

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 22.11.2017 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος και Εισηγητής, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και Μαρία Μανδράκη, Μέλη.

Για να εξετάσει την με ημερομηνία καταχώρησης 23.10.2017 στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) – Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)/179/23.10.2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) V/30/23.10.2017 Προδικαστική Προσφυγή της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία « ... », η οποία εδρεύει

Κατά της με αριθ. 368/34/14-9-2017 απόφασης της Συγκλήτου ... με την οποία εγκρίνεται το με αριθ. 1/21-8-2017 πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, αναφορικά με τη με την υπ' αριθ. 4/2017 Διακήρυξη ανοικτού, δημόσιου, ηλεκτρονικού διαγωνισμού με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών ασφάλειας-φύλαξης εσωτερικών και εξωτερικών χώρων των κτιριακών εγκαταστάσεων του ... , διάρκειας ενός (1) έτους, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 197.129,03 ευρώ, πλέον ΦΠΑ, και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής ανά τμήμα.

Με την Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που με αυτήν εγκρίθηκε το με αριθ. 1/21-8-2017 πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, με το οποίο παρανόμως, κατά τους ισχυρισμούς της, απορρίφθηκε η προσφορά της κατά το στάδιο ελέγχου των υποφακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» και ως εκ τούτου αποκλείστηκε από το επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Αριθμός απόφασης: 190/2017

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 169619139957 1215 0020), ποσού 986,00 €, το οποίο και υπολογίζεται με βάση τον προϋπολογιζόμενη δαπάνη σύμφωνα με τη σύμβαση, ύψους 197.129,03 €, χωρίς ΦΠΑ και έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

2. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του 197.129,03 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι αξίας ανώτερης των 60.000 €, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 αυτού και συνεπώς παραδεκτός κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

3. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη, υπ' αριθ. 368/34/14.09.2017 απόφαση της Συγκλήτου ... , με το οποίο έγινε αποδεκτό το υπ' αριθ. 1/21.08.2017 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 16.10.2017, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 23.10.2017.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της με αριθ. 368/34/14-9-2017 απόφασης της Συγκλήτου του... , η οποία αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 16.10.2017, αναφορικά με τη με αριθ. 4/2017 Διακήρυξη ηλεκτρονικού, δημόσιου, ανοικτού, διαγωνισμού με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών ασφάλειας-φύλαξης εσωτερικών και εξωτερικών χώρων των κτιριακών εγκαταστάσεων του ... , διάρκειας ενός (1) έτους, συνολικής

Αριθμός απόφασης: 190/2017

προϋπολογισθείσας αξίας 197.129,03 ευρώ, πλέον ΦΠΑ, και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής ανά τμήμα, με την οποία ανωτέρω απόφαση η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η Αναθέτουσα Αρχή εσφαλμένως απέρριψε, κατά το στάδιο ελέγχου του υποφακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά», την προσφορά της και ως εκ τούτου την απέκλεισε από το επόμενο στάδιο του διαγωνισμού. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα, ως έχουσα έννομο συμφέρον προς τούτο, ισχυρίζεται ότι παρανόμως η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι συντρέχει σε βάρος της ο λόγος αποκλεισμός της διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, κατ' εφαρμογή των οριζόμενων στα σημεία 2.2.3.3. (α) και (η). της διακήρυξης, κατόπιν διαπίστωσης ότι της έχουν επιβληθεί πρόστιμα από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σ.ΕΠ.Ε. (περιφερειακές υπηρεσίες επιθεώρησης εργασιακών σχέσεων του Σ.ΕΠ.Ε), με χαρακτηρισμό «πολύ υψηλή σοβαρότητα», συνολικού ποσού μεγαλύτερου των δέκα χιλιάδων (10.000,00€) ευρώ, και χωρίς να κληθεί από την αναθέτουσα αρχή να καταθέσει τις απόψεις της επί τούτου. Κατόπιν τούτου, με την υπό κρίση Προσφυγή της, η Προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της με αριθ. 368/34/14-9-2017 απόφασης της Συγκλήτου του ... με την οποία εγκρίνεται το με αριθ. 1/21-8-2017 πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που με αυτό απορρίφθηκε η προσφορά της και αποκλείστηκε από το επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας.

5. Επειδή με την υπ' αριθμ. Α29/2017 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π. επί του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, καλείτο η αναθέτουσα αρχή όπως αναστείλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας της υπ' αρ. 4/2017 Προκήρυξης για τη διενέργεια ηλεκτρονικού δημόσιου ανοικτού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την «Παροχή Υπηρεσιών Ασφάλειας – Φύλαξης Εσωτερικών και εξωτερικών χώρων των κτιριακών εγκαταστάσεων του ... για χρονικό διάστημα ενός έτους», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής ανά τμήμα, συνολικού προϋπολογισμού 244.440,00 €,

Αριθμός απόφασης: 190/2017

ήτοι προϋπολογισμού 197.129,03 € και ΦΠΑ 24% 47.310,97 €,543/24.07.2017 και μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

6. Επειδή, ειδικότερα με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα προβάλλει ότι, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, ως αυτό ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο της έκδοσης της Διακήρυξης, η παράβαση διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας και η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους της συνιστά δυνητικό λόγο αποκλεισμού της από τη διαγωνιστική διαδικασία, υπό την έννοια ότι εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή να κρίνει εάν, συνεκτιμούμενων των απόψεων που προβάλλονται από πλευράς του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα, η εκάστοτε υποκειμενική συμπεριφορά του που συνιστά το επαγγελματικό παράπτωμα, μπορεί να χαρακτηριστεί σε τέτοιο βαθμό σοβαρότητας, ώστε να θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του, την αξιοπιστία του και εν γένει την ικανότητά του να ανταπεξέλθει αποτελεσματικά στην εκτέλεση της κριθείσας σύμβασης. Περαιτέρω, και σύμφωνα με τους αντίστοιχους όρους 2.2.3.3. (α) και (η) της διακήρυξης, συνομολογεί (σελ. 8 της Προσφυγής της) ότι οι ανωτέρω λόγοι που αναφέρονται ως δυνητικοί στις προαναφερόμενες διατάξεις του Ν. 4412/2016, αποτελούν υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού βάσει των όρων αυτών της Διακήρυξης.

7. Επειδή, επιπροσθέτως και στο πλαίσιο αυτό, κατά τον α' προβαλλόμενο λόγο της Προσφυγής της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή υποχρεούτο πριν λάβει την απόφασή της περί αποκλεισμού της προσφεύγουσας, να καλέσει αυτήν προς παροχή διευκρινίσεων σχετικά με τις πράξεις επιβολής προστίμων του Σ.ΕΠ.Ε που επιβλήθηκαν σε βάρος της για διάπραξη σοβαρών επαγγελματικών παραπτωμάτων, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 102 του Ν.4412/2016. Ειδικότερα δε και σε ότι αφορά στο λόγο αποκλεισμού που σχετίζεται με τη διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ουδόλως το Σ.ΕΠ.Ε είναι αρμόδιο με το χορηγούμενο εκ μέρους του πιστοποιητικό να προβαίνει στο χαρακτηρισμό των παραβάσεων ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας,

Αριθμός απόφασης: 190/2017

επηρεάζοντας την κρίση της αναθέτουσας αρχής (σελ. 11 της Προσφυγής). Τέλος και ως προς το β' λόγο της Προσφυγής της, αναφέρει ότι με την υπ' αριθ. Πρωτ. 256918/10.10.2017 απόφαση ανάκλησης πράξης επιβολής προστίμου, ακυρώθηκαν τα σε αυτήν αναφερόμενα πρόστιμα, ακύρωση η οποία ανατρέχει αναδρομικά και ως εκ τούτου τα εναπομείναντα επιβληθέντα πρόστιμα ανέρχονται συνολικά στο ποσό των 7.100€, με το ύψος τους να είναι κατώτερο του ποσού των 10.000€ που συνιστά κατά την έννοια του άρθρου 68 του Ν.3863/2010 «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα» και αποτελεί υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού σύμφωνα με τον όρο 2.2.3.3. της Διακήρυξης, αιτιολογώντας περαιτέρω ότι ούτε εφαρμογή περί των δυνητικών λόγων αποκλεισμού δύναται να επιχειρηθεί στην υπόψη περίπτωση από την αναθέτουσα, καθότι λόγω του μεγέθους της εταιρείας της – απασχολεί 300 με 500 εργαζομένους – αλλά και λόγω του μακρού χρόνου δραστηριοποίησής της, δεν δύναται να στοιχειοθετηθεί ότι τα εναπομείναντα επιβληθέντα πρόστιμα αποτελούν «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα», κάτι άλλωστε που αποδεικνύεται από το γεγονός ότι η αναθέτουσα απέφυγε να τους αποδώσει τον χαρακτηρισμό αυτό.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις προσκομισθείσες απόψεις της προβάλλει ότι, όπως σε κάθε διαδικασία δημόσιου διαγωνισμού, έτσι και εν προκειμένω, εναπόκειται αποκλειστικά και μόνον στη σφαίρα ευθύνης των διαγωνιζομένων, λαμβάνοντας υπόψη τους όρους της διακήρυξης, να συμπληρώσουν και να υποβάλλουν τα δικαιολογητικά της προσφοράς τους, μεταξύ των οποίων και αυτά που σχετίζονται με την απόδειξη του δικαιώματος συμμετοχής τους στον εκάστοτε διαγωνισμό. Υπό αυτήν την έννοια, η προσφεύγουσα όφειλε, εφόσον γνώριζε ή τουλάχιστον όφειλε να γνωρίζει ότι έχουν βεβαιωθεί σε βάρος της πρόστιμα του Σ.ΕΠ.Ε., να δηλώσει τούτο στο κατάλληλο πεδίο του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) που υπέβαλε με την προσφορά της, σύμφωνα με τους όρους της οικείας διακήρυξης. Πολλώ δε μάλλον, λαμβάνοντας υπόψη ότι στην οικεία διακήρυξη σαφώς ορίζεται ότι, η αναθέτουσα αρχή αμέσως μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, υποβάλλει γραπτό αίτημα προς τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για τη

Αριθμός απόφασης: 190/2017

χορήγηση πιστοποιητικού, από το οποίο να προκύπτουν όλες οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος εκάστου των διαγωνιζομένων, η προσφεύγουσα όφειλε να δηλώσει εκ των προτέρων εάν έχουν επιβληθεί τέτοιου είδους πρόστιμα σε βάρος της από την αρμόδια επιθεώρηση εργασιακών σχέσεων του Σ.ΕΠ.Ε., εάν έχει λάβει μέτρα για αυτά και εάν συντρέχει κάποια ιδιαίτερη περίπτωση σε σχέση με την επιβολή τους.

9. Επειδή, επέκεινα η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι αναφορικά με την ακύρωση μέρους των επιβληθέντων προστίμων από το Σ.ΕΠ.Ε. στις 10.10.2017 με την υπ' αριθ. Πρωτ. 256918/10.10.2017 απόφαση, κατ' αποδοχή σχετικών αιτήσεων θεραπείας, αυτές, οι πράξεις επιβολής προστίμου υφίσταντο τόσο κατά την κρίσιμη ημέρα υποβολής της προσφοράς όσο και της εισήγησης της Επιτροπής προς τη Σύγκλητο και τη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης στις 14.09.2017 και ουδεμία επιφύλαξη προεβλήθη από την προσφεύγουσα, ορθά κρίθηκε και αιτιολογήθηκε με την προσβαλλόμενη ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας.

10. Επειδή, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 18 παρ. 2 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι : *«Κατά την εκτέλεση των δημόσιων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α΄. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους»*. Περαιτέρω, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 73 παρ. 4 και 7 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι : *«Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις : α) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει*

Αριθμός απόφασης: 190/2017

με κατάλληλα μέσα αθέτηση των ισχυουσών υποχρεώσεων που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18, θ) Εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, «με κατάλληλα μέσα», ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβάλω την ακεραιότητά του. 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας παραγράφου κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση».

11. Επειδή, αναφορικά με τους λόγους αποκλεισμού των υποψήφιων οικονομικών φορέων από την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, στην οικεία διακήρυξη ορίζεται ότι : «2.2.3.3. 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

Αριθμός απόφασης: 190/2017

πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων) ένας ή περισσότεροι από τους ακόλουθους λόγους: (α) εάν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016: «Κατά την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α'. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους»,, (η) εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του, για το οποίο του επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία. Ειδικά για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/ και φύλαξης ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται, ιδίως, οι λόγοι που αναφέρονται στην περίπτωση γ της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 115) ήτοι ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοείται ιδίως: αα) Η επιβολή σε βάρος τους, μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τουλάχιστον δύο (2) πράξεων επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας συνολικού ύψους τουλάχιστον δέκα χιλιάδων (10.000) ευρώ, για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, καθεμιά από τις οποίες χαρακτηρίζεται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας κατ' εφαρμογή της υ.α. 2063/Δ1 632/2011 ή οποιασδήποτε διάταξης ρυθμίσει μελλοντικά το περιεχόμενο των παραβάσεων «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, ββ) η κήρυξη ως έκπτωτου του υποψηφίου λόγω παραβάσεων της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, την παράνομη απασχόληση αλλοδαπών ή παραβάσεων της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας και έχουν διαπιστωθεί

Αριθμός απόφασης: 190/2017

από τους ελεγκτικούς μηχανισμούς του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας (ΣΕΠΕ) και του ΙΚΑ-ΕΤΑΜ, μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, γγ) η επιβολή της κύρωσης της προσωρινής διακοπής της λειτουργίας συγκεκριμένης παραγωγικής διαδικασίας ή τμήματος ή τμημάτων της επιχείρησης ή εκμετάλλευσης, κατ' εφαρμογή της παρ. 1B του άρθρου 24 του ν.3996/2011, μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς» ενώ με την παράγραφο 2.2.3.5. της οικείας διακήρυξης προβλέπεται ότι «2.2.3.5. Προσφέρων οικονομικός φορέας που εμπíπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1. 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 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».

12. Επειδή, κατά την έννοια των ως άνω διατάξεων σε συνδυασμό με τους όρους της διακήρυξης προκύπτει ότι, η παράβαση διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας και δη η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος αποτελούν δυνητικούς λόγους αποκλεισμού των υποψηφίων οικονομικών φορέων, στους οποίους εναπόκειται να προσκομίσουν τα κατάλληλα στοιχεία προκειμένου να αποδείξουν ότι έχουν λάβει τα δέοντα μέτρα για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας τους, παρότι συντρέχει κάποιος από τους σχετικούς λόγους αποκλεισμού. Μάλιστα, στην οικεία διακήρυξη

Αριθμός απόφασης: 190/2017

προσδιορίζεται σαφώς ότι, ειδικά για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/ και φύλαξης ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται ιδίως, οι λόγοι που αναφέρονται στην περίπτωση γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, μεταξύ των οποίων και η περίπτωση της επιβολής σε βάρος του υποψήφιου οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τουλάχιστον δύο (2) πράξεων επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας συνολικού ύψους τουλάχιστον δέκα χιλιάδων (10.000) ευρώ, για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, καθεμιά από τις οποίες χαρακτηρίζεται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας.

13. Επειδή, περαιτέρω, κατ' εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 79 παρ. 4 και 93 του ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με τα οριζόμενα στις παραγράφους 2.4.3. και 2.2.9.1. της οικείας διακήρυξης, οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς οφείλουν, κατά την υποβολή των προσφορών τους στον οικείο διαγωνισμό, να υποβάλλουν το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), το οποίο συνιστά ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση του ν. 1599/1986 ως προκαταρκτική απόδειξη, προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εκάστοτε υποψήφιος οικονομικός φορέας πληροί τις προϋποθέσεις του νόμου, ήτοι δεν συντρέχει σε βάρος του λόγος αποκλεισμού και πληροί τα σχετικά κριτήρια ποιοτικής επιλογής, όπως το εν λόγω τυποποιημένο έντυπο επισυνάπτεται ως Παράρτημα ΙΙΙ της οικείας διακήρυξης. Όπως δε προκύπτει από το περιεχόμενο του Τ.Ε.Υ.Δ., στο πεδίο Γ αυτού με τίτλο «Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα», οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς καλούνται να δηλώσουν, συμπληρώνοντας την επιλογή ΝΑΙ/ΟΧΙ, εάν έχουν αθετήσει εν γνώσει τους τις υποχρεώσεις της εργατικής νομοθεσίας όπως και εάν έχουν διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, ενώ σε περίπτωση θετικής απάντησης στα δύο ως άνω πεδία, καλούνται να δηλώσουν εάν έχουν λάβει μέτρα για να αποδείξουν την αξιοπιστία τους παρά την ύπαρξη των αυτών λόγων αποκλεισμού, περιγράφοντας αναλυτικά τα μέτρα που έλαβαν. Μάλιστα, στις οδηγίες

Αριθμός απόφασης: 190/2017

συμπλήρωσης του ΤΕΥΔ σχετικό με το πεδίο της διάπραξης επαγγελματικού παραπτώματος επισημαίνεται ότι, εφόσον στα έγγραφα της σύμβασης γίνεται αναφορά σε συγκεκριμένη διάταξη, όπως για παράδειγμα στο άρθρο 68 παρ. 2 του ν. 3863/2010, απαιτείται το πεδίο του ΤΕΥΔ για τη δήλωση περί επαγγελματικού παραπτώματος να συμπληρωθεί αναλόγως με τα οριζόμενα στη διάταξη αυτή.

14. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα κατά την υποβολή της προσφοράς της δήλωσε στο ως άνω πεδίο του ΤΕΥΔ ότι δεν έχει παραβιάσει εν γνώσει της την εργατική νομοθεσία και δεν έχει υποπέσει σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, σημειώνοντας την ένδειξη ΟΧΙ και ως εκ τούτου, αφήνοντας κενό το πεδίο όπου καλείται να περιγράψει τα μέτρα που έλαβε για επανόρθωση της αξιοπιστίας της. Περαιτέρω, στο πλαίσιο αυτεπάγγελτης αναζήτησης της αναθέτουσας αρχής για την απόδειξη με κατάλληλα μέσα της τυχόν διάπραξης επαγγελματικού παραπτώματος, η αναθέτουσα αρχή έλαβε το με αριθ. πρωτ. ΕΣ-210690-2017/10031/25.08.2017 πιστοποιητικό του Σ.ΕΠ.Ε., δυνάμει του οποίου βεβαιώνεται ότι σε βάρος της προσφεύγουσας είχαν εκδοθεί έως την 24.08.2017 έξι (6) πράξεις επιβολής προστίμου, οι οποίες χαρακτηρίζονται ως πολύ υψηλής σοβαρότητας και υπερβαίνουν το ποσό των 10.000 ευρώ, ήτοι προκύπτει σαφώς ότι η προσφεύγουσα έχει υποπέσει εντός της τριετίας πριν την καταληκτική ημεροχρονολογία υποβολής των προσφορών (14.08.2017) σε έξι (6) επαγγελματικά παραπτώματα που χαρακτηρίζονται ως πολύ υψηλής ή υψηλής σοβαρότητας για τα οποία της επιβλήθηκαν κυρώσεις συνολικού ύψους άνω των 10.000 ευρώ, και ως εκ τούτου οι πράξεις της εμπίπτουν στο κατά την περίπτωση α) της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, όπως άλλωστε τούτο προκύπτει και από το πραγματικό μέρος της υπό κρίση προσφυγής. Μάλιστα, από τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας προκύπτει, πέραν πάσης αμφιβολίας, ότι αυτή τελούσε σε πλήρη γνώση των εν λόγω παραπτωμάτων και των αντίστοιχων πράξεων επιβολής προστίμων, καθώς είχε κινηθεί δικαστικά με αντίστοιχες προσφυγές, που εκκρεμούν ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων, σε χρόνο κατά πολύ προγενέστερο από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής

Αριθμός απόφασης: 190/2017

της προσφοράς της όπως και ότι γνώριζε εκ των προτέρων ότι η αναθέτουσα αρχή θα λάμβανε τη σχετική βεβαίωση από το Σ.ΕΠ.Ε., σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στη διακήρυξη.

15. Επειδή, όπως έχει κριθεί από τη νομολογία, η υποβολή της υπεύθυνης δήλωσης σχετικά με την προσωπική κατάσταση των διαγωνιζομένων σε δημόσιο διαγωνισμό με το προβλεπόμενο κατά τους όρους της διακήρυξης περιεχόμενο, αποτελεί ουσιώδη τυπική προϋπόθεση συμμετοχής στο διαγωνισμό, παράβαση δε του εν λόγω κανόνα εκ μέρους του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό, δηλαδή παράλειψη συνυποβολής με την προσφορά του της παραπάνω δήλωσης ή υποβολής ελλιπούς ή αόριστης κατά περιεχόμενο δήλωσης, καθιστά την υποβληθείσα προσφορά του απαράδεκτη (ΕΑ ΣΤΕ 422/2009, 1021/2008).

16. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, γίνεται κατ'αρχήν δεκτό ότι η προσφεύγουσα, παρά του ότι είχε πλήρη γνώση των σε βάρος της πράξεων επιβολής προστίμων για διάπραξη επαγγελματικών παραπτώματων, δεν απάντησε θετικά στα σχετικά πεδία του ΤΕΥΔ, ήτοι σημειώνοντας ΝΑΙ στις ερωτήσεις εάν έχει αθετήσει εν γνώσει της τις υποχρεώσεις του εργατικού δικαίου και εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, και μάλιστα παραβλέποντας την υπόδειξη για τη συμπλήρωση του εν λόγω πεδίου σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 68 παρ. 2 του ν. 3863/2010. Αντ' αυτού, συμπλήρωσε τα εν λόγω πεδία σημειώνοντας την ένδειξη ΟΧΙ. Ως εκ τούτου, από το ΤΕΥΔ που υπέβαλε ως προκαταρκτική απόδειξη του δικαιώματος συμμετοχής της στον οικείο διαγωνισμό συνάγεται ότι κατά δήλωσή της δεν έχει αθετήσει εν γνώσει της τις υποχρεώσεις του εργατικού δικαίου και δεν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα.

17. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 68 παρ. 2 του ν. 3863/2010, στο πιστοποιητικό του Σ.ΕΠ.Ε. που χορηγείται στην αναθέτουσα αρχή αναφέρονται τυχόν πράξεις επιβολής προστίμων που έχουν επιβληθεί για παράβαση της εργατικής νομοθεσίας εκ μέρους του υποψήφιου οικονομικού φορέα, όπως οι πράξεις αυτές έχουν χαρακτηριστεί από τα αρμόδια ελεγκτικά

Αριθμός απόφασης: 190/2017

όργανα του Σ.ΕΠ.Ε. σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β` 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, κατά την επιβολή των προστίμων. Ως εκ τούτου, γίνεται δεκτό ότι ο χαρακτηρισμός των εκάστοτε παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας ως σοβαρών και η διαβάθμιση της σοβαρότητάς τους γίνεται κατ'αρχήν, σύμφωνα με την ισχύουσα ως άνω ΥΑ, από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σ.ΕΠ.Ε.. Υπό αυτή τη συνθήκη, εφόσον η προσφεύγουσα γνώριζε ότι οι παραβάσεις στις οποίες υπέπεσε χαρακτηρίζονται κατ'αρχήν ως σοβαρές, θα έπρεπε να συμπληρώσει το οικείο πεδίο του ΤΕΥΔ, 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 της, 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, η αναθέτουσα αρχή θα είχε πράγματι την ευχέρεια να συνεκτιμήσει τα στοιχεία που θα ετίθετο συνολικά στη διάθεσή της εκ μέρους της προσφεύγουσας σε πρώιμο στάδιο της διαδικασίας, προκειμένου εν τέλει να αποφασίσει εάν τίθεται ζήτημα αξιοπιστίας και ακεραιότητας της προσφεύγουσας και ως εκ τούτου εάν θα προχωρήσει στον αποκλεισμό της από το επόμενο στάδιο του διαγωνισμού ή όχι.

18. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 102 παρ. 1, 2 και 5 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι: *«1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά*

Αριθμός απόφασης: 190/2017

μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α` 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς»

19. Επειδή, σύμφωνα με πάγια νομολογία, ενόψει της αρχής της τυπικότητας που διέπει τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προμηθευτές να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις και όχι να αναπληρώσουν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά (ΣτΕ 2454/09, ΕΑ ΣτΕ 457, 364/09, 738/09, 180/09, 567/08, 3075/08, 307/07, ΔΕφΑΘ 271/2011). Ειδικότερα δε έχει γίνει δεκτό από τη νομολογία ότι παροχή διευκρινίσεων νοείται αποκλειστικά και μόνο όταν γεννάται αμφιβολία ως προς το περιεχόμενο της προσφοράς και όχι όταν αυτό είναι σαφές, δοθέντος ότι στην περίπτωση αυτή θα επρόκειτο για

Αριθμός απόφασης: 190/2017

αθέμιτη τροποποίηση του περιεχομένου της προσφοράς των διαγωνιζομένων (ΣΤΕ 90/2010).

20. Επειδή, εν προκειμένω, η δήλωση της προσφεύγουσας ότι δεν έχει αθετήσει εν γνώσει της τις υποχρεώσεις του εργατικού δικαίου και δεν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, συμπληρώνοντας με την ένδειξη ΟΧΙ τα αντίστοιχα πεδία του ΤΕΥΔ, συνιστά δήλωση ξεκάθαρη και σαφή, η οποία ουδόλως χρήζει διευκρίνισης. Άλλωστε, εάν υποθεθεί ότι η αρνητική δήλωση της προσφεύγουσας 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 ΤΕΥΔ που υπέβαλε η προσφεύγουσα, και σε καμία περίπτωση δεν αφορά ασάφεια, επουσιώδη πλημμέλεια ή πρόδηλο τυπικό σφάλμα.

21. Επειδή, εξάλλου, η προβλεπόμενη με την παράγραφο 5 της ως άνω διάταξης υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να παρέχει τη δυνατότητα διευκρινίσεων όταν επίκειται λόγος αποκλεισμού του διαγωνιζομένου, τελεί υπό την προϋπόθεση ότι η δυνατότητα διευκρίνισης παρέχεται και σε αυτή την περίπτωση σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στις παραγράφους 1 έως 4 της διάταξης του άρθρου 102, ήτοι υπό την προϋπόθεση ότι η διευκρίνιση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, προϋπόθεση η οποία ως προελέχθη δεν πληρούται εν προκειμένω.

22. Επειδή, τούτων δοθέντων θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι ορθώς με την προσβαλλόμενη απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας ως αντίθετη με τον όρο 2.2.3.3 της Διακήρυξης και ως εκ τούτου ο α' λόγος της Προσφυγής της τυχάνει νόμω και ουσία αβάσιμος.

Αριθμός απόφασης: 190/2017

23. Επειδή, όσον αφορά τον β' λόγος της Προσφυγής, ήτοι ότι με την υπ' αριθ. Πρωτ. 256918/10.10.2017 απόφαση ανάκλησης πράξης επιβολής προστίμου, ακυρώθηκαν τα σε αυτήν αναφερόμενα πρόστιμα, ακύρωση η οποία ανατρέχει αναδρομικά και ως εκ τούτου τα εναπομείναντα επιβληθέντα πρόστιμα ανέρχονται συνολικά στο ποσό των 7.100€. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι το ύψος των επιβληθέντων προστίμων κατά την κρίση της υπόψη Προδικαστικής της Προσφυγής, είναι κατώτερο του ποσού των 10.000€ που συνιστά κατά την έννοια του άρθρου 68 του Ν.3863/2010 «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα» και αποτελεί υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού σύμφωνα με τον όρο 2.2.3.3. της Διακήρυξης και συνεπώς δεν συντρέχει κατά τούτο ο υπόψη όρος της Διακήρυξης περί αποκλεισμού της.

24. Επειδή, η βασική συνέπεια της ανάκλησης σχετίζεται με την άρση της ισχύος της ανακαλούμενης πράξης, η οποία τοποθετείται χρονικά στην περίπτωση των νομίμων πράξεων στην ημερομηνία έκδοσης της πράξης, *ex nunc*, ενώ στην περίπτωση των παρανόμων πράξεων η ανάκλησή τους τις εξαφανίζει εξ' υπαρχής, ανατρέχοντας στο χρόνο έκδοσής τους και αποκαθιστώντας τη νομική κατάσταση που ίσχυε πριν την έκδοσή τους, *ex tunc* (βλ. Πρεβεδούρου, Η ανάκληση των διοικητικών πράξεων, <https://www.prevedourou.gr/h-ανάκληση-των-διοικητικών-πράξεων-γεν/>).

25. Επειδή κατά πάγια νομολογία και σύμφωνα με τις γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου περί ανάκλησης των παράνομων διοικητικών πράξεων, η ανάκληση παρανόμως εκδοθείσας διοικητικής πράξης, συνεπάγεται την εξ' υπαρχής εξαφάνισή της και την αποκατάσταση του προσώπου στο οποίο αφορά η ανακαλούμενη πράξη στη νομική κατάσταση στην οποία θα ήταν χωρίς την ανακληθείσα πράξη. Η ανάκληση της παράνομης πράξης, δηλαδή, έχει αναδρομική δύναμη και ανατρέχει στο χρόνο έκδοσης της ανακαλούμενης πράξης. Ετέρωθεν και *argumentum e contrario* γίνεται δεκτό ότι η ανάκληση νομίμως εκδοθείσας διοικητικής πράξης λόγω μεταβολής νομικών και πραγματικών συνθηκών που αποτέλεσαν τη βάση έκδοσης της εν λόγω πράξης δεν ανατρέχει αναδρομικά, αλλά η ισχύς της εκκινεί από την ημέρα έκδοσής της

Αριθμός απόφασης: 190/2017

(βλ. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 4^η έκδοση, σελ. 332, Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, 10^η έκδοση, σελ. 194).

26. Επειδή, εν προκειμένω η υπ' αριθ. Πρωτ. 256918/10.10.2017 απόφαση ανάκλησης πράξης επιβολής προστίμου, με την οποία ακυρώθηκαν τα σε αυτήν αναφερόμενα πρόστιμα, αναφέρει ότι «ΑΠΟΦΑΣΙΖΟΥΜΕ (τ)ην ανάκληση ... εφόσον οι απαιτήσεις των πρώην εργαζομένων ... που εγέρθηκαν μέσω της αρ. 807/2016 εργατικής διαφοράς και αποτέλεσαν το νόμιμο έρεισμα των ως άνω πράξεων επιβολής προστίμου εξετάστηκαν εκ νέου σε δεύτερο βαθμό και διαπιστώθηκε η πλήρης ικανοποίησή τους, ως προκύπτει από την βεβαίωση επίλυσης της διαφοράς στο αρ. 7/2017 Πρακτικό εργατικής διαφοράς σε β' βαθμό».

27. Επειδή, οίκοθεν προκύπτει ότι η ανακλητική ως άνω απόφαση «δεν ακυρώνει αναδρομικά» ούτε «η Επιθεώρηση Εργασίας αναγνώρισε την εσφαλμένη έκδοσή τους», ως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται (σελ. 11 της Προσφυγής), αφού η ανάκληση εμφίλοχώρησε λόγω μεταβολής νομικών και πραγματικών συνθηκών που αποτέλεσαν τη βάση έκδοσης της εν λόγω πράξης. Συνεπώς, ήρθη η ισχύς της ανακαλούμενης πράξης, η οποία νομίμως είχε εκδοθεί κατά τα προαναφερόμενα και η άρση αυτή εκκινεί χρονικά από την ημερομηνία έκδοσης της πράξης αυτής, *ex nunc*, ως στην περίπτωση των νομίμων πράξεων και ως εν προκειμένω (βλ. σκέψεις 24 και 25), ήτοι μετά τις 10.10.2017.

28. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 7 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016 «Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης ...».

Αριθμός απόφασης: 190/2017

29. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με τις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016 «8. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της επόμενης παραγράφου, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής, καθώς και η απόφαση με την οποία γίνονται δεκτά ένδικα βοηθήματα κατ' αυτής, κοινοποιείται στην Αρχή. 9. Για τις ανάγκες των παραγράφων 7 και 8 συνιστάται επιτροπή που απαρτίζεται από εκπροσώπους του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, του Υπουργού Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, καθώς και του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων. Η ως άνω επιτροπή συγκροτείται με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού η οποία εκδίδεται εντός μηνάς από τη δημοσίευση του παρόντος και ρυθμίζει τις αναγκαίες λεπτομέρειες οργάνωσης και λειτουργίας της. Χρέη Προέδρου εκτελεί ο εκπρόσωπος του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού. τον κρίσιμο χρόνο υποβολής της προσφοράς της προσφεύγουσας και την έκδοση της προσβαλλόμενης».

30. Επειδή, άλλωστε, το άρθρο 104 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης πρέπει να συντρέχουν και κρίνονται σε τρία (3) χρονικά σημεία, ήτοι κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών (κατακύρωση) του άρθρου 80 και κατά τη σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 105 παρ. 3 περ. γ' του Ν. 4412/2016, ενώ η πλήρωση όλων των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά και στα τρία ως άνω αναφερόμενα χρονικά σημεία (βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία, Νο 20, ΕΑΑΔΗΣΥ, σελ. 26).

Αριθμός απόφασης: 190/2017

31. Επειδή, από τις προαναφερόμενες διατάξεις θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι όσον αφορά το χρόνο, στον οποίο ο οικονομικός φορέας θα πρέπει να αποδεικνύει ότι έλαβε τα κατάλληλα μέτρα θεραπείας και προς απόδειξη της αξιοπιστίας του, ο κρίσιμος αυτός χρόνος δεν δύναται να υπερβαίνει για την αξιολόγηση αυτή, το χρόνο υποβολής της προσφοράς, σε κάθε δε περίπτωση το χρόνο έκδοσης της απόφασης επί της αξιολόγησης της προσφοράς. Και τούτο διότι οι προαναφερόμενες διατάξεις αναφέρουν *expressis verbis* ότι η αξιολογική αυτή κρίση επί των μέτρων αυτοκάθαρσης, γίνεται από την αναθέτουσα αρχή μετά τη σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής της παραγράφου 9 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016. Κατ' ακολουθίαν η απόδειξη αυτή των μέτρων αυτοκάθαρσης δεν μπορεί να υπερβαίνει το χρόνο λήψης της απόφασης κρίσης επί της προσφοράς από την αναθέτουσα, σε κάθε δε περίπτωση δεν δύναται παραδεκτά να υποστηριχθεί ότι ο χρόνος αυτός εκτείνεται μέχρι του σημείου κρίσης της Προδικαστικής Προσφυγής από την Α.Ε.Π.Π., η οποία δύναται μόνον να κρίνει αν ορθώς ελήφθη η προσβαλλόμενη - γεγονός που εν προκειμένω υφίσταται - και δεν κείται εντός του πεδίου αρμοδιότητάς της η αξιολόγηση επί των ισχυριζόμενων μέτρων αυτοκάθαρσης, αξιολόγηση που εμπίπτει στις αρμοδιότητες της αναθέτουσας κατά τα προλεχθέντα. Η υπόψη δε ερμηνεία είναι σύμφωνη με τις γενικές αρχές που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, ήτοι τις αρχές της ισότητας και της μη διακριτικής μεταχείρισης των διαγωνιζομένων.

32. Επειδή, στην κρινόμενη περίπτωση από τις 10.10.2017 και εντεύθεν έχει ανακληθεί με την υπ' αριθ. Πρωτ. 256918/10.10.2017 απόφαση ανάκλησης πράξης επιβολής προστίμου, το με αριθ. πρωτ. ΕΣ-210690-2017/10031/25.08.2017 πιστοποιητικό του Σ.Ε.Π.Ε. και τα επιβληθέντα πρόστιμα ανέρχονται σήμερα συνολικά στο ποσό των 7.100€, ήτοι το ύψος αυτών είναι κατώτερο του ποσού των 10.000€ που συνιστά κατά την έννοια του άρθρου 68 του Ν.3863/2010 «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα» και αποτελεί υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού σύμφωνα με τον όρο 2.2.3.3. της Διακήρυξης.

Αριθμός απόφασης: 190/2017

33. Επειδή, εντούτοις, ορθώς η προσβαλλόμενη απέρριψε της προσφορά της προσφεύγουσας, αφού ουδέν μέτρο αυτοκάθαρσης είχε ληφθεί προσκομισθεί και δηλωθεί στο ΤΕΥΔ κατά τον κρίσιμο χρόνο υποβολής της προσφοράς και κρίσης επ' αυτής, τα οποία κατά το κρίσιμο εκείνο χρονικό διάστημα ήταν ανώτερα του ποσού των 10.000€ που συνιστά κατά την έννοια του άρθρου 68 του Ν.3863/2010 «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα» και αποτελεί υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού σύμφωνα με τον όρο 2.2.3.3. της Διακήρυξης.

34. Επειδή, και σε κάθε δε περίπτωση ακόμα και αν ήθελε υποτεθεί ότι είχε εκκινήσει η διαδικασία προς λήψη τέτοιων μέτρων αυτοκάθαρσης, ουδέν είχε δηλωθεί στο ΤΕΥΔ στο σχετικό πεδίο αναφορικά με το ζήτημα αυτό κατά τα προλεχθέντα (βλ. σκέψεις 14 και 20), ενώ τα ισχυριζόμενα μέτρα αυτοκάθαρσης που η προσφεύγουσα έλαβε υφίστανται σε χρόνο μεταγενέστερο (από τις 10.10.2017) της προσφοράς της και της κρίσης επ' αυτής με την προσβαλλόμενη, η οποία έλαβε χώρα στις 14.09.2017 και κατά συνέπεια ορθώς η προσβαλλόμενη απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας.

35. Επειδή, τούτων δοθέντων θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι και ο β' λόγος της Προσφυγής τυγχάνει νόμω και ουσία αβάσιμος και κατ'ακολουθίαν η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

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

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την υπό κρίση Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 22 Νοεμβρίου 2017 και εκδόθηκε στις 8 Δεκεμβρίου 2017.

Αριθμός απόφασης: 190/2017

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Βασιλική Κ. Μπάκου