

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

**8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 11 Νοεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση:  
Ιωάννης Κίτσος Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής, Ιωάννα Θεμελή, μέλη.

Για να εξετάσει την από 10.10.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1232/10.10.2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», η οποία εδρεύει στην ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...», η οποία εδρεύει στη Μεταμόρφωση Αττικής, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «... ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟΥ», (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. συν. .../26-9-2019/θέμα11 απόφαση της Συγκλήτου της αναθέτουσας αρχής, με την οποία, ύστερα από έγκριση των 1/09-08-2019 και 2/13-09-2019 πρακτικών αποσφράγισης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής/τεχνικών προσφορών για τον διαγωνισμό παροχής υπηρεσιών φύλαξης των κτιρίων της, αποφασίστηκε η απόρριψη της συμμετοχής της προσφεύγουσας από την περαιτέρω διαγωνιστική και αναδείχθηκε μειοδότη η παρεμβαίνουσα

Με την Παρεμβάση της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής και την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 1.613,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...).

2. Επειδή, με την με αριθμό .../2019 Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, προκηρύχθηκε ανοικτός δημόσιος ηλεκτρονικός διαγωνισμός με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου που θα αναλάβει την παροχή υπηρεσιών Ασφάλειας - Φύλαξης των κτιρίων του ... Πανεπιστημίου με διάρκεια σύμβασης 20 μηνών, συνολικού προϋπολογισμού 322.580,65 € πλέον ΦΠΑ (διακήρυξη .../5-07-2019). Ο διαγωνισμός αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. όπου έλαβε συστημικό αριθμό ... .

3. Επειδή, με την υπ' αριθμ. συν. .../26-9-2019/Θέμα 11<sup>ο</sup> Απόφαση της Συγκλήτου της αναθέτουσας αρχής, ύστερα από έγκριση των .../09-08-2019 και .../13-09-2019 πρακτικών αποσφράγισης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής/τεχνικών προσφορών, αποφασίστηκε η απόρριψη της συμμετοχής της προσφεύγουσας από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία με την αιτιολογία ότι: «2. Σύμφωνα με το υπ' αριθμ. Πρωτ .../03.09.2019 έγγραφο του ΣΕΠΕ, έχουν επιβληθεί σε βάρος της, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο(2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς τρεις πράξεις (3) 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» και «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους.». Επίσης με την ίδια απόφαση αναδείχθηκε μειοδότη η παρεμβαίνουσα.

4. Επειδή, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή, έχει ασκηθεί: α) εμπρόθεσμα, δοθέντος ότι η προσφεύγουσα, έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής στις 04.10.2019 και κατέθεσε την υπό κρίση προσφυγή στις 10.10.2019, β) με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

5. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, κοινοποίησε στις 11.10.2019 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις με αριθμό πρωτοκόλλου .../2019 έγγραφες απόψεις της σχετικά με αυτή,

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

ζητώντας την απόρριψή της.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η συμμετέχουσα εταιρεία με την επωνυμία «...», αφού η εν λόγω προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην Παρεμβαίνουσα μέσω του δικτυακού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 11.10.2019, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης, και η εν λόγω Παρέμβαση ασκήθηκε την 21.10.2019, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος.

7. Επειδή, το άρθρο 1.4 (σελ. 6 της Διακήρυξης) ορίζει ότι *«των σε εκτέλεση των ανωτέρω νόμων εκδοθεισών κανονιστικών πράξεων, των λοιπών διατάξεων που αναφέρονται ρητά ή απορρέουν από τα οριζόμενα στα συμβατικά τεύχη της παρούσας, καθώς και του συνόλου των διατάξεων του ασφαλιστικού, εργατικού, κοινωνικού, περιβαλλοντικού και φορολογικού δικαίου που διέπει την ανάθεση και εκτέλεση της παρούσας σύμβασης, έστω και αν δεν αναφέρονται ρητά παραπάνω.»*. Περαιτέρω το άρθρο 2.4.4. (σελ. 22 της Διακήρυξης) ορίζει ότι *«Απαράβατος όρος με ποινή αποκλεισμού, είναι η Οικονομική προσφορά να περιλαμβάνει βάσει του ν.3863/2010, άρθρο 68 («Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών») όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με το άρθρο 22 του ν. 4144/13 (ΦΕΚ 88/τ.Α/18-4-2013), σε χωριστό κεφάλαιο της οικονομικής προσφοράς τα κάτωθι στοιχεία»*.

8. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), 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 अपαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

9. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται επί λέξει ότι «*Ι. Στην παρ. 2.2.3 «Λόγοι αποκλεισμού» της διακήρυξης (σελ. 10επ.) 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..».* Στην παρ. 2.2.3.2. της διακήρυξης ορίζεται ότι: «*...γ) η Αναθέτουσα Αρχή γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ».*

Επίσης στην παρ. 2.2.3.4. της διακήρυξης (σελ. 13) ορίζεται ότι: «*Ο προσφέρων αποκλείεται σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης της παρούσας σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεων του, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μια από τις ως άνω περιπτώσεις».*

Στις παρ. 2.2.3.5. και 2.2.3.6. της διακήρυξης (σελ. 13) ορίζεται ότι: «*Προσφέρων οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1, 2.2.3.2.γ και 2.2.3.3 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός*

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

λόγος αποκλεισμού (αυτοκάθαρση). Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, με τελεσίδικη απόφαση, σε εθνικό επίπεδο, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της ανωτέρω δυνατότητας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση». 2.2.3.6. «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».

Στη σελ. 7-8 του ΕΕΕΣ που συμπλήρωσε η εταιρία μας κλήθηκε να απαντήσει στο ακόλουθο ερώτημα «Ο οικονομικός φορέας έχει, εν γνώσει του, παραβιάσει τις υποχρεώσεις του στον τομέα του εργατικού δικαίου;» Η εταιρία μας έδωσε την απάντηση «ΝΑΙ» αναφέροντας τα κάτωθι: «Στην εταιρία μας επιβλήθηκαν οι εξής πράξεις επιβολής προστίμων (οι οποίες δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ): α. Η υπ' αριθμ .../1-11- 2017 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η .../21-11-2017 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 1). β Η υπ' αριθμ. .../24-5-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η .../28-6-2017 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 2). γ. Η υπ' αριθμ. .../4-10-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η .../19-11-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 3). δ. Η υπ' αριθμ. .../23-10-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η .../27-11-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 4). ε. Η υπ' αριθμ. .../05-12-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η .../11-12-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 5). στ. Η υπ' αριθμ. .../29-11-2018 πράξη επιβολής προστίμου από

**Αριθμός απόφασης: 1337/2019**

την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η .../12-12-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 6). Επειδή η εταιρία μας δεν έχει παραβιάσει εν γνώσει της, τις υποχρεώσεις της, στον τομέα του εργατικού δικαίου και επειδή αμφισβητεί ότι οι συγκεκριμένες αποφάσεις αποτελούν εργατική παράβαση, τις έχει προσβάλει με προσφυγές. Επομένως η εταιρία δεν εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού σύμφωνα με το Ν4412/2016 άρθρο 73 παρ.2 περίπτωση γ, η οποία προστέθηκε με το άρθρο 39 του Ν4488/2017 διότι οι ανωτέρω πράξεις δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.3.2 της διακήρυξης.» Επίσης, στο ερώτημα της σελ. 10 του ΕΕΕΣ «Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα;», η εταιρία μας απάντησε «ΝΑΙ», επισημαίνοντας τα παρακάτω: «Στην εταιρία μας επιβλήθηκαν οι εξής πράξεις επιβολής προστίμων (οι οποίες δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ): α. Η υπ' αριθμ .../1-11-2017 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η .../21-11-2017 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 1). β Η υπ' αριθμ. .../24-5-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η .../28-6-2017 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 2). γ. Η υπ' αριθμ. .../4-10-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ΠΡ .../19-11-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 3). δ. Η υπ' αριθμ. .../23-10-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η .../27-11-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 4). ε. Η υπ' αριθμ. .../05-12-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Αθηνών η .../11-12-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 5). στ. Η υπ' αριθμ. .../29-11-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η .../12-12-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 6). Επειδή η εταιρία μας δεν έχει παραβιάσει εν γνώσει της, τις υποχρεώσεις της, στον τομέα του εργατικού δικαίου και επειδή αμφισβητεί ότι οι συγκεκριμένες αποφάσεις αποτελούν εργατική παράβαση, τις έχει προσβάλει με

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

προσφυγές. Επομένως η εταιρία δεν εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού σύμφωνα με το Ν4412/2016 άρθρο 73 παρ. 2 περίπτωση γ, η οποία προστέθηκε με το άρθρο 39 του Ν4488/2017 διότι οι ανωτέρω πράξεις δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.3.2 της διακήρυξης.». Ακολουθώντας, στο ερώτημα της σελ. 11 του ΕΕΕΣ «σε περίπτωση καταδίκης, ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη σχετικού λόγου αποκλεισμού ("αυτοκάθαρση")»; Η εταιρία μας έδωσε την απάντηση «ΝΑΙ» αναφέροντας τα κάτωθι: «Όπως προκύπτει από το σώμα των συνημμένων προσφυγών σε όλες τις περιπτώσεις η εταιρία μας διαφωνεί με την επιβολή των προστίμων και εκτιμάται ότι πολύ πιθανή η ευδοκίμηση των προσφυγών μας στα διοικητικά δικαστήρια. Σε κάθε περίπτωση οι καταλογιζόμενες παραβάσεις αφορούν μεμονωμένο αριθμό περιπτώσεων από τους 350 που απασχολεί κατά μέσο όρο η εταιρία μας, και οι παραβάσεις οφείλονται πάντοτε σε σφάλματα εκ παραδρομής λόγω συνεννοήσεων των εργαζομένων για αλλαγή βάρδιας χωρίς να ενημερωθεί πρώτα το λογιστήριο της εταιρίας και επ' ουδενί δεν οφείλονται σε πρόθεση της εταιρίας μας. Η εταιρία μας επισημαίνει ότι έχει λάβει όλα τα απαραίτητα μέτρα ώστε με βάση τον αριθμό του προσωπικού της να είναι απολύτως συμμορφούμενη με τις υποδείξεις της εργατικής νομοθεσίας, τηρώντας εγκαίρως όλες τις υποχρεώσεις της και έχοντας καθιερώσει στενή συνεργασία σε 24ωρη βάση με σύστημα ενδοεπικοινωνίας εκπροσώπου εταιρίας, λογιστηρίου, λογιστή, επόπτη έργου και εργαζομένων ώστε να αποφεύγεται κάθε σφάλμα ή αβλεψία. Σημειώνεται ότι ο λογιστής της εταιρίας μας καθώς και εξειδικευμένο γραφείο λογιστικής και νομικής υποστήριξης με το οποίο συνεργαζόμαστε είναι σε ετοιμότητα σε 24ώρη βάση ώστε να προλαμβάνουν κάθε αβλεψία και κάθε αιφνίδια αλλαγή προγράμματος ή αναγκών σε όλα τα έργα ανά την Επικράτεια τα οποία εκτελούμε. Επιπλέον, η εταιρία μας έχει αναπτύξει σύστημα εποπτείας των έργων με αυξημένο διοικητικό προσωπικό ώστε όλες οι μεταβολές προγραμμάτων να επισημαίνονται άμεσα και δια τηλεφώνου ώστε να γίνουν εγκαίρως όλες οι σχετικές τροποποιήσεις. Έτσι, έχει ήδη επιτευχθεί να μην επιβληθούν περισσότερα πρόστιμα της εργατικής νομοθεσίας στην εταιρία μας (πλην των ανωτέρω αναφερόμενων) παρά το ότι διατηρεί μεγάλο αριθμό προσωπικού σε πληθώρα έργων ανά την Ελλάδα. Τα συγκεκριμένα πρόστιμα είναι απολύτως μεμονωμένα και δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, εφόσον έχουμε ασκήσει για όλα διοικητικές

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

προσφυγές και ως μεμονωμένα τα πρόστιμα αυτά σε συνδυασμό με τον αριθμό του προσωπικού μας δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει τελεστεί σοβαρό παράπτωμα, ενώ σε καμία περίπτωση αυτά δεν δημιουργούν καμία αμφιβολία για την αξιοπιστία για την φερεγγυότητα της εταιρίας μας, η οποία είναι απολύτως εντάξει στην εξόφληση εργοδοτικών και ασφαλιστικών εισφορών. Επίσης, κάθε μήνα διενεργείται έλεγχος για την διαπίστωση τυχόν παραλείψεων από εξειδικευμένο κλιμάκιο της εταιρίας μας ώστε να αποφευχθεί κάθε είδους παρατυπία στην εφαρμογή της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, της νομοθεσίας υγιεινής και ασφάλειας της εργασίας. Η εταιρία μας έχει συνάψει ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής και επαγγελματικής ευθύνης, σε κάθε περίπτωση, για οποιαδήποτε ζημία προκληθεί για πάσης φύσεως ζήτημα, ενώ η οικονομική επιφάνεια της εταιρίας είναι τέτοια που επαρκεί για να επανορθώσει οποιαδήποτε ζημία προκύψει στο μέλλον. Σε κάθε περίπτωση οι συγκεκριμένες διατάξεις του Ν3863 είναι αμφιβόλου συνταγματικότητας και ότι αφορά την εταιρία μας η επιβληθείσες κυρώσεις δεν είναι τελεσίδικες και δεσμευτικές.».

II. Η Αναθέτουσα Αρχή κατ' επίκληση των ανωτέρω δηλωθέντων απέρριψε άνευ ετέρου την προσφορά της εταιρία μας διότι: «έχει σε βάρος της τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου (ΠΕΠ) υψηλής και πολύ υψηλής σοβαρότητας σύμφωνα με το .../03.09.2019 έγγραφο του ΣΕΠΕ. Η ύπαρξη αυτών των ΠΕΠ συνιστά παραβίαση των υποχρεώσεων της προσφέρουσας του εργατικού δικαίου και διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς της εν λόγω εταιρείας βάσει του πρώτου εδαφίου της περίπτωσης γ' της παρ.2 του άρθρου 68 ν.3863/2010 (Α' 115), όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με την παρ. Β του άρθρου 39 του ν.4488/2017 (Α' 137)». III. Ενόψει των ανωτέρω δεδομένων, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι εσφαλμένη διότι: 1. Η Αναθέτουσα Αρχή παραβίασε ρητό και σαφή όρο της διακήρυξης, καθόσον στην παρ. 2.3.3.2 στην περίπτωση γ' όσον αφορά το ζήτημα της επιβολής κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας αναφέρεται ότι «Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ». Επομένως, κατά την ειδικότερη βούληση της διακήρυξης, οι ποινές της εργατικής νομοθεσίας, προκειμένου να αποτελέσουν λόγο αποκλεισμού, υπό την έννοια του αντίστοιχου όρου της διακήρυξης και των άρθρων 68 Ν. 3863/2010 και 73 του Ν. 4412/2016, θα πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, ήτοι να έχει αποφανθεί το διοικητικό δικαστήριο τελεσίδικως και

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

δεσμευτικώς επί των ασκηθεισών προσφυγών κατά των συγκεκριμένων διοικητικών κυρώσεων. Ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης δεν έχει προσβληθεί έως σήμερα και ως εκ τούτου είναι απολύτως δεσμευτικώς για όλους (ΣΤΕ 2770/2013). Η εταιρία μας έχει ασκήσει ισάριθμες προσφυγές για όλες τις πράξεις επιβολής κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας, όπως ανέφερε στο ΕΕΕΣ της και συνεπώς οι αναφερόμενες κυρώσεις δεν έχουν αποκτήσει «τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ», ώστε να τίθεται ζήτημα αποκλεισμού της εταιρίας μας (ad hoc ΑΕΠΠ 438/2019, ΑΕΠΠ 390- 391-392/2019 κ.α) ».

11. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή αντικρούει τον ως άνω λόγο της προσφυγής και αναφέρει ότι «Η επίμαχη διακήρυξη παρέπεμπε δε στο προοίμιο αυτής (παρ. 1.4, σελ.6 της Διακήρυξης) στο ισχύον θεσμικό πλαίσιο στο σύνολο των διατάξεων του εργατικού δικαίου, em την εξής πρόβλεψη: «των σε εκτέλεση των ανωτέρω νόμων εκδοθεισών κανονιστικών πράξεων, των λοιπών διατάξεων που αναφέρονται ρητά ή απορρέουν από τα οριζόμενα στα συμβατικά τεύχη της παρούσας, καθώς και του συνόλου των διατάξεων του ασφαλιστικού, εργατικού, κοινωνικού, περιβαλλοντικού και φορολογικού δικαίου που διέπει την ανάθεση και εκτέλεση της παρούσας σύμβασης, έστω και αν δεν αναφέρονται ρητά παραπάνω.». Περαιτέρω, στην επίμαχη διακήρυξη ρητά αναφερόταν ότι το άρθρο 68 ν. 3863/2010 αποτελούσε μέρος του εφαρμοζόμενου εν προκειμένω κανονιστικού πλαισίου που διέπει τη διακήρυξη και μάλιστα σε όρο που αναφερόταν μεν στην οικονομική προσφορά, ετίθετο, όμως, επί ποινή αποκλεισμού: «Απαράβατος όρος με ποινή αποκλεισμού, είναι η Οικονομική προσφορά να περιλαμβάνει βάσει του ν.3863/2010, άρθρο 68 («Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών») όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με το άρθρο 22 του ν. 4144/13 (ΦΕΚ 88/τ.Α/18-4-2013), σε χωριστό κεφάλαιο της οικονομικής προσφοράς τα κάτωθι στοιχεία» (παρ. 2.4.4, σελ.22 της Διακήρυξης). Από τις ανωτέρω διατυπώσεις της Διακήρυξης καθίστατο σαφές ότι η Διοίκηση θα εφαρμόζε τη διάταξη του άρθρου 68 ν. 3863/2010, στην οποία παρέπεμπε ρητά μάλιστα στο σώμα της Διακήρυξης αυτής. Κατά συνέπεια, ο νόμος 3863/2010 και ιδίως η διάταξη του άρθρου 68 του νόμου αυτού εντάσσονταν στο θεσμικό πλαίσιο του διαγωνισμού και, ως εκ τούτου, στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία εφαρμογής και η εν λόγω διάταξη, σύμφωνα με την οποία η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης εάν έχουν

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

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 ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους. Συνεπώς, κατ' εφαρμογήν της επίμαχης διάταξης δεν απαιτείται για τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα οι εν λόγω κυρώσεις έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Το επίμαχο χωρίο της διάταξης της περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 ν. 3863/2010, ως ισχύει, ορίζει τα εξής: «γ) Η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους ή δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης: αα) οι οποίες έχουν κηρυχθεί έκπτωτες κατ' εφαρμογή της παραγράφου 7 του παρόντος μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς ή ββ) στις οποίες έχει επιβληθεί η κύρωση της προσωρινής διακοπής της λειτουργίας συγκεκριμένης παραγωγικής διαδικασίας ή τμήματος ή τμημάτων ή του συνόλου της επιχείρησης ή εκμετάλλευσης κατ' εφαρμογή της παρ. 1B του άρθρου 24 του ν. 3996/2011 (Α' 170) μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς.». Πρέπει να σημειωθεί ότι η άνω διάταξη του άρθρου 3863/2010 διαμορφώθηκε ως άνω με το άρθρο 39 παρ.Β ν.4488/2017 (ΦΕΚ Α-137/13.9.2017), ήτοι με τον ίδιο νόμο που τροποποίησε και το άρθρο 73 ν.4412/2016. Αποτελεί, όμως, *lex specialis* ως

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

προς τις εταιρίες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης σε σχέση με τη γενική διάταξη του άρθρου 73 ν.4412/2016 και, συνεπώς, αποκλείει την εφαρμογή της γενικότερης και όχι νεότερης διάταξης του άρθρου 39 παρ. Α ν.4488/2017 που τροποποίησε το άρθρο 73 ν.4412/2016. Πράγματι, σύμφωνα με το άρθρο 39 παρ. Α ν.4488/2017, που τροποποίησε τον ν.4412/2016 (Αποκλεισμός από δημόσιες συμβάσεις και χρηματοδοτήσεις λόγω παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας): « Λ) 1. Στην παρ. 2 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 (Λ' 147) μετά την περίπτωση β' προστίθεται περίπτωση γ' ως εξής: «γ) γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Ο λόγος αποκλεισμού δεν εφαρμόζεται όταν η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, είναι ίση ή κατώτερη από το ποσό των είκοσι χιλιάδων (20.000) ευρώ.». 2. Στην παρ. 2 του άρθρου 80 του ν. 4412/2016 προστίθεται περίπτωση γ' ως εξής: «γ) για την περίπτωση γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 73, πιστοποιητικό από τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού της Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων, από το οποίο να προκύπτουν οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής.». 3. Στο άρθρο 305 του ν. 4412/2016 προστίθεται παράγραφος 3 ως εξής: «3. Ο λόγος αποκλεισμού της περίπτωσης γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 73 περιλαμβάνεται πάντοτε στους κανόνες και τα κριτήρια της παραγράφου 1.». 4. Στην παρ. 1 του άρθρου 335 του ν. 4412/2016 προστίθεται τελευταίο εδάφιο ως εξής: «Οι αναθέτοντες φορείς επιβάλλουν τον

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

όρο ότι κατά την εκτέλεση της σύμβασης ο ανάδοχος υποχρεούται να τηρεί τις διατάξεις της νομοθεσίας περί υγείας και ασφάλειας των εργαζομένων και πρόληψης του επαγγελματικού κινδύνου.». 5. Η ισχύς των διατάξεων των παραγράφων 1 έως 4 ξεκινά δύο (2) μήνες μετά τη δημοσίευση του παρόντος νόμου και δεν καταλαμβάνει διαδικασίες που έχουν ήδη ξεκινήσει, κατά την έννοια των άρθρων 61, 120, 290 και 330 του ν. 4412/2016. 6. Η παρ. 2 του άρθρου 24 του ν. 3996/2011 (Α' 170) καταργείται και οι υπόλοιπες παράγραφοι του άρθρου αναριθμούνται αντίστοιχα. Η δε αιτιολογική έκθεση του ως άνω νόμου είναι σαφής ως προς την αυστηρότητα εφαρμογής της εν λόγω διάταξης: «Με την προτεινόμενη διάταξη προβλέπεται ο αποκλεισμός οικονομικών φορέων από διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, υπηρεσιών και προμηθειών, καθώς και από προγράμματα χρηματοδότησης, ενισχύσεων ή επιδοτήσεων, σε περίπτωση διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Με δεδομένη την έξαρση του φαινομένου της αδήλωτης εργασίας και των εν γένει παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας κρίνεται αναγκαίο να δοθούν επιπρόσθετα κίνητρα στους εργοδότες για τήρηση των υποχρεώσεων τους. Η πρόσβαση σε δημόσιο χρήμα για επιχειρήσεις που υποπίπτουν επανειλημμένα σε παραβιάσεις της εργατικής νομοθεσίας δεν δίνει την πρέπουσα βαρύτητα στα ως άνω φαινόμενα και στις οικονομικές και κοινωνικές τους προεκτάσεις. Σημειώνεται δε πως ήδη στο άρθρο 73 του ν. 4412/2016 (Α'147) προβλέπονται αντίστοιχοι λόγοι αποκλεισμού, όπως η μη πληρωμή φόρων και ασφαλιστικών εισφορών. Για τον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα λαμβάνεται υπόψη τόσο η σοβαρότητα της παράβασης όσο και ο αριθμός των παραβάσεων εντός συγκεκριμένου χρονικού διαστήματος. Κατ' αυτόν τον τρόπο, ο αποκλεισμός λαμβάνει χώρα βάσει συγκεκριμένων κριτηρίων και οι εργοδότες γνωρίζουν επακριβώς και εκ των προτέρων ποιες παραβάσεις επισύρουν την εν λόγω κύρωση. Επιπρόσθετα, με την προτεινόμενη διάταξη εξειδικεύεται η διαδικασία διαπίστωσης του επαγγελματικού παραπτώματος και αποκλεισμού του οικονομικού φορέα, με σκοπό τόσο οι αναθέτουσες αρχές και οι φορείς διαχείρισης όσο και οι ενδιαφερόμενοι να έχουν πλήρη γνώση των απαραίτητων ενεργειών και να μην προκληθεί αδικαιολόγητη καθυστέρηση στη σύναψη συμβάσεων και την έγκριση προγραμμάτων.». Πρέπει, όμως, να τονιστεί ότι μόνη η έκδοση των προβλεπόμενων πράξεων επιβολής προστίμου, αποτελεί αναγκαία και ικανή συνθήκη αποκλεισμού του

## **Αριθμός απόφασης: 1337/2019**

οικονομικού φορέα και δεν απαιτείται και τελεσίδικη έκδοση απόφασης (ΔΕΕ13/12/ 2012,C465/ 11,Forposta SA), καθώς οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 68 του ν.3863/2010, ως νεότεροι και ειδικότεροι, κατισχύουν όσον αφορά στις συμβάσεις καθαριότητας και φύλαξης. Σημειώνεται επιπλέον ότι στο προοίμιο της διακήρυξης αναφέρεται ο ν.4412/2016 ενώ και το άρθρο 68 του ν.3863/2010 αναφέρεται στο σώμα της διακήρυξης. Η ρητή αυτή παραπομπή της διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψήφιους Αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (Ελ.Συν.1437/2017). Πέραν όλων των άλλων, ο επίμαχος λόγος αποκλεισμού, λόγω σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, είχε αναχθεί σε υποχρεωτικό και ρητώς με το ίδιο το σώμα της διακήρυξης, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), οι δε κανόνες που τίθενται σε αυτή κατισχύουν, ως ειδικότεροι κάθε άλλης διατάξεως ανεξάρτητα μάλιστα, από το αν η διάταξη αυτή ρυθμίζει ζητήματα με τρόπο διαφορετικό από τη διακήρυξη (ΣτΕ 1502/2003, ΕΑ 613/2009 και 348/2010). Κατόπιν των ανωτέρω η παράβαση της διάταξης του άρθρου 68 παρ.2 περ. γ του ν.3863/2010, στην οποία γίνεται ρητή παραπομπή με βάση την αλληλουχία των πιο πάνω διατάξεων, στοιχειοθετεί απολύτως τον λόγο αποκλεισμού λόγω της συνδρομής σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος κατά την έννοια της των περιπτώσεων α' και θ' της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 18 παρ.2 και 5 του ν.4412/2016 (Δ. Ράικος κ.α. Δημόσιες Συμβάσεις ν.4412/2016-Ερμηνεία κατ' άρθρο, 2018, Δ.Εφ.Θεσ.8/2018, 6/2018, ΑΕΠΠ 183/2017, ΑΕΠΠ 997/2018). Κατά συνέπεια, το γεγονός ότι έχει ασκηθεί προσφυγή κατά των επιβληθεισών ΠΕΠ του ΣΕΠΕ ουδόλως δύναται να επηρεάσει την κρίση της Διοίκησης, η οποία οφείλει να εφαρμόσει την κείμενη νομοθεσία χωρίς ουδεμία δυνατότητα απόκλισης από αυτήν. Η Διοίκηση είχε δέσμια αρμοδιότητα (ΑΕΠΠ 997/2018, σκ.19 & 20) να εφαρμόσει τη διάταξη του άρθρου 68 του ν.3863/2010, όπως ισχύει, ενώ αντιθέτως η τυχόν εφαρμογή της ευνοϊκότερης διάταξης του άρθρου 73 παρ.2 του ν.4412/2016 θα θεωρείτο ευθεία παραβίαση των αρχών της νομιμότητας, της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης από τη μεριά της αναθέτουσας αρχής. Συνεπώς, ορθώς απορρίφθηκε η προσφορά της

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

προσφεύγουσας, καθώς είναι εφαρμοστέα εν προκειμένω η διάταξη του άρθρου 68 ν. 3863/2010, η οποία οδηγεί στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα, χωρίς να απαιτείται οι αναφερόμενες σε αυτόν κυρώσεις να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Η δε προσφεύγουσα εταιρία ως συμμετέχουσα σε διαγωνισμό για υπηρεσίες φύλαξης και ως εξειδικευμένη εταιρία στον τομέα αυτόν, όφειλε να γνωρίζει το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο ως προς τις εν λόγω εταιρίες και το τηρεί απαρεγκλίτως, δεν μπορεί δε να επικαλείται όρο της διακήρυξης που αποτελεί αναπαραγωγή των διατάξεων του βασικού νόμου που διέπει τις δημόσιες συμβάσεις, ήτοι του 4412/2016, ανεξαρτήτως του ειδικού νομοθετικού πλαισίου που διέπει την εν λόγω προσφερόμενη δραστηριότητα, επικαλούμενος δήθεν αμφισημία της διακήρυξης ως προς διατάξεις που προφανώς οφείλουν να ερμηνεύονται υπό το φως των νομοθετικών διατάξεων που διέπουν την προσφερόμενη ειδική υπηρεσία φύλαξης. Διαφορετικά, το αποτέλεσμα θα ήταν η παρά το νόμο και την ειδική διάταξη του ν.3863/2010 συμμετοχή των εταιρειών παραβατών σε δημόσιο διαγωνισμό και ενδεχομένως η κατακύρωσή του σε αυτές, ενδεχόμενο που οδηγεί σε νομικό και λογικό παράδοξο.».

12. Επειδή, η παρεμβαίνουσα αντικρούει επίσης τον ως άνω πρώτο λόγο της προσφυγής και ισχυρίζεται επί λέξει ότι « Το θεσμικό πλαίσιο της διακήρυξης και το έρεισμα έκδοσης της ως κανονιστική πράξη, όπως περιγράφεται στον με αριθμό 1.4 όρο της (σελ. 5), περιλαμβάνει μεταξύ άλλων τον Ν. 4412/2016, οι διατάξεις του οποίου συμπληρώνουν το περιεχόμενο της διακήρυξης είτε κατά ρητή παραπομπή της είτε σε ότι δεν ουθιγίζεται ειδικώς από αυτή. Σύμφωνα με το με αριθμό 2.2.3. όρο της διακήρυξης «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) προσφέρων οικονομικός φορέας, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (εάν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (εάν πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων) ένας ή περισσότεροι από τους ακόλουθους λόγους: ...2.2.3.2 στις ακόλουθες περιπτώσεις \..γ) η Αναθέτουσα Αρχή γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που

## **Αριθμός απόφασης: 1337/2019**

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». Περαιτέρω σύμφωνα με το με αριθμό 2.2.3.3 όρο της διακήρυξης «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 τα ανωτέρω στην υπό κρίση διακήρυξη ιδρύονται δύο αυτοτελείς λόγοι αποκλεισμού του οικονομικού φορέα από τη συμμετοχή στην διαγωνιστική διαδικασία σύναψης σύμβασης, ήτοι α) η περίπτωση επιβολής εντός 2 ετών από τη λήξη υποβολής της προσφοράς τριών πράξεων προστίμων του ΣΕΠΕ υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας που προκύπτουν εκ τριών διενεργηθέντων αθροιστικά ελέγχων ή 2 πράξεων επιβολής προστίμου από 2 αθροιστικά ελέγχους ειδικά για αδήλωτη εργασία (υπ' αρ. 2.2.3.2 όρος της διακήρυξης) και β) το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα το οποίο προβλέπεται στο άρθρο 2.2.3.3 περ. α της διακήρυξης, Ο μεν πρώτος λόγος αποκλεισμού αποτελεί έκφραση του άρθρου 73 παρ. 2 εδ. γ του Ν. 4412/2016 και ο δεύτερος διακριτός λόγος αποκλεισμού μετουσιώνει το ρυθμιστικό περιεχόμενο του άρθρου 18 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με το άρθρο 18 παρ. 5 του Ν.4412/2016. Περαιτέρω το άρθρο 18 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, στο οποίο παραπέμπει ο με αριθμό 2.2.3.3 ρητώς κανονιστικής και δεσμευτικής ισχύος όρος της διακήρυξης έχει αποκρυσταλλωθεί αυτούσιο στο άρθρο 1.7 της διακήρυξης που ορίζει ότι: « οι οικονομικοί φορείς δεσμεύονται ότι: «α) τηρούν και θα εξακολουθήσουν να τηρούν κατά την εκτέλεση της σύμβασης, εφόσον επιλεγούν, τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπιστεί 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 του ν. 4412/2016. Η τήρηση των εν λόγω

## **Αριθμός απόφασης: 1337/2019**

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.» II. Η ρύθμιση του με αριθμό 2.2.3.3 περ. α όρου της διακήρυξης ως αυτοτελής λόγος αποκλεισμού του οικονομικού φορέα κατά την διαγωνιστική διαδικασία. Στις περιπτώσεις που ο προσφέρων οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που περιγράφονται στην παράγραφο 2 του άρθρου 18 Ν. 4412/2016, αυτή καθαυτή η αθέτηση συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα του οικονομικού φορέα σύμφωνα με την παράγραφο 5 του ίδιου άρθρου η οποία συμπληρώνει το κανονιστικό πεδίο του εν λόγω όρου της διακήρυξης. Ο νόμος διακρίνει δύο περιπτώσεις ύπαρξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος αφενός του εδαφίου α το οποίο για την έννοια του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος παραπέμπει στην γενική περίπτωση του άρθρου 73 της παραγράφου 4 περ. θ' του και αφετέρου του εδαφίου β το οποίο κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης παραπέμπει για τη στοιχειοθέτηση του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος στην ειδική περίπτωση του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 της παρ. 2. Η διάκριση αυτή στην οποία προβαίνει ο νομοθέτης είναι κρίσιμη διότι στις μεν γενικές περιπτώσεις λόγων αποκλεισμού, ήτοι του άρθρου 73 της παραγράφου 4 περ. θ', η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβάλω την ακεραιότητα και αξιοπιστία του. Ως εκ τούτου ενυπάρχει ελευθερία στην κρίση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής περί της συνδρομής ή μη του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Η αναθέτουσα αργή έχει διακριτική ευχέρεια να αποκλείσει από τη συμμετοχή στο διαγωνισμό οικονομικό φορέα εφόσον αποδείξει με κατάλληλα μέσα και αξιόπιστα στοιχεία ότι ο οικονομικός Φορέας έχει υποπέσει σε κυρώσεις που συνέχονται με σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Για την εν λόγω στάθμιση δύναται να λάβει υπόψιν της τα στοιχεία του ΣΕΠΕ καθώς επίσης και τα στοιχεία που δηλώνει στην ΕΕΕΣ ο οικονομικός φορέας και να τα κρίνει εάν αποτελούν επαρκή και ασφαλή συνθήκη απόδειξης τέλεσης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Κατ' εξαίρεση, ΣΤΙΣ ειδικές περιπτώσεις λόγων αποκλεισμού, όταν δηλαδή το αντικείμενο της σύμβασης είναι η παροχή υπηρεσιών φύλαξης η και καθαριότητας η αναθέτουσα αρχή καταγιγνώσκει

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

αντικειμενικά τη σοβαρότητα του επαγγελματικού παραπτώματος βάσει του άρθρου 68 παρ. 2 περ γ. του Ν. 3863/2010, το οποίο, όπως ισχύει κατόπιν του άρθρου 39 παρ Β. του Ν. 4488/2017 προβλέπει 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. 1Β 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.». Επομένως, όταν αντικείμενο του διαγωνισμού είναι η ανάθεση συμβάσεων καθαριότητας και φύλαξης, η διάταξη του άρθρου 68 παρ. 2 περ. γ του Ν.3863/2010 άρα και η σε αυτό παραπέμπουσα διάταξη του άρθρου 18 παρ. 5 εδάφιο β του Ν. 4412/2016, η οποία συμπληρώνει το κανονιστικό πεδίο του με αριθμό 2.2.3.3 περ. α όρου της διακήρυξης, ως *lex specialis* κατισχύει έναντι της γενικής για κάθε αντικείμενο διάταξης του άρ. 73 παρ. 4 περ. θ' Ν. 4412/2016..... Εν προκειμένω, στην προσφεύγουσα εταιρεία «...» έχουν επιβληθεί οι κάτωθι πράξεις επιβολής προστίμων από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική

**Αριθμός απόφασης: 1337/2019**

απόφαση 2063/Δ1632/2011(Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» και «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, και οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχου: α. Η υπ' αριθμ. .../1-11- 2017 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της ..., β Η υπ' αριθμ. .../24-5-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της ..., γ. Η υπ' αριθμ. .../4-10-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., δ. Η υπ' αριθμ. .../23-10-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., ε. Η υπ' αριθμ. .../05-12-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., και στ. Η υπ' αριθμ. .../29-11-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ... .

Για όλες τις ανωτέρω πράξεις επιβολής προστίμου η προσφεύγουσα εταιρεία δηλώνει ότι έχει καταθέσει προσφυγές ενώπιον των καθ' ύλην αρμόδιων Διοικητικών Πρωτοδικείων, επί των οποίων εκκρεμεί η έκδοση δικαστικών αποφάσεων. Περαιτέρω η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι: α) δεν εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ.2 περίπτωση γ του Ν4412/2016 και το άρθρο 2.23.2 περ. γ της διακήρυξης, διότι οι ανωτέρω πράξεις που τις καταλογίζονται ως λόγοι αποκλεισμού δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ και τις οποίες έχει προσβάλει με προσφυγές και β) δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει τελέσει σοβαρό παράπτωμα διότι έχει λάβει όλα τα απαραίτητα μέτρα ώστε με βάση τον αριθμό του προσωπικού της να είναι απολύτως συμμορφούμενη με τις υποδείξεις της εργατικής νομοθεσίας. Είναι ορατό ότι πρόκειται για δύο αυτοτελείς ισχυρισμούς οι οποίοι εδράζονται σε διαφορετική νομική βάση. Ο πρώτος στηρίζεται στον με αριθμό 2.23.2 περ. γ όρο της διακήρυξης και στο άρθρο 73π αρ.2 περίπτωση γ του Ν. 4412/2016 και ο δεύτερος στον με αριθμό 2.2.33 περ. α της διακήρυξης και στο άρθρο 18 παρ. 2 σε συνδυασμό με το άρθρο 18 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και 68 παρ. 2 περ. γ1 Ν. 3863/2010. Όπως αναπτύχθηκε διεξοδικά παραπάνω το κανονιστικό πεδίο των όρων 2.23.2 περ. γ και 2.2.33 περ. α της διακήρυξης είναι διακριτό στο μέτρο που καθιερώνονται 2 αυτοτελείς ανεξάρτητοι λόγοι αποκλεισμού του οικονομικού φορέα από την διαγωνιστική διαδικασία και ωσαύτως δεν θα πρέπει να συγχέεται. Στην προκειμένη περίπτωση η αναθέτουσα αρχή αποφάνθηκε κατά δέσμια αρμοδιότητα ότι υφίσταται υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού της προσφεύγουσας κατ 'εφαρμογή του με αριθμό 2.2.33 περ. α όρου της διακήρυξης, του άρθρου 18 παρ. 2 ,παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και 68 παρ. 2 περ.

**Αριθμός απόφασης: 1337/2019**

γ' Ν. 3863/2010, διότι με το υπ' αριθμ.πρωτ. .../03.09.2019 έγγραφο του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας, είχαν επιβληθεί σε βάρος της προσφεύγουσας, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» και «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες». Οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας, περί του ότι υφίσταται απαίτηση τελεσίδικης και δεσμευτικής ισχύος για τις πράξεις επιβολής κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας στο πλαίσιο του με αριθμό 2.3.3.2 όρου της διακήρυξης και των άρθρων 68 του Ν. 3863/2010 και 73 του Ν. 4412/2016 είναι αβάσιμοι και ουδέν έρεισμα ευρίσκουν στον νόμο η ακόμα και στην ίδια τη διακήρυξη».

13. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι στην προσφεύγουσα, όπως εξάλλου συνομολογεί και η ίδια και έχει αναγράψει στο ΕΕΕΣ της, έχουν επιβληθεί οι ακόλουθες πράξεις επιβολής προστίμων από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011(Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» και «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, και οι οποίες προκύπτουν από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ήτοι: α) Η υπ' αριθμ. .../1-11-2017 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της ..., β) Η υπ' αριθμ. .../24-5-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της ..., γ) Η υπ' αριθμ. .../4-10-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., δ) Η υπ' αριθμ. .../23-10-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., ε) Η υπ' αριθμ. .../05-12-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., και στ) Η υπ. 1 αριθμ. .../29-11-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ... . Κατά των ως άνω πράξεων η προσφεύγουσα έχει υποβάλει αντίστοιχες προσφυγές ενώπιον του αρμόδιου Διοικητικού Δικαστηρίου, επί των οποίων εκκρεμεί η έκδοση δικαστικών αποφάσεων. Κατόπιν αυτού, η ίδια ισχυρίζεται ότι σε συνδυασμό με το άρθρο 2.2.3.2. της διακήρυξης, θα έπρεπε να μην απορριφθεί η προσφορά της επειδή οι ως άνω πράξεις δεν έχουν

## **Αριθμός απόφασης: 1337/2019**

αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Όμως, η περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 Ν.3863/2010, ως ισχύει, ορίζει τα εξής: «γ) Η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους ή δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης: αα) οι οποίες έχουν κηρυχθεί έκπτωτες κατ' εφαρμογή της παραγράφου 7 του παρόντος μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς ή ββ) στις οποίες έχει επιβληθεί η κύρωση της προσωρινής διακοπής της λειτουργίας συγκεκριμένης παραγωγικής διαδικασίας ή τμήματος ή τμημάτων ή του συνόλου της επιχείρησης ή εκμετάλλευσης κατ' εφαρμογή της παρ. 1Β 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.». Δηλαδή, για τις εταιρείες φύλαξης, όπως εν προκειμένω, ισχύει ειδική διάταξη νόμου με αυστηρότερο πλαίσιο. Το εν λόγω άρθρο 68 Ν.3863/2010, όπως εκτέθηκε στην σκέψη 7 της παρούσης, αποτελούσε μέρος του εφαρμοζόμενου εν προκειμένω κανονιστικού πλαισίου που διέπει τη διακήρυξη και μάλιστα επί ποινή απαραδέκτου της προσφοράς. Σύμφωνα με αυτό η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης υποψήφιο οικονομικό φορέα παροχής υπηρεσιών φύλαξης, όπως εν προκειμένω την προσφεύγουσα, εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος του, 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

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, χωρίς οι εν λόγω κυρώσεις να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Κατόπιν των ανωτέρω ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

14. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υπήρξε παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας αναφέροντας επί λέξει ότι *«Στην υπό κρίση περίπτωση, παρότι η εταιρία μας ανέφερε στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της τα ανωτέρω ληφθέντα μέτρα αυτοκάθαρσης, η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψε άνευ ετέρου τη συμμετοχή της εταιρίας μας χωρίς να αποφανθεί για την επάρκειά τους μετά από τη σύμφωνη γνωμοδότηση της επιτροπής της παρ. 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, η Αναθέτουσα Αρχή, χωρίς να ζητήσει τη σύμφωνη γνωμοδότηση από την εν λόγω Επιτροπή [παρότι η εν λόγω Επιτροπή έχει ήδη συσταθεί με την υπ' αριθμ. 50844/11.5.2018 Υπουργική Απόφαση περί συγκρότησης και ορισμού μελών γνωμοδοτικής επιτροπής επί της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων οικονομικών φορέων προς απόδειξη της αξιοπιστίας τους (Συγκρότηση Διυπουργικής Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016 (ΦΕΚ τ. ΥΟΔΔ, αρ. 279/17.5.2018)] απέρριψε τη συμμετοχή της εταιρίας μας εκ μόνου του λόγου της ύπαρξης των ανωτέρω μη τελεσίδικων και αμετάκλητων διοικητικών κυρώσεων για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας. Ενόψει, ωστόσο, του ότι η εταιρία μας επικαλέστηκε και κατέγραψε στο ΕΕΕΣ τα παραπάνω μέτρα αυτοκάθαρσης όφειλε η Αναθέτουσα Αρχή να αποφανθεί περί αυτών και όχι να απορρίψει τη συμμετοχή μας άνευ ετέρου. Συνεπώς, είναι πρόδηλο ότι στην υπό κρίση περίπτωση παραβιάστηκε ουσιώδης τύπος της διαδικασίας, εφόσον προ της απορρίψεως της συμμετοχής της εταιρίας μας δεν έγινε αξιολόγηση των αναφερόμενων μέτρων αυτοκάθαρσης μετά από αναζήτηση της προηγούμενης σύμφωνης γνώμης της επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016.»*

15. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή αντικρούει τον ως άνω δεύτερο λόγο της προσφυγής και αναφέρει επί λέξει ότι *«Η προσφεύγουσα εταιρία με τον λόγο αυτό της προσφυγής προβάλλει ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατ' εφαρμογήν του άρθρου 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016 να μην την αποκλείσει αυτομάτως αλλά να αιτιολογήσει ειδικώς εάν τα εν λόγω δεδομένα εμποδίζουν τη συμμετοχή του*

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία και δη κατόπιν γνωμοδοτήσεως της επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 ν.4412/2016. Η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, όμως, δεν στοιχειοθετείται στο λόγο αποκλεισμού του όρου 2.2.3.2 γ της διακήρυξης, ο οποίος εννοιολογικά ταυτίζεται με τη διάταξη του άρθρου 73 παρ. 2 του ν. 4412/2016, αφετέρου δε ούτε στη διάταξη του άρθρου 73 παρ. 4 περ. (θ) του ν. 4412/2016 περί τέλεσης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Αντίθετα, εδράζεται στη διάταξη του άρθρου 68 παρ.2 εδαφ. γ του ν. 3863/2010. Δεδομένου δε ότι η ευεργετική διάταξη της παρ. 7 του άρθρου 73 ν.4412/2016 αναφέρεται μόνον στους λόγους αποκλεισμού των παρ. 2,3 και 4 του άρθρου αυτού, δεν μπορεί να τύχει αναλογικής εφαρμογής και για τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 68 παρ.2 εδαφ. γ του ν. 3863/2010. Συνεπώς, υφίστατο εν προκειμένω, δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής να αποκλείσει διαγωνιζόμενο σε περίπτωση που εμπίπτει σε κάποιον από τους λόγους αποκλεισμού και δεν επαφίετο στη διακριτική της ευχέρεια επί τη βάση των δηλωθέντων στο ΕΕΕΣ στοιχείων και μέτρων, ως προς το σημείο των παραβιάσεων του εργατικού δικαίου. Ως εκ τούτου, ο λόγος αυτός της προσφυγής ερειδόμενος επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης ότι ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος θεμελιώνεται επί των λόγων αποκλεισμού των διατάξεων είτε της παρ. 2 είτε της παρ. 4 περ. (θ) του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος (βλ. ΑΕΠΠ 438-2019). Σε κάθε περίπτωση, όπως έχει κριθεί (ΣτΕ 530/2003 Ολομ., 671-2/2011 επταμ., 667, 715, 972/2011, 425, 846, 3813/2010, 320/2006, 2268, 3815/2005, 859, 3290, 3627, 3984/2004), στην περίπτωση που προσβαλλόμενη διοικητική πράξη εκδίδεται κατά δέσμια αρμοδιότητα, εάν ο ακυρωτικός δικαστής, ενόψει και του μη αμφισβητούμενου πραγματικού της συγκεκριμένης υποθέσεως, κρίνει ότι, από πλευράς εσωτερικής νομιμότητας, η πράξη αυτή βάλλεται αβασίμως, ότι δηλαδή ο νόμος δεν επιτρέπει την έκδοση της πράξεως με το περιεχόμενο που αξιώνει ο αιτών, τότε, και εφόσον δεν πρόκειται για περίπτωση ανυπόστατης πράξεως, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση τυπικών λόγων, όπως, μεταξύ άλλων, είναι οι λόγοι περί αναρμοδιότητας, μη νομίμου συγκροτήσεως ή κακής συνθέσεως γνωμοδοτήσαντος συλλογικού οργάνου (και παραλείψεως προηγούμενης ακροάσεως: ΣτΕ 2916/2007, 3989/2005). Τούτο δε, διότι το διοικητικό Όργανο, ακόμη και αν δεν είχε συντελεσθεί η προβαλλόμενη παραβίαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, όφειλε να εκδώσει την πράξη με το ίδιο ακριβώς

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

περιεχόμενο. Καθόσον, λοιπόν, η προσφορά της προσφεύγουσας είναι απορριπτέα ως αντίθετη στο άρθρο 68 παρ.2 εδαφ. γ του ν. 3863/2010, ο παρών λόγος ακύρωσης είναι αλυσιτελής.».

16. Επειδή, η παρεμβαίνουσα αντικρούει επίσης τον ως άνω λόγο της προσφυγής και αναφέρει επί λέξει ότι «στην υπό κρίση περίπτωση δεχτήκαμε ότι εφαρμοστέα ως *lex specialis* είναι η διάταξη του άρθρου 68 παρ. 2 εδ. γ του νόμου 3863/2010 και συνεπώς αλυσιτελώς επικαλείται η προσφεύγουσα την εφαρμογή του με αριθμό. 2.2.3.5 και 2.2.3.6 όρου της διακήρυξης. Η αναθέτουσα αρχή έχει δεσμία αρμοδιότητα να αποφανθεί την επάρκεια των μέτρων ανεξαρτήτως του τελεσίδικης ισχύος χαρακτήρα των μέτρων και συνεπώς μόνη η ύπαρξη 3 πράξεων προστίμου κατά την τελευταία διετία προ της υποβολής των προσφορών αποτελούν ασφαλή και αξιόπιστη απόδειξη τέλεσης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Στην προκειμένη περίπτωση, δεν τέθηκε καν ζήτημα να αποδείξει η αναθέτουσα αρχή την αξιοπιστία της και την ακεραιότητα της προσφεύγουσας. Δεν κινητοποιήθηκε μια τέτοια διαδικασία, ήτοι αυτή του άρθρου 73 παρ. 7 και 8, παρά μόνο ρωτήθηκε η προσφεύγουσα στο πλαίσιο του ΕΕΕΣ και της συνήθους διαδικασίας των διαγωνισμών για τα μέτρα αυτοκάθαρσης, δεδομένου ότι έχει τελέσει παραβάσεις και της έχουν επιβληθεί πρόστιμα.».

17. Επειδή, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε προτού απορρίψει την προσφορά της να εξετάσει και να αξιολογήσει τα μέτρα αυτοκάθαρσης, όπως η ίδια τα δήλωσε στο ΕΕΕΣ, σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.3.5. και 2.2.3.6. της Διακήρυξης και ύστερα από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής του άρθρου 73 παρ.9 του Ν. 4412/2016, προβάλλεται αλυσιτελώς και τούτο διότι στην υπό κρίση περίπτωση εφαρμόστηκε ως ειδικότερη η διάταξη του άρθρου 68 παρ.2 εδάφιο γ' του Ν.3863/2010. Ως εκ τούτου η αναθέτουσα αρχή είχε δεσμία αρμοδιότητα να αποκλείσει την προσφεύγουσα από τη στιγμή που η προσφορά της ήταν αντίθετη με το ως άνω άρθρο.

18. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι δεν είναι σύννομα αιτιολογημένη η απόρριψη της προσφοράς της διότι «Στο άρθρο 18 του Ν. 4412.2016 ορίζεται ότι: «5. Η αθέτηση της υποχρέωσης της παραγράφου 2 συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα του οικονομικού φορέα κατά την έννοια της περίπτωσης θ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στις κείμενες διατάξεις. Ειδικά, κατά

## **Αριθμός απόφασης: 1337/2019**

τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται ιδίως τα προβλεπόμενα στο δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α 115)». Ο Ν. 3863/2010 στο άρθρο 68 παρ. 2 περ' γ', η οποία τροποποιήθηκε με τον Ν 4488/2017 (άρθρο 39 περίπτωση β') ορίζει ότι; «γ) η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από την σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφοράς τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους». Στο άρθρο 73 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: α) γνωρίζει ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή/και β) μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. «γ) γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3)

**Αριθμός απόφασης: 1337/2019**

διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Ο λόγος αποκλεισμού δεν εφαρμόζεται όταν η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, είναι ίση ή κατώτερη από το ποσό των είκοσι χιλιάδων (20.000) ευρώ. Οι παραπάνω ειδικές ρυθμίσεις για εταιρίες καθαριότητας και φύλαξης δεν παραπέμπουν στο άρθρο 73 παρ. 2 Ν. 4412/2016 δυνάμει του οποίου για να συντρέχει ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού οι επιβληθείσες κυρώσεις «πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ», υπό την έννοια ότι εκδόθηκε περί αυτών δικαστική απόφαση του αρμοδίου δικαστηρίου. Η πρόσθετη αυτή προϋπόθεση δεν αναφέρεται ρητώς ότι ισχύει και για τις εταιρίες καθαριότητας και φύλαξης, καθόσον, σύμφωνα με το άρθρο 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010 (και του ταυτόσημου αντίστοιχου όρου της διακήρυξης), για την επέλευση του αποκλεισμού από διαγωνιστική διαδικασία απαιτείται η έκδοση και μόνον των συγκεκριμένων αποφάσεων επιβολής κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας. Συνεπεία της εφαρμογής της παραπάνω διάταξης, η οποία έχει σκοπό πάταξης του φαινομένου της παράβασης της εργατικής νομοθεσίας, χωρίς να συνδυάζεται ευθέως η εφαρμογή της με την παραπάνω προϋπόθεση που το άρθρο 73 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 (το οποίο διέπει κάθε διαγωνιστική διαδικασία), οι εταιρίες φύλαξης (όπως και η δική μας) αποκλείονται υποχρεωτικώς από διαγωνιστικές διαδικασίες, για υπέρμετρο χρονικό διάστημα που μπορεί να φτάσει ακόμη και τα δύο έτη (!), εφόσον έχουν εκδοθεί σε βάρος τους 3 πράξεις επιβολής κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας, ανεξάρτητα εάν έχουν ασκηθεί κατ' αυτών προσφυγές ή άλλα ένδικα μέσα. Έτσι, από την αυτοτελή εφαρμογή του άρθρου 68 παρ.2 περ. γ' και του αντίστοιχου όρου της διακήρυξης, για τη συνδρομή του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού οι εκδοθείσες διοικητικές κυρώσεις δεν προκύπτει, ελλείψει ευθείας αναφοράς, ότι πρέπει να είναι τελεσίδικες και δεσμευτικές (όπως προϋποθέτει ρητώς το άρθρο 73 παρ.2 Ν. 4412/2016), υπό την έννοια ότι έχουν εκδικαστεί τα προβλεπόμενα κατ' αυτών ένδικα μέσα, αλλά αρκεί μόνον η έκδοση των τριών πράξεων επιβολής διοικητικών κυρώσεων, χωρίς να προβλέπεται από την οικεία νομοθεσία ουδείς άλλος διοικητικός ή δικαστικός μηχανισμός ελέγχου της κρίσης

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

των ελεγκτικών οργάνων επιβολής των συγκεκριμένων διοικητικών κυρώσεων πριν την εφαρμογή του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού. Η ρύθμιση του άρθρου 68 Ν. 3863/2010 πρέπει να ερμηνευθεί συμφώνως με το Σύνταγμα, ήτοι συνδυαστικά με το άρθρο 73 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί σαφώς το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης, δυνάμει του οποίου προϋποτίθεται η αμετάκλητη και δεσμευτική ισχύς των κυρώσεων που περιλαμβάνονται στο μητρώο παραβατών του ΣΕΠΕ. Η ερμηνεία αυτή είναι η μόνη συμβατή με το Σύνταγμα και, στο μέτρο που δεν αποκλείεται ρητώς από τη διακήρυξη ή τον νόμο, η εν προκειμένη συνδυαστική εφαρμογή των ανωτέρω με το άρθρο 73 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 που προϋποθέτει την αμετάκλητη ισχύ των επιβληθεισών διοικητικών κυρώσεων. Η παραπάνω ερμηνεία είναι και η μόνη συνταγματικά ανεκτή για τον συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης και του άρθρου 68 παρ.2 περ. γ' του Ν. 3863/2010, διότι ειδάλλως παραβιάζονται οι εξής θεμελιώδεις συνταγματικές αρχές: (α) Παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας: Η συγκεκριμένη, όμως, ρύθμιση, αυτή καθαυτή, εφαρμοζόμενη χωρίς να συνδυάζεται με το άρθρο 73 παρ. 2, περιορίζει υπέρμετρα τη δραστηριότητα μίας επιχείρησης φύλαξης (όπως η δική μας) εις βάρος της οποίας έχουν επιβληθεί 3 πράξεις επιβολής προστίμων «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας. Και τούτο διότι η ρύθμιση αυτή κατ' ουσίαν συνεπάγεται την κατ' ουσίαν παύση λειτουργίας της επιχείρησης μας για χρονικό διάστημα μέχρι και δύο ετών, εφόσον δεν θα μπορεί να συμμετέχει σε διαγωνισμούς του Δημοσίου, δεδομένου ότι, σύμφωνα με την παραπεμπόμενη υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011, η πλειοψηφία των παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας, ακόμη και αυτές που μπορεί να επισύρουν πρόστιμο 1000-1.500 ευρώ, χαρακτηρίζονται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας. Μάλιστα, ο λόγος αυτός αποκλεισμού επέρχεται εκ του νόμου (και εκ του ταυτόσημου όρου της εν προκειμένω εφαρμοστέας διακήρυξης) αδιακρίτως, ήτοι χωρίς να λαμβάνεται υπόψη ο αριθμός του απασχολούμενου προσωπικού της επιχείρησης, η διακινδύνευσή της με βάση τον αριθμό έργων που εκτελεί, η υπαιτιότητά της για την επιβολή των κυρώσεων, η οικονομική θέση της κ.λπ. και χωρίς να προβλέπεται ουδείς τρόπος άρσης του αποκλεισμού. Έτσι, όμως, κατ' ουσίαν καθίσταται όμοια η μεταχείριση μίας εταιρίας που υποπίπτει σε παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, διαθέτοντας προσωπικό 30 ατόμων και εκτελώντας 2 έργα και

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

μίας εταιρίας που διαθέτει προσωπικό 400 ατόμων, όπως η δική μας, η οποία εκτελεί 50 έργα σε 50 διαφορετικούς χώρους. Επομένως, η μεταχείριση των εταιριών του κλάδου μας, κατ' αυτόν τον τρόπο, αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας. Ειδικότερα, ο σκοπός της αποτροπής της παραβίασης της εργατικής νομοθεσίας, πράγματι, επιτυγχάνεται με πλείστους τρόπους, όπως η επιβολή υψηλού ποσού διοικητικών κυρώσεων, από διαρκείς ελέγχους τους οποίους υφιστάμεθα καθημερινώς κ.λπ. Επομένως, δεν φαίνεται αναγκαίος και πρόσφορος ο αποκλεισμός της εταιρίας μας για διάστημα μέχρι 2 ετών από τη σύναψη συμβάσεων του Δημοσίου, εφόσον η συνέπεια αυτή πλήττει υπέρμετρα και δυσανάλογα την οικονομική ελευθερία και την επιχειρηματική δραστηριότητα της εταιρίας μας, χωρίς έστω οι συγκεκριμένες κυρώσεις να είναι τελεσίδικες και αμετάκλητες, όπως ρυθμίζει το άρθρο 73 του Ν. 4412/2016 για τις λοιπές περιπτώσεις εταιριών, πλην αυτών που δραστηριοποιούνται στον τομέα της φύλαξης και της καθαριότητας. Έτσι, ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού, όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι εφαρμόζεται, ήτοι αρκούσης μόνο της έκδοσης των πράξεων της εργατικής νομοθεσίας για παραβάσεις που χαρακτηρίζονται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας για να συντρέξει ο λόγος υποχρεωτικού αποκλεισμού, είναι σφόδρα δυσανάλογος, στο μέτρο που δεν προβλέπεται άλλος δικαστικός ή διοικητικός μηχανισμός ελέγχου των επιβληθεισών διοικητικών κυρώσεων, εφόσον η επιβολή τους, στηριζόμενη στην επιτόπια κρίση του ελέγχου, πολλές φορές ακυρώνεται μετά την προσκόμιση των αναγκαίων αποδεικτικών στοιχείων που δεν έλαβε εγκαίρως υπόψη του ο έλεγχος. (β). Παραβίαση της αρχής της ισότητας: Επιπλέον, με την ίδια διάταξη παραβιάζεται η αρχή της ισότητας μεταξύ των επιχειρήσεων, δεδομένου ότι για εταιρίες άλλων κλάδων ο λόγος αποκλεισμού προϋποθέτει την «αμετάκλητη και δεσμευτική ισχύ» των επιβληθεισών κυρώσεων μετά την έκδοση σχετικής δικαστικής απόφασης και μόνον για τις εταιρίες καθαριότητας και φύλαξης προβλέπεται αυστηρότερη, ανεπιεικής και δυσανάλογη μεταχείριση που οδηγεί κατ' ουσίαν σε επί μακρῶ σφράγιση των επιχειρήσεων αυτών, χωρίς να μεσολαβεί καν η αναγκαία δικαστική κρίση, προκειμένου να αποφανθεί για την ορθότητα ή μη της επιβληθείσας κύρωσης. Η πρόωρη αυτή «εφαρμογή» των διοικητικών κυρώσεων, ειδικώς για τις εταιρίες φύλαξης και καθαριότητας, σε αντίθεση με τις λοιπές εταιρίες όπου απαιτείται έκδοση δικαστικής απόφασης με αμετάκλητη και δεσμευτική ισχύ, δεν προκύπτει πώς διασφαλίζει το δημόσιο

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

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

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

αρχές ή είναι ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων ή δεν παρέσχε τις αναγκαίες για την ποιοτική επιλογή των προσφορών πληροφορίες, χωρίς να απαιτείται να υπάρχει οριστική καταδικαστική απόφαση του οικονομικού φορέα...». Στην υπό κρίση περίπτωση Στην εταιρία μας επιβλήθηκαν οι εξής πράξεις επιβολής προστίμων: α. Η υπ' αριθμ .../1-11-2017 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Μυτιλήνης η .../21-11-2017 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 1). β Η υπ' αριθμ. .../24-5-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ΠΡ .../28-6-2017 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 2). γ. Η υπ' αριθμ. .../4-10-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ΠΡ .../19-11-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 3). δ. Η υπ' αριθμ. .../23-10-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ΠΡ .../27-11-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 4). ε. Η υπ' αριθμ. .../05-12-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Αθηνών η ΠΡ .../11-12-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 5). στ. Η υπ' αριθμ. .../29-11-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Αθηνών η ΠΡ11825/12-12-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 6). Επομένως, οι επιβληθείσες κυρώσεις δεν είναι δεσμευτικές και αμετάκλητες, ώστε να δικαιολογούν την απόρριψη της εταιρίας μας.».

19. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή αντικρούει τον ως άνω τρίτο λόγο της προσφυγής και ισχυρίζεται επί λέξει ότι «Σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, που αποτελεί βασική αρχή του ενωσιακού δικαίου, και πρέπει να τηρείται κατά την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων που συνάπτονται στα κράτη-μέλη, τα μέτρα που λαμβάνονται σε ενωσιακό ή εθνικό επίπεδο προς την επίτευξη ενός σκοπού, δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του αναγκαίου για την επίτευξη του σκοπού αυτού. Κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (βλ., υπό την έννοια αυτή, Αποφάσεις της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψεις 48 και 61, της 19ης Μαΐου 2009, Assitur, C-538/07,

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

*EU:C:2009:317, σκέψεις 21 και 23, της 23ης Δεκεμβρίου 2009, Serrantoni και Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, σκέψη 33, καθώς και της 22ας Οκτωβρίου 2015, Impresa Edilux και SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, σκέψη 29, της 28ης Φεβρουαρίου 2018, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-523/16 και C- 536/16, EU:C:2018:122, MA.T.I. SUD SpA και Duemme SGR SpA, σκέψη 53).* *Εν προκειμένω, υφίστατο δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής να αποκλείσει διαγωνιζόμενο σε περίπτωση που εμπίπτει σε κάποιον από τους λόγους αποκλεισμού και δεν επαφίετο στη διακριτική της ευχέρεια επί τη βάση των δηλωθέντων στο ΕΕΕΣ στοιχείων και μέτρων, ως προς το σημείο των παραβιάσεων του εργατικού δικαίου. Συνεπώς, αλυσιτελώς προβάλλεται ο παρών λόγος. (β) Ως προς την επικαλούμενη παραβίαση της αρχής της ισότητας Η αρχή της ισότητας, την οποία καθιερώνει το άρθρο 4 παρ. 1 του Συντάγματος, αποτελεί συνταγματικό κανόνα που επιβάλλει την ομοιόμορφη μεταχείριση των προσώπων τα οποία τελούν υπό τις ίδιες ή παρόμοιες συνθήκες. Ο κανόνας αυτός δεσμεύει τα συντεταγμένα όργανα της Πολιτείας και ειδικότερα τόσο τον κοινό νομοθέτη κατά την ενάσκηση της νομοθετικής λειτουργίας όσο και τη Διοίκηση, όταν αυτή θεσπίζει, κατά νομοθετική εξουσιοδότηση, κανονιστική ρύθμιση. Η παραβίαση της συνταγματικής αυτής αρχής ελέγχεται από τα δικαστήρια. Κατά το δικαστικό αυτό έλεγχο, που είναι έλεγχος ορίων και όχι της ορθότητας των νομοθετικών επιλογών, αναγνωρίζεται στον κοινό νομοθέτη ή την κατ' εξουσιοδότηση θεσμοθετούσα Διοίκηση η ευχέρεια να ρυθμίζει με ενιαίο ή με διαφορετικό τρόπο τις ποικίλες προσωπικές ή πραγματικές καταστάσεις και σχέσεις, λαμβάνοντας υπόψη τις υφιστάμενες κοινωνικές, οικονομικές, επαγγελματικές ή άλλες συνθήκες, που συνδέονται με καθεμία από τις καταστάσεις ή σχέσεις αυτές, με βάση γενικά και αντικειμενικά κριτήρια τα οποία βρίσκονται σε συνάφεια προς το αντικείμενο της ρύθμισης. Πρέπει όμως η επιλεγόμενη ρύθμιση να κινείται μέσα στα όρια που διαγράφονται από την αρχή της ισότητας και τα οποία αποκλείουν τόσο την εκδήλως άνιση μεταχείριση, με τη μορφή της εισαγωγής καθαρά χαριστικού μέτρου μη συνδεδεμένου προς αξιολογικά κριτήρια ή της επιβολής αδικαιολόγητης επιβάρυνσης, όσο και την αυθαίρετη εξομοίωση διαφορετικών καταστάσεων ή την ενιαία μεταχείριση προσώπων που τελούν υπό διαφορετικές συνθήκες, με βάση όλως τυπικά ή συμπωματικά ή άσχετα μεταξύ τους κριτήρια (Σ.τ.Ε. 1386/2007). Εάν το δικαστήριο, κατά τον έλεγχο της συνταγματικότητας του νόμου, διαπιστώσει*

## **Αριθμός απόφασης: 1337/2019**

παραβίαση της αρχής της ισότητας, οφείλει, κατά την εφαρμογή του νόμου αυτού, να άρει τη διαπιστωθείσα αντισυνταγματικότητα. Ειδικότερα, εάν το δικαστήριο διαπιστώσει παραβίαση της αρχής της ισότητας από το γεγονός ότι ο νομοθέτης έχει θεσπίσει ειδική ρύθμιση που αφορά ορισμένη κατηγορία προσώπων αποκλείοντας από τη ρύθμιση αυτή, ρητώς ή σιωπηρώς, πρόσωπα που τελούν υπό τις ίδιες ή παρόμοιες συνθήκες προς τα πρόσωπα τα οποία ανήκουν στην κατηγορία αυτή, για να αρθεί η διαπιστωθείσα αντισυνταγματικότητα, απαιτείται να επεκτείνει το δικαστήριο την εφαρμογή της ειδικής ρύθμισης και στην κατηγορία των προσώπων τα οποία έχουν αποκλειστεί από αυτήν (Σ.Τ.Ε. 3587/1997)» [Σ.Τ.Ε. 2456/2010. Πρβλ. Απ. Παπακωνσταντίνου, Η επεκτατική εφαρμογή ευνοϊκών διατάξεων νόμου με βάση την αρχή της ισότητας. Το Σύνταγμα 1998, σελ. 545 επ.]. Πρέπει, όμως, να τονιστεί ότι μόνη η έκδοση των προβλεπόμενων πράξεων επιβολής προστίμου, αποτελεί αναγκαία και ικανή συνθήκη αποκλεισμού του οικονομικού φορέα και δεν απαιτείται και τελεσίδικη έκδοση απόφασης (ΔΕΕ13/12/ 2012,C465/11,Forposta SA), καθώς οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 68 του ν.3863/2010, ως νεότεροι και ειδικότεροι, κατισχύουν όσον αφορά στις συμβάσεις καθαριότητας και φύλαξης. Σημειώνεται επιπλέον ότι στο προοίμιο της διακήρυξης αναφέρεται ο ν.4412/2016 ενώ και το άρθρο 68 του ν.3863/2010 αναφέρεται στο σώμα της διακήρυξης. Η ρητή αυτή παραπομπή της διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψήφιους Αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (Ελ.Συν.1437/2017). Πέραν όλων των άλλων, ο επίμαχος λόγος αποκλεισμού, λόγω σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, είχε αναχθεί σε υποχρεωτικό και ρητώς με το ίδιο το σώμα της διακήρυξης, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), οι δε κανόνες που τίθενται σε αυτή κατισχύουν, ως ειδικότεροι κάθε άλλης διατάξεως ανεξάρτητα μάλιστα, από το αν η διάταξη αυτή ρυθμίζει ζητήματα με τρόπο διαφορετικό από τη διακήρυξη (ΣτΕ 1502/2003, ΕΑ 613/2009 και 348/2010). Κατόπιν των ανωτέρω η παράβαση της διάταξης του άρθρου 68 παρ.2 περ. γ του ν.3863/2010, στην οποία γίνεται ρητή παραπομπή με βάση την αλληλουχία των πιο πάνω διατάξεων, στοιχειοθετεί απολύτως τον

## **Αριθμός απόφασης: 1337/2019**

λόγο αποκλεισμού λόγω της συνδρομής σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος κατά την έννοια της των περιπτώσεων α' και θ' της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 18 παρ.2 και 5 του ν.4412/2016 (Δ. Ράικος κ.α. Δημόσιες Συμβάσεις ν.4412/2016-Ερμηνεία κατ' άρθρο, 2018, Δ.Εφ.Θεσ.8/2018, 6/2018, ΑΕΠΠ 183/2017, ΑΕΠΠ 997/2018). Κατά συνέπεια, το γεγονός ότι έχει ασκηθεί προσφυγή κατά των επιβληθεισών ΠΕΠ του ΣΕΠΕ ουδόλως δύναται να επηρεάσει την κρίση της Διοίκησης, η οποία οφείλει να εφαρμόσει την κείμενη νομοθεσία χωρίς ουδεμία δυνατότητα απόκλισης από αυτήν. Η Διοίκηση είχε δέσμια αρμοδιότητα (ΑΕΠΠ 997/2018, σκ.19 & 20) να εφαρμόσει τη διάταξη του άρθρου 68 του ν.3863/2010, όπως ισχύει, ενώ αντιθέτως η τυχόν εφαρμογή της ευνοϊκότερης διάταξης του άρθρου 73 παρ.2 του ν.4412/2016 θα θεωρείτο ευθεία παραβίαση των αρχών της νομιμότητας, της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης από τη μεριά της αναθέτουσας αρχής. Για τους παραπάνω λόγους προκύπτει ευθέως ότι ορθώς αποκλείστηκε η προσφεύγουσα από τη διαγωνιστική διαδικασία και οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της προσφεύγουσας θα πρέπει να απορριφθούν ως παντελώς αβάσιμοι.».

20. Επειδή, η παρεμβαίνουσα αντικρούει επίσης τον ως άνω λόγο της προσφυγής αναφέροντας επί λέξει τα εξής «Περαιτέρω, απορριπτέοι τυγχάνουν οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί της μη σύννομα αιτιολογημένης απόρριψης της συμμετοχής της, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή δρα κατά δέσμια αρμοδιότητα βάσει του άρθρου 68 παρ. 2 εδ. γ του Ν. 3863/2010 και δεν υποχρεούται σε αιτιολόγηση των αποφάσεών της λαμβάνει. Η ύπαρξη των ήδη επιβληθεισών κυρώσεων σε βάρος της προσφεύγουσας ως αυτές περιλαμβάνονται στο μητρώο παραβατών του ΣΕΠΕ είναι οι μόνες επαρκείς και αδιάσειστες αποδείξεις τέλεσης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος και συνεπώς αλυσιτελώς προβάλλεται η ενεργοποίηση της διαδικασίας του άρθρου 73 παρ. 7 και 8 του Ν. 4412/2016 από την προσφεύγουσα. Άλλωστε τον αυτοτελή χαρακτήρα των λόγων αποκλεισμού, όπως έχουμε αναπτύξει στην παρούσα, δέχεται και η ίδια η προσφεύγουσα στην προσφυγή της (σελ. 12) σημειώνοντας ότι «Οι παραπάνω ειδικές ρυθμίσεις για τις εταιρίες καθαριότητας και φύλαξης όπως είναι και η ένδικη, άλλωστε και η ίδια η προσφεύγουσα δέχεται αυτό καθότι αναφέρει ότι « οι παραπάνω ειδικές ρυθμίσεις για τις εταιρείες καθαριότητας και φύλαξης δεν παραπέμπουν στο άρθρο 73 παρ. 2 Ν. 4412/2016

## **Αριθμός απόφασης: 1337/2019**

δυνάμει του οποίου για να συντρέχει ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού οι επιβληθείσες κυρώσεις « πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ... Συνέπεια εφαρμογής της παραπάνω διάταξης, η οποία έχει σκοπό πάταξης του φαινομένου της παράβασης της εργατικής νομοθεσίας, χωρίς να συνδυάζεται ευθέως η εφαρμογή της με την παραπάνω προϋπόθεση που το άρθρο 73 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 (το οποίο διέπει κάθε διαγωνιστική διαδικασία), οι εταιρίες φύλαξης (όπως και η δική μας) αποκλείονται υποχρεωτικώς από διαγωνιστικές διαδικασίες, για υπέρμετρο χρονικό διάστημα που μπορεί να φτάσει ακόμη και τα δύο έτη (!), εφόσον έχουν εκδοθεί σε βάρος τους 3 πράξεις επιβολής κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας, ανεξάρτητα εάν έχουν ασκηθεί κατ' αυτών προσφυγές ή άλλα ένδικα μέσα. Έτσι, από την αυτοτελή εφαρμογή του άρθρου 68 παρ.2 περ. γ' και του αντίστοιχου όρου της διακήρυξης, για τη συνδρομή του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού οι εκδοθείσες διοικητικές κυρώσεις δεν προκύπτει, ελλείψει ευθείας αναφοράς, ότι πρέπει να είναι τελεσίδικες και δεσμευτικές (όπως προϋποθέτει ρητώς το άρθρο 73 παρ.2 Ν. .4412/2016), υπό την έννοια ότι έχουν εκδικαστεί τα προβλεπόμενα κατ' αυτών ένδικα μέσα, αλλά αρκεί μόνον η έκδοση των τριών πράξεων επιβολής διοικητικών κυρώσεων, χωρίς να προβλέπεται από την οικεία νομοθεσία ουδείς άλλος διοικητικός ή δικαστικός μηχανισμός ελέγχου της κρίσης των ελεγκτικών οργάνων επιβολής των συγκεκριμένων διοικητικών κυρώσεων πριν την εφαρμογή του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού.» Τέλος, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η ρύθμιση του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 συνιστά άνιση μεταχείριση που περιορίζει την επιχειρηματική της δραστηριότητα υπέρμετρα, παραβιάζει δε την αρχή της αναλογικότητας και επάγεται βαρείες συνέπειες, ανεξαρτήτως διακινδύνευσης της εταιρίας, υπαιτιότητας της, οικονομικής της θέσης και απασχολούμενου προσωπικού αυτής και κατ' ακολουθία πρέπει να ερμηνευτεί σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και το Σύνταγμα. Ωστόσο οι ανωτέρω ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι προεχόντως ως αλυσιτελείς, διότι η ΑΕΠΠ, κατά τις διατάξεις του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και των εφαρμοστικών αυτού κανονιστικών πράξεων, (ΑΕΠΠ 968/2018) συνιστά διοικητική αρχή (ήτοι όργανο της διοίκησης, άρα της εκτελεστικής εξουσίας) με εκ του νόμου ιδρυόμενη στενά προσδιοριζόμενη αρμοδιότητα για την εξέταση προδικαστικών προσφυγών κατά την ισχύουσα νομοθεσία και όχι όργανο της δικαστικής εξουσίας, με αρμοδιότητα τυχόν

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

*διάχυτου και παρεμπόμπουτος ελέγχου συνταγματικότητας των ισχυουσών διατάξεων. Αντίθετα, η ΑΕΠΠ ως όργανο της διοίκησης υπόκειται στην αρχή της νομιμότητας, που επιβάλλει να ενεργεί στο πλαίσιο της ισχύουσας νομοθεσίας και να μεριμνά για την εφαρμογή της, ουδόλως δε είναι αρμόδια προς άρνηση εφαρμογής νόμων κατόπιν δημιουργικής ερμηνείας των κείμενων διατάξεων κατ'επίκληση ακόμη και του Συντάγματος, καθώς τούτο θα συνιστούσε υπεισέλευση στο πεδίο τόσο της νομοθετικής, όσο και της έχουσας εξουσίας προς τούτο, νομοθετικής εξουσίας.».*

21. Επειδή, όπως εκτέθηκε στην ως άνω σκέψη 17 της παρούσης, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η αναθέτουσα αρχή δεν αιτιολόγησε επαρκώς την απόφαση απόρριψης της προσφοράς της, προβάλλεται αλυσιτελώς και τούτο διότι στην υπό κρίση περίπτωση εφαρμόστηκε ως ειδικότερη η διάταξη του άρθρου 68 παρ.2 εδάφιο γ' του Ν.3863/2010. Ως εκ τούτου η αναθέτουσα αρχή είχε δεσμία αρμοδιότητα να αποκλείσει την προσφεύγουσα από τη στιγμή που η προσφορά της ήταν αντίθετη με το ως άνω άρθρο. Οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας περί παραβίασης της αρχής της αναλογικότητας και της ισότητας σχετικά με τις αυστηρότερες κυρώσεις που ορίζει το άρθρο 68 παρ.2 εδάφιο γ' του Ν.3863/2010 για τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης και καθαριότητας είναι απορριπτέες και τούτο διότι ο επίμαχος λόγος αποκλεισμού, λόγω σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, είχε αναχθεί σε υποχρεωτικό σύμφωνα με την διακήρυξη, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους, από την στιγμή μάλιστα που το εν λόγω άρθρο της διακήρυξης δεν προσβλήθηκε με προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

22. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και ισχυρίζεται ότι θα έπρεπε να απορριφθεί διότι «έχει υπολογίσει την οικονομική της προσφορά με αριθμό εργαζομένων 10,548 άτομα το οποίο δεν είναι ορθό διότι για το έργο απαιτούνται 10,6 άτομα και συγκεκριμένα : ... - .... Ένα (1) πόστο φύλαξης X 24 ώρες εργασίας την ημέρα X 7 ημέρες εργασίας την εβδομάδα = 168 ώρες εργασίας την εβδομάδα / 40 ώρες εργασίας κάθε εργαζόμενου την εβδομάδα = 4,2 φύλακες.

...- ....: Ένα (1) πόστο φύλαξης X 24 ώρες εργασίας την ημέρα X 7 ημέρες εργασίας την εβδομάδα = 168 ώρες εργασίας την εβδομάδα / 40 ώρες εργασίας

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

κάθε εργαζόμενου την εβδομάδα = 4,2 φύλακες. ... - ...: Ένα (1) πόστο φύλαξης X 16 ώρες εργασίας την ημέρα X 5 ημέρες εργασίας την εβδομάδα = 80 ώρες εργασίας την εβδομάδα / 40 ώρες εργασίας κάθε εργαζόμενου την εβδομάδα = 2 φύλακες. Ένα (1) πόστο φύλαξης X 8 ώρες εργασίας την ημέρα X 1 ημέρα εργασίας την εβδομάδα = 8 ώρες εργασίας την εβδομάδα / 40 ώρες εργασίας κάθε εργαζόμενου την εβδομάδα = 0,2 φύλακες. Επομένως για το έργο απαιτούνται εβδομαδιαίως : ... - ...: Ένα (1) πόστο φύλαξης X 24 ώρες εργασίας την ημέρα X 7 ημέρες εργασίας την εβδομάδα = 168 ώρες εργασίας την εβδομάδα ...- ...: Ένα (1) πόστο φύλαξης X 24 ώρες εργασίας την ημέρα X 7 ημέρες εργασίας την εβδομάδα = 168 ώρες εργασίας την εβδομάδα ... - ...: Ένα (1) πόστο φύλαξης X 16 ώρες εργασίας την ημέρα X 5 ημέρες εργασίας την εβδομάδα = 80 ώρες εργασίας την εβδομάδα. Ένα (1) πόστο φύλαξης X 8 ώρες εργασίας την ημέρα X 1 ημέρα εργασίας την εβδομάδα = 8 ώρες εργασίας την εβδομάδα. Σύνολο : 168+168+80+8 = 424 ώρες εβδομαδιαίως ενώ τα άτομα με τα οποία υπολογίσανε την οικονομική τους προσφοράς είναι : 10,548 x 5 μέρες x 8 ώρες = 421,92 ώρες !!! Δηλαδή έχουν υπολογίσει : 424 ώρες - 421,92 = 2,08 x 4,33 εβδομάδες μηνιαίως = 9,006 x 20 μήνες = 180,12 ώρες λιγότερες για 20 μήνες !!! Και αντίστοιχα γι' αυτές τις ώρες δεν έχουν υπολογίσει τα προβλεπόμενα με βάση την εργατική νομοθεσία επιδόματα αδείας, τα Δώρα Χριστουγέννων τα Δώρα Πάσχα, νυχτερινά, Κυριακές κ.λ.π. Από τα ανωτέρω στοιχεία προκύπτει ότι εσφαλμένως η αναθέτουσα αρχή έκανε αποδεκτή και έκρινε εύλογη την προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας ..., ως προς το μισθολογικό κόστος, αν και δεν ήταν σύμφωνη με τις προδιαγραφές της διακήρυξης και δεν υπολογιζόταν σε αυτήν το ορθό μισθολογικό κόστος για τις ζητούμενες υπηρεσίες.. Ειδικότερα, η συνδιαγωνιζόμενη και ήδη αναδειχθείσα προσωρινή μειοδότηρια ως προς τον υπολογισμό του μισθολογικού κόστους, δεν κάλυπτε ορθά τον απαιτούμενο αριθμό του απασχολούμενου προσωπικού, καθώς δήλωνε 10,548 άτομα αντί 10,6 που προέβλεπε η Σύμβαση, με αποτέλεσμα να υπολογίσει 180,12 λιγότερες ώρες εργασίας για 20 μήνες. Συνακόλουθα, γι αυτές τις ώρες δεν υπολόγισε ούτε τα ποσά των δώρων Πάσχα και Χριστουγέννων καθώς και επιδομάτων αδείας παραβιάζοντας την κείμενη εργατική νομοθεσία, με αποτέλεσμα ωστόσο να εμφανίζεται η προσφορά της οικονομικά συμφερότερη. Συνεπώς, η προσφορά της εν λόγω εταιρίας είναι απορριπτέα κατά δέσμια αρμοδιότητα και πρέπει να αποκλειστεί από την

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

διαγωνιστική διαδικασία.».

23. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή αντικρούει τον ως άνω τέταρτο λόγο της προσφυγής και ισχυρίζεται ότι «Ως προς την προσφορά της εταιρίας ... , πρέπει να σημειωθεί ότι κατά πάγια νομολογία διαγωνιζόμενος, ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό, δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζομένου, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται τρίτος ως προς τον εν λόγω διαγωνισμό. Κατ' εξαίρεση, διατηρεί έννομο συμφέρον προβολής του ισχυρισμού περί παραβάσεως του ενιαίου μέτρου κρίσεως, μόνον υπό την έννοια ότι έγινε αποδεκτή η συμμετοχή άλλου διαγωνιζομένου, για τον οποίο, παρότι συνέτρεχε ο ίδιος λόγος αποκλεισμού, εχώρησε διαφορετική εκτίμηση από την αναθέτουσα αρχή των αυτών πλημμελειών από την αναθέτουσα αρχή (ΕΑ 684/2009, 877/2010, 224, 274/2012, 106/2013, 154/2016). Στην εν λόγω περίπτωση όμως δεν συντρέχει ο ίδιος λόγος αποκλεισμού της προσωρινής αναδόχου εταιρείας με αποτέλεσμα άνευ εννόμου συμφέροντος και σε κάθε περίπτωση απαραδέκτως και αβασίμως να προβάλλονται από την προσφεύγουσα εταιρεία οι εν λόγω ισχυρισμοί. (β) Ως προς την έλλειψη βασιμότητας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας εταιρίας Σύμφωνα με το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι - ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΦΥΣΙΚΟΥ ΚΑΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ο ανάδοχος υποχρεούται να υπηρεσίες φύλαξης ως εξής:

A. ΚΤΙΡΙΟ (... , ...)

ΘΥΡΩΡΕΙΟ, ΔΕΥΤΕΡΑ ΕΩΣ ΚΥΡΙΑΚΗ (ΣΥΜΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΟΜΕΝΩΝ ΤΩΝ ΑΡΓΙΩΝ), ΤΙΣ ΩΡΕΣ 07:00-15:00 (1 ΑΤΟΜΟ), 15:00-23:00 (1 ΑΤΟΜΟ) ΚΑΙ 23:00-07:00 (1 ΑΤΟΜΟ).

Δηλαδή 24 ώρες εργασίας την ημέρα X 365 ημέρες ετησίως = 8.760 ώρες ετησίως. Σύνολο ετήσιων ωρών για το Κτίριο ..., ...: 8.760 ετήσιες ώρες. Οι εβδομάδες του έτους είναι 52,143 (365 ημέρες έτους / 7 ημέρες εβδομάδας). Κάθε εργαζόμενος βάσει της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας απασχολείται 40 ώρες εβδομαδιαίως. Οι ετήσιες ώρες απασχόλησης ανά φύλακα είναι 2.085,72 ώρες (52,143 εβδομάδες X 40 ώρες απασχόλησης)

Οπότε για το ΚΤΙΡΙΟ (... , ...) απαιτούνται 4,2 κοστολογικοί φύλακες (8.760 ετήσιες ώρες / 2.085,72 ετήσιες ώρες απασχόλησης ανά άτομο), και είναι το εργατικό κόστος που αναλογεί σε 4,2 άτομα πλήρους απασχόλησης.

B. ΚΤΙΡΙΟ ..., ...

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

ΚΕΝΤΡΙΚΗ ΠΥΛΗ, ΔΕΥΤΕΡΑ ΕΩΣ ΚΥΡΙΑΚΗ (ΣΥΜΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΟΜΕΝΩΝ ΤΩΝ ΑΡΓΙΩΝ), ΤΙΣ ΩΡΕΣ 07:00-15:00 (1 ΑΤΟΜΟ), 15:00-23:00 (1 ΑΤΟΜΟ) ΚΑΙ 23:00-07:00 (1 ΑΤΟΜΟ). Δηλαδή 24 ώρες εργασίας την ημέρα X 365 ημέρες ετησίως = 8.760 ώρες ετησίως. Σύνολο ετήσιων ωρών για το Κτίριο ..., ...: 8.760 ετήσιες ώρες. Οι εβδομάδες του έτους είναι 52,143 (365 ημέρες έτους / 7 ημέρες εβδομάδας). Κάθε εργαζόμενος βάσει της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας απασχολείται 40 ώρες εβδομαδιαίως. Οι ετήσιες ώρες απασχόλησης ανά φύλακα είναι 2.085,72 ώρες (52,143 εβδομάδες X 40 ώρες απασχόλησης). Οι ετήσιες ώρες απασχόλησης ανά φύλακα είναι 2.085,72 ώρες (52,143 εβδομάδες X 40 ώρες απασχόλησης). Οπότε για το ΚΤΙΡΙΟ ..., ... απαιτούνται 4,2 κοστολογικοί φύλακες (8.760 ετήσιες ώρες / 2.085,72 ετήσιες ώρες απασχόλησης ανά άτομο), και είναι το εργατικό κόστος που αναλογεί σε 4,2 άτομα πλήρους απασχόλησης.

Γ. ΚΤΙΡΙΟ ..., ...

ΘΥΡΩΡΕΙΟ, ΔΕΥΤΕΡΑ ΕΩΣ ΠΑΡΑΣΚΕΥΗ ΤΙΣ ΩΡΕΣ 07:00-15:00 (1 ΑΤΟΜΟ) ΚΑΙ 15:00-23:00 (1 ΑΤΟΜΟ), ΚΑΙ ΤΑ ΣΑΒΒΑΤΑ 09:00-17:00 (1 ΑΤΟΜΟ). Δηλαδή, 16 ώρες εργασίας την ημέρα X 254 ημέρες ετησίως (Δευτέρα έως Παρασκευή) = 4.064 ώρες ετησίως. Και επιπλέον 8 ώρες εργασίας την ημέρα X 52 ημέρες ετησίως (Σάββατα) = 416 ώρες ετησίως. Σύνολο ετήσιων ωρών για το Κτίριο ..., ... : 4.480 ετήσιες ώρες (4.064 + 416). Οι εβδομάδες του έτους είναι 52,143 (365 ημέρες έτους / 7 ημέρες εβδομάδας) και κάθε εργαζόμενος βάσει της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας απασχολείται 40 ώρες εβδομαδιαίως. Οι ετήσιες ώρες απασχόλησης ανά φύλακα είναι 2.085,72 ώρες (52,143 εβδομάδες X 40 ώρες απασχόλησης). Οπότε, για το ΚΤΙΡΙΟ ..., ... απαιτούνται 2,148 κοστολογικοί φύλακες (4.480 ετήσιες ώρες / 2.085,72 ετήσιες ώρες απασχόλησης ανά άτομο), και, άρα, το εργατικό κόστος που αναλογεί ανέρχεται σε 2,148 άτομα πλήρους απασχόλησης. Τα κοστολογικά άτομα που έχουν υπολογιστεί σύμφωνα με τις απαιτούμενες ώρες του έργου, σε ετήσια βάση είναι 10,548 (4,2 + 4,2 + 2,148) κι όχι 10,6 όπως υπολογίζει λαθεμένα η προσφεύγουσα. Και τούτο γιατί η προσφεύγουσα στο κτίριο ..., ... (υπό Γ) υπολογίζει πως κάθε φύλακας θα απασχολείται 80 ώρες εβδομαδιαίως καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης, θεωρώντας πως αυτό ισχύει για όλες τις εβδομάδες του έτους, συμπεριλαμβάνοντας στο εργατικό κόστος και τις επίσημες αργίες, οι οποίες, όμως, δεν απαιτούνται από τη διακήρυξη. Προς απόδειξη αυτού εάν

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

πολλαπλασιάσουμε τις 52,143 εβδομάδες του έτους με τις 80 εβδομαδιαίες ώρες απασχόλησης (που υπολογίζει η προσφεύγουσα), προκύπτουν 4.171,44 ετήσιες ώρες φύλαξης, οι οποίες σε καμιά περίπτωση δεν ανταποκρίνονται στις απαιτήσεις της διακήρυξης. Αντίθετα, σε ετήσια βάση, οι καθημερινές ημέρες φύλαξης, αφαιρουμένων των Κυριακών, των επίσημων αργιών και των Σαββάτων-που φυλάσσονται διαφορετικά, είναι 254 και πολλαπλασιαζόμενες με τις ζητούμενες 16 ώρες φύλαξης, υπολογίζονται οι 4.064 ετήσιες ώρες φύλαξης. Η επιπλέον διαφορά στις ώρες φύλαξης που υπολογίζει επιπλέον η προσφεύγουσα σε ετήσια βάση, προσαυξάνει αυθαίρετα το εργατικό κόστος υπολογίζοντας λαθεμένα τον απασχολούμενο αριθμό των ατόμων. Σύμφωνα δε με το άρθρο 1 παρ. 11 ν. 1157 της 8/12.5.81: «Περί κυρώσεως της από 29 Δεκεμβρίου 1980 Πράξεως Νομοθετικού Περιεχομένου του Προέδρου της Δημοκρατίας "περί καθιερώσεως πενθημέρου εβδομάδος εργασίας των δημοσίων εν γένει υπηρεσιών και ρυθμίσεως συναφών θεμάτων" και τροποποιήσεως διατάξεων ταύτης.» (Α' 126) «11. Ημέραι αργίας και ημιαργίας των δημοσίων οργανισμών τοπικής αυτοδιοικήσεως και λοιπών νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου ορίζονται αι εξής: α) Ημέραι αργίας: Η Εθνική εορτή, η 28η Οκτωβρίου, η πρώτη του έτους, τα Θεοφάνεια, η των Τριών Ιεραρχών διά τους εκπαιδευτικούς λειτουργούς, η Καθαρά Δευτέρα, η Μεγάλη Παρασκευή, το Μέγα Σάββατον, η Δευτέρα του Πάσχα, η 1η Μαΐου, η του Αγίου Πνεύματος (Δευτέρα της Πεντηκοστής), η της Κοιμήσεως της Θεοτόκου, η 17η Νοεμβρίου διά τα Ανώτατα Εκπαιδευτικά Ιδρύματα και τας Ανωτέρας Σχολάς, η πρώτη και δευτέρα ημέρα των Χριστουγέννων και άπασαι αι Κυριακές.» Συνεπώς, ο λόγος αυτός είναι απορριπτέος ως ουσία αβάσιμος.»

24. Επειδή, η παρεμβαίνουσα αντικρούει επίσης τον ως άνω τέταρτο λόγο της προσφυγής και ισχυρίζεται επί λέξει ότι «Η εταιρεία ... στην προδικαστική προσφυγή ( σελ. 20 ) ισχυρίζεται εσφαλμένα ότι στην οικονομική μας προσφορά έπρεπε να υπολογιστεί το μισθολογικό κόστος επί τη βάσει 10,6 κοστολογικών ατόμων για τις ζητούμενες υπηρεσίες φύλαξης αντί του ορθού και ακριβή κοστολογικού υπολογισμού των 10,548 ατόμων που η εταιρεία μας έχει υπολογίσει και τεκμηριώσει στην οικονομική μας προσφορά ορθώς και απολύτως σύμφωνα με τις προδιαγραφές της διακήρυξης. Η οικονομική προσφορά της εταιρείας μας έχει διαμορφωθεί, όπως προκύπτει από τα κάτωθι στοιχεία τα οποία καλύπτουν πλήρως τις αξιούμενες από τη διακήρυξη ετήσιες

**Αριθμός απόφασης: 1337/2019**

ώρες απασχόλησης, ως εξής:

*A. ΚΤΙΡΙΟ ΕΠΙ ΤΗΣ ΟΔΟΥ ... , ...*

Όσο αφορά τη θέση φύλαξης «Θυρωρείο», απαιτείται κατά τη διακήρυξη για τις ημέρες από Δευτέρα έως Κυριακή (συμπεριλαμβανομένων των αργιών) ένα άτομο με ωράριο εργασίας από 07:00-15:00 (8 ώρες εργασίας), ένα άτομο με ωράριο εργασίας από 15:00-23:00 (8 ώρες εργασίας), και ένα άτομο με ωράριο εργασίας από 23:00-07:00 (8 ώρες εργασίας). Οι ετήσιες ώρες εργασίας όπως ορίζονται από την αναθέτουσα αρχή συνίστανται σε 8.760 ώρες ήτοι 24 ώρες εργασίας την ημέρα X 365 ημέρες ετησίως. Συνεπώς το σύνολο των ετήσιων ωρών εργασίας για το Κτίριο επί της οδού ..., ..., σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης, συνίστανται σε 8.760 ετήσιες ώρες εργασίας.

Περαιτέρω, κάθε εργαζόμενος βάσει της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας δέον να απασχολείται 40 ώρες εβδομαδιαίως. Δεδομένου ότι οι εβδομάδες του έτους είναι 52,143 (365 ημέρες έτους / 7 ημέρες εβδομάδας), οι ετήσιες κατά νόμο ώρες απασχόλησης ανά φύλακα είναι 2.085,72 ώρες (52,143 εβδομάδες X 40 ώρες απασχόλησης). Συνεπώς, για το ΚΤΙΡΙΟ ΕΠΙ ΤΗΣ ΟΔΟΥ ..., ... απαιτούνται 4,2 κοστολογικοί φύλακες (8.760 ετήσιες ώρες / 2.085,72 ετήσιες ώρες απασχόλησης ανά άτομο και το υπολογιζόμενο από την εταιρεία μας εργατικό κόστος αναλογεί σε 4,2 άτομα πλήρους απασχόλησης. . ΚΤΙΡΙΟ ΕΠΙ ΤΗΣ ..., ...

Όσο αφορά τη θέση φύλαξης «Κεντρική Πύλη», απαιτείται κατά τη διακήρυξη, για τις ημέρες από Δευτέρα έως Κυριακή (συμπεριλαμβανομένων των αργιών) ένα άτομο με ωράριο εργασίας από 07:00-15:00 (8 ώρες εργασίας), ένα άτομο με ωράριο εργασίας από 15:00-23:00 (8 ώρες εργασίας), και ένα άτομο με ωράριο εργασίας από 23:00-07:00 (8 ώρες εργασίας). Οι ετήσιες ώρες εργασίας όπως ορίζονται από την αναθέτουσα αρχή συνίστανται σε 8.760 ώρες ήτοι 24 ώρες εργασίας την ημέρα X 365 ημέρες ετησίως. Συνεπώς το σύνολο των ετήσιων ωρών εργασίας για το Κτίριο επί της οδού ..., ..., σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης, συνίστανται σε 8.760 ετήσιες ώρες εργασίας.

Περαιτέρω, κάθε εργαζόμενος βάσει της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας δέον να απασχολείται 40 ώρες εβδομαδιαίως. Δεδομένου ότι οι εβδομάδες του έτους είναι 52,143 (365 ημέρες έτους / 7 ημέρες εβδομάδας), οι ετήσιες κατά νόμο ώρες απασχόλησης ανά φύλακα είναι 2.085,72 ώρες (52,143 εβδομάδες X 40 ώρες απασχόλησης). Συνεπώς, για το ΚΤΙΡΙΟ ΕΠΙ ΤΗΣ ΟΔΟΥ ..., ...

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

απαιτούνται 4,2 κοστολογικοί φύλακες (8.760 ετήσιες ώρες / 2.085,72 ετήσιες ώρες απασχόλησης ανά άτομο και υπολογιζόμενο από την εταιρεία μας εργατικό κόστος αναλογεί σε 4,2 άτομα πλήρους απασχόλησης.

Γ. ΚΤΙΡΙΟ ΕΠΙ ΤΗΣ ΟΔΟΥ ..., ...

Όσο αφορά τη θέση φύλαξης «Θυρωρείο», απαιτείται κατά τη διακήρυξη, για τις ημέρες από Δευτέρα έως Παρασκευή (άνευ των αργιών) ένα άτομο με ωράριο εργασίας από 07:00-15:00 (8 ώρες εργασίας) και ένα άτομο με ωράριο εργασίας από 15:00-23:00 (8 ώρες εργασίας), και για τα Σάββατα ένα άτομο με ωράριο εργασίας από 09:00 έως 17:00 (8 ώρες εργασίας). Οι ετήσιες ώρες εργασίας όπως ορίζονται από την αναθέτουσα αρχή συνίστανται σε 4.480 ώρες ήτοι 4.064 ώρες ετησίως (16 ώρες εργασίας την ημέρα X 254 ημέρες ετησίως για τις ημέρες από Δευτέρα έως Παρασκευή και επιπλέον 416 ώρες (8 ώρες εργασίας την ημέρα X 52 ημέρες ετησίως για τα Σάββατα). Συνεπώς το σύνολο των ετήσιων ωρών εργασίας για το Κτίριο επί της οδού ..., ..., σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης, συνίστανται σε 4.480 ετήσιες ώρες (4.064 + 416). Περαιτέρω, κάθε εργαζόμενος βάσει της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας δέον να απασχολείται 40 ώρες εβδομαδιαίως. Δεδομένου ότι οι εβδομάδες του έτους είναι 52,143 (365 ημέρες έτους / 7 ημέρες εβδομάδας), οι ετήσιες κατά νόμο ώρες απασχόλησης ανά φύλακα είναι 2.085,72 ώρες (52,143 εβδομάδες X 40 ώρες απασχόλησης). Συνεπώς για το ΚΤΙΡΙΟ ΕΠΙ ΤΗΣ ..., ...) απαιτούνται 2.148 κοστολογικοί Φύλακες (4.480 ετήσιες ώρες / 2.085,72 ετήσιες ώρες απασχόλησης ανά άτομο), και το υπολογιζόμενο από την εταιρεία μας εργατικό κόστος αναλογεί σε 2.148 άτομα πλήρους απασχόλησης.

Από τα ως άνω αναφερόμενα προκύπτει ευχερώς ότι τα κοστολογικά άτομα που έχει ορθώς και σύμφωνα με τις απαιτούμενες ώρες του έργου υπολογίσει η εταιρεία μας σε ετήσια βάση είναι 10.548 (4,2 + 4,2 + 2,148) κι όχι 10,6 όπως υπολογίζει εσφαλμένα η συνδιαγωνιζόμενη. Η προσφεύγουσα στην οικονομική της προσφορά για το κτίριο στην οδό ..., ..., υπολογίζει ότι κάθε φύλακας θα απασχολείται 80 ώρες εβδομαδιαίως καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης, θεωρώντας αυθαίρετα πως αυτό ισχύει για όλες τις εβδομάδες του έτους, συμπεριλαμβάνοντας στο εργατικό κόστος και τις επίσημες αργίες. Ωστόσο, σύμφωνα με το γράμμα της διακήρυξης, για το κτίριο επί της οδού ..., ..., και κατά παρέκκλιση των ισχυόντων για τα κτίρια επί της οδού ..., ... και επί της οδού ..., ..., η αναθέτουσα αρχή δεν αξιώνει να συμπεριλαμβάνονται και οι επίσημες

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

αργίες στο σύνολο των ημερών φύλαξης δυνάμει των οποίων διαμορφώνεται το συνολικό εργατικό κόστος. Με άλλα λόγια η ειδοποιός διαφορά κατά τον τρόπο υπολογισμού του εργατικού κόστους στα υπό ανάθεση κτίρια φύλαξης έγκειται στο γεγονός ότι ενώ για τα κτίρια επί της οδού ..., ... και επί της οδού ..., ... στο σύνολο των ημερών φύλαξης απαιτείται κατά τη διακήρυξη να συμπεριλαμβάνονται και οι επίσημες αργίες, αντίθετα για το κτίριο επί της οδού ..., ..., δεν απαιτεί κάτι τέτοιο. Επεξηγηματικά, η προσφεύγουσα, όσο αφορά το κτίριο στην οδό ..., ..., έχει υποβάλλει προσφορά η οποία έχει υπολογιστεί σε εσφαλμένη βάση και ως εκ τούτου είναι απαράδεκτη και απορριπτέα ως μη ανταποκρινόμενη στις απαιτήσεις της διακήρυξης. Προς επίρρωση των ανωτέρω διαλαμβανομένων, εάν πολλαπλασιάσουμε τις 52,143 εβδομάδες του έτους με τις 80 εβδομαδιαίες ώρες απασχόλησης (που υπολογίζει η συνδιαγωνιζόμενη), προκύπτουν 4.171,44 ετήσιες ώρες φύλαξης. Αντίθετα, όπως παραθέσαμε ανωτέρω, οι απαιτούμενες κατά την αναθέτουσα και την διακήρυξη καθημερινές ημέρες φύλαξης ετησίως αφαιρούμενων των Κυριακών, των επίσημων αργιών και των Σαββάτων που φυλάσσονται διαφορετικά), είναι 254 οι οποίες πολλαπλασιαζόμενες με τις ζητούμενες από την διακήρυξη 16 ώρες φύλαξης, υπολογίζονται σε 4.064 ώρες φύλαξης ετησίως. Η επιπλέον διαφορά στις ώρες φύλαξης που υπολογίζει επιπλέον η συνδιαγωνιζόμενη σε ετήσια βάση, προσαυξάνει αυθαίρετα το εργατικό κόστος υπολογίζοντας εσφαλμένα τον απασχολούμενο αριθμό των ατόμων, με συνέπεια την άνευ λόγου οικονομική επιβάρυνση της αναθέτουσας αρχής και του Δημοσίου, με μη υπαρκτά κόστη. Συνεπώς, από ουδεμία πλημμέλεια πάσχει η οικονομική προσφορά της εταιρείας μας, ενώ ο υπολογισμός των ωρών εργασίας που μεταχειρίζεται η προσφεύγουσα για το κτίριο στην οδό ..., ..., είναι εντελώς εσφαλμένος, ανακριβής, αυθαίρετος και καταλήγει σε εσφαλμένο και παραπλανητικό εργατικό κόστος, διότι το δεδομένο που έχει λάβει είναι ότι συμπεριλαμβάνονται και οι επίσημες αργίες στο σύνολο των ωρών εργασίας, στοιχείο που δεν απαιτείται σε κανένα σημείο της διακήρυξης. Ως εκ τούτου η υπό κρίση οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας έρχεται σε πλήρη αντίθεση με τις απαιτήσεις της διακήρυξης, ο ρόλος της οποίας είναι να καθορίζει τους όρους του διαγωνισμού με τέτοιο τρόπο ώστε να ακολουθούνται απαρέγκλιτα από τους οικονομικούς φορείς και να διασφαλίζεται έτσι η τήρηση της νομιμότητας, της αξιοκρατίας, της ισότητας και της διαφάνειας.».

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

25. Επειδή, η προσφεύγουσα με το κατατεθέν από 21.20.2019 συμπληρωματικό υπόμνημα αντικρούει τους άνω ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας ισχυριζόμενη ότι «1.Ακόμη και θεωρηθεί ότι η εταιρία μας νομίμως αποκλείστηκε από τη διαδικασία, διατηρεί το έννομο συμφέρον της για τη ματαίωση του διαγωνισμού προβάλλοντας σφάλματα που βαρύνουν τις ανταγωνίστριες εταιρίες (ΣΤΕ ΕΑ 30/2019). 2. Η Αναθέτουσα Αρχή (ομοίως και η ...) προβαίνει σε υπολογισμό του εργοδοτικού κόστους επί τη βάσει του σκεπτικού ότι το 2020 έχει 365 ημέρες και αντιστοίχως έχει υπολογίσει και την προσαύξηση για τις νύκτες, όμως, το 2020 έχει 366 μέρες και επομένως όλοι οι υπολογισμοί της είναι εσφαλμένοι. Έτσι, η διαφορά στα άτομα στο κτήριο ..., ακόμη και αν είναι ορθός ο αριθμός των αργιών (το οποίο αμφισβητούμε) που έλαβε υπόψη της η Αναθέτουσα Αρχή, είναι η εξής: οι εργάσιμες θα ήταν 255 μέρες ( $366 - 52 - 52 - 7 =$ ) και όχι 254. 3. Περαιτέρω, για το 2020, οι αργίες 26/12 και 15/12 είναι Σάββατο, άρα οι εργάσιμες ημέρες είναι 257 ( $= 366 - 50$  Σάββατα  $- 52$  Κυριακές  $- 7$  αργίες) και όχι 254. Άρα ο συνολικός αριθμός ωρών εργασίας είναι α) για 257 μέρες εργάσιμες  $\times 16$  ώρες  $= 4112,00$  ώρες και όχι 4064 ώρες, β) για 50 Σάββατα  $\times 8$  ώρες  $= 400$  ώρες. Σύνολο :  $4112 + 400 = 4512$  ώρες ετησίως και όχι 4480 ώρες ετησίως. Συνεπώς, τα άτομα για το συγκεκριμένο κτίριο θα ήταν:  $4512$  ώρες ετησίως  $/ 2085,72$  ώρες  $= 2,163$  άτομα. Επομένως, τα συνολικώς ζητούμενα άτομα θα είναι  $4,2 + 4,2 + 2,163 = 10,563$  και σε καμία περίπτωση 10,548 που αναφέρει η Αναθέτουσα Αρχή. 4. Ομοίως για το 2021, η 1/5/2021 είναι Σάββατο και 15/8/2021 είναι Κυριακή και επομένως αντίστοιχα υφίσταται σφάλμα στους υπολογισμούς της Αναθέτουσας Αρχής ως προς το συνολικό εργοδοτικό κόστος, κατ' αντιστοιχία με τα παραπάνω.».

26. Επειδή, σύμφωνα με τα παγίως κριθέντα στη νομολογία του ΣΤΕ, ήδη υπό την ισχύ των, προγενέστερων του Ν. 4412/2016 (ΒΙΒΛΙΟ IV), Νόμων 2522/1997 και 3886/2010: διαγωνιζόμενος, του οποίου η προσφορά νομίμως αποκλείεται, καθίσταται τρίτος ως προς την εξέλιξη της αντίστοιχης διαδικασίας, ώστε να στερείται καταρχήν εννόμου συμφέροντος προς αμφισβήτηση της νομιμότητας της αποδοχής της προσφοράς άλλου διαγωνιζομένου. Υπενθυμίζεται από το κρίνον Κλιμάκιο, ότι υπό τα σύγχρονα νομικά δεδομένα, η διαστολή του εννόμου συμφέροντος της αιτούσας, ο αποκλεισμός της οποίας έχει ήδη κριθεί με την παρούσα νόμιμος, ώστε να δύναται να προβάλλει ανεξαιρέτως λόγους ακύρωσης κατά της αποδοχής προσφοράς της

## Αριθμός απόφασης: 1337/2019

παρεμβαίνουσας, δεν μπορεί να γίνει δεκτός καθώς δεν έχει παραχθεί σε επίπεδο οριστικής δικαστικής προστασίας εκείνη η ακυρωτική νομολογία εκ του Ανώτατου Ακυρωτικού όπου θα γίνεται ρητά λόγος από τους Δικαστές του για «μεταστροφή της πάγιας νομολογίας του». Μάλιστα, κατά την πρώτη επιστημονική διαπραγμάτευση του ζητήματος αυτού τον Μάιο 2018 στο 5ο Ετήσιο Επιστημονικό Συνέδριο «ΔΙΑΛΟΓΟΙ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΥ, ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΥ ΚΑΙ ΕΥΡΩΠΑΪΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ», που διοργάνωσε η Ένωση Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ) σε συνεργασία με τον Δικηγορικό Σύλλογο Βόλου (ΔΣΒ), στο Τεχνικό Επιμελητήριο (Τ.Ε.Ε.) Μαγνησίας στις 11-12.5.2017, επισημάνθηκε από τον Ι. Κίτσο, «Το έννομο συμφέρον ως προϋπόθεση παραδεκτού της ακυρωτικής διοικητικής δίκης», πως το νομικό ζήτημα είναι προδήλως «επιστημονικά ανοιχτό» καθώς «δεν είναι διόλου αυτονόητη η αναλογική εφαρμογή στο ημέτερο Δίκαιο των Δημοσίων Συμβάσεων» της περίφημης Απόφασης του ΔΕΕ της 11.5.2017 στην υπόθεση C-131/16, Archus και Gama λαμβανομένης, τονίζοντας την ειδική περιπτώσιολογία της υπόθεσης που έκρινε το ΔΕΕ υπό το φως των νομικών ιδιαιτεροτήτων του πολωνικού Δικαίου των Δημοσίων Συμβάσεων. Αργότερα δε, στο Άρθρο του Παρέδρου του ΣτΕ Ν. Μαρκόπουλου, «Το έννομο συμφέρον αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα για την προσβολή πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων», Νομολογία Δημοσίων Έργων & Περιβάλλοντος Τεύχος 7, 2018, σελ. 5επ. γίνεται ρητά λόγος πως (σελ. 16-17) η νομολογία του ΣτΕ «δεν έχει κατασταλάξει οριστικώς» και «βρίσκεται σε στάδιο διαμορφώσεως» τασσόμενος πάντως αρνητικά επί του νομικού ζητήματος, καθώς έτσι επέρχεται «αλλοίωση της ηθικής της διαγωνιστικής διαδικασίας» (βλ. και Ν. Μαρκόπουλος, «Η νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Δ.Ε.Ε.) για το έννομο συμφέρον προσβολής πράξεων ή παραλείψεων αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων», Ομιλία στο Ιδρυτικό Συνέδριο της ΑΕΠΠ, 08.02.2019, Αγ. Ιωάννης Ρέντης). Με την πρόσφατη Μελέτη του ίδιου του Συμβούλου της Επικρατείας, Η. Μάζου, «Δικαστική προστασία ενώπιον του ΣτΕ στις δημόσιες συμβάσεις», σε: Ε.-Ε. Κουλουμπίνη – Η. Μάζου – Ι. Κίτσου, Δημόσιες Συμβάσεις - Ν 4412/2016: Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή (συλλογικό έργο), Νομική Βιβλιοθήκη 2019, σελ. 501-502, επισημαίνεται η δεδομένη νομική διάσταση που πράγματι επικράτησε στους κόλπους της Επιτροπής Αναστολών, και προκρίνεται, υπό καθεστώς ασφάλειας δικαίου, ότι:

## **Αριθμός απόφασης: 1337/2019**

«Η επίλυση του ζητήματος μεταφέρεται αναγκαστικά στον ακυρωτικό σχηματισμό του Δικαστηρίου» το οποίο δεν έχει ακόμη οριστικά κατασταλάξει. Εντελώς πρόσφατα, τέλος, δυνάμει παραπομπής από την Απόφαση 180/2019 της Επιτροπής Αναστολών του Α΄ Τμήματος Διακοπών του ΣτΕ παραπέμφθηκε στην Επιτροπή Αναστολών της Ολομελείας το κρίσιμο ζήτημα η οποία με την Απόφασή της 235/2019 διατύπωσε προς το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης σειρά προδικαστικών ερωτημάτων εν προκειμένω (πηγή [www.adjustice.gr](http://www.adjustice.gr) Ανακοίνωση 18.10.2019). Μέχρι την εκ νέου αναπομπή της υπόθεσης όμως στο ημέτερο Ανώτατο Ακυρωτικό Δικαστήριο κατά τα όσα θα κρίνει το ΔΕΕ, λόγοι ασφάλειας δικαίου επιτάσσουν, κατά την κρίση του Κλιμακίου, την εφαρμογή της πάγιας, μέχρι σήμερα, σαφούς νομολογίας του όπως εφαρμόστηκε.

27. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

28. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

29. Επειδή, η παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή .

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 11 Νοεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στις 02 Δεκεμβρίου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Ιωάννης Κίτσος**

**Βασιλική Κωστή**