

Η

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

7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 11^η Ιουνίου 2019 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη – Εισηγήτρια και Μιχαήλ Σειραδάκης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 03.05.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/530/06.05.2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής προσφεύγων), που εδρεύει στο..., επί της οδού....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου Μαλεβιζίου Ηρακλείου (εφεξής αναθέτουσα αρχή), νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί και εξαφανιστεί στο σύνολό της, άλλως να ανακληθεί στο σύνολό της η προσβαλλόμενη με αριθ. 104/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Μαλεβιζίου, η οποία εμπεριέχεται στο με αριθ. 12/2019 απόσπασμα πρακτικού της από 24.04.2019 έκτακτης συνεδρίασής της, διά της οποίας αποφασίστηκε: α) η μετάθεση της ημερομηνίας αποσφράγισης των προσφορών που είχε οριστεί σύμφωνα με την Αναλυτική Διακήρυξη του προκείμενου διαγωνισμού, για την Μ. Πέμπτη, 25.04.2019 και ώρα 9:00 π.μ.,

(β) η συνέχιση του ηλεκτρονικού Διαγωνισμού του Δήμου Μαλεβιζίου για τη Ναυαγοσωστική κάλυψη των παραλιών του Δήμου Μαλεβιζίου έτους 2019 με συστημικό αριθμό 72288, (γ) ο καθορισμός νέας ημερομηνίας υποβολής, μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ, της 134423 προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία ...την Πέμπτη 02.05.2019, από 09:00 π.μ. έως 12:00 π.μ., (δ) ο καθορισμός νέας ημερομηνίας και ώρας αποσφράγισης συνολικά όλων των προσφορών των συμμετεχόντων στον ηλεκτρονικό διαγωνισμό του Δήμου Μαλεβιζίου, με συστημικό αριθμό 72288, την Πέμπτη 02.05.2019 και ώρα 13:00, (ε) η αποδοχή από την Επιτροπή Διαγωνισμού του με αριθ. πρωτ. 8431/22.04.2019 φακέλου προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία ...για τον διαγωνισμό «Ναυαγοσωστική κάλυψη παραλιών Δήμου Μαλεβιζίου έτους 2019. Επίσης, ο προσφεύγων αιτείται να αποκλειστεί από την διαγωνιστική διαδικασία ο ανωτέρω οικονομικός φορέας λόγω μη εμπρόθεσμης υποβολής της προσφοράς του ήτοι εντός της αρχικά καθορισθείσας προθεσμίας, οφειλόμενης αποκλειστικά σε υπαιτιότητά του.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, με την με αριθμό 6119/29.03.2019 απόφαση του Αντιδημάρχου Διοικητικών και Οικονομικών Υπηρεσιών του Δήμου Μαλεβιζίου προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με σφραγισμένες προσφορές και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα

από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), για την ανάδειξη αναδόχου για την υπηρεσία «Ναυαγοσωστική κάλυψη παραλιών Δήμου Μαλεβιζίου έτους 2019», με συνολικό ενδεικτικό προϋπολογισμό 104.458,18 € πλέον ΦΠΑ, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 20.04.2019 και ώρα 15:00:00, η οποία εν συνεχεία παρατάθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση έως την 02.05.2019 από 09:00 π.μ έως 12:00 π.μ, για τους λόγους που αναφέρονται αναλυτικά σε αυτήν και ορίσθηκε νέα ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών.

2. Επειδή το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) την 29.03.2019 (ΑΔΑΜ 19PROC004701006) καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. όπου έλαβε συστημικό αριθμό 72288.

3. Επειδή, ο επίμαχος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή, έχει ασκηθεί: α) εμπρόθεσμα, δοθέντος ότι ο προσφεύγων, έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης με αρ. 190/2019 Απόφασης της αναθέτουσας αρχής στις 25.04.2019, ήτοι την ημερομηνία κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή ανάρτησε την προσβαλλόμενη στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, β) με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

5. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί, e-παράβολο, ύψους 522,30 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό

273630410959 0702 0035, αποδεικτικό πληρωμής στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ της 03.05.2019).

6. Επειδή, στις 06.05.2019, η αναθέτουσα αρχή προέβη στην κοινοποίηση της προσφυγής δια του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις με αρ. πρωτ. 9708/09.05.2019 απόψεις της, κατόπιν σχετικής κλήσης της ΑΕΠΠ με την με αρ. πρωτ. 647/06.05.2019 Πράξη της Προέδρου του κρίνοντος Κλιμακίου, στις οποίες περιλαμβάνει και ένσταση απαραδέκτου λόγω μη κατάθεσης εκ μέρους του προσφεύγοντος του νομίμου παραβόλου αναφορικά με το εκ του νόμου απαιτούμενου ελάχιστου ποσού στο οποίο οφείλει να ανέρχεται.

8. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν.4412/2016 ορίζεται : «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 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. [...] 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. [...]».

9. Επειδή, 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. 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)..... 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...[...].».

10. Επειδή, περαιτέρω, η Αιτιολογική Έκθεση του ν. 4412/2016 αναφέρει «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. Πρόκειται για μια δυνατότητα η οποία παρέχεται από το ενωσιακό δίκαιο (άρθρο 2 παρ. 9 της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, όπως αντικαταστάθηκε από το άρθρο 1 παρ. 1 της Οδηγίας 2007/66/ΕΚ) και αξιοποιείται ήδη με επιτυχία σε άλλα κράτη μέλη (Δανία, Εσθονία, Ισπανία, Κροατία, Κύπρος, Μάλτα, Ουγγαρία, Πολωνία, Σλοβακία, Σλοβενία, βλ. *Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts, European Economics and Milieu, European Commission*, σελ. 58 - 59). ... 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.» Για το λόγο αυτό, η θέσπιση του εν λόγω 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.).

11. Επειδή, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται ότι: «*άρθρο 3.4 Προδικαστικές Προσφυγές - Προσωρινή Δικαστική Προστασία* «.....Για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής κατατίθεται παράβολο από τον προσφεύγοντα υπέρ του Δημοσίου, κατά τα ειδικά οριζόμενα στο άρθρο 363 του ν. 4412/2016 στο άρθρο 19 παρ. 1.1 και στο άρθρο 7 της με αριθμ. 56902/215 Υ.Α.». Επομένως, η διακήρυξη ρητά παραπέμπει, μεταξύ άλλων, στο ν. 4412/2016 και εν προκειμένω στο άρθρο 363, κατά τα ως άνω αναλυτικά εκτεθέντα.

12. Επειδή, ο προσφεύγων, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, κατά την κατάθεση της προσφυγής προέβη μεν στη διαδικασία έκδοσης και πληρωμής e-παραβόλου, ωστόσο το ύψος του ανέρχεται σε πεντακόσια είκοσι δύο ευρώ και τριάντα λεπτά (522,30€), το οποίο όμως υπολείπεται του κατώτατου νομίμου ποσού, που ανέρχεται σε 600€ και στηρίζεται στη σαφή διάταξη του άρθρου 363 του ν.4412/2016 (βλ. σχετικά ΣτΕ ΕΑ 27, 29, 235/2015, ΣτΕ 777/2013 Ολομ., 494/2013). Η δε ορθή καταβολή του αποτελεί εν πάσει περιπτώσει, ευθύνη του προσφεύγοντος (βλ. σχετικά ΣτΕ ΕΑ 27/2015).

13. Επειδή, οι σχετικές με το παράβολο διατάξεις, καθ' ο μέρος προβλέπουν ότι, για το παραδεκτό της άσκησης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ 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, σε συνέχεια των ανωτέρω, δεν δύναται να θεωρηθεί ότι η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή υποβλήθηκε παραδεκτώς, χωρίς να θίγεται η αρχή της νομιμότητας ούτε ότι η παραδρομή ως προς τον υπολογισμό του ποσού, συνιστά λόγο που θα μπορούσε να δικαιολογήσει τυχόν εκπρόθεσμη καταβολή του εκ του νόμου οριζόμενου παραβόλου (ΣΤΕ ΕΑ 106/2014), πολλώ δε μάλλον όταν, εν προκειμένω, έχει παρέλθει ήδη σχεδόν τριετία από την εφαρμογή των άνω διατάξεων.

15. Επειδή, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία, οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές, δεν μπορούν να καταστήσουν παραδεκτή την προδικαστική προσφυγή, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής.

16. 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. (πρβλ. ΣΤΕ 2080/2016) και ανεξαρτήτως τυχόν σχετικής ένστασης απαραδέκτου, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ή τυχόν παρεμβαίνοντα. 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, καταβληθεί παράβολο 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 407/2018). Σημειώνεται δε ότι η αναθέτουσα αρχή με τις οικείες απόψεις της επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής τις οποίες ανάρτησε στην 1^η σελίδα του διαδικτυακού τόπου του Διαγωνισμού και οι οποίες κοινοποιήθηκαν και στον προσφεύγοντα κατόπιν του από 04.06.2019 αιτήματος του, προβάλλει ένσταση απαραδέκτου λόγω κατάθεσης ελλιπούς παραβόλου.

17. 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 539/2018).

18. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

19. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

20. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων, ποσού πεντακοσίων είκοσι δύο ευρώ πρέπει να καταπέσει κατά τις διατάξεις του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ/τος 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 11^η Ιουνίου 2019 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου

Σωτηρία Σταματοπούλου