

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 14 Αυγούστου 2020 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση-Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ΑΕΠΠ 894/10-07-2020 Προδικαστική Προσφυγή που υπέβαλε η εταιρεία «...» που εδρεύει στις «...», στην οδό «...», τκ. «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του «...» (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), νομίμως εκπροσωπούμενου και

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη από 29.06.2020 πράξη της Οικονομικής Επιτροπής Δήμου "...", ληφθείσα κατά την 33^η συνεδρίαση αυτής, κατά το μέρος που με αυτήν διατάχθηκε η κατάπτωση του συνόλου της εγγυητικής επιστολής της, αντί να ζητηθεί η κατάπτωση της τελευταίας μόνον κατά το ύψος αυτής που αφορούσε το άρθρο 108 της προσφοράς της, ήτοι μόνον για το ποσό των 817,32 €.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Οικονόμου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 νόμιμο e-παράβολο, ύψους ευρώ 600 ήτοι ειδικότερα, έχει εκδοθεί, πληρωθεί, δεσμευθεί και κατατεθεί e-παράβολο (βλ. παράβολο με αριθμό «...» με αποδεικτικό της τράπεζας «...» της 09/07/2020 περί πληρωμής του ανωτέρω παραβόλου και εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ όπου το παράβολο φέρεται ως «δεσμευμένο» και αναφέρεται ως αυτόματης δέσμευσης).

Αριθμός απόφασης: 996 /2020

39, 40, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 49, 50, 53, 58, 61, 62, 66, 74, 75, 76, 77, 8082, 84, 85, 92, 93, 97, «...» για το σύνολο των ποσοτήτων των άρθρων 5, 6, 42, 48, 57, 63, 67, 69, 70, 71, 72, 73, 89, 90, 94, 95, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, «...» για το σύνολο των ποσοτήτων των άρθρων 68 και 98, «...» για το σύνολο των ποσοτήτων των άρθρων 59, 60 και 79, και η προσφεύγουσα για το σύνολο των ποσοτήτων του άρθρου 108 (ομάδος Ε). Την 24.04.2020 κοινοποιήθηκαν μέσω της πλατφόρμας του ηλεκτρονικού τόπου του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. οι υπ' αριθ. πρωτ. «...»/23.04.2020, «...»/24.04.2020, «...»/23.04.2020, «...»/23.04.2020, «...»/23.04.2020 και «...»/23.04.2020 προσκλήσεις υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης στους προσωρινούς ανάδοχους «...», στην προσφεύγουσα, «...», αντίστοιχα. Συμπληρωματική πρόσκληση απευθύνθηκε προς τους προσωρινούς αναδόχους εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής την 25.05.2020. Με την από 25.06.2020 εισήγησή της η Επιτροπή Διαγωνισμού γνωμοδότησε υπέρ της απόρριψης του φακέλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης της προσφεύγουσας για το άρθρο 108 λόγω μη συμμόρφωσης με τους όρους της παραγράφου 2.2.9.2. της Διακήρυξης (μη προσκόμιση Πιστοποιητικού Πρωτοδικείου περί μη υπαγωγής σε διαδικασία εξυγίανσης, μη απόδειξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, μη προσκόμιση Υπεύθυνης Δήλωσης περί μη μεταβολών νομιμοποιητικών εγγράφων, μη προσκόμιση Υπεύθυνης περί μη έκδοσης δικαστικής ή διοικητικής απόφασης για αθέτηση υποχρεώσεων όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, μη προσκόμιση Υπεύθυνης Δήλωσης περί του ύψους του «γενικού ετήσιου κύκλου εργασιών» κατά έτος), της κατάπτωσης υπέρ της Αναθέτουσας Αρχής της υπ' αριθμ. «...» εγγυητικής συμμετοχής της Τράπεζας «...» που εκδόθηκε υπέρ του οικονομικού Φορέα «...» για το ποσό των 6.731,00 € που αντιστοιχεί σε ποσοστό ένα τοις εκατό της εκτιμώμενης αξίας των άρθρων που υπέβαλε προσφορά και της κατακύρωσης του άρθρου 108, ήτοι Σακούλες, στην «...». Η ως άνω εισήγηση της Επιτροπής Διαγωνισμού έγινε δεκτή με την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή με κατάθεση στις 10.07.2020 στον διαδικτυακό τόπο του

Αριθμός απόφασης: 996 /2020

διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) - ήτοι εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες στις 30/06/2020 μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017 ενώ (η προσφυγή) είναι νομίμως υπογεγραμμένη. Επισημαίνεται ότι η ίδια η προσφεύγουσα κοινοποίησε την προσφυγή στην ΑΕΠΠ αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

5. Επειδή, η προσφυγή ασκήθηκε μετ' εννόμου συμφέροντος δεδομένου ότι βάλλει κατά του ύψους της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας.

6. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 9 παρ. 1 του π.δ 39/2017 κοινοποίησε μέσω της εφαρμογής «επικοινωνία», στις 10.07.2020 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε όλους τους συμμετέχοντες.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ στις 16.07.2020 τις από απόψεις της επί της προσφυγής μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ), τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν με τον αυτό τρόπο στην προσφεύγουσα.

9. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 2.2.2.3 της οικείας Διακήρυξης ορίζεται ότι *«Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 2.2.3 έως 2.2.8, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα από την παρούσα δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης»*. Σύμφωνα με την παρ. 3.2.3 της οικείας Διακήρυξης προβλέπεται ότι *«Απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της Αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας, εάν:ι) κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό*

Αριθμός απόφασης: 996 /2020

Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης, είναι ψευδή ή ανακριβή, ή δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τις παραγράφους 2.2.3. (λόγοι αποκλεισμού), 2.2.4 - 2.2.6 και 2.2.8 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας». Επέκεινα σύμφωνα με την παράγραφο 4 του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγυητική συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται».

10.Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι «Σύμφωνα με το άρθρο 72 ν. 4412/2016 «1. Οι αναθέτουσες αρχές ζητούν από τους προσφέροντες να παράσχουν, κατά περίπτωση, τα ακόλουθα είδη εγγυήσεων: α) «Εγγύηση συμμετοχής», το ύψος της οποίας καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης σε συγκεκριμένο χρηματικό ποσό, αριθμητικώς και ολογράφως σε ευρώ, και δεν μπορεί να υπερβαίνει το 2% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης μη συνυπολογιζόμενων των δικαιωμάτων προαίρεσης και παράτασης της σύμβασης (όπως αντικαταστάθηκε από το άρθρο 43 παρ. 5α του ν. 4605/2019) εκτός ΦΠΑ, με ανάλογη στρογγυλοποίηση. Σε περίπτωση υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα τμήματα της σύμβασης, το ύψος της εγγύησης συμμετοχής υπολογίζεται επί της εκτιμώμενης αξίας, εκτός ΦΠΑ, του/των προσφερομένου/ων τμήματος/τμημάτων...Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής; παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα

Αριθμός απόφασης: 996 /2020

άρθρα 73 έως 78, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης». Σύμφωνα με το άρθρο 103 ν. 4412/2016 «4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομιστεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε». Από την συνδυαστική ερμηνεία και εφαρμογή των ως άνω άρθρων του ν. 4412/2016 προκύπτει ότι (α) σε περίπτωση δυνατότητας υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα τμήματα της σύμβασης, το ύψος της εγγύησης συμμετοχής υπολογίζεται επί της εκτιμώμενης αξίας, εκτός ΦΠΑ, του/των προσφερομένου/ων τμήματος/τμημάτων, (β) σε περίπτωση δε που ο προσφέρων αναδεικνύεται προσωρινός μειοδότης κάποιου επιμέρους τμήματος της υπό ανάθεση σύμβασης, πλην όμως δεν συμμορφώνεται με την υποχρέωση προσήκουσας προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης του συγκεκριμένου τμήματος της υπό ανάθεση σύμβασης, τότε καταπίπτει το μέρος της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής που αντιστοιχεί στον προϋπολογισμό του μέρους της υπό ανάθεση σύμβασης επί του οποίου ο υποψήφιος είχε αναδειχθεί προσωρινός μειοδότης, πλην όμως απεκλείσθη ακολούθως κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από όσα προηγήθηκαν, η εταιρία μας είχε υποβάλει προσφορά για τα άρθρα (Ομάδα Ε) 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, (Ομάδα ΣΤ) άρθρα 112, 113, 114, 115, 116. Αντιστοίχως, υποβάλαμε εγγυητική επιστολή συμμετοχής Τραπέζης «...» (αρ. «...») συνολικού ποσού 6.731 €, αντιστοιχούντος σε ποσοστό 1% του προϋπολογισμού όλων των ως άνω ομάδων. Με το υπ' αριθ. 1^ο/28.02.2020 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, τα δικαιολογητικά συμμετοχής και η Τεχνική Προσφορά της εταιρίας μας κρίθηκαν αποδεκτά ως προς όλα τα

Αριθμός απόφασης: 996 /2020

άρθρα, στα οποία είχαμε δηλώσει συμμετοχή. Με το υπ' αριθμ. 2^ο/19.03.2020 Πρακτικό της Επιτροπής ανεδείχθημεν δε προσωρινοί ανάδοχοι μόνον των προϊόντων του άρθρου 108. Μόνον για το τμήμα αυτό της σύμβασης, προϋπολογισμού 81.732 €, εκλήθημεν να υποβάλουμε δικαιολογητικά κατακυρώσεως και αντιστοίχως μόνον από το τμήμα αυτό της σύμβασης εκρίθη μη προσήκουσα η υποβολή των σχετικών δικαιολογητικών εκ μέρους μας. Αντιστοίχως, η αναθέτουσα αρχή κατά δέσμια αρμοδιότητα όφειλε να διατάξει την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής μας μόνον κατά το ύψος που αντιστοιχεί στο ως άνω τμήμα της υπό ανάθεση σύμβασης, δηλ. μόνον για το ποσό των 817,32€ [(=1% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του άρθρου 108, η οποία - κατά το άρθρο 6 του τεύχους δημοπράτησης Γενική Συγγραφή Υποχρεώσεων ανέρχεται σε 817,32 €, βλ. άρθρο 6 Γενικής Συγγραφής Υποχρεώσεων, σύμφωνα με το οποίο, για τον υπολογισμό της αξίας της εγγυητικής συμμετοχής του ως άνω άρθρου λαμβάνεται υπ' όψιν: «108. ΣΑΚΟΥΛΕΣ ΓΙΑ ΚΑΛΑΘΑΚΙΑ μαύρες ή λευκές από πολυαιθυλένη μαλακή, ανακυκλωμένο υλικό αντοχής, πάχος 0,4 mm, να μην ξεκολλάνε εύκολα, διαστάσεων 45x65 εκ., (μικρές), συσκευασία 10 Kg. 81.732,00 €, αξία εγγυητικής συμμετοχής: 817,32 €)]. Διατάσσοντας, αντιθέτως, την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής μας εν συνόλω, η αναθέτουσα αρχή έσφαλε, καθιστώντας την απόφασή της ακυρωτέα».

11.Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της υποστηρίζει ότι «Ο φάκελος των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου «...», σύμφωνα με το 3^ο Πρακτικό της Επιτροπής ως αυτό εγκρίθηκε με την υπ' αριθ. 788/2020 Πράξη της Οικονομικής Επιτροπής, απορρίφθηκε καθώς δεν καλύπτουν τους όρους της παραγράφου 2.2.9.2. Αποδεικτικά μέσα (Δικαιολογητικά κατακύρωσης) της Διακήρυξης της υπ' αριθ. 82216συστημικής διαδικασίας, δεδομένου ότι ο προσωρινός ανάδοχος δεν προσκόμισε Πιστοποιητικό Πρωτοδικείου ότι δεν έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης, δεν απέδειξε την τεχνική και επαγγελματική της ικανότητα, δεν προσκόμισε Υπεύθυνη Δήλωση ότι τα νομιμοποιητικά έγγραφα σύστασης και νόμιμης εκπροσώπησης εξακολουθούν να ισχύουν κατά την υποβολή τους (η οποία να έχει συνταχθεί μετά την κοινοποίηση της υπ' αριθ. πρωτ. «...»/23.04.2020 πρόσκλησης υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης), δεν προσκόμισε

Αριθμός απόφασης: 996 /2020

Υπεύθυνη Δήλωση ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεών του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης (η οποία να έχει συνταχθεί μετά την κοινοποίηση του υπ' αριθ. πρωτ. 111503/25.05.2020 εγγράφου της Διεύθυνσης Προμηθειών και Αποθηκών) και δεν προσκόμισε Υπεύθυνη Δήλωση περί του ύψους του «γενικού ετήσιου κύκλου εργασιών» κατά έτος (η οποία να έχει συνταχθεί μετά την κοινοποίηση του υπ' αριθ. πρωτ. 111503/25.05.2020 εγγράφου της Διεύθυνσης Προμηθειών & Αποθηκών). Σύμφωνα με την παρ. 2.2.2.3 της οικείας Διακήρυξης: «Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 2.2.3 έως 2.2.8, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα από την παρούσα δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης». Σύμφωνα με την παρ. 3.2.3 της οικείας Διακήρυξης: «Απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της Αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας, εάν: i) κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης, είναι ψευδή ή ανακριβή, ή δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή από τα δικαιολογητικά που προσκομίστηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τις παραγράφους 2.2.3. (λόγοι αποκλεισμού), 2.2.4 - 2.2.6 και 2.2.8 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας». Σύμφωνα με την παράγραφο 4 του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016: "Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγυητική συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον

Αριθμός απόφασης: 996 /2020

συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται. "Επιπλέον, σύμφωνα με την υπ' αριθ. 128/2011 Γνωμοδότηση του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, αναφορικά με το αν η κατάπτωση εγγυήσεως συμμετοχής σε βάρος προσώπου που ανακηρύχτηκε μειοδότης σε σχετικό διαγωνισμό προμήθειας πρέπει να διαταχθεί για το σύνολο της εν λόγω εγγυήσεως ή μόνο για το μέρος αυτής που αντιστοιχεί στα είδη των ομάδων που μειοδότησε το πρόσωπο αυτό: "...η εγγύηση συμμετοχής σε δημόσιο διαγωνισμό προμήθειας αποσκοπεί αφ' ενός στην άμεση και απρόσκοπτη καταβολή στην αναθέτουσα αρχή του ποσού της εγγυητικής επιστολής σε περίπτωση αθετήσεως εκ μέρους εκείνου που μετέχει στο διαγωνισμό των υποχρεώσεων που απορρέουν από τη διακήρυξη και τις σχετικές διατάξεις που διέπουν τη διεξαγωγή του (βλ. ενδ. ΣΤΕ 761/2006 (Ε.Α.), 1116/2007 (Ε.Α.) κ.α.) και αφετέρου στον εξαναγκασμό του μειοδότη στην υπογραφή της συμβάσεως και την ανάληψη υποχρεώσεως εκτελέσεως της σχετικής προμήθειας (πρβλ. Α. Γέροντα: Δίκαιο Δημοσίων Έργων σελ. 675, με περαιτέρω παραπομπές στη νομολογία). Οι διατάξεις δεν παρέχουν διακριτική ευχέρεια στο αρμόδιο για την επιβολή της καταπτώσεως της εγγυήσεως συμμετοχής διοικητικό όργανο να εκτιμήσει την πραγματική κατάσταση και αναλόγως να διατάξει την ολική ή μερική κατάπτωση της εγγυήσεως συμμετοχής του συμμετέχοντος στη διαγωνιστική διαδικασία μειοδότη το αρμόδιο για να διατάξει την κατάπτωση όργανο δεν έχει διακριτική ευχέρεια, να προσαρμόσει το ποσό της καταπτώσεως στην αξία της ομάδας ή των ομάδων ειδών ή των μεμονωμένων ειδών συγκεκριμένης ομάδας, για τα οποία μειοδότησε πρόσωπο που συμμετείχε στη σχετική διαγωνιστική διαδικασία εις βάρος του οποίου πρόκειται να καταπέσει η εγγύηση συμμετοχής, δεδομένου ότι όπως προαναφέρθηκε ούτε από τις διέπουσες από το σχετικό διαγωνισμό διατάξεις ούτε από την οικεία διακήρυξη προκύπτει τέτοια ευχέρεια κατάπτωση της εγγυήσεως συμμετοχής θα πρέπει να διαταχθεί από το αρμόδιο προς τούτο διοικητικό όργανο της αναθέτουσας αρχής για το σύνολο του ποσού της

εγγυήσεως αυτής, ανεξαρτήτως αν ο μειοδότης, από τη συμπεριφορά του οποίου προκλήθηκε η εν λόγω κατάπτωση, μειοδότησε για το σύνολο των ομάδων ειδών που καλύπτει η εγγύηση ή για μεμονωμένες ομάδες ή μεμονωμένα είδη ομάδος. Η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής με πράξη του αρμοδίου διοικητικού οργάνου αποτελεί διοικητική κύρωση και, ως εκ τούτου, υπόκειται στην αρχή της νομιμότητας που πρέπει να διέπει τη δράση των διοικητικών οργάνων. Περαιτέρω, η αρμοδιότητα των διοικητικού οργάνου να επιβάλλει διοικητικές κυρώσεις έχει χαρακτήρα διακριτικής ευχέρειας, όταν οι διατάξεις που καθορίζουν την αρμοδιότητα αυτή επιτρέπουν στο εν λόγω όργανο να προσδιορίσει το ίδιο το ύψος της διοικητικής κυρώσεως που πρέπει να επιβληθεί. Εάν, αντιθέτως, οι οικείες διατάξεις προβλέπουν επιτακτική υποχρέωση του διοικητικού οργάνου για την έκδοση διοικητικής πράξεως συγκεκριμένου περιεχομένου, δεν υπάρχει αρμοδιότητα διακριτικής ευχέρειας, (βλ. Ε. Σπηλιωτόπουλου: Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου 2001 σελ. 158-160). "Τόσο στους ανωτέρω όρους της Διακήρυξης του διαγωνισμού όσο και στις προαναφερθείσες διατάξεις του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ρητά ότι σε περίπτωση απόρριψης προσφοράς ενός προσωρινού αναδόχου επέρχεται υποχρεωτικά, ως κύρωση, η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής του υπέρ της Αναθέτουσας Αρχής. Συνεκτιμώντας όλα τα ανωτέρω, η Επιτροπή εισηγήθηκε την κατάπτωση υπέρ της Αναθέτουσας Αρχής της εγγυητικής συμμετοχής της Τράπεζας «...» που εκδόθηκε υπέρ του οικονομικού φορέα «...» για το ποσό των 6.731,00 €, που αντιστοιχεί σε ποσοστό ένα (1) τοις εκατό της εκτιμώμενης αξίας των άρθρων που υπέβαλε προσφορά, καθώς τόσο οι όροι της Διακήρυξης του διαγωνισμού όσο και οι διατάξεις του Ν. 4412/2016 δεν παρέχουν διακριτική ευχέρεια για την προσαρμογή του ποσού της κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής στην αξία του είδους ή των ειδών για τα οποία ανακηρύχθηκε ως προσωρινός ανάδοχος».

12. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ.

Αριθμός απόφασης: 996 /2020

ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL

ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54).

13. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει, όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 1ος τόμος, 15η έκδοση σελ. 138). Συνεπώς, αν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει – όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια- παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, Ελληνικό διοικητικό δίκαιο, 5η έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ, 1996, σελ. 319).

14. Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης και της αναλογικότητας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191). Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕφΑθ 2098/2013, ΣτΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003, 999/2019).

15. Επειδή, κατά τα ειδικώς κριθέντα, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής συνιστά διοικητική κύρωση, επαγόμενη οικονομική βλάβη και επομένως έννομες συνέπειες εις βάρος οικονομικού φορέα, που επιβάλλεται κατ' αυτού στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημοσίας σύμβασης λόγω της επέλευσης συγκεκριμένων εκ του νόμου και της διακήρυξης προϋποθέσεων (ΣτΕ ΕΑ 608/2007, ΔΕφΠατρ Α7/2018 και Ν29/2016). Επομένως, η απόφαση περί κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής συνιστά εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας, η οποία εκδίδεται επί απορρίψεως της προσφοράς ενός οικονομικού φορέα σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Τούτο προκύπτει και από το συνδυασμό των διατάξεων

Αριθμός απόφασης: 996 /2020

των άρθρων 72, 73, 75, 79, 103 και 104 του Ν. 4412/2016 σύμφωνα με τις οποίες η κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής συνέχεται αναγκαία είτε με αποκλεισμό του οικονομικού φορέα από τη διαγωνιστική διαδικασία λόγω πλημμελειών της προσφοράς του σε σχέση με τους όρους της διακήρυξης, είτε με την εκ μέρους του αποχώρηση από τη διαδικασία (με απόσυρση της προσφοράς του ή με μη προσέλευση προς υπογραφή της σύμβασης), άρα και πάλι τον αποκλεισμό του από αυτήν. Επομένως, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής διαγωνιζομένου συνιστά πράξη του προσυμβατικού σταδίου, ήτοι της διαγωνιστικής διαδικασίας που προηγείται της σύναψης σύμβασης και ως εκ τούτου εφαρμοστέες τυγχάνουν, πλέον, και υπό το ισχύον δίκαιο οι διατάξεις του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016, συμπεριλαμβανομένων των άρθρων 346 και 360 επ. Ν. 4412/2016 περί άσκησης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 608/2007 και 186/2011). Άλλωστε, όπως προκύπτει από τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 παρ.1 του Ν. 4412/2016, το δικαίωμα άσκησης προδικαστικής προσφυγής επιφυλάσσεται όχι μόνο υπέρ όποιου έχει, ήτοι διατηρεί ενεργό δικαίωμα συμμετοχής και επιδίωξης ανάθεσης του συμβατικού αντικειμένου, αλλά και υπέρ όποιου είχε τέτοιο συμφέρον (βλ. και όμοια διατύπωση στο προϊσχύσαν άρθρο 2 Ν. 3886/2010 περί προσωρινής δικαστικής προστασίας, προϋπόθεση για την οποία και υπό τις αυτές προϋποθέσεις ήταν η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατ' άρθρο 4 του ως άνω νόμου), ήτοι καθ' οιονδήποτε τρόπο ενδιαφέρθηκε να μετάσχει αλλά δεν κατέστη αυτό εφικτό ή μετείχε και απεκλείσθη από διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, υπό τη μόνη προϋπόθεση ότι ενδέχεται να υποστεί ή έχει ήδη υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη παράλειψη ή εκτελεστή πράξη, μεταξύ των οποίων κατά τα ανωτέρω συγκαταλέγεται και η απόφαση περί κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής. Υπό τα δεδομένα τούτα, παραδεκτώς προσβάλλεται η απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής της προσφεύγουσας με την υπό κρίση προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ (βλ. ΑΕΠΠ 675/2018).

16. Επειδή, ως προς το βάσιμο της εν θέματι προσφυγής, από την επισκόπηση του φακέλου προκύπτει, ότι η αναθέτουσα αρχή παρανόμως προέβη στην κατάπτωση του συνόλου της εγγυητικής επιστολής της

Αριθμός απόφασης: 996 /2020

προσφεύγουσας. Τούτο, διότι ως παγίως γίνεται δεκτό το ύψος του ποσού της εγγυητικής επιστολής συναρτάται ευθέως με το ποσό του προϋπολογισμού της σύμβασης ή τμήματος αυτής, αναλόγως με το μέρος που συμμετέχει ο εκάστοτε οικονομικός φορέας. Και τούτο διότι, δια της μνείας του προβλεπόμενου στη διακήρυξη ποσού της διασφαλίζεται η εξυπηρέτηση του σκοπού, στον οποίο αποβλέπει ο νομοθέτης που συνίσταται στην άμεση και απρόσκοπτη καταβολή στην αναθέτουσα αρχή του ποσού της εγγυητικής επιστολής σε περίπτωση αθέτησης από το συμμετέχοντα στο διαγωνισμό των συναφών υποχρεώσεων του (πρβλ. ΣτΕ 963/2000, 2513/1993 κ.ά.). Ως εκ τούτου, η διαφοροποίηση επί το δυσμενέστερο ως προς το ύψος του ποσού της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής ήτοι επί του συνόλου του ποσού της εγγυητικής, ενώ η κατάπτωση αφορά μόνο ένα τμήμα, συνιστά όλως ανεπιεική δυσμενή διοικητική πρακτική της αναθέτουσας αρχής επί του διοικουμένου συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, που δεν βρίσκει έρεισμα στα στοιχεία της διακήρυξης και του νομοθετικού πλαισίου ενώ παράλληλα παραβιάζει τις αρχές της χρηστής διοίκησης και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου. Εξάλλου, τυχόν αποδοχή και υιοθέτηση της αντίθετη ερμηνευτικής εκδοχής που εφήρμοσε δια της προσβαλλόμενης η αναθέτουσα αρχή, θα εισήγαγε μια όλως ανεπιεική ρύθμιση για τον συμμετέχοντα σε διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, η οποία θα αντίκειτο στην συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή της αναλογικότητας, αφού προδήλως διά της κατάπτωσης του συνολικού ποσού της εγγυητικής επιστολής και όχι μόνο του επίμαχου μέρους δεν εξυτηρεθεί ουδεμία σκοπιμότητα ή ανάγκη της αναθέτουσας αρχής που να τυγχάνει προστατευτέα από τον ν. 4412/2016. Συνεπώς, ο εν θέματι λόγος προσφυγής γίνεται δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος.

17. Επειδή, κατ'ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

18. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο του κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: 996 /2020

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που με αυτήν διατάχθηκε η κατάπτωση του συνόλου της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας ύψους 6.731,00 €, αντί του προσήκοντος ποσού ήτοι του αυτού των 817,32 €.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ύψους 600,00 ευρώ με κωδικό «...», στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 14^η Αυγούστου 2020 και εκδόθηκε την 27 Αυγούστου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ευαγγελία Μιχολίτση

Μαρία Κατσαρού