

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 03 Μαρτίου 2020, με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη, Μέλος και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλος και Εισηγητής, δυνάμει της με αριθμό 130/2020 Πράξης του Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει την από 27-01-2020 Προδικαστική Προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 96/28-01-2020 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «», και το διακριτικό τίτλο «», που εδρεύει στην, επί της συμβολής των οδώναρ. και, νόμιμα εκπροσωπούμενης

Κατά της με την επωνυμία « (.....)», που εδρεύει στο, επί της οδού αρ. ..., νόμιμα εκπροσωπούμενης

και της παρεμβαίνουσας ένωσης εταιρειών « –», που εδρεύει στη, επί της οδού, αρ., νόμιμα εκπροσωπούμενης και των εταιρειών που την απαρτίζουν, ήτοι α) της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «» που εδρεύει στη, επί της οδού, αρ., νόμιμα εκπροσωπούμενης και β) της εταιρείας περιορισμένης ευθύνης με την επωνυμία «», που εδρεύει στην, επί της οδού, αρ., νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Με την κρινόμενη προσφυγή ζητείται να ακυρωθεί η με αριθμό 346/14-01-2020 απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου της καθ' ης εταιρείας περί κατακύρωσης του διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου του έργου

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

«Ολοκληρωμένο Πληροφοριακό Σύστημα Άσκησης Δραστηριοτήτων και Ελέγχων (ΟΠΣ – ΑΔΕ)» στην παρεμβαίνουσα ένωση εταιρειών.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό), ποσού 6.836,55€, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προϋπολογισθείσα δαπάνη της σύμβασης, χωρίς τα δικαιώματα προαίρεσης, ανέρχεται προ ΦΠΑ στο 1.367.309,00€.

2. Επειδή, η προσφυγή ανατέθηκε προς εξέταση στο 2^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με το από 28-01-2020 ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της Αρχής.

3. Επειδή, η ανώνυμη εταιρεία του δημοσίου τομέα με την επωνυμία « (.....)» (εφεξής αναθέτουσα αρχή» ή «») με τη με αριθμό διακήρυξή της, προκήρυξε δημόσιο διεθνή ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης υλοποίησης ολοκληρωμένου πληροφοριακού συστήματος άσκησης δραστηριοτήτων και ελέγχων (ΟΠΣ ΑΔΕ) και συναφών υπηρεσιών, συνολικής εκτιμώμενης προ ΦΠΑ αξίας (συμπεριλαμβανομένων των δικαιωμάτων προαίρεσης) 2.373.648,42€ (εφεξής «διαγωνισμός»). Ο διαγωνισμός διεξάγεται ηλεκτρονικά μέσω της διαδικτυακής πύλης του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) υπό το συστημικό αριθμό Μετά την υποβολή προσφορών, την αποσφράγιση, τον έλεγχο και την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής, των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων, με τη με αριθμό 9653/31-10-2019 απόφαση του διευθύνοντος συμβούλου της, εκδοθείσα κατ' εξουσιοδότηση του Διοικητικού της Συμβουλίου,

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης αναδείχθηκε η ένωση εταιρειών «» (εφεξής καλούμενη στην παρούσα «παρεμβαίνουσα ένωση» ή «παρεμβαίνουσα»), ενώ δεύτερη κατετάγη η εταιρεία «» (εφεξής καλούμενη στην παρούσα «προσφεύγουσα» ή «»). Ακολούθως, η προσωρινή ανάδοχος, ήδη παρεμβαίνουσα ένωση εταιρειών προσκλήθηκε να υποβάλει δικαιολογητικά κατακύρωσης και με τη με αριθμό 346/14-1-2020 απόφαση του διευθύνοντος συμβούλου της, εκδοθείσα κατ' εξουσιοδότηση του Διοικητικού της Συμβουλίου, α) εγκρίθηκε το με αριθμό 21/12-12-2019 πρακτικό της επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού και αξιολόγησης προσφορών του διαγωνισμού, με το οποίο κρίθηκε ότι υποβλήθηκαν εμπρόθεσμα όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης, όπως προσδιορίζονται στη διακήρυξη, β) έγιναν αποδεκτά τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας ένωσης και γ) κατακυρώθηκε σε αυτήν προσωρινά το προκηρυχθέν έργο αντί του συνολικού ποσού των πεντακοσίων τριάντα τριών χιλιάδων διακοσίων εξήντα ευρώ (533.260,00€), χωρίς ΦΠΑ και δικαιώματα προαίρεσης. Κατά της απόφασης αυτής (με αριθμό 346/14-1-2020) του διευθύνοντος συμβούλου της (εφεξής «προσβαλλόμενη απόφαση» ή «προσβαλλόμενη πράξη») στρέφεται η προσφεύγουσα με την κρινόμενη προδικαστική της προσφυγή, για τους σε αυτήν περιεχόμενους λόγους και με τα ειδικά αιτήματά της.

4. Επειδή, όπως έχει ήδη κριθεί (βλ. ΑΕΠΠ 443/2019, σκ. 1), ο διαγωνισμός, ενόψει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (345 παρ. 1 ν. 4412/2016, 6 παρ.1 ν. 4412/2016), του αντικειμένου της και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, της δηλαδή, ως ανώνυμης εταιρείας του δημοσίου τομέα, η οποία είναι μη κεντρική αναθέτουσα αρχή και ανήκει στην (.....), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συναφώς υπάγεται και στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, εν όψει και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (αποστολή της προκήρυξης της σχετικής σύμβασης για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στις 11-06-2018), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016,

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 345 παρ. 1 και 379 παρ. 7 του νόμου, όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν, η δε ΑΕΠΠ ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, όπως προκύπτει από τα αναρτημένα στοιχεία στην λειτουργικότητα της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ α/α), η κρινόμενη προσφυγή έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτός, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 39/2017, συνακόλουθα, προσήκει να εξεταστεί στην ουσία της. Η προσφυγή, εξάλλου, όπως κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού φέρει ψηφιακή υπογραφή, όπως, τούτο διαπιστώνεται κατά τη θέαση του σχετικού αρχείου από τον οικείο ηλεκτρονικό τόπο σε οιοδήποτε ηλεκτρονικό υπολογιστή της Αρχής. Ο δε περί του αντιθέτου ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας είναι αβάσιμος και απορριπτέος. Η απουσία, άλλωστε, ηλεκτρονικής υπογραφής στο αντίγραφο της προσφυγής που κοινοποιήθηκε στην παρεμβαίνουσα από την αναθέτουσα αρχή, δεν καθιστά την προσφυγή अपαράδεκτη. Η προσφυγή, περαιτέρω, δεν καθίσταται απαράδεκτη ούτε αν το αντίγραφό της που κοινοποιήθηκε στην παρεμβαίνουσα αποτελεί φωτογραφία (σάρωση) εκτυπωμένου εντύπου, στο οποίο έχει τεθεί η (φυσική) σφραγίδα της προσφεύγουσας εταιρίας και το οποίο δεν φέρει καμία υπογραφή (ούτε ηλεκτρονική ούτε ιδιόχειρη). Και τούτο, διότι, κατά τις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 1 του ν. 4412/2016, 8 παρ. 3 του π.δ. 39/2019 και 19 της Υ.Α. 56902/215/20178 για την παραδεκτή άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, αρκεί αυτή να είναι ηλεκτρονικώς υπογεγραμμένη κατά την κατάθεσή της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

6. Επειδή, από τη μελέτη του φακέλου του διαγωνισμού προκύπτει ότι η προσφεύγουσα συμμετείχε στο διαγωνισμό, η προσφορά της οποίας μετά την αξιολόγηση των τεχνικών και οικονομικών προσφορών κατετάγη δεύτερη, αμέσως μετά την παρεμβαίνουσα ένωση. Κατά συνέπεια, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, στρέφεται κατά της απόφασης που κατακύρωσε το διαγωνισμό στην παρεμβαίνουσα. Και τούτο, διότι, εφόσον, κατά τα ιστορούμενα στην προσφυγή, μη νομίμως έγιναν δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας, ο διαγωνισμός θα έπρεπε να κατακυρωθεί στην προσφεύγουσα.

7. Επειδή, ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται τα εξής: Το μέλος της παρεμβαίνουσας ένωσης, εταιρεία με την επωνυμία «» (εφεξής καλούμενη), για την κάλυψη της απαίτησης του όρου 2.2.3 της Διακήρυξης, στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ), που περιέλαβε, στον υποφάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής της, συμπληρωμένο ηλεκτρονικώς σε μορφή αρχείου pdf, στην παράγραφο Δ´ με τίτλο «Αμιγώς εθνικοί λόγοι αποκλεισμού» του Μέρους III (Λόγοι Αποκλεισμού) και στην ερώτηση «ισχύουν οι αμιγώς εθνικοί λόγοι αποκλεισμού που ορίζονται στη σχετική προκήρυξη ή στα έγγραφα της σύναψης της σύμβασης;» επέλεξε την απάντηση «όχι». Στην υποβληθείσα με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, όμως, από 02-12-2019 Υπεύθυνη Δήλωσή της του ν. 1599/1986, δηλώνει, ως μετόχους αυτής: 1) την εταιρεία με την επωνυμία «», με ποσοστό 16,8783%, η οποία είναι εισηγμένη στο και 2) την εταιρεία «» (εφεξής καλούμενη), με ποσοστό 17,6122%, της οποίας οι μετοχές ανήκουν κατά ποσοστό 98.87% στην εταιρεία «» (εφεξής καλούμενη), η οποία, κατά τα αναφερόμενα στην ανωτέρω δήλωση, είναι εταιρεία περιορισμένης ευθύνης και δεν υπόκειται σε υποχρέωση ονομαστικοποίησης. Με τη δήλωσή της αυτή, δηλαδή, η εταιρεία απλώς δηλώνει, ότι η ως άνω ολλανδική εταιρεία δεν υπόκειται σε υποχρέωση ονομαστικοποίησης, χωρίς, όμως, να δηλώνει, εάν σε αυτήν (στην εταιρεία, δηλαδή) συμμετέχει αμέσως ή εμμέσως «εξωχώρια» εταιρεία, ούτε προσκόμισε δικαιολογητικά στοιχεία ότι στην ολλανδική εταιρεία δεν συμμετέχει εξωχώρια εταιρεία. Δοθέντος ότι στο μετοχικό κεφάλαιο της εταιρείας συμμετέχει εξωχώρια εταιρεία, με ποσοστό άνω του 1% και συγκεκριμένα συμμετέχει η εταιρεία «» (εφεξής καλούμενη), με έδρα στο Τζέρσεϋ, ως μέτοχος της εταιρείας

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

....., βασικής μετόχου της ελληνικής ανώνυμης εταιρείας, η οποία κατέχει το μεγαλύτερο μέρος του μετοχικού κεφαλαίου της, η εταιρεία αυτή απέκρυψε πληροφορίες απαιτούμενες και ουσιώδεις για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, και, ως εκ τούτου, υπέπεσε στον αυτοτελή εθνικό λόγο αποκλεισμού της παραγράφου 4 ζ' του άρθρου 73 ν. 4412/2016, ο οποίος προβλέπεται και στον όρο 2.2.3.3. περ. ζ' της διακήρυξης, αλλά και σε αυτόν του άρθρου 8 παρ. 4 του ν. 3310/2005 και του όρου 2.3.3.4 της διακήρυξης του επίμαχου διαγωνισμού. Επιπλέον, η εταιρεία «» δεν υπέβαλε τα απαιτούμενα δικαιολογητικά για την απόδειξη μη συνδρομής του σχετικού λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπό της και, συγκεκριμένα, δεν υπέβαλε αναλυτική κατάσταση της σύνθεσης της (φερόμενης ως μετόχου της δικής της μετόχου) εταιρείας Στο πρόσωπο της εταιρείας, τέλος, συντρέχει η περίπτωση του άρθρου 8 παρ. 4 του ν. 3310/2005, ως ισχύει, κατά την οποία απαγορεύεται ρητώς η σύναψη δημοσίων συμβάσεων με εξωχώριες εταιρείες από φορολογικά «μη συνεργάσιμα» κράτη και από κράτη που έχουν «προνομιακό φορολογικό καθεστώς», όπως αυτά ορίζονται από τον κατάλογο της απόφασης της παραγράφου 7 του άρθρου 65 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (ν. 4172/2013) με τις εκεί αναφερόμενες εξαιρέσεις, στα οποία περιλαμβάνεται και το Τζέρσεϋ. Η προσφεύγουσα, εξάλλου, ισχυρίζεται ότι η ανώνυμη εταιρεία «» (εφεξής καλούμενη), στις ικανότητες της οποίας στηρίζεται η παρεμβαίνουσα ένωση για την πλήρωση των κριτηρίων τεχνικής ικανότητας, δεν υπέβαλλε ως όφειλε πιστοποιητικά ISO 9001 για τη διασφάλιση της ποιότητας, ISO 14001 για τη περιβαλλοντική διαχείριση και ISO 27001 για την ασφαλή διαχείριση των πληροφοριών, με αποτέλεσμα να μην αποδεικνύεται, ότι μπορεί να εξασφαλίζει την ποιότητα των παρεχομένων υπηρεσιών και ότι διαθέτει οργανωμένο σύστημα διαχείρισης ποιότητας στο πεδίο εφαρμογής της ανάπτυξης και εγκατάστασης ολοκληρωμένων πληροφοριακών συστημάτων, όπως απαιτείται στον όρο 2.2.4.4. της διακήρυξης του διαγωνισμού.

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

8. Επειδή, εξάλλου, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και 7 του π.δ. 39/2017 και εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις ίδιες ως άνω διατάξεις, υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, παρεμβαίνει η προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης ένωση εταιρειών «», με την από 07-02-2020, αναρτηθείσα την ίδια ημέρα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, παρέμβασή της, στην οποία ισχυρίζεται τα εξής: Η εταιρία αποτελεί εταιρεία περιορισμένης ευθύνης (.....) και ότι, αντίθετα με όσα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, το σύνολο του κεφαλαίου της ανήκει στην εδρεύουσα στο Λουξεμβούργο εταιρία με την επωνυμία «», η οποία είναι επίσης εταιρία περιορισμένης ευθύνης (.....). Λόγω της νομικής μορφής τους, όμως, ούτε η πρώτη εταιρεία, εδρεύουσα στην Ολλανδία, ούτε η δεύτερη, εδρεύουσα στο Λουξεμβούργο, είχαν υποχρέωση ονομαστικοποίησης των μετοχών τους. Εξάλλου, στη μετοχική σύνθεση της δεν συμμετέχει εξωχώρια εταιρία, ούτε μπορεί στον τρέχοντα διαγωνισμό να επέλθει αποκλεισμός της με βάση στοιχεία που είχαν ληφθεί υπόψη κατά την έκδοση της 300/2016 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, την οποία επικαλείται η προσφεύγουσα για την απόδειξη του αντιθέτου, στοιχεία που είναι πλέον παρωχημένα. Περαιτέρω, το θέμα της συμμετοχής «εξωχώριας» εταιρίας στη διαδικασία ελέγχεται στο στάδιο της ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων, για την οποία στο πλαίσιο του επίμαχου διαγωνισμού εκδόθηκε η με αριθμό 3156/19-02-2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατά της οποίας η προσφεύγουσα δεν άσκησε προσφυγή. Εξάλλου, το Τζέρσεϋ δεν θεωρείται πλέον φορολογικά μη συνεργάσιμο κράτος, συνεπώς εταιρεία με έδρα το Τζέρσεϋ δεν θεωρείται εξωχώρια εταιρεία, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 4 παρ. 4 περίπτωση α΄ του ν. 3310/2005, όπως το πρώτο και το δεύτερο εδάφιο αντικαταστάθηκαν με το άρθρο 40 του ν. 4605/2019. Και υπό την εκδοχή όμως ότι στο κεφάλαιο της μπορεί να συμμετείχε εταιρεία με έδρα το Τζέρσεϋ, αποκλεισμός της παρεμβαίνουσας για το λόγο αυτό, αντίκειται στις διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, που, παρά την εξαντλητική απαρίθμηση των λόγων αποκλεισμού

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

σχετικά με τις επαγγελματικές ιδιότητες, δεν προβλέπουν τον προβλεπόμενο από τις διατάξεις του ν. 3310/2005 εθνικό λόγο αποκλεισμού, επιπλέον θα παραβίαζε και την αρχή της αναλογικότητας. Ως προς τα πιστοποιητικά ISO της εταιρείας, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η ίδια καλύπτει όλες τις απαιτήσεις της διακήρυξης αναφορικά με την κατοχή πιστοποιήσεων του άρθρου 2.2.4.4 της διακήρυξης, συνεπώς δεν υπήρχε ανάγκη να προσκομισθούν πιστοποιητικά ISO της εταιρείας Εκτός αυτού, η διακήρυξη του διαγωνισμού δεν απαιτεί την υποβολή πιστοποιητικών ISO 14001 και 27001, αλλά μόνο ISO 9001. Και υπό την εκδοχή, άλλωστε, ότι η δεν πληρούσε τα κριτήρια επιλογής, τότε η παρεμβαίνουσα θα έπρεπε να κληθεί σε αντικατάστασή της και όχι να απορριφθεί η προσφορά της. Σε κάθε περίπτωση, και αν ήθελε κριθεί ότι υπάρχουν ελλείψεις στα δικαιολογητικά κατακύρωσης, θα πρέπει μόνο να γίνει αναπομπή στην αναθέτουσα αρχή για τη συμπλήρωσή τους.

9. Επειδή, περαιτέρω, με το με αριθμό πρωτ. 1186/06-02-2020 έγγραφο του Διευθύνοντος Συμβούλου της η αναθέτουσα αρχή παραθέτει τις απόψεις της επί της προσφυγής, με τις οποίες εμμένει στην αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης, επιπλέον δε και κατ' επιτρεπτή συμπλήρωσή της, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 365 παρ. 1, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, ισχυρίζεται τα εξής: Ο προβλεπόμενος στην παρ. 4 του άρθρου 2.3.3.4 έλεγχος αφορά και περιορίζεται στην άμεση ή έμμεση συμμετοχή ανώνυμης εταιρείας και στην περίπτωση αυτή αν έχει λάβει χώρα ονομαστικοποίηση μέχρι φυσικού προσώπου, περίπτωση όμως που δεν ισχύει για την, η οποία είναι βασική μέτοχος της-....., η οποία είναι μέτοχος της, μέλους της προσωρινής αναδόχου ένωσης εταιρειών. Οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, εξάλλου, περί της συμμετοχής εξωχώριας εταιρείας στην εταιρεία στηρίζονται σε δικαστικές αποφάσεις του έτους 2016 και 2017 και αφορούν έτερους παλαιότερους διαγωνισμούς, κατά συνέπεια δεν συνιστούν ασφαλές κριτήριο για τη συμμετοχή μεταγενέστερα της ίδιας εξωχώριας εταιρείας στο μέλος της προσωρινής αναδόχου ένωσης και έτσι δεν αποδεικνύεται το ενδιάμεσο γεγονός της δήθεν πλημμέλειας της.

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

Τέλος, σχετικά με τα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι η εταιρεία ήταν υπεργολάβος και δεν δηλώθηκε ότι δανείζει την εμπειρία της στην ανάδοχο ένωση προσώπων ή μέλος της, κατά συνέπεια δεν όφειλε να υποβάλει τα πιστοποιητικά της παραγράφου 2.2.4.4. της διακήρυξης.

10. Επειδή, επέκεινα, η προσφεύγουσα στις 21-02-2020 ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού το από ίδιας ημερομηνίας υπόμνημά της επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και της παρέμβασης, κατά την έννοια των διατάξεων του τελευταίου εδαφίου της πρώτης παραγράφου του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, στο οποίο, επιπλέον των όσων είχε υποστηρίξει στην προσφυγή της, προβάλλει τα εξής: Κατά την αληθή έννοια και ερμηνεία των όρων 2.2.3.3. και 2.2.3.4 της διακήρυξης η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αποκλείσει την παρεμβαίνουσα ένωση, εφόσον περιήλθε σε γνώση της δια της προσφυγής, η αποδεδειγμένη συνδρομή στο πρόσωπο της των οικείων λόγου αποκλεισμού. Κατά το ισχύον νομοθετικό καθεστώς, εξάλλου, στην έννοια της «εξωχώριας» εταιρείας δεν περιλαμβάνονται μόνον εταιρείες που εδρεύουν σε «φορολογικώς μη συνεργάσιμα κράτη», αλλά και εταιρείες που εδρεύουν σε κράτη με «προνομιακό φορολογικό καθεστώς», στα οποία περιλαμβάνεται συνεχώς και το Τζέρσεϋ και, συνεπώς, οι λειτουργούσες στο Τζέρσεϋ εταιρείες και οικονομικές οντότητες εντάσσονται στις εξωχώριες εταιρείες του άρθρου 4 παρ. 4 του ν. 3310/2005. Τέλος, σχετικά με την παράλειψη προσκόμισης πιστοποιητικών ποιότητας της η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι, εφόσον για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική επάρκεια συμμετέχοντος γίνεται επίκληση των ικανοτήτων τρίτου φορέα, πρέπει τα προσκομιζόμενα αποδεικτικά μέσα για την δέσμευση του τρίτου φορέα, αλλά και την διαπίστωση της πραγματικής του δυνατότητας να συνδράμει τον συμμετέχοντα στην εκτέλεση της σύμβασης, να είναι αντίστοιχα με εκείνα, τα οποία θα όφειλε να προσκομίσει ο τελευταίος, εάν συμμετείχε αυτοτελώς στο διαγωνισμό.

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

11. Επειδή, τέλος, στις 28-02-2020, η παρεμβαίνουσα ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού το από ίδιας ημερομηνίας υπόμνημά της προς αντίκρουση του στην προηγούμενη σκέψη της παρούσας αναφερόμενου υπομνήματος της προσφεύγουσας, το οποίο, ωστόσο απαραδέκτως υποβάλλεται και δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη, κατά τις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 3 και 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016. Και τούτο, διότι προ της εξέτασης μιας προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ υπόμνημα δύναται να υποβάλει η προσφεύγουσα και μάλιστα προς αντίκρουση των απόψεων ή της συμπληρωματικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής και όχι η παρεμβαίνουσα προς αντίκρουση του υπομνήματος της προσφεύγουσας. Η παρεμβαίνουσα, αντίθετα, προς αντίκρουση της προσφυγής που τη βλάπτει και προς το σκοπό διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης με την προσφυγή πράξης προβλέπεται ότι δύναται με την παρέμβασή της να προβάλει όλους τους νομικούς και πραγματικούς ισχυρισμούς της, προσκομίζοντας όλα τα κρίσιμα έγγραφα που έχει στη διάθεσή της, εντός δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσφυγής σε αυτήν.

12. Επειδή, σχετικά με τους τέσσερις πρώτους λόγους της κρινόμενης προσφυγής, η διακήρυξη που συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο, που διέπει το διαγωνισμό, ορίζει τα εξής: Στο άρθρο 2.2.3 με τίτλο «Λόγοι Αποκλεισμού», μεταξύ άλλων, ότι: « ... 2.2.3.3. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ... (ζ) εάν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή της παραγράφου 0 Αποδεικτικά μέσα-Δικαιολογητικά της παρούσας, ... 2.2.3.4. Αποκλείεται, επίσης, προσφέρων οικονομικός φορέας από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης εάν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν.

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

3310/2005, όπως ισχύει (αμιγώς εθνικός λόγος αποκλεισμού) ... Προσφέρων οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους **Σφάλμα! Το αρχείο προέλευσης της αναφοράς δεν βρέθηκε.**, **Σφάλμα! Το αρχείο προέλευσης της αναφοράς δεν βρέθηκε.** γ) και 0 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού (αυτοκάθαρση). ...», στο άρθρο 2.2.6 με τίτλο «Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής», μεταξύ άλλων, ότι: «2.2.6.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών. Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου **Σφάλμα! Το αρχείο προέλευσης της αναφοράς δεν βρέθηκε.** **Σφάλμα! Το αρχείο προέλευσης της αναφοράς δεν βρέθηκε.** και β) πληρούν τα «Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής» της παραγράφου **Σφάλμα! Το αρχείο προέλευσης της αναφοράς δεν βρέθηκε.** της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους, ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα **Σφάλμα! Το αρχείο προέλευσης της αναφοράς δεν βρέθηκε.**, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. ... 2.2.6.2 Αποδεικτικά μέσα-Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου. [Α...] Β. 1. Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου **Σφάλμα! Το αρχείο προέλευσης της αναφοράς δεν βρέθηκε.** οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς προσκομίζουν αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά: ... δ) Για τις λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου 2.2.3.3: Υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος οικονομικού φορέα ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι οριζόμενοι στην παραπάνω παράγραφο λόγοι αποκλεισμού ... ε) για την παράγραφο **Σφάλμα! Το αρχείο προέλευσης της αναφοράς δεν βρέθηκε.**: Δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης των μετοχών, εφόσον ο προσωρινός ανάδοχος είναι ανώνυμη εταιρία . [Εξαιρούνται της υποχρέωσης αυτής οι εταιρείες που είναι εισηγμένες στο Χρηματιστήριο της χώρας εγκατάστασής τους και υποβάλλουν περί τούτου υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

τους]: Ειδικότερα ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει πιστοποιητικό αρμόδιας αρχής του κράτους της έδρας, από το οποίο να προκύπτει ότι οι μετοχές είναι ονομαστικές, καθώς και αναλυτική κατάσταση με τα στοιχεία των μετόχων της εταιρείας και τον αριθμό των μετοχών κάθε μετόχου (μετοχολόγιο), όπως τα στοιχεία αυτά είναι καταχωρημένα στο βιβλίο μετόχων της εταιρείας, το πολύ τριάντα εργάσιμες ημέρες πριν από την ημέρα υποβολής της προσφοράς. Εάν ο προσωρινός ανάδοχος είναι αλλοδαπή ανώνυμη εταιρία, και εφόσον έχει, κατά το δίκαιο της έδρας της, ονομαστικές μετοχές προσκομίζει πιστοποιητικό αρμόδιας αρχής του κράτους της έδρας, από το οποίο να προκύπτει ότι οι μετοχές είναι ονομαστικές, αναλυτική κατάσταση μετόχων, με αριθμό των μετοχών του κάθε μετόχου, όπως τα στοιχεία αυτά είναι καταχωρημένα στο βιβλίο μετόχων της εταιρείας με ημερομηνία το πολύ 30 εργάσιμες ημέρες πριν την υποβολή της προσφοράς ή κάθε άλλο στοιχείο από το οποίο να προκύπτει η ονομαστικοποίηση μέχρι φυσικού προσώπου των μετοχών, που έχει συντελεστεί τις τελευταίες 30 (τριάντα) εργάσιμες ημέρες πριν την υποβολή της προσφοράς. Σε διαφορετική περίπτωση, δηλαδή εφόσον κατά το δίκαιο της χώρας στην οποία έχει την έδρα της δεν έχει ονομαστικές μετοχές, υποβάλλει βεβαίωση περί μη υποχρέωσης ονομαστικοποίησης των μετοχών από αρμόδια αρχή, εφόσον υπάρχει σχετική πρόβλεψη, διαφορετικά προσκομίζει υπεύθυνη δήλωση του διαγωνιζόμενου, έγκυρη και ενημερωμένη κατάσταση μετόχων που κατέχουν τουλάχιστον 1% των μετοχών και αν δεν τηρείται τέτοια κατάσταση, σχετική κατάσταση μετόχων (με 1%), σύμφωνα με την τελευταία Γενική Συνέλευση, αν οι μέτοχοι αυτοί είναι γνωστοί στην εταιρεία. Αν δεν προσκομισθεί κατάσταση κατά τα ανωτέρω, η εταιρεία αιτιολογεί τους λόγους που οι μέτοχοι αυτοί δεν της είναι γνωστοί. Η Αναθέτουσα αρχή δεν υπεισέρχεται στην κρίση της ως άνω αιτιολογίας. Δύναται, ωστόσο, να αποδείξει τη δυνατότητα υποβολής της κατάστασης μετόχων, και μόνο στην περίπτωση αυτή η εταιρεία αποκλείεται από την παρούσα διαδικασία. ...» και στο άρθρο 3.2, με τίτλο «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου – Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου», μεταξύ άλλων ότι: «Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

ηλεκτρονική πρόσκληση μέσω του συστήματος στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο») και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας που δεν μπορεί να είναι μικρότερη των δέκα (10) ούτε μεγαλύτερη των είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης 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 0 της παρούσας διακήρυξης ήτοι: - τα αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου **Σφάλμα! Το αρχείο προέλευσης της αναφοράς δεν βρέθηκε.** της διακήρυξης, ... 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 προσφορά του προσωρινού αναδόχου απορρίπτεται και 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 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 τις Παρ. **Σφάλμα! Το αρχείο προέλευσης της αναφοράς δεν βρέθηκε.** (λόγοι αποκλεισμού), **Σφάλμα! Το αρχείο προέλευσης της αναφοράς δεν βρέθηκε.** (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) και 0 (στήριξη στην ικανότητα τρίτων) της παρούσας. ...». Τέλος, στο

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

περιεχόμενο στο Παράρτημα ΙΙΙ της διακήρυξης Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), στην παράγραφο Δ΄, αυτού, με τίτλο «Αμιγώς εθνικοί λόγοι αποκλεισμού» του Μέρους ΙΙΙ (Λόγοι Αποκλεισμού) περιλαμβάνεται η ερώτηση «ισχύουν οι αμιγώς εθνικοί λόγοι αποκλεισμού που ορίζονται στη σχετική προκήρυξη ή στα έγγραφα της σύναψης της σύμβασης;» κάτω από την οποία οι υποβάλλοντες επιλέγουν μία από τις απαντήσεις, «ΝΑΙ» ή «ΟΧΙ».

13. Επειδή, περαιτέρω, ο ν. 3310/2005 «Μέτρα για τη διασφάλιση της διαφάνειας και την αποτροπή καταστρατηγήσεων κατά τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (Α΄ 30), στον οποίο παραπέμπει το άρθρο 2.2.3.4 της διακήρυξης, ορίζει, στο άρθρο 8, όπως αυτό τροποποιήθηκε με το άρθρο 8 του ν. 3414/2005 (Α΄ 279), και, εν συνεχεία, με το άρθρο 375 παρ. 10 ν. 4412/2016, τα εξής: «1. Οι μετοχές των ανωνύμων εταιρειών που συμμετέχουν, αυτοτελώς ή σε κοινοπραξία ή ένωση προσώπων ή σε οποιασδήποτε μορφής οντότητα, σε διαγωνιστική διαδικασία ή διαδικασία ανάθεσης κατασκευής έργων ή προμήθειας αγαθών ή παροχής υπηρεσιών και μελετών του Δημοσίου ή των νομικών προσώπων του ευρύτερου δημόσιου τομέα ... με οικονομικό αντικείμενο ή αντάλλαγμα ανώτερο του ενός εκατομμυρίου (1.000.000,00) ευρώ, είναι υποχρεωτικά ονομαστικές, προκειμένου να καταστεί εφικτός ο έλεγχος της συνδρομής των λόγων αποκλεισμού από τις διαγωνιστικές διαδικασίες ή τις διαδικασίες ανάθεσης, σύμφωνα με τις Οδηγίες περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης ... και συμβάσεων δημοσίων έργων, όπως εκάστοτε ισχύουν. Εφόσον μέτοχος είναι άλλη ανώνυμη εταιρεία με ποσοστό συμμετοχής στο μετοχικό κεφάλαιο τουλάχιστον ένα τοις εκατό (1%), οι μετοχές της εταιρείας αυτής είναι υποχρεωτικά ονομαστικές στο σύνολό τους μέχρι φυσικού προσώπου. ... 2. Οι υποχρεώσεις της παραγράφου 1 του άρθρου αυτού ισχύουν και για τις αλλοδαπές ανώνυμες εταιρείες, ανεξαρτήτως της συμμετοχής τους ή μη σε ελληνικές ανώνυμες εταιρείες, υπό την προϋπόθεση ότι το δίκαιο της χώρας, στην οποία έχουν την έδρα τους, επιβάλλει για το σύνολο της δραστηριότητάς τους ή για συγκεκριμένη δραστηριότητα, την ονομαστικοποίηση των μετοχών τους στο σύνολό τους μέχρι φυσικού προσώπου... 3... 4. Οι υποχρεώσεις των

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

παραγράφων 1 έως 3 του άρθρου αυτού αποτελούν προϋποθέσεις για την παραδεκτή συμμετοχή της εταιρείας ή κοινοπραξίας ή ένωσης προσώπων ή οποιασδήποτε άλλης μορφής οντότητας στη σχετική διαδικασία. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει επίσης, επί ποινή απαραδέκτου της υποψηφιότητας, εάν στη διαγωνιστική διαδικασία ή στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης συμμετέχει εξωχώρια εταιρεία κατά τα αναφερόμενα στην περίπτωση α' της παραγράφου 4 του άρθρου 4 του νόμου αυτού. Η κήρυξη του απαραδέκτου γίνεται από την αναθέτουσα αρχή κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου» και στην παρ. 4 του άρθρου 4, όπως συμπληρώθηκε με το άρθρο 4 παρ.4-7 του ν.3414/2005, ότι: «α) Απαγορεύεται η σύναψη δημοσίων συμβάσεων με εξωχώριες εταιρείες, σύμφωνα με τις διατάξεις του τελευταίου εδαφίου της περ. στ' της παρ. 1 του άρθρου 31 του ν. 2238/1994 (ΦΕΚ 151 Α'), που προστέθηκε με την παρ. 7 του άρθρου 5 του ν. 3091/2002 (ΦΕΚ 330 Α'). Με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας και Οικονομικών καθορίζονται οι χώρες στις οποίες λειτουργούν εξωχώριες εταιρείες με βάση το σχετικό κατάλογο χωρών του Οργανισμού Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης (Ο.Ο.Σ.Α.). Οι εξωχώριες εταιρείες απαγορεύεται επίσης, να συμμετέχουν με ποσοστό μεγαλύτερο του ένα τοις εκατό (1%) επί του μετοχικού κεφαλαίου ή να κατέχουν εταιρικά μερίδια ή να είναι εταίροι των εταίρων σε επιχειρήσεις που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις, εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις της παρ. 6 του άρθρου 2 του νόμου αυτού. Η απαγόρευση του προηγούμενου εδαφίου ισχύει και για τις εξωχώριες εταιρείες, οι οποίες συμμετέχουν σε άλλα νομικά πρόσωπα που είναι μέτοχοι επιχειρήσεων που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις ή μέτοχοι των μετόχων αυτών και ούτω καθεξής, και οι οποίες είναι κάτοχοι ποσοστού μετοχών, το οποίο συνυπολογιζόμενο και αναγόμενο σε ποσοστό μετοχών στην επιχείρηση που συνάπτει δημόσιες συμβάσεις αντιστοιχεί σε ποσοστό μεγαλύτερο του ένα τοις εκατό (1%) επί του συνολικού μετοχικού κεφαλαίου, εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις της παρ. 6 του άρθρου 2 του νόμου αυτού». Η εν λόγω παρ. 4 του άρθρου 4 του ν. 3310/2005, εξάλλου, με το άρθρο 40 Ν.4605/2019 (Α 52/1.4.2019) αντικαταστάθηκε ως εξής: «4.α) Απαγορεύεται η σύναψη

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

δημοσίων συμβάσεων με εξωχώριες εταιρείες από φορολογικά «μη συνεργάσιμα» κράτη κατά την έννοια των παραγράφων 3 και 4 του άρθρου 65 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος του ν. 4172/2013, (Α` 167). Οι εξωχώριες εταιρείες από φορολογικά «μη συνεργάσιμα» κράτη απαγορεύεται επίσης, να συμμετέχουν με ποσοστό μεγαλύτερο του ένα τοις εκατό (1%) επί του μετοχικού κεφαλαίου ή να κατέχουν εταιρικά μερίδια ή να είναι εταίροι των εταίρων σε επιχειρήσεις που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις. Για τον έλεγχο και την επιβολή της απαγόρευσης αυτής η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας εφαρμόζει την υπουργική απόφαση που εκδίδεται κατά την παράγραφο 4 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος. Απαγορεύεται η σύναψη δημοσίων συμβάσεων με εξωχώριες εταιρείες από κράτη που έχουν προνομιακό φορολογικό καθεστώς όπως αυτά ορίζονται από τον κατάλογο της απόφασης της παραγράφου 7 του άρθρου 65 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος με εξαίρεση τα κράτη που αποτελούν: αα. κράτος - μέλος της Ένωσης, ή ββ. κράτος - μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.), ή γγ. τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη ΣΔΣ, στο βαθμό που η υπό ανάθεση σύμβαση καλύπτεται από τα Παραρτήματα 1, 2, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ένωση Προσαρτήματος Ι της ως άνω ΣΔΣ, ή δδ. σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στις ανωτέρω περιπτώσεις και έχουν συνάψει διμερή ή πολυμερή συμφωνία με την Ένωση. Η απαγόρευση του προηγούμενου εδαφίου ισχύει και για τις εξωχώριες εταιρείες, οι οποίες συμμετέχουν σε άλλα νομικά πρόσωπα που είναι μέτοχοι επιχειρήσεων που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις ή μέτοχοι των μετόχων αυτών και ούτω καθεξής, και οι οποίες είναι κάτοχοι ποσοστού μετοχών, το οποίο συνυπολογιζόμενο και αναγόμενο σε ποσοστό μετοχών στην επιχείρηση που συνάπτει δημόσιες συμβάσεις αντιστοιχεί σε ποσοστό μεγαλύτερο του ένα τοις εκατό (1%) επί του συνολικού μετοχικού κεφαλαίου, εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις της παρ. 6 του άρθρου 2 του νόμου αυτού».

14. Επειδή, από τους παρατεθέντες στη 12^η σκέψη της παρούσας όρους της διακήρυξης προκύπτει ότι ο συμμετέχων στο διαγωνισμό και, εφόσον πρόκειται για ένωση προσώπων κάθε μέλος της, υποβάλλει το Ενιαίο

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

Ευρωπαϊκό Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο επέχει θέση ενημερωμένης υπεύθυνης δήλωσης με τις συνέπειες του ν. 1599/1986, προς προκαταρκτική απόδειξη, μεταξύ άλλων ότι δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου **Σφάλμα! Το αρχείο προέλευσης της αναφοράς δεν βρέθηκε.** της διακήρυξης. Στο πλαίσιο αυτό, στην παράγραφο Δ΄ του ΕΕΕΣ που υποβάλλει, με τίτλο «Αμιγώς εθνικοί λόγοι αποκλεισμού», του Μέρους III (Λόγοι Αποκλεισμού) στην ερώτηση «ισχύουν οι αμιγώς εθνικοί λόγοι αποκλεισμού που ορίζονται στη σχετική προκήρυξη ή στα έγγραφα της σύναψης της σύμβασης;» για να συμμετάσχει παραδεκτά στο διαγωνισμό οφείλει να απαντήσει «ΟΧΙ», διαφορετικά θα πρέπει να αποκλειστεί. Και τούτο, διότι στο άρθρο 2.2.3.4 της διακήρυξης έχει περιληφθεί εθνικός λόγος αποκλεισμού από τη διαδικασία σε όποιον προσφέροντα συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005, όπως ισχύει. Τον επίμαχο λόγο αποκλεισμού, εξάλλου, απαραδέκτως με την παρέμβασή της υπολαμβάνει η παρεμβαίνουσα ως μη νόμιμο, με την αιτιολογία ότι αντίκειται στην ανεπίτρεπτη διεύρυνση των λόγων αποκλεισμού σχετικά με τις επαγγελματικές ιδιότητες του άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και ότι παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας. Και τούτο, διότι δεν ισχυρίζεται, ούτε προκύπτει ότι προσέβαλε επικαίρως τη διακήρυξη ή ότι υπέβαλε προσφορά με επιφύλαξη. Περαιτέρω, τη συνδρομή ή μη του επίμαχου εθνικού λόγου αποκλεισμού ελέγχει η αναθέτουσα αρχή σε κάθε στάδιο του διαγωνισμού, δοθέντος ότι σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 104 του ν. 4412/2016 «Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή ... της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών ... και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ΄ της παρ. 3 του άρθρου 105 ...», συνακόλουθα την ελέγχει και κατά το στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, όπως, άλλωστε, ρητώς προβλέπεται στις διατάξεις της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005, στις οποίες παραπέμπει η διακήρυξη. Όσα δε περί του αντιθέτου προβάλλει η παρεμβαίνουσα είναι απορριπτέα ως αβάσιμα. Επιπλέον, από τις παρατεθείσες στη 13^η σκέψη της

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

παρούσας διατάξεις της παρ. 4 του άρθρου 4 του ν. 3310/2005, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, στις οποίες παραπέμπει η παρ. 4 του άρθρου 8 του πιο πάνω νόμου, προκύπτει ότι, αν κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης διαπιστωθεί ότι συμμετέχων ή εφόσον πρόκειται για ένωση προσώπων μέλος της, είναι εξωχώρια εταιρεία, έχει δηλαδή την καταστατική ή την πραγματική του έδρα ή είναι εγκατεστημένος σε κράτος μη συνεργάσιμο ή με προνομιακό φορολογικό καθεστώς, κατά την έννοια των παρ. 3, 4 και 7 του άρθρου 65 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος του ν. 4172/2013 και των κατ' εξουσιοδότηση αυτού εκδιδόμενων υπουργικών αποφάσεων, με τις ρητές εξαιρέσεις των διατάξεων αυτών, τότε η προσφορά του συμμετέχοντος ή αναλόγως, της ένωσης προσώπων, απορρίπτεται. Η προσφορά του, εξάλλου, απορρίπτεται και αν διαπιστωθεί ότι στο κεφάλαιο του συμμετέχοντος ή μέλους του συμμετέχοντος, αν πρόκειται για ένωση προσώπων, συμμετέχει εξωχώρια εταιρεία, κατά την παραπάνω έννοια, με ποσοστό μεγαλύτερο του ένα τοις εκατό (1%) ή ότι εξωχώρια εταιρεία κατέχει εταιρικά μερίδια ή είναι εταίρος των εταίρων συμμετέχοντος ή συμμετέχει σε άλλα νομικά πρόσωπα που είναι μέτοχοι του συμμετέχοντος ή μέτοχος των μετόχων αυτού και ούτω καθεξής, σε ποσοστό μετοχών, το οποίο συνυπολογιζόμενο και αναγόμενο σε ποσοστό μετοχών του συμμετέχοντος αντιστοιχεί σε ποσοστό μεγαλύτερο του ένα τοις εκατό (1%) επί του συνολικού μετοχικού του κεφαλαίου και επιπλέον συντρέχουν και οι προϋποθέσεις της παρ. 6 του άρθρου 2 του ν. 3310/2005. Και τούτο, διότι στο πρόσωπο του συμμετέχοντος ή, αναλόγως, του μέλους της συμμετέχουσας ένωσης θα συντρέχει ο προβλεπόμενος στο άρθρο 2.2.3.4 λόγος αποκλεισμού. Αν, μάλιστα, στην περίπτωση αυτή, στο σχετικό ερώτημα του ΕΕΕΣ του έχει απαντήσει ΟΧΙ, τότε η προσφορά του θα πρέπει να απορριφθεί και για το λόγο αυτό. Τούτο δε, διότι οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνται να παράσχουν όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, δηλώνοντας τα σχετικά πραγματικά γεγονότα και στοιχεία που εμπίπτουν στους λόγους αποκλεισμού, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να διαπιστώσει εν τέλει, αν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού τους από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 40/2019). Στη διαπίστωση, όμως, της συνδρομής ή

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

μη του επίμαχου λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο συμμετέχοντος προβαίνει η αναθέτουσα αρχή από το έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Κατά συνέπεια, αν, από τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που απαιτούνται για την περίπτωση αυτή, κατά τους όρους του άρθρου 2.2.6.2 της διακήρυξης, και προσκομίζει ο συμμετέχων δεν προκύπτει ότι στο πρόσωπό του συντρέχει ο προβλεπόμενος στο άρθρο 2.2.3.4 της διακήρυξης λόγος αποκλεισμού, η αρνητική δήλωση στο ΕΕΕΣ δεν μπορεί να άγει σε απόρριψη της προσφοράς του, ούτε θα έχει αποκρύψει τις πληροφορίες που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού και δεν θα συντρέχει ούτε ο προβλεπόμενος στο άρθρο 2.2.3.3 ζ) της διακήρυξης λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπό του. Και υπό την εκδοχή, άλλωστε, ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί βάσιμα να αποδείξει το αντίθετο από στοιχεία επιπλέον των όσων μπορεί να διαπιστώσει από τα προσκομιζόμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης, δεν έπεται ότι πρέπει αυτομάτως και άνευ ετέρου να απορριφθεί η προσφορά συμμετέχοντος, αν προηγουμένως δεν του ζητηθεί να προσκομίσει επιπλέον δικαιολογητικά περί του αντιθέτου. Και τούτο, διότι, αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίστηκαν δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή υποχρεώνεται καταρχήν, όπως προβεί στην οφειλόμενη κλήση του προς συμπλήρωση των ελλειπόντων ή και ελλιπών δικαιολογητικών (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 29/2019).

15. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, από τη μελέτη του φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι το μέλος της παρεμβαίνουσας ένωσης εταιρεία, για τη μη συνδρομή στο πρόσωπό της του προβλεπόμενου στο άρθρο 2.2.3.4 της διακήρυξης λόγου αποκλεισμού, στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε, στην παράγραφο Δ' με τίτλο «Αμιγώς εθνικοί λόγοι αποκλεισμού», του Μέρους ΙΙΙ (Λόγοι Αποκλεισμού), στην ερώτηση «ισχύουν οι αμιγώς εθνικοί λόγοι αποκλεισμού που ορίζονται στη σχετική προκήρυξη ή στα έγγραφα της σύναψης της σύμβασης;» απάντησε ΟΧΙ. Ακολούθως, μετά την ανακήρυξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου και την από 18-11-2019 κλήση της για την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, στις 2-12-2019, μεταξύ άλλων, υπέβαλε φάκελο, με τίτλο «Μετοχολογία CBS», στον οποίο περιέχονταν τα

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

εξής έγγραφα: 1) Υπογεγραμμένο ψηφιακά στις 28-11-2019 μετοχολόγιο της από το οποίο προέκυπτε ότι επιπλέον τεσσάρων φυσικών προσώπων, τα οποία αναφέρονται ονομαστικά και με τον αριθμό των μετοχών που το καθένα κατέχει, στο μετοχικό κεφάλαιό της συμμετείχαν οι ανώνυμες εταιρείες με έδρα την Ελλάδα α)-..... με ποσοστό 17,6122% και β) με ποσοστό 16,8784%, 2) Τρία (3) μετοχολόγια της εταιρείας, στα οποία εμφανίζονταν ονομαστικά το σύνολο των μετόχων αυτής, κατά την 20-06-2018, 3) Η με αριθμό πρωτ. 4183 από 13-11-2019 Βεβαίωση της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία « –», από την οποία προκύπτει ότι οι μετοχές της εταιρείας διαπραγματεύονται στην κύρια αγορά του και ότι ανέρχονται σε 35.740.986 κοινές ονομαστικές μετοχές, ονομαστικής αξίας 0,10€ εκάστη, 4) Μετοχολόγιο της εταιρείας, από το οποίο προκύπτει ότι στις 12-07-2018, εκτός από 4.500 φυσικά και νομικά πρόσωπα, κάτοχοι όλοι μαζί ποσοστού 0,13% του μετοχικού κεφαλαίου της, σε αυτό συμμετέχει και η εταιρεία (με έδρα στο της) με την επωνυμία (ήδη), με ποσοστό συμμετοχής 99,87%, 5) τρία (3) Γενικά πιστοποιητικά ΓΕΜΗ για τις εταιρείες,-..... και, (με αριθμούς πρωτ./30-10-2019,/13-11-2019 και/24-10-2019, αντίστοιχα) από τα οποία προκύπτει ότι οι μετοχές των εταιρειών αυτών είναι ονομαστικές στο σύνολό τους και 5) Η από 2-12-2019 υπεύθυνη δήλωση, με το εξής περιεχόμενο: «1. Η ανώνυμη εταιρία που κατέχει ποσοστό μετοχών 16,8784% έχει ονομαστικές μετοχές, είναι εισηγμένη στο (δείτε βεβαίωση του) και η κατάσταση των μετόχων της εμφανίζεται στο αντίστοιχο προσαγόμενο μετοχολόγιο. Λόγω της εισαγωγής της στο δεν υπάρχει υποχρέωση περαιτέρω ονομαστικοποίησης των μετοχών της (άρθρο 8 παρ. 3 ν. 3310/2005, όπως τροποποιήθηκε με τον ν. 3414/2005). 2. Η εταιρία που κατέχει ποσοστό μετοχών 17,6122% έχει ονομαστικές μετοχές (δείτε Γενικό Πιστοποιητικό Γ.Ε.ΜΗ.) και οι μετοχές της ανήκουν: α) Κατά ποσοστό 99,87% στην αλλοδαπή εταιρία περιορισμένης ευθύνης με έδρα το της Η εταιρία αυτή, επειδή

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

είναι εταιρία και όχι εταιρία δεν υπόκειται σε υποχρέωση ονομαστικοποίησης (άρθρο 1 παρ. 3 εδ. α, β' και γ' π.δ. 82/1996 – Δείτε ΣΤΕ Ε.Α. 948/2010 και 48/2017). Άλλωστε κατά το δίκαιο της έδρας της δεν επιβάλλεται ονομαστικοποίηση για το σύνολο της δραστηριότητας ή για συγκεκριμένη δραστηριότητα (άρθρο 8 παρ. 2 εδ. α' ν. 3310/2005, όπως τροποποιήθηκε με τον ν. 3414/2005 & β) Κατά τα λοιπά σε φυσικά πρόσωπα - ευρύ κοινό (δείτε σχετική κατάσταση μετόχων και μετοχών που υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπό της). Επισυνάπτω: α) Αντίγραφα των ως άνω αποφάσεων του ΣΤΕ και β) Το από 19-09-2019 απόσπασμα από το (στα αγγλικά με επικυρωμένη μετάφραση στα ελληνικά, από όπου προκύπτει η νομική φύση της ως άνω εταιρίας ως εταιρίας». Συνημμένα δε στην ως άνω δήλωση η εταιρεία είχε προσκομίσει και τις αποφάσεις της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ με αριθμούς 948/2010 και 48/2017, καθώς και το με αριθμό Απόσπασμα από το Μητρώο Επιχειρήσεων του, εκδοθέν στην αγγλική γλώσσα, νομίμως μεταφρασμένο στην ελληνική, από τα οποία προέκυπτε το μεν ότι η εταιρεία είναι εταιρεία, το δε ότι κατά τις αποφάσεις της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ, αλλοδαπές ευρωπαϊκές εταιρείες που εξομοιώνονται με τις ελληνικές εταιρείες δεν απαιτείται να προσκομίζουν δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης των εταιρικών τους μεριδίων μέχρι φυσικού προσώπου. Από τα δικαιολογητικά και στοιχεία που προσκόμισε η, καίτοι δεν προκύπτουν όλα τα φυσικά ή νομικά πρόσωπα που συμμετέχουν στο κεφάλαιο ή κατέχουν εταιρικά μερίδια σε όλες τις συμμετέχουσες στο κεφάλαιο των μετόχων που συμμετέχουν στο δικό της κεφάλαιο εταιρείες, εντούτοις προκύπτει ότι η προσκόμισε όλα τα απαιτούμενα από τους όρους του άρθρου 2.2.6.2 Β.1 ε) δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη μη συνδρομής στο πρόσωπό της του προβλεπόμενου στους όρους του άρθρου 2.2.3.4 λόγου αποκλεισμού. Και τούτο, διότι προσκόμισε στοιχεία ονομαστικοποίησης των μετοχών της ίδιας και των ανωνύμων εταιρειών που συμμετέχουν στο κεφάλαιό της, από τα οποία προκύπτει ότι ούτε στην ίδια ούτε στις ανώνυμες εταιρείες που συμμετέχουν στο κεφάλαιό της συμμετέχει

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

εξωχώρια εταιρεία. Ενόψει δε της ρητής διατύπωσης του άρθρου 2.2.6.2 Β.1 ε), δεν απαιτείτο να προσκομίσει αναλυτική κατάσταση μετόχων της εταιρείας, μετόχου της μετόχου της, εταιρείας-....., ούτε βεβαίωση περί μη υποχρέωσης ονομαστικοποίησης των μετοχών της, διότι τα δικαιολογητικά αυτά απαιτείται να προσκομίσει συμμετέχων, αν στο κεφάλαιο του ή στο κεφάλαιο συμμετέχοντος εταίρου του συμμετέχει αλλοδαπή ανώνυμη εταιρεία και όχι αλλοδαπή εταιρεία περιορισμένης ευθύνης, νομική μορφή που από το με αριθμό Απόσπασμα από το Μητρώο Επιχειρήσεων του προκύπτει ότι έχει η αλλοδαπή εταιρεία με έδρα το της Όπως άλλωστε έχει κριθεί (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 948/2010), στη Δωδέκατη Οδηγία (89/667/ΕΟΚ) του Συμβουλίου της 21ης Δεκεμβρίου 1989, που αναφέρεται στον τομέα του δικαίου των εταιριών, σχετικά με τις εταιρίες περιορισμένης ευθύνης με έναν και μόνο εταίρο (EEL 395/40/30/30.12.1989), που ενσωματώθηκε στο Ελληνικό δίκαιο με το π.δ. 279/1993 «Περί προσαρμογής του Ν. 3190/1955 “περί εταιριών περιορισμένης ευθύνης” και του άρθρου 38 του Β.Δ. της 16 Ιουνίου 1910 προς τις διατάξεις της Δωδέκατης Οδηγίας 89/667/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 21.12.1989» (Α΄ 122) και, στη συνέχεια, κωδικοποιήθηκε με την Οδηγία 2009/102/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου (L 258/20/1.10.2009), ορίζεται στο άρθρο 1 ότι: «Τα μέτρα συντονισμού που προβλέπονται στην παρούσα οδηγία εφαρμόζονται στις νομοθετικές, κανονιστικές και διοικητικές διατάξεις των κρατών μελών που ισχύουν για τις μορφές εταιριών που παρατίθενται στο Παράρτημα Ι: ... Ελλάδα: «Εταιρία Περιορισμένης Ευθύνης» [...] Κάτω Χώρες: Besloten Vennootschap. Κατά συνέπεια, δεν θα μπορούσαν να μη γίνουν αποδεκτά τα δικαιολογητικά της επειδή δεν προσκόμισε αναλυτική κατάσταση των μετόχων ή εταίρων της μετόχου μετόχου της, εταιρείας Ούτε και είχε υποχρέωση να προσκομίσει τέτοια κατάσταση. Και τούτο, διότι ενόψει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από την διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό (πρβλ .Ε.Α. ΣΤΕ 19/2011, ΣΤΕ 1329/2008). Όσα δε περί του αντιθέτου προβάλλονται είναι αβάσιμα. Από τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά της , συνακόλουθα, ενόψει και των όσων γίνονται δεκτά στη 14^η σκέψη της παρούσας, δεν αποδεικνύεται ούτε ότι η απάντηση στο σχετικό με τον προβλεπόμενο στο άρθρο 2.2.3.4. της διακήρυξης λόγο αποκλεισμού ερώτημα στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε είναι ψευδής, ούτε ότι απέκρυψε πληροφορίες που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό της, ούτε ότι συντρέχει ο προβλεπόμενος στο άρθρο 2.2.3.3 ζ) της διακήρυξης λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπό της. Και υπό την εκδοχή, εξάλλου, ότι η συμμετοχή εξωχώριας εταιρείας στο κεφάλαιο της , μετόχου της μετόχου της , μέλους της παρεμβαίνουσας ένωσης, αναγνωρίζεται στη με αριθμό 300/2016 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών και προκύπτει από οργανόγραμμα της εταιρείας αυτής που άλλη αναθέτουσα αρχή τηρούσε στο αρχείο της στα πλαίσια διαγωνισμού που αυτή είχε τελέσει κατά χρόνο προ της έκδοσης της πιο πάνω απόφασης, η επίμαχη αυτή συμμετοχή, πάντως, δεν αποδεικνύεται ότι είναι σε ισχύ κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας ένωσης στον επίμαχο διαγωνισμό. Η παρεμβαίνουσα, μάλιστα, με την παρέμβασή της αμφισβητεί ευθέως ότι στο κεφάλαιο της συμμετέχει εξωχώρια εταιρεία, με ποσοστό άνω του 1% και συγκεκριμένα η εταιρεία «» (εφεξής καλούμενη) με έδρα στο Τζέρσεϋ, όπως η προσφεύγουσα διατείνεται. Όπως δε προκύπτει από το προσκομισθέν με τα δικαιολογητικά κατακύρωσής της εταιρείας με αριθμό Απόσπασμα από το Μητρώο Επιχειρήσεων του , μοναδικός μέτοχος της από τις 24-07-2015 είναι η εδρεύουσα στο Λουξεμβούργο εταιρεία με την επωνυμία «». Κατά συνέπεια, ο περί του αντιθέτου ισχυρισμός της προσφεύγουσας δεν αποδεικνύεται ότι ισχύει κατά το χρόνο που η υπέβαλε το ΕΕΕΣ της, ούτε κατά το χρόνο που προσκόμισε τα δικαιολογητικά κατακύρωσής της, στο πλαίσιο του επίμαχου διαγωνισμού. Ενόψει των όσων γίνονται δεκτά ανωτέρω, μάλιστα, και επειδή η

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

μοναδική μέτοχος της είναι επίσης εταιρεία περιορισμένης ευθύνης (Société à Responsabilité Limitée), η οποία εξομοιώνεται με ελληνική εταιρεία περιορισμένης ευθύνης, όπως επιβεβαιώνεται στο Παράρτημα Ι της πιο πάνω αναφερόμενης Οδηγίας, δεν θα μπορούσε η αναθέτουσα αρχή να απαιτήσει ούτε για αυτήν την υποβολή δικαιολογητικών περαιτέρω ονομαστικοποίησης των συμμετοχών της. Τούτων, έπεται ότι οι τέσσερις πρώτοι λόγοι της κρινόμενης προσφυγής πρέπει να απορριφθούν.

16. Επειδή, εξάλλου, σχετικά με τον πέμπτο λόγο της κρινόμενης προσφυγής, η διακήρυξη του διαγωνισμού, στο άρθρο 2.2.4.4 με τίτλο «Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας» ορίζει τα εξής: «Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας απαιτείται να εξασφαλίζουν την ποιότητα των παρεχόμενων υπηρεσιών και να διαθέτουν οργανωμένο Σύστημα Διαχείρισης Ποιότητας στο πεδίο εφαρμογής της ανάπτυξης και εγκατάστασης ολοκληρωμένων πληροφοριακών συστημάτων», στο άρθρο 2.2.6.2. με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα-Δικαιολογητικά Προσωρινού Αναδόχου», τα εξής: «B.5. Για την απόδειξη της συμμόρφωσής τους με πρότυπα διασφάλισης ποιότητας της παραγράφου 0 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα αναφερόμενα στον κατωτέρω πίνακα: 5. Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας απαιτείται να εξασφαλίζουν την ποιότητα των παρεχόμενων υπηρεσιών και να διαθέτουν οργανωμένο Σύστημα Διαχείρισης Ποιότητας στο πεδίο εφαρμογής της ανάπτυξης και εγκατάστασης ολοκληρωμένων πληροφοριακών συστημάτων. Οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να αποδείξουν το ανωτέρω κριτήριο ποιοτικής επιλογής υποβάλλοντας τα ακόλουθα στοιχεία τεκμηρίωσης: 5.1 Πιστοποιητικό που αφορά στην ποιότητα των υπηρεσιών που παρέχει ο προσφέρων (πιστοποιητικό διασφάλισης ποιότητας των παρεχόμενων υπηρεσιών ή επίσημες βεβαιώσεις από αρμόδια γραφεία ή υπηρεσίες για την τήρηση προδιαγραφών ή προτύπων) σε ισχύ, από ανεξάρτητο διαπιστευμένο φορέα για τη διαχείριση της ποιότητας υπηρεσιών σύμφωνα με το διεθνές πρότυπο EN ISO 9001:2008 ή ισοδύναμο ή μεταγενέστερης έκδοσής του» και στο άρθρο 2.2.5 με τίτλο «Στήριξη στην ικανότητα τρίτων», ορίζει τα εξής: «Οι οικονομικοί

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου **Σφάλμα! Το αρχείο προέλευσης της αναφοράς δεν βρέθηκε.**) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου **Σφάλμα! Το αρχείο προέλευσης της αναφοράς δεν βρέθηκε.**), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Ειδικά, όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο, εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Όταν οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων.» Κατά την έννοια των ανωτέρω όρων της διακήρυξης, συνάγεται ότι οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς απαιτείται καταρχήν οι ίδιοι να εξασφαλίζουν την ποιότητα των παρεχόμενων υπηρεσιών και να διαθέτουν οργανωμένο Σύστημα Διαχείρισης Ποιότητας στο πεδίο εφαρμογής της ανάπτυξης και εγκατάστασης ολοκληρωμένων πληροφοριακών συστημάτων, αν όμως για την πλήρωση των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας στηρίζονται σε τρίτους, την απαίτηση αυτή πρέπει να την πληρούν οι τρίτοι. Και τούτο, διότι οι τρίτοι αναλαμβάνουν να εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες, επομένως αυτοί πρέπει να εξασφαλίζουν την ποιότητα των παρεχόμενων

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

υπηρεσιών. Δεν προκύπτει, όμως, ότι εκτός από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, την απαίτηση αυτή πρέπει να πληρούν και οι υπεργολάβοι που οι συμμετέχοντες δηλώνουν ότι θα χρησιμοποιήσουν, ούτε και αν αυτοί δηλώνεται ότι θα αναλάβουν υπεργολαβικά την εκτέλεση μέρους της σύμβασης ποσοστού άνω του 30%. Αντίθετα, από το συνδυασμό των όρων των άρθρων 2.4.3.1 δ) και 4.4.3 της διακήρυξης, προκύπτει ότι στο πρόσωπο των υπεργολάβων αυτών απαιτείται μόνον να μην συντρέχουν οι προβλεπόμενοι στη διακήρυξη λόγοι αποκλεισμού. Στο πλαίσιο αυτό, οι συμμετέχοντες και, αναλόγως, οι τρίτοι, κατά το στάδιο κατακύρωσης της σύμβασης πρέπει να προσκομίσουν τα πιστοποιητικό ISO 9001:2008 ή ισοδύναμο για τη διαχείριση της ποιότητας υπηρεσιών, στο πεδίο εφαρμογής της ανάπτυξης και εγκατάστασης ολοκληρωμένων πληροφοριακών συστημάτων. Δεν προκύπτει όμως με ρητή διατύπωση των επίμαχων όρων της διακήρυξης ότι απαιτείται να προσκομίσουν και πιστοποιητικό ISO 14001 για τη περιβαλλοντική διαχείριση και ISO 27001 για την ασφαλή διαχείριση των πληροφοριών, όσα δε περί του αντιθέτου προβάλλει η προσφεύγουσα είναι απορριπτέα ως αβάσιμα.

17. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από το φάκελο της υπόθεσης, καίτοι τα μέλη της παρεμβαίνουσας ένωσης, στα ΕΕΕΣ τους, στο Μέρος II, Κεφάλαιο Γ' «Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων» στο ερώτημα «Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω;» απάντησαν ΝΑΙ, εντούτοις στο Μέρος IV όμως «Κριτήρια Επιλογής», στο ερώτημα «Όσον αφορά τα κριτήρια επιλογής, ο οικονομικός φορέας δηλώνει ότι Ικανοποιεί όλα τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής;» επίσης απάντησαν ΝΑΙ, επιπλέον, στο Μέρος II κεφάλαιο Δ' «Πληροφορίες σχετικά με υπεργολάβους στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας» στο ερώτημα «Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας;» απάντησαν ΝΑΙ και δήλωσαν την εταιρεία με την

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

επωνυμία (.....), υπέβαλαν δε σχετικώς και ΕΕΕΣ της εταιρείας αυτής και την από 13-07-2018 δεσμευτική δήλωση συνεργασίας της μαζί της και την από 02-12-2019 Υπεύθυνη δήλωση Υπεργολαβίας του νομίμου εκπροσώπου αυτής. Από το περιεχόμενο των ως άνω δηλώσεων δεν προκύπτει ότι η παρέχει στήριξη στην παρεμβαίνουσα ένωση για την από την ένωση πλήρωση του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητάς της ή άλλου κριτηρίου επιλογής. Αντίθετα, προκύπτει ότι παρέχει «... τη συγκεκριμένη συνεργασία ως υπεργολάβος στην ένωση ...» και ότι «... Το τμήμα του έργου που θα αναλάβει ... περιγράφεται και στην προσφορά της ένωσης ...» και εξικνείται στον «... ανθρωποχρόνο των στελεχών που παρουσιάζεται αναλυτικά στην ομάδα έργου...». Ούτε, όμως, από το περιεχόμενο του αρχείου «Ομάδα Έργου» που υπέβαλε η παρεμβαίνουσα στο στο φάκελο με τίτλο «B.4 ΤΕΧΝΙΚΗ & ΕΠΑΓΓΕΛΜ. ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ» με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης προκύπτει αν τα στελέχη της υπεργολάβου που δηλώνονται ότι συμμετέχουν στην Ομάδα έργου που θα εκτελέσει τη σύμβαση, επιπλέον δηλώνονται ώστε να συμβάλουν αθροιστικά με τα στελέχη των μελών της παρεμβαίνουσας ένωσης στην κάλυψη της ζητούμενης εμπειρίας των στελεχών που η ένωση κατ' ελάχιστον οφείλει να διαθέτει για την παραδεκτή συμμετοχή της στο διαγωνισμό, κατά το κριτήριο επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 2.2.4.3.2 της διακήρυξης. Αντίθετα το επίμαχο αρχείο έχει το μορφότυπο του άρθρου 2.2.6.2 B.4.1, κατά το οποίο δηλώνονται τα στελέχη του προσφέροντος οικονομικού φορέα και του τυχόν υπεργολάβου που θα πλαισιώσουν την ομάδα έργου που θα εκτελέσει τη σύμβαση και μόνο. Κατά συνέπεια, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η εταιρεία παρέχει δάνεια εμπειρία στην παρεμβαίνουσα ένωση και συνεπώς όφειλε να προσκομίσει πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας είναι αόριστος και αναπόδεικτος. Τούτο δε, διότι και υπό την εκδοχή ότι εκτός από υπεργολάβος, η εταιρεία δανείζει τις ικανότητές της στην παρεμβαίνουσα ένωση για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής της σύμβασης, η προσφεύγουσα δεν επικαλείται ούτε για την πλήρωση ποιων κριτηρίων επιλογής η παρεμβαίνουσα στηρίζεται στις ικανότητες της εταιρείας ούτε από ποιο έγγραφο ή

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

στοιχείο της προσφοράς της παρεμβαίνουσας συνάγεται το συμπέρασμα αυτό. Συνακόλουθα, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, η εταιρεία, ως υπεργολάβος της παρεμβαίνουσας ένωσης, δεν απαιτείτο να διαθέτει οργανωμένο Σύστημα Διαχείρισης Ποιότητας στο πεδίο εφαρμογής της ανάπτυξης και εγκατάστασης ολοκληρωμένων πληροφοριακών συστημάτων, ούτε η παρεμβαίνουσα ένωση απαιτείτο με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης να προσκομίσει σχετικό με το ως άνω πεδίο ISO 9001:2008 για την εταιρεία αυτή, το οποίο κατά τα γενόμενα δεκτά στη 16^η σκέψη της παρούσας έπρεπε να προσκομίσουν τα μέλη της ίδιας της παρεμβαίνουσας, όπως και προσκόμισαν. Και υπό την εκδοχή, όμως, ότι και η εταιρεία είτε υπό την ιδιότητα του υπεργολάβου είτε υπό την ιδιότητα της δανειοπαρόχου της παρεμβαίνουσας ένωσης απαιτείτο να διαθέτει οργανωμένο Σύστημα Διαχείρισης Ποιότητας στο πεδίο εφαρμογής της ανάπτυξης και εγκατάστασης ολοκληρωμένων πληροφοριακών συστημάτων και επομένως απαιτείτο με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης να προσκομιστεί και δικό της σχετικό με το ως άνω πεδίο ISO 9001:2008, ούτε τότε θα μπορούσε να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας ένωσης, αν προηγουμένως δεν την καλούσε η αναθέτουσα αρχή να το προσκομίσει. Και τούτο διότι, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στη 14^η σκέψη της παρούσας, σχετικά με τα αποδεικτικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού, από τους όρους του άρθρου 3.2 της διακήρυξης προκύπτει ότι και στην περίπτωση ακόμη που διαπιστωθεί ότι συμμετέχων δεν έχει προσκομίσει όλα τα δικαιολογητικά που απαιτούνται για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, δεν έπεται ότι πρέπει αυτομάτως και άνευ ετέρου να απορριφθεί η προσφορά του, αλλά η αναθέτουσα αρχή υποχρεώνεται καταρχήν, όπως προβεί στην οφειλόμενη κλήση του προς συμπλήρωση του ελλείποντος ή και ελλιπούς δικαιολογητικού (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 29/2019). Συνακόλουθα, θα πρέπει να απορριφθεί και ο πέμπτος λόγος της κρινόμενης προσφυγής.

18. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, η δε παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

Αριθμός απόφασης: 325 / 2020

19. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 03 Μαρτίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 23 Μαρτίου 2020.

Ο Πρόεδρος

Κων/νος Πολ. Κορομπέλης

Η Γραμματέας

Φωτεινή Μαραντίδου