

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 25 Οκτωβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Αγγελική Πουλοπούλου, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος (Εισηγητής) και Μαρία Κάπαρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21-9-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/948/21-9-2018 του οικονομική φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά του αναθέτοντος φορέα «ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ Α.Ε.», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Και του παρεμβαίνοντος με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων ζητά να ακυρωθεί η κοινοποιηθείσα σε αυτόν την 13-9-2018 Απόφαση της Επιτροπής Διαγωνισμού, όπως αυτή αποτυπώνεται στο με αρ. πρωτ. 5183/13-9-2018 έγγραφο-απόφαση του Τομεάρχη Συμβάσεων και προμηθειών του αναθέτοντος φορέα, καθ' ο μέρος απεκλείσθη δι' αυτής από τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης γενικών υπηρεσιών (CPV: 79713000) άνω των ορίων και εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 649.524.00 ευρώ που διακηρύχθηκε με τη Διακήρυξη ΔΥΣ/80041/2018 για τη «ΦΥΛΑΞΗ ΥΠΗΡΕΣΙΑΚΩΝ ΜΟΝΑΔΩΝ ΤΩΝ ΔΙΕΥΘΥΝΣΕΩΝ ΠΩΛΗΣΕΩΝ ΑΤΤΙΚΗΣ, ΒΟΡΕΙΟΥ ΚΑΙ ΝΟΤΙΟΥ ΕΛΛΑΔΑΣ (ΚΑΤΑΣΤΗΜΑΤΑ ΚΑΙ ΓΡΑΦΕΙΑ) και της Διεύθυνσης Ανάπτυξης και Υποστήριξης Πωλήσεων», η οποία δημοσιεύτηκε στην ΕΕΕ με αρ. 2018/S 119-272030.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία 23349649195811130041 και ποσού ευρώ 3.248,00, που πληρώθηκε με το από 21-9-2018 έμβασμα δια Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος, φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, ο προσφεύγων με την από 21-9-2018 Προσφυγή του στρέφεται κατά εκτελεστής πράξης δια της οποίας κρίθηκε αποκλειστέος κατά το άρ. 73 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. α' Ν. 4412/2016 και τον όρο 7.2.7 της διακήρυξης, η οποία παρέπεμπε στο άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010. Ειδικότερα, ο προσφεύγων προβάλλει ότι για τη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 2 Ν. 4412/2016, οι επιβληθείσες κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, με την εξαίρεση των εταιριών καθαριότητας και φύλαξης, όπως ο ίδιος, οι οποίες κατ' άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010, αποκλείονται από τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, ανεξάρτητα εάν έχουν ασκηθεί κατ' αυτών προσφυγές ή ένδικα μέσα και οπότε, προ του τελεσίδικου και δεσμευτικού χαρακτήρα των οικείων κυρώσεων. Πλην όμως, ο προσφεύγων επικαλείται ότι τούτο συνιστά άνιση μεταχείριση και ιδιαίτερα περιοριστική υποχρέωση των ως άνω εταιριών και κατ' αποτέλεσμα και του ίδιου, παραβιάζει δε την αρχή της αναλογικότητας και επάγεται βαρείς συνέπειες, ανεξαρτήτως διακινδύνευσης της εταιρίας, υπαιτιότητας της, οικονομικής της θέσης και απασχολούμενου προσωπικού αυτής. Συνεπώς, κατά τον προσφεύγοντα το άρ. 68 Ν. 3863/201, κατ' ακολουθία του οποίου τέθηκε ο όρος 7.2.7 της διακήρυξης πρέπει να ερμηνευθεί σύμφωνα με το Σύνταγμα και επομένως, να εφαρμοστεί σε συνδυασμό με την πρόβλεψη περί τελεσίδικης και δεσμευτικής ισχύος κατ' άρ. 73 παρ. 2 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, ο προσφεύγων επικαλείται ότι αφενός κατά την υποβολή της προσφοράς του δεν γνώριζε τις με αριθμ. 284515/1-11-2017 ΠΕΠ, με αριθμ. 171060/24-05-2018 ΠΕΠ, και τις με αριθμ. 282260 και 282149/10-08-2018 ΠΕΠ και ότι τις δύο τελευταίες εξ αυτών τις έχει προσβάλει

Αριθμός Απόφασης: 968/2018

με την υπ' αρ. 305135/5-9-2018 Αίτηση Θεραπείας του, αλλά εφόσον δεν ανακληθούν θα ασκήσει ένδικο βοήθημα κατά αυτών.

3. Επειδή, με τις από 5-10-2018 ενώπιον της ΑΕΠΠ Απόψεις της η αναθέτουσα επικαλείται τα ακόλουθα. Ότι συμφώνως με τον όρο 7.2.7 της διακήρυξης και το άρ. 68 παρ. 2 Ν. 3863/2010, νομίμως απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος, βάσει των στοιχείων που ήδη συνέτρεχαν κατά τον καταληκτικό χρόνο υποβολής προσφορών, λόγω της αρχής της τυπικότητας και ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Ότι, εφόσον ο προσφεύγων γνώριζε ότι οι παραβάσεις στις οποίες υπέπεσε χαρακτηρίζονται καταρχήν ως πολύ υψηλής σοβαρότητας θα έπρεπε να συμπληρώσει το οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ δηλώνοντας ότι έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις της εργατικής νομοθεσίας και έχει υποπέσει σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, αναφέροντας ακολούθως αναλυτικά τα μέτρα τα οποία έλαβε προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας του, αναφερόμενη για παράδειγμα στις διαδοχικές αιτήσεις θεραπείας και τις προσφυγές που άσκησε ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων και προβάλλοντας μεταξύ αυτών τους ισχυρισμούς της σχετικά με τον ήπιο χαρακτήρα των εν λόγω παραβάσεων. Υπό αυτή τη συνθήκη, ο αναθέτων φορέας θα είχε πράγματι την ευχέρεια να συνεκτιμήσει τα στοιχεία που θα ετίθετο συνολικά στη διάθεσή του εκ μέρους της προσφεύγουσας σε πρώιμο στάδιο της διαδικασίας, προκειμένου εν τέλει να αποφασίσει εάν τίθεται ζήτημα αξιοπιστίας και ακεραιότητας του προσφεύγοντος και ως εκ τούτου εάν θα προχωρήσει στον αποκλεισμό της από το επόμενο στάδιο του διαγωνισμού ή όχι. Οι οικείες δε δηλώσεις του προσφεύγοντος στο ΕΕΕΣ του περί έλλειψης εκ μέρους του παραβιάσεων της εργατικής νομοθεσίας ήταν σαφείς και δεν έχρηζαν αποσαφήνισης. Άλλωστε, εάν υποθεθεί ότι, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, η αρνητική δήλωση της θα έπρεπε να αποτελέσει αντικείμενο διευκρίνισης, με την έννοια ότι αυτή εν τέλει υπέπεσε σε παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας και έχει διαπράξει σοβαρά επαγγελματικά παραπτώματα, πράξεις για τις οποίες έχει λάβει κατάλληλα μέτρα απευθυνόμενη με προσφυγές ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων, τότε η εν λόγω διευκρίνιση θα ετίθετο παρανόμως καθώς συνιστά ευθεία μεταβολή του νοηματικού περιεχομένου της δήλωσης που περιέχεται στα οικεία πεδία του Ε.Ε.Ε.Σ. που υπέβαλε ο

Αριθμός Απόφασης: 968/2018

προσφεύγων, και σε καμία περίπτωση δεν αφορά ασάφεια, επουσιώδη πλημμέλεια ή πρόδηλο τυπικό σφάλμα. Περαιτέρω, ο αναθέτων επικαλείται ότι απαραδέκτως ο προσφεύγων βάλλει επί της ουσίας κατά των όρων της διακήρυξης, παραβιάζοντας τον κανόνα του επικαίρου της προσβολής.

4. Επειδή, με την από 8-10-2018 νομίμως κατατεθείσα και εμπροθέσμως ασκηθείσα κατόπιν της από 26-9-2018 κοινοποίηση της προσφυγής (καθώς, η τελευταία ημέρα της δεκαήμερης προθεσμίας έληγε την 6-10-2018 ημέρα Σάββατο και συνεπώς η προθεσμία παρεκτάθη έως και τη Δευτέρα 8-10-2018, βλ. ΔΕφΠατρών Ν39/2017), παρέμβασή του, ο παρεμβαίνων, ο οποίος μετείχε στον διαγωνισμό με παραδεκτή προσφορά και επομένως προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση του αποκλεισμού του έτερου μετέχοντος προσφεύγοντος, μετ' εννόμου συμφέροντος, επικαλείται τα ακόλουθα. Ότι εις γνώση του προσφεύγοντος προ της προθεσμίας υποβολής προσφορών, ήτοι πριν την 27-8-2018 όταν υπέβαλε την προσφορά του, είχαν επιβληθεί εις βάρος του, 4 πράξεις επιβολής προστίμου χαρακτηρισθείσες ως υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας με 3 αθροιστικά διενεργηθέντες ελέγχους και συγκεκριμένα η με αριθμ. 284515/1-11-2017 ΠΕΠ, η με αριθμ. 171060/24-05-2018 ΠΕΠ, και οι με αριθμ. 282260 και 282149/10-08-2018 ΠΕΠ. Πλην όμως, ο προσφεύγων δεν δήλωσε τούτο στο ΕΕΕΣ του στοι οικείο πεδίο περί κυρώσεων εργατικής νομοθεσίας ούτε ανέφερε μέτρα αυτοκάθαρσης, καίτοι γνώριζε εξ αρχής ότι ο αναθέτων θα λάμβανε το σχετικό πιστοποιητικό του ΣΕΠΕ, ούτως μη επιδεικνύοντας τη δέουσα επιμέλεια και στερώντας από τον αναθέτοντα την ευχέρεια συνεκτίμησης των στοιχείων που θα συγκεντρώνονταν στη διάθεσή της. Ουδόλως δε συνέτρεχε υποχρέωση του αναθέτοντος να ζητήσει διευκρινίσεις λόγω επικείμενου αποκλεισμού, αφού η δήλωση του προσφεύγοντος ότι δεν έχει εις γνώση του παραβιάσει υποχρεώσεις του εργατικού δικαίου και δεν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα στο ΕΕΕΣ του ήταν σαφέστατη. Εξάλλου, η μεταγενέστερη ανάκληση των επιβληθεισών από 10-8-2018 Πράξεων Επιβολής Προτίμου λόγω αίτησης θεραπείας του προσφεύγοντος, δεν ανατρέπει τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού, αφού αυτή δεν έχει αναδρομική ισχύ και λαμβάνει χώρα μετά την υποβολή της προσφοράς, όταν και θα έπρεπε να συντρέχει η έλλειψη του οικείου λόγου αποκλεισμού, ως και των τυχόν μέτρων αυτοκάθαρσης. Εξάλλου, ο οικείος χρόνος δεν εκτείνεται ως την εξέταση προδικαστικής προσφυγής από την ΑΕΠΠ, καθώς η κρίση επί μέτρων αυτοκάθαρσης κείται εκτός αρμοδιοτήτων

της τελευταίας και ανήκει αποκλειστικά στην αναθέτουσα.

5. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, άνω των ορίων του Βιβλίου ΙΙ περί ανάθεσης σύμβασης υπηρεσιών και του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Επιπλέον, η Προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως κατά το αρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (εν προκειμένω, χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλομένης στον προσφεύγοντα την 13-9-2018 και χρόνος άσκησης της προσφυγής την 21-9-2018), ενώ ο προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' αρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο νομίμως υπογεγραμμένο. Περαιτέρω, ο προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής του, αφού δια της προσβαλλομένης αποκλείστηκε από τη διαδικασία. Επομένως, η προσφυγή, όπως και η παρέμβαση, βλ. αμέσως προηγούμενη σκέψη, πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

6. Επειδή, κατά τον όρο 7.2.7 του Τεύχους 2 της διακήρυξης, η οποία έγινε ανεπιφύλακτα αποδεκτή από τους μετέχοντες, ως και τον ίδιο τον προσφεύγοντα, ορίζονται τα ακόλουθα *“7.2.7 Η ΔΕΗ Α.Ε αμέσως μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, θα υποβάλει γραπτό αίτημα προς τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για τη χορήγηση πιστοποιητικού, από το οποίο να προκύπτουν όλες οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος εκάστου των υποψήφιων εργολάβων. Η ΔΕΗ Α.Ε θα αποκλείσει τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη προθεσμίας υποβολής των προσφορών, τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβιάσεις της Εργατικής Νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται σύμφωνα με την Υπουργική Απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β'266), όπως εκάστοτε ισχύει ως “υψηλής” ή “πολύ υψηλής*

Αριθμός Απόφασης: 968/2018

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 παραβιάσεις της Εργατικής Νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους.”. Το δεύτερο εδάφιο του ως άνω όρου επαναλαμβάνει αυτούσιο το περιεχόμενο του άρ. 68 παρ. 2 περ. γ’ εδ. α’ Ν. 3863/2010, ως ισχύει μετά την αντικατάσταση της περ. γ’ κατά το άρ. 39 παρ. Β Ν. 4488/2017 (ΦΕΚ Α 137/13.9.2017). Η ως άνω διάταξη ισχύει ειδικώς για τις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης εργολαβίας με εταιρίες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού και φύλαξης και συνιστά *lex specialis* σε σχέση με αυτή του άρ. 73 παρ. 2 Ν. 4412/2016, διέποντας ούτως η ίδια τις διαδικασίες που αφορούν υπηρεσίες καθαριότητας και φύλαξης, όπως εξάλλου και ο ίδιος ο προσφεύγων αναγνωρίζει. Κατά τη σαφή έννοια του ως άνω όρου της διακήρυξης, ως και του άρ. 68 παρ. 2 περ. γ’ εδ. α’ Ν. 3863/2010, ιδρύεται υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού κατά δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας, προσφέροντος εις βάρος του οποίου έχουν εκδοθεί τα τελευταία 2 έτη πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών είτε 3 πράξεις επιβολής προστίμου ειδικώς του ΣΕΠΕ, υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας, εφόσον όμως προκύπτουν από 3 ελέγχους (ήτοι ένας έλεγχος ανά πράξη) είτε 2 πράξεις επιβολής προστίμου από το ΣΕΠΕ για αδήλωτη εργασία, εφόσον προκύπτουν από ισάριθμους (ήτοι 2) ελέγχους. Ουδόλως δε η διακήρυξη, ως και η παραπάνω διάταξη νόμου ορίζουν ότι θα πρέπει οι πράξεις αυτές να έχουν καταστεί ανεπίδεκτες διοικητικής ή δικαστικής αμφισβήτησης, τελεσίδικες ή αμετάκλητες και είναι όλως σαφές ότι εν γένει, αρκεί και μόνο η επιβολή του προστίμου, ήτοι η έκδοση των οικείων πράξεων (όπως και πάλι αναγνωρίζει ο προσφεύγων).

7. Επειδή, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος κατά τους οποίους ο όρος 7.2.7 της διακήρυξης, που ενσωματώνει απλώς τις ισχύουσες προβλέψεις του άρ. 68 Ν. 3863/2010, πρέπει να ερμηνευθεί συμφώνως με το Σύνταγμα, είναι απορριπτέοι προεχόντως ως αλυσιτελείς. Τούτο διότι πρώτον, η ΑΕΠΠ, κατά τις διατάξεις του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και των εφαρμοστικών αυτού

Αριθμός Απόφασης: 968/2018

κανονιστικών πράξεων, 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 διάχυτου και παρεμπόπτοντος 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. Δεύτερον, κατά το στάδιο πλέον αξιολόγησης προσφορών απαραδέκτως προβάλλονται λόγοι αμφισβήτησης της νομιμότητας όρων της διακήρυξης, από προσφεύγοντα που ανεπιφύλακτα μετείχε στη διαδικασία και ούτως τους αποδέχθηκε. Η δε διακήρυξη δεν επιτρέπεται να ερμηνεύεται το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης δημιουργικά και με τρόπο που καταργεί τις απαιτήσεις που η ίδια είχε θέσει, ώστε να διασώζονται προσφορές που τις έχουν παραβεί και να καλύπτονται οι ουσιώδεις ελλείψεις αυτών. Εξάλλου (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 171/2018), ισχυρισμοί που αφορούν τη νομιμότητα, αναγκαιότητα, καταλληλότητα και σκοπιμότητα όρων διακήρυξης που δεν προσβλήθηκαν εμπροθέσμως, δεν δύνανται να τύχουν παραδεκτής επίκλησης το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης των προσφορών, αφού δια της μη έγκαιρης προβολής τους δια προδικαστικής προσφυγής στρεφόμενης κατά της διακηρύξεως ως και της ανεπιφύλακτης συμμετοχής στον διαγωνισμό, οι μετέχοντες οικονομικοί φορείς παύουν να έχουν οιοδήποτε έννομο συμφέρον για τη μεταγενέστερη προβολή τους, λόγω και της αρχής της αυτοτέλειας των σταδίων της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης (βλ. ενδεικτικά Απόφαση ΑΕΠΠ 120/2017). Αυτή έχει ως συνέπειά της την αδυναμία της εκ των υστέρων αμφισβήτησης του κύρους των όρων διακήρυξης με την ευκαιρία προσβολής πράξεων που ανάγονται στη διεξαγωγή και τα αποτελέσματα του διαγωνισμού, άρα και του παρέμπιπτοντος ελέγχου των όρων της διακήρυξης κατά την εξέταση

Αριθμός Απόφασης: 968/2018

προσφυγής που αφορά το στάδιο της αξιολόγησης και μάλιστα, έστω και αν οι προβαλλόμενοι λόγοι ακύρωσης αμφισβητούν τη συνταγματικότητα ρητρών της ή τη συμφωνία τους προς το ενωσιακό δίκαιο (ΣΤΕ 2551/2013, 2543, 3972, 4237/2011, ΕΑ 654/2011, 2228/2010, ΟΛΣΤΕ 1415/2000). Τα ως άνω θεμελιώνονται στην αποδοχή από τους διαγωνιζομένους των όρων της διακήρυξης, η οποία προκύπτει από την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους στον διαγωνισμό και στη συνακόλουθη έλλειψη εννόμου συμφέροντος (κατ'εφαρμογή του γενικού κανόνα του άρθρου 29 του ΠΔ 18/1989).

8. Επειδή, εξάλλου, ασχέτως των ανωτέρω, ο προσφεύγων υπέβαλε την από 27-8-2018 προσφορά του στην προκείμενη διαδικασία, ήτοι αμέσως πριν τον (28-8-2018) καταληκτικό ακριβώς χρόνο υποβολής προσφορών. Κατά τον τότε χρόνο υποβολής της προσφοράς του, όπως ο ίδιος ουδόλως αμφισβητεί, είχαν όντως εκδοθεί εις βάρος του 4 πράξεις επιβολής προστίμου του ΣΕΠΕ για παραβιάσεις της εργαστικής νομοθεσίας, δια τριών ελέγχων, όλοι δε οι έλεγχοι διενεργήθηκαν και οι πράξεις εκδόθηκαν εντός της τελευταίας διετίας από τον καταληκτικό χρόνο υποβολής προσφορών (ήτοι μετά την 28-8-2016). Συγκεκριμένα, ο πρώτος έλεγχος έλαβε χώρα την 15-8-2017 και η οικεία ΠΕΠ εκδόθηκε την 1-11-2017 με ένδειξη σοβαρότητας «πολύ υψηλή», ο δεύτερος έλεγχος έλαβε χώρα την 24-8-2018 και η οικεία ΠΕΠ εκδόθηκε την 24-5-2018 με ένδειξη σοβαρότητας «πολύ υψηλή» και ο τρίτος έλεγχος έλαβε χώρα την 12-6-2018 και εκδόθηκαν κατόπιν αυτού 2 ΠΕΠ, αμφότερες της 10-8-2018 με ένδειξη σοβαρότητας «υψηλή». Άρα, και οι 4 ως άνω ΠΕΠ εκδόθηκαν εντός του διαστήματος από 28-8-2016 έως και 28-8-2018, ομοίως δε εντός του ως άνω διαστήματος έλαβαν χώρα όλοι οι ως άνω οικείοι έλεγχοι. Άρα, κατά τον χρόνο υποβολής προσφορών, συνέτρεχε στο πρόσωπο του προσφεύγοντος ο λόγος αποκλεισμού του άρ. 7.2.7 της διακήρυξης και του άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010. Ούτε εξάλλου, το γεγονός ότι 8 ημέρες μετά τον καταληκτικό χρόνο υποβολής προσφορών, ήτοι την 28-8-2018, ο προσφεύγων άσκησε αίτηση θεραπείας μεταβάλλει το ζήτημα. Και τούτο διότι ασχέτως ότι κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς και λήξης υποβολής προσφορών, δεν είχε ασκηθεί τέτοια αίτηση θεραπείας, πάντως, σε καμία περίπτωση το δικαίωμα περαιτέρω

Αριθμός Απόφασης: 968/2018

ασκήσεώς της ή η εκκρεμότητα έκδοσης απόφασης επ' αυτής, συνιστά λόγο μη προσμέτρησης των οικείων πράξεων και παραβάσεων για τους σκοπούς του άρ. 68 Ν. 3863/2010, ιδίως δε αφού η αίτηση θεραπείας, ως άτυπη διοικητική προσφυγή, αφενός είναι απρόθεσμη (οπότε οποτεδήποτε ένας οικονομικός φορέας μπορεί να επικαλείται δικαίωμα άσκησής της), αφετέρου δεν απαγορεύεται η δεύτερη άσκησή της (και επομένως ουδόλως μπορεί οποτεδήποτε να αποκλειστεί η επανάσκησή της). Επομένως, η τυχόν εκδοχή ότι το δικαίωμα άσκησης ή εκκρεμότητα άτυπης προσφυγής καθιστούν ανενεργή τη διάταξη του άρ. 68 Ν. 3863/2010, θα κατέληγε στο άτοπο, αυτή να μη δύναται ποτέ να εφαρμοστεί, αφού πάντα θα ήταν πιθανή μία το πρώτον ή εκ νέου άσκηση άτυπης προσφυγής. Ούτε όμως εν συνεχεία και κατά την αξιολόγηση των προσφορών, η άσκηση τέτοιας άτυπης προσφυγής ήρε τις συνέπειες του άρ. 7.2.7 και τούτο διότι κατά τα παραπάνω, η εκκρεμότητα απόφασης επί άτυπης προσφυγής (που μπορεί οποτεδήποτε να ασκηθεί), δεν συνιστά λόγο μη οριστικότητας και αναστολής των εννόμων συνεπειών της πράξης επιβολής προστίμου. Εξάλλου, η διοίκηση, άρα και το ΣΕΠΕ δύναται να ανακαλεί οποτεδήποτε τις οικείες πράξεις της. Υπό την εκδοχή όμως που προβάλλει ο προσφεύγων, η δυνατότητα αυτή εκ μέρους της διοίκησης, θα καθιστούσε αδύνατη την κατάγνωση του οικείου λόγου αποκλεισμού, αφού οι περιστάσεις που τον συγκροτούν, ήτοι οι ΠΕΠ, θα υπολαμβάνονταν ως ες αεί τελούσες σε εκκρεμότητα ή σε πιθανότητα οποτεδήποτε ανάκλησης. Επομένως, μόνη της η πιθανότητα ανάκλησης (η πραγμάτωση ή μη της οποίας δεν είναι ποτέ δυνατόν να προβλεφθεί), η δυνατότητα άσκησης αίτησης θεραπείας ή επανάσκησής άτυπης προσφυγής ή η εκκρεμότητα απόφασης επί τέτοιας αίτησης θεραπείας (κατόπιν της οποίας δεν αποκλείεται η πολύ μεταγενέστερη και μετά την 30ήμερη κατ' άρ. 24 παρ. 2 ΚΔΔιαδ προθεσμία, ανάκληση της οικείας πράξης) δεν είναι δυνατόν να παραμερίζουν τον οικείο λόγο αποκλεισμού και να καθιστούν κατ' αποτέλεσμα ανενεργές επ' άπειρο και αορίστως στο μέλλον της οικείες διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης. Συνεπώς, κατά τον χρόνο έκδοσης της προσβαλλομένης, πληρούσαν οι προϋποθέσεις του άρ. 7.2.7 της διακήρυξης για τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος, αφού υφίσταντο τέσσερις (δια 3 ελέγχων) ΠΕΠ ενεργές και εν

Αριθμός Απόφασης: 968/2018

ισχύ εις βάρος του προσφεύγοντος υψηλή ή πολύ υψηλής σοβαρότητας μετά την 28-8-2018 και εξής. Και αυτά ασχέτως ότι ο προσφεύγων προέβη σε ανακριβείς δηλώσεις στο ΕΕΕΣ του, μη αναφερόμενος στις οικείες παραβάσεις εργατικής νομοθεσίας ή σε οιαδήποτε μέτρα επανορθωτικής φύσης που τυχόν έλαβε (σημειωτέον πάντως, ότι η αίτηση θεραπείας ασκήθηκε ούτως ή άλλως μετά την προσφορά του).

9. Επειδή περαιτέρω, ο αναθέτων ουδόλως όφειλε να καλέσει τον προσφεύγοντα για διευκρινίσεις επί τη βάσει της εκ μέρους του παράλειψης δήλωσης των οικείων παραβάσεων στο ΕΕΕΣ του, αλλά και της εν τέλει ανεύρεσής τους μετά από αλληλογραφία με το ΣΕΠΕ. Αντίθετα, τόσο η μη δήλωση αυτών, όσο και η συντέλεσή τους είναι στοιχεία σαφέστατα, η δε επιπλέον παράλειψη του προσφεύγοντος να δηλώσει επανορθωτικά μέτρα ή να εξηγήσει σε ποιες ενέργειες τυχόν είχε προβεί σχετικά με τις οικείες ΠΕΠ, οφείλεται ακριβώς στην εκ μέρους του μη δήλωση αυτών στα οικεία πεδία του ΕΕΕΣ του, καίτοι είχε τη δυνατότητα. Ουδόλως δε οι ως άνω παραλείψεις του ιδίου του προσφεύγοντος, ως και η απόδειξη κατ' αντικειμενικό τρόπο συνδρομής λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπό του, συνεπάγονται υποχρέωση ή ακόμη και ευχέρεια της αναθέτουσας κατά την αξιολόγηση να τον καλέσει να διασώσει την προσφορά του με επίκληση επανορθωτικών μέτρων και παροχή εξηγήσεων (τις οποίες θα μπορούσε να παρέχει εκ των προτέρων και προ ανακαλύψεως από την αναθέτουσα των παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας). Αντίθετη εκδοχή εξάλλου θα του παρείχε σοβαρό ανταγωνιστικό πλεονέκτημα κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης, σε σχέση με τους άλλους διαγωνιζομένους, ενώ θα του επέτρεπε το πρώτον κατά την αξιολόγηση να υποβάλει πληροφορίες που όφειλε ρητά να υποβάλει με την προσφορά του, αλλά εν τέλει δεν έπραξε αυτό και επιπλέον, ανακαλύφθηκε με ίδιες αποκλειστικά ενέργειες της αναθέτουσας, λόγος αποκλεισμού του και δη στοιχειοθετημένος δια κατά νόμο επαρκών δημοσίων εγγράφων. Συνεπώς, και οι οικείοι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος είναι απορριπτέοι.

10. Επειδή, τα ανωτέρω δεν αποκλείουν ότι ενδέχεται μελλοντικά ο λόγος αποκλεισμού αυτός να παύσει να ισχύει αναδρομικά ή εφεξής, σημαίνει όμως

Αριθμός Απόφασης: 968/2018

ότι με βάση τα πραγματικά και νομικά στοιχεία της υπόθεσης, η κρινόμενη πράξη του αναθέτοντος κατά τον κρίσιμο χρόνο έκδοσης και προσβολής της ήταν νόμιμη. Η δε ΑΕΠΠ είναι κατ' άρ. 346, 360 και 367 Ν. 4412/2016 αρμόδια αποκλειστικώς για να κρίνει την προσβαλλόμενη πράξη και δη κατά τα προσβαλλόμενα ειδικότερα κεφάλαιά της και τους εκ του προσφεύγοντος προβαλλόμενους κατ' αυτών ισχυρισμούς, με βάση τα πραγματικά και νομικά στοιχεία που προβάλλονται από τα μέρη και τα οποία υφίστανται κατά τον χρόνο άσκησης της προσφυγής, εφόσον δε οι ισχυρισμοί αυτοί κριθούν βάσιμοι απλώς και μόνο ακυρώνει την οικεία πράξη ή παράλειψη, στη δεύτερη δε περίπτωση αναπέμπει περαιτέρω προς την αναθέτουσα για ενάσκηση της όποιας παραλειφθείσας αρμοδιότητάς της. Αντιθέτως, ουδόλως η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια προς διενέργεια γενικού ελέγχου νομιμότητας της διαδικασίας και δη σε δυναμικό επίπεδο επί της εξέλιξης του διαγωνισμού ενδιάμεσως της ασκήσεως της προσφυγής και της επ' αυτής έκδοση απόφασης, ανεύρεση παρανομιών πέραν των επικαλούμενων με την προσφυγή, λήψη υπόψη νεότερων της ασκήσεως της προσφυγής οψιγενών στοιχείων, επαναξιολόγηση των προσφορών κατόπιν αυτών, κλήση των προσφευγόντων για διευκρινίσεις ή υποκατάσταση των διευκρινίσεων που δύναται ή οφείλει να ζητήσει η αναθέτουσα δια των ισχυρισμών της προσφυγής ή επόμενων αυτής υπομνημάτων ή ανάκληση πράξεων της αναθέτουσας κατόπιν νεότερων της έκδοσής τους στοιχείων. Όλα τα παραπάνω συνιστούν αποκλειστικά αρμοδιότητα της αναθέτουσας, η δε παράλειψη ασκήσεώς της, εφόσον συντρέχουν οι νόμιμες προς συγκεκριμένη ενέργεια, προϋποθέσεις, αποτελεί λόγο άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της ως άνω τυχόν παράνομης παράλειψης οφειλόμενης ενέργειας, όχι όμως δικαιολογητική βάση, ώστε η ΑΕΠΠ αυτομάτως να λάβει υπόψη τα νεότερα της προσφυγής στοιχεία και αυτά που συγκροτούν την υποχρέωση συγκεκριμένης πράξης της αναθέτουσας και να προβεί η ίδια στην οικεία πράξη ή να ακυρώσει άλλη προϋφιστάμενη πράξη, προς την άρση και ανάκληση της οποίας σκοπεύει η οφειλόμενη ενέργεια. Σημειωτέον, ότι ούτε η προσφυγή ζητά την ακύρωση κάθε επόμενης συναφούς πράξης ή παράλειψης ούτε κατά τον χρόνο εξέτασης της προσφυγής είχε λάβει χώρα (εξ όσων τελούν σε γνώση του Κλιμακίου) κάποια απορριπτική του

Αριθμός Απόφασης: 968/2018

αιτήματος του προσφεύγοντα προς ανάκληση της προσβαλλόμενης πράξης, απόφαση αυτής. Σε κάθε περίπτωση, το γεγονός ότι εν τέλει τα 2 πρόστιμα του τελευταίου ελέγχου ανακλήθηκαν από το ΣΕΠΕ μετά την άσκηση της προσφυγής και περαιτέρω, ο προσφεύγων ζήτησε την ανάκληση της προσβαλλόμενης, ακριβώς λόγω παύσης του ως άνω ερείσματός της, συνιστούν στοιχεία που δεν προβλήθηκαν με την προσφυγή, αλλά περιήλθαν σε γνώση της κατόπιν της προσφυγής, τα οποία η ΑΕΠΠ δεν μπορεί να λάβει υπόψη της ούτε δύναται να μεταβάλουν την κρίση της περί του νομίμου της προσβαλλόμενης πράξης κατά τον χρόνο άσκησης της προσφυγής, το οποίο (κρίνεται με βάση όσα ίσχυαν κατά τον χρόνο έκδοσής της και άσκησης της προσφυγής) είναι και το μόνο αντικείμενο που η ΑΕΠΠ αρμοδίως δύναται να εξετάσει, χωρίς να υπεισέρχεται στις αρμοδιότητες του αναθέτοντος φορέα. Και ναι μεν τα ως άνω ενδέχεται να στοιχειοθετούν λόγο ανάκλησης της προσβαλλόμενης από τον αναθέτοντα (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 409/2018 περί ανάκλησης παράνομων πράξεων κατά τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων), άρα και τυχόν παράνομη παράλειψη της αναθέτουσας να προβεί στην ανάκληση αυτήν, ζητήματα που δεν είναι εξεταστέα όμως, στο πλαίσιο της προκείμενης προσφυγής, αφού αφορούν στοιχεία που δεν έτυχαν επίκλησης από τον προσφεύγοντα, αλλά προέκυψαν μεταγενεστέρως. Η τυχόν όμως οψιγενής υποχρέωση της διοίκησης να ανακαλέσει η ίδια πράξεις της, δεν συνιστούν λόγο ακύρωσης αυτών από την ΑΕΠΠ, βάσει προασκηθείσας της ως άνω οψιγενούς υποχρέωσης ή μεταγενεστέρων στοιχείων, προσφυγής, αφού τούτο θα σήμαινε εκ πλαγίου (δια της συμπερίληψής τους σε τυχόν ακυρωτικό διατακτικό) άσκηση από την ΑΕΠΠ αρμοδιοτήτων αποκλειστικά του αναθέτοντος.

11. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί. Να γίνει δεκτή η Παρέμβαση.

12. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο ποσού 3.248,00 ευρώ που ο προσφεύγων κατέβαλε για την άσκηση της προσφυγής του.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου ποσού 3.248,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 25-10-2018 και εκδόθηκε την 13-11-2018.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΚΟΚΚΑΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ**