

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 10.08.2018 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη-Εισηγήτρια και
Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 05.07.2018 (ημερομηνία κατάθεσης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 626/06.07.2018, της εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στη, επί της οδού, αρ. 6, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της υπ' αριθμ. 176/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, όπως αυτή εκδόθηκε στο πλαίσιο διενέργειας ηλεκτρονικού, ανοικτού, δημόσιου διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την με ΑΔΑΜ Διακήρυξη για την «Προμήθεια υλικών για το Τεχνικό Συνεργείο» (Αρ. μελέτης 44/2018), σε τμήματα, συνολικής εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας δαπάνης ύψους 150.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και 120.967,74€ άνευ ΦΠΑ.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στον, επί της οδού, αρ. 1, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης κατά το σκέλος που με αυτή εγκρίθηκε η προσφορά της εταιρείας «.....» και αιτείται να αποκλεισθεί η τελευταία από τη διαγωνιστική διαδικασία, διότι -κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας- η ως άνω συμμετέχουσα και νυν

Αριθμός απόφασης: 666/2018

παρεμβαίνουσα εταιρεία δεν τηρεί τους όρους που διέπουν την οικεία διαγωνιστική διαδικασία, για τους λόγους που αναφέρονται στην υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Με την ανωτέρω Παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της υπό κρίση Προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την με ΑΔΑΜ Διακήρυξη του Δήμου προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, δημόσιου, ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την «Προμήθεια υλικών για το Τεχνικό Συνεργείο» (Αρ. μελέτης 44/2018), σε τμήματα, συνολικής εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας δαπάνης ύψους 150.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και 120.967,74€ άνευ ΦΠΑ, πλέον δικαιώματος προαίρεσης, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή, η οποία Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 28.03.2018 και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 02.04.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α

2. Επειδή, η εταιρεία «.....», υπέβαλε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού «Προσφυγή ενώπιον της αναθέτουσας αρχής», του Δήμου, με την οποία στρεφόταν κατά της υπ' αριθμ. 176/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, την οποία κοινοποίησε η αναθέτουσα αρχή στην Α.Ε.Π.Π. με το από 06.07.2018 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

3. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή αναρτά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 12.07.2018 το «Πρακτικό Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής» προκειμένου να εκφράσει τις απόψεις της

Αριθμός απόφασης: 666/2018

συναφώς καθώς και επτά (7) συνημμένα αρχεία τα οποία αναφέρονται στο ανωτέρω πρακτικό.

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

5. Επειδή, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 379 παρ.7 του Ν.4412/2016, ως ισχύει, ενεργοποιούνται οι διατάξεις του Βιβλίου IV (άρθρα 345 έως 374) για τις διαφορές που αναφύονται από πράξεις ή παραλείψεις, οι οποίες εκδίδονται ή συντελούνται από αναθέτουσες αρχές, στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης σύμβασης, η οποία εκκινεί, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 61, 120, 290 και 330 του ως άνω νόμου, μετά την 26η Ιουνίου 2017, για τις δημόσιες συμβάσεις γενικών υπηρεσιών και τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών, με εκτιμώμενη αξία σύμβασης (χωρίς Φ.Π.Α.) ανώτερη των 60.000,00€.

6. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 120 του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι ως χρόνος έναρξης της ανοικτής διαδικασίας σύναψης σύμβασης, για τις συμβάσεις κάτω των ορίων, νοείται η ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ, σύμφωνα με το άρθρο 66, με την επιφύλαξη της παρ. 5 του άρθρου 376, ενώ κατά τη διάταξη του άρθρου 5 του ως άνω νόμου, ως ισχύει κατόπιν τροποποίησης του άρθρου 4 της Οδηγίας 2014/24 ΕΕ με τον Κανονισμό (ΕΕ) 2017/2365, ως κατώτατο όριο, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, ορίζεται το ποσό των 144.000,00€ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από κεντρικές κυβερνητικές αρχές και 221.000,00€ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από μη κεντρικές αναθέτουσες αρχές (αντί του ποσού των 135.000,00€ και 209.000,00€ ως ίσχυε αντιστοίχως).

Αριθμός απόφασης: 666/2018

7. Επειδή, από το συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει ότι η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή εμπίπτει στην καθ' ύλην και χρονική αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π. αφού το αντικείμενο της υπόψη σύμβασης αφορά στην ανάθεση δημόσιας σύμβασης προμήθειας, προϋπολογισθείσας αξίας 120.967,74€ χωρίς Φ.Π.Α., ήτοι αξίας ανώτερης των 60.000,00€ και κατώτερης των ισχυόντων χρηματικών ορίων του Κανονισμού (ΕΕ) 2017/2365 και η Διακήρυξη αυτής δημοσιεύθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. στις 28.03.2018, ήτοι μετά την 26.06.2017, για το λόγο δε τούτο δέον να ασκείται κατά τις νόμιμες διατυπώσεις και προϋποθέσεις του παραδεκτού που ισχύουν δυνάμει των διατάξεων του άρθρου 360 επ. του Ν.4412/2016, αναλόγως δε και των διατάξεων του Π.Δ.39/2017, για την ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. ασκηθείσα Προδικαστική Προσφυγή.

8. Επειδή, τα ανωτέρω ρητά αναφέρονται και στο άρθρο 3.4 «Προδικαστικές Προσφυγές/ Προσωρινή Δικαστική Προστασία» της υπόψη Διακήρυξης, σε κάθε δε περίπτωση οι διατάξεις του Ν. 4412/2016 περί έννομης προστασίας αποτελούν αναγκαστικού δικαίου διατάξεις (βλ. Α.Ε.Π.Π. 524/2018, 356/2018, ιδίως σκ. 17, 553/2018).

9. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι απαραδέκτως ασκήθηκε η εν λόγω Προσφυγή ενώπιον της αναθέτουσας αρχής και όχι Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., εντούτοις και κατ' ορθή ερμηνεία του «δικογράφου» το παρόν Κλιμάκιο κρίνει ότι η υπό κρίση Προσφυγή συνιστά την απαιτούμενη για τη διαδικασία παροχής προδικαστικής προστασίας που προβλέπει το άρθρο 3 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (άρθρο 360 παρ. 1 του Ν.4412/2016) Προδικαστική Προσφυγή (987/2014 ΔΕφΑθ) και πρέπει να κριθεί εάν πληρούνται τα στοιχεία του παραδεκτού αυτής (ΑΕΠΠ 97/2017).

10. Επειδή, η υπό κρίση Προσφυγή υποβλήθηκε χωρίς χρήση του τυποποιημένου εντύπου προδικαστικής προσφυγής, ως απαιτεί η διάταξη του άρθρου 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017), ενώ και από την επισκόπηση του εγγράφου αυτού προκύπτει ότι δεν καλύπτει ως

Αριθμός απόφασης: 666/2018

προς τα κύρια και ουσιώδη στοιχεία της τα προδιατυπωμένα πεδία του τυποποιημένου εντύπου, αφού ελλείπουν τα υπό (7), (9β και δ) και (13) στοιχεία αυτού, με αποτέλεσμα να μην θεραπεύεται η έλλειψη χρήσης του τυποποιημένου εντύπου (ΔΕΦΚομοτηνής Ν39/2017, ΑΕΠΠ 264/2018, 47/2018, 97/2017 κ.α.). Για το λόγο αυτό η υπό κρίση Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

11. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 363 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. Για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής κατατίθεται παράβολο από τον προσφεύγοντα υπέρ του Δημοσίου, το ύψος του οποίου ανέρχεται σε ποσοστό 0,50 τοις εκατό (0,50%) της προϋπολογισθείσας αξίας (χωρίς Φ.Π.Α.) της σχετικής σύμβασης. Το ύψος του παραβόλου δεν μπορεί να είναι κατώτερο των εξακοσίων (600) ευρώ ούτε ανώτερο των δεκαπέντε χιλιάδων (15.000) ευρώ. Αν τα έγγραφα της σύμβασης δεν προκύπτει η προϋπολογισθείσα αξία της, για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, κατατίθεται παράβολο ύψους εξακοσίων (600) ευρώ. 2. Εάν από τα έγγραφα της σχετικής σύμβασης παρέχεται η δυνατότητα υποβολής προσφοράς για τμήμα ή τμήματα της σύμβασης, το ύψος του παραβόλου υπολογίζεται επί της αξίας του τμήματος ή των τμημάτων της σύμβασης σχετικά με τα οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή. 3. Το ύψος του ποσοστού και τα ανώτατα και κατώτατα όρια του ποσού του παραβόλου 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».

Αριθμός απόφασης: 666/2018

12. Επειδή, το άρθρο 5 του Π.Δ. 39/2016 προβλέπει ότι: «1. Για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής κατατίθεται από τον προσφεύγοντα παράβολο υπέρ του Δημοσίου, το ύψος του οποίου ανέρχεται σε ποσοστό 0,50 τοις εκατό (0,50%) της προϋπολογισθείσας αξίας (χωρίς Φ.Π.Α.) της σχετικής σύμβασης. Το ύψος του 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 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 (άρθρο 363 παρ. 2 ν. 4412/2016). 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 (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-παραβόλου στη διαδικτυακή πύλη της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (ΓΓΠΣ) και αποτελεί έσοδο του κρατικού προϋπολογισμού.** Για την απόδειξη της καταβολής και της είσπραξης του παραβόλου 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 παραβόλου από την Υπηρεσία που το αποδέχεται. 5.».

Αριθμός απόφασης: 666/2018

13. Επειδή, όπως ορίζεται στην αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016: «*Η επιβολή παραβόλου κρίνεται αναγκαία προκειμένου να αποτραπεί η άσκηση ασήρικτων και παρελκυστικών προσφυγών*». Ειδικότερα, μια οικονομικής φύσεως επιταγή συνιστά μέτρο ικανό να αποτρέψει την καταχρηστική άσκηση μέσων προσφυγής και να εγγυηθεί σε όλους τους πολίτες, χάριν της ορθής απονομής της δικαιοσύνης, την όσο το δυνατόν ταχύτερη εκδίκαση των ενδίκων προσφυγών τους (βλ. κατ' αναλογία, προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Ν. Jääskinen στην υπόθεση Orizzonte Salente c-61/14, EU: 2015: 307, σημείο 37). Επομένως, η βούληση του νομοθέτη είναι να καταβάλλεται ένα συγκεκριμένο χρηματικό ποσό με έκδοση ηλεκτρονικού παραβόλου λόγω της διεξαγωγής της διαγωνιστικής διαδικασίας κατ' αποκλειστικό τρόπο μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Στόχευση του νομοθέτη ήταν η αποτροπή της καταχρηστικής άσκησης προδικαστικών προσφυγών, οι οποίες θα δύναντο να παρακωλύσουν επί μακρόν τις διαγωνιστικές διαδικασίες ως προς την υπογραφή των εν λόγω συμβάσεων, δοθέντος του ανασταλτικού αποτελέσματος των άρθρων 364 του Ν. 4412/2016 και 6 του Π.Δ. 39/2017.

14. Επειδή, σύμφωνα με τη ρητή γραμματική διατύπωση των ως άνω διατάξεων ορίζεται ότι για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, καταβάλλεται από τον προσφεύγοντα e-παράβολο κατά την κατάθεση της προσφυγής κι εντός της αποκλειστικής προθεσμίας άσκησής της, το οποίο υπολογίζεται σε συγκεκριμένο ποσοστό 0,50% επί της αξίας της προϋπολογισθείσας σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, με ρητώς καθορισμένο στην οικεία διάταξη νόμου κατώτατο και ανώτατο όριο ύψους αυτού, πρόβλεψη η οποία και μόνον ισχύει για την προσκόμιση του συγκεκριμένου παραβόλου και ως τέτοια ειδικότερη και νεότερη ρύθμιση κατισχύει οιασδήποτε γενικότερης και παλαιότερης.

15. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου της υπό κρίση «Προσφυγής ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής» συνάγεται ότι η προσφεύγουσα δεν προσκόμισε το απαιτούμενο από το Νόμο ηλεκτρονικό παράβολο εκδόσεως υπό το Φορέα «Α.Ε.Π.Π.», αλλά επισυνάπτει το εκδιδόμενο με α/α

Αριθμός απόφασης: 666/2018

890/05.07.2018 διπλότυπο εισπραξης τύπου Α του Τμήματος Εσόδων της ΔΟΥ Ν. Σμύρνης ποσού 605,00€.

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

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

18. Επειδή, οι προϋποθέσεις του παραδεκτού που πρέπει να συντρέχουν κατά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κρίνονται σε κάθε περίπτωση και αυτεπαγγέλτως από την Α.Ε.Π.Π. (ΣτΕ 2080/2016).

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

Αριθμός απόφασης: 666/2018

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

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 10 Αυγούστου 2018 και εκδόθηκε στις 27 Αυγούστου 2018.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Γεωργία Παν. Ντεμερούκα