

**Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 9 Ιουλίου 2019 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Χρυσάνθη Ζαράρη και Μιχαήλ Σειραδάκης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην, από 28.06.2019, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 790/01.07.2019 της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της Κεντρικής Αγοράς Θεσσαλονίκης ΑΕ – ΚΑΘ Α.Ε (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρία επιδιώκει, όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 596/13/18.06.2019 Απόφαση του Δ.Σ της ΚΑΘ Α.Ε, κατ' αποδοχή του, από 31.05.2019, Πρακτικού αποσφράγισης και αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «Υπηρεσίες φύλαξης της ΚΑΘ Α.Ε. (Λαχαναγοράς – Κρεαταγοράς – χώρου στάθμευσης μεταξύ πυλών 2 και 3 της ΚΑΘ Α.Ε. – Γραφείων κτιρίου Διοίκησης της ΚΑΘ Α.Ε. – Εκκλησίας) και συγκεκριμένα των: Κτιρίου Διοίκησης – Πυλών ΚΑΘ Α.Ε. – Πυρήνων Λαχαναγοράς – Κτιρίου Κρεαταγοράς – Εκκλησίας – Βοηθητικών Κτιρίων ΚΑΘ Α.Ε. (Βιολογικός Καθαρισμός, Κλίβανος, Αντλιοστάσια, υποσταθμοί Λαχαναγοράς Κρεαταγοράς κ.α.)», CPV: 79713000-5, προϋπολογισμού

900.000,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής (υπ' αριθμ. 1272/19.04.2019 Διακήρυξη, Συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ: 73330).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια και Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. 28425077995908270092 ποσού τεσσάρων χιλιάδων εννιακοσίων πενήντα ευρώ 4.950,00 € αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρία άσκησε την, από 28.06.2019, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 790/01.07.2019, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά πράξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού 900.000,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης, δυνάμει του άρθρου 43

παρ. 4 του Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα εταιρία προσβάλλει την ως άνω Απόφαση, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη Απόφαση αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 21.06.2019.

5. Επειδή η προσφεύγουσα, η οποία υπέβαλε τη με αριθμό 137197 Προσφορά στον εν λόγω Διαγωνισμό και εν συνεχεία, αποκλείστηκε (με την προσβαλλόμενη Απόφαση) από τη συνέχεια της εν θέματι διαγωνιστικής διαδικασίας «λόγω απόκρυψης πληροφοριών για εξακρίβωση λόγων αποκλεισμού», έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής, στην οποία ενσωματώνει και το υπό εξέταση αίτημα αναστολής της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, μέχρι την έκδοση οριστικής Απόφασης της Α.Ε.Π.Π επί της Προσφυγής.

6. Επειδή, ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται (σελ. 6 και επόμε. της Προσφυγής της), ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, κατά το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον, με την υπ' αριθμ. 596/13/18.06.2019 Απόφαση του Δ.Σ της ΚΑΘ Α.Ε μη νομίμως αποφασίσθηκε ο αποκλεισμός της από τη συνέχεια της εν λόγω διαδικασίας, με το σκεπτικό ότι στην Ενότητα Γ («Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα») του Μέρους ΙΙΙ («Λόγοι αποκλεισμού») του υποβληθέντος Ε.Ε.Ε.Σ, έδωσε αρνητική απάντηση («ΟΧΙ»), στο ερώτημα που αφορά στην παραβίαση των υποχρεώσεων στους τομείς του εργατικού δικαίου, μολονότι έχουν επιβληθεί σε βάρος της τρεις (3) Πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του ΣΕΠΕ.

α) Επί του ως άνω λόγου απόρριψης της Προσφοράς της, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται καταρχάς ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό της περίπτωση «αθέτησης των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου», υπό την έννοια της

σχετικής ερώτησης του Ε.Ε.Ε.Σ. (Μέρος ΙΙΙ, Ενότητα Γ), αναφέροντας σχετικώς (βλ. σελ. 7 και επόμε. της Προσφυγής), τα κάτωθι: «[...] Σύμφωνα με τον **όρο 2.4.3.1. της Διακήρυξης του διαγωνισμού** (σελ. 34, τελευταία παράγραφος), «Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό πρότυπο ΕΕΕΣ το οποίο έχει αναρτηθεί, σε μορφή αρχείων τύπου XML και PDF, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης (Παράρτημα V)». Με το, από 15-5-2019, έγγραφο Διευκρίνισης της αναθέτουσας αρχής, διευκρινίστηκε ότι: «λόγω παύσης λειτουργίας της ηλεκτρονικής υπηρεσίας της ΕΕ για το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης, το ΕΣΗΔΗΣ προσφέρει τη νέα ηλεκτρονική υπηρεσία Promitheus ESPDint που αφορά στη σύνταξη και διαχείριση του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ - ESPD). Το προαναφερόμενο έγγραφο θα πρέπει να συμπληρωθεί από κάθε ενδιαφερόμενη εταιρία, που επιθυμεί να συμμετάσχει στον διαγωνισμό». Στο πρότυπο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έντυπο Σύμβασης που βρίσκεται στην ιστοσελίδα του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., ενόψει της παύσης λειτουργίας της ηλεκτρονικής υπηρεσίας της ΕΕ για το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) (EU ESPD reference implementation) [...] σε κάθε πεδίο του ΕΕΕΣ υπάρχει επεξήγηση η οποία εμφανίζεται, όταν κανείς πατήσει το πεδίο: «Περισσότερες Πληροφορίες». Η συνολική εικόνα είναι η εξής: [...]

Ως προς την ερώτηση για την «αθέτηση των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου», αυτό που αναφέρει η επεξήγηση είναι ότι η ερώτηση έχει δύο πηγές απάντησης, εκ των οποίων χρήσιμη, εν προκειμένω, είναι η «α» (τήρηση υποχρεώσεων εργατικής νομοθεσίας): «Τήρηση υποχρεώσεων εργατικής νομοθεσίας (LAW 4412/2016 73(4)(α)). Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με κατάλληλα μέσα αθέτηση των ισχυουσών υποχρεώσεων που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 ο οικονομικός φορέας τηρεί τις υποχρεώσεις που απορρέουν από τις διατάξεις της [...] εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού,

κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α] [...]» [...] Στη συνέχεια η σελίδα περιλαμβάνει σύνδεσμο (link) με το ακόλουθο περιεχόμενο: «1. Τήρηση υποχρεώσεων εργατικής νομοθεσίας». Πατώντας κανείς στο link αυτό οδηγείται σε μία σελίδα της Ευρωπαϊκής Επιτροπής [...] με το ακόλουθο περιεχόμενο [...] Στις επεξηγήσεις (other information) αναφέρονται τα εξής: «Self declaration for all other violations of labour law, apart from those included in the certificate by the Labor Inspectorate for the specific violations of labour law described in article 73 (2) (c) of Law 4412/2016» [...], δηλαδή «Δήλωση για όλες τις άλλες παραβιάσεις του εργατικού δικαίου εκτός από εκείνες που περιλαμβάνονται στο πιστοποιητικό από την Επιθεώρηση Εργασίας για τις συγκεκριμένες παραβιάσεις του εργατικού δικαίου που περιγράφονται στο άρθρο 73 (2) (γ) του Νόμου 4412/2016». Η τελευταία δε ενημέρωση και αυτού του σχετικού ιστότοπου, όπως αναφέρεται αμέσως παρακάτω, ήταν στις 16-4-2018, δηλαδή πολλούς μήνες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στον επίμαχο διαγωνισμό, ίσχυε λοιπόν κατά την ημερομηνία υποβολής των προσφορών [...]. Συνεπώς, εν όψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει εναργώς, ότι όσον αφορά στην επίμαχη ερώτηση του Ε.Ε.Ε.Σ περί αθέτησης των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου, η έννοια της «αθέτησης», έχει ορισθεί ρητώς και περιλαμβάνει, κατά τα ανωτέρω αναφερόμενα, ειδικό και συγκεκριμένο περιεχόμενο. Μάλιστα, κατά τους ειδικότερους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας (βλ. σελ. 9-10 της Προσφυγής): «[...] Ως «αθέτηση υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου», νοούνται άλλες παραβιάσεις του εργατικού δικαίου, εκτός από εκείνες που περιλαμβάνονται στο πιστοποιητικό από την Επιθεώρηση Εργασίας για τις συγκεκριμένες παραβιάσεις του εργατικού δικαίου που περιγράφονται στο άρθρο 73 (2) (γ) του Νόμου 4412/2016. Ειδικά ως προς τις εταιρείες καθαρισμού και φύλαξης, για τις οποίες ισχύει ειδικότερο καθεστώς, νοούνται άλλες παραβιάσεις, εκτός από εκείνες που περιλαμβάνονται στο άρθρο 68 παρ. 2 περ. γ του ν. 3863/2010. Με δεδομένο, δε ότι η επίμαχη διακήρυξη του διαγωνισμού δεν περιλαμβάνει κάτι διαφορετικό, ούτε διαφορετικούς κανόνες, ούτε διαφορετικές οδηγίες και με επιπλέον δεδομένο ότι με την, από 15-5-2019, διευκρινιστική

επιστολή της ΚΑΘ Α.Ε. έγινε ρητή παραπομπή στο συγκεκριμένο έγγραφο, όλα τα παραπάνω αποτελούν συμπληρωματικούς όρους της διακήρυξης. Έτσι, η συμπλήρωση του ΕΕΕΣ, σύμφωνα με τους κανόνες και με τις οδηγίες αυτές, όχι μόνο δεν παραβιάζει όρους της διακήρυξης, αλλά αποτελεί υποχρέωση των οικονομικών φορέων και οικονομικός φορέας που έχει συμπληρώσει το έγγραφο αυτό, σύμφωνα με τις οδηγίες αυτές, μετά βεβαιότητας δεν έχει ελαττωματική προσφορά και δεν επιτρέπεται να απορριφθεί η προσφορά του. Συνεπώς, η απάντηση «ΟΧΙ» στην ερώτηση αυτή ήταν η σωστή απάντηση, υπό την ειδική έννοια της «αθέτησης», όπως διευκρινίζεται στο έγγραφο που ρητώς παρέπεμψε η αναθέτουσα αρχή και η αναθέτουσα αρχή μη νομίμως απέκλεισε την προσφορά της εταιρείας μας, με την αιτιολογία ότι δήθεν η εταιρεία μας απέκρυψε πληροφορίες [...]».

β) Στη συνέχεια (βλ. σελ. 10 και επόμε. της Προσφυγής), η προσφεύγουσα αναλύει το περιεχόμενο των διατάξεων του νόμου και της Διακήρυξης περί «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» και τη σχέση αυτών με το ερώτημα περί «αθέτησης των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου» που περιλαμβάνεται στο Μέρος ΙΙΙ του εντύπου Ε.Ε.Ε.Σ. Για τον ανωτέρω λόγο, η προσφεύγουσα παραπέμπει στο άρθρο 18 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, όπως έχει αντικατασταθεί με το άρθρο 107 παρ. 1 του Ν. 4497/2017 (ΦΕΚ Α' 171), στο άρθρο 68 παρ. 2 περ. γ' του Ν. 3863/2010, όπως έχει αντικατασταθεί με το άρθρο 39 παρ. Β του Ν. 4488/2017 (ΦΕΚ Α' 137), στο άρθρο 2.2.3. («Λόγοι αποκλεισμού») της επίμαχης Διακήρυξης και στην υπ' αριθμ. 20 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ (ΑΔΑ: ΩΡΞ3ΟΞΤΒ-9Ρ5), με θέμα: «Λόγοι αποκλεισμού από τη συμμετοχή στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων». Όπως ειδικότερα υποστηρίζει η προσφεύγουσα (βλ. σελ. 13-14 της Προσφυγής της), από το σχετικό έγγραφο του ΣΕΠΕ – το οποίο έλαβε υπόψη της η αναθέτουσα αρχή για την έκδοση της προσβαλλόμενης Απόφασης – προκύπτει ότι οι τρεις (3) Πράξεις επιβολής προστίμου που επιβλήθηκαν σε βάρος της, κατά τα δύο τελευταία χρόνια πριν την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, προέρχονται μόνο από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι από τον Πίνακα που

περιλαμβάνεται στο υπ' αρ. πρωτ. 221010/22-05-2019 έγγραφο της Διεύθυνσης Προγραμματισμού & Συντονισμού της Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων του ΣΕΠΕ - στον οποίο και στηρίχτηκε η προσβαλλόμενη Απόφαση της ΚΑΘ Α.Ε - προκύπτει σαφώς ότι το δεύτερο και το τρίτο πρόστιμο, με στοιχεία ελέγχου: 24.04.2018_11090129921, επιβλήθηκαν την ίδια ημέρα (21.05.2019), με βάση τον ίδιο ακριβώς έλεγχο, με συνέπεια να μην πληρούνται, εν προκειμένω, οι προϋποθέσεις του νόμου και της Διακήρυξης όσον αφορά στην τέλεση «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος». Περαιτέρω, η προσφεύγουσα υπογραμμίζει το ότι έχει προσβάλει τις επίμαχες Πράξεις επιβολής προστίμου ενώπιον των αρμόδιων Διοικητικών Πρωτοδικείων, καθόσον αμφισβητεί τη νομιμότητά τους. Όπως ειδικότερα αναφέρει στη σελίδα 14 της Προσφυγής της: «[...] Συγκεκριμένα το πρώτο πρόστιμο έχει προσβληθεί με την αρ. καταχ. ΠΡ24/22-01-2018 προσφυγή μας ενώπιον του Μονομελούς Διοικητικού Πρωτοδικείου Σύρου, ενώ το δεύτερο και το τρίτο έχουν προσβληθεί με τα με τις με αρ. καταχ. ΠΡ7803/08-08-2018 και ΠΡ7804/08-08-2018 προσφυγές ενώπιον του Μονομελούς Διοικητικού Πρωτοδικείου Αθηνών. Σε όλες τις περιπτώσεις αναμένεται προσδιορισμός δικασίμου. β. Έτσι, σύμφωνα με όσα προαναφέρθηκαν, η εταιρεία μας σωστά απάντησε «ΟΧΙ» και στην ερώτηση περί διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού σφάλματος. Εφόσον, όμως, γίνεται δεκτό ότι η εταιρεία μας δεν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, κατά την έννοια της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, θα πρέπει να γίνει δεκτό και δεν συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού στο πρόστιμό της».

γ) Με βάση τα ανωτέρω αναφερόμενα, η προσφεύγουσα καταλήγει στο συμπέρασμα ότι η οικεία αναθέτουσα αρχή μη νομίμως θεώρησε, ότι στην έννοια της «αθέτησης των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου» υπό την έννοια του Ε.Ε.Ε.Σ, συμπεριλαμβάνονται και τα πρόστιμα που δεν συνιστούν «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα», σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 68 του Ν. 3863/2010. Κατά τη γνώμη δε της προσφεύγουσας, εάν ακολουθούσε κανείς την εσφαλμένη ερμηνεία της οικείας αναθέτουσας αρχής, τότε, στην έννοια της «αθέτησης των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου», δεν θα πρέπει να ενταχθούν μόνο όσες

παραβάσεις χαρακτηρίζονται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, αλλά όλες ανεξαιρέτως, ακόμα δηλαδή και όσες παραβάσεις χαρακτηρίζονται ως «πολύ χαμηλής» σοβαρότητας από την εφαρμοστέα, κατά το άρθρο 68 παρ. 2 περ. γ' του Ν. 3863/2010, 2063/Δ1632/03-02-2011 Υπουργική Απόφαση («Κατηγοριοποίηση παραβάσεων και καθορισμός ύψους προστίμων που επιβάλλονται από τους Επιθεωρητές Εργασίας του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας (ΣΕΠΕ)»). Μάλιστα, κατά το σκεπτικό της προσφεύγουσας, εάν ο νομοθέτης ήθελε να προβλέψει ότι η οποιαδήποτε παράβαση της εργατικής νομοθεσίας, συνιστά λόγο αποκλεισμού, δεν θα υπήρχε λόγος να προβλέψει στο άρθρο 68 παρ. 2 περ. γ', εδάφιο 2 του Ν. 3863/2010, ότι η «διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» (ήτοι, η επιβολή τριών (3) Πράξεων επιβολής προστίμου, που προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους), συνιστά λόγο αποκλεισμού.

δ) Επιπροσθέτως, η προσφεύγουσα σχολιάζει τον τρόπο με τον οποίο αποτυπώνεται στην οικεία Ενότητα του Ε.Ε.Ε.Σ, το επίμαχο, περί αθέτησης υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου, ερώτημα διατυπώνοντας ειδικότερα τα κάτωθι επιχειρήματα: «[...] Η ερώτηση διατυπώνεται τόσο γενικά, ώστε δεν προκύπτει ούτε καν το χρονικό διάστημα στο οποίο αναφέρεται η ερώτηση: Δηλαδή, δεν προκύπτει καν η «αθέτηση των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου» θα πρέπει να έχει συντελεστεί την τελευταία διετία, πενταετία, δεκαετία ή εικοσαετία [...]», «δεν μπορεί να είναι ανεκτό από την έννομη τάξη να δίδεται διασταλτική ερμηνεία στον όρο «αθέτηση των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου» και να συνάγεται λόγος αποκλεισμού με βάση τέτοια ερμηνεία. Για τον ίδιο λόγο, δεν μπορεί να συναχθεί περιορισμός του θεμελιώδους δικαιώματος της οικονομικής ελευθερίας διά τέτοιας ερμηνείας, αφού η συνέπεια της ερμηνείας αυτής, είναι ο καταρχήν αποκλεισμός του οικονομικού φορέα, χωρίς χρονικό περιορισμό, από όλες τις διαγωνιστικές διαδικασίες λόγω επιβολής έστω και ενός προστίμου, οποτεδήποτε στο παρελθόν και μάλιστα σε ευθεία αντίθεση με την κείμενη νομοθεσία, σύμφωνα η οποία (άρθρο 68 παρ. 2 περ. γ του ν. 3863/2010 εν προκειμένω ή άρθρο 73 παρ. 2 περ. γ, για άλλα αντικείμενα συμβάσεων), ειδικά για τα πρόστιμα της εργατικής νομοθεσίας προβλέπει ειδικά,

ότι αποκλεισμός χωρεί, μόνο όταν σε έναν οικονομικό φορέα έχουν επιβληθεί τα δύο τελευταία έτη, πριν την ημερομηνία κατάθεσης των προσφορών, τρία πρόστιμα που προέρχονται από τρεις διαφορετικούς ελέγχους και είναι «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας [...], «[...] Σε αντίθεση με την επιβολή προστίμου, που αποτελεί αντικειμενικό γεγονός, ο όρος «αθέτηση των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου», πέραν της γενικότητάς του, δεν αποτελεί αντικειμενικό γεγονός και δεν μπορεί να θεωρείται δεδομένη στις περιπτώσεις που μία πράξη επιβολής προστίμου έχει προσβληθεί και εκκρεμεί ενώπιον των Δικαστηρίων, ιδίως όταν η «αθέτηση» αποτελεί λόγο αποκλεισμού. Στις περιπτώσεις αυτές, τέτοια «αθέτηση» και συνεπώς τέτοιος λόγος αποκλεισμού από διαγωνισμούς μπορεί να διαπιστωθεί, μόνο ύστερα από τελεσίδικη δικαστική κρίση. Συνεπώς «ΝΑΙ» μπορεί να απαντηθεί μόνο όταν η αθέτηση έχει διαγνωστεί τελεσίδικα από Δικαστήριο [...], «[...] προκειμένου να υιοθετηθεί νομίμως η ερμηνεία ότι κάθε παράβαση της εργατικής νομοθεσίας ή αθέτηση των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου, αποτελεί λόγο αποκλεισμού, θα πρέπει να πληρούνται στοιχειώδεις αρχές της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Αν, δηλαδή, μπορεί να αποτελεί λόγο αποκλεισμού κάθε αθέτηση, ανεξαρτήτως αν αποτελεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, τούτο δεν μπορεί να γίνεται ανεξαρτήτως του είδους της αθέτησης, του αριθμού των εργαζομένων κάθε επιχείρησης και του αριθμού των ελέγχων στους οποίους υπόκειται κάθε επιχείρηση [...] Δηλαδή, η εταιρεία μας ελεγχόταν κατά μέσο όρο μία φορά κάθε πέντε ημέρες όλο το χρόνο (στην πραγματικότητα υπήρχαν περίοδοι που ελεγχόταν κάθε μέρα ή κάθε δύο μέρες σε διαφορετική πόλη της Ελλάδας). Άλλες διαγωνιζόμενες εταιρείες μπορεί να μην έχουν ελεγχθεί, ούτε μία φορά επί έτη [...]». Επίσης, η προσφεύγουσα επικαλούμενη τη «συνήθη διοικητική πρακτική», υποστηρίζει ότι από την εμπειρία της σε παρόμοιους διαγωνισμούς, γνωρίζει ότι οι περισσότερες αναθέτουσες αρχές ερμηνεύουν το επίμαχο ερώτημα του Ε.Ε.Ε.Σ με τον τρόπο που το ερμηνεύει και η ίδια. Όπως μάλιστα χαρακτηριστικά αναφέρει (βλ. σελ. 21 της Προσφυγής): «[...] Η αποδοχή μίας τέτοιας ερμηνείας, ενόψει και της διοικητικής πρακτικής που ισχύει έως σήμερα, θα σήμαινε περαιτέρω αιφνιδιαστική μεταβολή των προϋποθέσεων

συμμετοχής στους δημόσιους διαγωνισμούς και θα αποτελούσε επιπλέον δυσμενές - και νομικά μη ανεκτό - μέτρο σε βάρος των οικονομικών φορέων». Τέλος, η προσφεύγουσα υπογραμμίζει, ότι ουδέποτε απέκρυψε πληροφορίες που θα μπορούσαν να επηρεάσουν τη νομιμότητα της Προσφοράς της και συνεπώς, ουδέποτε προέβη σε ανακριβή δήλωση, όπως εσφαλμένα αναφέρεται στην προσβαλλόμενη πράξη.

7. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή με το υπό εξέταση αίτημα αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων, νόμιμα και παραδεκτά εισάγεται ενώπιον της Α.Ε.Π.Π, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1 και 15 του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού: «Δίδεται η δυνατότητα στην Α.Ε.Π.Π να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας». Συνεπώς, η Απόφαση επί του αιτήματος αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεύει να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων, λόγω της προόδου του Διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της Απόφασης επί αιτήματος αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων, είναι η διασφάλιση των (κατ' ελάχιστον) αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης, προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

9. Επειδή, στο άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παράγραφος 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του

περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης [...] 2. Κατά την εκτέλεση των δημόσιων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α'. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους [...] 5. Η αθέτηση της υποχρέωσης της παραγράφου 2, συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα του οικονομικού φορέα, κατά την έννοια της περίπτωσης θ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στις κείμενες διατάξεις. Ειδικά, κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, νοούνται ιδίως τα προβλεπόμενα στο δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 115)».

10. Επειδή, στο άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης [...] περιέχουν ιδίως: [...] ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [...] ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ιδίως δε την υποχρέωση της παρ. 2 του άρθρου 18 [...]».

11. Επειδή, στο άρθρο 73 «Λόγοι αποκλεισμού» (άρθρο 57 παράγραφοι 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παρ. 2, 4 και 6-11 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης

οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: [...] γ) γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής:

αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Ο λόγος αποκλεισμού δεν εφαρμόζεται όταν η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, είναι ίση ή κατώτερη από το ποσό των είκοσι χιλιάδων (20.000) ευρώ. [...] 4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με κατάλληλα μέσα αθέτηση των ισχυουσών υποχρεώσεων που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 [...] στ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις. (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 του άρθρου 2.2.9.2 της παρούσας [...] η) Εάν ο οικονομικός φορέας επιχειρεί να επηρεάσει

με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, θ) Εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του [...] 6. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, οι αναθέτουσες αρχές αποκλείουν έναν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι αυτός βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις περιπτώσεις των παραγράφων 1 και 2. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού, είτε πριν, είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4. 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 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. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή,

γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας παραγράφου κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση. 8. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της επόμενης παραγράφου, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής, καθώς και η απόφαση με την οποία γίνονται δεκτά ένδικα βοηθήματα κατ' αυτής, κοινοποιείται στην Αρχή. 9. Για τις ανάγκες των παραγράφων 7 και 8 συνιστάται επιτροπή που απαρτίζεται από εκπροσώπους του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, του Υπουργού Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, καθώς και του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων [...] 10. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, ορίζεται ότι στις περιπτώσεις της παραγράφου 1 η περίοδος αυτή ανέρχεται σε πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση και στις περιπτώσεις της παραγράφου 4 στα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος. 11. Το παρόν άρθρο δεν εφαρμόζεται σε δημόσιες συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία ίση ή κατώτερη των δύο χιλιάδων πεντακοσίων (2.500) ευρώ χωρίς Φ.Π.Α.».

12. Επειδή, στο άρθρο 104 «Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής» (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του

άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ. 3 του άρθρου 105 [...].».

13. Επειδή, στις αιτιολογικές σκέψεις 101-102 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζεται ότι: «(101) Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να έχουν τη δυνατότητα να αποκλείουν οικονομικούς φορείς, οι οποίοι έχουν φανεί αναξιόπιστοι, επί παραδείγματι λόγω παραβάσεων περιβαλλοντικών ή κοινωνικών υποχρεώσεων, συμπεριλαμβανομένων και των κανόνων σχετικά με τη δυνατότητα πρόσβασης ατόμων με αναπηρίες, ή λόγω άλλων μορφών σοβαρών επαγγελματικών παραπτώματων, όπως είναι οι παραβιάσεις των κανόνων περί ανταγωνισμού ή περί δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Θα πρέπει να διευκρινιστεί ότι το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα μπορεί να θέσει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα και, ως εκ τούτου, να καταστήσει τον οικονομικό φορέα ακατάλληλο να λάβει την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, ανεξαρτήτως εάν ο οικονομικός φορέας έχει άλλως την τεχνική και οικονομική ικανότητα να εκτελέσει τη σύμβαση. Δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή φέρει την ευθύνη για τις συνέπειες πιθανής λανθασμένης της απόφασης, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να παραμένουν ελεύθερες να αποφαινούνται ότι έχει σημειωθεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα όταν, πριν την έκδοση τελικής και δεσμευτικής απόφασης για την ύπαρξη λόγων υποχρεωτικού αποκλεισμού, μπορούν να αποδείξουν με ενδεδειγμένα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει παραβεί τις υποχρεώσεις του, συμπεριλαμβανομένων των υποχρεώσεων που αφορούν την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, εκτός εάν το εθνικό δίκαιο ορίζει άλλως. Θα πρέπει επίσης να μπορούν να αποκλείουν υποψηφίους ή προσφέροντες των οποίων οι επιδόσεις σε παλαιότερες δημόσιες συμβάσεις παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις, όπως η αδυναμία παροχής ή εκτέλεσης, σημαντικές ελλείψεις στο παρασχεθέν προϊόν ή υπηρεσία με αποτέλεσμα να μην μπορεί να χρησιμοποιηθεί για τον σκοπό για τον οποίο προοριζόταν, ή ανάρμοστη διαγωγή που δημιουργεί σοβαρές αμφιβολίες για την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα. Το εθνικό δίκαιο θα πρέπει να προβλέπει τη μέγιστη διάρκεια αυτών των

αποκλεισμών. Όταν βασίζονται σε λόγους προαιρετικού αποκλεισμού, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να δίδουν ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας. Μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις μπορούν ελάσσονες παρατυπίες να οδηγήσουν στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα. Όταν, ωστόσο, συρρέουν επαναλαμβανόμενες περιπτώσεις ελασσόνων παρατυπιών, μπορεί να γεννηθούν αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία οικονομικού φορέα, οι οποίες μπορούν ενδεχομένως να δικαιολογούν τον αποκλεισμό του. (102) Θα πρέπει, ωστόσο, να επιτρέπεται στους οικονομικούς φορείς να υιοθετούν μέτρα συμμόρφωσης με στόχο την άρση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων και την αποτελεσματική πρόληψη των παρανομιών. Τα εν λόγω μέτρα μπορεί να συνίστανται ιδίως σε μέτρα που αφορούν το προσωπικό και την οργάνωση, όπως είναι η διακοπή όλων των δεσμών με πρόσωπα ή οργανισμούς που εμπλέκονται στην παράνομη συμπεριφορά, κατάλληλα μέτρα αναδιοργάνωσης προσωπικού, η εφαρμογή συστημάτων υποβολής εκθέσεων και ελέγχου, η δημιουργία δομής εσωτερικού ελέγχου για την παρακολούθηση της συμμόρφωσης και η έγκριση εσωτερικών κανόνων ευθύνης και αποζημίωσης. Όταν τα εν λόγω μέτρα προσφέρουν επαρκείς εγγυήσεις, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν θα πρέπει πλέον να αποκλείεται για αυτούς τους λόγους και μόνον. Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να ζητούν να εξετάζονται τα μέτρα συμμόρφωσης που λαμβάνονται με σκοπό την πιθανή συμμετοχή τους στη διαδικασία προμήθειας [...]».

14. Επειδή, στο άρθρο 39 του Ν. 4488/2017 («Συνταξιοδοτικές ρυθμίσεις Δημοσίου και λοιπές ασφαλιστικές διατάξεις, ενίσχυση της προστασίας των εργαζομένων, δικαιώματα ατόμων με αναπηρίες και άλλες διατάξεις») (ΦΕΚ Α' 137), ορίζεται ότι : «Α) 1. Στην παρ. 2 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 (Α' 147), μετά την περίπτωση β', προστίθεται περίπτωση γ' ως εξής: «γ) γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος

Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β΄ 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα΄ και ββ΄ κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Ο λόγος αποκλεισμού δεν εφαρμόζεται, όταν η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, είναι ίση ή κατώτερη από το ποσό των είκοσι χιλιάδων (20.000) ευρώ.». 2. Στην παρ. 2 του άρθρου 80 του ν. 4412/2016 προστίθεται περίπτωση γ΄, ως εξής: «γ) για την περίπτωση γ΄ της παραγράφου 2 του άρθρου 73, πιστοποιητικό από τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού της Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων, από το οποίο να προκύπτουν οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής [...] Β) Η περίπτωση γ΄ της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α΄ 115) αντικαθίσταται ως εξής: «γ) Η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β΄ 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους ή δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Η αναθέτουσα αρχή **μπορεί**

να αποκλείσει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης: αα) οι οποίες έχουν κηρυχθεί έκπτωτες, κατ' εφαρμογή της παραγράφου 7 του παρόντος μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς ή ββ) στις οποίες έχει επιβληθεί η κύρωση της προσωρινής διακοπής της λειτουργίας συγκεκριμένης παραγωγικής διαδικασίας ή τμήματος ή τμημάτων ή του συνόλου της επιχείρησης ή εκμετάλλευσης, κατ' εφαρμογή της παρ. 1B του άρθρου 24 του ν. 3996/2011 (Α' 170) μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς».

15. Επειδή, στο άρθρο 68 («Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών») παρ. 2 του Ν. 3863/2010 («Νέο Ασφαλιστικό Σύστημα και συναφείς διατάξεις, ρυθμίσεις στις εργασιακές σχέσεις» - ΦΕΚ Α' 117), ορίζεται ότι: «2. α) [...] β) Η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, αμέσως μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, να υποβάλει γραπτό αίτημα προς τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για τη χορήγηση πιστοποιητικού, από το οποίο να προκύπτουν όλες οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος εκάστου των υποψήφιων εργολάβων. Το πιστοποιητικό αποστέλλεται στην αναθέτουσα αρχή μέσα σε δεκαπέντε (15) ημέρες από την υποβολή του αιτήματος. Σε περίπτωση άπρακτης παρέλευσης της προθεσμίας, η αναθέτουσα αρχή δικαιούται να προχωρήσει στη σύναψη της σύμβασης. γ) Η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υ.α. 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους ή δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν

την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης: αα) οι οποίες έχουν κηρυχθεί έκπτωτες κατ' εφαρμογή της παραγράφου 7 του παρόντος μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς ή ββ) στις οποίες έχει επιβληθεί η κύρωση της προσωρινής διακοπής της λειτουργίας συγκεκριμένης παραγωγικής διαδικασίας ή τμήματος ή τμημάτων ή του συνόλου της επιχείρησης ή εκμετάλλευσης κατ' εφαρμογή της παρ. 1B του άρθρου 24 του ν. 3996/2011 (Α' 170) μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς.

16. Επειδή, στο Άρθρο 1 της αριθμ. 2063/Δ1/632/2011 της Κοινής Υπουργικής Απόφασης («Κατηγοριοποίηση παραβάσεων και καθορισμός ύψους προστίμων που επιβάλλονται από τους Επιθεωρητές Εργασίας του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας (ΣΕΠΕ)», ΦΕΚ Β' 266), ορίζονται τα εξής: «Κατηγοριοποιούνται οι παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας και καθορίζονται μέθοδοι υπολογισμού των επιβαλλομένων προστίμων με τη συνεκτίμηση των προβλεπόμενων στις σχετικές διατάξεις κριτηρίων, όπως αυτές παρουσιάζονται κατωτέρω στα κεφάλαια Α' και Β' για τους Κοινωνικούς και τους Τεχνικούς/Υγειονομικούς Επιθεωρητές Εργασίας αντιστοίχως. ΚΕΦΑΛΑΙΟ Α' ΜΕΘΟΔΟΣ ΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ ΤΩΝ ΠΡΟΣΤΙΜΩΝ ΠΟΥ ΕΠΙΒΑΛΛΟΝΤΑΙ ΑΠΟ ΤΟΥΣ ΚΟΙΝΩΝΙΚΟΥΣ ΕΠΙΘΕΩΡΗΤΕΣ ΕΡΓΑΣΙΑΣ

1. ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΚΑΙ ΥΠΟΚΡΙΤΗΡΙΑ Τα πρόστιμα επιβάλλονται με τη συνεκτίμηση τριών (3) βασικών μεταβλητών κριτηρίων και δύο (2) υποκριτηρίων. Τα βασικά κριτήρια είναι τα εξής: i) η σοβαρότητα της παράβασης (Σ), ii) ο αριθμός των εργαζομένων της επιχείρησης (ΑΕ), iii) η υποτροπή της επιχείρησης (Υ). Ως υποτροπή νοείται α) η επιβολή στην ίδια επιχείρηση δύο (2) τουλάχιστον διοικητικών κυρώσεων για παρόμοιες παραβάσεις μέσα σε μία τετραετία, η οποία ξεκινά από τη διενέργεια του ελέγχου, ή β) η έκδοση μίας (1) τουλάχιστον αμετάκλητης καταδικαστικής απόφασης που αφορά την τέλεση αξιόποινης πράξης για παρόμοια παράβαση. Τυχόν αλλαγή του νομίμου εκπροσώπου της

επιχείρησης δεν επηρεάζει την υποτροπή. Η υποτροπή προκύπτει και από το συνδυασμό των δύο παραπάνω περιπτώσεων, δηλαδή επιβολή μίας διοικητικής κύρωσης και έκδοση αμετάκλητης καταδικαστικής απόφασης. Η έλλειψη συνδρομής της υπό στοιχείο iii μεταβλητής κριτηρίου δεν επηρεάζει την επιβολή του προστίμου όταν συντρέχουν οι προϋποθέσεις των λοιπών μεταβλητών κριτηρίων. Τα υποκριτήρια είναι τα εξής: i) ο βαθμός συνεργασίας (ΒΣ). Για το χαρακτηρισμό του βαθμού συνεργασίας συνεκτιμώνται ιδίως η τυχόν επαναλαμβανόμενη μη συμμόρφωση σε υποδείξεις συστάσεις, ο βαθμός υπαιτιότητας (βαθμός ευθύνης) του εργοδότη, η παρεμπόδιση του έργου του επιθεωρητή κατά τη διενέργεια του ελέγχου, η μη χορήγηση στοιχείων κατά τη διάρκεια της έρευνας, κτλ και ii) ο αριθμός των εργαζομένων που θίγονται (Θ), δηλαδή οι εργαζόμενοι τους οποίους αφορά η διαπιστωθείσα παράβαση. Αρχικώς, καθορίζεται ένα βασικό ποσό προστίμου (ΒΠ) το οποίο μπορεί να αναπροσαρμόζεται προς τα πάνω όταν συντρέχουν ειδικοί λόγοι».

17. Επειδή, στο άρθρο 2.2.3. («Λόγοι αποκλεισμού») της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 15-16), ορίζεται ότι: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) προσφέρων οικονομικός φορέας, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (εάν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (εάν πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων) ένας ή περισσότεροι από τους ακόλουθους λόγους: 2.2.3.1. [...] 2.2.3.2. Στις ακόλουθες περιπτώσεις : α) όταν ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις [...], β) [...], γ) Η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β` 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους ή δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος

Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης: αα) οι οποίες έχουν κηρυχθεί έκπτωτες κατ' εφαρμογή της παραγράφου 7 του παρόντος μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς ή ββ) στις οποίες έχει επιβληθεί η κύρωση της προσωρινής διακοπής της λειτουργίας συγκεκριμένης παραγωγικής διαδικασίας ή τμήματος ή τμημάτων ή του συνόλου της επιχείρησης ή εκμετάλλευσης κατ' εφαρμογή της παρ. 1B του άρθρου 24 του ν. 3996/2011 (Α' 170) μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς. Οι πράξεις επιβολής προστίμου που επιβάλλονται σε βάρος εταιρειών παροχής υπηρεσιών φύλαξης καταχωρούνται στο αντίστοιχο «Μητρώο Παραβατών Εταιρειών Παροχής Υπηρεσιών Καθαρισμού ή/και Φύλαξης» που τηρείται στη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας. Η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, αμέσως μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, να υποβάλει γραπτό αίτημα προς τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για τη χορήγηση πιστοποιητικού, από το οποίο να προκύπτουν όλες οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος εκάστου των υποψήφιων εργολάβων. Το πιστοποιητικό αποστέλλεται στην αναθέτουσα αρχή μέσα σε δεκαπέντε (15) ημέρες από την υποβολή του αιτήματος. Σε περίπτωση άπρακτης παρέλευσης της προθεσμίας, η αναθέτουσα αρχή δικαιούται να προχωρήσει στη σύναψη της σύμβασης [...].».

18. Επειδή, περαιτέρω, στις παραγράφους 2.2.3.3. και 2.2.3.5. του ως άνω άρθρου 2.2.3. («Λόγοι αποκλεισμού») της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 16-18), ορίζεται ότι: «2.2.3.3. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (α) εάν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016,

β) [...], γ) [...], δ) [...], ε) [...], στ) [...], (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 του άρθρου 2.2.9.2 της παρούσας, (η) εάν επιχείρησε να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, (θ) εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του, για το οποίο του επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία. Εάν στις ως άνω περιπτώσεις (α) έως (η) η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, αυτή ανέρχεται σε τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μην αποκλείει έναν οικονομικό φορέα, ο οποίος βρίσκεται σε μια εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην περίπτωση β' της παρ. 4, υπό την προϋπόθεση ότι αποδεδειγμένα ο εν λόγω φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψη τις ισχύουσες διατάξεις και τα μέτρα για τη συνέχιση της επιχειρηματικής του λειτουργίας», «2.2.3.5. Ο προσφέρων αποκλείεται σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης της παρούσας σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεών του, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις ως άνω περιπτώσεις».

19. Επειδή, στην παρ. 2.4.3.1. ("Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά»") της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 34-35), ορίζεται ότι: «Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 1 και 3 του

άρθρου 79 του ν. 4412/2016 και β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τα άρθρα 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης. Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό πρότυπο ΕΕΕΣ το οποίο έχει αναρτηθεί, σε μορφή αρχείων τύπου XML και PDF, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης (Παράρτημα V). Το εν λόγω πρότυπο υποβάλλεται σύμφωνα με την κατευθυντήρια οδηγία 23 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ [...]

20. Επειδή, στο άρθρο 2.4.6. («Λόγοι απόρριψης προσφορών») της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 41-42), ορίζεται ότι: «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) , 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας, β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας διακήρυξης, γ) για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας και το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, δ) η οποία είναι εναλλακτική προσφορά ε) η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλλει δύο ή περισσότερες προσφορές . Ο περιορισμός αυτός ισχύει, υπό τους όρους της παραγράφου 2.2.3.4 περ. γ της παρούσας (περ. γ΄ της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016) και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και στην περίπτωση οικονομικών φορέων που συμμετέχουν

είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων. ζ) η οποία είναι υπό αίρεση, η) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης».

21. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, ΣτΕ 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construcrtion Ltd, σκέψεις 34 και 44· ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54).

22. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως, πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.06.2002, Υπόθεση C-92/00, Stadt Wien, σκέψη 45· ΔΕΕ, Απόφαση της 12.12.2002, Υπόθεση C-470/99, Universale-Bau, σκέψη 91· ΔΕΕ,

Αριθμός απόφασης: A 316/2019

Απόφαση της 29.04.2005, Υπόθεση C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

23. Επειδή, την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας τη προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό) οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Αποφάσεις της 27.11.2001, Υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, Impresa Lombardini SPA και Mantovani, σκέψη 76 • ΔΕΕ Απόφαση της 14.02.2008, Υπόθεση C-450/06, Varec SA κατά État belge, σκέψη 35 • ΔΕΕ Απόφαση της 21.02.2008, Υπόθεση C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 2 • ΔΕΕ Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07 Assitur Srl, σκέψεις 25 και 26 • ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, Υπόθεση C-549/10, Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σκέψεις 17 και επόμ.).

24. Επειδή, η αρχή της τυπικότητας, που διέπει την διαδικασία της αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.), δεν επιτρέπει να τεθούν εκποδών διατάξεις της Διακήρυξης, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό. Περαιτέρω, η υποχρέωση διαφάνειας έχει, μεταξύ άλλων, ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 16.04.2015, Υπόθεση C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκέψη 25 και ΔΕΕ Απόφαση της 29.03.2012, Υπόθεση C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν, εάν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 16.04.2015, Υπόθεση C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκέψη 27). Άλλωστε, η ρητή παραπομπή της Διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές

και κανονιστικές διατάξεις, τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (ΕΛΣυν 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της Διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοϋλικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο Διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας.

25. Επειδή, η αρχή της χρηστής διοίκησης επιβάλλει στα διοικητικά όργανα να ασκούν τις αρμοδιότητές τους σύμφωνα με το αίσθημα δικαίου που επικρατεί, ώστε κατά την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων να αποφεύγονται οι ανεπιεικείς και απλώς δογματικές ερμηνευτικές εκδοχές και να επιδιώκεται η προσαρμογή των κανόνων δικαίου προς τις επικρατούσες κοινωνικές και οικονομικές συνθήκες και απαιτήσεις (Ε. Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 96). Η αρχή της χρηστής διοίκησης χωρεί, εφόσον δεν υφίσταται δέσμια υποχρέωση της Διοίκησης (βλ. ΣΤΕ 3160/2015, 2067/2004) και λειτουργώντας ως όριο της διακριτικής ευχέρειας της Διοίκησης, εκφράζει την αγαθή κρίση και επιείκεια που πρέπει να διέπει τα διοικητικά όργανα κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων τους, ενόψει της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος και της εύρυθμης λειτουργίας της διοίκησης.

26. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, που αποτελεί βασική αρχή του ενωσιακού δικαίου, και πρέπει να τηρείται κατά την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων που συνάπτονται στα κράτη-μέλη, τα μέτρα που λαμβάνονται σε ενωσιακό ή εθνικό επίπεδο προς την επίτευξη ενός σκοπού, δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του αναγκαίου για την επίτευξη του σκοπού αυτού. Κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για

την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (βλ., υπό την έννοια αυτή, Αποφάσεις της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψεις 48 και 61, της 19ης Μαΐου 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, σκέψεις 21 και 23, της 23ης Δεκεμβρίου 2009, Serrantoni και Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, σκέψη 33, καθώς και της 22ας Οκτωβρίου 2015, Impresa Edilux και SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, σκέψη 29, της 28ης Φεβρουαρίου 2018, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-523/16 και C-536/16, EU:C:2018:122, MA.T.I. SUD SpA και Duemme SGR SpA, σκέψη 53).

27. Επειδή, μια Προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής, είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, ΔΕΕ, Απόφαση της 29.03.2012, Υπόθεση C-599/10, SAG ELV Slovensko κ.λπ., σκέψη 36 • ΔΕΕ, Απόφαση της 10.10.2013, Υπόθεση C-336/12, Manona, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 29.03.2012, Υπόθεση C-599/10, SAG ELV Slovensko κ.λπ., σκέψη 40 • ΔΕΕ, Απόφαση της 10.10.2013, Υπόθεση C-336/12, Manona, σκέψη 36), οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς και στην υποβολή μη υποβληθέντος δικαιολογητικού (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 11.05.2017, Υπόθεση C-131/2016, Archus and Gama• ΔΕΕ, Απόφαση της 29.03.2012, Υπόθεση C-599/10, SAG ELV Slovensko κ.λπ., σκέψη 40 • ΔΕΕ, Απόφαση της 10.10.2013, Manona, Υπόθεση C-336/12, σκέψη 36). Άλλωστε, η διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής αφορά, κατ' αρχήν, νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά και όχι υποβληθέντα, μη νόμιμα κατά περιεχόμενο, δικαιολογητικά, καθόσον τυχόν μεταγενέστερη συμπλήρωση, των κρίσιμων μη νόμιμων δικαιολογητικών από τον οικονομικό φορέα, θα ισοδυναμούσε με ανεπίτρεπτη αντικατάστασή τους (βλ. ΔεφΑθ 319/2017). Ως εκ τούτου, η δυνατότητα διευκρινίσεων ή συμπληρώσεων δεν ερμηνεύεται υπό την έννοια η αναθέτουσα αρχή δύναται να δέχεται εν γένει διορθώσεις παραλείψεων, οι οποίες κατά τη ρητή πρόβλεψη εγγράφων της σύμβασης επάγονται τον αποκλεισμό του υποψηφίου (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 6.11.2014, Υπόθεση C-42/13, Cartiera dell' Adda SpA κατά CEM Ambiente SpA, σκέψη 46, υπ' αριθμ.

471/2018 Απόφαση 1ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π, σκέψη 63, υπ' αριθμ. 1132_1133 Απόφαση 7ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π, σκέψη 34).

28. Επειδή, υπό το προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς, κατά τα κριθέντα από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (βλ. Απόφαση της 13ης Δεκεμβρίου 2012, Υπόθεση C-465/11, Forposta SA, σκέψεις 29 έως 31), «[...] η μη τήρηση από οικονομικό φορέα των συμβατικών του υποχρεώσεων μπορεί κατ' αρχήν να θεωρηθεί ως επαγγελματικό παράπτωμα. Εν πάση περιπτώσει, το “σοβαρό παράπτωμα” υποδηλώνει συνήθως συμπεριφορά του οικείου οικονομικού φορέα που ενέχει πρόθεση διαπράξεως παραπτώματος ή αμέλεια ορισμένου βαθμού. Περαιτέρω, για τη διαπίστωση της υπάρξεως «σοβαρού παραπτώματος» απαιτείται, κατ' αρχήν να πραγματοποιηθεί συγκεκριμένη εκτίμηση και να εξατομικευθεί η στάση του οικείου οικονομικού φορέα [...]».

29. Επειδή, περαιτέρω, ομοίως υπό το προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς και συγκεκριμένα υπό τους όρους της Οδηγίας 2004/18 ΕΚ, έχει γίνει δεκτό από το Δικαστήριο (βλ. Απόφαση της 14ης Δεκεμβρίου 2016, Υπόθεση C-171/15, Connexion Taxi Services BV), ότι η σχετική ρύθμιση της παρ. 2 του άρθρου 45 αυτής, δεν επιχειρεί να επιβάλει ομοιομορφία σε επίπεδο Ένωσης ως προς την εφαρμογή των διαλαμβανόμενων σε αυτό λόγων αποκλεισμού, στο μέτρο κατά το οποίο τα κράτη μέλη έχουν την ευχέρεια να μην εφαρμόσουν καθόλου αυτούς τους λόγους αποκλεισμού ή, αντιθέτως, να τους ενσωματώσουν στην εθνική νομοθεσία με βαθμό αυστηρότητας που μπορεί να διαφέρει κατά περίπτωση, αναλόγως εκτιμήσεων νομικής, οικονομικής ή κοινωνικής φύσεως που υπερισχύουν σε εθνικό επίπεδο. Στο πλαίσιο αυτό, τα κράτη μέλη έχουν την εξουσία να καθιστούν ελαστικότερα ή ηπιότερα τα κριτήρια που προβλέπει η διάταξη αυτή (Απόφαση της 10ης Ιουλίου 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, Υπόθεση C-358/12, EU:C:2014:2063, σκέψη 36 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία), ειδικότερα δε να προβλέψουν ρύθμιση, η οποία υποχρεώνει την αναθέτουσα αρχή να εξετάζει, κατ' εφαρμογήν της αρχής της αναλογικότητας, αν επιβάλλεται πράγματι ο αποκλεισμός, από δημόσια σύμβαση, υποψηφίου ο οποίος έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Αντιθέτως,

αποκλείεται, υπό το πρίσμα της αρχής της ίσης μεταχείρισεως, καθώς και της συνακόλουθης υποχρεώσεως διαφάνειας, η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να αποφασίζει την ανάθεση δημόσιας συμβάσεως σε προσφέροντα ο οποίος διέπραξε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, για τον λόγο ότι ο αποκλεισμός του εν λόγω προσφέροντος από τη διαδικασία του διαγωνισμού προσκρούει στην αρχή της αναλογικότητας, όταν, σύμφωνα με τους όρους του διαγωνισμού αυτού, προσφέρων που έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα αποκλείεται οπωσδήποτε χωρίς να λαμβάνεται υπόψη ο αναλογικός ή μη χαρακτήρας της κυρώσεως αυτής (βλ. ΔεφΑθ 133/2014, ΔΕφΘεσ (ΑΣΦ) 8/2018, ΔΕφΛαρ. 6/2016, πρβλ. Σ.τ.Ε. ΕΑ 961, 803/2008, 196/2009). Σημειώνεται ότι η εν λόγω νομολογία ενσωματώθηκε στο άρθρο 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και στο εθνικό δίκαιο στο άρθρο 73 του Ν. 4412/2016.

30. Επειδή, ακόμη και σε περίπτωση Διαγωνισμού κατά τον οποίο προβλεπόταν από τη Διακήρυξη, ότι η διάπραξη «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» συνιστά λόγο αποκλεισμού, κρίθηκε ότι μόνη η διάπραξη του αδικήματος δεν συνιστά λόγο αποκλεισμού (πρβλ. αιτιολογική σκέψη 101 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), εφόσον δεν κριθεί αιτιολογημένα κατά πόσον αυτός ο λόγος επηρεάζει τη φερεγγυότητα και την αξιοπιστία του διαγωνιζομένου (ΕΑ ΣτΕ 428/2011), πολλώ δε μάλλον, όταν δεν πρόκειται για νομικά «εκκαθαρισμένα» υπόθεση (βλ. σχετικά και την με αριθμό 170/04.10.2017 Πράξη του Στ Κλιμακίου Ελ. Συν).

31. Επειδή, η αυστηρότητα της εφαρμογής της Διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής, καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζομένου, εάν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων, Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επόμε.). Τούτο, διότι, η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776). Τα ως άνω σημαίνουν, ότι

δεν επιτρέπεται όρος τεθείς επί ποινή αποκλεισμού από τη Διακήρυξη να ερμηνεύεται και να εφαρμόζεται διασταλτικά, δημιουργικά και διευρυντικά των υποχρεώσεων των προσφερόντων, ώστε να συνάγονται έτσι το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης νέοι λόγοι αποκλεισμού και να προκύπτουν βάσεις απόρριψης της Προσφοράς τους, οι οποίες όμως ουδόλως προέκυπταν με σαφήνεια από το ίδιο το ρητό κανονιστικό πλαίσιο της Διακήρυξης (βλ. ενδεικτικώς: υπ' αριθμ. 122/2018 Απόφαση 2ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π, σκέψη 17, υπ' αριθμ. 577/2018 Απόφαση 3ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π., σκέψη 17 κλπ).

32. Επειδή, διακριτική ευχέρεια υπάρχει, όταν οι κανόνες που καθορίζουν την αρμοδιότητα δεν προκαθορίζουν ακριβώς την ενέργεια του διοικητικού οργάνου, αλλά του αφήνουν ελευθερία δράσης να επιλέξει μεταξύ περισσότερων ρυθμίσεων, τις οποίες επιτρέπει η εφαρμογή των διατάξεων αυτών, παρέχοντάς του τη δυνατότητα, όταν πρόκειται να εκδώσει ατομικές διοικητικές πράξεις, να καθορίσει το ακριβές περιεχόμενο μιας πραγματικής αξιολογικής έννοιας, είτε να θέσει τους όρους εφαρμογής της διάταξης, με τους οποίους κατά την κρίση του εξυπηρετείται καλύτερα το δημόσιο συμφέρον, είτε να επιμετρήσει το ύψος της διοικητικής κύρωσης που πρέπει να επιβληθεί. Εάν η έννοια την οποία δεν καθορίζει ακριβώς η σχετική διάταξη, είναι νομική, δεν υπάρχει θέμα διακριτικής ευχέρειας, αλλά ζήτημα ερμηνείας της διάταξης και νομικού χαρακτηρισμού των πραγματικών περιστατικών από το διοικητικό όργανο (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15η Έκδοση, 2017, αρ. 149, σελ. 139). Περαιτέρω, κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής, χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν [βλ. συναφώς Π. Δαγτόγλου, «Γενικό Διοικητικό Δίκαιο», ό.π., αρ. περ. 642' Β. Καψάλη, «Η αιτιολογία ως ουσιώδης τύπος των ατομικών διοικητικών πράξεων: μια υποβαθμισμένη διαδικαστική εγγύηση», ΕφημΔΔ 4/2010, σελ. 568 (σελ. 571 επ.), ομοίως Μ. Στασινόπουλο, «Δίκαιον των Διοικητικών Πράξεων», Αθήνα, 1982, σ. 341, ο οποίος εύστοχα αναφέρει ότι: «ο επί της αιτιολογίας έλεγχος συνιστά γνήσιο έλεγχο της διακριτικής εξουσίας» και διευκρινίζει πως «η

διδείσδυση του ελέγχου εντός της ουσιαστικής ορθότητας της αιτιολογίας και, επομένως, του πορίσματος που προέκυψε από την άσκηση της διακριτικής εξουσίας, δεν σημαίνει έλεγχο της σκοπιμότητας αυτού, αλλά αναζήτηση της ενδεχόμενης ασυμφωνίας αυτού προς τα άκρα όρια της διακριτικής εξουσίας» σελ. 381 ο.π, αλλά και υπ' αριθμ. 349/2018 Απόφαση 1ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π, σκέψη 44).

33. Επειδή, το Ε.Ε.Ε.Σ./Τ.Ε.Υ.Δ παρέχει προαπόδειξη προς τον σκοπό της επιτάχυνσης των διαγωνιστικών διαδικασιών και ελάφρυνσης των διαγωνιζομένων από την υποχρέωση προσκόμισης πολυάριθμων πιστοποιητικών και εγγράφων ως προς τα κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής, ιδίως, επί σκοπώ διευκόλυνσης της συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (μμε) και μείωσης του χρόνου προετοιμασίας μιας Προσφοράς. Ενέχει δε προϋποθέτει και ερείδεται επί μιας καταρχήν εμπιστοσύνης ως προς τον υποβάλλοντα οικονομικό φορέα και όσον αφορά τα εξ αυτού δηλούμενα, τα οποία θα ελεγχθούν επισταμένως κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, πριν την οριστικοποίηση της ανακήρυξης του ως αναδόχου. Όμως, αυτή η καταρχήν εμπιστοσύνη και η κατά τα ως άνω οπισθοβαρής καταρχήν διάρθρωση της ελεγκτικής διαδικασίας, δεν μπορεί να αποκλείσει τον ίδιο τον έλεγχο της αληθείας και πραγματικότητας των δηλουμένων στην περίπτωση που αυτά αμφισβητούνται, είτε με επίκληση συγκεκριμένων περί του αντιθέτου λόγων από έτερο ενδιαφερόμενο δια Προδικαστικής Προσφυγής αυτού (ΑΕΠΠ 96/2017) ή βεβαίως, κατά τις σαφείς και ρητές διατάξεις του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, εάν η αναθέτουσα αρχή γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα την μη ορθότητα των σε αυτό δηλουμένων από τους προσφέροντες. Σε αντίθετη περίπτωση, θα καθίστατο δυνατή η συμμετοχή στα περαιτέρω στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας έως και την προσωρινή κατακύρωση, σε οικονομικούς φορείς που δηλώνουν ανακριβή ή ψευδή στοιχεία, θα παραβιάζονταν οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας μεταξύ των διαγωνιζομένων με την εν τοις πράγμασι εξίσωση φορέων που πληρούν και φορέων που δεν πληρούν ρητούς όρους της Διακήρυξης, εις βάρος της οικονομίας της διαγωνιστικής διαδικασίας (βλ. υπ' αριθμ. 377/2018 Απόφαση

(πρώην) 5ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π, σκέψη 15). Επομένως, μια τέτοια ερμηνεία παρίσταται εντέλει μη συμβατή με τον σκοπό καθιέρωσης του συστήματος προκαταρκτικής, πλην σε κάθε περίπτωση μαχητής, απόδειξης, καθόσον λειτουργεί εις βάρος της αποτελεσματικότητας, ταχύτητας και του ιδίου του δημοσίου συμφέροντος, εκθέτοντας περαιτέρω σε βλάβη την αναθέτουσα αρχή και τους μετέχοντες και ιδίως, προσβάλλοντας θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και δεν δύναται να γίνει δεκτή (βλ. σχετικώς: υπ' αριθμ. 98/2017 και 373/2018 και Αποφάσεις (πρώην) 6ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π., σκέψεις 5 και 24 (αντίστοιχα) • υπ' αριθμ. 673/2018 Απόφαση (πρώην) 4ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π., σκέψη 10 • υπ' αριθμ. 818/2018 Απόφαση (πρώην) 1ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π., σκέψη 43, • υπ' αριθμ. 1132_1133/2018 Απόφαση (πρώην) 4ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π, σκέψη 35 • υπ' αριθμ. 919/2018 Απόφαση 1ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π., σκέψη 17 • υπ' αριθμ. 164/2019 Απόφαση 7ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π, σκέψη 42 • υπ' αριθμ. 716/2019 Απόφαση 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π., σκέψη 33 κλπ).

34. Επειδή, τα κριτήρια-προϋποθέσεις επιλογής και οι διατάξεις περί αποκλεισμού υποψήφιων αναδόχων στο πλαίσιο των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων υπό το πρίσμα του Ν. 4412/2016, θα πρέπει να ερμηνεύονται και να εφαρμόζονται ουσιαστικά από την αναθέτουσα αρχή, βάσει των σχετικών δηλώσεων των οικονομικών φορέων στο Ε.Ε.Ε.Σ/Τ.Ε.Υ.Δ. Επομένως, οι οικονομικοί φορείς δέον είναι να προβαίνουν στις σχετικές δηλώσεις (βλ. Δ. Ράικο, Ε. Βλάχου, Ε. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018 σελ. 688, παρ.89), που όχι μόνο δεν επιφέρουν τον αυτόματο αποκλεισμό τους, αλλά τους παρέχει τη δυνατότητα να εκθέσουν ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τους λόγους για τους οποίους δεν διακυβεύεται σε περίπτωση εκ μέρους τους ανάληψης της σύμβασης, η ορθή εκτέλεση της. Ειδικότερα, η σχετική δήλωση εκ μέρους του οικονομικού φορέα στο Ε.Ε.Ε.Σ./Τ.Ε.Υ.Δ περί συνδρομής στο πρόσωπό του κάποιας περίπτωσης αποκλεισμού, μαζί με την εκ μέρους του παράθεση εξηγήσεων και ανάλυση των τυχόν επανορθωτικών μέτρων που ο ίδιος έλαβε, συνιστούν αναγκαίες προϋποθέσεις για την περαιτέρω θεμελίωση της υπέρ

αυτού ευνοϊκής διαδικασίας του άρθρου 73 παρ. 7 επόμ. (βλ. υπ' αριθμ. 118/2017 Απόφαση (πρώην) 6ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π, σκέψη 5), βάσει των οποία η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να εκφέρει αιτιολογημένη κρίση. Τουναντίον, ως παρεπόμενη συνέπεια της μη δήλωσης εκ μέρους του οικονομικού φορέα, συνδρομής κάποιου εκ των λόγων αποκλεισμού, είναι δυνατόν να επιφέρει την υπαγωγή του στην περίπτωση η) ή/και ζ) της παρ. 4 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 (βλ. και υπ' αριθμ. 776/2018 Απόφαση (πρώην) 1ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π, σκέψη 55).

35. Επειδή, περαιτέρω, η εκ μέρους ενός οικονομικού φορέα αναληθής δήλωση, αλλά και απόκρυψη σχετικών πληροφοριών, οι οποίες δύνανται ή ενδέχεται να στοιχειοθετήσουν, καταλήξουν ή να ερμηνευτούν από την αναθέτουσα αρχή, ως λόγοι αποκλεισμού, συνιστούν αυτοτελείς λόγους κήρυξης της συνολικής Προσφοράς ως अपαραδέκτου και αποκλεισμού του δηλούντος δια του ΤΕΥΔ/Ε.Ε.Ε.Σ οικονομικού φορέα (βλ. υπ' αριθμ. 118/2017 Απόφαση (πρώην) 6^{ου} Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π., αλλά και κατ' αναλογία ΣτΕ ΕΑ 526/2010 σκέψη 6).

36. Επειδή, οι λόγοι αποκλεισμού αποκτούν, βάσει των διατάξεων της νέας Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του Ν. 4412/2016, ουσιαστικό χαρακτήρα και δεν εξετάζεται μόνο η τυπική εκπλήρωσή τους, διασφαλίζοντας με τον τρόπο αυτόν, την τήρηση των θεμελιωδών αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της ανάπτυξης του υγιούς ανταγωνισμού. Για τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, δεν θα αρκούσε για τη στοιχειοθέτηση του λόγου αποκλεισμού της περίπτωσης στ) της παραγράφου 4 του άρθρου 73, η διαπίστωση μίας και μόνης πλημμέλειας κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο άλλης σύμβασης.

37. Επειδή, στο συμπροσβαλλόμενο, από 31.05.2019, Πρακτικό αποσφράγισης και ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών, αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι: «[...] Κατόπιν ελέγχου που πραγματοποίησε η επιτροπή διαπίστωσε ότι: Στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) που

Αριθμός απόφασης: Α 316/2019

κατέθεσε η ως άνω εταιρεία στο Μέρος III: Λόγοι αποκλεισμού τμήμα Γ: Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα παράγραφος Αθέτηση υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου, ως άνω συμμετέχων στο ερώτημα εάν έχει εν γνώσει του αθετήσει τις υποχρεώσεις του στους τομείς του εργατικού δικαίου έδωσε αρνητική απάντηση (Όχι). Η ως άνω απάντηση δεν συμφωνούσε με την υπ' αριθμ. 221010/22-5-2019 απάντηση που έλαβε η επιτροπή διαγωνισμού από το ΣΕΠΕ Δ/νση Προγραμματισμού & Συντονισμού Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων, στην οποία αναφέρεται ότι έχουν επιβληθεί πράξεις προστίμου. Ειδικότερα στο ως άνω έγγραφο: «Στην εταιρεία «...» έχουν επιβληθεί οι παρακάτω πράξεις επιβολής προστίμου:

ΣΟΒΑΡΟΤΗΤΑ	ΗΜ/ΝΙΑ ΕΠΙΒΟΛΗΣ ΠΡΟΣΤΙΜΟΥ	ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΕΛΕΓΧΟΥ
ΠΟΛΥ ΥΨΗΛΗ	09/11/2017	21/07/2017_12050316
ΥΨΗΛΗ	21/05/2018	24/04/2018_11090129921
ΠΟΛΥ ΥΨΗΛΗ	21/05/2018	24/04/2018_11090129921

Για τον λόγο αυτόν και σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.3.3. της διακήρυξης του διαγωνισμού, η οποία αναφέρει ότι «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (ζ) ... έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 2.2.9.2 της παρούσας», η επιτροπή εισηγείται τον αποκλεισμό του παραπάνω συμμετέχοντα από τη διαδικασία λόγω απόκρυψης πληροφοριών για εξακρίβωση λόγων αποκλεισμού». Τέλος, στην προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. 596/13/18.06.2019 Απόφαση του Δ.Σ της ΚΑΘ Α.Ε

Αριθμός απόφασης: Α 316/2019

αναφέρεται ότι: «Το Διοικητικό Συμβούλιο μετά από διαλογική συζήτηση αποφασίζει ομόφωνα: Α. Την έγκριση του πρακτικού της επιτροπής, το οποίο περιλαμβάνει την αξιολόγηση – βαθμολόγηση των συμμετεχουσών εταιριών στον διαγωνισμό. Β. [...] Γ. Την απόρριψη των κάτωθι συμμετεχόντων:

1. «...»

2. «...»

3. «...»

Δ. Την έγκριση της βαθμολογίας της εταιρείας «...» με συνολική βαθμολογία 120 βαθμούς και την συμμετοχή της στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, ήτοι στο άνοιγμα της οικονομικής προσφοράς».

38. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε έγγραφο απόψεων στην Αρχή επί του αιτήματος αναστολής της προσφεύγουσας, παρά το γεγονός ότι τούτο της ζητήθηκε με την υπ' αριθμ. 990/1-7-2019 Πράξη ορισμού εισηγητή και ημερομηνίας εξέτασης της Προσφυγής της Προέδρου του 7^{ου} Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π.

39. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη, σε κάθε δε περίπτωση η προσφεύγουσα επικαλείται συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους η Προσφυγή της θα πρέπει να γίνει δεκτή.

40. Επειδή, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινών μέτρων είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της Προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του - τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου - και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως και προδήλως απαράδεκτη, Προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι

οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

41. Επειδή, περαιτέρω, κατά πάγια νομολογία, η αναστολή χορηγείται μόνο εάν με βάση συγκεκριμένους και ειδικούς λόγους που αποδεικνύονται, πιθανολογείται ότι σε περίπτωση άμεσης εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης, θα επέλθει στον αιτούντα ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς δυνάμενη να επανορθωθεί βλάβη (ΕΑ 88, 103, 197, 209/1991, 548-550/1990, ΔΕφΑΘ 9/2015, 62/2015, 878/2016 κλπ).

42. Επειδή, προφανείς λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν την επιλογή αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης στα κτίρια της ΚΑΘ Α.Ε. (Κτίριο Διοίκησης – Πύλες ΚΑΘ Α.Ε. – Πυρήνες Λαχαναγοράς – Κτίριο Κρεαταγοράς – Εκκλησίας – Βοηθητικών Κτιρίων ΚΑΘ Α.Ε. κλπ). Λόγοι, όμως, δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΣτΕ ΕΑ 840/2008).

43. Επειδή, κατόπιν σταθμίσεως του δημοσίου συμφέροντος και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του, πρέπει, για όλους τους ανωτέρω λόγους και ιδίως, επειδή πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής - ορισμού προσωρινών μέτρων, κατά τα προλεχθέντα (σκέψη 40), η οποία σκοπεύει στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων, να διαταχθεί η αναστολή της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, έως ότου δημοσιευθεί οριστική Απόφαση από την Α.Ε.Π.Π επί της εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής.

44. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο, κατά τα ως άνω, είναι η αναστολή της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας αρχής από την έκδοση οιασδήποτε Απόφασης, τη διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή/και τη ματαίωση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης ενέργειας, καθόσον σε περίπτωση αποδοχής της προκείμενης Προσφυγής, όλες οι επόμενες (της νυν προσβαλλόμενης), πράξεις

θα είναι άκυρες, μέχρι την έκδοση Απόφασης της Α.Ε.Π.Π επί της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής. Η αναστολή αυτή δε διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση Απόφασης επί της Προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του άρθρου 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής.

45. Επειδή, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της Προδικαστικής Προσφυγής λόγω της προόδου της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της προσφεύγουσας, σε περίπτωση που κριθεί με την Απόφαση επί της Προδικαστικής Προσφυγής ότι η προσβαλλόμενη πράξη είναι ακυρωτέα, γιατί παραβιάζει το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων και τις θεμελιώδεις ενωσιακές αρχές της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού.

46. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το αίτημα χορήγησης αναστολής - προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα χορήγησης αναστολής – προσωρινών μέτρων.

Αναστέλλει την ισχύ της υπ' αριθμ. 596/13/18.06.2019 Απόφαση του Δ.Σ της ΚΑΘ Α.Ε, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, με τίτλο: «Υπηρεσίες φύλαξης της ΚΑΘ Α.Ε. (Λαχαναγοράς – Κρεαταγοράς – χώρου στάθμευσης μεταξύ πυλών 2 και 3 της ΚΑΘ Α.Ε. – Γραφείων κτιρίου Διοίκησης της ΚΑΘ Α.Ε. – Εκκλησίας) και συγκεκριμένα των: Κτιρίου Διοίκησης – Πυλών ΚΑΘ Α.Ε. – Πυρήνων Λαχαναγοράς – Κτιρίου Κρεαταγοράς – Εκκλησίας – Βοηθητικών Κτιρίων ΚΑΘ Α.Ε. (Βιολογικός Καθαρισμός, Κλίβανος, Αντλιοστάσια, υποσταθμοί Λαχαναγοράς Κρεαταγοράς κ.α.)», μέχρι την έκδοση Απόφασης επί της υπό κρίση Προδικαστικής

Αριθμός απόφασης: Α 316/2019

Προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 09 Ιουλίου 2019 και εκδόθηκε αυθημερόν, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου

Ηλέκτρα Νικολακοπούλου