

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Αυγούστου 2020 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση, Πρόεδρος- Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14.07.2020 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Α.Ε.Π.Π. 924/15-07-2020 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην «...», στην οδό «...» αριθ. «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ'άρ. Φ.830/16/4525 με ημερομηνία 9/7/2020 απόφαση του Γενικού Διευθυντή της αναθέτουσας αρχής με την οποία αποφασίστηκε η προσωρινή ανάθεση του συνοπτικού διαγωνισμού για την παροχή υπηρεσιών καθαρισμού των κτηριακών εγκαταστάσεων των χώρων του «...» στην εταιρεία «...» και να ανατεθεί η σχετική σύμβαση στην προσφεύγουσα.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Ευαγγελία Μιχολίτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 ύψους 600,00 € (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...», συνοδευόμενο από το

Αριθμός Απόφασης: 1076 /2020

αποδεικτικό εξόφλησης της «...» με ημερομηνία 14/07/2020 και εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ όπου φαίνεται ως «δεσμευμένο»).

2.Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθ. Πρωτ. «...» Διακήρυξη εκτός ΕΣΗΔΗΣ, προκήρυξε συνοπτικό διαγωνισμό του άρθρου 117 του Νόμου 4412/2016 για την επιλογή αναδόχου παροχής υπηρεσιών καθαρισμού (CPV «...»). Η διάρκεια της σύμβασης ανέρχεται σε δύο (2) έτη από την υπογραφή της κι εφόσον ενεργοποιηθεί το δικαίωμα προαίρεσης (παράταση σύμβασης) θα διαρκέσει έως ένα (1) επιπλέον έτος. Με βάση, δε, το άρθρο 2 της διακήρυξης, η συνολική εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των σαράντα χιλιάδων οχτακοσίων τριάντα επτά ευρώ και πενήντα λεπτών (40.837,50€) συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης, πλέον ΦΠΑ 24%. Συγκεκριμένα, η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 27.000 ευρώ για δύο έτη (13.500,00 για κάθε έτος) χωρίς ΦΠΑ, δηλαδή στο ποσό των 33.480,00 ευρώ (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%) για δύο (2) έτη. Η διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 25-6-2020 και έλαβε ΑΔΑΜ «...». Στον εν λόγω Διαγωνισμό κατόπιν της με αρ. πρωτ. 4134 της 25 Ιουνίου 2020 (ΑΔΑ: «...») ανακοίνωσης πρόσκλησης ενδιαφέροντος, υποβλήθηκαν επτά (7) προσφορές μεταξύ των οποίων και της προσφεύγουσας και με βάση το από 7.07.2020 Πρακτικό Ελέγχου Υποβληθέντων προσφορών για την καθαριότητα των κτιριακών υποδομών και περιβάλλοντα χώρου του «...», η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε την με αρ. Φ.830/16/4525 Σ.823 της 9.07.2020 απόφαση, σύμφωνα με την οποία προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης ανακηρύχθηκε η εταιρεία «...». Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στρέφεται κατά της ως άνω πράξεως της Αναθέτουσας Αρχής, με αίτημα την ακύρωση της, καθ' ο τμήμα κρίνει ως αποδεκτές τις προσφορές των α) «...», β) «...» και γ) «...» και ανακηρύσσει προσωρινή ανάδοχο την πρώτη. Η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 9/07/2020.

3.Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε στις 14.07.2020 με κατάθεση προς την ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή. Συναφώς η ΑΕΠΠ διαβίβασε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου

στις 15.07.2020 την προδικαστική προσφυγή στην αναθέτουσα αρχή και η τελευταία την κοινοποίησε με τον αυτό τρόπο, προς τις τρεις εταιρείες, οι οποίες θίγονται από την τυχόν ευδοκίμησή της προς γνώση τους στις 16.07.2020. Συναφώς με το Φ. 900/85/4828 Σ. 897 της 21.07.2020 έγγραφό της η αναθέτουσα αρχή διαβίβασε αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου τις απόψεις της προς την ΑΕΠΠ, τις οποίες κοινοποίησε προς την προσφεύγουσα ομοίως με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

4.Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 127 του Ν. 4412/2016 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: «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. Επίσης σύμφωνα με τις μεταβατικές διατάξεις της παραγράφου 7 του άρθρου 379 του Ν.4412/2016: «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: α) για τις δημόσιες συμβάσεις γενικών υπηρεσιών και τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών, μετά την 26η Ιουνίου 2017, β) για τις δημόσιες συμβάσεις έργων και τις δημόσιες συμβάσεις εκπόνησης μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, με εκτιμώμενη αξία σύμβασης (χωρίς Φ.Π.Α.) ίση ή ανώτερη από τα κατώτατα όρια των άρθρων 5 και 235 του παρόντος, όπως ισχύουν κάθε φορά, μετά την 1η Ιανουαρίου 2018. Μέχρι τότε οι ως άνω διαφορές συνεχίζουν να διέπονται από τις διατάξεις του ν. 3886/2010 (Α' 173). Τα προηγούμενα εδάφια της παρούσας περίπτωσης εφαρμόζονται και στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων παραχώρησης έργων και υπηρεσιών με εκτιμώμενη αξία σύμβασης ίση ή ανώτερη από το κατώτατο όριο του άρθρου 1 παρ.2 περίπτωση α' του ν. 4413/2016 (Α' 148), όπως ισχύει κάθε φορά, γ) για τις δημόσιες συμβάσεις έργων και τις δημόσιες συμβάσεις εκπόνησης μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, με εκτιμώμενη αξία σύμβασης (χωρίς Φ.Π.Α.) ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ και κατώτερη από τα όρια των άρθρων 5 και 235 του παρόντος, όπως ισχύουν κάθε φορά, μετά την 1η Μαρτίου 2018.».

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). 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, οι διατάξεις του οργανισμού κάθε υπουργείου (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμο 1, 15η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 130).

6.Επειδή, από τις προδιαληφθείσες διατάξεις συνάγεται εναργώς 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. Εν προκειμένω εντούτοις, όπως προκύπτει από την επισκόπηση των στοιχείων της υπόθεσης, η προσφεύγουσα 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).

7. Επειδή, με τη διακήρυξη τίθεται το κανονιστικό πλαίσιο που διέπει το διαγωνισμό, δεν μπορεί όμως να γίνεται επιλογή του οικονομικού 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. Και, ναι μεν το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης δεσμεύει την αναθέτουσα αρχή και τους μετέχοντες στη διαδικασία,

πλην όμως, τούτο προϋποθέτει ότι το περιεχόμενο αυτό αφορά αυτούς καθαυτούς τους όρους της διαδικασίας ανάθεσης, ήτοι ρυθμίζονται ζητήματα που καταρχήν ανάγονται στην αρμοδιότητα της αναθέτουσας να καθορίσει και κυρίως, δεν αφορούν, αλλοιώνουν, δεσμεύουν και τροποποιούν τους όρους άσκησης της ίδιας αρμοδιότητας άλλων διοικητικών αρχών και οργάνων, όπως η ΑΕΠΠ που ουδεμία σχέση έχουν με την αναθέτουσα. 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 κατάλειψη περιθωρίων καταστρατηγικών συμπεριφορών, αν επαφίονταν στην εκάστοτε αναθέτουσα και δια της εκάστοτε διακηρύξεως να ορίσει κατ' επιλογή της τους όρους και τις διαδικασίες άσκησης 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. Σε κάθε περίπτωση, ωστόσο, εν προκειμένω, το άρθρο 20 της διακήρυξης αναφέρεται ρητώς σε ένσταση του άρθρου 127 του Ν. 4412/2016, η οποία δυνάμει της παραγράφου 20.1 υποβάλλεται ενώπιον της αναθέτουσας αρχής. Άλλωστε, εξ αυτού του λόγου με την Φ. 600/8/4161 Σ. 753 της 26 Ιουνίου 2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής συγκροτήθηκε τόσο η Επιτροπή διενέργειας διαγωνισμού όσο και πενταμελής Επιτροπή Ενστάσεων.

8. Επειδή, οι διατάξεις που προβλέπουν την προδικαστική προσφυγή, αφενός, χαρακτηρίζονται ως οιονεί «δικονομικές» και, αφετέρου, απευθύνονται σε μικρό κύκλο αποδεκτών που οφείλουν να τις γνωρίζουν ενόψει της ιδιαιτερότητας του αντικείμενου ως εκ τούτου έχουν άμεσης εφαρμογής

Αριθμός Απόφασης: 1076 /2020

ανεξαρτήτως σχετικής ενημέρωσης από την αρμόδια Αρχή κι επομένως ανεξαρτήτως ρητής και εξαντλητικής αναφοράς των σχετικών προϋποθέσεων παραδεκτού στην οικεία διακήρυξη (βλ. σχετ. ΣτΕΟΛ 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). Εν πάση περιπτώσει οι προϋποθέσεις του παραδεκτού για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, ρυθμίζονται αποκλειστικά από το άρ. 363 Ν. 4412/2016 και το άρ. 5 ΠΔ 39/2017 (ΑΕΠΠ 539/2018), οι, δε, όροι της εν θέματι διακήρυξης αναφέρονται ρητώς σε άσκηση ένστασης του άρθρου 127 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η υπό εξέταση προσφυγή, ενόψει, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης της οικείας διακήρυξης, 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.

10. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο ύψους 600,00€ που κατέβαλε η προσφεύγουσα.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου ύψους 600,00€ με κωδικό

«...».

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 21 Αυγούστου 2020 και εκδόθηκε στις 10 Σεπτεμβρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Ευαγγελία Μιχολίτση

Μαρία Κατσαρού