

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

7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 25 Νοεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Μιχάλης Σειραδάκης-Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη-Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου Μέλη.

Για να εξετάσει την από 17.10.2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1266/17.10.2019 «προδικαστική προσφυγή» του οικονομικού φορέα με την επωνυμία « ...», που εδρεύει στην Πάτρα, επί της οδού Πανεπιστημίου 177 (εφεξής προσφεύγων), νομίμως εκπροσωπούμενου.

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

Του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.» που εδρεύει ...(εφεξής παρεμβαίνων), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Ο προσφεύγων αιτείται: να ακυρωθεί, άλλως εξαφανιστεί, άλλως μεταρρυθμιστεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 386/27-09-2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., με την οποία α) έγινε δεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «.... ... ΚΑΙ ΥΙΟΙ ΟΕ» για το σύνολο της Υπηρεσίας (Τμήμα Υπηρεσίας 1 και Τμήμα Υπηρεσίας 2), κρίνοντας ότι αυτή είναι σύμφωνη με τους όρους της υπ'αριθμ. 507/19-06-2019 προκήρυξης και της υπ' αριθμ. 05/2019 μελέτης του Τμήματος Σχεδιασμού, Μελετών και Ελέγχου της Δ/σης Καθαριότητας, Ανακύκλωσης και Μηχανολογικού Εξοπλισμού, β) εγκρίθηκε το από 29-07-2019 (ηλεκτρονική αποσφράγιση και δικαιολόγηση δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικής προσφοράς) πρακτικό του Γνωμοδοτικού Οργάνου (επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού και αξιολόγησης προσφορών του άρθρου 21 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) της Δ/σης Καθαριότητας, Ανακύκλωσης και Μηχανολογικού Εξοπλισμού, γ) απερρίφθη η

προσφορά του για το σύνολο της Υπηρεσίας (Τμήμα Υπηρεσίας 1 και Τμήμα Υπηρεσίας 2), και δ) εγκρίθηκε το από 20-08-2019 (ηλεκτρονική αποσφράγιση και δικαιολόγηση δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικής προσφοράς) πρακτικό του ως άνω Γνωμοδοτικού Οργάνου, και ως εκ τούτων προσωρινός ανάδοχος για το σύνολο των Υπηρεσιών αναδείχθηκε ο ήδη παρεμβαίνων.

Ο παρεμβαίνων αιτείται τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης και εγείρει ένσταση απαραδέκτου της υπό εξέταση « προδικαστικής προσφυγής» βάσει του άρθρου 345 του ν. 4412/2016.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή με την με αρ. πρωτ. 507/19.06.2019 Διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ηλεκτρονικό δημόσιο διαγωνισμό για την ανάθεση υπηρεσιών «ΜΕΤΑΤΡΟΠΗΣ ΚΑΙ ΤΟΠΟΘΕΤΗΣΗΣ ΚΑΤΑΛΛΗΛΟΥ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΥΠΕΡΚΑΤΑΣΚΕΥΗΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΜΕΤΑΤΡΟΠΗ ΟΧΗΜΑΤΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ... CPV:...(ΕΣΗΔΗΣ ...)». Η εν λόγω διακήρυξη απαρτίζεται από δύο τμήματα (βλ. σελ. 6-7 της διακήρυξης): Τμήμα Υπηρεσίας 1 : Μετατροπή οχήματος σε φορτηγό όχημα, χωρίς ανατροπή, που στο πίσω μέρος θα φέρει υδραυλική πόρτα ανυψωτικής ικανότητας τουλάχιστον 2.000 κιλών (2,0 τόνων). Η εκτιμώμενη αξία του εν λόγω τμήματος ανέρχεται στο ποσό των 32.500,00 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24 % (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: € 26.209,68 ευρώ. ΦΠΑ 24% : 6.290,32 ευρώ). Τμήμα Υπηρεσίας 2 : Μετατροπή οχήματος σε φορτηγό ανατρεπόμενο ωφέλιμης μάζας μεγαλύτερης ή ίσης των 9.000,00 Kg και μέγιστης αποδεκτής μάζας φορτωμένου οχήματος ίσης με 18.000,00 Kg. Η εκτιμώμενη αξία του εν λόγω τμήματος ανέρχεται στο ποσό των 37.500,00 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24 % (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: € 30.241,94 ευρώ. ΦΠΑ 24% : 7.258,06 ευρώ.) Προσφορές υποβάλλονται για το κάθε ένα

ξεχωριστά από τα δύο τμήματα της παρούσας υπηρεσίας ή και για το σύνολο της υπηρεσίας (μετατροπή – εγκατάσταση κατάλληλης υπερκατασκευής, Τμήμα Υπηρεσίας 1 και Τμήμα Υπηρεσίας 2). Η συνολική (Τμήμα Υπηρεσίας 1 + Τμήμα Υπηρεσίας 2) εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 70.000,00 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24 % (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: € 56.451,61 ευρώ. ΦΠΑ 24% : 13.548,39 ευρώ). Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε δώδεκα (12) μήνες.

2. Επειδή έχει καταβληθεί και πληρωθεί e-παραβόλο ύψους 600,00 ευρώ [βλ. εκτύπωση από τη Γενική Γραμματεία Πληροφοριακών Συστημάτων (ΓΓΠΣ) του Υπουργείου Οικονομικών του ηλεκτρονικού παραβόλου με κωδικό ... που εκδόθηκε για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής και αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής του εν λόγω παραβόλου, ημερομηνίας 16.10.2019 της ΕΘΝΙΚΗΣ ΤΡΑΠΕΖΑΣ).

3. Επειδή, σύμφωνα με το Βιβλίο IV «ΕΝΝΟΜΗ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΚΑΤΑ ΤΗ ΣΥΝΑΨΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ», ΤΙΤΛΟΣ 1 «ΠΕΔΙΟ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ», άρθρο 345 «Πεδίο εφαρμογής» ορίζεται: «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...».

4. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 6 «Μέθοδοι υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (άρθρο 5 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν.4412/2016 παρ. 1 περ. 3)», ορίζεται «1. Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς ΦΠΑ, όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαίρεσης ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης. ..., 8. Όταν προτεινόμενο έργο ή προτεινόμενη

παροχή υπηρεσιών μπορεί να οδηγήσει σε ανάθεση συμβάσεων υπό τη μορφή χωριστών τμημάτων, λαμβάνεται υπόψη η συνολική εκτιμώμενη αξία όλων αυτών των τμημάτων. 11. Όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών ή υπηρεσιών οι οποίες έχουν περιοδικό χαρακτήρα ή οι οποίες προβλέπεται να ανανεωθούν μέσα σε συγκεκριμένο χρονικό διάστημα, λαμβάνεται ως βάση για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης: α) είτε η συνολική πραγματική αξία των διαδοχικών συμβάσεων του ίδιου τύπου οι οποίες συνήφθησαν κατά το προηγούμενο δωδεκάμηνο ή οικονομικό έτος, αναπροσαρμοσμένη, ει δυνατόν, προκειμένου να ληφθούν υπόψη ενδεχόμενες μεταβολές ως προς τις ποσότητες ή την αξία τους κατά τους δώδεκα μήνες που έπονται της αρχικής σύμβασης...».

5. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, κοινοποίησε στις 18.10.2019, την υπό εξέταση «προδικαστική προσφυγή» σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ, στις 25.10.2019, τις οικείες απόψεις της, ομοίως εμπροθέσμως, σε συνέχεια της με αρ. 1612/18.10.2019 Πράξης του Προέδρου του Κλιμακίου.

6. Επειδή, ο παρεμβαίνων κατέθεσε την παρέμβαση του στην «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 25.10.2019, ήτοι εντός της εκ του νόμου προβλεπόμενης προθεσμίας.

7. Επειδή, η προδικαστική προσφυγή, δέον να ασκείται κατά τις νόμιμες διατυπώσεις και προϋποθέσεις του παραδεκτού που ισχύουν δυνάμει των διατάξεων των άρθρων 345 και 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, ομοίως και οι ασκηθείσες παρεμβάσεις δυνάμει του άρθρου 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, οι προϋποθέσεις του παραδεκτού της άσκησης της ενώπιον της ΑΕΠΠ προδικαστικής προσφυγής, μεταξύ των οποίων η καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της, θα πρέπει να πληρούνται σωρευτικά (βλ. σχετικά Αποφάσεις ΑΕΠΠ 97/2017, 553/2018 και

ΣΤΕ 2080/2016). Εν προκειμένω, η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ως εκ του αντικειμένου της και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει μεν στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, ωστόσο, ως αναλυτικά εκτέθηκε στη σκέψη 1 της παρούσας, η συνολική εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των € 56.451,61 ευρώ, δηλαδή υπολείπεται του εκ νόμου προβλεπόμενου ποσού, βάσει του άρθρου 345 παρ. 1 του ν. 4412/2016, υπολογιζόμενου κατά τις διατάξεις του άρθρου 6 του ίδιου νόμου. Δηλαδή, η υπό εξέταση τιτλοφορούμενη «Προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ», δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, αλλά αποτελεί «ένσταση» του άρθρου 127 που ασκείται κατά τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων με εκτιμώμενη αξία κατώτερη ή ίση των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ (χωρίς Φ.Π.Α) και ασκείται ενώπιον της αναθέτουσας αρχής. Επομένως, η υπό εξέταση «προδικαστική προσφυγή», ασκείται απαραδέκτως και πρέπει να απορριφθεί. Η Εισηγήτρια, διατύπωσε την κάτωθι ειδική γνώμη *«Δυνάμει, των διατάξεων του άρθρου 12 παρ. 1 του ΠΔ 38/2017 «Κανονισμός Λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» ορίζεται ότι: «Για τα θέματα που δεν ρυθμίζονται με ειδικότερες διατάξεις στον παρόντα Κανονισμό, εφαρμόζονται επικουρικά οι διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, όπως ισχύει», περαιτέρω, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 25 του ως άνω Κώδικα με τίτλο «Ειδική διοικητική προσφυγή – Ενδικοφανής προσφυγή» ορίζεται ότι: «3. Αν αρμόδιο να αποφανθεί για την ειδική διοικητική, ή την ενδικοφανή, προσφυγή είναι άλλο διοικητικό όργανο, εκείνο στο οποίο αυτή κατατέθηκε οφείλει να τη διαβιβάσει στο αρμόδιο όργανο το αργότερο μέσα σε πέντε (5) ημέρες». Επομένως, δοθέντος ότι, δεν υφίσταται ειδική πρόβλεψη στο ν. 4412/2016, ούτε στα κατ' εξουσιοδότηση του εκδοθέντα Π.Δ/τα, για περιπτώσεις όπως η παρούσα, ήτοι άσκησης προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, ενώ, θα έπρεπε να ασκηθεί η ένσταση του άρθρου 127 ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, τουναντίον υφίσταται ρητή πρόβλεψη περί εφαρμογής του ΚΔΔσίας, ήτοι διαβίβασης του οικείου φακέλου στο αρμόδιο όργανο εντός 5μερης προθεσμίας, η οποία προθεσμία ωστόσο, δεν είναι αποκλειστική*

καθόσον δεν ορίζεται ρητά ως τέτοια, η ΑΕΠΠ στερείται καθ' ύλην αρμοδιότητας, ωστόσο, η υπόθεση όφειλε να αναπεμφθεί, κατά τα ως άνω (βλ. το από 19.11.2019 έγγραφο της εισηγήτριας που αποτελεί στοιχείο του φακέλου). Η εν λόγω νομική άποψη, επιρρωνύεται και από τα κάτωθι: η έννοια της αρμοδιότητας είναι άμεση απόρροια της αρχής της νομιμότητας, δεδομένου ότι η Διοίκηση οφείλει και μπορεί να προβαίνει μόνο στις ενέργειες που προβλέπονται ή επιτρέπονται από τους κανόνες δικαίου που τη διέπουν, ήτοι τα διοικητικά όργανα μπορούν να εκδίδουν νομίμως διοικητικές πράξεις, μόνο εφόσον έχουν σχετική αρμοδιότητα (ΣΕ 2006/1965, 1602/1987), παράλληλα, βάσει της αρχής της χρηστής διοίκησης, τα διοικητικά όργανα οφείλουν να ασκούν τις αρμοδιότητές τους σύμφωνα με το αίσθημα δικαίου, ώστε κατά την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων να αποφεύγονται οι απλώς δογματικές ερμηνευτικές εκδοχές. Εν προκειμένω, η διακήρυξη στο άρθρο 3.4 αυτής, ρητά προβλέπει την ενώπιον της ΑΕΠΠ διαδικασία, όπου δύναται ενδεχομένως στο πλαίσιο εφαρμογής της αρχής της τυπικότητας που διέπει τις διαγωνιστικές διαδικασίες, να επιφέρει ακόμη και τον μέσο επιμελή υποψήφιο, σε καθεστώς πλάνης περί τω δίκαιο, ανεξαρτήτως εφαρμογής των αναγραφόμενων στην επόμενη σκέψη.».

Συνεπώς, η υπό κρίση «προδικαστική προσφυγή» κρίνεται απορριπτέα λόγω έλλειψης καθ' ύλην αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ.

8. Επειδή, οι διατάξεις που προβλέπουν την Προδικαστική Προσφυγή, αφενός, χαρακτηρίζονται ως «δικονομικές» και, αφετέρου, απευθύνονται σε μικρό κύκλο αποδεκτών, που οφείλουν να τις γνωρίζουν ενόψει της ιδιαιτερότητας του αντικειμένου, ως εκ τούτου, έχουν άμεση εφαρμογή και επομένως, ανεξαρτήτως ρητής και εξαντλητικής αναφοράς των σχετικών προϋποθέσεων παραδεκτού στην οικεία Διακήρυξη (βλ. σχετ. ΣτΕ Ολ 876/2013 και μεταξύ άλλων την με αρ. 912/2019 Απόφαση ΑΕΠΠ).

9. Επειδή, δυνάμει του υπ' αριθμ. 125/20.11.2019 Πρακτικού Αναπομπής του Προέδρου του 7^{ου} Κλιμακίου, το οποίο πρωτοκολλήθηκε στο Γραφείο Προέδρου της Αρχής αυθημερόν, ο τελευταίος εισηγήθηκε προς τον Πρόεδρο της Αρχής την εκ μέρους του ανάκληση της χρέωσης του φακέλου της ως άνω

προδικαστικής προσφυγής που χρεώθηκε στο 7^ο Κλιμάκιο, την ενημέρωση της αρμόδιας αναθέτουσας αρχής καθώς και του οικονομικού φορέα άμεσα, και την επιστροφή του παραβόλου προκειμένου ο οικονομικός φορέας να μην στερηθεί ενδεχομένως έννομης προστασίας, όπως αναλυτικά αναφέρεται στο εν λόγω Πρακτικό. Ωστόσο, ο Πρόεδρος της Αρχής, δυνάμει της με αριθμό πρωτοκόλλου οίκοθεν 829/12.12.2019 Πράξης του, με θέμα: «Ανάκληση χρέωσης της προδικαστικής προσφυγής με Γενικό Αριθμό κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1266/17.10.2019 και Πρακτικό Αναπομπής με αριθμό 125/20.11.2019 του Πορέδρου του 7^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ», η οποία παρελήφθη αυτοπροσώπως από τον Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου αυθημερόν, απηύθυνε προς τον τελευταίο παράκληση για τη συνέχιση της προβλεπόμενης διαδικασίας, αναφορικά με την προδικαστική προσφυγή του θέματος, σύμφωνα με όσα αναλυτικά αναφέρονται στο κείμενο της ανωτέρω Πράξης του και η οποία αποτελεί περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου της υπόθεσης.

10. Επειδή, σε κάθε περίπτωση οι προβαλλόμενοι από τον Προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης, περί υπάρξεως πλημμελειών κατά τη διοικητική διαδικασία ή περί παράβασης νόμου, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, ανάγονται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής.

11. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, παρέλκει, η εξέταση της ασκηθείσας παρέμβασης, καθόσον σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4412/2016 αναφορικά με την ενώπιον της ΑΕΠΠ άσκηση παρέμβασης, σαφώς αναγράφεται ότι ασκείται για τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης, αποσκοπεί ειδικότερα, στην απόκρουση της Προδικαστικής Προσφυγής και των λόγων που προβάλλονται με αυτήν.

12. Επειδή, η ασκηθείσα παρέμβαση δεν εξετάζεται περαιτέρω ως προς την ουσία της.

13. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή κατά το σκεπτικό.

Δεν εξετάζει την ασκηθείσα παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 25 Νοεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στις 16 Δεκεμβρίου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μιχάλης Π. Σειραδάκης

Ελένη Χούλη