

Αριθμός απόφασης: Α 55 / 2020

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 6 Φεβρουαρίου 2020, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη, Μέλος και Νικόλαος Σαββίδης, μέλος και Εισηγητής, δυνάμει της με αρ. 130/2020 Πράξης του Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που σώρευσε στη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 96/28-01-2020 Προδικαστική Προσφυγή της η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «.....», και τον διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην, επί της συμβολής των οδών ... αρ. ... και, νόμιμα εκπροσωπούμενης

Κατά της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στο, 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 «Ολοκληρωμένο Πληροφοριακό Σύστημα Άσκησης Δραστηριοτήτων και Ελέγχων (ΟΠΣ – ΑΔΕ)», στην ένωση εταιρειών «.....».

Με την προσφυγή, επιπλέον, ζητείται και η αναστολή προόδου του διαγωνισμού και ιδίως η αναστολή της οριστικής κατακύρωσης του διαγωνισμού και της υπογραφής της σύμβασης, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αριθμός απόφασης: Α 55 / 2020

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η ανώνυμη εταιρεία του δημοσίου τομέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής αναθέτουσα αρχή» ή «...») με τη με αριθμό διακήρυξή της, προκήρυξε διεθνή δημόσιο ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής για την 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, προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης αναδείχθηκε η ένωση εταιρειών «.....», ενώ δεύτερη κατετάγη η εταιρεία «.....». Ακολούθως η προσωρινή ανάδοχος 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 εγκρίθηκε το με αριθμό 21/12-12-2019 πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού και Αξιολόγησης Προσφορών του διαγωνισμού δια του οποίου έγιναν αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου και έτσι έγιναν αποδεκτά τα υποβληθέντα δικαιολογητικά. Κατά της απόφασης αυτής του διευθύνοντος συμβούλου της (εφεξής «προσβαλλόμενη απόφαση» ή «προσβαλλόμενη πράξη») στρέφεται η προσφεύγουσα με την από 27-01-2020 προδικαστική της προσφυγή, για τους σε αυτήν περιεχόμενους λόγους και με τα ειδικά αιτήματά της.

Αριθμός απόφασης: Α 55 / 2020

2. Επειδή, 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 Κεντρική Κυβέρνηση – Υποτομέα Νομικά Πρόσωπα Κεντρικής Κυβέρνησης και Δημόσιες Επιχειρήσεις, 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 (ημερομηνία αποστολής της Προκήρυξης της σχετικής σύμβασης για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων η 11^η Ιουνίου 2018), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, 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.

3. Επειδή, από τα αναρτημένα στοιχεία στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ α/α) προκύπτει ότι η κρινόμενη προσφυγή έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώς, 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, 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, καταβλήθηκε δε 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.

4. Επειδή, εξάλλου, η προσφεύγουσα που συμμετείχε στο διαγωνισμό, η προσφορά της οποίας μετά την αξιολόγηση των τεχνικών και οικονομικών προσφορών κατετάγη δεύτερη, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, στρέφεται κατά της απόφασης που κατακύρωσε οριστικά το διαγωνισμό στην προσωρινή ανάδοχο. Και τούτο, διότι κατά τα ιστορούμενα

Αριθμός απόφασης: Α 55 / 2020

στην προσφυγή, μη νομίμως έγιναν δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της προσωρινής αναδόχου, συνεπώς ο διαγωνισμός θα έπρεπε να κατακυρωθεί στην προσφεύγουσα.

5. Επειδή, συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται τα εξής: Η εταιρεία «.....», μέλος της αναδόχου ένωσης, για την κάλυψη της απαιτήσεως του όρου 2.2.3 της Διακήρυξης, περιέλαβε, στον υποφάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής της, Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ), συμπληρωμένο ηλεκτρονικώς σε μορφή αρχείου pdf, στο οποίο στην παράγραφο Δ' με τίτλον «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;» είχε επιλέξει την απάντηση «όχι». Στην υποβληθείσα με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης όμως από 02-12-2019 Υπεύθυνης Δήλωσής της του ν. 1599/1986, δηλώνει, ως μετόχους αυτής: 1) την εταιρεία «.....», με ποσοστόν 16,8783%, η οποία είναι εισηγμένη στο Χ.Α. και 2) την εταιρεία «.....», με ποσοστόν 17,6122%, της οποίας οι μετοχές ανήκουν κατά ποσοστόν 98.87% στην ολλανδική εταιρεία «.....», η οποία, κατά τα αναφερόμενα στην ανωτέρω δήλωση, είναι εταιρεία περιορισμένης ευθύνης και δεν υπόκειται σε υποχρέωση ονομαστικοποίησης. Δηλαδή, με την δήλωσή της αυτή η εταιρεία «.....» απλώς δηλώνει, ότι η ως άνω ολλανδική εταιρεία δεν υπόκειται σε υποχρέωση ονομαστικοποίησης, χωρίς, όμως, να δηλώνει, εάν σε αυτήν (εταιρεία “.....”) συμμετέχει αμέσως ή εμμέσως «εξωχώρια» εταιρεία, ούτε προσεκόμισε δικαιολογητικά στοιχεία ότι στην ολλανδική εταιρεία «.....» δεν συμμετέχει εξωχώρια εταιρεία. Δοθέντος όμως ότι στο μετοχικό κεφάλαιο της εταιρείας συμμετέχει εξωχώρια εταιρεία, με ποσοστόν άνω του 1% (η εταιρεία «.....» με έδρα στο, ως μέτοχος μετόχου της εταιρείας «.....», βασικής μετόχου της ελληνικής ανωνύμου 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,

Αριθμός απόφασης: Α 55 / 2020

υπέπεσε στον αυτοτελή εθνικόν λόγον αποκλεισμού της παραγράφου 4 ζ' του άρθρου 73 ν. 4412/2016, ο οποίος προβλέπεται και στον όρον 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 ενδίκου διαγωνισμού, επιπλέον διότι δεν υπέβαλε τα απαιτούμενα δικαιολογητικά για την απόδειξη μη συνδρομής του σχετικού λόγου αποκλεισμού, και συγκεκριμένα δεν υπέβαλε αναλυτική κατάσταση της συνθέσεως της (φερόμενης ως μετόχου της ιδικής μετόχου) εταιρείας «.....», τέλος δε διότι το άρθρον 8 παρ. 4 του ν. 3310/2005, ως ισχύει, απαγορεύει ρητώς την 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 Η προσφεύγουσα εξάλλου, ισχυρίζεται ότι η ανώνυμη εταιρεία «.....» που αποτελεί δανειοπάροχο της προσωρινής αναδόχου ένωσης εταιρειών 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 απαιτεί η διακήρυξη στην παράγραφο 2.2.4.4. αυτής.

6. Επειδή, μετά ταύτα, η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής της.

7. Επειδή, εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή με το με αριθμό πρωτ. 1088/31-01-2020 έγγραφο του Διευθύνοντος Συμβούλου της απέστειλε τις απόψεις της με τις οποίες αντικρούει ως ουσιαστικά αβάσιμη την προσφυγή υποστηρίζει δε ότι κατά το παρόν στάδιο τα συμφέροντα της προσφεύγουσας

Αριθμός απόφασης: Α 55 / 2020

δεν θίγονται, αντιθέτως τυχόν καθυστέρηση στην υλοποίηση του έργου θα έχει αρνητικές συνέπειες στο γενικότερο δημόσιο συμφέρον και την ελληνική οικονομία με τον κίνδυνο απωλέσεως της χρηματοδότησης και για τον λόγο αυτόν αιτείται την απόρριψη του αιτήματος αναστολής.

8. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, η υπό εξέταση προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη, σε κάθε περίπτωση περιέχει συγκεκριμένους λόγους για τις πλημμέλειες των δικαιολογητικών κατακύρωσης κατά των οποίων βάλλει. Οριστική κρίση, ωστόσο, τόσο επί του παραδεκτού της προσφυγής όσο και επί της ουσίας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας δεν είναι δυνατόν να συναχθεί στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9, 10, 20, 41, 46/2015), θα διαλαμβάνεται, ωστόσο, στην οριστική απόφαση επί της προσφυγής.

9. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 366 του ν. 4412/2016 και 15 του π.δ. 39/2017, η Α.Ε.Π.Π. με απόφασή της μπορεί να αποφασίζει τη λήψη προσωρινών μέτρων για να επανορθωθεί εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, κατά τρόπο, ώστε να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, περίπτωση, όμως που δεν συντρέχει εν προκειμένω. Και τούτο, διότι ο διαγωνισμός ευρίσκεται στο στάδιο ελέγχου και αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου. Δεν υπάρχει, επομένως, επόμενο στάδιο, καθώς μετά την οριστική κατακύρωση της σύμβασης, απομένει η εγκριτική απόφαση του σταδίου αυτού να παράγει τα έννομα αποτελέσματά της, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 105 του ν. 4412/2016 και να υπογραφεί η υπό ανάθεση σύμβαση. Δοθέντος ότι ασκήθηκε η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, η υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί, αφού αντίκειται στο κείμενο νομοθετικό πλαίσιο και σε κάθε περίπτωση θα είναι άκυρη, σύμφωνα με τα άρθρα 364

Αριθμός απόφασης: Α 55 / 2020

και 368 του ν. 4412/2106 και 6 του π.δ. 39/2017. Κατά συνέπεια, στο παρόν στάδιο δεν υφίσταται βλάβη η προσφεύγουσα, ούτε πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας ούτε επικείμενο κίνδυνο διατρέχει, ούτε ζημία υφίσταται (πρβλ ΣτΕ ΕΑ 86/2018, ΣτΕ Ολ 12-15/2018, πρβλ. ΣτΕ ΕΑ Ολ 146-148/2016, ΔΕφΑθ 26/2019). Η από την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής επικαλούμενη ζημία της, εξάλλου, από τη μη κατακύρωση σε αυτήν της επίμαχης σύμβασης, δεν μπορεί με άλλον τρόπο να αποτραπεί, παρά μόνον με την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προσφυγής της. Συνακόλουθα, καθώς δεν πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπιθύμητων ή δύσκολα αναστρέψιμων καταστάσεων λόγω της προόδου του διαγωνισμού, το υπό εξέταση αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας θα πρέπει να απορριφθεί. προσφεύγουσα ούτε επικείμενο κίνδυνο διατρέχει, ούτε άμεση βλάβη υφίσταται, ούτε υφίστανται οι περιστάσεις εκείνες που μπορεί να καθιστούν αλυσιτελή τυχόν αποδοχή της προσφυγής της, ώστε να αιτιολογείται η χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας και από την ΑΕΠΠ.

10. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, με τη ρητή επισήμανση ότι δεν αίρεται η απαγόρευση σύναψης της υπό ανάθεση σύμβασης, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής, κατά τις διατάξεις των άρθρων 364 και 368 του ν. 4412/2106 και του άρθρου 6 του π.δ. 39/2017, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα περί αναστολής - προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: Α 55 / 2020

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 06 Φεβρουαρίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Η Γραμματέας

Τζέιμου Ελ. Γιάννακα