Αριθμός απόφασης: 331/2018

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 18.04.2018 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου -Εισηγήτρια- και Μαρία Μανδράκη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 15.03.2018 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 250/16.03.2018 της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία […] και το δ.τ. […] νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της με αριθ. 10402/22.02.2018 απόφασης του Πρύτανη του […] με την οποία αναδείχθηκε ως προσωρινός ανάδοχος της υπό ανάθεση σύμβασης ο διαγωνιζόμενος […], όπως η πράξη αυτή εκδόθηκε στο πλαίσιο διενέργειας, ηλεκτρονικού, ανοικτού, δημόσιου διαγωνισμού με αντικείμενο την «Προμήθεια και τοποθέτηση ψύκτη σε αντικατάσταση παλαιού στο […]», συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 106.950,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα προσφορά βάσει τιμής.

Του παρεμβαίνοντος […] του […], Διπλωματούχου Ηλεκτρολόγου Μηχανικού, με ΑΜ ΤΕΕ […], κατοίκου […], οδός […].

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η Προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με αυτή αναδείχθηκε παρανόμως ως προσωρινός ανάδοχος της υπόψη σύμβασης ο παρεμβαίνων […].

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής για το λόγο ότι με αυτήν επιδιώκεται η ακύρωση της

απόφασης που τον ανέδειξε ως προσωρινό ανάδοχο της υπό ανάθεση σύμβασης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, το […] με την υπ'αριθ. 6/2017 Διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό, ηλεκτρονικό, δημόσιο διαγωνισμό με αντικείμενο την «Προμήθεια και Τοποθέτηση ψύκτη σε αντικατάσταση του παλαιού στο [..]», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 103.950,00 ευρώ, χωρίς Φ.Π.Α., η οποία διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 26.09.2017 και στην ηλεκτρονική πύλη του Εθνικού Ηλεκτρονικού Συστήματος Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 29.09.2017, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό : α/α […].

2. Επειδή, έχει κατατεθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 19674697095805140003), ποσού 600,00€, €, το οποίο συνιστά το κατώτατο ποσό παραβόλου που δύναται να προσκομίσει ο προσφεύγων σε περίπτωση που η αξία αυτού σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης υπολείπεται του ως άνω κατώτατου ποσού, ενώ επισυνάπτεται αντίγραφο ηλεκτρονικής πληρωμής του ποσού σε Τράπεζα με την ένδειξη «Δεσμευμένο».

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 103.950,00€, χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 αυτού και συνεπώς

παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, όπου προβλέπεται ότι «*1. σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) … (β) … (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ*», δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 05.03.2018, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 15.03.2018, (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ήτοι εντός της εκ του νόμου δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίησή της.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της με αριθ. 10402/22.02.2018 απόφασης του Πρύτανη του […], όπως η απόφαση αυτή εκδόθηκε στο πλαίσιο διενέργειας, ηλεκτρονικού, ανοικτού, δημόσιου διαγωνισμού με αντικείμενο την «Προμήθεια και τοποθέτηση ψύκτη σε αντικατάσταση παλαιού στο […]», με την οποία απόφαση αναδείχθηκε ως προσωρινός ανάδοχος της υπόψη σύμβασης ο διαγωνιζόμενος […] καθώς, ως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, παρανόμως έλαβε χώρα η κρίση αυτή της αναθέτουσας αρχής για το λόγο ότι, όπως αποδεικνύεται από τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που προσκόμισε ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, ο συνδιαγωνιζόμενος, και δη προσωρινός ανάδοχος, […] δεν είναι εγγεγραμμένος σε Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο ως απαιτεί η διακήρυξη, σε κάθε δε περίπτωση ανακριβώς δήλωσε τούτο στο ΤΕΥΔ που προσκόμισε με την προσφορά του. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο

παρεμβαίνων […] εσφαλμένως απάντησε στο ερώτημα εάν είναι εγγεγραμμένος στα σχετικά επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στην Ελλάδα ή στο κράτος μέλος εγκατάστασής του, όπως αυτό αποτυπώνεται στο Μέρος IV «Κριτήρια Επιλογής», Ενότητα Α «Καταλληλότητα» του ΤΕΥΔ, δηλώνοντας ότι διατηρεί εμπορική επιχείρηση ατομικής μορφής η οποία δραστηριοποιείται στο χοντρικό εμπόριο κλιματισμού καθώς και ότι για την άσκηση της εν λόγω εμπορικής δραστηριότητας, ενόψει της ατομικής του ιδιότητας ως ηλεκτρολόγος μηχανικός και μέλος του ΤΕΕ, δεν απαιτείται η εγγραφή της ατομικής του επιχείρησης σε άλλο Επιμελητήριο και προσκομίζοντας προς απόδειξη τούτου, εντός του φακέλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, έγγραφο του Εμπορικού Επιμελητηρίου Ιωαννίνων όπου σημειώνεται ότι ο παρεμβαίνων «ΔΕΝ ΕΙΝΑΙ ΜΕΛΟΣ ΤΟΥ ΕΠΙΜΕΛΗΤΗΡΙΟΥ ΙΩΑΝΝΙΝΩΝ ΑΛΛΑ ΜΕΛΟΣ ΤΟΥ ΤΕΧΝΙΚΟΥ ΕΠΙΜΕΛΗΤΗΡΙΟΥ ΕΛΛΑΔΟΣ ΑΠΟΦΟΙΤΟΣ ΤΟΥ ΔΠΘ (ΤΜΗΜΑ ΗΛΕΚΤΡΟΛΟΓΩΝ ΜΗΧΑΝΙΚΩΝ) ΚΑΙ ΔΕΝ ΕΓΓΡΑΦΕΤΑΙ ΣΕ ΑΛΛΟ ΕΠΙΜΕΛΗΤΗΡΙΟ», βεβαίωση περί εγγραφής του στο ΤΕΕ και δήλωση κωδικών αριθμών δραστηριότητας (Κ.Α.Δ.) της ατομικής του επιχείρησης. Μάλιστα, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η εγγραφή του παρεμβαίνοντος στο ΤΕΕ γίνεται ταυτόχρονα με τη χορήγηση της άδειας άσκησης επαγγέλματος Διπλωματούχου Μηχανικού, δυνάμει της οποίας ο παρεμβαίνων μπορεί να παρέχει μόνον υπηρεσίες μελετών μηχανικού, και δε σχετίζεται με την έναρξη καθεαυτής της επαγγελματικής δραστηριότητας των εγγεγραμμένων στο ΤΕΕ μελών, διότι για την άσκηση οποιασδήποτε παράλληλης εμπορικής δραστηριότητας απαιτείται επιπλέον η εγγραφή στο Γενικό Εμπορικό Μητρώο (Γ.Ε.ΜΗ.) και μέσω αυτού στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο, προϋποθέσεις που ο παρεμβαίνων δεν πληροί. Σε κάθε δε περίπτωση, όπως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, εάν ο παρεμβαίνων είχε έστω και την παραμικρή αμφιβολία ως προς το ζήτημα εάν η εγγραφή του στο ΤΕΕ καλύπτει την απαιτούμενη κατά τη διακήρυξη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα θα έπρεπε να απευθύνει σχετικό ερώτημα στην αναθέτουσα αρχή πριν από την υποβολή της προσφοράς του, πράγμα που δεν έπραξε.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι η ίδια υπέβαλε οικονομική προσφορά με την αμέσως επόμενη χαμηλότερη τιμή σε σχέση με την τιμή προσφοράς του παρεμβαίνων και δη προσωρινού αναδόχου, και ως εκ τούτου διατηρεί εύλογα την προσδοκία να της ανατεθεί η υπόψη σύμβαση, σε περίπτωση που ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση και κηρυχθεί έκπτωτος ο παρεμβαίνων από τη θέση του προσωρινού αναδόχου.

8. Επειδή, παρεμβαίνει ο […] του […] με την από 27.03.2018 Παρέμβασή του, η οποία ασκείται παραδεκτώς και στη νόμιμη προθεσμία, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του π.δ. 39/2017, αφού όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού η εν λόγω Προσφυγή κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους τρίτους μέσω Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 19.03.2018, οπότε εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης, και η εν λόγω Παρέμβαση ασκήθηκε στις 27.03.2018, επιπροσθέτως ο παρεμβαίνων έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει αφού με την προσβαλλόμενη πράξη, την ακύρωση της οποίας επιδιώκει η προσφεύγουσα, αναδείχθηκε ως προσωρινός ανάδοχος της υπόψη σύμβασης. Ειδικότερα, με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων […] ισχυρίζεται ότι ειδικά για την περίπτωση των διπλωματούχων μηχανικών, για τη διαπίστωση της καταλληλότητάς τους για την άσκηση συναφούς εμπορικής δραστηριότητας αρκεί η εγγραφή τους στο ΤΕΕ, το οποίο συνιστά επαγγελματικό επιμελητήριο, ως η διακήρυξη απαιτεί, ενώ ουδόλως προκύπτει η υποχρέωση εγγραφής των Μηχανικών στο Γ.Ε.ΜΗ., διότι το επάγγελμα του Μηχανικού δεν προσδίδει στο φυσικό πρόσωπο την ιδιότητα του εμπόρου για το λόγο ότι στην περίπτωση αυτή προέχει το επιστημονικό στοιχείο. Άλλωστε, ο παρεμβαίνων, και δη προσωρινός ανάδοχος, επισημαίνει ότι πριν από την υποβολή της προσφοράς του υπέβαλε το από 02.10.2017 ερώτημα προς την αναθέτουσα αρχή, ζητώντας να του διευκρινιστεί εάν ενόψει της εγγραφής του μόνον στο ΤΕΕ και της αδυναμίας εγγραφής του στο Εμπορικό Επιμελητήριο κρίνεται ότι δεν πληροί τις απαιτήσεις περί καταλληλότητας για την άσκηση της ζητούμενης επαγγελματικής δραστηριότητας, και ως εκ τούτου συντρέχει κώλυμα

συμμετοχής του στον υπόψη διαγωνισμό. Επί του ερωτήματος τούτο, το Τμήμα Προμηθειών της Δ/νσης Οικονομικής Διαχείρισης της αναθέτουσας αρχής απάντησε την 04.10.2017 ότι : «*σχετικά με την καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας λόγω της εγγραφής σας στο ΤΕΕ δεν είστε υποχρεωμένος να είστε εγγεγραμμένος στο εμπορικό επιμελητήριο. Συνεπώς δεν τίθεται θέμα καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας και μπορείτε να υποβάλλετε προσφορά στο διαγωνισμό 6/2017*».

9. Επειδή, με την υπ' αριθ. 6/2017 Διακήρυξη με αντικείμενο την «Προμήθεια και τοποθέτηση ψύκτη σε αντικατάσταση του παλαιού στο […]» ορίζεται στο άρθρο 2.2.4 αυτής με τίτλο ότι : «*Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν εμπορική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προμήθειας. Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος εγκατάστασής τους ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα XI του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016. Στην περίπτωση οικονομικών φορέων εγκατεστημένων σε κράτος μέλους του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ) ή σε τρίτες χώρες που προσχωρήσει στη ΣΔΣ, ή σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στην προηγούμενη περίπτωση και έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την Ένωση σε θέματα διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε αντίστοιχα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα. Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο*», στο άρθρο 2.2.6.1. ότι : «*Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016 Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) (Β/3698/16-11-2016), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην*

παρούσα Παράρτημα ΙΙΙ, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986», στο άρθρο 2.2.6.2. ότι : «2.2.6.2 Αποδεικτικά μέσα Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.5, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016», και στο σημείο Β.2. του ως άνω άρθρου ότι : «*Για την απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 2.2.4. (απόδειξη καταλληλόλητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας) προσκομίζουν πιστοποιητικό/βεβαίωση του οικείου επαγγελματικού ή εμπορικού μητρώου του κράτους εγκατάστασης. Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης προσκομίζουν πιστοποιητικό/βεβαίωση του αντίστοιχου επαγγελματικού ή εμπορικού μητρώου του Παραρτήματος XI του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016, με το οποίο πιστοποιείται αφενός η εγγραφή τους σε αυτό και αφετέρου το ειδικό επάγγελμά τους. Στην περίπτωση που χώρα δεν τηρεί τέτοιο μητρώο, το έγγραφο ή το πιστοποιητικό μπορεί να αντικαθίσταται από ένορκη βεβαίωση ή, στα κράτη - μέλη ή στις χώρες όπου δεν προβλέπεται ένορκη βεβαίωση, από υπεύθυνη δήλωση του ενδιαφερομένου ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας ότι δεν τηρείται τέτοιο μητρώο και ότι ασκεί τη δραστηριότητα που απαιτείται για την εκτέλεση του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης. Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς προσκομίζουν βεβαίωση εγγραφής στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο ή στο Μητρώο Κατασκευαστών Αμυντικού Υλικού*», στο άρθρο 3.2. αυτής ότι : «*Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση μέσω του συστήματος στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα πέντε (15) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής*

ειδοποίησης σε αυτόν, τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α΄ 74) όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.6.2. της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 -2.2.5 αυτής» καθώς και ότι : «*Ο προσωρινός ανάδοχος κηρύσσεται έκπτωτος, 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 Τ.Ε.Υ.Δ., είναι ψευδή ή ανακριβή, ή ii) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή iii) από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.3 (λόγοι αποκλεισμού) και 2.2.4 έως 2.2.5 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας».*

10. Επειδή, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, από τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης που προσκόμισε ο παρεμβαίνων, και δη προσωρινός ανάδοχος, αποδείχθηκε ότι αυτός δεν πληροί τις απαιτήσεις καταλληλότητας που θέτει η διακήρυξη σχετικά με την επαγγελματική ικανότητα των διαγωνιζομένων εκ μόνης της εγγραφής του στο ΤΕΕ, το οποίο άλλωστε είχε προαποδεικτικά δηλώσει στο αντίστοιχο πεδίο του ΤΕΥΔ που υπέβαλλε εντός του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής του. Παρόλα αυτά, το κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας ελάττωμα τούτο, η τελευταία μπορούσε να το εξακριβώσει μόνο κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος και δη προσωρινού αναδόχου, και ως εκ τούτου ορθώς προβάλλεται δια της παρούσης στο αυτό στάδιο της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας (ΑΕΠΠ 121/2018).

11. Επειδή, από τη με αριθ. πρωτ. 195/65289 από 24.01.2018 βεβαίωση που προσκόμισε εντός του φακέλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης ο παρεμβαίνων, και δη προσωρινός ανάδοχος, προκύπτει κατ'αρχήν η εγγραφή του ιδίου ως μέλους του Τεχνικού Επιμελητηρίου Ελλάδος (ΤΕΕ) με αριθμό Μητρώου […] και με την ειδικότητα του Διπλωματούχου Ηλεκτρολόγου Μηχανικού, στοιχείο το οποίο κατ' αρχήν συνάδει με τις απαιτήσεις της υπόψη διακήρυξης, για το λόγο ότι το ΤΕΕ συνιστά επαγγελματικό μητρώο και με την εγγραφή σε αυτό πιστοποιείται η άσκηση του ειδικού επαγγέλματός του.

12. Επειδή, παρόλα αυτά, για τη θεμελίωση του δικαιώματος του παρεμβαίνοντος, και δη προσωρινού αναδόχου, να συμμετάσχει νομίμως στον υπόψη διαγωνισμό και να κριθεί ότι κατέχει την απαιτούμενη επαγγελματική ικανότητα προς τούτο, κρίσιμο είναι να διαγνωστεί εάν, πέραν της εγγραφής του ως μέλος του ΤΕΕ εκ της ιδιότητάς του ως Διπλωματούχου Μηχανικού, απαιτείται περαιτέρω και η εγγραφή του στο Γ.Ε.ΜΗ. και ως εκ τούτου και στο Εμπορικό Επιμελητήριο με την έννοια ότι ασκεί επιπλέον εμπορική δραστηριότητα.

13. Επειδή, με τη διάταξη του άρθρου 1 παρ. 1 του Ν. 3419/2005 προβλέπεται ότι : «1. Καθιερώνεται Γενικό Εμπορικό Μητρώο (Γ.Ε.ΜΗ.), στο οποίο εγγράφονται υποχρεωτικά τα κατωτέρω πρόσωπα και ενώσεις προσώπων (εφεξής "οι υπόχρεοι") α. Τα φυσικά πρόσωπα που είναι έμποροι και διαθέτουν επαγγελματική κατοικία ή εγκατάσταση ή ασκούν εμπορία μέσω κύριας ή δευτερεύουσας εγκατάστασης στην ημεδαπή, ……..» ενώ στην παρ. 2. προβλέπεται ότι : «2. Στο Γ.Ε.Μ.Η. εγγράφονται προαιρετικά: γ. τα φυσικά ή νομικά πρόσωπα ή ενώσεις προσώπων που ασκούν ή προτίθενται να ασκήσουν οικονομική ή επαγγελματική δραστηριότητα, χωρίς να έχουν καταστεί έμποροι από την άσκηση της δραστηριότητας αυτής». Ήτοι, από το περιεχόμενο της διάταξης συνάγεται ότι υποχρέωση εγγραφής στο Γενικό Εμπορικό Μητρώο υφίσταται μόνο για τα φυσικά πρόσωπα που είναι έμποροι ενώ μόνο δυνατότητα εγγραφής προβλέπει ο νόμος για όσους ασκούν

οικονομική ή επαγγελματική δραστηριότητα τέτοια που δεν τους καθιστά εμπόρους.

14. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 1 του Εμπορικού Νόμου «Έμποροι είναι όσοι μετέρχονται πράξεις εμπορικές και κύριον επάγγελμα έχουν την εμπορία». Από την ερμηνεία της εν λόγω διάταξης συνάγεται ότι έμπορος είναι αυτός που μετέρχεται εμπορικές πράξεις (όπως καθορίζονται από το νόμο) κατά σύνηθες επάγγελμα. Συνεπώς εάν φυσικό πρόσωπο ασκεί δραστηριότητας που εμπίπτουν στις εκ του νόμου οριζόμενες ως εμπορικές πράξεις και αποτελούν το κύριο ή σύνηθες επάγγελμά του κτάται την ιδιότητα του εμπόρου. Ειδικά δε για τα ελεύθερα επαγγέλματα αυτά δεν συμπεριλαμβάνονται κατ' αρχήν στις εξ' αντικειμένου περιοριστικώς απαριθμούμενες πράξεις του χερσαίου εμπορίου (Γνμδ ΝΣΚ 774/1999).

15. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, ως γίνεται δεκτό από θεωρία και νομολογία, ακόμα κι αν δεν περιλαμβάνεται στον κατάλογο των απαριθμούμενων στο νόμο εμπορικών πράξεων, εμπορική πράξη είναι γενικά κάθε πράξη που περιέχει διαμεσολάβηση στην κυκλοφορία οικονομικών αγαθών, φέρει τα στοιχεία της αβεβαιότητας και του κινδύνου, αλλά και την ελπίδα του κέρδους, στην οποία ο ενεργών την πράξη αμέσως ή εμμέσως προσβλέπει. Με άλλα λόγια, η άσκηση εμπορίας και κατ' επέκταση η κτήση της εμπορικής ιδιότητας συνιστά πραγματικό γεγονός που προϋποθέτει προηγούμενη έρευνα των επαγγελματικών συνθηκών, ήτοι εάν το φυσικό πρόσωπο ασκεί δραστηριότητα με τα ανωτέρω χαρακτηριστικά στο πλαίσιο οργανωμένης επιχείρησης (με εργατικό/υπαλληλικό προσωπικό, μηχανήματα, μίσθωση επαγγελματικής στέγης κτλ) θεωρείται έμπορος. Σε κάθε δε περίπτωση, υπηρεσίες οι οποίες συνδέονται με ουσιαστική παροχή, δηλ. αυτές που παραδοσιακά κατηγοριοποιούνται ως υπηρεσίες ελευθέριων επαγγελμάτων, βρίσκονται εκτός εμπορίου λόγω του ιδιαίτερα στενού προσωπικού δεσμού των προσώπων αυτών με τους πελάτες τους αλλά και γιατί σε αυτές προέχει το επιστημονικό ή καλλιτεχνικό στοιχείο (Γνμδ. ΝΣΚ 200/2010, 774/1999), το δε κέρδος είναι αποτέλεσμα προσωπικής εργασίας και

σωματικής καταπόνησης (Γνμδ. ΝΣΚ 378/2002, 948/1987), βέβαια ο αποκλεισμός αυτός δεν είναι απεριόριστος (Γνμδ. ΝΣΚ 391/2010).

16. Επειδή, λαμβάνοντας υπόψη τα εκτεθέντα στις σκέψεις 13-15 της παρούσας, η Δ/νση Εταιριών & Γ.Ε.ΜΗ. του Υπουργείου Οικονομίας με το με αριθ. πρωτ. 135861/28.12.2015 έγγραφό της απάντησε σε σχετικό ερώτημα ότι: «*Το επάγγελμα του Μηχανικού δεν προσδίδει στο φυσικό πρόσωπο την εμπορική ιδιότητα, συνεπώς δεν υπάρχει και υποχρέωση εγγραφής του στο Γενικό Εμπορικό Μητρώο*».

17. Επειδή, λαμβάνοντας υπόψη τη διάταξη του άρθρου 1 παρ. 2 περ. γ' του Ν. 3419/2005 όπως και το ως άνω έγγραφο της Δ/νσης Εταιριών & ΓΕΜΗ του Υπουργείου Οικονομίας, η αναθέτουσα αρχή με τις προσκομισθείσες απόψεις της υποστηρίζει ότι κατ'αρχήν το επάγγελμα του Μηχανικού δεν προσδίδει στο φυσικό πρόσωπο την εμπορική ιδιότητα και συνεπώς δεν είναι υποχρεωτική η εγγραφή στο Γ.Ε.ΜΗ. των Διπλωματούχων Μηχανικών, χωρίς παρόλα αυτά να αποκλείεται η επαγγελματική δράση του φυσικού προσώπου να γίνεται εν τέλει εμπορική, ενδεχόμενο το οποίο θα πρέπει να εξετάζεται μετά από περιπτωσιολογική εξέταση της ασκούμενης επαγγελματικής δραστηριότητας και των συνθηκών άσκησής της. Ενόψει τούτου στην υπό κρίση περίπτωση, κατά την άποψη της αναθέτουσας αρχής, από τα σχετικά δικαιολογητικά έγγραφα που προσκόμισε ο παρεμβαίνων και δη προσωρινός ανάδοχος συνάγεται ότι αυτός ασκεί δευτερεύουσα εμπορική δραστηριότητα και συνεπώς ικανοποιεί τις τιθέμενες στην υπόψη διακήρυξη απαιτήσεις περί καταλληλότητας και μόνον εκ της εγγραφής του στο ΤΕΕ. Άλλωστε, όπως η αναθέτουσα αρχή διευκρινίζει, σε χρόνο πριν από την υποβολή της προσφοράς του, ο παρεμβαίνων και δη προσωρινός ανάδοχος υπέβαλλε προς την αναθέτουσα αρχή ερώτημα αναφορικά με το ζήτημα της καταλληλότητας-επαγγελματικής ικανότητας για τη συμμετοχή του στον υπόψη διαγωνισμό, γνωρίζοντάς της μάλιστα και το με αριθ. πρωτ. 1864/02.10.2017 έγγραφο του Επιμελητηρίου […], επί του οποίου η αναθέτουσα αρχή αποκρίθηκε ότι ο

παρεμβαίνων έχει δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό, όπως αναλυτικά εκτίθεται κατωτέρω.

18. Επειδή, κατά τα ως άνω εκτεθέντα συνάγεται ότι, οι προβαλλόμενοι εκ μέρους της προσφεύγουσας ισχυρισμοί κατατείνουν στο συμπέρασμα ότι εφόσον ο παρεμβαίνων και δη προσωρινός ανάδοχος, πέραν της παροχής υπηρεσιών ως μηχανικός, ασκεί με την ιδιότητά του αυτή και εμπορική δραστηριότητα, οφείλει να είναι εγγεγραμμένος, εκτός από το Μητρώο του ΤΕΕ, και στο Γ.Ε.ΜΗ., με συνέπεια η μη εγγραφή του σε αυτό και κατ' επέκταση και στο οικείο Εμπορικό Επιμελητήριο να κωλύει τη συμμετοχή του στον υπόψη διαγωνισμό καθώς δεν πληροί τις απαιτήσεις περί καταλληλότητας - επαγγελματικής ικανότητας που θέτει η διακήρυξη. Παρόλα αυτά, ουδόλως προβάλλονται εκ μέρους της προσφεύγουσας ισχυρισμοί προς απόδειξη των συγκεκριμένων επαγγελματικών συνθηκών υπό τις οποίες ο παρεμβαίνων, και δη προσωρινός ανάδοχος, ασκεί την επαγγελματική του δραστηριότητα, ώστε, εκ του λόγου αυτού, να κρίνεται ότι αυτός εν τέλει, και πέραν της ιδιότητάς του ως ελεύθερος επαγγελματίας (διπλωματούχος μηχανικός), ενεργεί ως έμπορος, φέρει την εμπορική ιδιότητα και ως εκ τούτου υποχρεούται να είναι εγγεγραμμένος στο Γ.Ε.ΜΗ., και κατ' επέκταση στο Εμπορικό Επιμελητήριο. Συνεπώς, μόνον ο ισχυρισμός περί μη εγγραφής του παρεμβαίνοντος, και δη προσωρινού αναδόχου, στο Γ.Ε.ΜΗ., δεδομένου ότι αυτή δεν είναι εκ του νόμου κατ'αρχήν υποχρεωτική, δεν αρκεί για να αποδειχθεί ότι ο τελευταίος δεν πληροί τις τιθέμενες με την υπόψη διακήρυξη απαιτήσεις περί καταλληλότητας-επαγγελματικής ικανότητας για την ανάθεση της υπόψη σύμβασης, και ως εκ τούτου αβάσιμα προβάλλεται ο σχετικός ισχυρισμός από την προσφεύγουσα.

19. Επειδή, άλλωστε, από τα στοιχεία του υπόψη διαγωνισμού προκύπτει ότι ο παρεμβαίνων, και δη προσωρινός ανάδοχος, υπέβαλλε την 02.10.2017, και δη σε χρόνο πριν από την υποβολή της προσφοράς του, ερώτημα προς την αναθέτουσα αρχή, ζητώντας να του διευκρινιστεί εάν πληροί τα απαιτούμενα κατά τη διακήρυξη προσόντα περί καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας της υπό δημοπράτηση σύμβασης,

δεδομένου ότι λόγω της ιδιότητάς του ως Ηλεκτρολόγος Μηχανικός είναι εγγεγραμμένος ως μέλος του ΤΕΕ ενώ για την επιχείρησή του, η οποία είναι ατομική και δραστηριοποιείται εμπορικά στον τομέα θέρμανσης –κλιματισμού, δεν απαιτείται και εγγραφή στο οικείο Εμπορικό Επιμελητήριο, ως πιστοποιείται από το προσκομισθέν έγγραφο του Εμπορικού Επιμελητηρίου περί αδυναμίας εγγραφής του σε αυτό. Σε απάντηση του ερωτήματός του, ο παρεμβαίνων, και δη προσωρινός ανάδοχος, έλαβε το από 04.10.2017 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, κατά το περιεχόμενου του οποίου η τελευταία διευκρινίζει ότι : «*Σε απάντηση σε ερώτημά σας σχετικά με τη καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, λόγω της εγγραφή σας στο ΤΕΕ δεν είστε υποχρεωμένος να είστε εγγεγραμμένος στο εμπορικό επιμελητήριο (σχετ. έγγραφό σας από το Εμπορικό Επιμελητήριο Ιωαννίνων). Συνεπώς δεν τίθεται θέμα καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας και μπορείτε να υποβάλλετε προσφορά για τον διαγωνισμό 6/2017*».

20. Επειδή, σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας αλλά και την απολύτως κρατούσα άποψη στην επιστήμη του διοικητικού δικαίου, η διακήρυξη του διαγωνισμού συνιστά στο σύνολό της κανονιστική πράξη της αναθέτουσας αρχής, συνακόλουθα και οι όροι της διακήρυξης έχουν κανονιστικό χαρακτήρα, περιλαμβάνουν δηλαδή γενικούς και αφηρημένους κανόνες, η πιστή τήρηση των οποίων ελέγχεται από τα δικαστήρια, και οι οποίοι δεσμεύουν απολύτως τόσο την αναθέτουσα αρχή και τα όργανα που διεξάγουν το διαγωνισμό όσο και τους διαγωνιζόμενους. Επιπροσθέτως, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας, η διαδικασία των διαγωνισμών είναι αυστηρώς τυπική υπό την έννοια ότι οι προσφορές των διαγωνιζομένων πρέπει να τηρούν απολύτως τους υποχρεωτικούς και δεσμευτικούς όρους της διακήρυξης και να βρίσκονται σε συμφωνία με το κανονιστικό περιεχόμενο αυτών, όπερ συνεπάγεται ότι κάθε παράβαση των σχετικών όρων της διακήρυξης έχει σαν επακόλουθο το απαράδεκτο της υπόψη προσφοράς ή/και την ακυρότητα των πράξεων της αναθέτουσας αρχής που δε συνάδουν στις παραπάνω επιταγές. Περαιτέρω, ως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, διευκρινίσεις που παρέχονται επί όρων της διακήρυξης αποτελούν

εκτελεστές διοικητικές πράξεις και εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους όρους της διακήρυξης στους οποίους αναφέρονται (βλ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2017, σελ. 338).

21. Επειδή, εν προκειμένω με το από 04.10.2017 απαντητικό έγγραφό της η αναθέτουσα αρχή παρέχει διευκρινίσεις σχετικά με τα απαιτούμενα για την απόδειξη της καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι οποίες διευκρινίσεις συμπληρώνουν τους σχετικούς όρους της υπόψη διακήρυξης και ενσωματώνονται σε αυτή. Ως εκ τούτου, λαμβάνοντας υπόψη το περιεχόμενο του από 04.10.2017 απαντητικού εγγράφου διευκρινίζεται ότι μόνον η εγγραφή του παρεμβαίνοντος και δη προσωρινού αναδόχου στο ΤΕΕ (εκ της ιδιότητάς του ως διπλωματούχος ηλεκτρολόγος μηχανικού) αρκεί για την πλήρωση των απαιτήσεων καταλληλότητας που θέτει η διακήρυξη, χωρίς να απαιτείται επιπλέον η εγγραφή στο Εμπορικό Επιμελητήριο ή σε άλλο Επιμελητήριο, προκειμένου να δύναται να συμμετέχει νομίμως στον υπόψη διαγωνισμό.

22. Επειδή, άλλωστε, κατ' εφαρμογή των αρχών της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, γίνεται δεκτό ότι η ερμηνεία του επίμαχου όρου της υπόψη διακήρυξης σχετικά με την απόδειξη της καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, όπως έλαβε χώρα με το από 04.10.2017 απαντητικό έγγραφο της αναθέτουσας αρχής προς τον παρεμβαίνοντα, και δη προσωρινό ανάδοχο, δε μπορεί εν τέλει να αποβεί εις βάρος αυτού, ο οποίος καλόπιστα και στηριζόμενος στην απάντηση της αναθέτουσας αρχής συμμετείχε στο διαγωνισμό, υποβάλλοντας νομίμως την προσφορά του και διατηρώντας εύλογα την πεποίθηση ότι η εγγραφή του στο ΤΕΕ αρκεί για την κάλυψη των απαιτήσεων περί καταλληλότητας που τίθενται με τους όρους της υπόψη διακήρυξης. Επομένως, και για το λόγο αυτό αβάσιμα προβάλλεται από την προσφεύγουσα ο οικείος ισχυρισμός.

23. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

24. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 195196527958 0507 0088), ποσού 600,00€ πρέπει να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την ασκηθείσα Παρέμβαση του […].

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού 600,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 18 Απριλίου 2018 και εκδόθηκε στις 30 Απριλίου 2018.

Ο Πρόεδρος	**Ο Γραμματέας**
Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης	**Νεκτάριος Α. Μερτινός**