

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 5 Δεκεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος και Εισηγητής, Αγγελική Πουλοπούλου και Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 3-12-2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1481/3-12-2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της με αρ. πρωτ. 231/2019 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος αφορά την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής του προσφεύγοντος, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έργου για την «ΕΠΙΣΤΡΩΣΗ ΜΕ ΣΥΝΘΕΤΙΚΟ ΤΑΠΗΤΑ (TARTAN) ΣΤΙΒΟΥ ΤΟΥ ΓΗΠΕΔΟΥ», εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 483.870,97 ευρώ, που προκηρύχθηκε με τη με αρ. διακήρυξη, που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 10-7-2019 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη παράβολο με αρ. και ποσού 2.420,00 ευρώ, πληρώθηκε δε δια του από 26/11/2019 εμβάσματος τραπέζης

2. Επειδή, η προκείμενη προσφυγή ασκείται στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έργου που λόγω της εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας της και του χρόνου δημοσίευσης της στο ΚΗΜΔΗΣ, υπάγεται ως διαφορά περί καταπτώσεως εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, συνεπεία πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής στο πλαίσιο της προσυμβατικής διαδικασίας, στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 588 και 589/2018). Ο δε προσφεύγων που ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος, εν τέλει δια της προσβαλλομένης απεκλείσθη λόγω μη προσκόμισης ή προσκόμισης απαραδέκτων και ελλιπών δικαιολογητικών κατακύρωσης και περαιτέρω, αποφασίστηκε εις βάρος του *«Να κινηθεί η διαδικασία για την κατάπτωση της αρ. εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, ποσού 9.678,00€ που εκδόθηκε από το ΤΜΕΔΕ.»*, στρέφεται μετ' εννόμου συμφέροντος δια της εμπρόθεσμα ασκούμενης την 29-11-2019, μετά την από 20-11-2019 κοινοποίηση σε αυτόν της προσβαλλομένης, ειδικώς κατά του τελευταίου αυτού, περί κινήσεως διαδικασίας για την κατάπτωση της ως άνω εγγυητικής, κεφαλαίου της προσβαλλομένης, επικαλούμενος αποκλειστικά μη τήρηση του ουσιώδους τύπου της λήψης γνώμης από το Τεχνικό Συμβούλιο περί της κατάπτωσης της εγγυητικής αυτής. Η αναθέτουσα με τις με αρ. πρωτ. ενώπιον της ΑΕΠΠ Απόψεις της, επικαλείται ότι η προσβαλλομένη είναι προαπαιτούμενη προκειμένου εν συνεχεία να ζητήσει εν συνεχεία τη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου για την κατάπτωση της εγγύησης, την οποία σε κάθε περίπτωση θα λάμβανε προ της κατάπτωσης αυτής, και ότι δεν προχώρησε τη διαδικασία αυτής, ενόψει της αναμονής παρέλευσης της δεκαήμερης προθεσμίας για την άσκηση του δικαιώματος προδικαστικής προσφυγής κατά της νυν προσβαλλομένης. Άρα, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και

να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, κατά τον όρο 15.4 της διακήρυξης, συμφώνως και με το άρ. 72 παρ. 1 περ. α' Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι *«Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, υπέρ του κυρίου του έργου, μετά από γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής και στις περιπτώσεις του άρθρου 4.2 της παρούσας. Η ένσταση του αναδόχου κατά της απόφασεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως»*. Επομένως, σε κάθε περίπτωση συνδρομής των προϋποθέσεων του άρ. 103 παρ. 3-5 Ν. 4412/2016 περί απόρριψης προσφοράς αναδόχου, σε περίπτωση μη προσέλευσης για υπογραφή σύμβασης και απόσυρσης προσφοράς, η εγγυητική συμμετοχής καταπίπτει. Πλην όμως, ειδικώς στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων έργων, όπως εν προκειμένω, ιδρύεται ως ουσιώδης τύπος της διαδικασίας κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής, η λήψη απλής γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου, η οποία ούτως προηγείται της απόφασης περί αυτής της κατάπτωσης. Προφανώς δε, προς κίνηση της διαδικασίας κατάπτωσης κατά τα ανωτέρω και άρα προ της λήψεως της ως άνω γνώμης, απαιτείται η έκδοση εκτελεστής πράξης αποκλεισμού του μετέχοντος και δη επί τη βάσει των περιπτώσεων του άρ. 4.2 της διακήρυξης, ήτοι του άρ. 103 παρ. 3-5 Ν. 4412/2016. Άρα, η πράξη αυτή, ως η προκείμενη προσβαλλομένη συνιστά αναγκαία προϋπόθεση και πρώτο βήμα για την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής. Στην προκείμενη περίπτωση, ο προσφεύγων απεκλείσθη λόγω μη υποβολής παραδεκτών δικαιολογητικών κατακύρωσης, άρα πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρ. 4.2 περ. II και III της διακήρυξης και του άρ. 103 παρ. 4-5 Ν. 4412/2016, ενώ εξάλλου ο προσφεύγων ουδόλως βάλλει κατά του αποκλεισμού του αυτού καθαυτού, ο οποίος ούτως οριστικοποιήθηκε, παρά μόνο βάλλει κατά της κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής του. Βασίμως δε ισχυρίζεται κατά τα ανωτέρω, ότι προ κατάπτωσης της εγγυητικής του, έπρεπε να ληφθεί γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου. Εν προκειμένω πάντως, η προσβαλλομένη δεν αποφασίζει τουλάχιστον με σαφήνεια και κατά το λεκτικό της, αυτή καθαυτή την κατάπτωση, αλλά την «κίνηση της διαδικασίας για την

κατάπτωση» αυτή, συνεπεία της απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος, η κατάπτωση όμως αυτή προϋποθέτει για να επέλθει και εν τέλει να αποφασιστεί την πρότερη γνωμοδότηση του Τεχνικού Συμβουλίου. Περαιτέρω, ναι μεν η αναθέτουσα επικαλείται ότι δεν θα προέβαινε στην κατάπτωση προ της γνωμοδότησης του Τεχνικού Συμβουλίου, πλην όμως το πρώτο βήμα κίνησης της διαδικασίας για την κατάπτωση αυτή μετά την απόρριψη προσφοράς του προσωρινού όπως εν προκειμένω, αναδόχου, συνίσταται κατά τα ανωτέρω στη διαβίβαση της απορριπτικής της προσφοράς του αποφάσεως, όπως η προσβαλλομένη, στο Τεχνικό Συμβούλιο, διαδικασία που συνιστά ουσιώδη τύπο της διαδικασίας που εν προκειμένω και έως τον παρόντα χρόνο έχει παραλειφθεί. Επομένως, η αναθέτουσα μη νομίμως παρέλειψε την τήρηση του ανωτέρω ουσιώδους τύπου διαβίβασης της προσβαλλομένης στο Τεχνικό Συμβούλιο προς λήψη εξ αυτού γνώμης περί της τύχης της εγγυητικής συμμετοχής του προσφεύγοντος. Συνεπώς, καίτοι η ως άνω Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής δεν έκρινε κατά τρόπο με σαφήνεια επαγόμενο άμεσες έννομες συνέπειες το ζήτημα της κατάπτωσης της εγγυητικής, η σε κάθε περίπτωση δι' αυτής διαταγή περί κίνησης της διαδικασίας κατάπτωσης, εκ της οποίας αναφοράς σε «κίνηση διαδικασίας» δεν προκύπτει με ασφάλεια ότι όντως η αναθέτουσα δεν θα ζητούσε, όπως επικαλείται, άνευ ετέρου από τον εκδότη της εγγυητικής την κατάπτωση, αλλά ότι θα διαβίβαζε την υπόθεση στο Τεχνικό Συμβούλιο (με αποτέλεσμα να μην είναι σαφής η έννοια της «κίνησης της διαδικασίας» αυτής, όπως αναφέρεται στην προσβαλλομένη, δηλαδή αν αφορά την εντολή προς τον εκδότη της εγγυητικής ή τη διαβίβαση στο Τεχνικό Συμβούλιο), πρέπει, προς διασφάλιση της διαδικασίας και προστασία του προσφεύγοντος και δεδομένου ότι εν τέλει ουδόλως έως τώρα, έλαβε χώρα τέτοια διαβίβαση στο Τεχνικό Συμβούλιο, να γίνει δεκτό ότι η καθ' ερμηνεία του δικογράφου προσβαλλόμενη παράλειψη τήρησης του ως άνω τύπου και διαδικασίας, ως ουσιώδης προϋπόθεση της (μετά τη δια της προσβαλλομένης απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος) κατάπτωσης, είναι ακυρωτέα κατ' άρ. 367 παρ. 2 δεύτερη περίπτωση Ν. 4412/2016. Κατ' αποτέλεσμα, η υπόθεση είναι αναπεμπτέα στην

αναθέτουσα προς άρση της παράλειψης αυτής με τήρηση της διαδικασίας λήψης γνώμης από το Τεχνικό Συμβούλιο. Εξάλλου, ο προσφεύγων δεν προβάλλει κανένα ισχυρισμό περί του αποκλεισμού του ούτε τον αμφισβητεί ούτε προβάλλει κανένα ισχυρισμό περί της συνδρομής ή μη των ουσιαστικών προϋποθέσεων κατάπτωσης της εγγυητικής αυτής, ισχυρισμοί που πάντως σε κάθε περίπτωση θα δύνανται να προβληθούν κατά της κατόπιν της ως άνω γνώμης Τεχνικού Συμβουλίου, εν τέλει τυχόν απόφασης της αναθέτουσας περί διαταγής της κατάπτωσης αυτής.

4. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή. Να ακυρωθεί η παράλειψη της αναθέτουσας να λάβει τη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου για την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής του προσφεύγοντος. Να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα, προκειμένου αυτή να προβεί σε άρση της ως άνω παράλειψης, με τη λήψη γνώμης από το Τεχνικό Συμβούλιο προ της λήψης απόφασης περί κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής. Σημειώνεται, ότι η άρση της παράλειψης αυτής δεν απαιτεί την έκδοση νέας εκτελεστής πράξης από την Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας προς αντικατάσταση ή κατάργηση της νυν Απόφασης, αλλά αρκεί η περαιτέρω διαβίβαση της υπόθεσης και της νυν Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής, στο Τεχνικό Συμβούλιο με αίτημα λήψης γνώμης σχετικά με την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής του προσφεύγοντος, προκειμένου εν συνεχεία και κατόπιν αυτής, η αναθέτουσα να αποφασίσει εν τέλει περί της κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής.

5. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο ποσού 2.420,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να λάβει γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου περί της κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής του προσφεύγοντος.

Αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα προκειμένου αυτή να προβεί σε άρση της ως άνω παράλειψης, κατά τα οριζόμενα στη σκ. 4 ανωτέρω.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 2.420,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 5 Δεκεμβρίου 2019 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΙΩΤΗ ΠΑΡΑΣΚΕΥΗ