

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 25 Φεβρουαρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη-Εισηγήτρια και Μιχαήλ Σειραδάκης, Μέλη.

Για να εξετάσει τα αιτήματα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνονται στις συνεξετασθείσες προδικαστικές προσφυγές, λόγω συνάφειας, και ειδικότερα στις: α) από 11.02.2019 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 184/12.02.2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» που εδρεύει στη..., επί της....., (εφεξής α' προσφεύγων), νομίμως εκπροσωπούμενου, και β) από 13.02.2019 Προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 188/14.02.2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» με το διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στη ..., επί της οδού.., (εφεξής β' προσφεύγων), νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της Υπηρεσίας Ασύλου του Υπουργείου Μεταναστευτικής Πολιτικής (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με τις υπό εξέταση προδικαστικές προσφυγές στις οποίες οι προσφεύγοντες σωρεύουν και αίτημα λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας, επιδιώκουν να ακυρωθεί η με αρ. πρωτ. 2824/05-02-2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής και η Ορθή επανάληψης της, που εκδόθηκε στο πλαίσιο της με αρ. πρωτ. 23302/23-11-2018 διακήρυξης για την ανάθεση συμβάσεων παροχής υπηρεσιών φύλαξης των εγκαταστάσεων της Υπηρεσίας Ασύλου και με την οποία εγκρίθηκαν εν μέρει τα από 28.12.2018, 03.01.2019 και 04.01.2019

πρακτικά αποσφράγισης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής/τεχνικών προσφορών και το από 11.01.2019 πρακτικό αξιολόγησης οικονομικών προσφορών. Ειδικότερα, ο α' προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της ως άνω προσβαλλόμενης απόφασης, με την οποία αποφασίστηκε η απόρριψη της συμμετοχής του από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία από τα τμήματα Δ, Ε, ΣΤ, Ζ, Η και αναδείχθηκε μειοδότη και προσωρινή ανάδοχος η εταιρεία «.....» στα τμήματα Δ και ΣΤ, να γίνει αποδεκτή η συμμετοχή και προσφορά του στην περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία στα τμήματα Δ, Ε, ΣΤ, Ζ, Η και να απορριφθεί η προσφορά τηςγια τα τμήματα Δ και ΣΤ. Ο β' προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της ως άνω προσβαλλόμενης απόφασης, κατά το μέρος με το οποίο αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς του για τα Τμήματα Ε, Ζ και Η και αναδείχθηκε μειοδότη και προσωρινή ανάδοχος η εταιρεία «.....».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση των κρινόμενων προσφυγών έχει καταβληθεί από έκαστο εκ των προσφευγόντων e-πανάβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 600,00 ευρώ (βλ. για τον α' προσφεύγοντα ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 259355322959 0412 0095, αποδεικτικό τραπεζικής συναλλαγής της Τράπεζας ΠΕΙΡΑΙΩΣ της 11.02.2019 για την πληρωμή του εν λόγω παραβόλου και εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών που φέρει τα στοιχεία του εν λόγω παραβόλου και την ένδειξη «δεσμευμένο», για τον β' προσφεύγοντα ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 259632041959 0415 0025, αποδεικτικό τραπεζικής συναλλαγής της Τράπεζας ΠΕΙΡΑΙΩΣ της 12.02.2019 για την πληρωμή του εν λόγω παραβόλου, εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών, που φέρει τα στοιχεία του εν λόγω παραβόλου και την ένδειξη «δεσμευμένο»).

2. Επειδή με την με αρ. πρωτ. 23302/23-11-2018 Διακήρυξη η Υπηρεσία Ασύλου του Υπουργείου Μεταναστευτικής Πολιτικής προκήρυξε τη διενέργεια ηλεκτρονικού διεθνούς ανοικτού διαγωνισμού με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής για την ανάδειξη αναδόχου/ων για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης των εγκαταστάσεων της Υπηρεσίας Ασύλου. Εν προκειμένω, ο διαγωνισμός υποδιαιρείται στα ακόλουθα Τμήματα τα οποία αντιστοιχούν στις κάτωθι Υπηρεσιακές Μονάδες της Υπηρεσίας Ασύλου: Τμήμα Α: Κεντρική Υπηρεσία & ΠΓΑ Αττικής, Τμήμα Β: ΠΓΑ Αλίμου, Τμήμα Γ: ΠΓΑ Πειραιά, Τμήμα Δ: ΠΓΑ Θεσσαλονίκης & ΑΚΑ Αλβανίας Γεωργίας, Τμήμα Ε: ΠΓΑ Ρόδου, Τμήμα ΣΤ: ΠΓΑ Δυτικής Ελλάδας, Τμήμα Ζ: ΠΓΑ Σάμου, Τμήμα Η: ΠΓΑ Κρήτης, Τμήμα Θ: ΠΓΑ Θράκης, Τμήμα Ι: ΑΚΑ Ιωαννίνων. Προσφορές υποβάλλονται για ένα ή περισσότερα Τμήματα ή και για το σύνολο των Τμημάτων της υπό ανάθεση υπηρεσίας. Ο συνολικός προϋπολογισμός των προς ανάθεση υπηρεσιών, χωρίς τον συνυπολογισμό του δικαιώματος προαίρεσης, ανέρχεται στο ποσό των 310.252,80 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. 24%, ενώ το δικαίωμα προαίρεσης υπολογίζεται σε ποσοστό 50% επί του αρχικού προϋπολογισμού, ήτοι στο ποσό των 155.126,40 ευρώ, πλέον Φ.Π.Α.

3. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, περίληψη της διακήρυξης απεστάλη προς δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 20.11.2018 (2018/S 225-515085), καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. 18PROC004061706 2018-11-23, καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ 67093.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016.

5. Επειδή, οι υπό εξέταση προδικαστικές προσφυγές : α) έχουν ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκαν στην «επικοινωνία» του

Αριθμός Απόφασης: Α84 /2019

ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, στις 11.02.2019 και 13.02.2019, αντίστοιχα, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη πράξη κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 05.02.2019 και ορθή επανάληψης της, στις 08.02.2019, β) ασκήθηκαν με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και είναι νομίμως υπογεγραμμένες και γ) κοινοποιήθηκαν στην ΑΕΠΠ από τους προσφεύγοντες με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 του ν. 4412/2016 και της παρ. 1 του άρθρου 9 του π.δ 39/2017, κοινοποίησε στις 13.02.2019 και 14.02.2019, αντίστοιχα τις υπό εξέταση προδικαστικές προσφυγές σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, και στις 18.02.2019 στο σύνολο των προσφερόντων, που μπορεί να θίγονται από την αποδοχή της προσφυγής.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 21.02.2019, ήτοι εμπροθέσμως στην ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, και εν προκειμένω τις με αρ. πρωτ. 4226/20.02.2019 απόψεις της επί των υπό εξέταση, στην παρούσα, προδικαστικών προσφυγών, στις οποίες και περιέλαβε τις απόψεις της επί του εν λόγω αιτήματος.

8. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, νομίμως φέρονται προς εξέταση ενώπιον του 7ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ τα αιτήματα λήψης προσωρινών μέτρων των υπό εξέταση προδικαστικών προσφυγών, κατόπιν της με αρ. 247/15.02.2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου, οι οποίες χρεώθηκαν στο κρίνον Κλιμάκιο στις 14.02.2019.

9. Επειδή, με την με αρ. πρωτ. 2824/05.02.2019 προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής και την από 08.02.2019 ορθή επανάληψη της -ως προς: 1. Την προσθήκη παρ. 34 του προοιμίου 2, την παρ. 1, 6 & 7 του διατακτικού 3 και την προσθήκη της παρ. 8 του διατακτικού-, εγκρίθηκαν/έγιναν εν μέρει αποδεκτά τα από 28.12.2018, 03.01.2019, 04.01.2019 πρακτικά

αποσφράγισης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής/τεχνικών προσφορών και το από 11.01.2019 πρακτικό αξιολόγησης οικονομικών προσφορών στο πλαίσιο της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, βάσει των οποίων διαπιστώθηκε, μεταξύ άλλων, ότι: «28. α)στο ΕΕΕΣ που κατέθεσε αναφέρει ότι έχει παραβιάσει την εργατική νομοθεσία, ότι έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και δηλώνει ότι έχει λάβει μέτρα για να αποδείξει την αξιοπιστία της (αυτοκάθαρση). β)έχει σε βάρος της έξι (6) πράξεις επιβολής προστίμου (ΠΕΠ) πολύ υψηλής σοβαρότητας σύμφωνα με το ΕΞ-21235/17.01.2019 έγγραφο του ΣΕΠΕ. Η ύπαρξη αυτών των ΠΕΠ συνιστά παραβίαση των υποχρεώσεων της προσφέρουσας του εργατικού δικαίου και διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς της εν λόγω εταιρείας βάσει του πρώτου εδαφίου της περίπτωσης γ' της παρ.2 του άρθρου 68 ν.3863/2010 (Α' 115), όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με την παρ.Β του άρθρου 39 του ν.4488/2017 (Α' 137), στοιχεία ιγ και λ του προοιμίου της διακήρυξης αντίστοιχα. ...32. Ηστο ΕΕΕΣ που υπέβαλε δηλώνει ότι δεν έχει παραβιάσει την εργατική νομοθεσία, ούτε έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Ωστόσο, σύμφωνα με το ΕΞ-27503/22.01.2019 έγγραφο του ΣΕΠΕ η εταιρεία έχει σε βάρος της δύο (2) ΠΕΠ πολύ υψηλής σοβαρότητας και μία (1) ΠΕΠ υψηλής σοβαρότητας εντός των τελευταίων δύο ετών. Η ύπαρξη των ανωτέρω ΠΕΠ του ΣΕΠΕ συνιστά παραβίαση των υποχρεώσεων της εταιρείας στον τομέα του εργατικού δικαίου και διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς της εν λόγω εταιρείας βάσει του πρώτου εδαφίου της περίπτωσης γ' της παρ.2 του άρθρου 68 ν.3863/2010 (Α' 115), όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με την παρ.Β του άρθρου 39 του ν.4488/2017 (Α' 137), στοιχεία ιγ και λ του προοιμίου της διακήρυξης αντίστοιχα. Εξάλλου η αποσιώπηση της ύπαρξης αυτών συνιστά παράβαση του όρου 2.2.3.4 περ. ζ της διακήρυξης. Λόγω του ότι το εύρημα (β) αποτελεί λόγο αποκλεισμού δεν ζητούνται διευκρινίσεις για τα υπόλοιπα ευρήματα». Ειδικότερα, με την προσβαλλόμενη απόφαση απορρίφθηκαν οι προσφορές των προσφευγόντων, οι οποίοι αμφότεροι είχαν υποβάλλει, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, προσφορά για το σύνολο των

προκηρυσσόμενων υπηρεσιών, ήτοι για τα τμήματα Α-Ι και αναδείχθηκαν προσωρινοί ανάδοχοι οι οικονομικοί φορείς με την επωνυμία «.....» για τα τμήματα Α,Β,Γ,Δ,ΣΤ,Ζ,Θ,Ι και «...» για τα τμήματα Ε-Η. Με την ίδια απόφαση κλήθηκαν οι προσωρινοί ανάδοχοι να προσκομίσουν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της παρούσας μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

10. Επειδή, από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 20 παρ. 1, 94 και 95 του Συντάγματος, συνάγεται ότι ο κοινός νομοθέτης υποχρεούται να εξασφαλίζει τη δυνατότητα έννομης προστασίας έναντι των εκτελεστών πράξεων των διοικητικών αρχών. Η προστασία αυτή, δεν αφορά μόνο την οριστική επίλυση της διαφοράς, αλλά περιλαμβάνει και την προσωρινή δικαστική προστασία, δηλαδή τη λήψη του μέτρου που κρίνεται κατάλληλο για να αποσοβηθεί η ανεπανόρθωτη βλάβη, που κατά περίπτωση συνδέεται με την άμεση εκτέλεση της διοικητικής πράξης, ήτοι για να αποσοβηθεί η ματαίωση του σκοπού, για τον οποίο παρέχεται το κύριο ένδικο βοήθημα. Ως ανεπανόρθωτη δε βλάβη, η αποσόβηση της οποίας καθιστά, συνταγματικά επιβεβλημένη την παροχή προσωρινής προστασίας, νοείται όχι μόνον η κατά κυριολεξία μη αναστρέψιμη, αλλά και εκείνη, της οποίας η αποκατάσταση, υπό τις συγκεκριμένες οικονομικές και λοιπές συνθήκες, είναι για το διάδικο δυσχερής σε τέτοιο βαθμό, ώστε να αδυνατεί πράγματι να την επιτύχει. Περίπτωση δε πρόδηλης βασιμότητας του κύριου ένδικου βοηθήματος συντρέχει, ιδίως, όταν αυτό βασίζεται σε πάγια νομολογία ή σε νομολογία της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικράτειας και, πάντως, όχι όταν πιθανολογείται απλώς η ευδοκίμησή του (ΕΑ ΣΤΕ 496/2011).

11. Επειδή, ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι : *«1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης*

παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

12. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «*Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας*». Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος 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.

13. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να

μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκομένων 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 (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

14. Επειδή, ειδικότερα, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή ή τον τυχόν παρεμβαίνοντα, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004).

15. Επειδή, σε συνέχεια των αναφερόμενων στην ανωτέρω σκέψη, ελέγχεται αυτεπάγγελα η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος με βάση το κατά πόσο από το έγγραφο της προσφυγής και τα στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος, εξετάζεται δε από την ΑΕΠΠ ως προς την νομιμότητά του, την απόδειξή του και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του που επιβάλλουν την έννομη προστασία του.

16. Επειδή η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερόμενου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντ.), ούτε δημιουργεί (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017) αντίθεση προς το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ΣΤΕ 2980/2013). Μόνη, δε, εξαίρεση στην άνω αναφερθείσα υποχρέωση προαπόδειξης είναι να προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις ad hoc ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του προσφεύγοντος (ΣΤΕ 2521/2004).

17. Επειδή, οι προσφεύγοντες, ως προσφέροντες των οποίων οι προσφορές απορρίφθηκαν, θεμελιώνουν έννομο συμφέρον για την άσκηση

προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς τους αλλά και στη ζημία τους από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς των εν λόγω συμμετεχόντων. Ωστόσο, το έννομο συμφέρον που απαιτείται για την παραδεκτή αίτηση χορήγησης μέτρων προσωρινής προστασίας, δεν συμπίπτει κατ' ανάγκη με το απαιτούμενο για την παραδεκτή άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως, δια της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, όπου στην πρώτη περίπτωση απαιτείται, επιπλέον, το έννομο συμφέρον να ανάγεται σε μία νομική και πραγματική κατάσταση η οποία να είναι προσωρινά προστατευτέα και να δικαιολογεί τη χορήγηση του προσωρινού μέτρου (βλ. κατ' αναλογία ΣΤΕ ΕΑ 1046,2047,1102,1103,1148,1149/2009) προκειμένου να αποσοβηθεί η ανεπανόρθωτη βλάβη από την εκτέλεση της προσβαλλόμενης ή έστω δυσχερώς αναστρέψιμης.

18. Επειδή, ως προ το αίτημα λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας, ο μεν α' προσφεύγων αιτείται αυτολεξεί: *«Να ανασταλεί η υπ' αριθμ. 2824/05-02-2019 απόφαση του Διευθυντή της Υπηρεσίας Ασύλου, με την οποία, ύστερα από έγκριση των από 28.12.2018, 03.01.2019, 04.01.2019 πρακτικών αποσφράγισης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής/τεχνικών προσφορών και του από 11.01.2019 πρακτικού αξιολόγησης οικονομικών προσφορών για τον διαγωνισμό παροχής υπηρεσιών φύλαξης των εγκαταστάσεων της Υπηρεσίας Ασύλου, αποφασίστηκε η απόρριψη της συμμετοχής της εταιρίας μας από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία από τα τμήματα Δ, Ε, Στ, Ζ, Η και αναδείχθηκε μειοδότη ηστα τμήματα Δ και Στ. Να απαγορευθεί η διενέργεια της περαιτέρω διαδικασίας ανοίγματος και αξιολόγησης των προσφορών για τα τμήματα Δ, Ε, Στ, Ζ, Η, ώστε να μην δημιουργηθούν τετελεσμένες καταστάσεις σε βάρος της εταιρίας, άλλως να διαταχθεί ως προσωρινό μέτρο η υπό αίρεση συμμετοχή της εταιρίας μας στην περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία και σε κάθε περίπτωση να απαγορευθεί η ανάθεση και σύναψη της σύμβασης»*. Ο δε β' προσφεύγων αιτείται αυτολεξεί *«Να απαγορευτεί η πρόοδος του διαγωνισμού και*

η σύναψη σύμβασης της Αναθέτουσας Αρχής με την εταιρεία «.....» για τα Τμήματα Ε, Ζ και Η του διαγωνισμού έως την έκδοση απόφασης επί της παρούσας προσφυγής μας». Η αναθέτουσα αρχή αιτήθηκε την απόρριψη τως ως άνω αιτημάτων ως άνευ αντικειμένου δοθέντος ότι ήδη έχουν αναδειχθεί προσωρινοί ανάδοχοι και επομένως δεν υφίσταται, κατά τους ισχυρισμούς της συνδρομή επείγουσας περίπτωσης ή επικείμενος κίνδυνος για τους προσφεύγοντες ώστε να χρήζουν άμεσης προσωρινής προστασίας.

19. Επειδή, ως προεκτέθηκε, η προστασία που παρέχεται με τη μορφή μέτρων προσωρινής προστασίας έχει ως σκοπό την εξασφάλιση ή τη διατήρηση του δικαιώματος ή τη ρύθμιση της κατάστασης μέχρι να εκδοθεί οριστική απόφαση επί της ασκηθείσας προσφυγής, η οποία εκκρεμεί, καθώς και την αποφυγή βλαβών, οι οποίες είναι ενδεχόμενο να επέλθουν κατά τον χρόνο που απαιτείται να παρέλθει έως την εξέταση της προσφυγής. Εν προκειμένω, η διαγωνιστική διαδικασία ευρίσκεται σε στάδιο που έχουν ήδη ανακηρυχθεί προσωρινοί ανάδοχοι, αμφότεροι δε οι προσφεύγοντες αιτούνται την απαγόρευση σύναψης των επίμαχων συμβάσεων, η οποία, ωστόσο, σύμφωνα με το άρθρο 364 «Ανασταλτικό αποτέλεσμα» του ν. 4412/2016, κωλύεται αυτοδίκαια έως την έκδοση απόφασης από την ΑΕΠΠ επί των προσφυγών. Επομένως, τα αιτήματα αμφοτέρων των προσφευγόντων για λήψη μέτρων προσωρινής προστασίας, απορρίπτονται ως απαράδεκτα, δοθέντος ότι δεν στοιχειοθετείται η ύπαρξη βλάβης τους, η οποία αποτελεί προϋπόθεση του παραδεκτού του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων. Εξάλλου, αμφότεροι οι προσφεύγοντες δεν επικαλούνται συγκεκριμένη βλάβη από την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, πολλώ δε μάλλον ανεπανόρθωτη τέτοια, ενώ η οποιαδήποτε βλάβη θα μπορούσαν να υποστούν θα ήταν αμιγώς οικονομική και, επομένως, ευχερώς επανορθώσιμη. Στο σημείο αυτό και χάριν πληρότητας, σημειώνεται ότι στο πλαίσιο της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, υποβλήθηκε και τρίτη προδικαστική προσφυγή, από έτερο οικονομικό φορέα, που θα συνεξετασθεί, βάσει της Πράξης της σκέψης 8 της παρούσας, με τις υπό στοιχείο α' και β' προσφυγές. Ο εν λόγω οικονομικός φορέας, δεν περιέλαβε στην

προσφυγή του αίτημα λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας, το οποίο και σε συνέχεια των ανωτέρω αναφερομένων, λόγω του σταδίου που ευρίσκεται η διαγωνιστική διαδικασία, δεν χρήζει της αυτεπάγγελτης, κατ' άρθρο 15 του π.δ 39/2017, χορήγησης μέτρων προσωρινής προστασίας.

20. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 15 «Προσωρινά μέτρα» παρ. 3 του π.δ/τος 39/2017, επαναλαμβάνονται οι διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016 και ορίζεται περαιτέρω: *«Με την απόφαση της παραγράφου 1 μπορεί να διατάσσεται και η άρση της απαγόρευσης σύναψης της σύμβασης. Λόγο άρσης της απαγόρευσης αυτής συνιστά το προδήλως απαράδεκτο ή το προδήλως αβάσιμο της προδικαστικής προσφυγής, περί του οποίου αρκεί απλή μνεία»*. Ειδικότερα, η εν λόγω περίπτωση προβλέπει εξαίρεση από τον κανόνα του άρθρου 364 του ν. 4412/2016, περί αυτοδίκαιης απαγόρευσης σύναψης σύμβασης, έως την έκδοση απόφασης από την ΑΕΠΠ επί προδικαστικής προσφυγής και μόνο υπό την προϋπόθεση του προδήλως απαράδεκτου ή/και του προδήλως αβάσιμου των προδικαστικών προσφυγών.

21. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις εκ μέρους της παρεχόμενες απόψεις επί των υπό εξέταση προδικαστικών προσφυγών, αιτήθηκε την, σε εφαρμογή της παρ. 3 του άρθρου 15 του π.δ. 39/2017, άρση της απαγόρευσης σύναψης της σύμβασης, λόγω του ότι, κατά τους ισχυρισμούς της, οι κατατεθείσες προδικαστικές προσφυγές είναι προδήλως αβάσιμες, καθώς και για λόγους δημοσίου συμφέροντος.

22. Επειδή ο α' προσφεύγων, κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού, ισχυρίζεται αυτολεξεί: *« Α. Ως προς την απόρριψη της προσφοράς μας Ι. Στην παρ. 2.2.3 «Λόγοι αποκλεισμού» της διακήρυξης (σελ. 18επ.) 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: [...] γ) η Αναθέτουσα Αρχή 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: 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». Επίσης στην παρ. 2.2.3.4. της διακήρυξης ορίζεται ότι: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ... (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». Στη σελ. 10 του ΕΕΕΣ που συμπλήρωσε η εταιρία μας κλήθηκε να απαντήσει στο ακόλουθο ερώτημα «Ο οικονομικός φορέας έχει, εν γνώσει του, παραβιάσει τις υποχρεώσεις του στον τομέα του εργατικού δικαίου; Όπως αναφέρονται για τους σκοπούς της παρούσας προμήθειας στο εθνικό δίκαιο, στη σχετική προκήρυξη ή στα έγγραφα της προμήθειας ή στο άρθρο 18 παράγραφος 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ». Η εταιρία μας έδωσε την απάντηση «ΝΑΙ» αναφέροντας τα κάτωθι: «Στην εταιρία μας επιβλήθηκαν οι εξής πράξεις επιβολής προστίμων: α. Η υπ' αριθμ 284515/1-11-2017 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της Χίου, για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Μυτιλήνης η ΠΡ 211/2111-2017 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 1). β Η υπ' αριθμ. 171060/24-52018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της Λάρισας, για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Λάρισας η ΠΡ

261/28-6-2017 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 2). γ. Η υπ' αριθμ. 347763/4-10-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας Δυτικού Τομέα Θεσσαλονίκης, για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Θεσσαλονίκης η ΠΡ 4214/19-11-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 3). δ. Η υπ' αριθμ. 375762/23-10-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας Ανατολικού Τομέα Αθηνών, για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Αθηνών η ΠΡ10837/27-11-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 4). ε. Η υπ' αριθμ. 447726/05-12-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας Ανατολικού Τομέα Αθηνών, για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Αθηνών η ΠΡ11643/11-12-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 5). στ. Η υπ' αριθμ. 439340/29-11-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας Ν.Ιωνίας, για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Αθηνών η ΠΡ11825/12-12-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 6). Επειδή η εταιρία μας δεν έχει παραβιάσει εν γνώσει της, τις υποχρεώσεις της, στον τομέα του εργατικού δικαίου και επειδή αμφισβητεί ότι οι συγκεκριμένες αποφάσεις αποτελούν εργατική παράβαση, τις έχει προσβάλει με προσφυγές. Επομένως όπως ορίζει ο Ν4412/2016 άρθρο 73 παρ.2 περίπτωση γ, η οποία προστέθηκε με το άρθρο 39 του Ν4488/2017 οι ανωτέρω πράξεις δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ». Επίσης, στο ερώτημα της σελ. 13 του ΕΕΕΣ «Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα; Κατά περίπτωση, βλέπε ορισμούς στο εθνικό δίκαιο, στη σχετική προκήρυξη ή στα έγγραφα της προμήθειας», η εταιρία μας απάντησε «ΝΑΙ», επισημαίνοντας τα παρακάτω: «Στην εταιρία μας επιβλήθηκαν οι εξής πράξεις επιβολής προστίμων: α. Η υπ' αριθμ 284515/1-11-2017 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της Χίου, για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Μυτιλήνης η ΠΡ 211/21-11-2017 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 1). β Η υπ' αριθμ. 171060/24-5-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της Λάρισας, για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Λάρισας η ΠΡ 261/28-6-2017 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 2). γ. Η υπ' αριθμ.

347763/4-10-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας Δυτικού Τομέα Θεσσαλονίκης, για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Θεσσαλονίκης η ΠΡ 4214/19-11-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 3). δ. Η υπ' αριθμ. 375762/23-10-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας Ανατολικού Τομέα Αθηνών, για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Αθηνών η ΠΡ10837/27-11-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 4). ε. Η υπ' αριθμ. 447726/05-12-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας Ανατολικού Τομέα Αθηνών, για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Αθηνών η ΠΡ11643/11-12-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 5). στ. Η υπ' αριθμ. 439340/29-11-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας Ν.Ιωνίας, για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Αθηνών η ΠΡ11825/12-12-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 6). Επειδή η εταιρία μας δεν έχει παραβιάσει εν γνώσει της, τις υποχρεώσεις της, στον τομέα του εργατικού δικαίου και επειδή αμφισβητεί ότι οι συγκεκριμένες αποφάσεις αποτελούν εργατική παράβαση, τις έχει προσβάλει με προσφυγές. Επομένως όπως ορίζει ο Ν4412/2016 άρθρο 73 παρ.2 περίπτωση γ, η οποία προστέθηκε με το άρθρο 39 του Ν4488/2017 οι ανωτέρω πράξεις δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ». Επίσης, στο ερώτημα «Έχετε λάβει μέτρα για να αποδείξετε την αξιοπιστία σας («αυτοκάθαρση»)» η απάντηση της εταιρία μας ήταν «ΝΑΙ» με αναφορά των κατωτέρω: «Η εταιρία μας παρά ταύτα επισημαίνει ότι έχει λάβει όλα τα απαραίτητα μέτρα ώστε με βάση τον αριθμό του προσωπικού της να είναι απολύτως συμμορφούμενη με τις υποδείξεις της εργατικής νομοθεσίας, τηρώντας εγκαίρως όλες τις υποχρεώσεις της και έχοντας καθιερώσει στενή συνεργασία εκπροσώπου εταιρίας, λογιστηρίου, λογιστή, επόπτη έργου και εργαζομένων ώστε να αποφεύγεται κάθε σφάλμα ή αβλεψία». Η Αναθέτουσα Αρχή κατ' επίκληση των ανωτέρω δηλωθέντων απέρριψε την προσφορά της εταιρία μας διότι: «έχει σε βάρος της έξι (6) πράξεις επιβολής προστίμου (ΠΕΠ) πολύ υψηλής σοβαρότητας σύμφωνα με το ΕΞ-21235/17.01.2019 έγγραφο του ΣΕΠΕ. Η ύπαρξη αυτών των ΠΕΠ συνιστά παραβίαση των υποχρεώσεων της

προσφέρουσας του εργατικού δικαίου και διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς της εν λόγω εταιρείας βάσει του πρώτου εδαφίου της περίπτωσης γ' της παρ.2 του άρθρου 68 ν.3863/2010 (Α' 115), όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με την παρ.Β του άρθρου 39 του ν.4488/2017 (Α' 137), στοιχεία ιγ και λ του προοιμίου της διακήρυξης αντίστοιχα». Ενόψει των ανωτέρω δεδομένων, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι εσφαλμένη διότι: I. Η Αναθέτουσα Αρχή παραβίασε ρητό και σαφή όρο της διακήρυξης στη διακήρυξη, καθόσον στην παρ. 2.3.3. στην περίπτωση γ' όσον αφορά το ζήτημα της επιβολής κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας αναφέρεται ότι «Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ». Επομένως, κατά την ειδικότερη βούληση της διακήρυξης, οι ποινές της εργατικής νομοθεσίας, προκειμένου να αποτελέσουν λόγο αποκλεισμού, υπό την έννοια του αντίστοιχου όρου της διακήρυξης και των άρθρων 68 Ν. 3863/2010 και 73 του Ν. 4412/2016, θα πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, ήτοι να έχει αποφανθεί το διοικητικό δικαστήριο τελεσιδίκως και δεσμευτικώς επί των ασκηθεισών προσφυγών κατά των συγκεκριμένων διοικητικών κυρώσεων. Ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης δεν έχει προσβληθεί έως σήμερα και ως εκ τούτου είναι απολύτως δεσμευτικώς για όλους (ΣΤΕ 2770/2013). Η εταιρία μας έχει ασκήσει ισάριθμες προσφυγές για όλες τις πράξεις επιβολής κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας (ΣΧΕΤΙΚΟ 1, 2, 3, 4, 5, 6) και συνεπώς οι αναφερόμενες κυρώσεις δεν έχουν αποκτήσει «τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ», ώστε να τίθεται ζήτημα αποκλεισμού της εταιρίας μας. II. Σε κάθε περίπτωση δεν είναι σύννομα αιτιολογημένη η απόρριψη της συμμετοχής της εταιρίας μας για τους εξής λόγους: Στο άρθρο 18 του Ν. 4412.2016 ορίζεται ότι: «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)». Ο Ν.

3863/2010 στο άρθρο 68 παρ. 2 περ' γ', η οποία τροποποιήθηκε με τον Ν 4488/2017 (άρθρο 39 περίπτωση β') ορίζει ότι: «γ) η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από την 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 την λήξη της προθεσμίας υποβολής 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». Στο άρθρο 73 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: α) γνωρίζει ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή/και β) μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. «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 [...] 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.». Οι παραπάνω ειδικές ρυθμίσεις για εταιρίες καθαριότητας και φύλαξης δεν παραπέμπουν στο άρθρο 73 παρ. 2 Ν. 4412/2016 δυνάμει του οποίου για να συντρέχει ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού οι επιβληθείσες κυρώσεις «πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ», υπό την έννοια ότι εκδόθηκε περί αυτών δικαστική απόφαση του αρμοδίου

δικαστηρίου. Η πρόσθετη αυτή προϋπόθεση δεν αναφέρεται ρητώς ότι ισχύει και για τις εταιρίες καθαριότητας και φύλαξης, καθόσον, σύμφωνα με το άρθρο 68 παρ. 2 περ' γ' Ν. 3863/2010 (και του ταυτόσημου αντίστοιχου όρου της διακήρυξης), για την επέλευση του αποκλεισμού από διαγωνιστική διαδικασία απαιτείται η έκδοση και μόνον των συγκεκριμένων αποφάσεων επιβολής κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας. Συνεπεία της εφαρμογής της παραπάνω διάταξης, η οποία έχει σκοπό πάταξης του φαινομένου της παράβασης της εργατικής νομοθεσίας, χωρίς να συνδυάζεται ευθέως η εφαρμογή της με την παραπάνω προϋπόθεση που το άρθρο 73 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 (το οποίο διέπει κάθε διαγωνιστική διαδικασία), οι εταιρίες φύλαξης (όπως και η δική μας) αποκλείονται υποχρεωτικώς από διαγωνιστικές διαδικασίες, για υπέρμετρο χρονικό διάστημα που μπορεί να φτάσει ακόμη και τα δύο έτη (!), εφόσον έχουν εκδοθεί σε βάρος τους 3 πράξεις επιβολής κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας, ανεξάρτητα εάν έχουν ασκηθεί κατ' αυτών προσφυγές ή άλλα ένδικα μέσα. Έτσι, από την αυτοτελή εφαρμογή του άρθρου 68 παρ.2 περ. γ' και του αντίστοιχου όρου της διακήρυξης, για τη συνδρομή του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού οι εκδοθείσες διοικητικές κυρώσεις δεν προκύπτει, ελλείψει ευθείας αναφοράς, ότι πρέπει να είναι τελεσίδικες και δεσμευτικές (όπως προϋποθέτει ρητώς το άρθρο 73 παρ.2 Ν. 4412/2016), υπό την έννοια ότι έχουν εκδικαστεί τα προβλεπόμενα κατ' αυτών ένδικα μέσα, αλλά αρκεί μόνον η έκδοση των τριών πράξεων επιβολής διοικητικών κυρώσεων, χωρίς να προβλέπεται από την οικεία νομοθεσία ουδείς άλλος διοικητικός ή δικαστικός μηχανισμός ελέγχου της κρίσης των ελεγκτικών οργάνων επιβολής των συγκεκριμένων διοικητικών κυρώσεων πριν την εφαρμογή του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού. Η ρύθμιση του άρθρου 68 Ν. 3863/2010 πρέπει να ερμηνευθεί συμφώνως με το Σύνταγμα, ήτοι συνδυαστικά με το άρθρο 73 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί σαφώς το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης, δυνάμει του οποίου προϋποτίθεται η αμετάκλητη και δεσμευτική ισχύς των κυρώσεων που περιλαμβάνονται στο μητρώο παραβατών του ΣΕΠΕ. Η ερμηνεία αυτή είναι η μόνη συμβατή με το Σύνταγμα και, στο μέτρο που δεν αποκλείεται ρητώς από τη διακήρυξη ή τον νόμο, η εν προκειμένη συνδυαστική εφαρμογή των ανωτέρω με το άρθρο 73 παρ. 2 του Ν. 4412/2016

που προϋποθέτει την αμετάκλητη ισχύ των επιβληθεισών διοικητικών κυρώσεων. Η παραπάνω ερμηνεία είναι και η μόνη συνταγματικά ανεκτή για τον συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης και του άρθρου 68 παρ.2 περ. γ' του Ν. 3863/2010, διότι ειδάλλως παραβιάζονται οι εξής θεμελιώδεις συνταγματικές αρχές: (α) Παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας: Η συγκεκριμένη, όμως, ρύθμιση, αυτή καθαυτή, εφαρμοζόμενη χωρίς να συνδυάζεται με το άρθρο 73 παρ. 2, περιορίζει υπέρμετρα τη δραστηριότητα μίας επιχείρησης φύλαξης (όπως η δική μας) εις βάρος της οποίας έχουν επιβληθεί 3 πράξεις επιβολής προστίμων «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας. Και τούτο διότι η ρύθμιση αυτή κατ' ουσίαν συνεπάγεται την κατ' ουσίαν παύση λειτουργίας της επιχείρησης μας για χρονικό διάστημα μέχρι και δύο ετών, εφόσον δεν θα μπορεί να συμμετέχει σε διαγωνισμούς του Δημοσίου, δεδομένου ότι, σύμφωνα με την παραπεμπόμενη υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011, η πλειοψηφία των παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας, ακόμη και αυτές που μπορεί να επισύρουν πρόστιμο 1000-1.500 ευρώ, χαρακτηρίζονται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας. Μάλιστα, ο λόγος αυτός αποκλεισμού επέρχεται εκ του νόμου (και εκ του ταυτόσημου όρου της εν προκειμένω εφαρμοστέας διακήρυξης του ΤΕΙ) αδιακρίτως, ήτοι χωρίς να λαμβάνεται υπόψη ο αριθμός του απασχολούμενου προσωπικού της επιχείρησης, η διακινδύνευσή της με βάση τον αριθμό έργων που εκτελεί, η υπαιτιότητά της για την επιβολή των κυρώσεων, η οικονομική θέση της κ.λπ. και χωρίς να προβλέπεται ουδείς τρόπος άρσης του αποκλεισμού. Έτσι, όμως, κατ' ουσίαν καθίσταται όμοια η μεταχείριση μίας εταιρίας που υποπίπτει σε παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, διαθέτοντας προσωπικό 30 ατόμων και εκτελώντας 2 έργα και μίας εταιρίας που διαθέτει προσωπικό 400 ατόμων, όπως η δική μας, η οποία εκτελεί 50 έργα σε 50 διαφορετικούς χώρους. Επομένως, η μεταχείριση των εταιριών του κλάδου μας, κατ' αυτόν τον τρόπο, αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας. Ειδικότερα, ο σκοπός της αποτροπής της παραβίασης της εργατικής νομοθεσίας, πράγματι, επιτυγχάνεται με πλείστους τρόπους, όπως η επιβολή υψηλού ποσού διοικητικών κυρώσεων, από διαρκείς ελέγχους τους οποίους υφιστάμεθα καθημερινώς κ.λπ. Επομένως, δεν φαίνεται αναγκαίος και

πρόσφορος ο αποκλεισμός της εταιρίας μας για διάστημα μέχρι 2 ετών από τη σύναψη συμβάσεων του Δημοσίου, εφόσον η συνέπεια αυτή πλήττει υπέρμετρα και δυσανάλογα την οικονομική ελευθερία και την επιχειρηματική δραστηριότητα της εταιρίας μας, χωρίς έστω οι συγκεκριμένες κυρώσεις να είναι τελεσίδικες και αμετάκλητες, όπως ρυθμίζει το άρθρο 73 του Ν. 4412/2016 για τις λοιπές περιπτώσεις εταιριών, πλην αυτών που δραστηριοποιούνται στον τομέα της φύλαξης και της καθαριότητας. Έτσι, ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού, όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι εφαρμόζεται, ήτοι αρκούσης μόνο της έκδοσης των πράξεων της εργατικής νομοθεσίας για παραβάσεις που χαρακτηρίζονται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας για να συντρέξει ο λόγος υποχρεωτικού αποκλεισμού, είναι σφόδρα δυσανάλογος, στο μέτρο που δεν προβλέπεται άλλος δικαστικός ή διοικητικός μηχανισμός ελέγχου των επιβληθεισών διοικητικών κυρώσεων, εφόσον η επιβολή τους, στηριζόμενη στην επιτόπια κρίση του ελέγχου, πολλές φορές ακυρώνεται μετά την προσκόμιση των αναγκαίων αποδεικτικών στοιχείων που δεν έλαβε εγκαίρως υπόψη του ο έλεγχος. (β). Παραβίαση της αρχής της ισότητας: Επιπλέον, με την ίδια διάταξη παραβιάζεται η αρχή της ισότητας μεταξύ των επιχειρήσεων, δεδομένου ότι για εταιρίες άλλων κλάδων ο λόγος αποκλεισμού προϋποθέτει την «αμετάκλητη και δεσμευτική ισχύ» των επιβληθεισών κυρώσεων μετά την έκδοση σχετικής δικαστικής απόφασης και μόνον για τις εταιρίες καθαριότητας και φύλαξης προβλέπεται αυστηρότερη, ανεπιεικής και δυσανάλογη μεταχείριση που οδηγεί κατ' ουσίαν σε επί μακρῶ σφράγιση των επιχειρήσεων αυτών, χωρίς να μεσολαβεί καν η αναγκαία δικαστική κρίση, προκειμένου να αποφανθεί για την ορθότητα ή μη της επιβληθείσας κύρωσης. Η πρόωρη αυτή «εφαρμογή» των διοικητικών κυρώσεων, ειδικώς για τις εταιρίες φύλαξης και καθαριότητας, σε αντίθεση με τις λοιπές εταιρίες όπου απαιτείται έκδοση δικαστικής απόφασης με αμετάκλητη και δεσμευτική ισχύ, δεν προκύπτει πώς διασφαλίζει το δημόσιο συμφέρον, από τη στιγμή που τέτοιες κυρώσεις είναι αρκετά συχνό φαινόμενο να ακυρώνονται από τον διοικητικό δικαστή σε αρκετά μεταγενέστερο χρόνο, έχοντας όμως ήδη προκαλέσει σοβαρή βλάβη σε όσους επιβλήθηκαν. Οποιαδήποτε άλλη εκδοχή δημιουργεί λίαν ανεπιεικείς και δυσανάλογες καταστάσεις που πρωτίστως

πλήττουν το δημόσιο συμφέρον, με την έννοια ότι θίγεται η ανάπτυξη της επιχειρηματικής δραστηριότητας και μειώνεται ο ανταγωνισμός, εφόσον οι εταιρίες του κλάδου μας αποκλείονται διαδοχικώς και για υπέρμετρο χρονικό διάστημα από τη συμμετοχή τους σε δημόσιους διαγωνισμούς. Σε κάθε περίπτωση ο λόγος αποκλεισμού που προβλέπει η εν λόγω διάταξη του Ν. 4412/2016 (αντίστοιχο είναι το άρθρο 57παρ.1-6 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ως «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα», έννοια η οποία αντιστοιχεί στην παραβίαση αρχών που αφορούν την ηθική, την αξιοπρέπεια ή την επαγγελματική συνείδηση. Η παραβίαση αυτή θεμελιώνει επαγγελματική ευθύνη αυτού που τη διέπραξε μέσω, ιδίως, της κινήσεως πειθαρχικής διαδικασίας από τους αρμόδιους επαγγελματικούς φορείς ή ποινικής διαδικασίας για προσπάθεια απάτης σε άλλες διαγωνιστικές διαδικασίες κ.λπ. (Ε.Α ΣτΕ 403/2010). Για την εκτίμηση της τέλεσης ή μη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να λάβει υπόψη της οποιοδήποτε πρόσφορο στοιχείο που υποπίπτει στην αντίληψή της, χωρίς να κωλύεται η Αναθέτουσα Αρχή από το γεγονός ότι ο διαγωνισμός έχει φθάσει σε στάδιο κατακύρωσης (ΣτΕ 1668/2012). Επομένως, δεν απαιτείται απόφαση που έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου για τη διαπίστωση επαγγελματικού παραπτώματος, κατά την έννοια της διάταξης που περιλαμβάνεται στο εν λόγω εδάφιο, στοιχείο δ' (ΑΠΟΦΑΣΗ ΔΕΕ (τρίτο τμήμα) της 13ης Δεκεμβρίου 2012 - υπόθεση C 465/11 – σκέψη 28). Για τη διαπίστωση της ύπαρξης «σοβαρού παραπτώματος» απαιτείται, κατ' αρχήν, να πραγματοποιηθεί συγκεκριμένη εκτίμηση και να εξατομικευθεί η στάση του οικείου οικονομικού φορέα (σκέψη 31 - υπόθεση C 465/11- βλ. ανωτέρω). Μάλιστα έχει κριθεί από το ΔΕΕ (ΑΠΟΦΑΣΗ (πέμπτο τμήμα) της 11ης Δεκεμβρίου 2014 –C- 440/2013 – βλ. σκέψη 28) ότι: «είναι χρήσιμο να διευκρινιστεί ότι οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 45, παράγραφος 2, στοιχεία δ' και ζ', της οδηγίας αυτής, παρέχουν επίσης στις αναθέτουσες αρχές τη δυνατότητα να αποκλείσουν κάθε οικονομικό φορέα ο οποίος διέπραξε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που αποδεδειγμένως διαπιστώθηκε με οποιοδήποτε μέσο ενδέχεται να διαθέτουν οι αναθέτουσες αρχές ή είναι ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων ή δεν παρέσχε τις αναγκαίες για την ποιοτική επιλογή των προσφορών πληροφορίες, χωρίς να απαιτείται να υπάρχει

οριστική καταδικαστική απόφαση του οικονομικού φορέα. Στην υπό κρίση περίπτωση στην εταιρία μας επιβλήθηκαν οι εξής πράξεις επιβολής προστίμων: [επιαναλαμβάνονται οι ανωτέρω 6 πράξεις επιβολής προστίμων και ο αριθμός κατάθεσης αντίστοιχων αιτήσεων ενώπιον του αρμοδίου Δικαστηρίου, τις οποίες ομοίως ο προσφεύγων χαρακτηρίζει ως εμπρόθεσμες]. Επομένως, οι επιβληθείσες κυρώσεις δεν είναι δεσμευτικές και αμετάκλητες, ώστε να δικαιολογούν την απόρριψη της εταιρίας μας. Σε κάθε περίπτωση, η εταιρία μας απέδειξε ότι έχει ασκήσει προσφυγές κατ' αυτών των πράξεων. Από την επισκόπηση των προσφυγών συνάγεται ότι η επιβολή των προστίμων είναι αυθαίρετη και παράνομη, ενώ ανέφερε ότι έχει λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης ήτοι: «Η εταιρία μας παρά ταύτα επισημαίνει ότι έχει λάβει όλα τα απαραίτητα μέτρα ώστε με βάση τον αριθμό του προσωπικού της να είναι απολύτως συμμορφούμενη με τις υποδείξεις της εργατικής νομοθεσίας, τηρώντας εγκαίρως όλες τις υποχρεώσεις της και έχοντας καθιερώσει στενή συνεργασία εκπροσώπου εταιρίας, λογιστηρίου, λογιστή, επόπτη έργου και εργαζομένων ώστε να αποφεύγεται κάθε σφάλμα ή αβλεψία». Επομένως, στη χειρίστη των περιπτώσεων, η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε κατ' εφαρμογή του άρθρου 73 παρ. 7 Ν. 4412/2016, ακόμη κι αν θεωρηθεί ότι αρκεί η έκδοση των συγκεκριμένων αποφάσεων επιβολής κυρώσεων, να εκτιμήσει τις περιστάσεις και όσα δηλώθηκαν από την εταιρία μας, αλλά και άλλες παραμέτρους, όπως το μέγεθος της εταιρίας, ο αριθμός του προσωπικού της, η φερεγγυότητά της κ.λπ. Η Αναθέτουσα Αρχή, λοιπόν, ακόμη και αν θεωρούνταν ότι είχε τελεστεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, όπως άλλωστε το δήλωσε η εταιρία μας, όφειλε να αποφανθεί συγκεκριμένα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφασή της κατά πόσον αυτά τα δεδομένα εμπόδιζαν τη συμμετοχή της εταιρίας μας στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία. Η αναθέτουσα αρχή, όμως, ουδεμία κρίση διέλαβε περί τούτου παρά τις ειδικές και αποδεδειγμένες ειδικές περιστάσεις που επικαλέστηκε η εταιρία μας και συνεπώς η απόφαση απόρριψης της εταιρίας μας για τους σχετικούς αναφερόμενους λόγους είναι πλημμελώς αιτιολογημένη. III. Στο άρθρο 102 «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών (άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι [αναφέρει τις διατάξεις

του εν λόγω άρθρου]. Στην υπό κρίση περίπτωση, η εταιρία μας δεν κλήθηκε για διευκρινίσεις ως προς το περιεχόμενο του ΕΕΕΣ και ως προς τις απαντήσεις της, ούτε μας ζητήθηκε οποιαδήποτε πληροφορία ώστε να εξακριβωθεί από την Αναθέτουσα Αρχή εάν παρά την ενδεχόμενη συνδρομή λόγου αποκλεισμού η εταιρία μας μπορούσε να γίνει δεκτή στον διαγωνισμό. Αντιθέτως, η Αναθέτουσα Αρχή υπέλαβε εσφαλμένα ότι είχε δέσμια αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά της εταιρία μας. Συνεπώς, δοθέντος ότι η εταιρία μας αποκλείστηκε από τη συνέχεια του διαγωνισμού κατά παράκαμψη ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, ήτοι της κλήσης μας για παροχή σχετικών διευκρινίσεων, η προσβαλλόμενη απόφαση απόρριψης της προσφοράς της εταιρίας μας ήταν σε κάθε περίπτωση προδήλως παράνομη (πρβλ ΣτΕ ΕΑ 197/2015, ΔΕφΠειρ σε συμβ 24/2014, ΔΕφΑθ σε συμβ 795/2012) και θα έπρεπε η ΑΕΠΠ να την ακυρώσει.

B. Ως προς την απόρριψη της προσφοράς της εφόσον δεν συνυπολογίστηκε σε αυτήν εύλογο διοικητικό κόστος και όλες οι απαιτούμενες εργοδοτικές δαπάνες, όπως το κόστος αντικατάστασης. 1. Σύμφωνα με την αρχή της νομιμότητας, που διέπει το σύνολο της διοικητικής δράσεως, κάθε διακήρυξη δημόσιου διαγωνισμού πρέπει, ακόμη και αν ελλείπει σχετική ρήτρα, να ερμηνεύεται ως επιβάλλουσα στους διαγωνιζόμενους να τηρούν κατά την διαμόρφωση της προσφοράς τους τις κείμενες διατάξεις, μεταξύ των οποίων προέχουσα θέση έχουν οι διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας περί της κατώτερης νόμιμης αμοιβής της εργασίας και της νομοθεσίας περί κοινωνικής ασφάλισης. Αντίθετη εκδοχή, σύμφωνα με την οποία -ελλείπει σχετικής ρήτρας στη διακήρυξη- οι διαγωνιζόμενοι θα μπορούσαν να διαμορφώνουν την προσφορά τους και κάτω του ελαχίστου κατά νόμον εργατικού κόστους, ο δε έλεγχος του στοιχείου αυτού δεν θα γινόταν κατά την κατάθεση των προσφορών αλλά μετά τη σύναψη της σχετικής συμβάσεως, δεν παραβιάζει μόνο την αρχή της νομιμότητας της διοικητικής δράσεως, αλλά δημιουργεί και συνθήκες αθέμιτου ανταγωνισμού, προσκρούοντας για το λόγο αυτό και στις αρχές της ισότητας των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας (βλ. Ε.Α. 1100/2010, 791, 840, 1172/2008,

58/2009). Με βάση την αρχή της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών, μόνο όταν έχει τεθεί όρος στη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού -είτε ουσιαστικός, είτε τυπικός - κάθε διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα να επικαλεσθεί παράβασή του και να επιδιώξει τον αποκλεισμό των άλλων διαγωνιζόμενων, προς διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (ΣτΕ 194/2011). Το άρθ. 88 Ν. 4412/2016, προβλέπει ότι όταν μια οικονομική προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή ως προς τα έργα, αγαθά ή υπηρεσίες που αφορά, τότε η αναθέτουσα απαιτεί από τον προσφέροντα να παράσχει εντός οριζόμενης από αυτήν και κατ' ανώτατο όριο δεκαήμερη από την οικεία πρόσκλησή της, προθεσμία, εξηγήσεις περί της τιμής ή του κόστους που προτείνουν στην προσφορά τους. Η δε παρ. 2-3 της παραπάνω διάταξης αναφέρει ότι «2. Οι εξηγήσεις που αναφέρονται στην παράγραφος 1 μπορεί να αφορούν ιδίως: α) τα οικονομικά χαρακτηριστικά της μεθόδου κατασκευής, της διαδικασίας παρασκευής ή των παρεχόμενων υπηρεσιών, β) τις επιλεγείσες τεχνικές λύσεις ή τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει ο προσφέρων για την παροχή των προϊόντων ή την παροχή των υπηρεσιών ή την εκτέλεση του έργου, γ) την πρωτοτυπία του έργου, των αγαθών ή των υπηρεσιών που προτείνονται από τον προσφέροντα, δ) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 89, ε) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις του άρθρου 131, στ) το ενδεχόμενο χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 89. 3. Η αναθέτουσα αρχή αξιολογεί τις παρεχόμενες πληροφορίες, σε συνεννόηση με τον προσφέροντα. Μπορεί να απορρίψει την προσφορά μόνο εάν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται, λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων που αναφέρονται στην παράγραφο 2. Οι αναθέτουσες αρχές απορρίπτουν την προσφορά, εάν διαπιστώσουν ότι η προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, διότι δεν συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις της παραγράφου 2 του άρθρου 18». Στο άρθρο 1 «Ετήσια άδεια με αποδοχές» του Ν. 3302/2004 ορίζεται ότι «1. Η διάταξη της παραγράφου 1 του άρθρου 2 του Α.Ν. 539/1945 (ΦΕΚ 229 Α'), όπως τροποποιήθηκε με την παράγραφο 1 του άρθρου

13 του Ν. 3227/2004 (ΦΕΚ 31 Α'), αντικαθίσταται ως εξής: «1.α. Κάθε μισθωτός από την έναρξη της εργασίας του σε υπόχρεη επιχείρηση και μέχρι τη συμπλήρωση δώδεκα (12) μηνών συνεχούς απασχόλησης, δικαιούται να λάβει ποσοστό της ετήσιας κανονικής άδειας με αποδοχές κατ αναλογία με το χρόνο εργασίας που έχει συμπληρώσει στην ίδια υπόχρεη επιχείρηση. Το ποσοστό αυτό υπολογίζεται με βάση ετήσια άδεια εικοσιτεσσάρων εργάσιμων ημερών ή αν στην επιχείρηση εφαρμόζεται σύστημα πενθήμερης εβδομαδιαίας εργασίας, είκοσι (20) εργάσιμων ημερών, χωρίς να υπολογίζεται σε αυτές η ημέρα της εβδομάδας κατά την οποία δεν απασχολούνται οι μισθωτοί λόγω του εφαρμοζόμενου συστήματος εργασίας. β. Ο εργοδότης υποχρεούται μέχρι τη λήξη του πρώτου ημερολογιακού έτους, εντός του οποίου προσελήφθη ο μισθωτός να χορηγήσει σε αυτόν την παραπάνω αναλογία της κανονικής άδειας. Κατά το δεύτερο ημερολογιακό έτος, ο μισθωτός δικαιούται να λάβει την ετήσια κανονική άδεια με αποδοχές, η οποία αναλογεί στο χρόνο απασχόλησής του στην υπόχρεη επιχείρηση και υπολογίζεται σύμφωνα με το δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης α'. Η άδεια αυτή επαυξάνεται κατά μία (1) εργάσιμη ημέρα για κάθε έτος απασχόλησης επιπλέον του πρώτου μέχρι τις είκοσι έξι (26) εργάσιμες ημέρες ή μέχρι και τις είκοσι δύο (22) εργάσιμες ημέρες αν στην επιχείρηση εφαρμόζεται σύστημα πενθήμερης εβδομαδιαίας εργασίας. Για καθένα από τα επόμενα ημερολογιακά έτη, ο μισθωτός δικαιούται να λάβει από την 1η Ιανουαρίου εκάστου έτους, την κανονική ετήσια άδεια με αποδοχές, η οποία υπολογίζεται σύμφωνα με το προηγούμενο εδάφιο. Η ετήσια άδεια με αποδοχές, καθώς και το επίδομα αδειάς, εκτός από τις διατάξεις του νόμου αυτού διέπονται και από τις λοιπές συναφείς διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας». Από τα παραπάνω συνάγεται ότι η αντικατάσταση των φυλάκων είναι υποχρεωτική για τον εργοδότη, αφού βάσει της εργατικής νομοθεσίας, ο εργοδότης υποχρεούται σε ΠΑΡΟΧΗ ΑΔΕΙΑΣ μετ' αποδοχών στον εργαζόμενο από την ημέρα της εργασίας του. Αυτό σημαίνει ότι ο αδειούχος εργαζόμενος για το διάστημα αυτό πρέπει υποχρεωτικά να αντικατασταθεί από άλλον εργαζόμενο, ο οποίος για το διάστημα που θα εργασθεί θα πρέπει να λάβει τις νόμιμες αποδοχές, όπως προβλέπεται παραπάνω, τις οποίες παρανόμως δεν υπολόγισε η ανακηρυχθείσα ως μειοδότηρια εταιρία και παρανόμως παρέβλεψε η αναθέτουσα

αρχή. (βλ. *ad hoc* περί της υποχρεωτικότητας συνυπολογισμού του κόστους αντικατάστασης Ε.Α. ΣτΕ 316/2007, ΣτΕ 264/2008 - Να σημειωθεί ότι παρότι οι ανωτέρω *ad hoc* αποφάσεις αναφέρονται σε περιπτώσεις φύλαξης, αντίστοιχη υποχρέωση απορρέει και για τις υπηρεσίες καθαριότητας, αφού η συγκεκριμένη υποχρέωση του εργοδότη, δεν σχετίζεται με το αντικείμενο της εκτελούμενης σύμβασης, αλλά απορρέει από τις αναγκαστικού δικαίου διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας, που εφαρμόζονται σε κάθε περίπτωση εξαρτημένης εργασίας). Επομένως, ακόμη κι αν δεν προβλέπεται το κόστος αυτό από την προκήρυξη, η τήρηση της υποχρέωσης αυτής είναι αυτονόητα υποχρεωτική, καθώς απορρέει από τις αναγκαστικού δικαίου διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας. Στις σελ. 47-48 της διακήρυξης ορίζεται ότι: «2. Ο ανάδοχος έχει την υποχρέωση να εξασφαλίζει ανελλιπώς το συμφωνημένο αριθμό προσωπικού για τη φύλαξη των κτηρίων της Υπηρεσίας Ασύλου και να αναπληρώνει χωρίς καθυστέρηση τους υπαλλήλους της που απουσιάζουν για οποιοδήποτε λόγο (άδεια, ασθένεια κ.λπ.). 3. Ο ανάδοχος έχει την υποχρέωση να διαθέσει στο προσωπικό του βιβλίο συμβάντων και να το ενημερώνει σχετικά με την ορθή τήρηση αυτού. 4. Αντικατάσταση του προσωπικού που διατίθεται στην Υπηρεσία Ασύλου επιτρέπεται μόνο κατόπιν έγκαιρης ειδοποίησης και επαρκούς αιτιολόγησης από την εταιρεία με έγκριση της Υπηρεσίας. Η Υπηρεσία διατηρεί το δικαίωμα να ζητήσει την αντικατάσταση προσωπικού, εφόσον το κρίνει ανεπαρκές στην εκτέλεση των καθηκόντων του. 5. Σε περίπτωση ασθένειας ή άλλης εκτός προγράμματος ανάγκης αντικατάστασης, η αντικατάσταση θα γίνεται μόνο από άτομο που είναι ήδη εκπαιδευμένο στη φύλαξη των χώρων της Υπηρεσίας και έχει τύχει της έγκρισής της. 6. Πριν την ανάληψη των καθηκόντων του το προσωπικό της εταιρείας που θα φυλάσσει τους χώρους τη Υπηρεσίας θα πρέπει να περάσει από κατάλληλη εκπαίδευση, με μέριμνα και δαπάνη του αναδόχου. Η Υπηρεσία θα συνδράμει στην προσπάθεια αυτή του αναδόχου με την παροχή των στοιχείων που θα χρειασθούν. Η εκπαίδευση στα ηλεκτρονικά συστήματα ασφάλειας της Υπηρεσίας θα γίνεται τόσο θεωρητικά, όσο και πρακτικά, πάνω στα ίδια τα συστήματα. 7. Ο ανάδοχος υποχρεούται να τηρεί και να εφαρμόζει την νομοθεσία περί ασφάλειας και υγείας στην εργασία και πρόληψης επαγγελματικού κινδύνου.

8. Ο ανάδοχος υποχρεούται να τηρεί και να εφαρμόζει τις διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας». Στην υπό κρίση περίπτωση, η ...δεν έχει συνυπολογίσει το κόστος αντικατάστασης σε κανένα από τα τμήματα του διαγωνισμού Δ και Στ. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από τη σχετική οικονομική προσφορά της εν λόγω εταιρίας για κάθε ένα εκ των ανωτέρω τμημάτων δεν συμπεριλαμβάνεται στα αναλυτικώς αναφερόμενα κονδύλια από τα οποία συντίθεται η προσφορά της το κόστος αντικατάστασης των εργαζομένων, παρότι με βάση ρητό όρο της διακήρυξης το κόστος αυτό είναι υποχρεωτικό, ενώ υφίσταται με βάση τη διακήρυξη σαφής υποχρέωση αντικατάστασης των εργαζομένων όταν απουσιάζουν (ΣτΕ ΕΑ 1100/2010). Ειδικότερα, η εταιρίαστα τμήματα Δ & ΣΤ στο πινακάκι 2 ανάλυσης κόστους στα γραμμές 9 και 10 δηλαδή «στο κόστος αντικατάστασης εργαζομένων σε άδεια και στις εργοδοτικές εισφορές εργαζομένων σε άδεια» έχει μηδενικό κόστος το οποίο δεν είναι ορθό διότι για τις 228 μέρες εργασίας και στα δυο τμήματα το προσωπικό θα δικαιούται άδεια η οποία αντιστοιχεί σε 1,667 μέρες το μήνα χ 10 μήνες περίπου που είναι το έργο (228/22 εργάσιμες ημέρες) = 16,67 μέρες άδειες για τις οποίες δεν έχει υπολογίσει κάποιο ποσό. Τυχόν ισχυρισμός ότι οι εργαζόμενοι θα λάβουν άδεια μετά την ολοκλήρωση του έργου είναι προφανώς αβάσιμος εφόσον σε κάθε μήνα εργασίας αντιστοιχεί και πρέπει να κοστολογηθεί συγκεκριμένο κόστος αντικατάστασης λόγω της άδειας του εργαζομένου , ενώ σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να διαμορφωθεί προσφορά επί τη βάσει της αθέμιτης συμφωνίας με τον εργαζόμενο ότι αυτός δεν θα λάβει την άδεια που δικαιούται. Συνεπώς, η προσφορά της εν λόγω εταιρίας για τα τμήματα Δ, Στ είναι απορριπτέα κατά δέσμια αρμοδιότητα».

23. Επειδή ο β' προσφεύγων, κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού και διατάξεων νομοθεσίας, ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι: «...από το υπ' αρ. πρωτ. ΕΞ-27053/22-01-2019 έγγραφο της Προϊσταμένης της Διεύθυνσης Προγραμματισμού & Συντονισμού της Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων του ΣΕΠΕ, στο οποίο στηρίχτηκε η προσβαλλόμενη απόφαση του Διευθυντή της Υπηρεσίας Ασύλου,

Αριθμός Απόφασης: Α84 /2019

προκύπτουν τα εξής: «7. Στην εταιρείαμε ΑΦΜ..., έχουν επιβληθεί οι παρακάτω πράξεις επιβολής προστίμου:

ΣΟΒΑΡΟΤΗΤΑ	ΗΜΝΙΑ ΥΠΟΒΟΛΗΣ	ΠΡΟΣΤΙΜΟΥΣΤΟΙΧΕΙΑ ΕΛΕΓΧΟΥ
ΠΟΛΥ ΥΨΗΛΗ	09/11/2017	21/7/2017_12050316
ΥΨΗΛΗ	21/05/2018	24/04/2018_11090129921
ΠΟΛΥ ΥΨΗΛΗ	21/05/2018	24/04/2018_11090129921

Από τον πίνακα αυτόν προκύπτει με σαφήνεια ότι το δεύτερο και τρίτο πρόστιμο επιβλήθηκαν την ίδια ημέρα, με βάση τον ίδιο ακριβώς έλεγχο (και μάλιστα, με βάση και το ίδιο δελτίο ελέγχου). Συνεπώς δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις του νόμου για τον ορισμό του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, τα πρόστιμα που μας έχουν επιβληθεί δεν προέρχονται από τρεις ελέγχους και, συνεπώς, η εταιρεία μας δεν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, όπως αυτό ορίζεται επακριβώς στο νόμο και στη διακήρυξη. Συνεπώς, ο λόγος αποκλεισμού της εταιρείας μας λόγω διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος είναι μη νόμιμος, η δε προσβαλλόμενη πράξη θα πρέπει να ακυρωθεί. Εξάλλου, σημειώνεται ότι η εταιρεία μας αμφισβητεί τη νομιμότητα όλων των παραπάνω πράξεων επιβολής προστίμου και έχει προσβάλει με ένδικα βοηθήματα όλες τις ανωτέρω πράξεις επιβολής προστίμου ενώπιον των αρμόδιων Διοικητικών Πρωτοδικείων. 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. Έτσι, ανεξαρτήτως της εφαρμογής ή μη του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, σημειώνεται ότι η ίδια η διακήρυξη περιλαμβάνει όρο (2.2.3.2.), σύμφωνα με τον οποίο « υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ...». Ο όρος αυτός, ως όρος της Διακήρυξης, δεσμεύει την Αναθέτουσα Αρχή, η οποία δεν θα μπορούσε, ούτως ή

άλλως, να αποκλείσει οικονομικό φορέα, αν οι κυρώσεις που προβλέπονται στην υποπερίπτωση αα της περίπτωσης ατού όρου 2.2.3.2. δεν έχει αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Για τους λόγους αυτούς, μη νομίμως, με την προσβαλλόμενη απόφαση απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρείας μας για τα Τμήματα Ε, Ζ και Η του διαγωνισμού και κατακυρώθηκαν αυτά στην επόμενη μειοδότηρα εταιρεία και ζητούμε την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης για τον λόγο αυτόν.

2. Δεύτερος λόγος προσφυγής: Δεν συντρέχει παράβαση της εργατικής νομοθεσίας. Όπως προαναφέρθηκε, οι παράγραφοι 2 και 5 του ν. 4412/2016, όπως η παρ. 5 αυτού έχει αντικατασταθεί με το άρθρο 107 παρ. 1 του ν. 4497/2017 (ΦΕΚ Α' 171) προβλέπουν, μεταξύ άλλων, τα εξής: «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 &' 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). Όπως αποδείξαμε κατά την ανάπτυξη του πρώτου λόγου προσφυγής, 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, όπως αβάσιμα έγινε δεκτό με την προσβαλλόμενη με την παρούσα

απόφαση, καθώς προϋπόθεση κατά το νόμο είναι η επιβολή σε βάρος της υποψήφιας εταιρείας φύλαξης ή καθαρισμού μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής τριών πράξεων 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 να προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους. Με την προσβαλλόμενη απόφαση, η Αναθέτουσα Αρχή μη νομίμως ταυτίζει την διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 68 του ν. 3863/2010 με την γενική «παράβαση της εργατικής νομοθεσίας» του άρθρου 18 παρ. 2 του ν. 4412/2016. Όμως, η «παράβαση των υποχρεώσεων τους που απορρέουν από τις διατάξεις της ... εργατικής νομοθεσίας» δεν μπορεί να ταυτίζεται με τις προϋποθέσεις του «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» στον τομέα του εργατικού δικαίου και δεν μπορεί να εισάγει λόγο αποκλεισμού εκεί που το άρθρο 18 παρ. 5 ν. 4412/2018 ρητώς προβλέπει ότι δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού. Ειδικότερα, από το συνδυασμό των άρθρων 18 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και 68 του ν. 3863/2010 προκύπτει ότι λόγος αποκλεισμού είναι το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα στον τομέα της εργατικής νομοθεσίας που ορίζεται όπως αναφέρεται παραπάνω. Αν δεν συντρέχει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα στον τομέα της εργατικής νομοθεσίας, δεν συντρέχει και λόγος αποκλεισμού. Μη νομίμως, συνεπώς, με την προσβαλλόμενη απόφαση έγινε δεκτό ότι «... η ύπαρξη των ανωτέρω ΠΕΠ του ΣΕΠΕ συνιστά παραβίαση των υποχρεώσεων της εταιρίας στον τομέα του εργατικού δικαίου και διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς της εν λόγω εταιρείας βάσει του πρώτου εδαφίου της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α115),...». Η αναθέτουσα αρχή, κάνοντας εσφαλμένη εφαρμογή του νόμου, όχι μόνο θεωρεί εσφαλμένα ότι έχουμε διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, αλλά και ότι λόγο αποκλεισμού αποτελεί οποιαδήποτε παράβαση στον τομέα του εργατικού δικαίου, ακόμα και

εκείνη που ρητά εξαιρείται από τον ορισμό του «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» και συνεπώς εξαιρείται από τους λόγους αποκλεισμού με βάση τα άρθρα 18 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και 68 του ν. 3863/2010 και για τον λόγο αυτόν αποκλείει την προσφορά της εταιρείας μας. Η κρίση αυτή της Αναθέτουσας Αρχής είναι μη νόμιμη. Όπως έχει κριθεί και με την απόφαση ΑΕΠΠ 187/2017 (σκέψη 13), «ειδικώς, όσον αφορά συμβάσεις καθαρισμού/φύλαξης, δεδομένης της ειδικής διάταξης του άρ. 68 παρ. 2 Ν. 3863/2010 περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος συνδεδεμένου με πράξεις επιβολής προστίμου της εργατικής νομοθεσίας, αλλά και της ομοίως ειδικής διάταξης του άρ. 18 παρ. 5 και δη του εδ. β' αυτού, η περ. α' του άρ. 73 παρ. 4 Ν. 4412/2016 η οποία παραπέμπει στο άρ. 18 παρ. 2, ακόμη και αν συμπεριληφθεί στη διακήρυξη ως δυνητικός λόγος αποκλεισμού λαμβάνεται υπόψη προεχόντως όσον αφορά την περιβαλλοντική και κοινωνική νομοθεσία ή την παράβαση εργατικών δικαιωμάτων που κατοχυρώνονται από συμβάσεις της ΔΟΕ του Παραρτήματος Χ του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (αναγκαστική εργασία, ισότητα φύλων παιδική εργασία, συνδικαλιστική ελευθερία) και σε καμία περίπτωση δεν λαμβάνεται υπόψη για τη συναγωγή λόγου αποκλεισμού βάσει μιας οιασδήποτε είδους παράβασης της εργατικής νομοθεσίας, όταν δεν πληρούνται οι ειδικές για τέτοιες συμβάσεις προϋποθέσεις περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος βάσει παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας». Ο μεταγενέστερος νόμος 4488/2017 δεν έχει επηρεάσει την ουσία της ορθότητας της κρίσης αυτής της ΑΕΠΠ στο παραμικρό. Υπό διαφορετική εκδοχή, δηλαδή αν «παράβαση της εργατικής νομοθεσίας», ως λόγος αποκλεισμού, αποτελούσε οποιαδήποτε παράβαση, ακόμα και αυτή που δεν αποτελεί «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα», δεν θα είχε νόημα ούτε η πρόβλεψη του «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος», υπό την έννοια του άρθρου 18 παρ. 4 ν. 4412/2016 και 68 παρ. 2 του ν. 3863/2010, ως λόγου αποκλεισμού, υπό τον ορισμό που δίδεται στον όρο αυτό. Είναι προφανές ότι ως «παράβαση εργατικής νομοθεσίας» στο κρίσιμο πεδίο του ΕΕΕΣ νοείται άλλου είδους παράβαση, πλην εκείνης που ρυθμίζεται εξαντλητικά στο άρθρο 18 παρ. 5 ν. 4412/2016 και 68 παρ. 2 ν. 3863/2010. Συνεπώς, για τους λόγους αυτούς ζητούμε την αποδοχή και του δεύτερου λόγου

της προσφυγής μας και την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης ως προς το σημείο που αποκλείει την προσφορά της εταιρείας μας και ανακηρύσσει άλλον οικονομικό φορέα ως προσωρινό ανάδοχο στα τμήματα του διαγωνισμού στα οποία είμαστε εμείς οι νόμιμοι ανάδοχοι. 3. Τρίτος λόγος προσφυγής: Δεν συντρέχει περίπτωση ανακριβούς δήλωσης Με βάση όσα προαναφέρθηκαν και για τους λόγους που αναπτύσσονται αναλυτικά στον πρώτο και τον δεύτερο λόγο της παρούσας προσφυγής, προκύπτει ότι σε καμία περίπτωση δεν υπήρξε οποιαδήποτε απόκρυψη οποιουδήποτε ζητήματος θα μπορούσε να επηρεάσει τη νομιμότητα της προσφοράς μας. Ειδικότερα: Στο ερώτημα για το αν ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, ορθά η εταιρεία μας απάντησε «ΟΧΙ». Όπως αναφέρθηκε αναλυτικά στον πρώτο λόγο της προσφυγής μας αυτής και αποδεικνύεται από το επίμαχο έγγραφο του ΣΕΠΕ οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν επιβληθεί σε βάρος της εταιρείας προέρχονται από δύο διενεργηθέντες ελέγχους. Επομένως, δεν συντρέχουν εν προκειμένω οι προϋποθέσεις διάπραξης «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» κατά την έννοια του άρθρου 68 παρ. 2 του Ν. 3863/2010, του άρθρου 18 παρ. 5 εδ. β' του Ν. 4412/2016, και του όρου 2.2.3 περ. γ' της Διακήρυξης που διέπει τον επίμαχο διαγωνισμό. Περαιτέρω, στο Μέρος ΙΙΙ του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ) και ειδικότερα στην Ενότητα Γ «Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα» περιλαμβάνονται προς συμπλήρωση, μεταξύ άλλων, τα εξής πεδία: «Παραβίαση των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου. Ο οικονομικός φορέας έχει, εν γνώσει του, παραβιάσει τις υποχρεώσεις του στον τομέα του εργατικού δικαίου; Όπως αναφέρονται για τους σκοπούς της παρούσας προμήθειας στο εθνικό δίκαιο, στη σχετική προκήρυξη ή στα έγγραφα της προμήθειας ή στο άρθρο 18 παράγραφος 2 της οδηγίας 2014/24 ΕΕ. Συνεπώς και η ερώτηση του ΕΕΕΣ δεν αναφέρεται γενικώς σε υποχρεώσεις στον τομέα του εργατικού δικαίου, αλλά συνδέει την συμπλήρωση του εν λόγω πεδίου και την απάντηση στις διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας, της Διακήρυξης και της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Όπως, όμως, αναλυτικά αναφέρθηκε στον δεύτερο λόγο της προσφυγής μας, ως «παραβίαση των υποχρεώσεων του οικονομικού φορέα στον τομέα του εργατικού δικαίου»,

δεν νοείται η παράβαση που ήδη ρυθμίζεται από το άρθρο 18 παρ. 5, αφού ρητώς το άρθρο 18 παρ. 5 εισάγει ειδική και πλήρη ρύθμιση για το «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα» και μάλιστα ειδικά για τις εταιρείες καθαρισμού και φύλαξης. Αντιθέτως, σύμφωνα και με την απόφαση της ΑΕΠΠ 187/2017, η παράβαση αυτή αφορά παράβαση εργατικών δικαιωμάτων που κατοχυρώνονται από συμβάσεις της ΔΟΕ του Παραρτήματος Χ του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (αναγκαστική εργασία, ισότητα φύλων, παιδική εργασία, συνδικαλιστική ελευθερία) και σε καμία περίπτωση δεν λαμβάνεται υπόψη για τη συναγωγή λόγου αποκλεισμού βάσει μιας οιασδήποτε είδους παράβασης της εργατικής νομοθεσίας, όταν δεν πληρούνται οι ειδικές για τέτοιες συμβάσεις προϋποθέσεις περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος βάσει παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας. Συνεπώς, η απάντηση της εταιρείας μας και στα δύο κρίσιμα ερωτήματα ήταν σωστή και μη νόμιμα με την προσβαλλόμενη απόφαση κρίθηκε ότι οι απαντήσεις της εταιρείας μας συνιστούν παράβαση του όρου 2.2.3.4 περ. ζ της Διακήρυξης, καθώς η εταιρεία μας ούτε έχει κριθεί ένοχη σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής ούτε έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές. Για τους λόγους αυτούς ζητούμε να γίνει δεκτός και ο τρίτος λόγος της προσφυγής μας αυτής και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη. Επειδή όλοι οι λόγοι της προσφυγής μας αυτής είναι νόμιμοι, βάσιμοι και αληθείς. Επειδή, συνεπώς, τα Τμήματα Ε, Ζ και Η του επίμαχου Διαγωνισμού πρέπει να κατακυρωθούν στην εταιρεία μας, η οποία έχει υποβάλει τη χαμηλότερη και παραδεκτή οικονομική προσφορά για τα Τμήματα αυτά.»

24. Επειδή η αναθέτουσα αρχή αναφορικά με το βάσιμο των υπό εξέταση προσφυγών ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι: «Επιπροσθέτως οι σχετικές προσφυγές των προσφευγουσών εταιρειών είναι νόμιμη και ουσία αβάσιμες και θα πρέπει να απορριφθούν για τους ακόλουθους λόγους:

Αναφορικά με την προσφυγή της εταιρείας «.....»:

Η εν λόγω προσφυγή είναι ουσία και νόμω αβάσιμη σύμφωνα με τα κάτωθι αναλυτικά εκτεθέντα κι ως εκ τούτου δε πιθανολογείται η ευδοκίμησή της προκειμένου να της χορηγηθεί προσωρινή προστασία. Με την προσβαλλόμενη 2824/05.02.2019 Απόφαση η οποία ενέκρινε, εν μέρει, τα από 28/12/2018, 3/1/2019, 4/1/2019 και 11/1/2019 Πρακτικά Αξιολόγησης της Επιτροπής, η οποία ορίστηκε με την 24106/5-12-2018 (ΑΔΑ ΩΟ8Ρ465ΧΘΕ-ΠΟ7) Απόφαση του Διευθυντή της Υπηρεσίας Ασύλου, η εταιρία «...», στο ΕΕΕΣ που κατέθεσε για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό Παροχής Υπηρεσιών Φύλαξης των εγκαταστάσεων της Υπηρεσίας Ασύλου, δήλωσε ότι είχε παραβιάσει την εργατική νομοθεσία, ότι είχε διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και ότι είχε λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης προκειμένου να αποδείξει την αξιοπιστία της. Διαπιστώθηκε επιπρόσθετα ότι είχε σε βάρος της έξι (6) πράξεις επιβολής προστίμου πολύ υψηλής σοβαρότητας, όπως προκύπτει από το ΕΞ-21235/17.01.2019 έγγραφο ΣΕΠΕ (σχετ.7). Η ύπαρξη των προαναφερόμενων ΠΕΠ συνιστά παραβίαση των υποχρεώσεων της προσφέρουσας του εργατικού δικαίου και διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς της, βάσει του πρώτου εδαφίου της περίπτωσης γ' της παρ.2 του άρθρου 68 ν.3863/2010 (Α'115), όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με την παρ. Β του άρθρου 39 του ν.4488/2017 (Α'137), στοιχεία ιγ και λ του προοιμίου της διακήρυξης αντίστοιχα. Επιπλέον, με το άρθρου 39 του ν.4488/2017 θεσπίστηκε η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να αποκλείει οικονομικό φορέα εφόσον γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο ετών πριν την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής: αα) τρεις πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του ΣΕΠΕ για παραβιάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται σύμφωνα με την 2063/Δ1632/2011 ΥΑ (Β'226) ως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις διενεργηθέντες ελέγχους ή ββ) δύο πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του ΣΕΠΕ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο

διενεργηθέντες έλεγχοι. Ειδικότερα για τις περιπτώσεις των συμβάσεων παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή και φύλαξης ισχύει νεότερη ειδική διάταξη και συγκεκριμένα η αναφερόμενη στην παρ. Β του άρθρου 39 του ν.4488/2017 που τροποποίησε την περ. γ. της παρ.2 του άρθρου 68 του ν.3863/2010, η οποία ορίζει: «Η Αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρίες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή και φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους μέσα σε χρονικό διάστημα δύο ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς τρεις πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του ΣΕΠΕ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας...». Σύμφωνα με τη γραμματική ερμηνεία της εν λόγω διάταξης αρκεί για την επέλευση του αποκλεισμού από τη διαγωνιστική διαδικασία η διαπίστωση και μόνο των εν λόγω πράξεων επιβολής προστίμου της εργατικής νομοθεσίας ανεξαρτήτως της τυχόν δικαστικής ή διοικητικής προσβολής τους από τον οικονομικό φορέα, ενώ ο χαρακτηρισμός τους ως υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας διενεργείται σύμφωνα με την ΥΑ 2063/Δ1632/2011. Πρέπει να τονιστεί ότι μόνη η έκδοση των προβλεπόμενων πράξεων επιβολής προστίμου, αποτελεί αναγκαία και ικανή συνθήκη αποκλεισμού του οικονομικού φορέα και δεν απαιτείται και τελεσίδικη έκδοση απόφασης (ΔΕΕ13/12/2012,C465/11,Forposta SA), καθώς οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 68 του ν.3863/2010, ως νεότεροι και ειδικότεροι, κατισχύουν όσον αφορά στις συμβάσεις καθαριότητας και φύλαξης. Σημειώνεται επιπλέον ότι στο προοίμιο της διακήρυξης αναφέρεται τόσο ο ν.4412/2016 όσο και το άρθρο 68 του ν.3863/2010. Η ρητή αυτή παραπομπή της διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψήφιους Αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (Ελ.Συν.1437/2017). Πέραν όλων των άλλων, ο επίμαχος λόγος αποκλεισμού, λόγω σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, είχε αναχθεί σε υποχρεωτικό και ρητώς με το ίδιο το σώμα της διακήρυξης, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους (ΕΑ 523/2010,16/2011), οι δε κανόνες που τίθενται σε αυτή κατισχύουν, ως ειδικότεροι κάθε άλλης διατάξεως ανεξάρτητα μάλιστα,

από το αν η διάταξη αυτή ρυθμίζει ζητήματα με τρόπο διαφορετικό από τη διακήρυξη (ΣΤΕ 1502/2003, ΕΑ 613/2009 και 348/2010). Κατόπιν των ανωτέρω η παράβαση της διάταξης του άρθρου 68 παρ.2 περ.γ του ν.3863/2010, στην οποία γίνεται ρητή παραπομπή με βάση την αλληλουχία των πιο πάνω διατάξεων, στοιχειοθετεί απολύτως τον λόγο αποκλεισμού λόγω της συνδρομής σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος κατά την έννοια της των περιπτώσεων α΄ και θ΄ της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν.4412/2016 και του άρθρου 18 παρ.2 και 5 (Δ. Ράικος κ.α. Δημόσιες Συμβάσεις ν.4412/2016 Ερμηνεία κατ΄ άρθρο, 2018, ο.π.σελ.672-673,674-677, Δ.Εφ.Θεσ.8/2018,6/2018, ΑΕΠΠ 183/2017, ΑΕΠΠ 997/2018). Κατά συνέπεια, το γεγονός ότι έχει ασκηθεί προσφυγή κατά των επιβληθεισών ΠΕΠ του ΣΕΠΕ ουδόλως δύναται να επηρεάσει την κρίση της Διοίκησης, η οποία οφείλει να εφαρμόσει την κείμενη νομοθεσία χωρίς ουδεμία δυνατότητα απόκλισης από αυτήν. Η Διοίκηση είχε δέσμια αρμοδιότητα (ΑΕΠΠ 997/2018, σκ.19 & 20) να εφαρμόσει τη διάταξη του άρθρου 68 του ν.3863/2010, όπως ισχύει, ενώ αντιθέτως η τυχόν εφαρμογή της ευνοϊκότερης διάταξης του άρθρου 73 παρ.2 του ν.4412/2016 θα θεωρείτο ευθεία παραβίαση των αρχών της νομιμότητας, της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης από τη μεριά της αναθέτουσας αρχής. Για τους παραπάνω λόγους προκύπτει ευθέως ότι ορθώς αποκλείστηκε η προσφεύγουσα από τη διαγωνιστική διαδικασία και οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της προσφεύγουσας θα πρέπει να απορριφθούν ως παντελώς αβάσιμοι. Αναφορικά δε με τον ισχυρισμό για τη μη εφαρμογή της προηγούμενης ακρόασης του ενδιαφερομένου, αναφέρουμε ότι, σύμφωνα με πάγια νομολογία, δεν απαιτείται όταν η ενέργεια της διοίκησης δεν συνδέεται με την υποκειμενική συμπεριφορά του, αλλά στηρίζεται σε αντικειμενικά δεδομένα και κριτήρια, αποτελώντας μάλιστα άσκηση δέσμιας αρμοδιότητας η οποία ενεργεί αυτεπάγγελα. Ως εκ τούτου ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι έπρεπε να κληθεί για τη χορήγηση εξηγήσεων και ότι η μη κλήση της παραβιάζει ουσιώδη τύπο της διαδικασίας είναι παντελώς αβάσιμος.

Αναφορικά με την προσφυγή της εταιρίας «.....»:

Αλλά και οι ισχυρισμοί της εταιρίας «...» είναι και ουσία και νόμω αβάσιμοι σύμφωνα με τα κάτωθι αναλυτικά εκτεθέντα κι ως εκ τούτου δε πιθανολογείται η ευδοκίμησή της προκειμένου να της χορηγηθεί προσωρινή προστασία. Συγκεκριμένα, η ανωτέρω εταιρία δήλωσε στο ΕΕΕΣ που είχε υποβάλει ότι δεν είχε παραβιάσει την εργατική νομοθεσία ούτε είχε διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Ωστόσο, σύμφωνα με το ΕΞ-27503/22.01.2019 έγγραφο του ΣΕΠΕ (σχετ.8) η εταιρεία είχε σε βάρος της δύο ΠΕΠ πολύ υψηλής σοβαρότητας και μια ΠΕΠ υψηλής σοβαρότητας εντός των τελευταίων δύο ετών. Η ύπαρξη των ανωτέρω ΠΕΠ του ΣΕΠΕ συνιστά παραβίαση των υποχρεώσεων της εταιρίας στον τομέα του εργατικού δικαίου και διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος βάσει του πρώτου εδαφίου της περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν.3863/2010 (Α'115) όπως τροποποιήθηκε και ισχύει καθώς και του στοιχείου ιγ και λ του προοιμίου της διακήρυξης αντίστοιχα. Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι οι ανωτέρω παραβάσεις θα πρέπει να προέρχονται αποκλειστικά από τρεις αθροιστικά διενεργηθέντες ελέγχους προκειμένου να συνιστούν επαγγελματικό παράπτωμα δεν είναι αληθής καθώς σύμφωνα με την 2063/Δ1632/2011 ΥΑ (Β'226) ως εκάστοτε ισχύει, αρκεί να έχουν επιβληθεί δύο πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του ΣΕΠΕ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο διενεργηθέντες ελέγχους. Όπως ρητά προκύπτει από το ΕΞ27503/22.01.2019 έγγραφο του ΣΕΠΕ έχουν διενεργηθεί δύο έλεγχοι (21/07/2017-12050316 και 24/4/2018-1190129921) πολύ υψηλής σοβαρότητας. Με το ίδιο σκεπτικό θα πρέπει να απορριφθεί και ο δεύτερος λόγος της προσφεύγουσας καθώς προκύπτει παράβαση της εργατικής νομοθεσίας λόγω σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Ως προς το ζήτημα της ανακριβούς δήλωσης, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι δεν έχει συντάξει ανακριβή δήλωση, διότι δεν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα υπό την έννοια ότι οι παραβάσεις δεν προέρχονται από τρεις αλλά από δύο διενεργηθέντες ελέγχους, είναι αβάσιμος διότι σύμφωνα με την παρ.Β του άρθρου 39 του ν.4488/2017 θεσπίστηκε η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να αποκλείει οικονομικό φορέα εφόσον γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα

κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο ετών πριν την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής: αα) τρεις πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του ΣΕΠΕ για παραβιάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται σύμφωνα με την 2063/Δ1632/2011 ΥΑ (Β'226) ως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις διενεργηθέντες ελέγχους ή ββ) δύο πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του ΣΕΠΕ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο διενεργηθέντες ελέγχους. Ειδικότερα, στις περιπτώσεις των συμβάσεων παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή και φύλαξης, όπως προβλέπεται στην παρ. Β του άρθρου 39 του ν.4488/2017 που τροποποιεί την περ. γ. της παρ.2 του άρθρου 68 του ν.3863/2010 δεν ορίζεται ότι οι ως άνω κυρώσεις θα πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Αρκεί για την επέλευση του αποκλεισμού από τη διαγωνιστική διαδικασία, ειδικά για τις εταιρίες φύλαξης και καθαριότητας η διαπίστωση και μόνο των εν λόγω πράξεων επιβολής προστίμου της εργατικής νομοθεσίας ανεξαρτήτως της τυχόν δικαστικής ή διοικητικής προσβολής τους από τον οικονομικό φορέα, ενώ ο χαρακτηρισμός τους ως υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας διενεργείται σύμφωνα με την ΥΑ 2063/Δ1632/2011. Κατόπιν των ανωτέρω καιΕπειδή οι εν λόγω προδικαστικές προσφυγές είναι προδήλως αβάσιμες. Επειδή θα πρέπει να απορριφθούν τόσο οι αιτήσεις χορήγησης των προσωρινών μέτρων, όσο και οι εν λόγω προδικαστικές προσφυγές. Επειδή η παροχή υπηρεσιών φύλαξης στους χώρους της Υπηρεσίας Ασύλου αποτελεί άμεση και επιτακτική ανάγκη για την διαφύλαξη της δημόσιας τάξης και ασφάλειας προσερχομένων και εργαζομένων στην Υπηρεσία Ασύλου και την εν γένει ομαλή λειτουργία της Υπηρεσίας. Επειδή θα πρέπει να χορηγηθεί η άρση της απαγόρευσης σύναψης της σύμβασης σε εφαρμογή της παρ.3 του άρθρου 15 του π.δ.39/2017. ΖΗΤΟΥΜΕ 1. Την απόρριψη των υπό κρίση αιτήσεων χορήγησης προσωρινών μέτρων για τους λόγους που αναφέρονται στο σκεπτικό της παρούσας. 2. Την, σε εφαρμογή της παρ. 3 του άρθρου 15 του π.δ.39/2017, άρση της απαγόρευσης σύναψης της

σύμβασης λόγω των προδήλως αβάσιμων προδικαστικών προσφυγών, καθώς και για λόγους δημοσίου συμφέροντος». Εν προκειμένω σημειώνεται ότι η αναθέτουσα αρχή στις οικείες απόψεις ισχυρίζεται ότι «η εξέταση της κρινόμενης προσφυγής έχει οριστεί για τις 22 Μαρτίου 2019, ήτοι σε χρονικό σημείο εξαιρετικά σύντομο για να διακυβεύεται το υλικό αντικείμενο της σύμβασης, καθώς όποιος κριθεί ανάδοχος θα συνάψει σύμβαση για χρονικό διάστημα πλέον του έτους (συμπεριλαμβανομένου και του δικαιώματος προαίρεσης). Αντιθέτως η τυχόν αποδοχή της αναστολής σύναψης σύμβασης θα δημιουργήσει ανυπέρβλητα προβλήματα, διότι η απουσία υπηρεσιών φύλαξης στα Περιφερειακά Γραφεία Ασύλου, μεταξύ άλλων, θα ματαιώσει τη δυνατότητα μεταφοράς των ευάλωτων αιτούντων διεθνή προστασία από τα νησιά (Κέντρα Υποδοχής και Ταυτοποίησης) στην ενδοχώρα για την εξέταση των αιτήσεων διεθνούς προστασίας και διεκπεραίωση των σχετικών αιτήσεών τους, καθώς επίσης και την εν γένει λειτουργία της Υπηρεσίας Ασύλου, λαμβανομένου ιδίως υπόψη του συνεχώς αυξανόμενου αριθμού των προσερχομένων - αιτούντων διεθνή προστασία στα Περιφερειακά Γραφεία της Υπηρεσίας Ασύλου, λόγω των ιδιαίτερα αυξημένων μικτών μεταναστευτικών ροών».

25. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016, ορίζεται : «1. 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. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού..... Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων

προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων. 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. 3. Οι ανάδοχοι δημοσίων συμβάσεων εντάσσονται κατά προτεραιότητα στα προγράμματα επιθεωρήσεων και ελέγχων του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας (Σ.ΕΠ.Ε.), σύμφωνα με το π.δ. 113/2014 (Α' 180) και του Σώματος Επιθεώρησης Περιβάλλοντος, Δόμησης, Ενέργειας και Μεταλλείων, σύμφωνα με το π.δ. 100/2014 (Α' 167), εφόσον πληρούν τα ειδικότερα κριτήρια που ορίζονται στις διατάξεις που διέπουν τη λειτουργία των υπηρεσιών αυτών. 4. Η υποχρέωση της παραγράφου 2: (α) επισημαίνεται στα έγγραφα της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 53 και (β) αποτελεί ειδικό όρο της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 130. 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)».

26. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 « 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 απαραίτους 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 [...].».

27. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 73 «Λόγοι αποκλεισμού (άρθρο 57 παράγραφοι 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 ορίζεται : «1. Οι αναθέτουσες αρχές αποκλείουν έναν οικονομικό φορέα από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης όταν αποδεικνύουν, με την επαλήθευση που προβλέπεται στα άρθρα 79 έως 81 ή είναι γνωστό στην αναθέτουσα αρχή με άλλο τρόπο, ότι υπάρχει εις βάρος του αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση για έναν από τους ακόλουθους λόγους: [...] «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 εις 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. 3. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προβλέπει στα έγγραφα της σύμβασης παρέκκλιση: α) από τον υποχρεωτικό αποκλεισμό που προβλέπεται στις παραγράφους 1 και

2 κατ' εξαίρεση, για επιτακτικούς λόγους δημόσιου συμφέροντος, όπως δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος ή/και β) από τον υποχρεωτικό αποκλεισμό που προβλέπεται στην παρ. 2, όταν ο αποκλεισμός θα ήταν σαφώς δυσανάλογος, ιδίως όταν μόνο μικρά ποσά των φόρων ή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης δεν έχουν καταβληθεί ή όταν ο οικονομικός φορέας ενημερώθηκε σχετικά με το ακριβές ποσό που οφείλεται λόγω αθέτησης των υποχρεώσεών του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης σε χρόνο κατά τον οποίο δεν είχε τη δυνατότητα να λάβει μέτρα, σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 2, πριν από την εκπνοή της προθεσμίας αίτησης συμμετοχής ή σε ανοικτές διαδικασίες της προθεσμίας υποβολής προσφοράς. 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, ζ) εάν ο οικονομικός φορέας 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 79, 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. 5. Κατά παρέκκλιση από τα οριζόμενα στην περίπτωση β' της παρ. 4, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μην αποκλείει έναν οικονομικό φορέα, ο οποίος βρίσκεται σε μια εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην παραπάνω περίπτωση, υπό την προϋπόθεση ότι η αναθέτουσα

αρχή έχει αποδείξει ότι 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, στην περίπτωση των καταστάσεων της περίπτωσης β' της παρ. 4. 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. [...]».

28. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 79 «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 ορίζεται «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77, γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 84 [...] Το ΕΕΕΣ προσδιορίζει τη δημόσια αρχή ή το τρίτο μέρος που είναι υπεύθυνο για την έκδοση των σχετικών δικαιολογητικών και περιλαμβάνει επίσημη δήλωση ότι ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση, εφόσον του ζητηθεί και χωρίς καθυστέρηση, να προσκομίσει τα εν λόγω δικαιολογητικά [...] 3. Για τις συμβάσεις άνω των ορίων, το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016, και παρέχεται αποκλειστικά σε ηλεκτρονική μορφή [...] 5. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη

διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. Πριν από την ανάθεση της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή, εξαιρουμένων των συμβάσεων που βασίζονται σε συμφωνίες-πλαίσιο, όταν οι συμβάσεις αυτές συνάπτονται δυνάμει της παρ. 4 του άρθρου 39 ή της περίπτωσης α΄ της παρ. 5 του άρθρου 39, απαιτεί από τον προσφέροντα, στον οποίο έχει αποφασίσει να αναθέσει τη σύμβαση να υποβάλει ενημερωμένα τα σχετικά δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα άρθρα 79, και κατά περίπτωση το άρθρο 80. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα πιστοποιητικά που έχουν παραληφθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 80 και 82».

29. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 80 «Αποδεικτικά μέσα (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016, ορίζεται «8. Σε περίπτωση διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, για την απόδειξη της αθέτησης των υποχρεώσεων στους τομείς του κοινωνικοασφαλιστικού και του εργατικού δικαίου της παραγράφου 2 του άρθρου 18, σύμφωνα με την παράγραφο 4 περίπτωση α΄ του άρθρου 73, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, κατ' ελάχιστον, να εφαρμόσει τα οριζόμενα στις περιπτώσεις β΄ και δ΄ της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α΄115)».

30. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 91 «Λόγοι απόρριψης προσφορών», ορίζεται: «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. 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 τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102 [...] 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 το άρθρο 102».

31. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 92 «Περιεχόμενο προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής» ορίζεται: «5. Ειδικά κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης και ανεξάρτητα από το είδος της διαδικασίας που επιλέγεται από την αναθέτουσα αρχή: α) η αναθέτουσα αρχή, ζητά από τους οικονομικούς φορείς να αναφέρουν υποχρεωτικά στα έγγραφα της σύμβασης, στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τις πληροφορίες/στοιχεία των σημείων α΄ έως στ΄ της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 και β) οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, στην προσφορά τους να περιλαμβάνουν τις πληροφορίες/στοιχεία της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010».

32. Επειδή, στο άρθρο 39 του ν. 4488/2017 ορίζεται ότι «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».

33. Επειδή, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται: «Έχοντας υπόψη: 1. Τις διατάξεις όπως ισχύουν:..... ιγ. Του ν.3863/2010 (Α' 115) «Νέο Ασφαλιστικό Σύστημα και συναφείς διατάξεις, ρυθμίσεις στις εργασιακές σχέσεις», ιδίως δε του άρθρου 68 με τίτλο «Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών»..... κθ. Του ν.4412/2016 (Α' 147) «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)». λ. Του άρθρου 39 «Αποκλεισμός από δημόσιες συμβάσεις και χρηματοδοτήσεις λόγω παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας» του ν.4488/2017 (Α'137) «Συνταξιοδοτικές ρυθμίσεις Δημοσίου και λοιπές ασφαλιστικές διατάξεις, ενίσχυση της προστασίας των εργαζομένων, δικαιώματα ατόμων με αναπηρίες και άλλες διατάξεις». [...]2.2.3 Λόγοι αποκλεισμού 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: [...] 2.2.3.2. Στις ακόλουθες περιπτώσεις : γ) η Αναθέτουσα Αρχή 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: 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. 2.2.3.4. 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 [...] (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 επιχειρήσει 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. 2.2.3.6. Προσφέρων οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1, 2.2.3.2 γ) και 2.2.3.4 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 (αυτοκάθαρση). Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. 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, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, με τελεσίδικη απόφαση, σε εθνικό επίπεδο, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της ανωτέρω δυνατότητας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση [...] 2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 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 Παράρτημα II , το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν.1599/1986. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος 1. Οι οικονομικοί φορείς συμπληρώνουν και υποβάλλουν ένα ΕΕΕΣ ανεξαρτήτως του αριθμού των Τμημάτων του διαγωνισμού για τα οποία καταθέτουν προσφορά. [...] 2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016 [...] γ) Για τις περιπτώσεις του άρθρου 2.2.3.2γ της παρούσας, 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. [...] 2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών 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 παρούσης 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 [...] ζ) 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».

34. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) της διακήρυξης, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣτΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

35. Επειδή, η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣτΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α.

228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.).

36. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C 278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκέψη 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C 278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκέψη 27).

37. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, καταρχήν 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 γνωρίζοντας εκ των προτέρων το ακριβές περιεχόμενο των κριτηρίων του διαγωνισμού στα οποία καλόπιστα θα στηρίξουν την απόφασή τους εάν θα λάβουν ή όχι μέρος στη διαδικασία σύναψης της οικείας σύμβασης (βλ. την απόφαση του ΔΕΕ της 14ης Σεπτεμβρίου 2017, Casertana Costruzioni, C-223/16, σκέψη 34, της 14ης Ιουλίου 2016, TNS Dimarso NV κατά Vlaams Gewest, υποθ. C-6/15, σκέψεις 22 επ., την απόφαση του ΔΕΕ της 10ης Μαΐου 2012, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, υποθ. C-368/10, σκέψεις 55 επ., 62 επ. και 88). Περαιτέρω, δε, οι όροι της διακήρυξης πρέπει να καταρτίζονται με βάση τα ως άνω, ώστε να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των

οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33).

38. Επειδή, περαιτέρω, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, 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 (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

39. Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ). Επίσης, μια άλλη πτυχή της αρχής της αναλογικότητας, αλλά και της αρχής της ίσης μεταχείρισης, αποτελεί και η υποχρέωση αιτιολόγησης των δυσμενών αποφάσεων των αναθετουσών αρχών στο πλαίσιο διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων,

η οποία απορρέει και από τις γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου των κρατών-μελών και συνδέεται άμεσα και με την αρχή της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (ΑΕΠΠ 117/2017).

40. Επειδή, η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού διέπει την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων η οποία διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας την 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. Περαιτέρω, η εξασφάλιση του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού προκειμένου περί δημοσίων διαγωνισμών εξυπηρετεί το συμφέρον της Ένωσης στον τομέα της ελευθερίας εγκαταστάσεως και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών (βλ., επ' αυτού, απόφαση CoNISMα, C-305/08, EU:C:2009:807, σκέψη 37). Εντούτοις, κάποιου βαθμού περιορισμός μπορεί να δικαιολογείται, στο μέτρο κατά το οποίο επιδιώκει θεμιτό σκοπό γενικού συμφέροντος και εφόσον είναι σύμφωνος με την αρχή της αναλογικότητας, δηλαδή είναι κατάλληλος για την επίτευξη του σκοπού αυτού και δεν βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου για την επίτευξη του εν λόγω σκοπού (βλ., επ' αυτού, απόφαση Serrantoni και Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, σκέψη 44).

41. 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 αποφαίνονται 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 παραπτωμάτων 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.....».

42. 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. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΣ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 96).

43. Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης, και, της αναλογικότητας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191).

44. 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 άλλων, 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).

45. Επειδή, τα κριτήρια και οι προϋποθέσεις επιλογής και οι διατάξεις περί αποκλεισμού υποψήφιων αναδόχων στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων και υπό το πρίσμα του Ν. 4412/2016, θα πρέπει να ερμηνεύονται και να εφαρμόζονται ουσιαστικά και όχι τυπολατρικά (βλ. Α. Σπυρίδωνος, «Δημόσιο συμφέρον και λόγοι αποκλεισμού υποψηφίων στις δημόσιες συμβάσεις», ΘΠΔΔ 6/2017, σελ. 537 επόμε.). Επομένως, οι οικονομικοί φορείς δέον είναι να προβαίνουν στη σχετική δήλωση (βλ. Δ. Ράικο, Ε. Βλάχου, Ε. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018 σελ. 688, παρ.89) περί των δυνητικών λόγων αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 οι οποίοι περιλήφθηκαν στη διακήρυξη και κατέστησαν υποχρεωτικοί η οποία όχι μόνο δεν επιφέρει 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 κατά τα ως άνω σχετική δήλωση εκ μέρους του οικονομικού φορέα στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ του περί συνδρομής στο πρόσωπο του κάποιου κατά τα ως άνω περίπτωσης αποκλεισμού, μαζί με την εκ μέρους του παράθεση εξηγήσεων, λεπτομερειών, ως και ανάλυση των τυχόν επανορθωτικών μέτρων που ο ίδιος έλαβε, συνιστούν αναγκαίες προϋποθέσεις για την περαιτέρω θεμελίωση της υπέρ αυτού ευνοϊκής διαδικασίας του αρ. 73 παρ. 7 επ.(ΑΕΠΠ 776/2018 σκ.55).

46. Επειδή, κατόπιν της από 22.02.2019 κλήσης της Εισηγήτριας προς το ΣΕΠΕ τέθηκε το εξής ερώτημα: *«Στο πλαίσιο εξέτασης προδικαστικής προσφυγής στρεφόμενης κατά απόφασης της ΥΠΗΡΕΣΙΑΣ ΑΣΥΛΟΥ βάσει της οποίας αποκλείσθηκε η εταιρεία καθαρισμού ...σε συνέχεια αποστολής του με αρ. πρωτ.ΕΞ 27503/22.01.2019 εγγράφου σας θα ήθελα να διευκρινήσετε εάν: α) οι*

τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου εκ μέρους Σας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, (εν. στην ανωτέρω εταιρεία), προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, και β) τουλάχιστον δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου, στην ανωτέρω εταιρεία, αφορούν την αδήλωτη εργασία (οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους)....», λήφθηκε η κάτωθι απάντηση ΣΕΠΕ-ΔΠΣ ΕΕΣ [mailto:kysepes3@otenet.gr] Sent: Friday, February 22, 2019 12:12 PM Subject: ΑΠΑΝΤΗΣΗ ΓΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ«Σε συνέχεια του με αριθμ. πρωτ. 27503/22.01.2019 εγγράφου μας και του από 22.02.2019 ηλεκτρονικού μηνύματός σας, σας διευκρινίζουμε ότι: α) από τη στήλη “στοιχεία ελέγχου”, για τα πρόστιμα της 21.05.2018 για την..., προκύπτει σαφώς ότι ο έλεγχος είναι ένας (ίδιος αριθμός και ημερομηνία) β) δεν υπάρχουν πρόστιμα αδήλωτης εργασίας για τη συγκεκριμένη εταιρεία. Σε αντίθετη περίπτωση θα υπήρχε χαρακτηρισμός σοβαρότητας “αδήλωτη”. Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων Αγησιλάου 10 - 10437 ΑΘΗΝΑ».

47. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου: στον α' προσφεύγοντα έχουν επιβληθεί έξι (6) πράξεις επιβολής προστίμων πολύ υψηλής σοβαρότητας την τελευταία διετία μέχρι και τις 16.01.2019- βάσει του με αρ. πρωτ. ΕΞ 21235/17.01.2019 έγγραφο του ΣΕΠΕ προς την αναθέτουσα αρχή κατόπιν αιτήματος της, ο οποίος ωστόσο έχει προσφύγει εμπροθέσμως, κατά τους ισχυρισμούς του, ενώπιον των αρμοδίων Δικαστηρίων για μία έκαστη εκ των ανωτέρω πράξεων επιβολής προστίμων που δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, ως ομοίως ο ίδιος ισχυρίζεται και δεν αμφισβητεί η αναθέτουσα αρχή. Επίσης, στο ερώτημα της σελ. 13 του ΕΕΕΣ «Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα; Κατά περίπτωση, βλέπε ορισμούς στο εθνικό δίκαιο, στη σχετική προκήρυξη ή στα έγγραφα της προμήθειας», ο α' προσφεύγων απάντησε «ΝΑΙ», επισημαίνοντας τις σχετικές πράξεις επιβολής προστίμων και τις αντίστοιχες προσφυγές του ενώπιον των αρμόδιων Δικαστηρίων. Περαιτέρω, στο ΕΕΕΣ δήλωσε, στην ερώτηση ένα έχει λάβει μέτρα για να αποδείξει την αξιοπιστία του («αυτοκάθαρση») • Ναι (σελ. 14 του ΕΕΕΣ)

και περιέγραψε αυτά ως κάτωθι: «*Η εταιρία μας παρά ταύτα επισημαίνει ότι έχει λάβει όλα τα απαραίτητα μέτρα ώστε με βάση τον αριθμό του προσωπικού της να είναι απολύτως συμμορφούμενη με τις υποδείξεις της εργατικής νομοθεσίας, τηρώντας εγκαίρως όλες τις υποχρεώσεις της και έχοντας καθιερώσει στενή συνεργασία εκπροσώπου εταιρίας, λογιστηρίου, λογιστή, επόπτη έργου και εργαζομένων ώστε να αποφεύγεται κάθε σφάλμα ή αβλεψία*». Στον β' προσφεύγοντα οι τρεις πράξεις επιβολής προστίμων δεν έχουν επιβληθεί στο πλαίσιο τριών (3) διενεργηθέντων ελέγχων αλλά δύο (2) -όπως προέκυψε κατόπιν έγγραφης απάντησης του ΣΕΠΕ στην ΑΕΠΠ αλλά και εναργώς ήδη προέκυπτε από το έγγραφο του ΣΕΠΕ που αιτήθηκε η αναθέτουσα αρχή βάσει του οποίου και τον απέκλεισε- ως υπολαμβάνει η προσβαλλόμενη, δοθέντος ότι ταυτίζονται στον οικείο πίνακα του με αρ. πρωτ. ΕΞ 27503/22.01.2019 σχετικού εγγράφου του ΣΕΠΕ, πέραν της ημερομηνίας, που βεβαίως αποτελεί απλή ένδειξη αφού μπορούν να διενεργηθούν πλείονες του ενός έλεγχοι εντός μίας ημέρας, και τα στοιχεία ελέγχου δύο εκ των πράξεων αυτών, ούτε όμως κάποια από τις εν λόγω πράξεις επιβολής προστίμου, στο πλαίσιο των δύο διενεργηθέντων ελέγχων, ως βασίμως ισχυρίζεται ο β' προσφεύγων, του επιβλήθηκε λόγω αδήλωτης εργασίας, ως ομοίως ευχερώς προκύπτει με απλή αντιπαραβολή των στοιχείων του β' προσφεύγοντος και άλλων συμμετεχόντων. Ειδικότερα, εάν η πράξη επιβολής προστίμου αφορούσε σε αδήλωτη εργασία και επαρκούσαν εκ του νόμου δύο (2) έλεγχοι προκειμένου να θεμελιωθεί το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, στο οικείο έγγραφο του ΣΕΠΕ στο ΠΕΔΙΟ ΣΟΒΑΡΟΤΗΤΑ θα αναγράφετο - «ΑΔΗΛΩΤΗ». Δηλαδή, καταρχήν δεν προκύπτει ότι στοιχειοθετείται για τον εν λόγω οικονομικό φορέα διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς του βάσει του πρώτου εδαφίου της περίπτωσης γ' της παρ.2 του άρθρου 68 ν.3863/2010 (Α' 115), ως αναγράφεται, μεταξύ άλλων, στην προσβαλλόμενη.

48. Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν επικαλούμενων αιτιάσεων που περιλαμβάνονται στις υπό εξέταση Προδικαστικές Προσφυγές, και αυτούσιες

περιελήφθησαν στην παρούσα, καθίσταται προφανές ότι η διαπίστωση της βασιμότητας και η οριστική κρίση επί των προβαλλόμενων λόγων των προδικαστικών προσφυγών, απαιτεί περαιτέρω ενδελεχή έρευνα σε σχέση με τους όρους της διακήρυξης και του νομικού πλαισίου στο οποίο ρητά αυτή παραπέμπει, εμπεριέχει δε κρίση που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο εξέτασης και έκδοσης απόφασης επί μέτρων προστασίας (ΕΑ ΣΤΕ 631/2011, 367/2008, 709/2007 ΔΕΦΑΘ (Συμβ) 109/2011, 166/2011 9/2015, 10/2015, 35/2015, 41/2015, 46/2015), όπου εντάσσεται και η απόφαση της ΑΕΠΠ επί της άρσης απαγόρευσης σύναψης της σύμβασης. Εν πάσει περιπτώσει, δεν δύναται βασίμως να υποστηριχθεί το προδήλως απαράδεκτο ή το προδήλως αβάσιμο των προδικαστικών προσφυγών, ως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή με τις οικείες απόψεις της. Ειδικότερα, το προδήλως απαράδεκτο ή το προδήλως αβάσιμο των προδικαστικών προσφυγών αποτελούν προϋποθέσεις χωρίς τη συνδρομή, μίας εξ αυτών, δεν δύναται νομίμως, να χορηγηθεί άρση της απαγόρευσης σύναψης της σύμβασης της παρ. 3 του άρθρου 15 του π.δ/τος 39/2017, η οποία απαγόρευση προβλέπεται από το άρθρο 364 του ν. 4412/2016, είναι αυτοδίκαιη και ισχύει έως την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί των προσφυγών. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή αιτείται την άρση της απαγόρευσης και για λόγους δημοσίου συμφέροντος, ωστόσο, ουδόλως προκύπτει, κατά τη σαφή γραμματική ερμηνεία της ανωτέρω διάταξης, ότι τοιούτοι λόγοι αποτελούν προϋπόθεση ή ότι έστω δύναται αυτοτελώς να αιτιολογήσουν νομίμως τη χορήγηση της άρσης απαγόρευσης σύναψης της σύμβασης, ως δύναται κατά τη λήψη απόφασης περί χορήγησης ή μη μέτρων προσωρινής προστασίας. Εν προκειμένω, η εφαρμογή της περ. 3 του άρθρου 15 του π.δ 39/2017, στο μέτρο που εισάγει εξαίρεση συνιστώσα παρέκκλιση από την βασική ρύθμιση, ήτοι από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζομένων από τη Συνθήκη για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Σ.Λ.Ε.Ε.) δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελεί αντικείμενο συσταλτικής ερμηνείας. Επομένως, το αίτημα της αναθέτουσας αρχής περί εφαρμογής της παρ. 3 του άρθρου 15 του π.δ 39/2017 απορρίπτεται ως απαράδεκτο. Εξάλλου, η εν λόγω απαγόρευση υπογραφής των

συμβάσεων δεν προβλέπεται με αόριστη, αλλά με βεβαία, πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί των Προδικαστικών Προσφυγών διάρκεια, και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, γεγονός που αποδέχεται και η αναθέτουσα αρχή με τις οικείες απόψεις της αναφέροντας ότι το χρονικό σημείο συζήτησης των προσφυγών από την ΑΕΠΠ είναι εξαιρετικά σύντομο, βέβαια η εν λόγω αναφορά της περιέχεται σε πλέγμα ισχυρισμών της, προκειμένου να της επιτραπεί η σύναψη των οικείων συμβάσεων προ της έκδοσης απόφασης της ΑΕΠΠ.

49. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

50. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω τα αιτήματα των προσφευγόντων περί λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας στο πλαίσιο της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, πρέπει να απορριφθούν. Ομοίως, πρέπει να απορριφθεί το αίτημα της αναθέτουσας αρχής περί άρσης της απαγόρευσης σύναψης των συμβάσεων, βάσει της παρ. 3 του άρθρου 15 του π.δ 39/2017. Οίκοθεν δε νοείται ότι στο σύντομο διάστημα που μεσολαβεί, η αναθέτουσα αρχή δύναται να λάβει τα προβλεπόμενα από τον νόμο μέτρα, για να εξασφαλισθεί η παροχή υπηρεσιών φύλαξης (ΣτΕ ΕΑ 99/2010), δοθέντος ότι η αναθέτουσα αρχή δεν επικαλείται ρητά αδυναμία ικανοποίησης των επίμαχων αναγκών (βλ. ΕΑ ΣτΕ 38/2011, πρβλ. Ε.Α. 1318/2009, 1105/2010), με άλλο νόμιμο τρόπο.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα των προσφευγόντων περί χορήγησης μέτρων προσωρινής προστασίας.

Απορρίπτει το αίτημα της αναθέτουσας αρχής περί άρσης της απαγόρευσης σύναψης των συμβάσεων, βάσει της παρ. 3 του άρθρου 15 του π.δ 39/2017.

Αριθμός Απόφασης: Α84 /2019

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 25 Φεβρουαρίου 2019 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου

Νικόλαος Λιακασιδής