

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 12 Απριλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ιωάννα Θεμελή και Μαργαρίτα Κανάβα Μέλη.

Για να εξετάσει την από 3-03-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 471/04-03-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο ..., οδός ... και ... γωνία, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την τροποποίηση όρου της Διακήρυξης σχετικά με το Τμήμα 2.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ειρήνη Αποκάρδου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή με την υπ' αριθμ. Πρωτ. .../19-02-2021 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής διακηρύχθηκε ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων για την Προμήθεια φορτηγών οχημάτων και μηχανημάτων έργου, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα προσφορά ανά τμήμα ειδών του διαγωνισμού με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής για τα προσφερόμενα είδη του τμήματος, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 540.000 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 19-2-2021 για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ενώ το πλήρες κείμενο αυτής καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 24-02-2021 (Α.Δ.Α.Μ ...), καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε για το Τμήμα 2 αύξοντα αριθμό συστήματος

3.Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

4.Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 3.03.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 24.02.2021 και β) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από αναθέτουσα αρχή στις 4-03-2021 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθρ. 8 του Π.Δ. 39/2017. Σημειωτέον ότι η προσφεύγουσα άσκησε «ένσταση» απευθυνόμενη στην αναθέτουσα αρχή μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού χωρίς να κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

5. Επειδή στις 12.03.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς κάθε ενδιαφερόμενο στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή με την υπ' αριθμόν 563/2021 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

7. Επειδή η αναθέτουσα αρχή ανάρτησε στις 9.03.2021 μέσω της «Επικοινωνίας» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στην προσφεύγουσα αυθημερόν.

8. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

9. Επειδή, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 363 του Ν. 4412/2016: *«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[...].»*.

10. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται 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 [...]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[...].»*.

11. Επειδή, περαιτέρω, η αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016 αναφέρει τα ακόλουθα: *«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[...] Η Αρχή έχει ως έργο την επίλυση των διαφορών που ανακύπτουν κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης των*

συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών και συμβάσεων παραχώρησης, έπειτα από την άσκηση προδικαστικής προσφυγής[...]. 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 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 αστήρικτων και παρελκυστικών προσφυγών.». 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. Ρητώς και σαφώς σύμφωνα με τις παραπάνω διατάξεις, για την παραδεκτή άσκηση της προδικαστικής προσφυγής επιβάλλεται η καταβολή του νόμιμου ποσού κατά τον χρόνο άσκησής της. Όπως, εξάλλου, παγίως δέχεται η νομολογία, η υποχρέωση καταβολής παραβόλου, ως προϋπόθεση του παραδεκτού ενδίκου βοηθήματος ή μέσου, αποβλέπει στην αποτροπή της ασκήσεως απερίσκεπτων και αστήρικτων ενδίκων βοηθημάτων και μέσων, χάριν της εύρυθμης λειτουργίας των δικαστηρίων και της αποτελεσματικής απονομής της δικαιοσύνης, γι' αυτό και η τύχη του συναρτάται με την έκβαση και τις εν γένει περιστάσεις της δίκης (ΣτΕ 601/2012 Ολομ., 3087/2011 Ολομ., ΣτΕ 1583/2010 Ολομ., 1852/2009 Ολομ., 647/2004 Ολομ.).

12. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με την επίμαχη Διακήρυξη προβλέπεται ότι : «*ΤΜΗΜΑ 2 [...] Καλαθοφόρο όχημα 16m εργασίας τηλεσκοπικού τύπου 1 ΤΕΜ. 105.000,00 [...] ΑΡΘΡΟ 27 : Προδικαστική προσφυγή 27.1 Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του*

ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση και έχει ή είχε 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, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ΒΙΒΛΙΟΥ IV του Ν.4412/16 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, υπό τους όρους και τη διαδικασία που προβλέπουν οι διατάξεις του Ν. 4412/2016 και του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ 64/ Α΄/04-05-2017).

Α. Προδικαστική προσφυγή: [...](2) Για το παραδεκτό της άσκησης, απαιτείται η κατάθεση παραβόλου από τον προσφεύγοντα υπέρ Δημοσίου, το ύψος του οποίου ανέρχεται σε ποσοστό 0,50% της προϋπολογιζόμενης αξίας (χωρίς ΦΠΑ) της σχετικής σύμβασης και δεν μπορεί να είναι μικρότερο των 600,00€ και ανώτερο των 15.000,00€. Το παράβολο κατατίθεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παράγραφο 4 του άρθρου 5 του Π.Δ.39/2017 (ΦΕΚ 64 Α΄ 4-5-2017). Αν ο οικονομικός φορέας υποβάλλει προσφορά 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 [...].».

13. Επειδή, οι σχετικές με το παράβολο διατάξεις, καθ' ο μέρος προβλέπουν ότι, για το παραδεκτό της άσκησης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ απαιτείται το ύψος αυτού αφενός να ανέρχεται σε ποσοστό 0,50 τοις εκατό (0,50%) της προϋπολογισθείσας αξίας (χωρίς Φ.Π.Α.) της σχετικής σύμβασης εφόσον προκύπτει η προϋπολογισθείσα αξία της από τα έγγραφα της σύμβασης, ή επί της αξίας του τμήματος ή των τμημάτων της σύμβασης σχετικά με τα οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, είναι απολύτως σαφείς και δεν είναι αντικειμενικώς ικανές να γεννήσουν αμφιβολίες ούτε ως προς το ελάχιστο ύψος αυτού ούτε ως προς την κατάθεση του με την κατάθεση της προσφυγής, αλλά και ούτε ως προς την επερχόμενη συνέπεια του απαραδέκτου της προσφυγής σε περίπτωση μη πλήρωσης των ανωτέρω (βλ. κατ' αναλογία ΣτΕ Ολ.1583/2010). Τουναντίον παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές

περιεχόμενο τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο (βλ., κατ' αναλογία απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 P, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψη 111). Εξάλλου, 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, ΣτΕ 268, 360/2018, 1400, 1595/2016, 3128- 3129/2015, 1072, 1985, 1988/2014, 2886/2013, 2315/2013).

14. Επειδή, πέραν της σαφήνειας του νομικού πλαισίου κατά τα ανωτέρω, δεν δύναται να δημιουργηθεί αμφισβήτηση ως προς την πληρότητα, την ακρίβεια και τη σαφήνεια των όρων της επίμαχης διακήρυξης ως προς την παροχή έννομης προστασίας η οποία επαναλαμβάνοντας τις οικείες διατάξεις του ν. 4412/2016 και του π.δ/τος 39/2017 παρέχει σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των εν λόγω όρων και λεπτομερειών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο (βλ., ιδίως, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψη 111).

15. Επειδή, άλλωστε, η θέσπιση του παραβόλου συνιστά θεμιτό περιορισμό του δικαιώματος προσωρινής έννομης προστασίας (βλ. ΕΑ 12/2018 Ολομ., 70/2019 Ολομ., ΕΑ ΣτΕ Β' Τμ. 105/2019 86/2018 κ.ά. – πρβλ., a fortiori, ΕΑ 475/2013 Ολομ., 136/2013 Ολομ., 309/2017 πενταμ. κ.ά.). Η δε ορθή καταβολή του αποτελεί εν πάσει περιπτώσει, ευθύνη του προσφεύγοντος (βλ. σχετικά ΣτΕ ΕΑ 27/2015).

16. Επειδή, εν προκειμένω, η καταβολή του νομίμου παραβόλου αποτελεί προϋπόθεση του παραδεκτού για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και συνεπώς αν, κατά τον χρόνο κατάθεσης της προσφυγής, δεν καταβληθεί παράβολο ή καταβληθεί μικρότερο από εκείνο που ορίζεται στο άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και άρθρο 363 του Ν. 4412/2016, η προδικαστική

προσφυγή απορρίπτεται ως απαράδεκτη (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 153/2018, 407/2018, 539/2018, 626/2019).

17. Επειδή, εν προκειμένω, για την άσκηση της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής ουδόλως έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 363 του Ν.4412/2016 και του άρθρου 5 του Π.Δ. 39/2017.

18. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, δεν δύναται να θεωρηθεί ότι η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή υποβλήθηκε παραδεκτώς, χωρίς να θίγεται η αρχή της νομιμότητας. Και τούτο ιδία καθώς η καταβολή παραβόλου, ο υπολογισμός του ορθού ποσού παραβόλου καθώς και η διαδικασία καταβολής του για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ (ποσόν, τρόπος, χρόνος κατάθεσης και απόδειξη καταβολής και είσπραξης του) προβλέπεται ρητά και με σαφήνεια στον νόμο, αποτελεί δε εν πάση περιπτώσει ευθύνη του οικονομικού φορέα ο οποίος οφείλει να επιδεικνύει και την ανάλογη επιμέλεια (ΣτΕ 27/2015, ΔΕφΑθ 269/2018).

19. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, λόγω μη καταβολής του νομίμου κατά άρθρο 363 ν. 4412/2016, παραβόλου (βλ. ΑΕΠΠ 407/2018, 539/2018, 626/2019).

20. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

21. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 12 Απριλίου 2021 και εκδόθηκε στις 15 Απριλίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ**

**Ο Γραμματέας
ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ**