

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
ΜΟΝΟΜΕΛΕΣ ΚΛΙΜΑΚΙΟ

**[(άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο
136 του ν. 4782/2021 (36 Α)]**

Συνήλθε στις 21 Δεκεμβρίου 2021 υπό την Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη, Μέλος ΑΕΠΠ κατόπιν της με αρ. 2814/2021 Πράξης.

Για να εξετάσει την από 12.11.2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/ 2125/15-11-2021 του Οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στη, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του, (εφεξής αναθέτουσα αρχή), νομίμως εκπροσωπούμενης και

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

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη με αρ. 388/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής τουεκδοθείσα στο πλαίσιο του ηλεκτρονικού διαγωνισμού με Συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ και με αντικείμενο τηνκατά το μέρος ανάδειξης του ήδη παρεμβαίνοντος ως προσωρινού αναδόχου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί, επάραβολο, ύψους 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό).

2. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά Απόφασης που εκδόθηκε στο πλαίσιο της με αρ. πρωτ.Διακήρυξης για την προμήθεια για τις ανάγκες του Δήμου, προϋπολογισθείσας συνολικής δαπάνης πενήντα εννέα χιλιάδων εννιακοσίων ενενήντα τεσσάρων Ευρώ και ενενήντα τέσσερα λεπτά (59.994,94 €) πλέον Φ.Π.Α. 24% (βλ. σελ. 55 της διακήρυξης), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής.

3. Επειδή, σύμφωνα με το ΒΙΒΛΙΟ IV ΕΝΝΟΜΗ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΚΑΤΑ ΤΗ ΣΥΝΑΨΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ, ΤΙΤΛΟΣ 1, άρθρο 345 « Πεδίο εφαρμογής» του ν. 4412/2016 ως ισχύει, κατά πάντα κρίσιμο χρόνο, 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 127 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει με τίτλο «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» ορίζεται: «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 άσκησής της είναι πέντε (5) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα ή από τη συντέλεση της παράλειψης. Η ένσταση κατά της διακήρυξης ή της πρόσκλησης υποβάλλεται σε προθεσμία που εκτείνεται μέχρι το ήμισυ του χρονικού διαστήματος από τη δημοσίευση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ ή την αποστολή της πρόσκλησης, κατά περίπτωση, μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. 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. Στην περίπτωση της ένστασης κατά της διακήρυξης ή της πρόσκλησης η αναθέτουσα αρχή αποφασίζει σε κάθε περίπτωση πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Με την άπρακτη πάροδο των ανωτέρω προθεσμιών τεκμαίρεται η απόρριψη της ένστασης.4. Η προθεσμία για την άσκηση ένστασης της παραγράφου 1 και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης. Κατά τα λοιπά, η άσκηση της ένστασης δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας. 5. Όποιος έχει έννομο συμφέρον, μπορεί να ζητήσει την αναστολή εκτέλεσης και την ακύρωση της πράξης ή της παράλειψης της Αναθέτουσας Αρχής που εκδίδεται ή συντελείται επί της ένστασης της προηγούμενης παραγράφου, ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου της έδρας της αναθέτουσας αρχής, κατά τα οριζόμενα στο π.δ. 18/1989 (Α' 8). Η άσκηση της ένστασης της παραγράφου 1 αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ενδίκων βοηθημάτων του παρόντος. Πέραν από την ενδικοφανή αυτή προσφυγή δεν χωρεί καμία άλλη τυχόν προβλεπόμενη από γενική διάταξη ενδικοφανής προσφυγή ή ειδική προσφυγή νομιμότητας.

5. 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 (ΑΕΠΠ 1319/2019, 866/2020). 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 (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμο 1, 15η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 130).

6. Επειδή, στις προδιαληφθείσες διατάξεις, όπως ισχύουν, αναγράφεται σαφέστατα ότι στην καθ' ύλην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ εμπίπτουν προσφυγές στο πλαίσιο δημοσίων συμβάσεων με εκτιμώμενη αξία **ανώτερη** των εξήντα χιλιάδων **(60.000) ευρώ χωρίς Φ.Π.Α.** Ωστόσο, όπως προκύπτει από την επισκόπηση των στοιχείων της υπόθεσης, ο προσφεύγων απαραδέκτως έχει, καταθέσει προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, δεδομένου ότι η προυπολογισθείσα αξία της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ υπολείπεται του ποσού των 60.000 ευρώ, κατά παράβαση των ως άνω προδιαληφθεισών οικείων διατάξεων (ΔΕφΠειρ. Ν128/2018), συγκεκριμένα ανέρχεται στο ποσό των πενήντα εννέα χιλιάδων εννιακοσίων ενενήντα τεσσάρων Ευρώ και ενενήντα τέσσερα λεπτά (59.994,94 €) επί πλέον Φ.Π.Α. 24%, δέκα τέσσερις χιλιάδες τριακόσια ενενήντα οκτώ Ευρώ και εβδομήντα εννέα λεπτά (14,398.79 €), σύνολο εβδομήντα τέσσερις χιλιάδες τριακόσια ενενήντα τρία Ευρώ και εβδομήντα τρία λεπτά (74,393.73 €).

7. **Επειδή, δεν μπορεί να γίνεται επιλογή του δικονομικού καθεστώτος επίλυσης της επίδικης διαφοράς διαφορετικού από το νόμιμο** (ΣτΕ ΕΑ 1012/2009, 381/2008, 1130/2007, ΔΕφΑθ 217/2020). Εξάλλου, οι ρυθμίσεις του Βιβλίου IV είναι κοινής, ενιαίας και αποκλειστικής εφαρμογής για κάθε δημόσια σύμβαση εμπίπτουσα στο πεδίο του, αποκλειόμενης της δυνατότητας των αναθετουσών αρχών να θεσπίσουν έτερο πλαίσιο παροχής προδικαστικής προστασίας, πολλώ δε μάλλον να ρυθμίσουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού αυτής ως και τα στάδια της. Περαιτέρω, η αντίθετη άποψη θα αντιστρατευόταν και θα υπονόμει τον ίδιο τον σκοπό ίδρυσης της ΑΕΠΠ και της διαδικασίας περί προδικαστικής προστασίας που θέσπισε το Βιβλίο IV Ν. 4412/2016 (βλ. Αιτιολογική Έκθεση Ν.4412/2016, σελ. 71 «Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts, European Economics and Milieu, European Commission, . 58 - 59).."»). Τα ως άνω μετά των προστατευτέων εννόμων αγαθών για τα οποία θεσπίσθηκε η ενώπιον της ΑΕΠΠ διαδικασία θα διακινδυνεύονταν, μαζί με την όποια πρόδηλη επαγόμενη ανασφάλεια δικαίου, διαχωρισμό του ενιαίου του πλαισίου των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και κατάληψη περιθωρίων καταστρατηγικών συμπεριφορών, αν επαφιόταν στην εκάστοτε αναθέτουσα και

δια της εκάστοτε διακηρύξεως να ορίσει κατ' επιλογή της τους όρους και τις διαδικασίες ασκήσεως της προδικαστικής προσφυγής, διασπώντας την ενότητα της ενώπιον της ΑΕΠΠ διαδικασίας και εισάγοντας έτσι περιπτώσιολογικά νομικά πλαίσια και ατομικού χαρακτήρα δικονομικές διατάξεις ελέγχου των προδικαστικών προσφυγών.

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 άμεσης εφαρμογής ανεξαρτήτως σχετικής ενημέρωσης από την αρμόδια Αρχή κι επομένως ανεξαρτήτως ρητής και εξαντλητικής αναφοράς των σχετικών προϋποθέσεων παραδεκτού στην οικεία διακήρυξη (βλ. σχετ. ΣτΕ Ολ 876/2013). Εξάλλου, στο πλαίσιο των διοικητικών προσφυγών που ασκούνται στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, δεδομένου του μικρό κύκλου αποδεκτών της οικείας νομοθεσίας και της κατ' επάγγελμα κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων ενασχολήσεώς τους με τις διαδικασίες των δημοσίων συμβάσεων, αυτοί οφείλουν να γνωρίζουν τις κρίσιμες διατάξεις (πρβλ. ΟλΣτΕ 876/2013, ΣτΕ 268, 360/2018, 1400, 1595/2016, 3128-3129/2015, 1072, 1985, 1988/2014, 2886/2013, 2315/2013).

9. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ενόψει, της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π και πρέπει να απορριφθεί ως απαραδέκτως ασκηθείσα (ad hoc 1831/2021 Απόφαση ΑΕΠΠ).

10. Επειδή, αντιστοίχως η παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί ως άνευ αντικειμένου.

11. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέβαλε ο προσφεύγων.

12. Επειδή, θα πρέπει να σημειωθεί ότι ουδόλως κωλύεται η αναθέτουσα αρχή

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή

Απορρίπτει την παρέμβαση

Διατάσσει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Δεκεμβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 10.01.2022.

ΤΟ ΜΕΛΟΣ

Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Σάββας Μακρίδης