβλεφθέν δικαίωμα προαίρεσης, ήτοι και δη εν προκειμένω το ποσό των 55.000, 00€ που αντιστοιχίζεται στην παροχή υπηρεσιών ενός (1) έτους, η προσήκουσα διαδικασία κατά των πράξεων της Διοίκησης, είναι αυτή του άρθρου 127 του Ν.4412/2016, ήτοι η άσκηση ένστασης ενώπιον του Φορέα και δη εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης.

Αριθμός απόφασης: 144/2021

Συνεπώς, η ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή, ως ασκηθείσα πέραν της προβλεπόμενης πενθήμερης προθεσμίας, αφού ασκήθηκε την 30-11-2020 και η προσβαλλόμενη πράξη του ΔΣ του Ταμείου εξεδόθη την 17-11-2020 (51η Συνεδρίαση), δεν μπορεί να κριθεί ως ένσταση του άρ. 127 του Ν. 4412/2016. Μάλιστα, η προσφεύγουσα, μετά την άσκηση της προσφυγής της, άσκησε ήδη την από 53340/08.12.2020 ένστασή της κατά της απόφαση του ΔΣ του *** η οποία ελήφθη στη με αρ. 53/27-11-2020 Συνεδρίασή του με την οποία ακυρώθηκε εν μέρει η άνω απόφαση της 51ης Συνεδρίασης, ώστε η απόφαση της 17-11-2020 έχει εξαφανιστεί από το νομικό κόσμο κατά το μέρος έστω που ανέδειξε ως προσωρινή ανάδοχο την εταιρία «***» και η προσφυγή ως εκ τούτου, κατά το μέρος που βάλλει κατά της τελευταίας εταιρίας είναι απαράδεκτη.

Πράγματι, η απόφαση του ΔΣ του *** που ελήφθη στην 51η /17-11-2020 Συνεδρίασή του, εξαφανίσθηκε με την απόφαση του ΔΣ του *** η οποία ελήφθη στη με αρ. 53/27-11-2020 Συνεδρίασή του, με την οποία εγκρίθηκε το με αρ. πρωτ. 51184/26-11-2020 Πρακτικό Επιτροπής Αξιολόγησης Ενστάσεων του Διαγωνισμού. Με το Πρακτικό αυτό κρίθηκε παραδεκτή και βάσιμη η με αρ. πρωτ. 5077/23-11- 2020 ένσταση της εταιρίας «***». Η ένσταση ασκήθηκε κατ' άρθρο 127 του Ν. 4412/2016, κατόπιν δε της παραδοχής της, α) εξαφανίσθηκε εν μέρει η απόφαση του ΔΣ του *** που ελήφθη στην 51η /17-11- 2020 Συνεδρίασή του, β) αποκλείσθηκε η εταιρία «***» από τη συνέχεια του διαγωνισμού, γ) αναδείχθηκε η εταιρία «***» ως προσωρινός ανάδοχος και δ) αποφασίσθηκε η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας στην επόμενη φάση της υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης από την προσωρινή ανάδοχο.[...].».

5. Επειδή, στο άρθρο 1 («Αντικείμενο - Πεδίο Εφαρμογής») παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Οι διατάξεις του παρόντος αποτελούν προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις: α) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (L94), όπως διορθώθηκε (L135/24.5.2016), β) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις

Αριθμός απόφασης: 144/2021

προμήθειες φορέων, που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση Οδηγίας 2004/17/EK και γ) της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 21ης Ιουνίου 1989 και της 92/13/EK του Συμβουλίου της 25ης Φεβρουαρίου 1992, όπως τροποποιήθηκαν με την Οδηγία 2007/66/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 11ης Δεκεμβρίου 2007 και τα άρθρα 46 και 47 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ. 2. Ο παρών νόμος θεσπίζει κανόνες: α) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης δημοσίων συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι (άρθρα 2 έως 221). και δ) για την έννομη προστασία κατά τη σύναψη συμβάσεων που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV (άρθρα 345 έως 374). Οι διατάξεις του παρόντος εφαρμόζονται, ... σε όλες τις συμβάσεις των περιπτώσεων α' και β', ανεξαρτήτως είδους και εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν άλλως ορίζεται στις επιμέρους διατάξεις αυτού.»

6. Επειδή, στο άρθρο 5 «Κατώτατα όρια» (άρθρο 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και Κανονισμός (ΕΕ) 2015/2170) του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «...Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, ορίζονται τα ακόλουθα: α) 5.225.000 ευρώ για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, β) 135.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από κεντρικές κυβερνητικές αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές. ..γ) 209.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από μη κεντρικές αναθέτουσες αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές. .. δ) 750.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών που αφορούν κοινωνικές και άλλες ειδικές υπηρεσίες που περιλαμβάνονται στο Παράρτημα ΧΙV του Προσαρτήματος Α'. Τα κατώτατα όρια που καθορίζονται στις ως άνω περιπτώσεις α', β' και γ' ισχύουν, εφόσον δεν έχουν αναθεωρηθεί, σύμφωνα με το άρθρο 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.»

7. Επειδή, στο άρθρο 6 «Μέθοδοι υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης» (άρθρο 5 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «...1. Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης

Αριθμός απόφασης: 144/2021

βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς ΦΠΑ, όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαίρεσεως ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης. [...]».

8. Επειδή, στο άρθρο 100 («Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών») του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «... 2. Τα επιμέρους στάδια στην ανοικτή διαδικασία ή στο δεύτερο στάδιο της κλειστής διαδικασίας, όταν οι εν λόγω διαδικασίες δεν διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο, έχουν ως εξής: α) Αποσφραγίζεται ο κυρίως φάκελος προσφοράς, ο φάκελος των δικαιολογητικών συμμετοχής στην ανοικτή διαδικασία, καθώς και ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς, εφόσον προβλέπεται η υποβολή της στα έγγραφα της σύμβασης, .. β) Στη συνέχεια το αρμόδιο όργανο προβαίνει στην αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς, σύμφωνα με τους όρους των εγγράφων της σύμβασης και συντάσσει πρακτικό για την απόρριψη των τεχνικών προσφορών που δεν 8 γίνονται αποδεκτές και την αποδοχή ή/και βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών με βάση το κριτήριο ανάθεσης των εγγράφων της σύμβασης. γ) Οι κατά τα ανωτέρω σφραγισμένοι φάκελοι με τα οικονομικά στοιχεία των προσφορών, μετά την ολοκλήρωση της αξιολόγησης των λοιπών στοιχείων των προσφορών, αποσφραγίζονται κατά την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται από τα έγγραφα της σύμβασης ή την ειδική πρόσκληση και ακολουθεί σχετική ανακοίνωση τιμών...4. Τα αποτελέσματα κάθε σταδίου επικυρώνονται με απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιείται με επιμέλεια αυτής στους προσφέροντες ή στους συμμετέχοντες. ... Για τις συμβάσεις που διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής ανεξαρτήτως ποσού και ανεξαρτήτως διαδικασίας, αποσφραγίζονται οι φάκελοι δικαιολογητικών, τεχνικής και οικονομικής προσφοράς όλων των διαγωνιζόμενων για όλα τα στάδια και εκδίδεται μια απόφαση, με την οποία επικυρώνονται τα αποτελέσματα: α) όλων των σταδίων της παραγράφου 2 στην περίπτωση ανοικτής διαδικασίας ... Κατά των ανωτέρω αποφάσεων χωρεί ένσταση, σύμφωνα με το άρθρο 127 για

Αριθμός απόφασης: 144/2021

συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία έως και εξήντα χιλιάδες (60.000) ευρώ, προ ΦΠΑ, ή η, σύμφωνα με το άρθρο 360, προδικαστική προσφυγή για συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, προ ΦΠΑ. ... 6. Τα παραπάνω οριζόμενα στις παραγράφου 1 έως 3 προσαρμόζονται για τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών που διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο...».

9. Επειδή, στο άρθρο 127 («Ενστάσεις που ασκούνται κατά τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων με εκτιμώμενη αξία κατώτερη ή ίση των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ (χωρίς Φ.Π.Α.) – Παράβολο - Δικαστική Προστασία») του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «...1. Για δημόσιες συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία κατώτερη ή ίση των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ (χωρίς Φ.Π.Α.), σε περίπτωση ένστασης κατά πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία άσκησης της είναι πέντε (5) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα ή από τη συντέλεση της παράλειψης. [...] 2. Η ένσταση υποβάλλεται ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, η οποία αποφασίζει, σύμφωνα με τα οριζόμενα και στο άρθρο 221, εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της ένστασης, η οποία μπορεί να γίνει και με ηλεκτρονικά μέσα σύμφωνα με το άρθρο 376 παράγραφος 11. [...]».

10. Επειδή, στο άρθρο 345 («Πεδίο εφαρμογής») του Βιβλίου IV «ΕΝΝΟΜΗ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΚΑΤΑ ΤΗ ΣΥΝΑΨΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ») του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «...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 [...]».

11. Επειδή, στο άρθρο 346 («Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων») του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 2 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να

Αριθμός απόφασης: 144/2021

υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368. ...».

12. Επειδή, στο άρθρο 363 («Παράβολο») 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. [...]»

13. Επειδή, σύμφωνα με τον Ν. 4412/2016, η Α.Ε.Π.Π είναι αρμόδια να κρίνει επί διαφορών που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του νόμου με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ (άρθρο 345 του Ν 4412/2016). Συγκεκριμένα, η Α.Ε.Π.Π είναι αρμόδια να κρίνει επί Προδικαστικών Προσφυγών που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (άρθρο 346 του Ν. 4412/2016, βλ. σκέψη 11 της παρούσας), μόνον εφόσον σωρευτικά:

- i) Αφενός μεν η συγκεκριμένη διαφορά που άγεται ενώπιόν της εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 (άρθ. 345 και άρθ. 1 παρ. 2 του Ν. 4412/2016), ήτοι, αφορά σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης και
- ii) Αφετέρου δε, η συγκεκριμένη διαφορά που άγεται ενώπιόν της συσχετίζεται με διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης που έχει εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο

Αριθμός απόφασης: 144/2021

ΦΠΑ (ρητά άρθ. 345 του Ν. 4412/2016). Συναφώς και στο άρθρο 1 του ΠΔ 39/2017 με τον τίτλο: «Κανονισμός εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» ορίζεται ότι: «Οι διατάξεις του παρόντος εφαρμόζονται: α) στις διαφορές που ανακύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του ν. 4412/2016, καθώς και των τροποποιήσεων αυτών, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ.». Ορισθείσας έτσι ρητώς και σαφώς από τον νόμο της δικαιοδοσίας της Α.Ε.Π.Π, περαιτέρω, καθόσον αφορά σε αιτιάσεις αντιρρήσεις και προσβολή επ' ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής επί των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, ορίζεται σαφώς και ρητώς ότι χωρεί ένσταση, σύμφωνα με το άρθρο 127 για συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία έως και εξήντα χιλιάδες (60.000) ευρώ, προ Φ.Π.Α, ή η, σύμφωνα με το άρθρο 360, Προδικαστική Προσφυγή για συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, προ ΦΠΑ (άρθ. 100 παρ. 4 του Ν. 4412/2016).

Περαιτέρω, και στο άρθρο 127 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι χωρεί ένσταση ενώπιον της αναθέτουσας αρχής και όχι προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ για δημόσιες συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία κατώτερη ή ίση των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ (χωρίς Φ.Π.Α.) (βλ. σκέψη 9 της παρούσας). Συνεπώς από τις ως άνω διατάξεις του νόμου προκύπτει ότι η μεν Α.Ε.Π.Π είναι αρμόδια να κρίνει επί διαφορών που ανακύπτουν κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημόσιας σύμβασης με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των 60.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, ενώ εφόσον η διαφορά αναφύεται σχετικά με διαδικασία σύναψης δημόσιων συμβάσεων εκτιμώμενης αξίας ίσης ή κατώτερης των 60.000 ευρώ, ασκείται ένσταση ενώπιον της αναθέτουσας αρχής.

14. Επειδή, η έννοια της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, ορίζεται μεν στο άρθρο 6 του Ν. 4412/2016 (βλ. σκέψη 7 της παρούσας), ως περιλαμβάνουσα και το ποσόν των τυχόν προβλεπόμενων στην προκήρυξη μονομερών δικαιωμάτων προαίρεσης ή παράτασης υπέρ της αναθέτουσας αρχής, αλλά τούτο όμως μόνον προκειμένου να εκτιμηθεί-υπολογισθεί εάν η εν λόγω σύμβαση εμπίπτει ή όχι στα κατώτατα όρια εφαρμογής της Οδηγίας

Αριθμός απόφασης: 144/2021

2014/24/ΕΕ και Κανονισμού (ΕΕ) 2015/2170, σύμφωνα με το άρθρο 5 του Ν. 4412/2016 (βλ. ποσοτικά όρια στη σκέψη 6 της παρούσας). Ειδικότερα, για την αξιολόγηση εάν μία σύμβαση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας ήτοι, εάν είναι άνω των ορίων που περιγράφονται στο άρθρο 5 του 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 προαίρεσεως ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης (βλ. και ΔΕφΑθ 262/2014, 512/2014 υπό το προϊσχύσαν δίκαιο). Το αυτό τούτο έχει επίσης ad hoc κριθεί και σχετικά με την έννοια των ανωτέρω διατάξεων του Ν. 4412/2016, ότι δηλαδή «.. ναι μεν στη διάταξη του άρθρου 6 (παρ. 1) του ν. 4412/2016... προβλέπεται ότι ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς ΦΠΑ, όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή... συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαίρεσεως, οι εν λόγω, όμως, διατάξεις, εντασσόμενες αντιστοίχως στα Βιβλία Ι και ΙΙ του ως άνω νόμου, αποσκοπούν αποκλειστικά στον προσδιορισμό των συμβάσεων που υπερβαίνουν ή μη τα κατώτατα όρια των άρθρων 5 και 235 αυτού και περαιτέρω στον καθορισμό των εφαρμοστέων κανόνων διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης της εκάστοτε σύμβασης...» (ΔΕφΑθ 16/2020).

Συνεπώς, για τον προσδιορισμό της έννοιας της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης - από την οποία εξαρτάται η δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π - δεν προκύπτει ότι λαμβάνονται υπόψη τα προβλεπόμενα στη Διακήρυξη δικαιώματα προαίρεσης και παράτασης, καθόσον σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου και ως έχει παγίως κριθεί -κατά το προϊσχύσαν και κατά το ισχύον δίκαιο- τα δικαιώματα αυτά συσχετίζονται αποκλειστικά και μόνον την κρίση εάν μία προκηρυσσόμενη σύμβαση κείται άνω ή κάτω των ορίων της Οδηγίας. Συγκεκριμένα, για τον προσδιορισμό της έννοιας της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, έχει παγίως κριθεί από την νομολογία -ιδία για τον υπολογισμό του οφειλόμενου Παραβόλου- ότι λαμβάνεται υπόψη η προϋπολογισθείσα δαπάνη συμβάσεως, στην ανάθεση της οποίας αποβλέπει πράγματι η διαγωνιστική διαδικασία, και όχι η δαπάνη της ενδεχόμενης παράτασης της συμβάσεως, η οποία επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια του αναθέτοντος φορέα, υπό τη μορφή δικαιώματος προαίρεσεως, και, ως εκ τούτου, είναι

Αριθμός απόφασης: 144/2021

αβέβαιο εάν και για ποιο χρονικό διάστημα (εντός του ανωτάτου προβλεπομένου από τη διακήρυξη χρονικού ορίου) θα ασκηθεί το δικαίωμα αυτό (ΣΤΕ ΑΣΦ 10/2017, 187/2017, 319, 182/2019, ΔΕφΘεσ/νίκης Ν58/2019, ΔΕφΑΘ 16/2020 επί της απόφασης 1296/2019 του 6ου Κλιμακίου ΑΕΠΠ, ΔΕφΑΘ 16/2020). Επομένως, ως ορίζει ο νόμος, εφόσον η εκτιμώμενη αξία της προκηρυσσόμενης σύμβασης είναι ανώτερη των 60.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, χωρίς να ληφθούν υπόψη τα τυχόν προβλεπόμενα δικαιώματα προαίρεσης και μονομερούς παράτασης της σύμβασης από την αναθέτουσα αρχή, παραδεκτώς ασκείται Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π (άρθρα 100, 127, 345, 346 του Ν. 4412/2016, βλ. σκέψεις 8-11 της παρούσας), και παραδεκτώς καταβάλλεται Παράβολο Προδικαστικής Προσφυγής επί της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης άνευ συνυπολογισμού των δικαιωμάτων τούτων (άρθρο 363 του Ν. 4412/2016). Και τούτο, διότι ούτε η δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π κατά το στάδιο που προηγείται της ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης, όπως ούτε και το σχετικό καταβλητέο Παράβολο - ως έκρινε παγιώς η νομολογία - μπορούν να συναρτηθούν (χωρίς ρητή πρόβλεψη του νόμου), από το ποσόν των τυχόν προβλεπομένων μονομερών δικαιωμάτων προαίρεσης και παράτασης της σύμβασης που παραμένουν αβέβαια και ενδεχόμενα, καθόσον εξ ορισμού επαφίενται στην μονομερή διάκριση της αναθέτουσας αρχής και δη κατά το στάδιο που έπεται της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης.

15. Επειδή, προκύπτει σαφώς και ρητώς από την επίμαχη Διακήρυξη ότι το αντικείμενο της σύμβασης είναι η παροχή υπηρεσιών για το χρονικό διάστημα από 01.01.2021 έως 31.12.2021 με δικαίωμα προαίρεσης για ένα (1) επιπλέον έτος, ότι η προυπολογισθείσα δαπάνη της προκηρυχθείσας 12μηνιαίας σύμβασης ανέρχεται σε 50.500 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α για το έτος 2021, επιφυλασσομένου του μονομερούς δικαιώματος 12μηνιαίας παράτασης της σύμβασης από την αναθέτουσα αρχή και διπλασιασμού του ποσού της σύμβασης κατά την απόλυτη κρίση της, εάν και εφόσον ασκηθεί στο μέλλον. Συγχρόνως δε και σε κάθε περίπτωση i) Η κατακυρωτική απόφαση της αναθέτουσας αρχής θα αφορά μόνον την 12μηνιαία διάρκεια της σύμβασης προϋπολογισμού 50.500 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α (βλ. άρθρο 6.2. «Διάρκεια της σύμβασης» της επίμαχης Διακήρυξης, όπου ορίζεται ότι: «Η διάρκεια

Αριθμός απόφασης: 144/2021

παροχής των υπηρεσιών θα είναι για διάστημα ενός (1) έτους, ήτοι από 01.01.2021 έως 31.12.2021, με δικαίωμα προαίρεσης για ένα (1) επιπλέον έτος, ήτοι από 01.01.2022 έως 31.12.2022», και ii) Οι οικονομικές προσφορές σύμφωνα με την εν θέματι Διακήρυξη αφορούν στο προσφερόμενο από τους διαγωνιζόμενους συνολικό κόστος με Φ.Π.Α για 12 μήνες – ετήσια δαπάνη (βλ. Πίνακα II: Ανάλυση οικονομικής προσφοράς, ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Γ : ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ). Συνεπώς, και εφόσον η κρινόμενη Προσφυγή στρέφεται κατά Απόφασης της αναθέτουσας αρχής που ελήφθη στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης με προϋπολογιζόμενη αξία κάτω των 60.000 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α, σύμφωνα με τις σκέψεις 13 και 14 της παρούσας, η εν λόγω Προσφυγή απαραδέκτως φέρεται προς εξέταση και κρίση ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

16. Επειδή, στους όρους της επίμαχης Διακήρυξης αναφέρεται ότι κατά των Αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής χωρεί Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π, αλλά, όμως, συγχρόνως έχει οριστεί και ότι η διαγωνιστική διαδικασία εμπίπτει στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με τις οποίες η Α.Ε.Π.Π δεν είναι αρμόδια να εξετάζει Προδικαστική Προσφυγή επί σύμβασης εκτιμώμενης αξίας κάτω των 60.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ (βλ. άρθρα 1.4. «Θεσμικό πλαίσιο» και 3.5. «Προδικαστικές Προσφυγές – Προσωρινή Δικαστική Προστασία» της οικείας Διακήρυξης). Όμως, ακόμη και στην περίπτωση κατά την οποία η Διακήρυξη προβλέπει έτερη διαδικασία επίλυσης των διαφορών από αυτή την οποία ορίζει ο νόμος - και εν προκειμένω άσκηση Προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π - παρά ταύτα εξακολουθεί να ισχύει το νόμιμο δικονομικό πλαίσιο στο οποίο εξακολουθεί να εμπίπτει ο Διαγωνισμός, δίχως να λαμβάνεται υπόψιν οιοσδήποτε αντίθετος όρος της Διακήρυξης (ΑΕΠΠ Α315/2018, ΑΕΠΠ 670/2020, ΔΕφΠειρ Ν128/2018, ΣΤΕ ΕΑ 1012, 699/2009, 381/2008, 1130/2007 κλπ). Επιπλέον, οι διατάξεις που προβλέπουν την Προδικαστική Προσφυγή, και δη οι διατάξεις περί της δικαιοδοσίας της Α.Ε.Π.Π να εξετάζει και κρίνει Προδικαστικές Προσφυγές με εκτιμώμενη αξία άνω των 60.000 ευρώ, είναι κατά την νομική τους φύση δικονομικές, και είναι άμεσης εφαρμογής, ανεξαρτήτως σχετικής ενημέρωσης από την αρμόδια Αρχή, (βλ. σχετ. ΣΤΕ Ολ 876/2013). Συνεπώς, και εφόσον με τη Διακήρυξη δημόσιου διαγωνισμού τίθεται το κανονιστικό πλαίσιο που

Αριθμός απόφασης: 144/2021

διέπει τον διαγωνισμό, όχι όμως και το δικονομικό πλαίσιο επίλυσης των αναφερόμενων κατά τη διαδικασία του διαγωνισμού διαφορών (ΣτΕ ΕΑ 998/2007, 1213, 1062, 571/2006) η Α.Ε.Π.Π παραμένει αναρμόδια όπως επιληφθεί της υπό εξέταση Προσφυγής (βλ. σκέψεις 11-13 της παρούσας), παρά τα αντίθετα που διαλαμβάνει η Διακήρυξη, και κατ' ακολουθίαν η ασκηθείσα ενώπιον της Α.Ε.Π.Π Προσφυγή είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη.

17. Επειδή κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

18. Επειδή, κατόπιν των σκέψεων 16-17 της παρούσας Απόφασης, δεν χωρεί εξέταση επί της ουσίας των ισχυρισμών του οικονομικού φορέα που κατέθεσε Παρέμβαση υπέρ της διατήρησης της απαράδεκτως προσβαλλόμενης ενώπιον της Α.Ε.Π.Π Απόφασης της οικείας αναθέτουσας αρχής.

19. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το Παραβόλο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Διατάσσει την κατάπτωση του προσκομισθέντος Παραβόλου, ποσού εξακοσίων ευρώ 600,00€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 5 Ιανουαρίου 2021 και εκδόθηκε στις 25 Ιανουαρίου 2021, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 144/2021

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Ελένη Α. Λεπίδα