

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**3<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 02.05.2019 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου - Εισηγήτρια- και Μαρία Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 26.03.2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 371/26.03.2019 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία [...], με δ.τ. [...], νόμιμα εκπροσωπούμενης, ως και

Για να εξετάσει την από 28.03.2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 389/29.03.2019 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία [...], νόμιμα εκπροσωπούμενης,

Κατά της [...] και του αποσπάσματος πρακτικού της Συνεδρίασης της Συγκλήτου της [...] της 12.03.2019 (4ο Θέμα) κατά το μέρος που, κατ' αποδοχή του 1ου Πρακτικού Ελέγχου Δικαιολογητικών Συμμετοχής, αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της [...] και της [...].

Της παρεμβαίνουσας επί αμφότερων των Προσφυγών εταιρίας [...], νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

1. Επειδή, με αμφότερες τις Προδικαστικές Προσφυγές οι προσφεύγουσες εταιρίες [...] και [...] επιδιώκουν την ακύρωση της απόφασης της από 12.03.2019 Συνεδρίασης της Συγκλήτου της [...] με την οποία απορρίφθηκαν οι προσφορές των ως άνω εταιριών κατά την αξιολόγηση των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών.

2. Επειδή, με τις Παρεμβάσεις της επί αμφοτέρων των Προσφυγών, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με αυτήν απορρίπτονται οι προσφορές των προσφευγουσών και αποκλείεται η συμμετοχή τους στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας και συνεπώς την απόρριψη των υπόψη Προδικαστικών Προσφυγών.

3. Επειδή, με τη με αριθ. πρωτ. 3/2018 Διακήρυξη της [...] προκηρύχθηκε ανοικτός, ηλεκτρονικός, δημόσιος διαγωνισμός άνω των ορίων με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών φύλαξης των κτιριακών εγκαταστάσεων της [...], συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 435.483,87 ευρώ (πλέον Φ.Π.Α. 24% ) και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, η οποία Διακήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 05.11.2018, καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 05.11.2018 και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ομοίως στις 05.11.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α 57414. Στο διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά πέντε εταιρίες, μεταξύ των οποίων και οι προσφεύγουσες. Κατά το στάδιο αποσφράγισης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών, η Επιτροπή του Διαγωνισμού αποφάσισε την απόρριψη των προσφορών των δύο ως άνω εταιριών, για την μεν πρώτη με την αιτιολογία ότι στο πρόσωπό της συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.2. της διακήρυξης διότι της έχουν επιβληθεί έξι πράξεις επιβολής προστίμου πολύς υψηλής σοβαρότητας για το διάστημα από 01.11.2017 έως 05.12.2018 για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011, όπως

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

εκάστοτε ισχύει, για την δε δεύτερη με την αιτιολογία ότι στο πρόσωπο της τρίτης εταιρίας [...], στις ικανότητες της οποίας στηρίζεται η προσφεύγουσα, συντρέχει ομοίως ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.2. της διακήρυξης διότι της έχουν επιβληθεί τρείς πράξεις επιβολής προστίμου πολύ υψηλής σοβαρότητας και δύο πράξεις επιβολής προστίμου υψηλής σοβαρότητας για το διάστημα από 26.05.2017 έως 14.08.2018 για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011, όπως εκάστοτε ισχύει.

4. Επειδή, αμφότερες οι προσφεύγουσες παρίστανται ως έχουσες έκαστη εξ αυτών άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση των αντίστοιχων προδικαστικών προσφυγών τους, αφού καθεμία από αυτές έχει υποβάλλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της για την υπό ανάθεση σύμβαση, προσδοκώντας εύλογα να αναλάβει την εκτέλεση αυτής.

5. Επειδή, για την άσκηση αμφοτέρων των Προσφυγών έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016 το νόμιμο παράβολο. Ειδικότερα, για τη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 371/26.03.2019 Προσφυγή το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 266197772959 0521 0093, ποσού 2.178,00 €, το οποίο και υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας (άνευ ΦΠΑ) της υπόψη σύμβασης και για τη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 389/29.03.2019 το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 267079556959 0527 0007 ποσού 2.180,00 ευρώ, το οποίο και υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας (άνευ ΦΠΑ) της υπόψη σύμβασης.

6. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσία), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 435.483,87 € πλέον ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, και του χρόνου αποστολής προς δημοσίευσή του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, και συνεπώς παραδεκτώς, κατά τούτο, ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

7. Επειδή, αμφότερες οι Προδικαστικές Προσφυγές έχουν κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 18.03.2019, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, και η μεν πρώτη με ΓΑΚ 371 Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) την 26.03.2019, η δε δεύτερη με ΓΑΚ 389 Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) την 28.03.2019, ήτοι αμφότερες ασκήθηκαν εντός της προβλεπόμενης εκ του νόμου δεκαήμερης προθεσμίας.

8. Επειδή, επομένως, οι υπό κρίση Προδικαστικές Προσφυγές παραδεκτά και νόμιμα φέρονται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017.

9. Επειδή, με την με ΓΑΚ 371/26.03.2019 Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα [...] αιτείται την ακύρωση της απόφασης της από 12.03.2019 Συνεδρίασης της Συγκλήτου της [...] κατά το μέρος που με αυτήν απορρίφθηκε η προσφορά της, κατά το στάδιο αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και ως εκ τούτου αποκλείστηκε από την συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι κατά παράβαση του όρου 2.2.3.2. της διακήρυξης και του άρθρου 73 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 αποκλείστηκε από το διαγωνισμό ένεκα της επιβολής των πράξεων προστίμων από παράβασης της εργατικής νομοθεσίας, οι οποίες δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ καθότι έχουν προσβληθεί με προσφυγές ενώπιον των αρμόδιων διοικητικών δικαστηρίων, χωρίς το τελευταίο να έχει αποφανθεί επί αυτών. Μάλιστα, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι η μη ταύτιση του περιεχομένου του όρου 2.2.3.2. γ) της διακήρυξης με την διάταξη του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 ως προς την απαίτηση τελεσιδικίας των σχετικών κυρώσεων, όπως έχει κριθεί και με την ΑΕΠΠ 265/2019, γεννά ασάφεια των όρων της διακήρυξης σχετικά με

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

τον επίμαχο λόγο αποκλεισμού, η οποία ασάφεια δεν μπορεί να ερμηνευθεί σε βάρος του προσφεύγοντα οδηγώντας σε απόρριψη της προσφοράς του. Ακόμα δε και στην περίπτωση που ήθελε υποτεθεί ότι η προσφεύγουσα αποκλείστηκε από το διαγωνισμό διότι τέλεσε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα υπό την έννοια του άρθρου 68 παρ. 2 περ. γ) του Ν. 3863/2010, όπως τούτο τροποποιήθηκε και ισχύει και κατά το οποίο ορίζεται ότι : «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», η προσβαλλόμενη απόφαση είναι εσφαλμένη και πλημμελής. Και τούτο διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η διάταξη του άρθρου 68 παρ. 2, ακόμα κι αν ισχύει ειδικά για τις εταιρίες καθαρισμού και φύλαξης, δε δύναται να εφαρμόζεται χωρίς να

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

συνδυάζεται με το άρθρο 73 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, κατά το οποίο τίθεται η πρόσθετη προϋπόθεση οι επιβληθείσες κυρώσεις να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, όπως άλλωστε, ορίζεται και στο άρθρο 2.2.3.2. της διακήρυξης. Κατά την προσφεύγουσα, κάθε άλλη ερμηνεία της διάταξης του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας καθότι περιορίζει υπέρμετρα και αδικαιολόγητα την επιχειρηματική δραστηριότητα της προσφεύγουσας, επιβάλλοντας έως και διετή αποκλεισμό από τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων λόγω κυρώσεων που δεν έχουν καταστεί τελεσίδικες, όπως και στην αρχή της ισότητας καθότι αντιμετωπίζει την προσφεύγουσα, ως εταιρία δραστηριοποιούμενη στον τομέα της παροχής υπηρεσιών φύλαξης, δυσμενέστερα σε σχέση με εταιρίες που ασκούν άλλες δραστηριότητες (πέραν της φύλαξης και της καθαριότητας), καθότι μόνον για τις τελευταίες ο επίμαχος λόγος αποκλεισμού προϋποθέτει την δεσμευτική και αμετάκλητη ισχύ των επιβληθεισών κυρώσεων. Επιπλέον, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε, ακόμα κι αν θεωρηθεί ότι αρκεί η έκδοση των συγκεκριμένων προστίμων για τον αποκλεισμό της, να εκτιμήσει τα μέτρα αυτοκάθαρσης τα οποία η προσφεύγουσα δήλωσε ότι έχει λάβει και να αποφανθεί με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση επί τούτου. Σε κάθε περίπτωση, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να την καλέσει, κατ'εφαρμογή του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, να παράσχει διευκρινίσεις σχετικά με όσα δήλωσε στο ΕΕΕΣ για τις επιβληθείσες κυρώσεις.

10. Επειδή, επί της με ΓΑΚ 371/26.03.2019 παρεμβαίνει η συνδιαγωνιζόμενη εταιρία [...], η οποία Παρέμβαση, ασκείται εν γένει παραδεκτώς και στη νόμιμη προθεσμία, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του Π.Δ.39/2017, αφού, η εν λόγω Προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή προς τους ενδιαφερόμενους τρίτους στις 27.03.2019, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η παρεμβαίνουσα, ενώ η προβλεπόμενη εκ του νόμου δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση των υπό εξέταση προσφυγών έληγε την 06.04.2019, συμπίπτοντας όμως με μη εργάσιμη ημέρα (Σάββατο) και παρεκτεινόμενη για την αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα, έληγε στις 08.04.2019 (πρβλ. ΑΕΠΠ 175/2017), οπότε και

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

ασκήθηκε η υπόψη Προσφυγή. Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με αυτήν απορρίπτεται η προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης της εταιρίας [...] και ως εκ τούτου αποκλείεται η συμμετοχή της στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, με συνέπεια, απορριπτόμενων και των λοιπών προσφορών, την έγκριση της συμμετοχής μόνον της ίδιας της παρεμβαίνουσας στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού. Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι τα επαγγελματικά παραπτώματα, τα οποία διαγιγνώσκεται από την προσβαλλόμενη πράξη ότι συντρέχουν στο πρόσωπο της προσφεύγουσας, δεν εμπίπτουν μόνο στην περίπτωση της διάταξης του όρου 2.2.3.2 της διακήρυξης (η οποία απηχεί πράγματι την διάταξη του άρθρου 68), αλλά ο επ' αυτών έλεγχος εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής εισάγεται εκ παραλλήλου και από την διάταξη του όρου 2.2.3.3 (α), η οποία προβλέπει ότι : «... Αποκλείεται από την συμμετοχή στην διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (α) εάν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 ν. 4412/2016: “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». Τούτο, δεδομένου ότι εκ των έξι πράξεων επιβολής προστίμου οπωσδήποτε οι πέντε (5) εξ αυτών αφορούσαν πράξη επιβολής προστίμου για παραβιάσεις της εργατικής νομοθεσίας διαπιστωθείσες στο πλαίσιο της εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων (Νοσοκομείο “Ιπποκράτειο”, ΟΑΚΑ, Ελληνική Βιομηχανία Ζάχαρης κλπ.). Σε κάθε δε περίπτωση, κατά τους ισχυρισμούς της

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

παρεμβαίνουσας, η άσκηση προσφυγών κατά των ανωτέρω πράξεων επιβολής προστίμου δεν θεμελιώνει την άνευ ετέρου αποδοχή της νομιμότητας της δράσης της προσφεύγουσας εταιρείας, καθώς όλες οι ανωτέρω πράξεις επιβολής προστίμου έχουν λάβει χώρα εντός χρονικού διαστήματος που δεν υπερέβαινε τους 18 μήνες, με συνέπεια, η προσφεύγουσα ήθελε να αποδείξει την εκ μέρους της λήψη μέτρων για την αυτοκάθαρσή της, αυτό είναι βέβαιο ότι δεν μπορεί να γίνει με την συνεχή άσκηση προσφυγών κατά πράξεων επιβολής προστίμου, αφού ακριβώς η επί δεκαοκτάμηνο διαπίστωση παραβιάσεων της εργατικής νομοθεσίας και η συνεχής άσκηση τέτοιων προσφυγών είναι προφανέστατη απόδειξη ότι δεν έχουν ληφθεί εκ μέρους της προσφεύγουσας επαρκή μέτρα αυτοκάθαρσης. Ενόψει όλων των ανωτέρω, η παρεμβαίνουσα καταλήγει ότι η στόχευση του νομοθέτη ήταν να μην επιτρέψει σε κατά συρροήν παραβάτες της εργασιακής νομοθεσίας να συμμετέχουν σε διαγωνιστικές διαδικασίες για την ανάληψη της εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων, με συνέπεια, η απόφαση της αναθέτουσας αρχής να απορρίψει την προσφορά της προσφεύγουσας ένεκα των επιβληθέντων προστίμων να είναι ορθή.

11. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε με το υπ'αριθ. πρωτ. 1194/03.04.2019 έγγραφό της τις απόψεις της επί της με ΓΑΚ 371/26.03.2019 Προσφυγής, αιτούμενη την απόρριψη αυτής. Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι ορθώς η Επιτροπή Αξιολόγησης του Διαγωνισμού αποφάσισε τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας εταιρίας λόγω των επιβληθεισών σε αυτήν έξι (6) πράξεων επιβολής προστίμου με βάση την βεβαίωση του ΣΕΠΕ. Η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι παρότι η προσφεύγουσα εταιρία γνώριζε ότι σε βάρος της εκκρεμούν οι αναφερόμενες έξι (6) πράξεις επιβολής προστίμων, δεν προσκόμισε επαρκή στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι έλαβε μέτρα που να θεμελιώνουν την αξιοπιστία της και τέτοια επαρκή στοιχεία δεν συνιστούν οι εκκρεμότητες των ένδικων διαφορών που επικαλείται. Περαιτέρω, υποστηρίζει ότι οι εν λόγω παραβάσεις επιδρούν σημαντικά στην αξιοπιστία της προσφεύγουσας εταιρίας σε σχέση με την περαιτέρω συμμετοχή της στο διαγωνισμό όπως και ότι η αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε να αναμένει την δικαστική έκβαση των δηλούμενων παραβάσεων καθόσον σε τέτοια περίπτωση

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

θα εθίγεται η αμεσότητα του επιδιωκόμενου και εξυπηρετούμενου από την διακήρυξη δημοσίου συμφέροντος.

12. Επειδή, με την με ΓΑΚ 389/29.03.2019 Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα [...] αιτείται την ακύρωση της απόφασης της από 12.03.2019 Συνεδρίασης της Συγκλήτου της [...] κατά το μέρος που με αυτήν απορρίφθηκε η προσφορά της, κατά το στάδιο αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών, και ως εκ τούτου αποκλείστηκε από την συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι το γεγονός ότι η τρίτη δανείζουσα την εμπειρία της εταιρία [...] εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, ως έκρινε η αναθέτουσα αρχή, δεν συνεπάγεται αυτοδίκαια τον αποκλεισμό της προσφοράς της ίδιας της προσφεύγουσας, αντιθέτως δε ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατ'εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016 και δη κατά δέσμια αρμοδιότητα να καλέσει την προσφεύγουσα να αντικαταστήσει την τρίτη δανείζουσα την εμπειρία της εταιρία, χωρίς να απορρίψει την προσφορά της άνευ ετέρου. Σε κάθε περίπτωση, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι είναι απολύτως νόμιμη η στήριξη της στην ικανότητα της τρίτης εταιρίας [...] διότι η διάταξη του άρθρου 68 παρ. 2 του Ν. 3863/2010, κατά την οποία επιβάλλεται ο υποχρεωτικός αποκλεισμός διαγωνιζομένου σε βάρος του οποίου έχουν επιβληθεί οι προβλεπόμενες πράξεις επιβολής προστίμου του ΣΕΠΕ την τελευταία διετία, δεν δύναται να εφαρμόζεται αυτοτελώς και δη χωρίς την πρόσθετη προϋπόθεση που εισάγει η διάταξη του άρθρου 73 παρ. 2 γ) του Ν. 4412/2016 και αντίστοιχα ο όρος 2.2.3.2. της διακήρυξης περί τελεσίδικης και δεσμευτικής ισχύος των εν λόγω κυρώσεων. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι από την αδιάστικτη γραμματική διατύπωση των όρων της διακήρυξης σε συνδυασμό με το θεσμικό πλαίσιο που διέπει την υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία προκύπτει αδιαμφισβήτητα αμφισημία ως προς τους λόγους αποκλεισμού των συμμετεχόντων. Και τούτο διότι η διακήρυξη περιλαμβάνει αφενός τον όρο του άρθρου 2.2.3.2 περί λόγου αποκλεισμού από επιβληθείσες κυρώσεις ΣΕΠΕ την τελευταία διετία (3 πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια όργανα του ΣΕΠΕ για παραβάσεις της εργατικής

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

νομοθεσίας υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας αθροιστικά από τρεις διενεργηθέντες ελέγχους ή 2 πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια όργανα του ΣΕΠΕ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν αδήλωτη εργασία από δύο διενεργηθέντες ελέγχους) που να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ και αφετέρου τη διάταξη του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 που εντάσσεται στο θεσμικό πλαίσιο του διαγωνισμού και συνεπάγεται τον υποχρεωτικό αποκλεισμό συμμετέχοντος που έχουν επιβληθεί οι προβλεπόμενες πράξεις επιβολής προστίμου ΣΕΠΕ την τελευταία διετία (3 πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια όργανα του ΣΕΠΕ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας αθροιστικά από τρεις διενεργηθέντες ελέγχους ή 2 πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια όργανα του ΣΕΠΕ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν αδήλωτη εργασία από δύο διενεργηθέντες ελέγχους) χωρίς να απαιτείται για τον αποκλεισμό οι εν λόγω κυρώσεις να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Τούτων δοθέντων, κατά τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας δεν δύναται όρος τεθείς επί ποινή αποκλεισμού από την διακήρυξη να ερμηνεύεται και να εφαρμόζεται διασταλτικά και διευρυντικά ώστε να συνάγονται το πρώτον κατά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών νέοι λόγοι αποκλεισμού, οι οποίοι ουδόλως διατυπώνονται με σαφήνεια στο κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης. Ενόψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα, αναφερόμενη μία προς μία στις προσφυγές που έχει ασκήσει ενώπιον των αρμόδιων διοικητικών δικαστηρίων σε βάρος των επιβληθεισών πράξεων προστίμων, επικαλείται ότι καμία από αυτές δεν έχει αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, με συνέπεια, αφενός μεν να μην εμπίπτει στον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.2. της διακήρυξης, αφετέρου δε να μην δύναται, ένεκα της αμφισημίας των όρων της διακήρυξης, να εφαρμοσθεί άλλη περίπτωση αποκλεισμού της.

13. Επειδή, επί της με ΓΑΚ 389/29.03.2019 Προσφυγής παρεμβαίνει η συνδιαγωνιζόμενη εταιρία [...], η οποία Παρέμβαση, ασκείται εν γένει παραδεκτώς και στη νόμιμη προθεσμία, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του Π.Δ.39/2017, αφού, η εν λόγω Προσφυγή

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή προς τους ενδιαφερόμενους τρίτους στις 29.03.2019, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η παρεμβαίνουσα, και η Παρέμβαση ασκήθηκε στις 08.04.2019, ήτοι εντός της προβλεπόμενης εκ του νόμου δεκαήμερης προθεσμίας. Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με αυτήν απορρίπτεται η προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης της εταιρίας [...], και ως εκ τούτου αποκλείεται η συμμετοχή της στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, με συνέπεια, απορριπτόμενων και των λοιπών προσφορών, την έγκριση της συμμετοχής μόνον της ίδιας της παρεμβαίνουσας στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού. Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι εσφαλμένως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δήθεν η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα να ζητήσει την αντικατάσταση του τρίτου φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίχθηκε η προσφεύγουσα, όταν αποδείχθηκε ότι αυτός ενέπιπτε στους όρους αποκλεισμού του ν. 4412/2016 διότι η διάταξη του άρθρου 78 ν. 4412/2016, όπως ισχύει, προβλέπει ότι : *«Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74»*. Συνεπώς, από την διάταξη του ν. 4412/2016, αλλά και δεδομένου ότι κανένας όρος της διακήρυξης δεν προβλέπει το αντίθετο, προκύπτει ότι και στην προκείμενη περίπτωση η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται, αλλά έχει την διακριτική ευχέρεια να κρίνει εάν θα ζητήσει σε ορισμένη περίπτωση την αντικατάσταση του φορέα, στις ικανότητες του οποίου έχει στηριχθεί η προσφεύγουσα. Άλλωστε, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι στην συγκεκριμένη περίπτωση οι δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι η προσφεύγουσα και ο τρίτος δανείζων την εμπειρία του φορέας, ταυτίζονται καθότι τόσο η προσφεύγουσα όσο και η [...] έχουν την αυτή μετοχική σύνθεση ([...]), την αυτή έδρα (εδρεύουν στα αυτά γραφεία), τον ίδιο τηλεφωνικό αριθμό και λοιπά στοιχεία επικοινωνίας, η δε μεθόδευση εμφάνισης διαφορετικής εκπροσώπησης δεν αλλάζει το γεγονός ότι η προσφεύγουσα συστάθηκε προφανώς λόγω των υψηλών προστίμων, τα οποία είχαν επιβληθεί στην τρίτη εταιρεία [...] καθώς και αυτών

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

που κατά τη φυσιολογική πορεία των πραγμάτων ανέμενε να της επιβληθούν δεδομένων των ελέγχων που είχαν διενεργηθεί και των παραβιάσεων της εργατικής νομοθεσίας που συστηματικά διέπραττε. Περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι ο όρος 2.2.3.2 της διακήρυξης ταυτίζεται απολύτως κατά περιεχόμενο με την διάταξη του άρθρου 68 παρ. 2 ν. 3863/2010, αφού τόσο ο αναφερθείς όρος της διακήρυξης όσο και η διάταξη του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 απαιτούν την τελεσιδικία των επιβληθεισών κυρώσεων από την Επιθεώρηση Εργασίας, με συνέπεια, να μην τίθεται καμία απολύτως αμφισημία, ούτε ζήτημα ερμηνείας των ως άνω όρων. Ακόμα δε και στην περίπτωση που η προσφεύγουσα είχε εντοπίσει δήθεν αμφισημία όσον αφορά τον όρο 2.2.3.2 της διακήρυξης, αυτό θα έπρεπε να είχε οδηγήσει την προσφεύγουσα στο να ζητήσει διευκρινήσεις ή/και να επιτύχει την ακύρωση του σχετικού όρου της διακήρυξης ασκώντας προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, το οποίο ουδόλως συνέβη. Τέλος, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι τα επαγγελματικά παραπτώματα, τα οποία διαγιγνώσκεται από την προσβαλλόμενη πράξη ότι συντρέχουν στο πρόσωπο της προσφεύγουσας, δεν εμπίπτουν μόνο στην περίπτωση της διάταξης του όρου 2.2.3.2 της διακήρυξης (η οποία απηχεί πράγματι την διάταξη του άρθρου 68), αλλά ο επ' αυτών έλεγχος εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής εισάγεται εκ παραλλήλου και από την διάταξη του όρου 2.2.3.3 (α), η οποία προβλέπει ότι : *«... Αποκλείεται από την συμμετοχή στην διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (α) εάν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 ν. 4412/2016: “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*

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

*υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους». Και τούτο διότι οι πράξεις επιβολής προστίμου για παραβίαση της εργατικής νομοθεσίας έχουν επιβληθεί στην [...] στο πλαίσιο της εκ μέρους της εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων, κατά την εκτέλεση των οποίων η εταιρεία αυτή υπέπεσε σε επανειλημμένες παραβιάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται υψηλής και πολύ υψηλής σοβαρότητας, καταλήφθηκε να απασχολεί μη δηλωθέν προσωπικό και εν γένει διαπιστώθηκαν οι ιδιαιτέρως σοβαρές παραβιάσεις του εργατικού δικαίου που συνιστούν λόγο αποκλεισμού του οικονομικού φορέα. Σε κάθε δε περίπτωση η άσκηση προσφυγών κατά των ανωτέρω πράξεων επιβολής προστίμου δεν θεμελιώνει την άνευ ετέρου αποδοχή της νομιμότητας της δράσης της προσφεύγουσας εταιρείας, καθώς όλες οι ανωτέρω πράξεις επιβολής προστίμου έχουν λάβει χώρα εντός χρονικού διαστήματος που δεν υπερέβαινε τους 18 μήνες. Εάν η προσφεύγουσα ήθελε να αποδείξει την εκ μέρους της [...] λήψη μέτρων για την αυτοκάθαρσή της, με την έννοια των μέτρων δια των οποίων διασφαλίζεται ότι δεν θα επαναληφθούν οι πολύ σοβαρές παραβιάσεις του εργατικού δικαίου που διαπιστώθηκαν με τις επανειλημμένες πράξεις επιβολής προστίμου που της επιβλήθηκαν, τότε θα έπρεπε να είχε προβάλει τέτοια μέτρα και να μην είχε αρκεστεί στην συνεχή άσκηση προσφυγών κατά πράξεων επιβολής προστίμου, αφού ακριβώς η επί δεκαοκτάμηνο διαπίστωση παραβιάσεων της εργατικής νομοθεσίας και η συνεχής άσκηση τέτοιων προσφυγών είναι προφανέστατη απόδειξη ότι δεν έχουν ληφθεί εκ μέρους του φορέα αυτού επαρκή μέτρα αυτοκάθαρσης. Εξάλλου τα μέτρα αυτοκάθαρσης θα πρέπει να συνίστανται σε συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού, τα οποία είναι κατάλληλα (και αντίστοιχα με την σοβαρότητα) για την αποφυγή περαιτέρω αδικημάτων ή παραπτώματων και όχι στην άρνηση των παραβιάσεων αυτών, οι οποίες παραβιάσεις αποδεικνύονται άλλωστε από δημόσια έγγραφα. Αντιθέτως και προς το σκοπό της αποφυγής τέτοιων μέτρων συνέστησαν οι ίδιοι μέτοχοι την προσφεύγουσα, δια της οποίας εξακολουθούν να συμμετέχουν σε δημόσιους διαγωνισμούς κατά παράβαση του σκοπού των προαναφερθεισών διατάξεων. Ενόψει όλων των ανωτέρω, η παρεμβαίνουσα*

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

καταλήγει ότι η στόχευση του νομοθέτη ήταν να μην επιτρέψει σε κατά συρροήν παραβάτες της εργασιακής νομοθεσίας να συμμετέχουν σε διαγωνιστικές διαδικασίες για την ανάληψη της εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων, με συνέπεια, η απόφαση της αναθέτουσας αρχής να απορρίψει την προσφορά της προσφεύγουσας ένεκα των επιβληθέντων προστίμων να είναι ορθή.

14. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε με το υπ' αριθ. πρωτ. 1211/04.04.2019 έγγραφό της τις απόψεις της επί της με ΓΑΚ 389/29.03.2019 Προσφυγής, αιτούμενη την απόρριψη της υπόψη Προσφυγής. Με τις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι, παρά το γεγονός ότι η προσφεύγουσα εταιρία γνώριζε ότι σε βάρος της τρίτης στηρίζουσας εταιρίας εκκρεμούν οι αναφερόμενες πέντε (5) πράξεις επιβολής προστίμου, η τρίτη εταιρία [...] δήλωσε στο Ε.Ε.Ε.Σ. που υπέβαλε ότι δεν έχει παραβιάσει την εργατική νομοθεσία και ότι δεν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, παραβιάζοντας έτσι τον όρο της παραγράφου 3 του άρθρου 2.2.3. περ. ζ της διακήρυξης. Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι η κατά τα ανωτέρω απόκρυψη σημαντικών στοιχείων επιδρά άμεσα στην αξιοπιστία της εν λόγω εταιρίας σε σχέση με την περαιτέρω συμμετοχή της στον διαγωνισμό όπως και ότι η αναθέτουσα αρχή δικαιολογημένα δεν ζήτησε την αντικατάσταση της τρίτης στηρίζουσας εταιρίας καθόσον σε τέτοια περίπτωση θα εθίγετο η αμεσότητα του επιδιωκόμενου και εξυπηρετούμενου από την διακήρυξη δημοσίου συμφέροντος.

15. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 367 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: *«1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη*

## Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019

ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ 39/2017. Ενόψει των ανωτέρω, η Α.Ε.Π.Π. επιλαμβάνεται προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά πράξεων ή παραλείψεων αναθετουσών αρχών που εκδίδονται/συντελούνται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτές προσβάλλονται ενώπιόν της, από κάθε πρόσωπο το οποίο έχει ή είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση, εξετάζοντας τους προβαλλόμενους πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς των εμπλεκόμενων μερών και αποφαινεται αιτιολογημένα.

16. Επειδή, με τις διατάξεις του Ν. 4412/2016, ο οποίος διέπει την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία, προβλέπονται τα εξής : Στο άρθρο 18 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» και δη στις παραγράφους 2 και 5 του εν λόγω άρθρου ορίζεται ότι : *«2. Κατά την εκτέλεση των δημόσιων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α΄. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους. 5. Η αθέτηση της υποχρέωσης της παραγράφου 2 συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα του οικονομικού φορέα κατά την έννοια της περίπτωσης θ΄ της παραγράφου 4 του άρθρου 73, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στις κείμενες διατάξεις. Ειδικά, κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται ιδίως τα προβλεπόμενα στο δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ΄ της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α΄ 115)».* Στο άρθρο 53 του Ν. 4412/2016 και δη στις παρ. 1 και 2 ορίζεται ότι : *« 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και*

## Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019

συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης [...] περιέχουν ιδίως :[...] ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [...] .ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ιδίως δε την υποχρέωση της παρ. 2 του άρθρου 18 [...]. Στο άρθρο 73 του Ν. 4412/2016 με τίτλο : «Λόγοι αποκλεισμού (άρθρο 57 παράγραφοι 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» και δη στις παραγράφους 2, 4, 7, 8, 9 και 10 του εν λόγω άρθρου ορίζεται ότι: «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 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

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

κατώτερη από το ποσό των είκοσι χιλιάδων (20.000) ευρώ. {...} 4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με κατάλληλα μέσα αθέτηση των ισχυουσών υποχρεώσεων που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18, {...} 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, {...}, 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. {...} 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

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας παραγράφου κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση. 8. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της επόμενης παραγράφου, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής, καθώς και η απόφαση με την οποία γίνονται δεκτά ένδικα βοηθήματα κατ'αυτής, κοινοποιείται στην Αρχή. 9. Για τις ανάγκες των παραγράφων 7 και 8 συνιστάται επιτροπή που απαρτίζεται από εκπροσώπους του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, του Υπουργού Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, καθώς και του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων. Η ως άνω επιτροπή συγκροτείται με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού η οποία εκδίδεται εντός μηνός από τη δημοσίευση του παρόντος και ρυθμίζει τις αναγκαίες λεπτομέρειες οργάνωσης και λειτουργίας της. Χρέη Προέδρου εκτελεί ο εκπρόσωπος του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού. 10. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, ορίζεται ότι στις περιπτώσεις της παραγράφου 1 η περίοδος αυτή ανέρχεται σε πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση και στις περιπτώσεις της παραγράφου 4 στα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

σχετικού γεγονότος. [...]». Στο άρθρο 78 του Ν. 4412/2016 με τίτλο : «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται ότι : «1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. {...} Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2. του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74. {...}». Στο άρθρο 79 του Ν. 4412/2016 με τίτλο : «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται ότι : «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

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77, γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 84. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 78, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ως άνω πληροφορίες όσον αφορά τους φορείς αυτούς. Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούνται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. [...]». Στο άρθρο 80 του Ν. 4412/2016 με τίτλο : «Αποδεικτικά μέσα (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται ότι : «...2. Οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ως επαρκή απόδειξη του ότι ο οικονομικός φορέας δεν εμπίπτει σε καμία από τις περιπτώσεις που αναφέρονται στο άρθρο 73:... γ) για την περίπτωση γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 73, πιστοποιητικό από τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού της Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων, από το οποίο να προκύπτουν οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής. [...]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) 9. Τα αποδεικτικά έγγραφα του παρόντος άρθρου και του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', μπορεί να εξειδικεύονται στις στα πρότυπα έγγραφα σύμβασης που εκδίδει η Αρχή, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 53»». Στο άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 με τίτλο : «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών (άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται ότι : «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α΄ 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 4. {...} 5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς». Τέλος, στο άρθρο 104 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : «1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την

## Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019

υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ.3 του άρθρου 105. {...}».

17. Επειδή, στο άρθρο 68 του Ν. 3863/2010, ως ισχύει, το οποίο μνημονεύεται ρητώς στις εφαρμοστέες διατάξεις της οικείας διακήρυξης και ως εκ τούτου διέπει την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία, και δη στην παρ. 2 αυτού προβλέπεται ότι : «2. α) Οι πράξεις επιβολής προστίμου που επιβάλλονται σε βάρος εταιρειών παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης καταχωρούνται στο αντίστοιχο «Μητρώο Παραβατών Εταιρειών Παροχής Υπηρεσιών Καθαρισμού ή/και Φύλαξης» που τηρείται στη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας. β) Η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, αμέσως μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, να υποβάλει γραπτό αίτημα προς τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για τη χορήγηση πιστοποιητικού, από το οποίο να προκύπτουν όλες οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος εκάστου των υποψήφιων εργολάβων. Το πιστοποιητικό αποστέλλεται στην αναθέτουσα αρχή μέσα σε δεκαπέντε (15) ημέρες από την υποβολή του αιτήματος. Σε περίπτωση άπρακτης παρέλευσης της προθεσμίας, η αναθέτουσα αρχή δικαιούται να προχωρήσει στη σύναψη της σύμβασης. γ) Η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την 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

## Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019

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. δ) Για το χρονικό διάστημα που δεν καλύπτεται από το «Μητρώο Παραβατών Εταιρειών Παροχής Υπηρεσιών Καθαρισμού ή/και Φύλαξης» οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης προσκομίζουν υποχρεωτικά ένορκη βεβαίωση του νομίμου εκπροσώπου αυτών ενώπιον συμβολαιογράφου, περί μη επιβολής σε βάρος τους πράξης επιβολής προστίμου για παραβιάσεις της εργατικής νομοθεσίας «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας».

18. Επειδή, στους όρους της οικείας διακήρυξης, η οποία θέτει το κανονιστικό πλαίσιο του υπόψη διαγωνισμού, προβλέπονται τα εξής : Στο άρθρο 1.4 αυτής ορίζεται ότι : «Η ανάθεση και εκτέλεση της σύμβασης διέπεται από την κείμενη νομοθεσία και κανονιστικό πλαίσιο, όπως ισχύουν και ιδίως : του ν. 4412/2016 (Α' 147) «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» {...}, του άρθρου 68 του Ν.3863/2010 «Νέο Ασφαλιστικό Σύστημα και συναφείς διατάξεις, ρυθμίσεις στις εργασιακές σχέσεις» (ΦΕΚ 115/Α/2010), όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 24 του Ν. 3996/2011 (ΦΕΚ 170/Α/2011) «Αναμόρφωση του Σώματος Επιθεωρητών Εργασίας, ρυθμίσεις θεμάτων Κοινωνικής Ασφάλισης και άλλες διατάξεις» και το άρθρο 22 του Ν.4144/2013 (ΦΕΚ 88/Α/2013) «Αντιμετώπιση της παραβατικότητας στην Κοινωνική Ασφάλιση και στην αγορά εργασίας». Περαιτέρω, στο άρθρο 2.2.3 της

## Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019

διακήρυξης με τίτλο : «Λόγοι αποκλεισμού» ορίζεται ότι : «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) προσφέρων οικονομικός φορέας, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (εάν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (εάν πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων) ένας ή περισσότεροι από τους ακόλουθους λόγους: 2. {...} 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. 3. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (α) εάν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016: «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. {...} (ζ) εάν

## Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019

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 3.2. της παρούσας. {...} (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. {...} 5. Προσφέρων οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 3 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. 6. Η απόφαση για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016». Στο άρθρο 2.2.8. της διακήρυξης με τίτλο : «Στήριξη στην ικανότητα τρίτων» ορίζεται ότι : «Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (του άρθρου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (του άρθρου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή,

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Όταν οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων». Περαιτέρω, στο άρθρο 2.2.9 της διακήρυξης με τίτλο : «Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής» ορίζεται στην παρ. 1 ότι : «1. Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών α) Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των άρθρων 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 ΙΙΙ, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 {...}. Ακολούθως, στο άρθρο 2.2.9. παρ. 2 της διακήρυξης με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα» ορίζεται ότι : «Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στα άρθρα 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολής 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. Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.8. της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται ο προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών, υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (άρθρα 2.2.4 - 2.2.7). Ο

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1, 2 και 3 του άρθρου 2.2.3» Τέλος, στην παρ. Β.1. του άρθρου 2.2.9.2. της διακήρυξης ορίζεται ότι : «Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3 οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς προσκομίζουν αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά: {...} δ) Για τις λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου 3 του άρθρου 2.2.3. (ήτοι α, γ, δ, ε, στ, ζ, η) υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος οικονομικού φορέα ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού του κράτους - μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας εγκατάστασής του ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι οριζόμενοι στην παράγραφο λόγοι αποκλεισμού. ε) για την παρ. 7 του άρθρου 2.2.3. υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος οικονομικού φορέα ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού του κράτους - μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας εγκατάστασής του ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος του απόφαση αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016. στ) για την παρ. 2 του άρθρου 2.2.3. 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» και στην παρ. Β.8. του άρθρου 2.2.9.2. της διακήρυξης ορίζεται ότι : «Β.8. Για τη συγκεκριμένη διαδικασία σύμβασης παροχής υπηρεσιών φύλαξης : α) η αναθέτουσα αρχή, αμέσως μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, υποβάλλει γραπτό αίτημα προς τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για τη χορήγηση πιστοποιητικού, από το οποίο να προκύπτουν όλες οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος εκάστου των υποψήφιων εργολάβων. Το πιστοποιητικό αποστέλλεται στην αναθέτουσα αρχή μέσα σε δεκαπέντε (15) ημέρες από την υποβολή του

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

αιτήματος. Σε περίπτωση άπρακτης παρέλευσης της προθεσμίας, η αναθέτουσα αρχή δικαιούται να προχωρήσει στη σύναψη της σύμβασης. β) για το χρονικό διάστημα που δεν καλύπτεται από το «Μητρώο Παραβατών Εταιρειών Παροχής Υπηρεσιών Φύλαξης» οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης προσκομίζουν υποχρεωτικά ένορκη βεβαίωση του νομίμου εκπροσώπου αυτών ενώπιον συμβολαιογράφου, περί μη επιβολής σε βάρος τους πράξης επιβολής προστίμου για παραβιάσεις της εργατικής νομοθεσίας «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας (περίπτωση (η) της παραγράφου 3 του άρθρου 2.2.3)».

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

20. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ C-496/1999, *CAS Succhi di Frutta SpA*, σκέψη 111 κλπ).

21. Επειδή, κατά την έννοια των διατάξεων του Ν. 4412/2016, όπως υιοθετούνται και από το κανονιστικό πλαίσιο της υπόψη Διακήρυξης, το δικαίωμα συμμετοχής των διαγωνιζομένων και οι επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενοι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, που προβλέπονται στα άρθρα 74 και 75, πρέπει να συντρέχουν, και ως εκ τούτου κρίνονται σωρευτικά, σε 3 χρονικά σημεία, ήτοι α) κατά την υποβολή της προσφοράς, β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης και γ) κατά τη σύναψη της σύμβασης. Ειδικά σε ότι αφορά στο στάδιο υποβολής της προσφοράς, έχει καθιερωθεί ο κανόνας της προκαταρκτικής απόδειξης περί μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού και περί πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που τίθενται με τους όρους της Διακήρυξης μέσω της συμπλήρωσης και υποβολής του ΕΕΕΣ, το οποίο συνιστά υπεύθυνη δήλωση που υποβάλλουν οι συμμετέχοντες ως δικαιολογητικό συμμετοχής κατά την υποβολή της προσφοράς τους, και στην οποία δηλώνουν ότι, αντιστοίχως προς τις απαιτήσεις της Διακήρυξης, δεν εμπίπτουν στις καταστάσεις εκείνες που συνιστούν λόγους αποκλεισμού, όπως και ότι πληρούν τα ανάλογα με τη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικής επιλογής, ως προκαταρκτική απόδειξη της προσωπικής τους κατάστασης, ώστε να θεμελιώσουν κατ' αρχήν το δικαίωμα συμμετοχής τους στο διαγωνισμό.

22. Επειδή, αναφορικά με την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 371/26.03.2019 Προδικαστική Προσφυγή της προσφεύγουσας [...] και δη ως προς τους προβαλλόμενους με αυτήν ισχυρισμούς περί μη υπαγωγής της προσφεύγουσας στον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.2. της διακήρυξης λόγω της μη τελεσίδικης και δεσμευτικής ισχύος των επιβαλλόμενων σε βάρος της κυρώσεων, σε κάθε δε περίπτωση λόγω της αμφισημίας των όρων της διακήρυξης ως προς τους λόγους αποκλεισμού, γίνονται δεκτά τα εξής : Με τον όρο 2.2.3.2 της διακήρυξης, ο οποίος ταυτίζεται ως προς το περιεχόμενό του

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

με την διάταξη του άρθρου 73 παρ. 2 περ. γ) του Ν. 4412/2016, προβλέπεται ο αποκλεισμός από τη διαγωνιστική διαδικασία των διαγωνιζομένων σε βάρος των οποίων έχουν επιβληθεί μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφορών τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας (εφεξής ΣΕΠΕ) για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας και οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, μόνον εφόσον οι εν λόγω κυρώσεις έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Ήτοι, για την θεμελίωση του επίμαχου λόγου αποκλεισμού σε βάρος του εκάστοτε διαγωνιζόμενου απαιτείται οι επιβληθείσες ως άνω κυρώσεις του ΣΕΠΕ να έχει αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Στην κριθείσα περίπτωση, η προσφεύγουσα, απαντώντας καταφατικά στο ερώτημα του Μέρους ΙΙΙ - πεδίο Γ του ΕΕΕΣ εάν έχει εν γνώσει της παραβιάσει τις υποχρεώσεις της στον τομέα του εργατικού δικαίου, δήλωσε ότι της έχουν επιβληθεί : α. η υπ' αριθμ 284515/1-11-2017 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της Χίου, για την οποία έχει καταθέσει στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Μυτιλήνης την ΠΡ 211/21-11-2017 εμπρόθεσμη προσφυγή, β. η υπ' αριθμ. 171060/24-5-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της Λάρισας, για την οποία έχει καταθέσει στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Λάρισας την ΠΡ 261/28-6-2017 εμπρόθεσμη προσφυγή, γ. η υπ' αριθμ. 347763/4-10-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας Δυτικού Τομέα Θεσσαλονίκης, για την οποία έχει καταθέσει στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Θεσσαλονίκης την ΠΡ 4214/19-11-2018 εμπρόθεσμη προσφυγή και δ. η υπ' αριθμ. 375762/23-10-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας Ανατολικού Τομέα Αθηνών, για την οποία έχει καταθέσει στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Αθηνών την ΠΡ10837/27-11-2018 εμπρόθεσμη προσφυγή, επισημαίνοντας, παρά ταύτα, ότι καμία από τις αναφερόμενες κυρώσεις δεν έχει καταστεί τελεσίδικη καθόσον εκκρεμεί η εκδίκαση των οικείων προσφυγών ενώπιον του εκάστοτε αρμόδιου δικαστηρίου. Υπό αυτές τις περιστάσεις και ενόσω οι επίμαχες κυρώσεις δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

δεσμευτική ισχύ συνάγεται το πρώτον ότι ουδόλως πληρούται σε βάρος της προσφεύγουσας ο λόγος αποκλεισμού που τίθεται με τον όρο 2.2.3.2. της διακήρυξης.

23. Επειδή, ωστόσο, σύμφωνα με το άρθρο 1.4 της διακήρυξης ρητά ορίζεται ότι η ανάθεση και εκτέλεση της σύμβασης διέπεται από την κείμενη νομοθεσία και το κανονιστικό πλαίσιο, όπως ισχύουν και αναφέρονται στο προοίμιό της, ήτοι, μεταξύ άλλων, διέπεται και από την διάταξη του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, η οποία κατόπιν της τελευταίας τροποποίησής της με το άρθρο 39 του Ν. 4488/2017, ορίζει ότι η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του ΣΕΠΕ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους. Από το περιεχόμενο της τελευταίας αυτής διάταξης προκύπτει εμφανώς ότι, σε αντίθεση με την όμοια περιεχομένου διάταξη του άρθρου 73 παρ. 2 περ. γ' του Ν. 4412/2016 και αντιστοίχως την διάταξη του άρθρου 2.2.3.2. περ. γ' της διακήρυξης, στην περίπτωση του άρθρου 68 παρ. 2 εδ. γ' του Ν. 3863/2010 η επιβολή των επίμαχων κυρώσεων αποσυνδέεται από την προϋπόθεση της τελεσίδικης και άρα δεσμευτικής ισχύος τους. Με άλλα λόγια, παρότι με τον όρο 2.2.3.2. της διακήρυξης, και αντιστοίχως με την διάταξη του άρθρου 73 παρ. 2 περ. γ' του Ν. 4412/2016, απαιτείται για τον αποκλεισμό του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα οι επίμαχες κυρώσεις του ΣΕΠΕ να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 68 παρ. 2 εδ. γ' του Ν. 3863/2010, ο οποίος ομοίως διέπει την οικεία διαγωνιστική διαδικασία, δεν απαιτείται για τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα οι εν λόγω όμοιες κυρώσεις να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Τούτων δοθέντων γίνεται δεκτό ότι η απόκλιση των ως άνω διατάξεων ως προς την απαίτηση της τελεσιδικίας ή μη των επίμαχων κυρώσεων του ΣΕΠΕ γεννά αμφισημία σε σχέση με την εφαρμογή του θεμελιούμενου επί αυτών λόγου

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

αποκλεισμού, η οποία ουδόλως δύναται να αποβεί σε βάρος της προσφεύγουσας, οδηγώντας άνευ ετέρου στον αποκλεισμό της. Ενόψει των ανωτέρω, και υπό το πρίσμα της εφαρμογής του όρου 2.2.3.2. της διακήρυξης σε συνδυασμό με την διάταξη του άρθρου 68 παρ. 2 εδ. γ) του Ν. 3863/2010, γίνεται δεκτό ότι εσφαλμένως η αναθέτουσα αρχή απέκλεισε την προσφεύγουσα λόγω υπαγωγής της στην περίπτωση 2.2.3.2. της διακήρυξης.

24. Επειδή, αναφορικά με τον αντιπαραβαλλόμενο επί του ως άνω πρώτου λόγου προσφυγής ισχυρισμό της παρεμβαίνουσας ότι ένεκα των επιβληθέντων προστίμων του ΣΕΠΕ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας η προσφεύγουσα εμπίπτει ούτως ή άλλως στον λόγο αποκλεισμού του όρου 2.2.3.3. της διακήρυξης, με τον οποίον απαιτείται η μη αθέτηση των υποχρεώσεων που απορρέουν από την διάταξη του άρθρου 18 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, γίνονται δεκτά τα εξής : Πράγματι, με τον όρο 2.2.3.3. α) της διακήρυξης προβλέπεται ότι : *«3. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις : (α) εάν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016 : «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».* Όμως, με το ως άνω περιεχόμενο ο όρος 2.2.3.3. α) της διακήρυξης έχει γενικότερο χαρακτήρα σε σχέση με την ειδικού περιεχομένου διάταξη του όρου 2.2.3.2, όπου προβλέπεται ότι αποκλείεται από την διαγωνιστική διαδικασία ο προσφέρων όταν : *«η αναθέτουσα αρχή γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε*

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

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». Επομένως, δεδομένου ότι αμφότεροι οι όροι απευθύνονται σε όλους τους δικαιούμενους συμμετοχής στον υπόψη διαγωνισμό οικονομικούς φορείς που δραστηριοποιούνται επαγγελματικά στην παροχή υπηρεσιών φύλαξης (όπως προβλέπεται με τον όρο 2.2.4. της διακήρυξης), η μεταξύ των επίμαχων όρων σχέση γενικού προς ειδικό έχει την έννοια ότι, πέραν των λοιπών παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας στις οποίες αναφέρεται ο λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3.3. α) της διακήρυξης, ειδικά για τα πρόστιμα του ΣΕΠΕ λόγω παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 ως υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας, στα οποία αναφέρεται ο λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3.2. της διακήρυξης, απαιτείται, κατά τον κρίσιμο χρόνο που ορίζει ο οικείος όρος, η επιβολή τριών (3) προστίμων που να προκύπτουν από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους και που να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Με άλλα λόγια, στην περίπτωση των προστίμων του ΣΕΠΕ, στα οποία αναφέρεται ο όρος 2.2.3.2. της διακήρυξης, προκύπτει ότι, ακόμα κι αν αυτά επιβάλλονται ένεκα παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας, θα πρέπει, για την θεμελίωση του λόγου αποκλεισμού του όρου 2.2.3.2, να πληρούνται τα αριθμητικά κριτήρια που θέτει ο οικείος όρος και να έχει επέλθει η τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύς τους, με συνέπεια, η επιβολή ενός μόνον τέτοιου προστίμου να μην αρκεί για τον αποκλεισμό του εκάστοτε οικονομικού φορέα. Παρόλα αυτά, δεδομένου ότι

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

οι λόγοι αποκλεισμού των όρων 2.2.3.2 και 2.2.3.3. α) συνυπάρχουν στην ίδια διακήρυξη και αλληλοκαλύπτονται κατά το μέρος που τα πρόστιμα του ΣΕΠΕ του όρου 2.2.3.2. επιβάλλονται λόγω παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας, εμπίπτοντας έτσι και στην περίπτωση του όρου 2.2.3.3. α), χωρίς όμως να αποσαφηνίζεται εκ της διατυπώσεως των ως άνω όρων η σχέση γενικού προς ειδικού που τους συνδέει, εύλογα ανακύπτει αμφισημία ως προς τις προϋποθέσεις που απαιτούνται για την υπαγωγή σε έκαστο λόγο αποκλεισμού, δοθέντος ότι για την υπαγωγή στον λόγο αποκλεισμού του όρου 2.2.3.2. απαιτείται η τελεσίδικη ισχύς των οικείων κυρώσεων ενώ για την υπαγωγή στον λόγο αποκλεισμού του όρου 2.2.3.3. α) δεν τίθεται τέτοια προϋπόθεση. Ενόψει των ανωτέρω, γίνεται δεκτό ότι η προσφεύγουσα δεν δύνατο να αποκλειστεί ούτε επί τη βάση του λόγου αποκλεισμού που θεμελιώνει ο όρος 2.2.3.3. α) της διακήρυξης, απορριπτόμενου ως αβάσιμου του σχετικού ισχυρισμού της παρεμβαίνουσας.

25. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, με τους όρους 2.2.3.5 και 2.2.3.6. της διακήρυξης προβλέπεται ότι στην περίπτωση που προσφέρων εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παρ. 2.2.3.2 και 2.2.3.3 δύναται να προσκομίσει στοιχεία που να αποδεικνύουν ότι έλαβε μέτρα αυτοκάθαρσης, τα οποία επαρκούν για την αξιοπιστία του, παρά την συνδρομή του εκάστοτε λόγου αποκλεισμού. Τα μέτρα αυτοκάθαρσης αξιολογούνται από την αναθέτουσα αρχή προκειμένου να αποφασίσει αιτιολογημένα για τον αποκλεισμό ή μη του προσφέροντα από τη διαγωνιστική διαδικασία, κατά τα οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 8-9 του Ν. 4412/2016. Επομένως, εκ των όρων της διακήρυξης και αντιστοίχως της ισχύουσας νομοθεσίας δεν θεμελιούται δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής να αποκλείσει αυτομάτως διαγωνιζόμενο που εμπίπτει σε κάποιον από τους λόγους αποκλεισμού των παρ. 2.2.3.2 ή/και 2.2.3.3. α), αλλά τυχόν αποκλεισμός του επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής και ακολούθως της αρμόδιας Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016, οι οποίες αξιολογούν την αξιοπιστία του προσφέροντα βάσει των μέτρων αυτοκάθαρσης που έλαβε έως τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του. Στην

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

κριθείσα περίπτωση, η προσφεύγουσα απάντησε στο ερώτημα του πεδίου Γ – Μέρος III της διακήρυξης εάν έχει λάβει μέτρα για την αξιοπιστία της (αυτοκάθαρση), 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. Παρόλα αυτά, από την συμπληρωματική αιτιολογία που απορρέει από τις απόψεις της προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι η προσφεύγουσα δεν προσκόμισε επαρκή στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι έλαβε μέτρα που να θεμελιώνουν την αξιοπιστία της και τέτοια επαρκή στοιχεία δεν συνιστούν οι εκκρεμότητες των ένδικων διαφορών που επικαλείται. Όμως, η αναθέτουσα αρχή, αναφερόμενη μόνον στις εκκρεμείς ενώπιον των αρμόδιων δικαστηρίων προσφυγές σε βάρος των επίμαχων προστίμων, ουδόλως προκύπτει ότι αξιολόγησε επαρκώς τα μέτρα αυτοκάθαρσης που δηλώνει ότι έλαβε η προσφεύγουσα, σε κάθε δε περίπτωση η κρίση της αναθέτουσας αρχής περί της μη αξιοπιστίας της προσφεύγουσας παρά την λήψη μέτρων αυτοκάθαρσης δεν είναι πλήρως και επαρκώς αιτιολογημένη. Ως εκ τούτου, ακόμα κι αν ήθελε θεωρηθεί ότι η προσφεύγουσα εμπίπτει σε έναν από τους λόγους αποκλεισμού των όρων 2.2.3.2. ή/και 2.2.3.3. α) της διακήρυξης, από την προσβαλλόμενη απόφαση, ως συμπληρώνεται με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, ουδόλως αποδεικνύεται ότι τα μέτρα που έλαβε για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της (μέτρα αυτοκάθαρσης) δεν επαρκούν προς τούτο, απορριπτόμενου ως αβάσιμου του σχετικού ισχυρισμού της αναθέτουσας αρχής.

26. Επειδή, ακόμα κι αν ήθελε θεωρηθεί ότι ένεκα της επιβολής των επίμαχων προστίμων η προσφεύγουσα εμπίπτει στον λόγο αποκλεισμού του όρου 2.2.3.3. η) λόγω τέλεσης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, όπως τούτο προβάλλεται με τον δεύτερο λόγο της με ΓΑΚ 371/26.03.2019 Προσφυγής, γίνονται δεκτά τα εξής : Όπως εκτέθηκε ανωτέρω, τόσο η αθέτηση των υποχρεώσεων του άρθρου 18 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 όσο και η επιβολή

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφοράς τριών (3) πράξεων επιβολής προστίμου του ΣΕΠΕ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους συνιστούν αυτοτελείς λόγους αποκλεισμού βάση των αντίστοιχων όρων 2.2.3.3. α) και 2.2.3.2. της διακήρυξης. Συνάμα δε, από την διάταξη του άρθρου 18 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, όπου 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)», προκύπτει ότι οι παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας και ειδικά για τους οικονομικούς φορείς που δραστηριοποιούνται στην παροχή υπηρεσιών φύλαξης, ιδίως η υπαγωγή σε μία από τις περιπτώσεις του άρθρου 68 παρ. 2 περίπτωση γ' δεύτερο εδάφιο του Ν. 3863/2010 (κήρυξη του προσφέροντα ως έκπτωτου , προσωρινή διακοπή λειτουργίας τμήματος/συνόλου της επιχείρησής του) στοιχειοθετούν ταυτόχρονα και σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Συνεπώς, ειδικά για τους οικονομικούς φορείς που δραστηριοποιούνται στην παροχή υπηρεσιών φύλαξης, η υπαγωγή σε μία από τις περιπτώσεις του άρθρου 68 παρ. 2 περίπτωση γ' δεύτερο εδάφιο του Ν. 3863/2010 θεμελιώνει μεν λόγο αποκλεισμού δυνάμει του όρου 2.2.3.2. της διακήρυξης, ο οποίος εν μέρει συμπίπτει με τον όρο 2.2.3.3. α) της διακήρυξης λαμβανομένων όμως υπόψη και των αναφερόμενων στη σκέψη 24 της παρούσας ως προς την μεταξύ αυτών σύγκυση περιεχομένου και διάσταση προϋποθέσεων, ταυτόχρονα δε θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού δυνάμει του όρου 2.2.3.3. η) της διακήρυξης ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, όπου αποσυνδέεται από την προϋπόθεση της τελεσιδικίας. Ήτοι, οι ίδιες παραβατικές συμπεριφορές θεμελιώνουν περισσότερους λόγους αποκλεισμού, οι οποίοι εφαρμόζονται υπό διαφορετικές κατά την διακήρυξη και την οικεία νομοθεσία

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

προϋποθέσεις, με συνέπεια να εγείρεται και στην περίπτωση αυτή αμφισημία μεταξύ των ισχυόντων λόγων αποκλεισμού. Μάλιστα, η αμφισημία αυτή επιρρωνύεται από το γεγονός ότι κατά την διατύπωση του άρθρου 18 παρ. 5 εδ. β' ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται ιδίως τα προβλεπόμενα στο δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, με συνέπεια να μην αποκλείεται και έτερες παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, για παράδειγμα οι προβλεπόμενες στο πρώτο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 παραβάσεις, όπως τίθενται στην κριθείσα περίπτωση, να συνιστούν εξίσου επαγγελματικό παράπτωμα. Μάλιστα, στην κριθείσα περίπτωση τα παραπάνω επιβεβαιώνονται από το γεγονός ότι παρότι η προσφεύγουσα απάντησε καταφατικά στο ερώτημα του πεδίου Γ – Μέρος ΙΙΙ του ΕΕΕΣ εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, στο αμέσως επόμενο πεδίο, όπου καλείται να περιγράψει το επαγγελματικό παράπτωμα, επαναλαμβάνει όσα έχει ήδη αναφέρει σε απάντηση του ερωτήματος εάν έχει παραβιάσει τις υποχρεώσεις της στον τομέα του εργατικού δικαίου, ήτοι τα σχετικά με την επιβολή των επίμαχων προστίμων. Υπό αυτές τις περιστάσεις και δεδομένης της αμφισημίας των επίμαχων όρων της διακήρυξης, ουδόλως θα μπορούσε να θεμελιωθεί βάσιμα ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας ένεκα σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, γενομένου δεκτού του δεύτερου λόγου προσφυγής.

27. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, τα αναλυτικώς εκτεθέντα στις σκέψεις 23, 24 και 26 της παρούσας αναδεικνύουν την αδυναμία σαφούς απεικόνισης και εφαρμογής των τιθέμενων λόγων αποκλεισμού όπως και την περαιτέρω αδυναμία επαρκούς κατανόησης αυτών και ακολούθως συμπλήρωσης των πεδίων του ΕΕΕΣ. Υπό το δεδομένο αυτό, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, κατ'εφαρμογή του άρθρου 102 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, να ζητήσει από την προσφεύγουσα να παρέχει περαιτέρω διευκρινίσεις ως προς τις θετικές απαντήσεις που έδωσε στα ερωτήματα του πεδίου Γ – Μέρος ΙΙΙ σχετικά με την τήρηση των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου και την τέλεση επαγγελματικού παραπτώματος, αναφερόμενη όμως μόνον στην

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

επιβολή μη τελεσίδικων πράξεων επιβολής προστίμων του ΣΕΠΕ, γενομένου δεκτού του οικείου λόγου προσφυγής.

28. Επειδή, αναφορικά με την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 389/29.03.2019 Προδικαστική Προσφυγή της προσφεύγουσας [...] και δη ως προς τους προβαλλόμενους με αυτήν ισχυρισμούς περί μη υπαγωγής της τρίτης δανείζουσας την εμπειρία της εταιρίας [...] στον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.2. της διακήρυξης λόγω της μη πλήρωσης των προϋποθέσεων της και της μη τελεσίδικης και δεσμευτικής ισχύος των επιβαλλόμενων σε βάρος της κυρώσεων, σε κάθε δε περίπτωση λόγω της αμφισημίας των όρων της διακήρυξης που θεμελιώνουν τους επίμαχους λόγους αποκλεισμού, γίνονται δεκτά τα εξής : Όπως αναλυτικά εκτίθεται στη σκέψη 22 της παρούσας, για την θεμελίωση του λόγου αποκλεισμού του όρου 2.2.3.2. της διακήρυξης σε βάρος του εκάστοτε διαγωνιζόμενου απαιτείται να έχουν επιβληθεί, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφορών, είτε τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του ΣΕΠΕ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται ως υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας, οι οποίες να προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, είτε δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του ΣΕΠΕ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους, οι οποίες κυρώσεις θα πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Στην κριθείσα περίπτωση, στο ΕΕΕΣ που συμπλήρωσε η τρίτη δανείζουσα την εμπειρία της εταιρία [...] απάντησε αρνητικά στο ερώτημα του Μέρους III – πεδίο Γ της διακήρυξης εάν έχει εν γνώσει της παραβιάσει τις υποχρεώσεις της 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. Όπως δε προκύπτει από τα αναφερόμενα στην Προσφυγή της σχετικά με τις επιβληθείσες σε βάρος της κυρώσεις, πέραν της υπ' αριθ. πρωτ. 170925/26.05.2017 πράξης επιβολής προστίμου (τροποποίηση ωραρίου

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

εργασίας εργαζομένου), της υπ'αριθ. πρωτ. 279666/30.10.2017 πράξης επιβολής προστίμου (συμπληρωματικοί ωραρίου) και της υπ'αριθ. 284871/14.08.2018 πράξης επιβολής προστίμου (αδήλωτη εργασία εργαζομένου), οι οποίες προέκυψαν από διαφορετικούς ελέγχους και επιβλήθηκαν κατά την κρίσιμη διετία πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών (ήτοι πριν την 10.12.2018), οι λοιπές πράξεις επιβολής προστίμων που αναφέρονται στο έγγραφο του ΣΕΠΕ, ήτοι οι υπ'αριθ. πρωτ. 472293/20.12.2018, 472304/20.12.2018, 31303/24.01.2019 και 18697/16.01.2019 πράξεις επιβολής προστίμων δεν επιβλήθηκαν αλλά ούτε και κοινοποιήθηκαν στην τρίτη δανείζουσα την εμπειρία εταιρία εντός της κρίσιμης κατά την διακήρυξη διετίας πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών (ήτοι έως την 10.12.2018), πολλώ δε μάλλον, καμία από τις αναφερόμενες πράξεις επιβολής προστίμων δεν είχε καταστεί τελεσίδικη και δεσμευτική καθότι για καθεμία από αυτές εκκρεμεί η εκδίκαση της αντιστοίχως ασκηθείσας ενώπιον του αρμόδιου δικαστηρίου προσφυγής. Ενόψει των ανωτέρω συνάγεται ότι στο πρόσωπο της τρίτης εταιρίας [...] δεν πληρούται ο λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3.2. α) της διακήρυξης, εσφαλμένως δε η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι η τρίτη εταιρία [...] εμπίπτει στον λόγο αποκλεισμού του όρου 2.2.3.2. λόγω της επιβολής τριών (3) πράξεων προστίμων πολύ υψηλής σοβαρότητας και δύο (2) πράξεων προστίμων υψηλής σοβαρότητας για το διάστημα από 26.05.2017 έως 14.08.2018, ήτοι λαμβάνοντας υπόψη το χρόνο διενέργειας των ελέγχων και όχι τον κρίσιμο κατά τον επίμαχο όρο χρόνο επιβολής των προστίμων. Σε κάθε δε περίπτωση, σύμφωνα με όσα αναλυτικά εκτίθενται και γίνονται δεκτά στη σκέψη 23 της παρούσας, ενόψει και της αμφισημίας που προκύπτει από την εφαρμογή του όρου 2.2.3.2. της διακήρυξης σε συνδυασμό με την ισχύουσα εξίσου διάταξη του άρθρου 68 παρ. 2 εδ. γ) του Ν. 3863/2010, δεν δύναται να θεμελιωθεί νομίμως ο αποκλεισμός της τρίτης εταιρίας [...] ένεκα του λόγου τούτου, γενομένου δεκτού του οικείου λόγου προσφυγής. Άλλωστε, ως αβάσιμος απορρίπτεται ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι με τον όρο 2.2.3.2. της διακήρυξης απαιτείται η τελεσιδικία των επιβληθεισών κυρώσεων από το ΣΕΠΕ,

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

ήτοι ότι για την τελεσιδικία αρκεί η επιβολή της κύρωσης από τον ΣΕΠΕ, με συνέπεια να μην τίθεται ζήτημα αμφισημίας μεταξύ των οικείων διατάξεων. Και τούτο διότι, ως επιτάσσουν οι κανόνες της διοικητικής δικονομίας, εφόσον οι πράξεις επιβολής προστίμων του ΣΕΠΕ, ως εκτελεστές διοικητικές πράξεις δύναται να προσβάλλονται με το ένδικο βοήθημα της προσφυγής ενώπιον του εκάστοτε αρμόδιου διοικητικού δικαστηρίου, ουδόλως επέρχεται η τελεσιδικία αυτών πριν την εκδίκαση των οικείων προσφυγών και την έκδοση των αντίστοιχων δικαστικών αποφάσεων.

29. Επειδή, αναφορικά με τον ισχυρισμό της παρεμβαίνουσας ότι ένεκα των επιβληθέντων προστίμων του ΣΕΠΕ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας η τρίτη εταιρία [...] εμπίπτει ούτως ή άλλως στον λόγο αποκλεισμού του όρου 2.2.3.3. α) της διακήρυξης, με τον οποίο απαιτείται η μη αθέτηση των υποχρεώσεων που απορρέουν από την διάταξη του άρθρου 18 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, γίνονται δεκτά τα αναλυτικώς εκτεθέντα στην σκέψη 24 της παρούσας, απορριπτόμενου ως εκ τούτου του οικείου ισχυρισμού της παρεμβαίνουσας. Ομοίως ως αβάσιμος απορρίπτεται και ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι μόνον η άσκηση προσφυγών κατά των ανωτέρω πράξεων επιβολής προστίμων δεν αποδεικνύει την λήψη από την τρίτη εταιρία [...] μέτρων για την αυτοκάθαρση και την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της. Και τούτο διότι για την εφαρμογή των όρων 2.2.3.5 και 2.2.3.6. της διακήρυξης σχετικά με την εκτίμηση των μέτρων αυτοκάθαρσης που έλαβε ο εκάστοτε διαγωνιζόμενος για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του απαραίτητη προϋπόθεση είναι κατ'αρχήν ο διαγωνιζόμενος να εμπίπτει σε έναν από τους προβλεπόμενους με τους όρους 2.2.3.2 ή/και 2.2.3.3. της διακήρυξης λόγους αποκλεισμού, προϋπόθεση η οποία δεν συντρέχει εν προκειμένω.

30. Επειδή, αναφορικά με την συμπληρωματική αιτιολογία που προβάλλει η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ότι η τρίτη εταιρία [...], δηλώνοντας στο ΕΕΕΣ της προσφοράς της ότι δεν έχει παραβιάσει την εργατική νομοθεσία και δεν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, παραβιάζει τον όρο του άρθρου 2.2.3.3. ζ) της διακήρυξης περί ενοχής για

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

σοβαρή ψευδή δήλωση, γίνονται δεκτά τα εξής : Κατ'αρχήν, ως γίνεται δεκτό στην σκέψη 26 της παρούσας, ένεκα της υφιστάμενης αμφισημίας των όρων της διακήρυξης αναφορικά με τις προϋποθέσεις για την υπαγωγή στον λόγο αποκλεισμού του όρου 2.2.3.3. θ) και στους λόγους αποκλεισμού των όρων 2.2.3.3. α) και 2.2.3.2 της διακήρυξης, δεν δύναται στην κριθείσα περίπτωση να αποκλεισθεί η τρίτη δανείζουσα την εμπειρία της εταιρία λόγω σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, πολλώ δε μάλλον, όταν κατά τα κριθέντα στην σκέψη 28 της παρούσας, δεν εμπίπτει στον λόγο αποκλεισμού του όρου 2.2.3.2.. Σε κάθε περίπτωση, οι πράξεις επιβολής προστίμων του ΣΕΠΕ απορρέουν από παραβάσεις υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου, και όχι από παραβάσεις άλλες πλην αυτών του εργατικού δικαίου. Έτι περαιτέρω, ουδόλως προκύπτει ότι η όποια παράβαση στον τομέα του εργατικού δικαίου άπαξ και διαπιστωθεί από το ΣΕΠΕ απαιτείται να τελεσιδικήσει προκειμένου να θεωρείται βασίμως ότι υφίσταται στον νομικό κόσμο ως παράβαση ή προκειμένου να δηλωθεί στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ, πολλώ δε μάλλον ουδόλως προκύπτει ότι για να δηλωθεί στο ΕΕΕΣ ως παράβαση θα πρέπει να πληρούνται οι προϋποθέσεις του όρου 2.2.3.2 της διακήρυξης (αντιστοίχως δε της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 2 γ) του Ν. 4412/2016). Επομένως, για να επιβληθεί μια πράξη επιβολής προστίμου από το ΣΕΠΕ απαιτείται διαπίστωση παράβασης υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου ανεξαρτήτως της απαιτήσεως περί τελεσιδικίας και δεσμευτικής ισχύος. Παρόλα αυτά, ως έχει κριθεί στις σκέψεις 24 και 26 της παρούσας, εκ των όρων της διακήρυξης προκύπτει αμφισημία σχετικά με τις προϋποθέσεις για την υπαγωγή στους λόγους αποκλεισμού των όρων 2.2.3.2., 2.2.3.3.α) και 2.2.3.3.θ) της διακήρυξης, εξ'αιτίας της οποίας δύναται να θεωρηθεί ότι η τρίτη εταιρία [...] εύλογα είχε την πεποίθηση ότι δεν εμπίπτει στον εκάστοτε λόγο αποκλεισμού και για αυτό δεν δήλωσε στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ ότι έχει παραβιάσει τις υποχρεώσεις της στον τομέα του εργατικού δικαίου ή/και ότι έχει τελέσει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Το γεγονός αυτό σε συνδυασμό με το ότι κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.9.2. παρ. Β.8. της διακήρυξης ήδη προβλέπεται ότι μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής

## Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019

προσφορών η αναθέτουσα αρχή θα ζητήσει από το ΣΕΠΕ την χορήγηση πιστοποιητικού με όλες τις πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος εκάστου υποψηφίου, αποδεικνύουν ότι η τρίτη εταιρία αφενός μεν γνώριζε ότι τυχόν σε βάρος της πρόστιμα θα γνωστοποιηθούν άμεσα στην αναθέτουσα αρχή, αφετέρου δε ότι ένεκα και της αμφισημίας των επίμαχων όρων δεν ενήργησε με δόλο ή βαριά αμέλεια για την παράλειψη συμπλήρωσης των οικείων πεδίων (C-387/14, Esaprojekt sp. z.o.o., σκέψη 78), με συνέπεια να μην εμπίπτει στον λόγο αποκλεισμού του όρου 2.2.3.3. ζ) της διακήρυξης, απορριπτόμενου ως αβάσιμου του οικείου ισχυρισμού της αναθέτουσας αρχής.

31. Επειδή, αναφορικά με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι, ακόμα κι αν γίνει δεκτό ότι η τρίτη δανείζουσα την εμπειρία της εταιρία [...] εμπίπτει στον λόγο αποκλεισμού του όρου 2.2.3.2. της διακήρυξης (άρθρο 73 παρ. 2 γ) του Ν. 4412/2016), η αναθέτουσα αρχή εσφαλμένως απέκλεισε την προσφεύγουσα διότι θα έπρεπε κατά δέσμια αρμοδιότητα να ζητήσει από αυτήν την αντικατάσταση της τρίτης δανείζουσας την εμπειρία της εταιρίας, γίνονται δεκτά τα εξής : Με την διάταξη του άρθρου 78 παρ. 1 εδ. 4 του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι : *«Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74»*. Η εν λόγω διάταξη νόμου αποτυπώνεται στην παράγραφο 2.2.9.2. της διακήρυξης όπου προβλέπεται ότι : *«Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.8. της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται ο προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών, υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που*

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (άρθρα 2.2.4 - 2.2.7). Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1, 2 και 3 του άρθρου 2.2.3». Εκ των ανωτέρω διατάξεων συνάγεται ότι για την νομιμότητα της προσφοράς του προσφέροντα, ο τρίτος οικονομικός φορέας στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο προσφέρων πρέπει να αποδεικνύει ότι δεν εμπίπτει στους τιθέμενους με την διακήρυξη λόγους αποκλεισμού όπως και ότι πληροί τα ζητούμενα κατά την διακήρυξη κριτήρια ποιοτικής επιλογής, σε περίπτωση δε που η αναθέτουσα αρχή διαπιστώνει ότι σε βάρος του τρίτου οικονομικού φορέα συντρέχει οιοσδήποτε εκ των αναφερόμενων στους όρους 2.2.3.1., 2.2.3.2. και 2.2.3.3. της διακήρυξης λόγος αποκλεισμού οφείλει να ζητήσει από τον προσφέροντα την αντικατάσταση του τρίτου φορέα, ο δε προσφέρων υποχρεούται προς τούτο. Συνεπώς, λαμβανομένου υπόψη ότι κατά την διάταξη του άρθρου 104 παρ. 1 εδ. α' του Ν. 4412/2016, όπως αντιστοίχως προβλέπεται και στον όρο 2.2.9.2. Α. εδάφιο α' της διακήρυξης, το δικαίωμα, οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής του προσφέροντα κρίνονται το πρώτον κατά την υποβολή της προσφοράς του, στην κριθείσα περίπτωση γίνεται δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή, αφ'ης έκρινε δια της προσβαλλόμενης ότι η τρίτη εταιρία [...] εμπίπτει στον λόγο αποκλεισμού του όρου 2.2.3.2 της διακήρυξης, ο οποίος αντιστοιχεί προς τον όρο 73 παρ. 2 γ) του Ν. 4412/2016, όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα, να ζητήσει από την προσφεύγουσα την αντικατάσταση αυτής, και όχι να προβεί πάραυτα στον αποκλεισμό της προσφεύγουσας. Ήτοι, ακόμα και στην υποθετική περίπτωση που στοιχειοθετείτο ο λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3.2. της διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα να ζητήσει την αντικατάσταση της τρίτης εταιρίας [...], αβάσιμα δε προβάλλεται από την παρεμβαίνουσα ότι η αναθέτουσα αρχή είχε διακριτική ευχέρεια προς τούτο, καθόσον ο λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3.2 που απορρέει από την προσβαλλόμενη ταυτίζεται με την περίπτωση γ) της παραγράφου 2 του άρθρου

## **Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

73 του Ν. 4412/2016 και συνεπώς κατά την διάταξη του άρθρου 78, η αναθέτουσα αρχή έχει δέσμια αρμοδιότητα να αντικαταστήσει τον τρίτο φορέα που εμπίπτει σε αυτόν τον λόγο αποκλεισμού. Σε κάθε δε περίπτωση, δεδομένης της κριθείσας κατά τα ανωτέρω ασάφειας μεταξύ των επίμαχων λόγων αποκλεισμού (2.2.3.2., 2.2.3.3.α. και 2.2.3.3.η.), ουδόλως στοιχειοθετείται νόμιμα η υπαγωγή της τρίτης εταιρίας [...] σε οιονδήποτε εκ των λόγων αυτών, με συνέπεια αβάσιμα να προβάλλονται από την παρεμβαίνουσα τα περί διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής να αντικαταστήσει την τρίτη εταιρία λόγω συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 (οι οποίοι αντιστοιχούν εν μέρει στους λόγους αποκλεισμού των όρων 2.2.3.3.α και 2.2.3.3. η της διακήρυξης).

32. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, γίνονται δεκτές ως νόμω και ουσία βάσιμες αμφότερες οι εξετασθείσες Προδικαστικές Προσφυγές ενώ απορρίπτονται ως αβάσιμες οι ασκηθείσες αντιστοίχως Παρεμβάσεις.

33. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, αναφορικά με την με ΓΑΚ 371/26.03.2019 Προσφυγή επιστρέφεται στην προσφεύγουσα [...] το παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 266197772959 0521 0093) ποσού 2.178,00 ευρώ ενώ αναφορικά με την με ΓΑΚ 389/29.03.2019 Προσφυγή επιστρέφεται στην προσφεύγουσα [...] το παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 267079556959 0527 0007) ποσού 2.180,00 ευρώ.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την με ΓΑΚ 371/26.03.2019 Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την με ΓΑΚ 389/29.03.2019 Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση της Συνεδρίασης της Συγκλήτου της [...] της 12.03.2019 (4ο Θέμα) κατά το μέρος που, κατ' αποδοχή του 1ου Πρακτικού Ελέγχου Δικαιολογητικών Συμμετοχής, αποφασίστηκε ο αποκλεισμός των προσφορών της [...] και της [...].

**Αριθμός απόφασης: 501,502 /2019**

Απορρίπτει την ασηκθείσα επί της με ΓΑΚ 371/26.03.2019  
Προσφυγής Παρέμβαση.

Απορρίπτει την ασηκθείσα επί της με ΓΑΚ 389/29.03.2019  
Προσφυγής Παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα [...] του παραβόλου  
ποσού 2.178,00 ευρώ.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα [...] του παραβόλου  
ποσού 2.180,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 02 Μαΐου 2019, και  
εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 09 Μαΐου 2019.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Σταυρούλα Κουρή**

**Αικατερίνη Ζέρβα**