

**Η**

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

**8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Ιανουαρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος και Εισηγητής, Ιωάννης Κίτσος, Ιωάννα Θεμελή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 20.12.2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (Γ.Α.Κ.) – Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1365/21.12.2018 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» και διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στη..., Λεωφόρος..., αρ. ..., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Πανεπιστημίου ...(εφεξής αναθέτουσα αρχή), που εδρεύει στην Πανεπιστημιούπολη, ... , νομίμως εκπροσωπούμενου.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας «...», που εδρεύει στα..., οδός..., η οποία κατέθεσε την από 31.12.2018 Παρέμβασή της.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθούν: α) η προσβαλλόμενη παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να απευθύνει η ίδια, μέσω εκτελεστικού οργάνου της αντί της επιτροπής διαγωνισμού, την πρόσκληση συμπλήρωσης των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου, β) η προσβαλλόμενη πρόσκληση συμπλήρωσης των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου της..., καθώς ο οικονομικός φορέας δεν καλύπτει το κριτήριο της επαγγελματικής καταλληλότητας εκτέλεσης εργασιών εγκατάστασης του προμηθευόμενου εξοπλισμού, όπως απαιτείται από την διακήρυξη, έλλειψη η οποία δεν μπορεί να συμπληρωθεί κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, γ) η προσβαλλόμενη πρόσκληση συμπλήρωσης των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου της..., καθώς αυτή δεν περιλαμβάνει την απαίτηση προσκόμισης συγκεκριμένων δικαιολογητικών.

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό..., ποσού οκτακοσίων εβδομήντα ενός ευρώ και πέντε λεπτών (€871,05) σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. διακήρυξη ... της Ανοικτής Ηλεκτρονικής Διαδικασίας Σύναψης Σύμβασης Άνω των Ορίων, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε διαγωνιστική διαδικασία για την ανάδειξη αναδόχου για την «Προμήθεια και εγκατάσταση συστημάτων ψύξης/θέρμανσης σε κτίρια του Πανεπιστημίου...» προϋπολογιζόμενης δαπάνης χωρίς ΦΠΑ 289.360,00€. Η εν λόγω διαδικασία έλαβε τον Συστημικό Αύξοντα Αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ... και η διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων, λαμβάνοντας ΑΔΑΜ:.... Η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ήταν, σύμφωνα με τη διακήρυξη, η 11η Σεπτεμβρίου 2018, ημέρα Τρίτη και ώρα 18:00 και η ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών ήταν η 17η Σεπτεμβρίου 2018, ημέρα Δευτέρα και ώρα 11:00 π.μ. Στις 11.09.2018 η προσφεύγουσα υπέβαλε την προσφορά της στον ηλεκτρονικό διαγωνισμό για τα είδη της ομάδας 1, των οποίων η προϋπολογιζόμενη αξία είναι 174.210,00 € χωρίς ΦΠΑ.

3. Επειδή, στον συγκεκριμένο Διαγωνισμό συμμετείχαν εμπρόθεσμα και νομότυπα εκτός από την προσφεύγουσα και οι ακόλουθοι οικονομικοί φορείς: 1. «...», 2. «...», 3. «...», 4. «...», 5. «...». Στις 24/10/2018 ανακοινώθηκε μέσω ΕΣΗΔΗΣ, η απόφαση 749/33758/24-10-2018 με θέμα: Έγκριση των Πρακτικών 1 & 2 της Επιτροπής Διενέργειας & Αξιολόγησης των προσφορών που κατατέθηκαν στα πλαίσια της Ανοικτής Ηλεκτρονικής Διαδικασίας Σύναψης Σύμβασης Άνω των Ορίων για την «Προμήθεια και εγκατάσταση συστημάτων ψύξης/θέρμανσης σε κτίρια του Πανεπιστημίου ...» (Αρ. Διακ. ...). Σύμφωνα με την ανωτέρω η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε:

«1°. την αποδοχή των τεχνικών προσφορών όλων των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων. 2°. την αποδοχή των οικονομικών προσφορών όλων των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων. 3ο. την ανάδειξη ως προσωρινών αναδόχων των οικονομικών φορέων: ... (Α/Α ΕΣΗΔΗΣ: ...) για το ακόλουθο τμήμα (ομάδα) της διακήρυξης...: Ομάδα 1η-Προμήθεια και εγκατάσταση κλιματιστικών μηχανημάτων διαιρούμενου τύπου, ονομαστικής ισχύος 9.GOO- 24.000 BTU/h (ποσότητα: 170 μηχανήματα) με τιμή προσφοράς 103.250,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.». Η απόφαση αυτή προσβλήθηκε με προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα, κατά το μέρος που αποδέχθηκε ως πλήρη και ορθά τα δικαιολογητικά συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς των οικονομικών φορέων «...», «...», «...», «...», «...». Επί της ως άνω προδικαστικής προσφυγής εξεδόθη η υπ' αριθμ. 1005/2018 απόφαση ΑΕΠΠ, η οποία την απέρριψε. Κατόπιν αυτού, στις 10.12.2018 αποσφραγίστηκε ο φάκελος των Δικαιολογητικών του Προσωρινού Αναδόχου, δηλαδή της εταιρείας «...» και την ίδια ημεροχρονολογία κοινοποιήθηκε στους υπόλοιπους προσφέροντες επιστολή της επιτροπής του διαγωνισμού με την οποία καλούσε την «...» να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα δικαιολογητικά της.

4. Επειδή, κατά της τελευταίας από 10.12.2018 πρόσκλησης της επιτροπής διαγωνισμού προς την προσωρινή ανάδοχο «...» για συμπλήρωση δικαιολογητικών και της παράλειψης της αναθέτουσας αρχής να προσκαλέσει η ίδια την προσωρινή ανάδοχο για συμπλήρωση δικαιολογητικών, προσέφυγε η προσφεύγουσα καταθέτοντας, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ την 20.12.2018, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού, την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή αιτούμενη την ακύρωσή τους.

5. Επειδή, η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, κοινοποίησε στις 21.12.2018 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος

μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις απόψεις της για την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

7. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η συμμετέχουσα εταιρεία με την επωνυμία «...», αφού η εν λόγω προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην Παρεμβαίνουσα μέσω του δικτυακού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 21.12.2018, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης, και η εν λόγω Παρέμβαση ασκήθηκε στις 30.12.2018, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει γίνει κατ'ουσίαν δεκτή η προσφορά της και έχει κληθεί να συμπληρώσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της στρέφεται κατά της από 10.12.2018 επιστολής της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, με την οποία εκλήθη η παρεμβαίνουσα και προσωρινή ανάδοχος «...» να συμπληρώσει τα υποβληθέντα δικαιολογητικά υποστηρίζοντας ότι υπάρχουν «...B. Ελλείψεις δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου που δεν συμπεριλήφθηκαν στην προσβαλλόμενη πρόσκληση... Η ... προκειμένου να αποδείξει την εκπλήρωση των ανωτέρω όρων της διακήρυξης έχει υποβάλει: α. Αντίγραφα ποινικών μητρώων των μελών του διοικητικού συμβουλίου της με ημερομηνία έκδοσης 16-10-2018, δηλαδή χρόνο προγενέστερο της κοινοποίησης της πρόσκλησης υποβολής των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου. Δηλαδή τα συγκεκριμένα δικαιολογητικά δεν καλύπτουν τις απαιτήσεις της κείμενης νομοθεσίας και θα έπρεπε να ζητηθούν νέα επικαιροποιημένα, β. Τα πιστοποιητικά του επιμελητηρίου Τρικάλων έχουν εκδοθεί στις 15-10-2018, επίσης σε χρόνο προγενέστερο της κοινοποίησης της πρόσκλησης υποβολής των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου. Επομένως και τα συγκεκριμένα δικαιολογητικά δεν καλύπτουν τις απαιτήσεις της κείμενης νομοθεσίας και θα έπρεπε να ζητηθούν νέα επικαιροποιημένα, γ. Ασφαλιστική ενημερότητα ΕΦΚΑ πρ. ΙΚΑ-ΕΤΑΜ με ημερομηνία έκδοσης 10-10-2018 και ισχύ ως 09-04-

2019. Επομένως δεν καλύπτεται η ημερομηνία υποβολής της προσφοράς του οικονομικού φορέα ήτοι τις 11-09-2018 και θα πρέπει να ζητηθεί επιπλέον ασφαλιστική ενημερότητα που να καταλαμβάνει τις 11-09-2018, δ. Φορολογική ενημερότητα με ημερομηνία έκδοσης τις 26-11-2018 και ισχύ ως τις 26-12-2018. Επομένως δεν καλύπτεται η ημερομηνία υποβολής της προσφοράς του οικονομικού φορέα ήτοι τις 11-09-2018 και θα πρέπει να ζητηθεί επιπλέον ασφαλιστική ενημερότητα που να καταλαμβάνει τις 11-09-2018, ε. Πιστοποιητικά Πρωτοδικείου με ημερομηνία έκδοσης τις 15-10-2018. Δηλαδή τα πιστοποιητικά πρωτοδικείου δεν καλύπτουν τις απαιτήσεις της κείμενης νομοθεσίας και θα έπρεπε να ζητηθούν νέα επικαιροποιημένα με ημερομηνία έκδοσης ύστερη της πρόσκλησης υποβολής των δικαιολογητικών... B.2 Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας...επιβεβαιώνεται ότι η ... δεν διαθέτει την απαιτούμενη από την διακήρυξη επαγγελματική καταλληλότητα να εκτελέσει τις εργασίες εγκατάστασης του προμηθευόμενου ψυκτικού εξοπλισμού. Περαιτέρω επειδή τα κριτήρια επιλογής κρίνονται κατ' αρχήν κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, από τα παραπάνω προκύπτει αδιαμφισβήτητα ότι η..., κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, δεν πληρούσε το κριτήριο της επαγγελματικής καταλληλότητας όπως έχει οριστεί από την διακήρυξη. Επομένως κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστώνεται ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), είναι ψευδή ή ανακριβή, και από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής για το συγκεκριμένο Κριτήριο Επιλογής της διακήρυξης... B.3 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα... Η ... έχει υποβάλει για την κάλυψη του ανωτέρω κριτηρίου επιλογής την άδεια ΑΡΧΙΤΕΧΝΙΤΗ ΨΥΚΤΙΚΟΥ του κ..... Η άδεια αρχιτεχνίτη ψυκτικού δεν καλύπτει της απαιτήσεις της διακήρυξης που ρητά απαιτεί άδεια Εργοδηγού Ψυκτικού ή πιστοποιημένου Μηχανικού (ΠΕ/ΤΕ), επομένως η αναθέτουσα αρχή ή η επιτροπή της θα έπρεπε να προσκαλέσουν τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει, εφόσον διαθέτει, κατάλληλα πιστοποιητικά που να αποδεικνύουν την εκπλήρωση της συγκεκριμένης ικανότητας, διευκρινίζοντας ότι το υποβληθέν δικαιολογητικό δεν καλύπτει τους όρους και τις προϋποθέσεις της διακήρυξης... B.4 Στήριξη σε ικανότητες τρίτων... Στο ΕΕΕΣ που έχει υποβάλει η ... έχει δηλώσει ότι δεν στηρίζεται σε ικανότητες

τρίτων, επομένως οφείλει να τεκμηριώσει με τα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου ότι διαθέτει η ίδια τις απαιτούμενες επαγγελματικές και τεχνικές ικανότητες. Δέον λοιπόν θα ήταν να επισημανθεί κατά την πρόσκληση της σκέψης Β3 της παρούσας, ότι το πρόσωπο στο οποίο θα προσδιοριστούν οι συγκεκριμένες ικανότητες, θα πρέπει να ανήκει στον ίδιο τον οικονομικό φορέα. Επίσης η σχέση του προσώπου αυτού με τον οικονομικό φορέα θα πρέπει να προσδιοριστεί επαρκώς, παρουσιάζοντας τεκμήρια για το γεγονός είτε ότι αυτός είναι εργαζόμενος της επιχείρησης με σχέση εξαρτημένης εργασίας, είτε ότι ανήκει στην διοίκησή της. Σε διαφορετική περίπτωση θα πρέπει να ακυρωθεί η προσφορά του οικονομικού φορέα επειδή από τον έλεγχο των δικαιολογητικών θα διαπιστωθεί ότι στηρίζεται σε ικανότητες τρίτου και επομένως τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης, είναι ψευδή ή ανακριβή, και από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής για το συγκεκριμένο Κριτήριο Επιλογής της διακήρυξη...».

9. Επειδή η αναθέτουσα με τις απόψεις της αναφέρει σχετικά ότι «Η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή είναι απαράδεκτη διότι: 1. Η προσφυγή του ενδιαφερομένου πρέπει να στρέφεται κατά της κατ'αυτόν παράνομης και βλαπτικής για τα συμφέροντα του πράξης, είτε παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας της αναθέτουσας αρχής, αφού προς την αρχή αυτή η προσφυγή του απευθύνεται. Ως πράξη, όταν πρόκειται περί διοικητικής, νοείται η εκτελεστή, εκείνη πράξη που παράγει έννομες συνέπειες, δικαιώματα και υποχρεώσεις. Η προδικαστική προσφυγή ασκείται παραδεκτως μόνον εφόσον στρέφεται κατά εκτελεστής πράξεως της αναθέτουσας αρχής (ΕΑ115/2009, 324/2006, 241/2003, 57, 375, 806/2002). Αντίθετα, η γνωμοδότηση μιας επιτροπής, έστω και της επιτροπής αξιολόγησης, όσο σημαντική κατά περιεχόμενο και εάν είναι, προσβάλλεται απαράδεκτα, αφού, ακόμη και εάν επηρεάζει ιδιαίτερα την υπόθεση, μπορεί στη συνέχεια να μην υιοθετηθεί από το αποφασίζον όργανο, την αναθέτουσα αρχή. Ετσι, οι γνωμοδοτήσεις επιτροπών, ακόμα και εάν πρόκειται περί της Ανωτάτης Επιτροπής Προμηθειών, οποιαδήποτε φάση και εάν αφορούν, τόσο τον έλεγχο των τυπικών δικαιολογητικών συμμετοχής στο διαγωνισμό, όσο και την

αξιολόγηση των προσφορών, έστω και εάν προτείνουν τον αποκλεισμό του ενδιαφερομένου, στερούνται εκτελεστού χαρακτήρα με την παραπάνω έννοια και προσβάλλονται अपαράδεκτα με προσφυγή εφόσον το όργανο που τις εξέδωσε δεν ασκεί αποφασιστική αρμοδιότητα (βλ.Ε.Α 115,119,519/2009,21,1315/2008,214,645,796/2007,993/2006,860/2005).

Μόνη η έγκριση τους από το όργανο που έχει αποφασιστική αρμοδιότητα υπόκειται παραδεκτά στην προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 παρ,1 Ν.4412/2016. 2. Στην διαδικασία αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου της Ομάδας Α' της Διακήρυξης «Προμήθεια και Εγκατάσταση συστημάτων ψύξης / θέρμανσης σε κτίρια του Πανεπιστημίου...» (Αριθμ. Διακηρ....)..., η Επιτροπή Διαγωνισμού προκειμένου να προβεί στην ορθή και αξιοκρατική αξιολόγηση ζήτησε με αντίστοιχη ηλεκτρονικά ανηρητημένη επιστολή προς τον προσωρινό ανάδοχο την παροχή συμπληρωματικών στοιχείων,όπως ρητά προβλέπεται στο άρθρο 103 παρ. 2 του Νόμου 4412/16 που ορίζει ότι «Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν.» Συγκεκριμένα η Επιτροπή Διαγωνισμού μέσω του αρμοδίου Τμήματος Προμηθειών, Περιουσίας και Κληροδοτημάτων κοινοποίησε, ως όφειλε, προς τον οικονομικό φορέα..., μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ, έγγραφη ειδοποίηση (μέσω επιστολής του προέδρου της Επιτροπής Διαγωνισμού, η οποία Επιτροπή είναι η απολύτως αρμόδια για την αξιολόγηση των Δικαιολογητικών Προσωρινού Αναδόχου και άρα η απολύτως αρμόδια να θέσει ποια είναι τα απαιτούμενα συμπληρωματικά δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου) ώστε ο προσωρινός ανάδοχος να συμπληρώσει τα κατατεθέντα δικαιολογητικά. 3... Η από 10/12/2018 Επιστολή της Επιτροπής Διαγωνισμού προς τον Προσωρινό Ανάδοχο της Ομάδας Α', οικονομικό φορέα... ,αποτελεί έγγραφη ειδοποίηση για παροχή συμπληρωματικών στοιχείων και επ' ουδενί αποτελεί Πράξη της Αναθέτουσας Αρχής. Μετά την παραλαβή των συμπληρωματικών στοιχείων και τον έλεγχο αυτών η Επιτροπή Διαγωνισμού συντάσσει Πρακτικό Κατακύρωσης Αποτελεσμάτων το οποίο και εγκρίνεται,απορρίπτεται ή τροποποιείται από την Σύγκλητο του Πανεπιστημίου....Η Σύγκλητος του

Ιδρύματος (Αναθέτουσα Αρχή) εκδίδει σχετική Απόφαση («Πράξη Αναθέτουσας Αρχής») η οποία Πράξη και αναρτάται ηλεκτρονικά προς όλους τους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό στην αντίστοιχη ηλεκτρονική πλατφόρμα. Επί αυτής της Πράξης ασκείται προδικαστική Προσφυγή ως εκτελεστής πράξης. 4. Στην προκειμένη περίπτωση ο οικονομικός φορέας ... στις 20 / 12 / 2018 κατέθεσε Προδικαστική Προσφυγή μετά την γνωστοποίηση σε αυτόν της Επιστολής της Επιτροπής Διαγωνισμού προς τον Προσωρινό Ανάδοχο της Ομάδας Α' . Όμως η Επιστολή αυτή δεν αποτελεί εκτελεστή Πράξη της Αναθέτουσας Αρχής επί της οποίας μπορούν να ασκηθούν Προδικαστικές Προσφυγές αφού στις 20 / 12 / 2018 δεν είχε συνεδριάσει η Σύγκλητος, ως αναθέτουσα αρχή, για να αποφασίσει επί του Πρακτικού Κατακύρωσης Αποτελεσμάτων της Επιτροπής διαγωνισμού. Πέραν των ανωτέρω και όλως επικουρικώς ο οικονομικός φορέας ... σύμφωνα με τα σχετικά Πρακτικά του Διαγωνισμού «Προμήθεια και Εγκατάσταση συστημάτων ψύξης / θέρμανσης σε κτίρια του Πανεπιστημίου...» είναι 6ος (τελευταίος) στην κατάταξη μεταξύ των υποψηφίων αναδόχων της Ομάδας Α', οπότε είναι εξαιρετικά αμφίβολο εάν έχει έννομο συμφέρον να προβεί σε Προδικαστική Προσφυγή στο στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης ,αφού το έννομο συμφέρον του δεν είναι ούτε άμεσο ούτε ενεστώς διότι κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό...».

10. Επειδή η παρεμβαίνουσα με την παρέμβασή της στρέφεται κατά της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής υποστηρίζοντας τα εξής «...1. Η αναθέτουσα αρχή, που είναι στην προκειμένη περίπτωση το Πανεπιστήμιο ..., δεν έχει εκδώσει ακόμη απόφαση κατακύρωσης του διαγωνισμού στην εταιρεία μας. Επομένως, σε κάθε περίπτωση η επίδικη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί πρωτίστως ως απαράδεκτη ή άκυρη. 2. Ο αρχιτεχνίτης ψυκτικός ..., ανήκει στο προσωπικό της εταιρείας μας και για την απόδειξη αυτού σας επισυνάπτουμε τον πίνακα προσωπικού στον οποίο αποτυπώνεται η εργασιακή μας σχέση. Επιπλέον, η εταιρεία μας συμμετέχει μόνο στην 1η Ομάδα του διαγωνισμού του Πανεπιστημίου ..., η οποία περιέχει κλιματιστικά



μηχανήματα διαιρούμενου τύπου 9.000 έως 24.000btu/h... 3. Στα κριτήρια επιλογής στην διακήρυξη του διαγωνισμού αναφέρονται τα παρακάτω... Από τα παραπάνω προκύπτει ότι η εταιρεία μας καλύπτει τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής για την ανάδειξη της ως ανάδοχο στον διαγωνισμό καθώς και είναι εγγεγραμμένη στο Γενικό Εμπορικό Μητρώο και διαθέτει στο δυναμικό της κατάλληλα συνεργεία που ικανοποιούν τα αναγραφόμενα στο Π .Δ. 01/2013 και διαθέτει εγγύηση του κατασκευαστή και πιστοποιητικά ελέγχου ποιότητας και καταλληλότητας των προσφερόμενων προϊόντων. 4. Είναι σημαντικό να αναφερθούμε και στην έλλειψη έννομου συμφέροντος της προσφεύγουσας εταιρείας «...». Δεν υπάρχει κανένα απολύτως έννομο συμφέρον για την άσκηση της ένδικης προσφυγής της, αφού μετά από την δική μας εταιρεία ακολουθούν άλλες τέσσερις (4) εταιρείες, η προσφορά των οποίων επίσης πρέπει να ακυρωθεί, για να έλθει η σειρά της προσφεύγουσας εταιρείας. Επομένως, και για τον λόγο αυτό πρέπει να απορριφθεί η επίδικη προσφυγή, ανεξάρτητα από το γεγονός ότι τα δικαιολογητικά που προσκομίζει η εταιρεία μας είναι απόλυτα νόμιμα και σύμφωνα με τη διακήρυξη...».

11. Επειδή, σύμφωνα με τις παρ. 1-4 του άρθρου 221 «Όργανα διενέργειας διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων» του ν.4412/2016, ορίζεται ότι : «1. Στο πλαίσιο των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, τα όργανα που γνωμοδοτούν προς τα αποφαινόμενα όργανα («γνωμοδοτικά όργανα») έχουν ιδίως τις ακόλουθες αρμοδιότητες: α) αξιολογούν τις προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής των προσφερόντων ή υποψηφίων, β) ελέγχουν την καταλληλότητα των προσφερόντων ή υποψηφίων για τη συμμετοχή τους στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, γ) ελέγχουν και αξιολογούν τις προσφορές, δ) στο πλαίσιο ανταγωνιστική διαδικασίας με διαπραγμάτευση, ανταγωνιστικού διαλόγου ή σύμπραξης καινοτομίας, διαπραγματεύονται με τους προσφέροντες ή υποψηφίους, ε) εισηγούνται τον αποκλεισμό των προσφερόντων ή υποψηφίων από τη διαδικασία, την απόρριψη των προσφορών, την κατακύρωση των αποτελεσμάτων, την αποδέσμευση των εγγυήσεων, τη ματαίωση της διαδικασίας, στ) γνωμοδοτούν για κάθε άλλο θέμα που ανακύπτει κατά τη διαδικασία ανάθεσης, [...] η) γνωμοδοτούν για τις προβλεπόμενες στον παρόντα νόμο ενστάσεις και προσφυγές που

υποβάλλονται ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ή της Προϊσταμένης Αρχής κατά το στάδιο της ανάθεσης και εκτέλεσης. 2. Κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων τους τα όργανα αυτά εκδίδουν γνώμη (συμπεριλαμβανομένης της βαθμολόγησης) μετά από ψηφοφορία επί των επικρατέστερων προτάσεων (π.χ. βαθμολόγησης) [...]».

12. Επειδή, στο άρθρο 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016, καθώς και στο άρθρο 3.4 της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού 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 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής. 2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών....».

13. Επειδή, από τη γραμματική ερμηνεία της παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την εννοιολογικά ταυτόσημη παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017, προκύπτει ότι προκειμένου να ασκηθεί παραδεκτώς από τον θιγόμενο προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, θα πρέπει η βλαπτική πράξη της αναθέτουσας αρχής να έχει εκτελεστό χαρακτήρα ομοίως και η παράλειψη, δηλαδή, να παράγουν έννομες συνέπειες.

14. Επειδή, όπως παγίως έχει κριθεί από την νομολογία υπό το προϊσχύον νομικό καθεστώς που ωστόσο δεν διαφοροποιείται ως προς την προϋπόθεση αυτή με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν.4412/2016, οι πράξεις (γνωμοδοτήσεις, πρακτικά, προσκλήσεις) των Επιτροπών του Διαγωνισμού, οποιαδήποτε φάση και αν αφορούν, στερούνται εκτελεστού χαρακτήρα και επομένως δεν παράγουν έννομες συνέπειες με την παραπάνω έννοια εφόσον το όργανο που τις εξέδωσε δεν ασκεί αποφασιστική αρμοδιότητα (βλ. ΕΑ 519/2009 και 1315/2008 και Φ. ΑΡΝΑΟΥΤΟΓΛΟΥ, Η αίτηση ασφαλιστικών

μέτρων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2η έκδ., 2013, αρ. 71-77 επόμ., σελ.54-55). Συνεπώς, ο ενδιαφερόμενος στον οποίο κοινοποιείται απλώς μια πρόσκληση για συμπλήρωση στοιχείων προς τον προσωρινό ανάδοχο, χωρίς να έχει συνταχθεί ακολούθως Πρακτικό Κατακύρωσης αποτελεσμάτων και να έχει εγκριθεί από το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής, οφείλει να αναμείνει την έγκριση του από το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής, ώστε να υφίσταται εκτελεστή πράξη και να δύναται νομίμως να στραφεί κατά αυτής με προδικαστική προσφυγή, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 360 του ν. 4412/2016 (βλ. Α 274/2018 Απόφαση του 1<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ και 8/2019 του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ).

15. Επειδή το άρθρο 3.2.1 της Διακήρυξης «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου» ορίζει ότι *«Τα εν λόγω δικαιολογητικά, υποβάλλονται, αν επέλθει άπρακτος ο χρόνος κατάθεσης των προδικαστικών προσφυγών, μετά από πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, εντός προθεσμίας 15 ημερών από τον προσφέροντα («προσωρινό ανάδοχο»), ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος, σε μορφή αρχείων pdf και προσκομίζονται κατά περίπτωση από αυτόν εντός τριών (3) εργάσιμων ημερών από την ημερομηνία υποβολής τους. Όταν υπογράφονται από τον ίδιο φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή. Με την παραλαβή των ως άνω δικαιολογητικών, το σύστημα εκδίδει επιβεβαίωση της παραλαβής τους και αποστέλλει ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα σ' αυτόν στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση. Αν μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση και κατά τον έλεγχο των ως άνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι δεν έχουν προσκομισθεί ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης, μέσω του Συστήματος, ειδοποίησής του. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί αιτιολογημένα να παρατείνει την ως άνω προθεσμία κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες. Όσοι υπέβαλαν παραδεκτές προσφορές λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν.... Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από την Επιτροπή Διενέργειας & Αξιολόγησης και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης είτε για την*

*κατακύρωση της σύμβασης είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας είτε για την κήρυξη του προσωρινού αναδόχου ως εκπτώτου. Επισημαίνεται ότι, η αρμόδια Επιτροπή Διενέργειας & Αξιολόγησης, με αιτιολογημένη εισήγησή της, μπορεί να προτείνει την κατακύρωση της σύμβασης για μεγαλύτερη ποσότητα κατά ποσοστό έως 15% μόνο για το τμήμα/ομάδα 1, και σύμφωνα με το άρθρο 105 του Ν. 4412/2018. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών και της εισήγησης της Επιτροπής επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης.».*

16. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

17. Επειδή, σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης και τις σκέψεις 13-14, σε συνδυασμό με τους βάσιμους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής με τις απόψεις της, η επιστολή της Επιτροπής Διαγωνισμού προς τον προσωρινό ανάδοχο αποτελεί έγγραφη ειδοποίηση για παροχή συμπληρωματικών στοιχείων και σε καμία περίπτωση εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής. Επομένως, δοθέντος ότι η επίμαχη ηλεκτρονική πρόσκληση κατά της οποίας στρέφεται η προσφεύγουσα, στερείται εκτελεστότητας, δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 360 του ν. 4412/2016, περί παραδεκτής άσκησης της προδικαστικής προσφυγής. Περαιτέρω, διευκρινίζεται ότι, από τα στοιχεία του φακέλου, δεν προκύπτει ότι, έως το χρόνο συζήτησης της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής,

εκδόθηκε εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής περί αποδοχής, απόρριψης ή τροποποίησης του Πρακτικού Κατακύρωσης Αποτελεσμάτων, αλλά ακόμη και εάν είχε εκδοθεί δεν δύναται αντιστρόφως να θεωρηθεί ως συμπροσβαλλόμενη με την εδώ προσβαλλόμενη επιστολή αλλά, πρέπει να προσβληθεί αυτοτελώς με νέα προδικαστική προσφυγή εντός της προβλεπόμενης από το νόμο προθεσμίας.

18. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη και να γίνει δεκτή η Παρέμβαση.

19. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος Παραβόλου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28 Ιανουαρίου 2019 και εκδόθηκε στις 18 Φεβρουαρίου 2019.

**Ο Πρόεδρος**

**Ο Γραμματέας**

**Χρήστος Σώκος**

**Νικόλαος Λιακασιδης**