

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

ΜΟΝΟΜΕΛΕΣ ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 9 Ιουλίου 2021 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής, υπό την ιδιότητα του ως Μονομελούς Κλιμακίου.

Για να εξετάσει την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1255/22.06.2021 προσφυγή της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ΔΗΜΟΥ ... (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη, ήτοι το υπ' αριθμ. 22 Πρακτικό - η υπ' αριθμ. 164 Απόφαση (αντίστοιχα) της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ...- ...να απορριφθεί η προσφορά της προσωρινής αναδόχου εταιρείας με την επωνυμία «...», σύμφωνα και με το άρθρο 3.2. της Διακήρυξης και να κατακυρωθεί σε αυτή ο Διαγωνισμός και να αναδειχθεί οριστικός ανάδοχος του Διαγωνισμού για την υπηρεσία «ΝΑΥΑΓΟΣΩΣΤΙΚΗ ΚΑΛΥΨΗ ΠΟΛΥΣΥΧΝΑΣΤΩΝ ΠΑΡΑΛΙΩΝ ΔΗΜΟΥ ... - ...».

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε Ανοικτή διαδικασία μέσω του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων με τίτλο ΟΝΟΜΑΣΙΑ: ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΠΙΛΟΓΗ ΑΝΑΔΟΧΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΥΠΗΡΕΣΙΑ: «ΝΑΥΑΓΟΣΩΣΤΙΚΗ ΚΑΛΥΨΗ ΠΟΛΥΣΥΧΝΑΣΤΩΝ ΠΑΡΑΛΙΩΝ ΔΗΜΟΥ ... - ...», ΜΕ Ε«ΤΙΜΩΜΕΝΗ ΑΞΙΑ: 68.548,38 ΕΥΡΩ ΧΩΡΙΣ ΦΠΑ και Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ... και ημερομηνία δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ 29/03/2021 με ΑΔΑΜ ...

2. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής έχει κατατεθεί πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο με κωδικό ...ποσού 600 ευρώ.

3. Επειδή, η προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 120 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π εν γένει. Η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, η προσφυγή κατατέθηκε στις 10.06.2021, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στις 02/06/2021 δε, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. από την αναθέτουσα αρχή στις 18/06/2021.

4. Επειδή, στις 23.06.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο μέσω του συστήματος «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017.

5. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ στις 25/06/2021 τις απόψεις της τις οποίες και κοινοποίησε μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού επί της προσφυγής αιτούμενη την απόρριψη της.

6. Επειδή, το άρθρο 365 παρ. 1 με ημερομηνία έναρξης ισχύος την 01/06/2021 ορίζει ότι *«Προδικαστικές προσφυγές που ασκούνται κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης των συμβάσεων του παρόντος, συμβάσεων παραχωρήσεων, καθώς και τροποποίησης αυτών, με εκτιμώμενη αξία έως και εκατό χιλιάδες (100.000) ευρώ, και ανεξάρτητα από τη φύση τους, εξετάζονται από μονομελές Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ, ενώ όταν η εκτιμώμενη αξία υπερβαίνει τις εκατό χιλιάδες (100.000) ευρώ, εξετάζονται από τριμελές Κλιμάκιο της. Κατ' εξαίρεση, οι προδικαστικές προσφυγές εξετάζονται από επταμελές Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ, όταν πρόκειται για υπόθεση μεγάλης σπουδαιότητας ή προκειμένου να αποφευχθεί ο κίνδυνος έκδοσης αντιφατικών αποφάσεων»*. Συναφώς το άρθρο 353 παρ. 1 ορίζει ότι *«Η ΑΕΠΠ συνεδριάζει σε δέκα (10) κλιμάκια, αποτελούμενα το καθένα από τρία μέλη της ΑΕΠΠ. Κάθε κλιμάκιο συνεδριάζει*

ύστερα από πρόσκληση του μέλους που ασκεί καθήκοντα Προέδρου. Στην πρόσκληση περιλαμβάνονται η ημερομηνία, η ώρα και οι προς συζήτηση προδικαστικές προσφυγές που έχουν ανατεθεί σε αυτό κατά τη διαδικασία που προβλέπεται στον Κανονισμό Λειτουργίας της ΑΕΠΠ του άρθρου 355».

7. Επειδή, κρίσιμος χρόνος για την αποκρυστάλλωση του οικείου θεσμικού πλαισίου διενέργειας της διαγωνιστικής διαδικασίας είναι η ημερομηνία δημοσίευσης της οικείας διακήρυξης κατά την πάγια νομολογία των Ελληνικών Δικαστηρίων (πρβλ. ενδεικτικά ΔΕφΑθ 329/2019, ΣΤΕ 111/2003 ΕΑ ΣΤΕ 800/2008 και σχετικές σκέψεις και δη ως προς συμπληρωματικές συμβάσεις σε Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική, Νομική Βιβλιοθήκη, 2019 «Ζητήματα Διαχρονικού δικαίου στον Ν. 4412/2016», Νικόλαος Νικολάκης, σελ 57- 62). Εν προκειμένω, ημερομηνία δημοσίευσης είναι η ημερομηνία ανάρτησης στο ΚΗΜΔΗΣ. Στο ίδιο πλαίσιο προβληματικής και δη των τροποποιήσεων που επήλθαν στον ν. 4412/2016 με το ν. 4782/2021 λίαν προσφάτως εκρίθη (ΔΕφΠειρ 82/2021) ότι οι επελθούσες τροποποιήσεις στον ν. 4412/2016 που επήλθαν με τον ν. 4782/2021 δεν καταλαμβάνουν τις εκκρεμούσες διαγωνιστικές διαδικασίες και τούτο προεχόντως λόγω της παντελούς έλλειψης μεταβατικών διατάξεων στο εν λόγω νομοθέτημα (ΕΑ ΣΤΕ 1904/2020 και 129/2008).

8. Επειδή, η παράβαση ουσιώδους τύπου και η αναρμοδιότητα αφορούν την εξωτερική νομιμότητα της διοικητικής πράξης (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμο 2, 14η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2011, σελ. 124-128). Η έννοια, δε, της αρμοδιότητας είναι άμεση απόρροια της αρχής της νομιμότητας, δεδομένου ότι η Διοίκηση οφείλει ή μπορεί να προβαίνει μόνο στις ενέργειες που προβλέπονται ή επιτρέπονται από τους κανόνες δικαίου που τη διέπουν και, συνεπώς, τα διοικητικά όργανα μπορούν να εκδίδουν νομίμως διοικητικές πράξεις (ΣΤΕ 2006/1965, 1602/1987) ή να προβαίνουν σε προπαρασκευαστικές πράξεις (απλές γνώμες ή προτάσεις) ή να συνάπτουν συμβάσεις ή να προβαίνουν σε υλικές ενέργειες, μόνον εφόσον έχουν σχετική αρμοδιότητα (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμο 1, 15η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 129).

9. Επειδή, στα πλαίσια, της διάκρισης της αρμοδιότητας των διοικητικών οργάνων εμπεριέχεται η καθ' ύλην αρμοδιότητα, η οποία συνίσταται στον καθορισμό του αντικειμένου της δραστηριότητας του διοικητικού οργάνου, δηλαδή των θεμάτων που μπορεί να ρυθμίσει με τις διοικητικές πράξεις που εκδίδει, και στη ρύθμιση των οποίων μπορεί ή πρέπει να συμβάλει. Η καθ' ύλην αρμοδιότητα είναι νοητή σε συνδυασμό με την ένταξη του οργάνου σε συγκεκριμένο δημόσιο νομικό πρόσωπο, του οποίου διατυπώνει τη βούληση και σε σχέση με το οποίο το όργανο αναπτύσσει τη δραστηριότητά του. Στην περίπτωση των διοικητικών οργάνων του Κράτους, η καθ' ύλην αρμοδιότητα μπορεί καταρχήν να νοηθεί μέσα στο ευρύ πλαίσιο ενός ολόκληρου τομέα της κρατικής δραστηριότητας που ασκείται από μία ευρεία οργανωτική ενότητα, συνήθως ένα υπουργείο, και περιλαμβάνει περισσότερα διοικητικά όργανα ή υπηρεσιακούς σχηματισμούς σε επάλληλη ιεραρχική εξάρτηση. Με την έννοια αυτή, η καθ' ύλην αρμοδιότητα καλείται «κατά κλάδον αρμοδιότητα». Μέσα σε κάθε κλάδο, η καθ' ύλην αρμοδιότητα έχει πιο εξειδικευμένη μορφή. Στην έννοια της καθ' ύλην αρμοδιότητας περιλαμβάνεται και το περιεχόμενο της ρύθμισης, την οποία καθορίζει το διοικητικό όργανο με τον κανόνα δικαίου που θεσπίζει η πράξη την οποία εκδίδει. Χαρακτηριστικές, δε, διατάξεις που καθορίζουν την εξειδικευμένη καθ' ύλην αρμοδιότητα είναι, ως προαναφέρθηκε, οι διατάξεις του οργανισμού κάθε υπουργείου (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμο 1, 15^η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 130).

10. Επειδή, από την επισκόπηση του φάκελου κρίνονται τα κάτωθι. Σύμφωνα με την ανάλυση που προηγήθηκε η εν λόγω προσφυγή αναρμοδίως χρεώθηκε στο κρίνον Μονομελές Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ. Τούτο, διότι ναι μεν ο νόμος 4782/2021 ορίζει ότι τροποποιημένη διάταξη του άρθρου 365 παρ. 1 περί καθ' ύλην αρμοδιότητας του Μονομελούς Κλιμακίου της ΑΕΠΠ άρχεται να ισχύει από 01/06/2021 πλην όμως κατά την προδιαλήφθαισα θεωρία και πρόσφατη νομολογιακή προσέγγιση, αυτονοήτως κρίνεται ότι η αυθεντική ερμηνεία της εν λόγω διατάξεις συνίσταται στο ότι καταλαμβάνει εκείνες τις περιπτώσεις όπου η διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά την 01/06/2021 και όχι προγενέστερες ως εν προκειμένω συντρέχει (29/03/2021). Τούτη η κρίση, επιρρωνύεται έτι

περαιτέρω, από τα κριθέντα στην υπ' αριθ. 82/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς όπου αν και η αφορώσα την εκεί διοικητική και δικαστική διένεξη τροποποιημένη διάταξη του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 οριζόταν στον ν. 4782/2021 άρχεται να ισχύει από 09/03/2021 (ήτοι την ημερομηνία που δημοσιεύτηκε στο ΦΕΚ ο νόμος 4782/2021 και όχι από μεταγενέστερο χρονικό διάστημα ήτοι την 01/06/2021 ως εν προκειμένω συντρέχει για την επίμαχη διάταξη 365 παρ. 1), εντούτοις και πάλι ο διοικητικός δικαστής δεν απεδέχθη ως σύνομη την εφαρμογή της τροποποιηθείσας διάταξης σε εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες και εν προκειμένω αυτές που προκηρύχτηκαν πριν την 01/06/2021. Εξάλλου και κατά το χρονικό διάστημα εκκίνησης της λειτουργίας της ΑΕΠΠ ρητώς οριζόταν ότι «Η διάταξη του άρθρου 379 παρ. 7 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «7. Οι διατάξεις του Βιβλίου IV (άρθρα 345 έως 374) διέπουν τις διαφορές που αναφύονται από πράξεις ή παραλείψεις, οι οποίες εκδίδονται ή συντελούνται από αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς, στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης σύμβασης, η οποία εκκινεί, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 61, 120, 290 και 330 του παρόντος...».

11. Επειδή, κατά τα προλεχθέντα η υπό κρίση προσφυγή κρίνεται, ότι είναι εξεταστέα από Τριμελές Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ και όχι από Μονομελές ως χρεώθηκε από τον Πρόεδρο της ΑΕΠΠ.

12. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η εξέταση της κρινόμενης προσφυγής πρέπει να καταργηθεί λόγω καθ' ύλη αναρμοδιότητας του κρίνοντος Μονομελούς Κλιμακίου, η οποία σε κάθε περίπτωση λεκτέο, είναι ότι δεν συνιστά απότοκο ενεργειών ούτε εμπίπτει εντός του πεδίου των ορίων ευθύνης, ούτε της αναθέτουσας αρχής ούτε της προσφεύγουσας.

Για τους λόγους αυτούς

Κηρύσσει εαυτόν αναρμόδιο για την εξέταση της προσφυγής με ΓΑΚ 1255/2021 λόγω καθ' ύλη αναρμοδιότητας.

Αναπέμπει την οικεία προσφυγή στον Πρόεδρο της ΑΕΠΠ για τις νόμιμες ενέργειες του.

Αριθμός Απόφασης: 1204/2021

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 9 Ιουλίου 2021 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Μιχαήλ Οικονόμου

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Παναγιώτα Καλαντζή