

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 10 Απριλίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή – Εισηγήτρια και
Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 19.3.2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) -
Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 282/22-3-2018
προδικαστική προσφυγή της ένωσης των εταιριών «.....», νομίμως
εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει την
ακύρωση της υπ' αρ.149/Θ.9/22-1-2018 απόφασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας
αρχής κατά το μέρος που ενέκρινε την απόρριψη της προσφοράς της για την
ανάθεση της σύμβασης με αντικείμενο την «.....».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής
κατεβλήθη παράβολο (σχ. το με στοιχεία ειδικό έντυπο
παραβόλου), ποσού 150,00 €, μέσω της Τράπεζας ".....".

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αρ. διακήρυξη
προκήρυξε διεθνή διαγωνισμό μέσω ΕΣΗΔΗΣ για την ανάθεση της σύμβασης
με αντικείμενο την «.....», CPV, προϋπολογισθείσας
αξίας 1.600.000€ πλέον δικαιώματος προαίρεσης έως 1.600.000€, ήτοι
συνολικού προϋπολογισμού 3.200.000€ μη συμπ/νου ΦΠΑ, με κριτήριο
κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά,
βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, διάρκειας έως 31-12-2013. Το έργο
συγχρηματοδοτείται από το ΕΣΠΑ. Η διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση

Αριθμός απόφασης: 312/2018

στην ΕΕΕΕ την 16-2-2018 και δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 28-7-2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ την ίδια ημέρα με συστημικό α/α και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 15-9-2017. Αντικείμενο της σύμβασης, κατά τον όρο 1.3. της διακήρυξης, είναι ο διοικητικός έλεγχος των ηλεκτρονικών φακέλων των τελικών αποδεκτών, αναφορές-reporting, υποστήριξη λογιστικής παρακολούθησης και help desk για την εξυπηρέτηση του κοινού. Στον εν λόγω διαγωνισμό υποβλήθηκαν τρεις προσφορές, ήτοι από την προσφεύγουσα ένωση, την εταιρία «.....» και την εταιρία «.....». Με την πληττόμενη υπ' αρ. 148/Θ.9/22-1-2018 απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής (και ουχί 149/22-1-2018 που εκ παραδρομής η προσφεύγουσα επικαλείται στην εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή της) εγκρίθηκαν τα υπ' αρ. 1/2017, 2/2017, 3/2017 και 4/23-11-2017 Πρακτικά της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Προσφορών Διαγωνισμού (εφεξής ΕΔΑΠ) και η μεν προσφεύγουσα ένωση απορρίφθηκε διότι κρίθηκε ότι δεν πληρούσε τους επί ποινή αποκλεισμού υπ' αρ. 2.2.6., 2.4.1. α, β, 2.4.3.2., 6.2.1., Παράρτημα ΙΙ όρους της διακήρυξης, ομοίως απορρίφθηκε η εταιρία διότι κρίθηκε ότι δεν πληρούσε τους επί ποινή αποκλεισμού υπ' αρ. 2.2.6, 2.4.1. α,β, 2.4.3.2, Παράρτημα ΙΙ όρους της διακήρυξης, ενώ έγινε δεκτή και βαθμολογήθηκε με 105,90 βαθμούς η τεχνική προσφορά της τρίτης συμμετέχουσας στο διαγωνισμό εταιρίας «.....» και αποφασίσθηκε η αποσφράγιση της οικονομικής προσφοράς της. Επειδή, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της ανωτέρω υπ' αρ.149/Θ.9/22-1-2018 απόφασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που ενέκρινε την απόρριψη της προσφοράς της. Ειδικότερα τούτη επικαλείται ότι: **α)** Η διακήρυξη δεν προβλέπει τη συγκεκριμένη διάρκεια του έργου. Προβλέπει απλώς, ότι η σύμβαση που θα συναφθεί θα ισχύει από την υπογραφή της μέχρι τις 31-10-2023. Δηλαδή η διακήρυξη δεν προβλέπει συγκεκριμένη διάρκεια της συμβάσεως, η οποία θα εξαρτηθεί από το χρονικό σημείο υπογραφής της, το οποίο ήταν άδηλο κατά την έκδοση της διακήρυξης, κατά την υποβολή των προσφορών και κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης αποφάσεως και εξακολουθεί να είναι άδηλο μέχρι και σήμερα. Άρα στα χρονικά αυτά σημεία είναι άδηλη η ημερολογιακή διάρκεια της παροχής των υπηρεσιών του αναδόχο. **β)** Κατά τη διακήρυξη (σελ. 79 υποσημείωση 2) η έννοια του «ανθρωπομήνα» δεν ταυτίζεται με τον

Αριθμός απόφασης: 312/2018

ημερολογιακό χρόνο πραγματικής απασχόλησης. Συνεπώς, ακόμα και αν κατά τα ανωτέρω χρονικά σημεία ήταν γνωστή η ημερολογιακή διάρκεια των υπηρεσιών του αναδόχου, και πάλι ο «ανθρωποχρόνος» (ήτοι η πραγματική απασχόληση) καθενός από τα στελέχη του για την εκτέλεση της συμβάσεως δεν θα συνέπιπτε με την ημερολογιακή διάρκεια της συμβάσεως, ήτοι οι ημερολογιακοί μήνες των υπηρεσιών του αναδόχου δεν θα συνέπιπταν με τους «ανθρωπομήνες» απασχόλησης των στελεχών του. γ) Η έννοια του «ανθρωπομήνα» στη συγκεκριμένη διακήρυξη συνδέεται μόνο με το ύψος της αμοιβής που τελικά θα καταβληθεί στον ανάδοχο για την παροχή υπηρεσιών «Παρακολούθηση Προγράμματος – Αναφορές», Υποστήριξη Λογιστικής Παρακολούθησης Προγράμματος Άμεσης Ενίσχυσης», Υποστήριξη Λογιστικής Παρακολούθησης και Αντίστοιχες Εργασίες Reporting» (δείτε Παράρτημα VI – Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς), το οποίο υπολογίζεται εκ των υστέρων απολογιστικά, ανάλογα με τον αριθμό των «ανθρωπομηνών» πραγματικής απασχόλησης.

δ) Με την προσφορά της η προσφεύγουσα δήλωσε ότι δεσμεύεται να παρέχει τις υπηρεσίες της σε όλη την (ημερολογιακή) διάρκεια του έργου, παρέχοντας για τον σκοπό αυτό όλα τα αναγκαία στελέχη, μεταξύ των οποίων την Υπεύθυνη Έργου, δύο στελέχη υποστήριξης λογιστικής και δύο στελέχη υποστήριξης έργων, και επίσης ότι ο υπολογιζόμενος ανθρωποχρόνος παροχής των υπηρεσιών τους, σε όλη την ημερολογιακή διάρκεια του έργου, δεν θα υπερβεί τους 30 ανθρωπομήνες για τον καθένα. Τούτων προβαλλομένων η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της είναι σε πλήρη συμμόρφωση με τη διακήρυξη, η δε προσβαλλόμενη απόφαση, που έκρινε ότι ο προϋπολογιζόμενος από την εταιρία μας χρόνος πραγματικής απασχόλησης των προτεινόμενων στελεχών (30 ανθρωπομήνες ανά στέλεχος) δεν καλύπτει την (άδηλη) ημερολογιακή διάρκεια του έργου είναι αυθαίρετη και δεν βρίσκει έρεισμα στη διακήρυξη.

3. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις από 29-3-2018 απόψεις της προβάλλει ότι: α) η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εκπροθέσμως διότι, δεδομένου ότι αφενός κοινοποιήθηκε σε όλους τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς μέσω του Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ η πληττόμενη υπ'αριθμ. 148/22.1.2018 απόφαση της αναθέτουσας αρχής στις 7.3.2018 (και ώρα 13:08:54), με βάση και τις επικληθείσες τέσσερις (4)

Αριθμός απόφασης: 312/2018

εκτυπώσεις, όπου αποτυπώνονται οι αντίστοιχες οθόνες διεπαφής του εξουσιοδοτημένου χρήστη του ΕΤΕΑΝ και ειδικότερα η καταγεγραμμένη ημέρα και ώρα και οι οποίες αποτελούν απόδειξη επικοινωνία και διακίνησης εγγράφων μέσω του Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 8 παρ. 2 περ. α' ΚΥΑ αριθμ. 56902/215 (ΦΕΚ Β' 1924/02.06.2017) «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)» και κατ' άρθρο 361 παρ. 1 περ. α' ν. 4412/2016, η προθεσμία άσκησης της προσφυγής είναι δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία, αρχής γενομένης από την επομένη της κοινοποίησης, δηλαδή στις 8.3.2018, η προθεσμία άσκησης της προσφυγής έληξε το Σάββατο 17 Μαρτίου 2018 και ώρα 23:59, καθόσον το Σάββατο, ως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή, δεν είναι κατά το νόμο εορτάσιμη ημέρα ή αργία για να λήξει η προθεσμία στην επόμενη εργάσιμη, επικαλούμενη το άρθρο 8 παρ. 2 εδάφιο β' της υπ' αριθμ. 56902/215 ΚΥΑ (ΦΕΚ Β' 1924/02.06.2017) «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)». **β)** Η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε απαραδέκτως και διότι το κατατεθέν εκ μέρους της προσφεύγουσας παράβολο υπέρ του Δημοσίου, ποσού 150,00 €, δεν αντιστοιχεί σε ποσοστό 0,50% της προϋπολογισθείσας αξίας (χωρίς Φ.Π.Α.) της σχετικής σύμβασης, με ελάχιστο κατώτερο αυτό των 600 € και ανώτερο των 15.000€, κατά τα οριζόμενα άρθρο 363 ν. 4412/2016). Η ανωτέρω ενέργεια της προσφεύγουσας ένωσης, ως προβάλλει η αναθέτουσα αρχή δεν είναι εκ παραδρομής, αλλά σκοπούμενη και οριστική, καθώς δήλωσε ρητά με την Προσφυγή της (βλ. Σημείωση σε σχέση με το Παράβολο, σελ. 9) ότι, κατ' αυτήν, η απαίτηση του νόμου για καταβολή του ιδιαίτερα αυξημένου αναλογικού παραβόλου αντιβαίνει στο άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος. **γ)** Τέλος η αναθέτουσα αρχή επικαλείται ότι η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή είναι αόριστη, νόμω και ουσία αβάσιμη και γι' αυτό απορριπτέα.

4. Επειδή, η συμμετέχουσα στο διαγωνισμό εταιρία «.....» άσκησε εμπρόθεσμα την από 27-3-2018 παρέμβασή της υπέρ του κύρους της πληττόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία προβάλλει ότι:

Αριθμός απόφασης: 312/2018

α) η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή είναι απαράδεκτη, λόγω μη καταβολής του νομίμου ποσού παραβόλου, κατ' επίκληση του άρθρου 363 ν.4412/2016 και β) η πληττόμενη απόφαση είναι καθόλα νόμιμη, διότι με την τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας ένωσης δεν καλύπτεται η ελάχιστη απαίτηση της διακήρυξης για πλήρη απασχόληση καθόλη τη διάρκεια του έργου, που ανέρχεται σε 70 μήνες και σε κάθε περίπτωση έως την 31-10-2023.

5. Επειδή, το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των αρ. 366 Ν. 4412/2016 και αρ. 15 πδ 39/2017, υπεισέρχεται, βάσει της οικείας με αρ. 359/2018 Πράξης του Προέδρου του στην εξέταση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής.

6. Επειδή, η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016), που δεσμεύει τόσο την αρχή που διενεργεί τον διαγωνισμό όσο και τους διαγωνιζόμενους, ως εκ τούτου επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σ' αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς» δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Εν όψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣτΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο διαγωνισμό.

7. Επειδή, περαιτέρω, η διάταξη της παραγράφου 7 του άρθρου 10 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (ν. 2090/1999 - Α` 45) ορίζει ότι *«Για τον υπολογισμό των προθεσμιών, αν ειδικές διατάξεις δεν ορίζουν διαφορετικά, εφαρμόζονται οι διατάξεις των άρθρων 241 - 246 του Αστικού Κώδικα»*, ενώ η διάταξη του άρθρου 242 του Αστικού Κώδικα ορίζει ότι *«Η προθεσμία λήγει όταν περάσει ολόκληρη η τελευταία ημέρα και, αν είναι κατά το νόμο εορτάσιμη, όταν περάσει ολόκληρη η επόμενη εργάσιμη.»*. Εξάλλου, με το άρθρο Ι παρ. 12 της από 29.12.1980 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου (Α` 299), η οποία κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του ν. 1157/1981 (Α` 126), ορίσθηκε ότι *«Η διαδρομή των υπό του νόμου ή των δικαστηρίων τεταγμένων*

Αριθμός απόφασης: 312/2018

προθεσμιών άρχεται από της επιούσης της ημέρας της επιδόσεως ή της ημέρας κατά την οποίαν συνέβη το αποτελούν την αφετηρίαν της προθεσμίας γεγονός και λήγει την 7ην μ.μ. ώραν της τελευταίας ημέρας, εάν δε αυτή είναι κατά νόμον εξαιρετέα ή Σάββατον, την αυτήν ώραν της επομένης εργασίμου ημέρας...».

8. Επειδή, κατά το άρθρο 361 ν.4412/2016 η προδικαστική προσφυγή ασκείται εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία. Η δε 10ήμερη αυτή προθεσμία κινείται από την επομένη ημέρα εκείνης, κατά την οποία ο ενδιαφερόμενος έλαβε πλήρη γνώση της βλαπτικής για τα συμφέροντά του πράξης (βλ: Ε.Α. ΣΤΕ 27/2017, 744/2012, 319/2011, 248/2011). Περαιτέρω, από τις διατάξεις του άρθρου 362 ν. 4412/2016 προκύπτει ότι η προδικαστική προσφυγή υποβάλλεται ηλεκτρονικά μέσω του πληροφοριακού συστήματος του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. Δεδομένου δε ότι ούτε στις διατάξεις του ν. 4412/2016, ούτε στις διατάξεις περί ηλεκτρονικής υποβολής προσφυγών σε διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων ούτε, σε κάθε περίπτωση, στην ένδικη διακήρυξη ορίζεται το ακριβές χρονικό σημείο λήξης εντός της τελευταίας ημέρας της προθεσμίας υποβολής των εν λόγω προδικαστικών προσφυγών, εφαρμοστέα, δυνάμει της διατάξεως της παρ. 7 του άρθρου 10 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας είναι η διάταξη του άρθρου 242 του Αστικού Κώδικα, η οποία παρατέθηκε στην προηγούμενη σκέψη. Η διάταξη, όμως αυτή, είχε τροποποιηθεί με το, παρατεθέν στην προηγούμενη σκέψη, άρθρο 1 παρ. 12 της, κυρωθείσας με το άρθρο πρώτο του ν. 1157/1981, από 29.12.1980 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, η οποία όρισε, ειδικώς ως προς τις προθεσμίες που τάσσονται από το νόμο ή τα δικαστήρια, ότι αυτές λήγουν την 7η μ.μ. ώρα της τελευταίας ημέρας, και εάν αυτή είναι εξαιρετέα, την ίδια ώρα της επόμενης εργάσιμης ημέρας (βλ. Ε.Α. 67/2014, 1130/2010, 808/2008, 598/2008, 896/2010). Συνεπώς, η δεκαήμερη προθεσμία για την ηλεκτρονική υποβολή, μέσω του πληροφοριακού συστήματος ΕΣΗΔΗΣ, της προδικαστικής προσφυγής του άρθρου 360 ν.4412/2016 λήγει με την συμπλήρωση της 7ης μ.μ. της τελευταίας ημέρας και εάν αυτή είναι εξαιρετέα, την ίδια ώρα της επόμενης εργάσιμης ημέρας (βλ. Ε.Α. ΣΤΕ 27/2017, πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 598/2008, 808/2008, 1339/2009, 896/2010, Δ.Εφ.Πάτρας 39/2017).

Αριθμός απόφασης: 312/2018

Συνεπώς εμπρόθεσμα ασκήθηκε η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή στις 17-3-2018 και ώρα 13:13:49, αβάσιμος δε είναι ο περί τουναντίον ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα για την άσκηση της εξεταζόμενη προδικαστικής προσφυγής της κατέθεσε παράβολο αξίας 150€ υποστηρίζοντας ότι : «.....Η παρούσα προσφυγή ασκείται ως διαδικαστική προϋπόθεση προσφυγής στο αρμόδιο Δικαστήριο με αίτηση ακυρώσεως (π.δ. 18/1989 και άρθρα 360 παρ. 1 και 1 και 372 παρ. 1 ν. 4412/2016). Δεδομένου ότι εν προκειμένω δεν επιδιώκεται η παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας με τη μορφή της αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης βάσει πιθανολόγησης της βασιμότητας της παρούσας, αλλά η παροχή οριστικής δικαστικής προστασίας κατά το π.δ. 18/1989, η αξίωση καταβολής αναλογικού παραβόλου ($3.200.000,00 \times 05\% = 16.000,00$ ευρώ, που περιορίζεται σε 15.000,00 ευρώ – άρθρο 363 παρ. 1 ν. 4412/2016), το οποίο είναι 100 φορές μεγαλύτερο από το προβλεπόμενο στον νόμο πάγιο παράβολο της αιτήσεως ακυρώσεως (150,00 ευρώ – άρθρο 36 π.δ. 18/1989), η απαίτηση του νόμου για καταβολή του ιδιαίτερα αυξημένου αναλογικού παραβόλου αντιβαίνει στο άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος και το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ, διότι εμποδίζει αδικαιολογήτως την πρόσβαση στο Δικαστήριο. Σημειώνουμε, ότι η υποχρέωση καταβολής αυξημένου αναλογικού παραβόλου έχει κριθεί ως συνάδουσα προς το Σύνταγμα μόνο όσον αφορά την αίτηση παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας (ν. 3886/2010 – δείτε ΣτΕ Ε.Α. 136/2013, 475/2013) και όχι όσον αφορά την παροχή της συνήθους δικαστικής προστασίας, την οποία και επιδιώκουμε. Η παρούσα προσφυγή, λοιπόν, πρέπει να εξετασθεί χωρίς την καταβολή του παραβόλου του ν. 4412/2016, αλλά εκείνου του άρθρου 36 του π.δ. 18/1989 (150,00 ευρώ).».

10. Επειδή, κατά το άρθρο 363 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

Αριθμός απόφασης: 312/2018

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 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 παραβόλου 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, κατά το άρθρο 5 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών», το οποίο έτυχε μάλιστα της επεξεργασίας του Συμβουλίου της Επικρατείας, εφ' ης εκδόθηκε το υπ' αρ. 51/2017 Πρακτικό Συνεδρίασεως και Γνωμοδοτήσεως, Τμήμα Ε', και δη χωρίς ουδεμία παρατήρηση περί τυχόν αντισυνταγματικότητας και εν γένει προβλήματος επί των περί παραβόλου προδικαστικής προσφυγής διατάξεων, προβλέφθηκε, προς εφαρμογή της ως άνω διάταξης του ν. 4412/2016 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 παραβόλου 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

Αριθμός απόφασης: 312/2018

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 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 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. Σε περίπτωση ολικής ή μερικής αποδοχής ή σιωπηρής απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής το παράβολο επιστρέφεται στον προσφεύγοντα με την απόφαση του οικείου σχηματισμού της ΑΕΠΠ, που εξέτασε την προδικαστική προσφυγή. 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 (άρθρο 363 παρ. 5 ν. 4412/2016).».

12. Επειδή, περαιτέρω, το άρ. 372 παρ. 1 ν. 4412/2016 προβλέπει σχετικά με τη δικαστική προστασία στο στάδιο που προηγείται της σύναψης δημόσιας σύμβασης ότι: «Όποιος έχει έννομο συμφέρον μπορεί να ζητήσει την αναστολή της εκτέλεσης της απόφασης της ΑΕΠΠ και την ακύρωσή της ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου της έδρας της αναθέτουσας αρχής, με τριμελή σύνθεση, το οποίο αποφαινεται αμετακλήτως. Δικαίωμα

Αριθμός απόφασης: 312/2018

άσκησης των ίδιων ενδίκων βοηθημάτων έχει και η αναθέτουσα αρχή αν η ΑΕΠΠ κάνει δεκτή την προδικαστική προσφυγή. Με τα ένδικα βοηθήματα της αίτησης αναστολής και της αίτησης ακύρωσης λογίζονται ως συμπροσβαλλόμενες με την απόφαση της ΑΕΠΠ και όλες οι συναφείς προς την ανωτέρω απόφαση πράξεις ή παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής, εφόσον έχουν εκδοθεί ή συντελεστεί αντιστοίχως έως τη συζήτηση της αίτησης αναστολής ή την πρώτη συζήτηση της αίτησης ακύρωσης. Με την επιφύλαξη των διατάξεων του παρόντος νόμου, για την εκδίκαση των διαφορών αυτών εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις του π.δ. 18/1989 (Α' 8).», ενώ η υποχρέωση καταβολής παραβόλου για την ως άνω προσωρινή δικαστική προστασία κατά των αποφάσεων της ΑΕΠΠ ρυθμίζεται στην παρ. 4 όπου ορίζεται ότι: «Για την άσκηση της αιτήσεως αναστολής κατατίθεται παράβολο το ύψος του οποίου ανέρχεται σε ποσοστό 0,1% της προϋπολογισθείσας αξίας, περιλαμβανομένου του Φ.Π.Α., το οποίο δεν μπορεί να είναι κατώτερο των πεντακοσίων (500) ευρώ και ανώτερο των πέντε χιλιάδων (5.000) ευρώ. Το 1/2 του ποσού του παραβόλου καταβάλλεται κατά την κατάθεση της αιτήσεως και αν η αίτηση απορριφθεί ο αιτών καταδικάζεται στην καταβολή του υπολοίπου 1/2 με την απόφαση του δικαστηρίου. Για την είσπραξη του παραβόλου εκδίδεται αποκλειστικά διπλότυπο είσπραξης από τις Δημόσιες Οικονομικές Υπηρεσίες, υπέρ του Ταμείου Χρηματοδοτήσεως Δικαστικών Κτηρίων (ΤΑ.Χ.ΔΙ.Κ.) και υπέρ του Δημοσίου, σε ποσοστό 60% και 40% του συνολικού ύψους αντιστοίχως, το οποίο καταμερίζεται σε δύο αντίστοιχα Κ.Α.Ε.. Σε περίπτωση ολικής ή μερικής αποδοχής της αιτήσεως αναστολής το δικαστήριο διατάσσει την απόδοσή του στον αιτούντα. Κατά τα λοιπά εφαρμόζεται το άρθρο 36 του π.δ. 18/1989.».

13. Επειδή, η Αιτιολογική Έκθεση ν. 4412/2016 αναφέρει «Στον Τίτλο 2 περιλαμβάνονται οι διατάξεις που ρυθμίζουν την προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ. Στο Τμήμα Ι του Τίτλου 2 ρυθμίζονται τα θέματα της συγκρότησης και λειτουργίας της ΑΕΠΠ. Σκοπός των διατάξεων του Τμήματος Ι είναι η εγκαθίδρυση ενός οργάνου ανεξάρτητου και εξειδικευμένου, με αποκλειστική αρμοδιότητά του τον διοικητικό έλεγχο των δημοσίων συμβάσεων και την παροχή ταχείας και αποτελεσματικής προστασίας, χωρίς να προϋποτίθεται η προηγούμενη άσκηση ένδικου βοηθήματος. Πρόκειται για μια δυνατότητα η οποία παρέχεται από το ενωσιακό

Αριθμός απόφασης: 312/2018

δίκαιο (άρθρο 2 παρ. 9 της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, όπως αντικαταστάθηκε από το άρθρο 1 παρ. 1 της Οδηγίας 2007/66/ΕΚ) και αξιοποιείται ήδη με επιτυχία σε άλλα κράτη μέλη (Δανία, Εσθονία, Ισπανία, Κροατία, Κύπρος, Μάλτα, Ουγγαρία, Πολωνία, Σλοβακία, Σλοβενία, βλ. *Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts, European Economics and Milieu, European Commission*, σελ. 58 - 59). ... Η Αρχή έχει ως έργο την επίλυση των διαφορών που ανακύπτουν κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης των συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών και υπη-ρεσιών και συμβάσεων παραχώρησης, έπειτα από την άσκηση προδικαστικής προσφυγής. Με τον τρόπο αυτό δημιουργείται ένα κεντρικό όργανο η συνεπής «νομολογία» του οποίου αναμένεται να αποτελέσει γνώμονα για τις αναθέτουσες αρχές για τη διασφάλιση της νομιμότητας και την επαύξηση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών ανάθεσης, μέσω της αποφυγής πλημμελειών. Επί πλέον, αναμένεται να διευκολύνει τη συμμετοχή των επιχειρήσεων στις διαγωνιστικές διαδικασίες, μέσω της προαγωγής της ασφάλειας δικαίου επί ζητημάτων που αφορούν τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, αλλά και της εμπιστοσύνης που θα καλλιεργηθεί στους φορείς του ιδιωτικού τομέα αναφορικά με την αντικειμενική και αδιάβλητη ανάθεση δημοσίων συμβάσεων μέσω των εχεγγύων αντικειμενικής κρίσης των προσφυγών τους από το εν λόγω σώμα. ... Στο άρθρο 360 προβλέπεται το δικαίωμα άσκησης προσφυγής για κάθε οικονομικό φορέα που έχει συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του παρόντος σχεδίου και έχει 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. Η άσκηση προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την μετέπειτα άσκηση κατά της ίδιας πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ενδίκων βοηθημάτων. Στο ίδιο άρθρο προβλέπεται ότι κατά των πράξεων της αναθέτουσας αρχής που εκδίδονται κατά το στάδιο της ανάθεσης δεν ασκείται άλλη προσφυγή, έτσι ώστε να μην επιμηκύνεται υπέρμετρα η διαδικασία ανάθεσης. Στο άρθρο 363 καθιερώνεται υποχρέωση κατάθεσης αναλογικού παραβόλου επί της προϋπολογισθείσας αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης το ύψος του οποίου ανέρχεται σε ποσοστό 0,50 τοις εκατό (0,50%) της προϋπολογισθείσας αξίας (χωρίς Φ.Π.Α.) της σχετικής σύμβασης και δεν

Αριθμός απόφασης: 312/2018

μπορεί να είναι κατώτερο των εξακοσίων (600) ευρώ ούτε ανώτερο των δεκαπέντε χιλιάδων (15.000) ευρώ. Σε περίπτωση που 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. Η επιβολή παραβόλου κρίνεται αναγκαία προκειμένου να αποτραπεί η άσκηση ασήρικτων και παρελκυστικών προσφυγών.».

14. Επειδή, η προσφεύγουσα ένωση για την άσκηση της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής του κατάθεσε παράβολο αξίας εκατόν πενήντα ευρώ (150€) αντί του νομίμου ανωτάτου των δεκαπέντε χιλιάδων ευρώ (15.000€) [καθόσον συνολική προϋπολογισθείσα αξία σύμβασης (μετά του δικαιώματος προαίρεσης) 3.200.000€ X 0,50% = 16.000€, ήτοι υπερβαίνει το εκ του νόμου ανώτατο ποσό των 15.000€], κατά τα επιτασσόμενα στο άρθρο 363 ν.4412/2016.

15. Επειδή, όπως εσφαλμένα η προσφεύγουσα επικαλείται ότι δια της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής της επιδιώκει “οριστική δικαστική προστασία”, αφού η προστασία που παρέχεται από την ΑΕΠΠ, η οποία συνιστά ανεξάρτητη διοικητική αρχή, είναι προφανώς διοικητική και όχι δικαστική, η δε προδικαστική προσφυγή συνιστά ενδικοφανή προσφυγή και όχι ένδικο βοήθημα. Εξάλλου, η προδικαστική προσφυγή συνιστά αναγκαίο στοιχείο του παραδεκτού της προσωρινής δικαστικής προστασίας, κατ’άρ. 372 ν. 4412/2016.

16. Επειδή, με τις αποφάσεις ΣΤΕ ΕΑ 136 και 475/2013, που μάλιστα μνημονεύει η προσφεύγουσα ένωση, κρίθηκε ως συνταγματικό το παράβολο 1% επί της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης όσον αφορά στην προσωρινή δικαστική προστασία επί διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, κατά το προϊσχύσαν καθεστώς του ν. 3886/2010. Στην δε πρώτη ως άνω απόφαση, κρίθηκε ως αντισυνταγματική ειδικώς η υποχρέωση ολοσχερούς καταβολής του κατά την άσκηση της αιτήσεως αναστολής. Κατόπιν δε της αποφάσεως αυτής, η παραπάνω διάταξη τροποποιήθηκε και έπειτα το 1/3 του παραβόλου, ήτοι 0,33% της εκτιμώμενης αξίας, καταβαλλόταν κατά την άσκηση της αιτήσεως αναστολής, το έτερο 1/3, ήτοι 0,33% της εκτιμώμενης αξίας, καταβαλλόταν κατά τη συζήτησή της και το έτερο 1/3, ήτοι 0,33% της εκτιμώμενης αξίας, κατέπιπτε σε περίπτωση απόρριψης της αιτήσεως αναστολής. Η δεύτερη ως άνω απόφαση (ΣΤΕ ΕΑ

Αριθμός απόφασης: 312/2018

475/2013) εκδόθηκε ως προς τη συνταγματικότητα της νέας αυτής ρύθμισης του ν. 3886/2010 και έκρινε αυτήν ως συνταγματική.

17. Επειδή, με το ισχύον πλέον ως άνω πλαίσιο του ν. 4412/2016 και του πδ 39/2017, παράβολο ύψους 0,5% της εκτιμώμενης αξίας καταβάλλεται κατά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και αυτό καταπίπτει μόνο αν απορριφθεί αυτή. Σε κάθε άλλη περίπτωση, δηλαδή αποδοχής, έστω και εν μέρει, και ως προς οιοδήποτε σκέλος της τυχόν προσφυγής (άρ. 363 παρ. 5 ν. 4412/2016 και άρ. 5 παρ. 5 πδ 39/2017), παραιτήσεως του προσφεύγοντος από την προδικαστική προσφυγή και δη ακόμη και μετά την εξέταση της προσφυγής και σε κάθε σημείο πριν την έκδοση αποφάσεως επί της προσφυγής (άρ. 16 παρ. 2 πδ 39/2017), καταργήσεως της εξέτασης, λόγω ανάκλησης της προσβαλλομένης πράξεως ή συντελέσεως της παραλειφθείσας ενέργειας από την αναθέτουσα αρχή (άρ. 17 παρ. 2 πδ 39/2017), ως και σιωπηρής απόρριψης (η οποία, σημειωτέον, ουδέποτε έως σήμερα έχει λάβει χώρα από την ΑΕΠΠ στο πλαίσιο των άνω των 400 προδικαστικών προσφυγών έχει ήδη εξετάσει), το παράβολο επιστρέφεται ολόκληρο στον προσφεύγοντα (άρ. 5 παρ. 5 πδ 39/2017). Αν δε ο προσφεύγων αμφισβητήσει την απόφαση της ΑΕΠΠ με τα παρεχόμενα σε αυτά μέσα δικαστικής προστασίας είτε επειδή η προσφυγή του έγινε μόνο εν μέρει δεκτή (οπότε και ήδη του αποδόθηκε το σύνολο του παραβόλου) είτε επειδή απερρίφθη, τότε έχει υποχρέωση καταβολής παραβόλου όσον αφορά την άσκηση αιτήσεως αναστολής, ύψους 0,1% επί της εκτιμώμενης αξίας, εκ του οποίου μόνο το $\frac{1}{2}$ καταβάλλει κατά την άσκηση της αίτησης αναστολής και άρα το 0,05% της εκτιμώμενης αξίας, ενώ το έτερο $\frac{1}{2}$ αυτού, ήτοι το 0,05% της εκτιμώμενης αξίας καταπίπτει μόνο αν απορριφθεί και η αίτηση αναστολής (δεν προβλέπεται πλέον τυχόν περαιτέρω στάδιο καταβολής κατά τη συζήτηση).

18. Επειδή, συνεπώς, με το νυν ισχύον νομοθετικό πλαίσιο η μέγιστη τελική επιβάρυνση του διαδικού οικονομικού φορέα όσον αφορά στο συνολικό ύψος των παραβόλων στο όλο πλαίσιο της προδικαστικής έως και την ολοκλήρωση της προσωρινής δικαστικής του προστασίας είναι 0,6% επί της εκτιμώμενης αξίας έναντι 1% της προϊσχύσασας, πλην όμως κριθείσας ως συνταγματικής, ρυθμίσεως. Η επιβάρυνση αυτή δε προκύπτει αποκλειστικά και μόνο αν συγχρόνως απορριφθεί και η προδικαστική προσφυγή και η

Αριθμός απόφασης: 312/2018

αίτηση αναστολής του διαδίκου και σωρευτικά η προδικαστική προσφυγή του είχε απορριφθεί εν όλω και ρητώς. Σημειωτέον, πως στην περίπτωση που η προδικαστική προσφυγή είχε γίνει εν μέρει δεκτή, ο προσφεύγων άσκησε αίτηση αναστολής και τελικώς ηττήθηκε, η συνολική τελική του επιβάρυνση ανέρχεται μόνο στο παράβολο για την αίτηση αναστολής, ήτοι το 0,1% της εκτιμώμενης αξίας, αφού το ενώπιον της ΑΕΠΠ παράβολο ούτως ή άλλως θα έχει ήδη επιστραφεί με την εν μέρει αποδοχή της προσφυγής του (ενώ με το προϊσχύσαν καθεστώς θα ανερχόταν στο 1% αυτής). Ομοίως, αν η προσφυγή γίνει εν μέρει ή εν όλω δεκτή, όμως έτερος οικονομικός φορέας ή η αναθέτουσα επιτύχουν με αίτηση αναστολής, την αναστολή της απόφασης της ΑΕΠΠ και έτσι τελικώς ο προσφεύγων ηττηθεί, η επιβάρυνσή του θα είναι μηδενική, αφού το ενώπιον της ΑΕΠΠ παράβολό του θα του έχει ήδη επιστραφεί με την απόφαση της ΑΕΠΠ ούτως ή άλλως και ασχέτως μεταγενέστερης επιτυχούς αίτησης αναστολής τρίτου κατά της απόφασης της ΑΕΠΠ που δέχθηκε αρχικώς την προδικαστική προσφυγή.

19. Επειδή, περαιτέρω, το σύνολο των παραβόλων που ο διάδικος κατέβαλλε με το προϊσχύσαν καθεστώς έως και τη συζήτηση της αιτήσεως αναστολής και δη όπως αυτό είχε κατά την τελική και κατά τα ως άνω κριθείσα ως συνταγματική εκδοχή του, του ανερχόταν σε 0,66% επί της εκτιμώμενης αξίας ($1/3+1/3$ επί του 1% της εκτιμώμενης αξίας), ενώ με το νυν ισχύον καθεστώς ανέρχεται σε 0,55% (0,5% το παράβολο ενώπιον της ΑΕΠΠ και το $\frac{1}{2} \times 0,1\%$ το παράβολο για την αίτηση αναστολής) και τούτο, πάλι, μόνο εφόσον κατά τα ανωτέρω η προσφυγή του απερρίφθη εν όλω και ρητώς από την ΑΕΠΠ, σε κάθε δε άλλη περίπτωση τα παράβολα που καταβάλλει έως το σημείο συζήτησης της Αίτησης αναστολής του είναι 0,05% (ήτοι κάτω από το $1/130$ του παλαιού παραβόλου).

20. Επειδή, είναι σαφές από τα παραπάνω ότι η νυν ισχύουσα διάταξη είναι πολύ ευνοϊκότερη για τον διάδικο σε σχέση με την προϊσχύσασα διάταξη του ν. 3886/2010 τόσο ως προς το συνολικό ύψος καταβαλλόμενου παραβόλου για την παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας όσο και ως προς τα επιμέρους κατανεμημένα ποσά ανά φάση της διαδικασίας και ως προς το ποσό παραβόλου που έχει καταβληθεί από τον διάδικο έως και το κρίσιμο σημείο της συζήτησης του ενδίκου βοηθήματος προσωρινής δικαστικής του προστασίας και δη είναι πολύ ευνοϊκότερο σε

Αριθμός απόφασης: 312/2018

σχέση ακόμη και με την τελευταία εκδοχή του προϊσχύσαντος πλαισίου, η οποία είχε κατά τα ως άνω κριθεί συνταγματική με τη απόφαση ΣΤΕ ΕΑ 475/2013.

21. Επειδή, εξάλλου, η πρόβλεψη παραβόλου για την άσκηση διοικητικής προσφυγής κατά απόφασης της αναθέτουσας στα πλαίσια του προσυμβατικού σταδίου, ιδίως όταν αυτή εξετάζεται από ανεξάρτητο τρίτο όργανο εκτός της αναθέτουσας, όπως η ΑΕΠΠ, είναι συχνή και αποδεκτή πρακτική για τα κράτη-μέλη της Ε.Ε. (Κύπρος, Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών, όρια παραβόλου 4.000-20.000 αναλόγως αξίας της διαδικασίας ανάθεσης, Τσεχία, Γραφείο Προστασίας Ανταγωνισμού, 1% αναλογικό παράβολο επί της εκτιμώμενης αξίας με ανώτατα και κατώτατα όρια 50.000-2.000.000 κορώνες, ήτοι περί τα 1.966-78.660 ευρώ, Γερμανία, Τμήμα Δημοσίων Προμηθειών, αναλογικό παράβολο με ανώτατη και κατώτατη αξία 2.500-50.000 ευρώ, Ουγγαρία, Συμβούλιο Επίλυσης Διαφορών Δημοσίων Διαγωνισμών, αναλογικό παράβολο 1% με ανώτατο όριο τις 90.000 ευρώ, Μάλτα, Συμβούλιο Εξέτασης Δημοσίων Συμβάσεων, αναλογικό παράβολο 0,75% με ανώτατα/κατώτατα όρια 1200-58.000 ευρώ, Πορτογαλία, Εθνικό Συμβούλιο Επίλυσης Αμφισβητήσεων, αναλογικό παράβολο 1% επί της εκτιμώμενης αξίας με ανώτατο πλαφόν τις 100.000 ευρώ).

22. Επειδή, από το άρθρο 58 παράγρ. 1 και 3 της εφαρμοστέας στον επίδικο διαγωνισμό Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου (L 94/65), ως και το άρ. 75 παρ. 1 και 3 ν. 4412/2016 προκύπτει ότι τα οριζόμενα από τις αναθέτουσες αρχές κριτήρια επιλογής μπορεί να περιλαμβάνουν απαιτήσεις σχετικές με την χρηματοοικονομική ικανότητα του οικονομικού φορέα. Στην προκειμένη περίπτωση, η διέπουσα τον επίδικο διαγωνισμό διακήρυξη στο άρ. 2.2.5 *“Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια”* ορίζει ότι: *“Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να δηλώνουν ότι διαθέτουν: α) μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών ίσο ή μεγαλύτερο από 3.000.000 ΕΥΡΩ, τα τελευταία 3 έτη (2014, 2015,2016) και β) η πιστοληπτική του ικανότητα του αναδόχου να ξεπερνά το ποσό : 400.000 ΕΥΡΩ”*. Περαιτέρω, οι συμμετέχοντες στον διαγωνισμό υποχρεούνται να καταθέσουν εγγυητική επιστολή συμμετοχής, αφού το άρθρο 2.2.2.1 της διακήρυξης

Αριθμός απόφασης: 312/2018

επιβάλλει ότι “Για την έγκυρη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, κατατίθεται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς (προσφέροντες), εγγυητική επιστολή συμμετοχής, που ανέρχεται στο ποσό των τριάντα χιλιάδων ευρώ (30.000,00) ευρώ.”, εγγύση που εξάλλου η προσφεύγουσα ένωση όντως υπέβαλε (Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής ΤΣΜΕΔΕ με αρ. 1733741 της 12-9-2017 με ισχύ έως και 30-10-2018). Επιπλέον, υποχρεούνται κατά τον όρο 4.1 της διακήρυξης, στην περίπτωση που αναδειχθούν ανάδοχοι, να καταθέσουν κατά τη σύναψη της συμβάσεως εγγυητική επιστολή καλής εκτελέσεώς της, η οποία ανέρχεται στο 5% της οικονομικής προσφοράς τους, όπως επίσης και να καταβάλουν, κατά τους όρους 4.1 και 5.1.1, και εγγύηση προκαταβολής που θα καλύπτει τη διαφορά μεταξύ του ποσού της εγγύησης καλής εκτέλεσης (5% της οικονομικής προσφοράς τους) και του ποσού της καταβαλλόμενης προκαταβολής (εν προκειμένω 25% κατά τον όρο 5.1.1 της διακήρυξης), η οποία εν τέλει ανέρχεται σε $(25\% - 5\% =)$ 20% της οικονομικής προσφοράς τους. Σημειωτέον, εξάλλου, ότι η προσφεύγουσα ένωση εταιριών υπέβαλε ΕΕΕΣ αμφοτέρων των μελών της και το μεν μέλος της εταιρία “.....” δηλώνει στο Μέρος IV Ενότητα Β ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΚΑΙ ΧΡΗΜΑΤΟΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΕΠΑΡΚΕΙΑ ότι είχε γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για το έτος 2014 1.643.964,50 ευρώ, για το έτος 2015 795.140,80 ευρώ και για το έτος 2016 463.048 ευρώ και άρα μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών για τη ζητούμενη από τη διακήρυξη ζετία 2014-2016 967.384,71 ευρώ. Το δε έτερο Μέλος της, ήτοι η εταιρία «.....» δηλώνει στο ΕΕΕΣ του Μέρους IV Ενότητα Β ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΚΑΙ ΧΡΗΜΑΤΟΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΕΠΑΡΚΕΙΑ ότι είχε γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για το έτος 2014 31.073.824,94 ευρώ, για το έτος 2015 29.156.254,28 ευρώ και για το έτος 2016 21.061.820,83 ευρώ και άρα μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών για τη ζητούμενη από τη διακήρυξη ζετία 2014-2016 27.097.300,02 ευρώ. Η προσφεύγουσα ένωση με την προσφορά της υπέβαλε και το ισχύον καταστατικό του μέλους της “.....” εκ του οποίου, κατά το άρθρο 5, προκύπτει ότι έχει μετοχικό κεφάλαιο 4.279.465 ευρώ, όπως και το αντίστοιχο ισχύον καταστατικό του μέλους της “.....”, εκ του οποίου, κατά το άρθρο 5, προκύπτει ότι έχει μετοχικό κεφάλαιο 246.700 ευρώ. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ένωση με την προσφορά της και προς πλήρωση του ως άνω κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του όρου 2.2.5 περ.

Αριθμός απόφασης: 312/2018

β' της διακήρυξης υπέβαλε και το Πιστοποιητικό Πιστοληπτικής Ικανότητας της Τράπεζας Πειραιώς της 14.9.2017 του μέλους της εταιρίας ".....", με το οποίο η ως άνω τράπεζα βεβαιώνει ότι αποτελεί συνεπή και αξιόπιστο πελάτη και ιδίως ότι έχει εγκρίνει συνολικό πιστοδοτικό όριο 3.206.950 ευρώ, εκ των οποίων 2.206.950 ευρώ αφορούν όρια χρηματοδοτήσεων και 1.000.000 ευρώ αφορούν όριο έκδοσης εγγυητικών επιστολών συμμετοχής ή/και καλής εκτέλεσης. Υπέβαλε δε και ισολογισμούς των ως άνω μελών της των προηγούμενων ετών εκ των οποίων αποδεικνύεται η αλήθεια των δηλούμενων στα ΕΕΕΣ τους περί του κύκλου εργασιών τους, ως και ειδικώς ως προς το έτος/χρήση 2016 (για το οποίο κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς 14-9-2017 υφίστατο, κατ' άρ. 6 παρ. 3 ν. 4308/2014 προσωρινή μη δημοσιευμένη κατάσταση) υπέβαλαν αμφότερα τα μέλη και υπεύθυνη δήλωση για τον κύκλο εργασιών τους με τα ανωτέρω καθ' έκαστον δηλούμενα, στο ομοίως υπέχον, κατά το άρ. 79 παρ. 1 ν. 4412/2016, θέση υπευθύνου δηλώσεως, ΕΕΕΣ τους. Σημειωτέον ότι, εκτός των άλλων, προκύπτει ότι το μέλος της προσφεύγουσας "....." κατά τον τελευταίο δημοσιευμένο ισολογισμό που υπέβαλε του έτους 2015 είχε ταμειακά διαθέσιμα και ισοδύναμα 2.315.648,90 (κατά τον χρόνο 31-12-2015). Υπέβαλαν δε αμφότερα τα μέλη της προσφεύγουσας ένωση και Πίνακα Προσωπικού τους ισχύοντα κατά τον χρόνο υποβολής του, εκ των οποίων Πινάκων προκύπτει ότι το μέλος της "....." απασχολούσε 88 εργαζόμενους και το μέλος της «.....» 15 εργαζομένους.

23. Επειδή, τα άρθρα 20 παρ. 1 του Συντάγματος και 6 παρ. 1 της Ε.Σ.Δ.Α., που κατοχυρώνουν το δικαίωμα δικαστικής προστασίας, το οποίο περιλαμβάνει και την προσωρινή δικαστική προστασία (Ε.Α. 496/2011 Ολομ.ΣΤΕ, απόφαση του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου *Micallef κατά Μάλτας* της 15.10.2009), δεν αποκλείουν στον κοινό νομοθέτη να θεσπίζει δικονομικές προϋποθέσεις για την παροχή προστασίας από τα δικαστήρια και την πρόοδο της δίκης. Οι σχετικές, όμως, ρυθμίσεις πρέπει, αφενός να συνάπτονται με τη λειτουργία των δικαστηρίων και την ανάγκη αποτελεσματικής απονομής της δικαιοσύνης, αφετέρου να μην υπερβαίνουν τα όρια εκείνα, πέραν των οποίων θα συνεπάγονταν την άμεση ή έμμεση κατάλυση του προστατευομένου από τις ανωτέρω διατάξεις ατομικού δικαιώματος παροχής δικαστικής προστασίας (ΣΤΕ Ολομ. 601/2012,

Αριθμός απόφασης: 312/2018

3087/2011, 1583/2010 κ. ά., βλ. και απόφαση ΕΔΑΔ της 16ης Νοεμβρίου 2006, Τσαλκιτζής κατά Ελλάδας). Η υποχρέωση δε καταβολής παραβόλου ως προϋπόθεση του παραδεκτού ενδίκου βοηθήματος ή μέσου αποβλέπει στην αποτροπή της ασκήσεως αστηρίκτων ενδίκων βοηθημάτων και μέσων, χάριν της εύρυθμης λειτουργίας των δικαστηρίων και της αποτελεσματικής απονομής της δικαιοσύνης. Ενόψει δε του σκοπού αυτού, στον οποίον αποβλέπει η θέσπιση της υποχρεώσεως αυτής, η τύχη του παραβόλου (κατάπτωση, πολλαπλασιασμός ή απόδοση στον καταβαλόντα) συναρτάται με την έκβαση και τις εν γένει περιστάσεις της δίκης (βλ. Ολ ΣΤΕ 3470/2007, 647/2004 κ. ά.). Εξάλλου, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας (άρθρο 25 παρ. 1 του Συντάγματος) περιορισμοί στην άσκηση των ατομικών δικαιωμάτων επιτρεπώς επιβάλλονται από τον κοινό νομοθέτη, μόνον εφ' όσον συνάπτονται προς τον υπό του νόμου επιδιωκόμενο σκοπό και είναι πρόσφοροι και αναγκαίοι για την επίτευξή του. Αντίκειται δε μία ρύθμιση στην αρχή της αναλογικότητας, όταν το επιβαλλόμενο μέτρο είναι προδήλως απρόσφορο ή τελεί σε προφανή δυσαναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό (ΣΤΕ Ολομ. 3474/2011, 990/2004). Τέλος, σύμφωνα με την αρχή της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, η οποία συνιστά γενική αρχή του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ενώσεως, (βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ενώσεως της 13ης Μαρτίου 2007, [C-432/05, Unibet], της 6ης.5.2010, [C-145/08 - C-149/08, συνεκδικασθείσες υποθέσεις] και της 15ης Απριλίου 2008, [C- 268/06, Impact], βλ. και Ολομ. ΣΤΕ 3741/2011), ελλείψει σχετικής κοινοτικής ρυθμίσεως, σε κάθε κράτος-μέλος εναπόκειται να καθορίσει τα αρμόδια δικαστήρια και να ρυθμίσει τις δικονομικές προϋποθέσεις των ενδίκων προσφυγών που αποσκοπούν στη διασφάλιση όσων δικαιωμάτων αντλούν οι πολίτες από το ενωσιακό δίκαιο, οι δικονομικές δε αυτές ρυθμίσεις δεν επιτρέπεται να καθιστούν πρακτικώς αδύνατη ή εξαιρετικώς δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων αυτών.

24. Επειδή, η πρόβλεψη αναλογικού παραβόλου ως προϋπόθεση της ασκήσεως της προδικαστικής προσφυγής συνιστά θεμιτό περιορισμό του δικαιώματος προδικαστικής προστασίας, ο οποίος εξυπηρετεί τον, θεμιτό ωσαύτως, σκοπό της αποτροπής παρελκύσεως με την άσκηση αστηρίκτων προσφυγών, κρίνεται δε και πρόσφορος για την εξυπηρέτησή του. Ειδικότερα, το μεν ύψος του προβλεπομένου από την διάταξη του

Αριθμός απόφασης: 312/2018

άρθρου 363 ν. 4412/2016 παραβόλου είναι εύλογο και δεν παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας. Και τούτο διότι: **α)** οι διεκδικούντες την ανάθεση συμβάσεως άνω των 60.000€ πρέπει να έχουν ανάλογη χρηματοοικονομική επάρκεια (πρβλ. και άρθρο 45 του π. δ/τος 59/2007, άρθρα 42, 43 και 45 του π. δ/τος 60/2007, άρθρα 6, 8α και 25 του π. δ/τος 118/2007), ώστε να είναι σε θέση τόσο να συμμετάσχουν λυσιτελώς στον οικείο διαγωνισμό, όσο και, σε περίπτωση συνάψεως της σχετικής συμβάσεως, να προβούν στην προσήκουσα εκτέλεσή της. Το τελευταίο αυτό απαιτεί εκ μέρους τους την ύπαρξη οικονομικής ρευστότητας, ώστε να είναι εξασφαλισμένη από την πλευρά τους η δυνατότητα εκτελέσεως της συμβάσεως (βλ. και άρ. 8.11 της διακηρύξεως), αλλά και η συμμόρφωσή τους προς παρεπόμενες οικονομικές υποχρεώσεις, πολύ επαχθέστερες του παραβόλου (βλ. και άρ. 8.2 και 14 της διακηρύξεως), **β)** ο νομοθέτης αποδίδει ιδιαίτερη σημασία στην ταχεία επίλυση των σχετικών διαφορών, προκειμένου να διασφαλίζεται η χωρίς αδικαιολόγητες καθυστερήσεις ολοκλήρωση των διαγωνισμών και η σύναψη συμβάσεων σημαντικών κυρίως για την εθνική οικονομία, ιδίως δε κατά την εξαιρετικά κρίσιμη για τη Χώρα χρονική αυτή περίοδο, αλλά και για τους διαγωνιζομένους, τάσσοντας σύντομες προθεσμίες για την εκδίκαση των προδικαστικών προσφυγών και την έκδοση αποφάσεων επ' αυτών (βλ. άρθρα 365 και 367 ν.4412/2016) και **γ)** το επίμαχο παράβολο αποδίδεται στο σύνολό του στον προσφεύγοντα τόσο σε περίπτωση αποδοχής, έστω και μερικής, της προσφυγής του. Κατά συνέπεια, με το καθοριζόμενο κατά τον ανωτέρω τρόπο ύψος του παραβόλου και την θέσπιση ανωτάτου ορίου επιβολής αυτού ποσού 15.000€ δεν παραβιάζονται οι ανωτέρω συνταγματικές και λοιπές υπερνομοθετικής ισχύος διατάξεις και αρχές (βλ. συναφώς Ε.Α. 136/2013, Ολομ., πρβλ. και ΣτΕ Ολομ. 601/2012, 1852/2009 και 2780/2012 επταμ.).

25. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, λόγω μη καταβολής του αναλογούντος, κατά άρθρο 363 ν. 4412/2016, παραβόλου και να γίνει δεκτός ο σχετικός λόγος της ασκηθείσας παρέμβασης.

26. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα ένωση εταιριών, ποσού εκατόν πενήντα ευρώ (150€), πρέπει να καταπέσει, κατ' άρθρο 363 παρ. 5

Αριθμός απόφασης: 312/2018

ν.4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή και δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του με στοιχεία παραβόλου, ποσού εκατόν πενήντα ευρώ (150,00€).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10-4-2018 και εκδόθηκε στις 20-4-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ