

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 2 Ιουλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος (δυνάμει της υπ' αριθμ. 79/2021 Πράξης του Προέδρου ΑΕΠΠ), Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27.05.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1089/27.05.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στην ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της απόφασης που ελήφθη κατά την υπ' αριθμ. 1850/13.05.2021 (Θέμα 3^ο) συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου περί έγκρισης των από 2.04.2021 και 19.04.2021 πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... (...) ... (...) ... (...) -...» (εφεξής ο «πρώτος παρεμβαίνων»), που εδρεύει στη ..., ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «δεύτερος παρεμβαίνων») που εδρεύει στον ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», (εφεξής ο «τρίτος παρεμβαίνων») που εδρεύει στην ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που κρίνονται αποδεκτές οι προσφορές των παρεμβαινόντων.

Με τις παρεμβάσεις του όλοι οι παρεμβαίνοντες επιδιώκουν την απόρριψη της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 3.287 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 27.05.2021 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 657.258,06 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή ο αναθέτων φορέας με την υπ' αριθμ. 3520/202 Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με αντικείμενο «Φύλαξη εγκαταστάσεων, καταστημάτων και μονάδων διανομής ...πανελλαδικά», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει της τιμής, συνολικής αξίας 815.000,000€ πλέον ΦΠΑ.

3. Επειδή η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 23.11.2020 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 1.12.2020 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ...

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε ο αναθέτων φορέας ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 27.05.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 17.05.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή στις 28.05.2021 ο αναθέτων φορέας προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους έτερους συμμετέχοντες στη διαγωνιστική διαδικασία, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1374/2021 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε ο αναθέτων φορέας να υποβάλει τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής

8. Επειδή ο αναθέτων φορέας την 4.06.2021 απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού απόψεις επί του προδικαστικής προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα στις 11.06.2021.

9. Επειδή ο πρώτος παρεμβαίνων κατέθεσε στις 4.06.2021, ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, τη με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 3472/2021 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει κριθεί αποδεκτή η προσφορά του και έχει καταταχτεί τρίτος σε σειρά μειοδοσίας και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης ως προς την αποδοχή της προσφοράς του.

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

10. Επειδή ο δεύτερος παρεμβαίνων κατέθεσε στις 7.06.2021, ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, τη με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 3778/2021 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει κριθεί αποδεκτή η προσφορά του και έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης ως προς την αποδοχή της προσφοράς του.

11. Επειδή ο τρίτος παρεμβαίνων κατέθεσε στις 7.06.2021, ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, τη με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 3779/2021 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει κριθεί αποδεκτή η προσφορά του και έχει καταταχτεί δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης ως προς την αποδοχή της προσφοράς του.

12. Επειδή την 25.06.2021 ο προσφεύγων υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων του αναθέτοντος φορέα. Το ως άνω υπόμνημα κατατέθηκε εμπροθέσμως σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό προστέθηκε με το ν. 4605/2019 (ΦΕΚ 52/Α/1-4-2019), δοθέντος ότι η συζήτηση για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής ορίσθηκε στις 2.07.2021 και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

13. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

14. Επειδή στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν τέσσερις οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων, ο πρώτος παρεμβαίνων, ο δεύτερος παρεμβαίνων και ο τρίτος παρεμβαίνων, οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμ. συστήματος ..., ..., ... και ... προσφορές τους αντίστοιχα. Σύμφωνα με το από 2.04.2021 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την αποδοχή των προσφορών όλων των διαγωνιζομένων. Κατόπιν δε αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών, με το από 19.04.2021 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την ανακήρυξη του δευτέρου παρεμβαίνοντος ως

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

προσωρινού αναδόχου, ενώ ο προσφεύγων κατατάχτηκε τέταρτος σε σειρά μειοδοσίας, ο πρώτος παρεμβαίνων τρίτος σε σειρά μειοδοσίας και ο τρίτος παρεμβαίνων δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας. Με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκαν τα ως άνω Πρακτικά.

15. Επειδή ο προσφεύγων, ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχτηκε τέταρτος σε σειρά μειοδοσίας θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς των παρεμβαίνόντων, ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη των προσφορών τους (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

Ωστόσο, το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, *Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώως, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣΤΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, *Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα*, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, 2017, σελ. 745 επ.) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣΤΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Επίσης, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣΤΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣΤΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣΤΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», *ΔιοικΔ*, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται επομένως όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣΤΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831). Σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής). Πέραν των ανωτέρω, οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές, και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017).

Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, και δεδομένου ότι το κριτήριο ανάθεσης του υπό κρίση διαγωνισμού είναι η πλέον συμφέρουσα οικονομική

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

προσφορά βάσει τιμής, εφόσον ο προσφεύγων έχει καταταγεί τέταρτος κατά σειρά μειοδοσίας, προϋπόθεση της συνδρομής του εννόμου συμφέροντός του προς προβολή ισχυρισμών κατά του δεύτερου παρεμβαίνοντος και πρώτου κατά σειρά μειοδοσίας αποτελεί η ευδοκίμηση της προδικαστικής προσφυγής κατά των προτασόμενων τρίτου σε σειρά μειοδοσίας-πρώτου παρεμβαίνοντος και δεύτερου σε σειρά μειοδοσίας-τρίτου παρεμβαίνοντος. Ως εκ τούτου, θα προηγηθεί η εξέταση των λόγων της προσφυγής που βάλλουν κατά της προσφοράς του τρίτου σε σειρά μειοδοσίας και πρώτου παρεμβαίνοντος κ.ο.κ.

16. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι : « *Ι. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΗΝ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ...ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΗΝ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗ ΤΗΣ*

[...]ΔΕΥΤΕΡΟΣ ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ: ΣΟΒΑΡΟ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΟ ΠΑΡΑΠΤΩΜΑ

[...] Ειδικότερα, ο εν λόγω οικονομικός φορέας κατά την κρίσιμη τριετία πριν την υποβολή της προσφοράς του φέρεται να έχει υποπέσει κατ' επανάληψη σε παραβιάσεις της εργατικής νομοθεσίας που άμεσα συναρτώνται με την εκτέλεση της υπό εξέταση σύμβασης και ειδικότερα:

α. Έχει λάβει την 24.5.2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ...

β. Έχει λάβει την από 4.10.2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Θεσσαλονίκης προσφυγή.

γ. Έχει λάβει την από 23.10.2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ...

δ. Έχει λάβει την από 05.12.2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ...,

ε. Έχει λάβει την από 29.11.2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας

Οι ανωτέρω πράξεις επιβολής προστίμου σε βάρος του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα εξεταζόμενες υπό το πρίσμα του προβλεπόμενου λόγου αποκλεισμού της παρ. 2.2.3.4. περ. (θ) οδηγούν υποχρεωτικώς στην απόρριψη του εν λόγω φορέα από την διαγωνιστική διαδικασία. Τούτο

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

συμβαίνει διότι ο εν λόγω φορέας (ακόμα κι αν είχε δηλώσει τα ανωτέρω πρόστιμα) θα ήταν ένοχος σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα (αρ. 18 παρ. 2 και 5 Ν. 4412/2016) νοείται ιδίως η παραβίαση της εργατικής νομοθεσίας η οποία συναρτάται άμεσα με την εκτέλεση της υπό κρίση σύμβασης παροχής υπηρεσιών ασφαλείας με ανθρώπινο δυναμικό. Η εν λόγω εταιρεία έχει επιδείξει (αν και σκοπίμως το αποκρύπτει) βαρύτατη επαγγελματική πλημμέλεια καθώς εμφανίζει σταθερή ροπή και έφεση προς την παράβαση των στοιχειωδών κανόνων της εργατικής νομοθεσίας εις βάρος των εργαζομένων της, οι οποίοι αποτελούν και εν προκειμένω την «καρδιά» της υπό σύναψη συμβάσεως. Ούτως, η εν λόγω εταιρεία θα πρέπει να αποκλειστεί από την διαγωνιστική διαδικασία και εξαιτίας σοβαρού επαγγελματικού ελαττώματος (ΑΕΠΠ 235/2021). Κατόπιν τούτων η προσβαλλόμενη απόφαση (με την οποία γίνεται δεκτή η συμμετοχή της προκειμένης εταιρείας) πρέπει να ακυρωθεί με σκοπό να απορριφθεί η συμμετοχή του εν λόγω οικονομικού φορέα. [...]

II. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΗΝ ΕΤΑΙΡΕΙΑ "...ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΗΝ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗ ΤΗΣ

ΠΡΩΤΟΣ ΛΟΓΟΣ: ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΣ ΔΑΝΕΙΖΟΥΣΑΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ

Ο οικονομικός φορέας ...συμμετείχε στον υπό κρίση διαγωνισμό στηριζόμενος στην δάνεια εμπειρία του φορέα ...Ωστόσο, ο δανείζων αυτός φορέας είναι αποκλειστέος βάσει της διακήρυξης του υπό κρίση διαγωνισμού για τους κατωτέρω λόγους:

1) Από την ανάγνωση του ΕΕΕΣ της δανείζουσας επιχείρησης ... προκύπτει ότι δηλώνει: «...έχουν επιβληθεί μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς στον υπό κρίση διαγωνισμό, πλέον των τριών (3) πράξεων επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632 /2011 (Β΄ 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους».

Η διακήρυξη, προβλέπει ως λόγο αποκλεισμού την περ. γ της παρ. 2 αρ. 68 Ν. 3863/2010 (πρβλ. 2.2.3.2. παρ. Γ της διακήρυξης). Ως εκ τούτου η

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

τελεσιδικία των προστίμων (που προβλέπεται στην περ. γ της παρ. 2 του αρ. 73 Ν.4412/2016- που δεν έχει ενταχθεί στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού) είναι νομικώς αδιάφορη στην προκείμενη περίπτωση γιατί δεν τίθεται ούτε ως όρος της διακήρυξης ούτε ως όρος της περ. γ της παρ. 2 του αρ. 68 Ν. 3863/2010. Συνεπώς, αποδεικνύεται ότι η εν λόγω δανείζουσα εταιρεία πρέπει να αποκλειστεί και λόγω της περίπτωσης γ. παρ. 2 Ν. 3863/2010 αλλά και λόγω της περίπτωσης θ της παρ. 2.2.3.4. της διακήρυξης (σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα). Λίαν προσφάτως άλλωστε κρίθηκε από την τη ΣΥΓΚΛΗΤΟ ΤΟΥ ΕΚΠΑ ότι η συγκεκριμένη εταιρεία (...) έχει υποπέσει σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα εξαιτίας των προστίμων της εργατικής νομοθεσίας που τής έχουν επιβληθεί. [...]

κατά την κρίσιμη διετία στην εν λόγω εταιρεία έχουν πράγματι βεβαιωθεί τουλάχιστον τέσσερις πράξεις επιβολής προστίμου πολύ υψηλής σπουδαιότητας (και δη εντός του έτους 2019). Συνολικά, μάλιστα εμφανίζει περί τις οκτώ πράξεις επιβολής προστίμου. Ως εκ τούτου ο εν λόγω φορέας είναι και ένοχος σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος και συνεπώς αποκλειστέος δοθέντος ότι τα μέτρα αυτοκάθαρσης που δηλώνει στο ΕΕΕΣ τους έχουν κριθεί με πληθώρα αποφάσεων ως μη κατάλληλα και ανεπαρκή για να αποκαταστήσουν την αξιοπιστία του.

Ειδικότερα, ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΑ ΑΝΑΦΕΡΟΜΕΝΑ ΜΕΤΡΑ ΑΥΤΟΚΑΘΑΡΣΗΣ: Τα αναφερόμενα μέτρα αυτοκάθαρσης της αντιδίκου δεν μπορούν, να κριθούν πρωτογενώς από την ΑΕΠΠ. Ωστόσο, για την πληρότητα του προκείμενου λόγου απόρριψης της αντιδίκου κατά περίπτωση θ της παρ. 2.2.3.4. της διακήρυξης (σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα) θα πρέπει να αναφέρουμε ότι είναι παντελώς αβάσιμα, ακατάλληλα και απορριπτέα και θα απορριφθούν από την αρμόδια επιτροπή [...]Για τον λόγο αυτό και επειδή με την προσβαλλόμενη απόφαση έγινε δεκτή η δανείζουσα εταιρεία χωρίς να αποκλειστεί και να ζητηθεί η αντικατάστασή της από τον συμμετέχοντα φορέα, θα πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της [...]

17. Επειδή ο αναθέτων φορέας στις απόψεις του ισχυρίζεται ότι : « [...] Ως προς την εταιρεία ... [...] Δεύτερος λόγος προσφυγής

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

Όλες οι μνημονευόμενες κυρώσεις που αναφέρονται στην προσφυγή της εταιρίας ...κατά της εταιρείας ..., πλην αυτής που επιβλήθηκε στις 12-9-2019 επιβλήθηκαν σε χρόνο πέραν της 2ετίας που απαιτεί ο νόμος από τον χρόνο υποβολής των προσφορών, δηλ. στις 7-1-2021.

Η εταιρεία ... εξάλλου ανέφερε στο ΕΕΕΣ, που συμπεριέλαβε στην προσφορά της τη μια και μοναδική επιβληθείσα κύρωση που της επιβλήθηκε εντός της τελευταίας διετίας (δηλ. 12-9-2019) και ανέφερε ότι έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Αθηνών η ΠΡ13525/30-09-2019 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή της. Η ανωτέρω πράξη δεν έχει εκδικαστεί και δεν έχει αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ όπως ορίζει ο Νόμος 4412/2016 άρθρο 73 παρ.2 περίπτωση γ, η οποία προστέθηκε με το άρθρο 39 του Νόμου 4488/2017. Επομένως η εταιρία δεν εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού σύμφωνα με το άρθρο 73 του Νόμου 4412 /2016, όπως αυτό ισχύει σήμερα, εφόσον κατά της ανωτέρω κύρωσης έχει ασκηθεί η αντίστοιχη δικαστική προσφυγή η οποία και δεν έχει ακόμη εκδικασθεί.

Περαιτέρω δε δεν μπορεί να θεμελιωθεί εξ αυτού του λόγου αποκλεισμός της εταιρείας λόγω σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, καθώς υπάρχει η ειδική πρόβλεψη της διακήρυξης και του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, στην οποία δεν εμπίπτει προφανώς η συγκεκριμένη εταιρεία.

Κατά συνέπεια ορθά έκρινε η αρμόδια Επιτροπή και η προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί [...]

Ως προς την εταιρεία ...

A. Ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής

Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι έχουν επιβληθεί στην δανείζουσα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς στον υπό κρίση διαγωνισμό, πλέον των τριών (3) πράξεων επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας και επομένως για το λόγο αυτό θα πρέπει να αποκλειστεί.

Η συγκεκριμένη εταιρεία στο ΕΕΕΣ απάντησε θετικά στο ερώτημα εάν ο οικονομικός φορέας έχει, εν γνώσει του, αθετήσει τις υποχρεώσεις του στους τομείς του εργατικού δικαίου και στη συνέχεια διευκρίνισε ότι στην εταιρεία

έχουν επιβληθεί μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς στον υπό κρίση διαγωνισμό, πλέον των τριών (3) πράξεων επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632 /2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους. Κατά των ανωτέρω πράξεων επιβολής προστίμου έχουν ασκηθεί νομίμως και εμπροθέσμως προσφυγές ενώπιον των αρμοδίων Διοικητικών Πρωτοδικείων. Επομένως, οι ανωτέρω κυρώσεις δεν έχουν τελεσιδικήσει και για το λόγο αυτό η συγκεκριμένη εταιρεία δεν εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού της διακήρυξης και του άρθρου 73 παρ. 2 περ. γ του Ν. 4412/2016, το οποίο ρητά προβλέπει ότι: «Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ». Στην επόμενη δε ερώτηση του ΕΕΕΣ που αναφέρεται στα μέτρα αυτοκάθαρσης η συγκεκριμένη εταιρεία αναφέρει μια σειρά επανορθωτικών μέτρων που έχει πάρει με σκοπό να αυξήσει τη φερεγγυότητα και αξιοπιστία της. Κατά συνέπεια ορθά έκρινε η αρμόδια Επιτροπή αξιολόγησης του διαγωνισμού ότι δεν συντρέχει εν προκειμένω λόγος αποκλεισμού και για το λόγο αυτό θα πρέπει να απορριφθεί η προσφυγή.[...]

18. Επειδή ο πρώτος παρεμβαίνων προβάλλει τα ακόλουθα : « [...] το κρίσιμο χρονικό διάστημα για την επιβολή των προστίμων είναι 2 έτη πριν το χρονικό σημείο υποβολής της προσφοράς και όχι 3 έτη, όπως αβασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα. Τούτο διότι στη διάταξη του άρθρου 18 ν. 4412/2016 γίνεται ρητή παραπομπή στη διάταξη της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, στην οποία ρητά προβλέπεται ότι κρίσιμο χρονικό διάστημα για τη στοιχειοθέτηση του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού είναι τα 2 έτη πριν την υποβολή προσφοράς.

Άλλωστε, η διάταξη του άρθρου 68 ν.3863/2010 αφορά ειδικά τις εταιρίες φύλαξης και καθαριότητας και ως ειδική διάταξη υπερισχύει της γενικής διάταξης του άρθρου 73 ν. 4412/2016, που προβλέπει ως κρίσιμο χρόνο την τριετία. Τούτο, άλλωστε, κατέστησε σαφές και ο νομοθέτης του ν. 4412.2016,

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

με το άρθρο 18, στο οποίο γίνεται ρητή παραπομπή στο άρθρο 68 ν.3863/2010 για τις διαδικασίες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης. Εξάλλου, ο νομοθέτης του ν. 3863/2010 όρισε μικρότερο χρονικό διάστημα αποκλεισμού για τις εταιρίες φύλαξης και καθαριότητας (2 έτη) σε σχέση τον γενικό κανόνα της 3ετίας του άρθρου 73 ν.4412/2016, για να αντισταθμίσει το γεγονός ότι για τις εταιρίες φύλαξης και καθαριότητας, ο αποκλεισμός ισχύει από μόνη την επιβολή των προστίμων, χωρίς να απαιτείται αυτές να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ.

Επομένως, η εταιρία μας ΔΕΝ είχε υποχρέωση να αναφέρει στο ΤΕΥΔ της τις 5 πράξεις επιβολής προστίμων που καταγράφει η προσφεύγουσα στη σελ. 10 της προσφυγής, διότι αυτές επιβλήθηκαν πριν από την κρίσιμο χρονικό διάστημα δηλαδή προ 2 ετών από την υποβολή της προσφοράς μας.

Αντίθετα, η εταιρία μας, ήταν απόλυτα ειλικρινής και ανέφερε στο ΤΕΥΔ της το μοναδικό πρόστιμο που της επιβλήθηκε εντός των τελευταίων 2 ετών, μολονότι με βάση την πρόσφατη νομολογία του ΣτΕ δεν όφειλε να πράξει ούτε αυτό (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 20/2020). Έτσι, αναφέρουμε στο ΤΕΥΔ του παρόντος διαγωνισμού ότι «Στην εταιρία μας, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφοράς, επιβλήθηκε η υπ' αριθμ. 364444/12-9-2019 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Αθηνών η ΠΡ13525/30-09-2019 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας. Η ανωτέρω πράξη δεν έχει εκδικαστεί και δεν έχει αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ όπως ορίζει ο Νόμος 4412/2016 άρθρο 73 παρ.2 περίπτωση γ, η οποία προστέθηκε με το άρθρο 39 του Νόμου 4488/2017. Επομένως η εταιρία δεν εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού σύμφωνα με το άρθρο 73 του Νόμου 4412 /2016, όπως αυτό ισχύει σήμερα, εφόσον κατά της ανωτέρω κύρωσης έχει ασκηθεί η αντίστοιχη δικαστική προσφυγή» και περαιτέρω επικαλεστήκαμε και μέτρα αυτοκάθαρσης.

Εφόσον, λοιπόν, στην εταιρία μας επιβλήθηκε μόνο 1 πρόστιμο για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας κατά το κρίσιμο χρονικό διάστημα των 2 ετών πριν την υποβολή της προσφοράς, δεν δύναται να στοιχειοθετηθεί νομίμως αποκλεισμός μας λόγω διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

παραπτώματος. Οι δε περί του αντίθετου ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθούν ως νόμω αβάσιμοι, διότι στηρίζονται στην εσφαλμένη εκδοχή ότι κρίσιμος χρόνος είναι τα 3 και όχι τα 2 έτη πριν την ημερομηνία υποβολής προσφορών.[...]

19. Επειδή ο τρίτος παρεμβαίνων ισχυρίζεται τα ακόλουθα : «
ΣΤΗΝ ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ ΤΩΝ ΛΟΓΩΝ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 73 ΠΑΡ. 4 Ν. 4412/2016, ΕΦΟΣΟΝ Η ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ ΕΧΕΙ ΣΧΕΤΙΚΩΣ ΔΙΑΚΡΙΤΙΚΗ ΕΥΧΕΡΕΙΑ, ΤΟΥΤΗ ΕΚΤΕΙΝΕΤΑΙ ΣΤΙΣ ΕΠΙΛΟΓΕΣ ΕΙΤΕ ΝΑ ΚΑΝΕΙ ΔΕΚΤΗ ΤΗΝ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΜΑΣ ΕΙΤΕ ΝΑ ΖΗΤΗΣΕΙ ΤΗΝ ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΤΗΣ ΔΑΝΕΙΖΟΥΣΑΣ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ «...». - ΔΕ ΝΟΕΙΤΑΙ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΣ ΠΡΟΣΦΕΡΟΝΤΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥ ΦΟΡΕΑ ΛΟΓΩ ΠΛΗΜΜΕΛΕΙΑΣ ΠΟΥ ΑΦΟΡΑ ΤΟΝ ΔΑΝΕΙΖΟΝΤΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΦΟΡΕΑ, ΧΩΡΙΣ ΝΑ ΖΗΤΗΣΕΙ Η ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ ΤΗΝ ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΤΟΥ ΔΑΝΕΙΖΟΝΤΟΣ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΦΟΡΕΑ

Διότι όλως μη νομίμως και αβασίμως η προσφεύγουσα εταιρεία βάλλει κατά της υποβληθείσας προσφοράς της εταιρείας μας, λόγω της καταλογιζόμενης στην προσφορά μας πλημμέλειας που αφορά αποκλειστικά την δανείζουσα εμπειρία εταιρεία. Εντούτοις, ακόμη και αν κριθεί ότι η Αναθέτουσα Αρχή διέθετε σχετική διακριτική ευχέρεια, εφόσον πρόκειται για λόγους αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 Ν. 4412/2016, η διακριτική της ευχέρεια εκτείνεται στις εξής δύο επιλογές:

- είτε να κάνει δεκτή την προσφορά της εταιρείας μας
- είτε να ζητήσει την αντικατάσταση του δανείζοντος εμπειρία οικονομικού φορέα, μετά από το προβλεπόμενο στάδιο αξιολόγησης των προταθέντων επανορθωτικών μέτρων.

Και τούτο διότι δεν νοείται αποκλεισμός προσφέροντος οικονομικού φορέα λόγω πλημμέλειας που αφορά τον δανείζοντα εμπειρία φορέα, χωρίς να ζητήσει η Αναθέτουσα Αρχή την αντικατάσταση του δανείζοντος εμπειρία φορέα.

Με άλλα λόγια, η Αναθέτουσα Αρχή διέθετε διακριτική ευχέρεια είτε να κάνει δεκτή την προσφορά της εταιρείας μας, όπως ακριβώς έπραξε, είτε να ζητήσει την αντικατάσταση της δανείζουσας εμπειρία εταιρείας μετά από το

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

προβλεπόμενο στάδιο αξιολόγησης των προταθέντων επανορθωτικών μέτρων, καθότι η καταλογιζόμενη στην προσφορά μας πλημμέλεια αφορά την ως άνω δανείζουσα εμπειρία εταιρεία.

Και τούτο διότι ουδόλως νοείται αποκλεισμός προσφέροντος οικονομικού φορέα λόγω πλημμέλειας που αφορά τον δανείζοντα εμπειρία φορέα, χωρίς να ζητήσει η Αναθέτουσα Αρχή την αντικατάσταση του δανείζοντος εμπειρία φορέα.

Για αυτό το λόγο, απολύτως νόμιμα και κατ' ενάσκηση της διακριτικής της ευχέρειας η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε την αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία.

Ως εκ τούτου, ο σχετικός ισχυρισμός της προσφεύγουσας προβάλλεται όλως μη νομίμως και αβασίμως, καθότι συνιστά *contra legem* ερμηνεία, η οποία παραβιάζει ευθέως τόσο το Ν. 4412/2016 όσο και την υπό κρίση διακήρυξη. Και τούτο διότι όλως μη νομίμως η προσφεύγουσα κατ' ουσίαν ταυτίζει τη θέση του δανείζοντος εμπειρία φορέα με τον προσφέροντα.

Επειδή η ΑΕΠΠ έχει ήδη κρίνει ότι η συνδρομή λόγου αποκλεισμού σε οικονομικό φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο προσφέρων οικονομικός φορέας, δεν συνεπάγεται ευθέως τον αποκλεισμό του προσφέροντος αλλά αντίθετα ο αναθέτων φορέας διαθέτει και διακριτική ευχέρεια να μην ζητήσει καν την αντικατάσταση του τρίτου φορέα και να αποδεχθεί την συμμετοχή του προσφέροντος (για τους λόγους αποκλεισμού της παραγράφου 4 του άρθρου 73 Ν. 4412/2016). (βλ. *ad hoc* 1392,1393/2020 ΑΕΠΠ, σκ. 3, σελ. 5)

Δηλαδή η ΑΕΠΠ έχει κρίνει ότι σε περίπτωση λόγου αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 στο πρόσωπο του δανείζοντος εμπειρία φορέα, συντρέχει περίπτωση ζήτησης αντικατάστασης του εν λόγω φορέα και σε καμία περίπτωση δεν αποκλείεται αυτομάτως ο προσφέρων οικονομικός φορέας από τη διαγωνιστική διαδικασία. Και τούτο διότι η Αναθέτουσα Αρχή, σε περίπτωση λόγου αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 4 Ν. 4412/2016 στο πρόσωπο του δανείζοντος εμπειρία φορέα, διαθέτει ευχέρεια είτε να αποδεχθεί την προσφορά του προσφέροντος οικονομικού φορέα, ως έχει, είτε να ζητήσει την αντικατάσταση του δανείζοντος εμπειρία φορέα, στην ικανότητα του

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

οποίου στηρίζεται ο προσφέρων. Απαγορεύεται δε άνευ ετέρου ο αυτόματος αποκλεισμός του προσφέροντος οικονομικού φορέα λόγω της συνδρομής λόγου αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 4 Ν. 4412/2016 στο πρόσωπο του δανείζοντος εμπειρία φορέα, στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται.

Εν προκειμένω δε, η προσφεύγουσα ΟΥΔΟΛΩΣ επικαλείται τυχόν κακή ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής όσον αφορά την αποδοχή της υποβληθείσας προσφοράς μας, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην υπ' αριθμ. 1392,1393/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ. Ως εκ τούτου, η σχετική αιτίαση της προσφεύγουσας προβάλλεται όλως μη νομίμως και αβασίμως.

Δηλαδή, η προσφεύγουσα σε κανένα απολύτως σημείο της υπό κρίση προσφυγής της δεν βάλλει κατά της ενάσκησης της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, αναφορικά με την αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας μας και την μη ζήτηση αντικατάστασης της τρίτης δανείζουσας εμπειρία εταιρείας «...».

Αντιθέτως, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της αποδοχής της προσφοράς μας και κατά των ληφθέντων και δηλωθέντων επανορθωτικών μέτρων της εταιρείας μας, χωρίς να στοιχειοθετήσει κανέναν απολύτως ισχυρισμό περί δήθεν μη νόμιμης ενάσκησης της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, κατά το μέρος αποδοχής της προσφοράς της εταιρείας μας στον υπό κρίση διαγωνισμό. Για αυτό το λόγο, η υπό κρίση προσφυγή της εταιρείας «...» πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της.

ΑΚΟΜΗ ΚΑΙ ΕΑΝ Η ΔΑΝΕΙΖΟΥΣΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΕΝΕΠΙΠΤΕ ΣΕ ΛΟΓΟ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ ΕΞΑΙΤΙΑΣ ΤΗΣ ΕΠΙΒΟΛΗΣ ΚΑΙ ΜΟΝΟΝ ΠΛΕΟΝ ΤΩΝ ΤΡΙΩΝ ΠΡΑΞΕΩΝ ΕΠΙΒΟΛΗΣ ΠΡΟΣΤΙΜΟΥ «ΥΨΗΛΗΣ» Ή «ΠΟΛΥ ΥΨΗΛΗΣ» ΣΟΒΑΡΟΤΗΤΑΣ ΚΑΤ' ΑΡΘΡΟ 68 ΤΟΥ Ν. 3863/2010, ΤΟΤΕ ΜΕ ΒΑΣΗ ΤΗ ΡΗΤΗ ΔΙΑΤΑΞΗ ΤΩΝ ΟΡΩΝ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ 2.2.3.2. ΠΕΡ. γ' ΚΑΙ 2.2.3.6. ΘΑ ΕΠΡΕΠΕ ΝΑ ΑΞΙΟΛΟΓΗΘΟΥΝ ΛΗΦΘΕΝΤΑ ΕΠΑΝΟΡΘΩΤΙΚΑ ΜΕΤΡΑ ΤΗΣ ΔΑΝΕΙΖΟΥΣΑΣ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΠΟΔΕΙΞΗ Ή ΜΗ ΤΗΣ ΑΞΙΟΠΙΣΤΙΑΣ ΤΗΣ. - Η ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ ΘΑ ΟΦΕΙΛΕ ΚΑΤΑ ΔΕΣΜΙΑ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑ ΝΑ ΕΞΕΤΑΣΕΙ ΤΑ ΛΗΦΘΕΝΤΑ ΕΠΑΝΟΡΘΩΤΙΚΑ ΜΕΤΡΑ ΤΗΣ ΔΑΝΕΙΖΟΥΣΑΣ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ. - Ο Ν. 4412/2016 ΔΕΝ ΠΡΑΓΜΑΤΟΠΟΙΕΙ ΚΑΜΙΑ ΑΠΟΛΥΤΩΣ ΔΙΑΚΡΙΣΗ

ΜΕΤΑΞΥ ΠΡΟΣΦΕΡΟΝΤΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥ ΦΟΡΕΑ ΚΑΙ ΔΑΝΕΙΖΟΝΤΟΣ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΦΟΡΕΑ, ΟΣΟΝ ΑΦΟΡΑ ΤΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΟΥ ΑΚΟΛΟΥΘΕΙΤΑΙ ΣΕ ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ ΛΟΓΟΥ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ ΣΤΟ ΠΡΟΣΩΠΟ ΤΟΥ.

Διότι όλως μη νομίμως και με μη νόμιμη αιτιολογία η προσφεύγουσα εταιρεία βάλλει κατά της υποβληθείσας προσφοράς μας στον υπό κρίση διαγωνισμό. Και τούτο διότι σε κάθε περίπτωση, ακόμη και αν υποτεθεί ότι δήθεν η εταιρεία «...» ενέπιπτε σε λόγους αποκλεισμού των άρθρων 2.2.3.2. περ. γ' και 2.2.3.4. περ. θ' της διακήρυξης, τότε η Αναθέτουσα Αρχή ΟΦΕΙΛΕ ΚΑΤΑ ΔΕΣΜΙΑ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑ να αξιολογήσει τα ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα της δανείζουσας εμπειρία εταιρείας, κατ' άρθρο 73 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 και 2.2.3.6. της διακήρυξης, προκειμένου να διαπιστώσει την επάρκεια ή μη των επανορθωτικών μέτρων που είχε λάβει η ανωτέρω εταιρεία και δήλωσε νομίμως, αν και δεν είχε υποχρέωση προς τούτο, στο υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. της προσφοράς της.

Από τον ανωτέρω όρο της υπό κρίση διακήρυξης προκύπτει ότι, ακόμη και εάν θεωρηθεί εσφαλμένα ότι η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία «...» εμπίπτει στο λόγο αποκλεισμού του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, η εν λόγω παραβίαση του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 έχει συμπεριληφθεί ρητά και αδιαμφισβήτητα στο λόγο αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.2. περ. γ' και ως εκ τούτου, οικονομικός φορέας που παραβιάζει τα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.3.2. περ. γ' της διακήρυξης μπορεί να δηλώσει μέτρα αυτοκάθαρσης προς απόδειξη της αξιοπιστίας του.

Η δε Αναθέτουσα Αρχή ΟΦΕΙΛΕΙ ΚΑΤΑ ΔΕΣΜΙΑ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑ να αξιολογήσει τα ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα του τρίτου δανείζοντος οικονομικού φορέα και να αποφανθεί αιτιολογημένα για την επάρκεια ή μη των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων του.

Στην προκειμένη λοιπόν περίπτωση, η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία «...», ακόμα και εάν θεωρηθεί ότι εμπίπτει στο λόγο αποκλεισμού του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, ο οποίος έχει συμπεριληφθεί στο άρθρο 2.2.3.2. περ. γ' της διακήρυξης, έχει δηλώσει στο υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. τα επανορθωτικά μέτρα που είχε λάβει προκειμένου να αποδείξει την αξιοπιστία της.

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

Ως εκ τούτου, η Αναθέτουσα Αρχή θα όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα, σύμφωνα με τα ρητώς οριζόμενα στο άρθρο 2.2.3.6. της διακήρυξης που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του υπό κρίση διαγωνισμού, να αξιολογήσει τα δηλωθέντα επανορθωτικά μέτρα που έλαβε η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία και να αποφανθεί για την επάρκεια ή μη των δηλωθέντων επανορθωτικών μέτρων.

Εξάλλου, ακόμη και σε περίπτωση που η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε ότι η εταιρεία «...» ενέπιπτε σε λόγο αποκλεισμού (άρθρου 68 Ν. 3863/2010, άρθρου 2.2.3.2. περ. γ' και 2.2.3.4. παρ. θ' της διακήρυξης), και αφού προηγουμένως έκρινε μη επαρκή τα ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα της τρίτης δανείζουσας εμπειρία εταιρείας, «...», τότε και μόνον τότε θα ΟΦΕΙΛΕ ΚΑΤΑ ΔΕΣΜΙΑ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑ να μας καλέσει να αντικαταστήσουμε την εταιρεία «...». [...]

εάν οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4, τότε 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. Εν συνεχεία, εάν τα στοιχεία τούτα κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης.

Συνεπώς, για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει σε διαγωνιστική διαδικασία, είτε είναι προσφέρων είτε είναι δανείζων εμπειρία φορέας, εφαρμόζεται το άρθρο 73 του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το οποίο, ακόμη κι αν ο εν λόγω φορέας εμπίπτει σε λόγο αποκλεισμού, και ειδικότερα σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4, δύναται να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν ότι έχει αποκαταστήσει την αξιοπιστία του. Εάν τα ληφθέντα μέτρα κριθούν επαρκή, τότε ο εν λόγω φορέας ΔΕΝ ΑΠΟΚΛΕΙΕΤΑΙ από την διαγωνιστική διαδικασία.

Με άλλα λόγια, ο Ν. 4412/2016 δεν πραγματοποιεί καμία απολύτως διάκριση μεταξύ προσφέροντος οικονομικού φορέα και δανείζοντος εμπειρία φορέα, όσον αφορά τη διαδικασία που ακολουθείται σε περίπτωση συνδρομής λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπό του.

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

Αντιθέτως, η διαδικασία που ακολουθείται όπως προκύπτει από το άρθρο 73 του Ν. 4412/2016, σε συνδυασμό με το άρθρο 78 του ίδιου νόμου, ο οποίος παραπέμπει ρητώς στη διάταξη του άρθρου 73, είναι η εξής:

Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, είτε προσφέρων είτε δανειζών εμπειρία φορέας, εμπίπτει σε λόγο αποκλεισμού, έχει τη δυνατότητα να προσκομίσει στοιχεία, προκειμένου να αποδείξει ότι τα επανορθωτικά μέτρα που έχει λάβει επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του. Εάν τα μέτρα αυτά κριθούν επαρκή, τότε ο εν λόγω φορέας δεν αποκλείεται από την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας. Δηλαδή, σε περίπτωση συνδρομής λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο δανειζοντος εμπειρία φορέα, εάν τα ληφθέντα από αυτόν επανορθωτικά μέτρα κριθούν επαρκή, δεν ζητείται η αντικατάστασή του από την διαγνωστική διαδικασία. Αντίθετα, μόνο αν τα ληφθέντα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, τότε ο εν λόγω οικονομικός φορέας αποκλείεται από την διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης ή σε περίπτωση που πρόκειται για δανειζόμενα εμπειρία φορέα, ζητείται η αντικατάστασή του.

ΡΗΤΗ ΔΙΚΑΙΩΣΗ ΚΑΙ ΕΠΙΒΕΒΑΙΩΣΗ ΤΗΣ ΘΕΣΗΣ ΜΑΣ ΑΠΟ ΤΗΝ ΕΑΑΔΗΣΥ
Εξάλλου, στην κατευθυντήρια οδηγία 20 (υπ' αριθμ. πρωτ. 3800/14-06-2017) της ΕΑΑΔΗΣΥ, σελίδα 28, προβλέπεται επί λέξει το εξής:

«Σε κάθε περίπτωση που στο πρόσωπο οικονομικού φορέα συντρέχουν υποχρεωτικοί και δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού, της παρ. 1 και της παρ. 4, αντιστοίχως, του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή οφείλει, προτού τον αποκλείσει, να εξετάσει, καταρχάς, εάν αυτός έχει λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης και κατά δεύτερον, εάν αυτά κρίνονται επαρκή (κατά τη διαδικασία που περιγράφηκε ανωτέρω).»

Από την αδιάσπικτη γραμματική διατύπωση των όρων της διακήρυξης και της νομοθεσίας που διέπει αυτήν προκύπτει ρητά ότι οι οικονομικοί φορείς μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για τη συμμετοχή τους στον υπό κρίση διαγωνισμό. Σε περίπτωση διαπίστωσης συνδρομής ενός από τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74 του Ν. 4412/2016 ή της μη πλήρωσης των σχετικών κριτηρίων

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

επιλογής που ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης και αφορούν τις ικανότητες του τρίτου που ο οικονομικός φορέας βασίζεται, η Αναθέτουσα Αρχή, σε περίπτωση που κρίνει ανεπαρκή τα ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα από τον τρίτο οικονομικό φορέα, υποχρεούται ΚΑΤΑ ΔΕΣΜΙΑ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑ να ζητήσει από τον υποψήφιο οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει τον τρίτο φορέα.

Σε περίπτωση δε που διαπιστωθεί η συνδρομή των λόγω αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, η Αναθέτουσα Αρχή κατ' ενάσκηση της διακριτικής της ευχέρειας δύναται είτε ΝΑ ΑΠΟΔΕΧΘΕΙ την προσφορά συμμετέχοντος που στηρίζεται στην ικανότητα τρίτου οικονομικού φορέα που εμπύπτει σε δυνητικούς λόγους αποκλεισμού είτε να ζητήσει την αντικατάσταση του τρίτου οικονομικού φορέα.

Συνεπώς, εν προκειμένω, απολύτως νόμιμα και κατ' ενάσκηση της διακριτικής της ευχέρειας η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε την αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία. Ως εκ τούτου, η υπό κρίση προσφυγή της εταιρείας «...» πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της. [...]

20. Επειδή ο προσφεύγων στο υπόμνημά του προβάλλει τα κάτωθι: « [...]Με τις απόψεις της η ...επί του προκείμενου λόγου προσφυγής μας αναφέρει ότι η δανείζουσα εταιρεία ...έχει μεν πλέον των τριών πράξεων επιβολής προστίμου την τελευταία διετία αλλά οι πράξεις αυτές δεν έχουν τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ και συνεπώς δεν συνιστούν λόγο αποκλεισμού. Ο ισχυρισμός αυτός της ...ελέγχεται ως νομικά αβάσιμος καθώς στην συγκεκριμένη διακήρυξη ως λόγος αποκλεισμού δεν προβλέπεται ο εκ του αρ. 73 παρ. 2(γ) Ν. 4412/2016, αλλά μόνον ο εκ του αρ. 68 Ν. 3863/2010 και συνεπώς αρκεί από μόνη της η επιβολή των προστίμων χωρίς να ενδιαφέρει εν προκειμένω αν αυτά έχουν τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Μάλιστα, εν προκειμένω το σαφές κείμενο της διακήρυξης δεν αφήνει περιθώρια ασάφειας, παρερμηνείας ή/και σύγχυσης στους υποψηφίους αναδόχους ότι ως λόγος αποκλεισμού έχει τεθεί μόνον ο προβλεπόμενος στο άρθρο 68 Ν. 3863/2010 καθώς πουθενά δεν αναφέρεται ότι απαιτείται τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για τα επιβληθέντα πρόστιμα. Ως εκ τούτου η δανείζουσα εταιρεία ...ήταν αποκλειστέα και η ...έπρεπε να ζητήσει

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

την αντικατάστασή της από την εταιρεία ..., όπως ειδικότερα αναφέρουμε στην προσφυγή μας.

Εν προκειμένω δεν πρέπει να διαλάθει της προσοχής ότι κατά το άρθρο 308 Ν. 4412/2016 (παρ. 2) ο αναθέτων φορέας έχει υποχρέωση να αιτηθεί την αντικατάσταση του δανειοπαρόχου στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει λόγος αποκλεισμού (αρ. 73 παρ. 4) που έχει εντάξει στο κανονιστικό πλαίσιο της σύμβασης και δεν έχει προς τούτο διακριτική ευχέρεια. Συνεπώς, αν στο πρόσωπο του δανειοπαρόχου υφίσταται κάποιος από τους λόγους αποκλεισμού που κατ'άρθρο 73 παρ. 4 Ν. 4412/2016 ο αναθέτων φορέας επέλεξε να συμπεριλάβει στην διακήρυξη, τότε οφείλει σύμφωνα με τον νόμο να ζητήσει την αντικατάστασή του, η οποία είναι υποχρεωτική για τον συμμετέχοντα (ΑΕΠΠ 1490-1491/2020).[...].».

21. Επειδή το άρθρο 253 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1. Οι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της προστασίας του ανταγωνισμού, της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης και λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. 2. Κατά την εκτέλεση των 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 Ευρωπαϊκής Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα XIV του Προσαρτήματος Β' του

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

παρόντος βιβλίου.[...] 5. Η υποχρέωση της παρ. 2 επισημαίνεται στα έγγραφα της σύμβασης και αποτελεί ειδικό όρο της σύμβασης κατά το άρθρο 335».

22. Επειδή το άρθρο 281 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Οι όροι που περιέχονται στα έγγραφα της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης,[...] περιέχουν ιδίως: [...] ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, [...] ιζ) τους απαραίτατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται απόρριψη της προσφοράς, [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (υπεύθυνες δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),[...]».

23. Επειδή το άρθρο 305 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Οι αντικειμενικοί κανόνες, οι λόγοι αποκλεισμού και τα κριτήρια για την επιλογή των οικονομικών φορέων που υποβάλλουν αίτηση προεπιλογής σε ένα σύστημα προεπιλογής, καθώς και οι αντικειμενικοί κανόνες, οι λόγοι αποκλεισμού και τα κριτήρια για την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων σε ανοικτή διαδικασία, [...] μπορούν να περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που παρατίθενται στο άρθρο 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό. Όταν ένας αναθέτων φορέας είναι αναθέτουσα αρχή, οι εν λόγω κανόνες περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που απαριθμούνται στις παραγράφους 1 και 2 του άρθρου 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στο εν λόγω άρθρο. [...] 3. Ο λόγος αποκλεισμού της περίπτωσης γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 73 περιλαμβάνεται πάντοτε στους κανόνες και τα κριτήρια της παραγράφου 1».

24. Επειδή το άρθρο 306 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Αν οι κανόνες και οι λόγοι αποκλεισμού περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που παρατίθενται στο άρθρο 73 και διαπιστωθεί ότι συντρέχει στο πρόσωπο ενός οικονομικού φορέα ένας από τους λόγους αποκλεισμού των παραγράφων 1, 2γ και 4 του άρθρου 73, και ο οικονομικός φορέας δεν λάβει τα μέτρα για να αποδείξει την αξιοπιστία του, όπως αυτά ορίζονται

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

στην παράγραφο 7 του άρθρου 73, δύναται να επιβληθεί εις βάρος του αποκλεισμός από τη συμμετοχή σε εν εξελίξει και μελλοντικές διαδικασίες σύναψης συμβάσεων για εύλογο χρονικό διάστημα.[...]

25. Επειδή το άρθρο 308 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Προς το σκοπό εφαρμογής του άρθρου 305, αν οι αναθέτοντες φορείς αναφέρονται στα κριτήρια αποκλεισμού ή επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι, εφαρμόζονται τα άρθρα 79, 80, και 81. 2. Προς το σκοπό εφαρμογής των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 307, εφόσον, δυνάμει του άρθρου 305, οι αναθέτοντες φορείς αναφέρονται στα κριτήρια αποκλεισμού ή επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι, οι αναθέτοντες φορείς ελέγχουν, σύμφωνα με την παράγραφο 1 εάν οι άλλοι φορείς στην ικανότητα των οποίων ο οικονομικός φορέας προτίθεται να στηριχθεί, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής ή εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, στους οποίους αναφέρονται οι αναθέτοντες φορείς, δυνάμει του άρθρου 73 και 74. Ο αναθέτων φορέας απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει ένα φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 73, τους οποίους ανέφερε ο αναθέτων φορέας. Ο αναθέτων φορέας μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 4 του άρθρου 73».

26. Επειδή το άρθρο 73 του ν.4412/2016 ορίζει ότι: «[...] 2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: ... γ) γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β´ 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

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. [...]4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με κατάλληλα μέσα αθέτηση των ισχυουσών υποχρεώσεων που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18, [...] θ) Εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του 5. Κατά παρέκκλιση από τα οριζόμενα στην περίπτωση β΄ της παρ. 4, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μην αποκλείει έναν οικονομικό φορέα, ο οποίος βρίσκεται σε μια εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην παραπάνω περίπτωση, υπό την προϋπόθεση ότι η αναθέτουσα αρχή έχει αποδείξει ότι ο εν λόγω φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψη τις ισχύουσες διατάξεις και τα μέτρα για τη συνέχιση της επιχειρηματικής του λειτουργίας, στην περίπτωση των καταστάσεων της περίπτωσης β΄ της παρ. 4. [...] 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημιές 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

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

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. [...] 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....»

27. Επειδή το άρθρο 79 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «. [...]1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, [...] Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. [...]».

28. Επειδή το άρθρου 68 του ν. 3863/2010 ορίζει ότι : «...2.[...] 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

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

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.[...]

29. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι: « [...] 2.2.3

Λόγοι αποκλεισμού

Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) οικονομικός φορέας εφόσον συντρέχα 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) όταν ο αναθέτων φορέας γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν ατιβληθεί 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 εκάστατε 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

Ο αναθέτων φορέας δικαιούται να αποκλείσει από τη σύναψη σύμβασης υποψήφιο ανάδοχο ο οποίος έχει υποπέσει σε παραβάσεις της περ. γ της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 [...]

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

2.2.3.4 Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις

(α) εάν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 253 του ν. 4412/2016,[...]

(θ) εάν ο αναθέτων φορέας μπορεί να αποδείξει με κατάλληλα μέσα ότι έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβάλω την ακεραιότητά του. [...]

2.2.3.6. Ο οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1, 2.2.3.2. γ) και 2.2.3.4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία πρόκαμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχεπκός 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 κάνω χρήση της ανωτέρω δυνατότητας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση

2.2.3.7. 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.[...]

2.2.8 Στήριξη στην ικανότητα τρίτων

Οι οικονομικοί φορείς μπορούν όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσεως των δεσμών

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

τους με αυτούς Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους αναγκαίους πόρους με την προσκόμιση της σχεπκής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. [...]

2.2.9 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής.

2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών.

Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6, 2.2.7 και 2.2.8 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα 2, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. [...]

Το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), υποβάλλεται επίσης από όλους τους φορείς στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται ο οικονομικός φορέας σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.8 καθώς και από όλους τους υπεργολάβους στους οποίους πρόκειται να ανατεθεί αθροιστικά τμήμα(τα) της σύμβασης το(α) οποίο(α) υπερβαίνουν σωρευτικά το ποσοστό του τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης

2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα.

A. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ' του ν. 4412/2016.

Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8 της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (παράγραφοι 2.2.4-2.2.8). Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν φορέα στην

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 2.2.3.1, 2.2.3.2 και 2.2.3.4.[...]

2.4.2.3 Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν ηλεκτρονικά με την προσφορά τους τα ακόλουθα:

(α) έναν (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνονται τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά και η τεχνική προσφορά σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και την παρούσα διακήρυξη.[...]

2.4.3. Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά».

2.4.3.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν:

α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν.4412/2016 και στο Παράρτημα 2 της παρούσας διακήρυξης. Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό πρότυπο ΕΕΕΣ το οποίο έχει αναρτηθεί, σε μορφή αρχείων τύπου XML και PDF, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gr του ΕΣΗΔΗΣ και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης (Παράρτημα II).[...]

2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών.

Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:

α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), [...] β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσης διακήρυξης.[...]

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

31. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

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

33. Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

34. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013,

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ.ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

35. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

36. Επειδή όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία, στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της, κατά στάδια, προβολής των λόγων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣΤΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόμποντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών, με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣΤΕ 305/2011, 65/2012). Συνεπώς, λόγοι που αφορούν τους όρους της Διακήρυξης ή και προγενέστερο στάδιο του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπικαίρως στο παρόν στάδιο κι επομένως απαραδέκτως (βλ. ΣΤΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008,

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99 , σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66).

37. Επειδή, οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού αποτελούν στοιχείο κρίσης και επιλογής της αναθέτουσας κατά το στάδιο της κατάρτισης των συμβατικών τευχών, οπότε εφόσον επιλεγούν και συμπεριληφθούν στη διακήρυξη, θεσπίζονται κανόνες υποχρεωτικής εφαρμογής κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής.

38. Επειδή, το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ παρέχει προαπόδειξη προς τον σκοπό της επιτάχυνσης των διαγωνιστικών διαδικασιών και ελάφρυνσης των διαγωνιζομένων από την υποχρέωση προσκόμισης πολυάριθμων πιστοποιητικών και εγγράφων ως προς τα κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής και ενέχει, προϋποθέτει και ερεϊδεται επί μιας καταρχήν εμπιστοσύνης ως προς τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς και όσον αφορά τα εξ αυτού δηλούμενα, τα οποία θα ελεγχθούν επισταμένως κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης πριν την οριστικοποίηση της ανακήρυξής του ως αναδόχου.

39. Επειδή τα κριτήρια και οι προϋποθέσεις επιλογής και οι διατάξεις περί αποκλεισμού υποψηφίων αναδόχων στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων και υπό το πρίσμα του νέου Ν 4412/2016 θα πρέπει να ερμηνεύονται και να εφαρμόζονται ουσιαστικά και όχι τυπολατρικά με βασικό γνώμονα την εξυπηρέτηση της θεμελιώδους αρχής του ελεύθερου, πραγματικού και αποτελεσματικού ανταγωνισμού που εγγυάται την ακώλυτη πρόσβαση όλων των υποψηφίων στην αγορά των δημοσίων συμβάσεων. Επομένως, οι οικονομικοί φορείς δέον είναι να προβαίνουν στη σχετική δήλωση (βλ. Δ. Ράικο, Ε. Βλάχου, Ε. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018 σελ. 688, παρ.89) η οποία όχι μόνο δεν επιφέρει τον αυτόματο αποκλεισμό τους αλλά τους παρέχει τη δυνατότητα να εκθέσουν ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τους λόγους για τους οποίους δεν διακυβεύεται σε περίπτωση εκ μέρους τους ανάληψης της σύμβασης, η ορθή εκτέλεση της. Ειδικότερα, η κατά τα ως άνω σχετική δήλωση εκ μέρους του οικονομικού φορέα στο ΕΕΕΣ του περί

συνδρομής στο πρόσωπο του κάποιος κατά τα ως άνω περίστασης αποκλεισμού, μαζί με την εκ μέρους του παράθεση εξηγήσεων, λεπτομερειών, ως και ανάλυση των τυχόν επανορθωτικών μέτρων που ο ίδιος έλαβε, συνιστούν αναγκαίες προϋποθέσεις για την περαιτέρω θεμελίωση της υπέρ αυτού ευνοϊκής διαδικασίας του άρ. 73 παρ. 7 επ.(ΑΕΠΠ 118/2017).

40. Επειδή όπως έχει κριθεί (ΕΑ ΣΤΕ 40/2019) η απάντηση οικονομικού φορέα σε ερώτημα του ΕΕΕΣ αναφορικά με το Μέρος ΙΙΙ («Λόγοι αποκλεισμού») Τμήμα Γ` αφορά σε δήλωση πραγματικού γεγονότος και μόνον και δεν είναι αντικείμενο ερωτήματος η εκ μέρους του διαγωνιζομένου φορέα δήλωση, αν συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού εξαιτίας του πραγματικού αυτού γεγονότος. Το τελευταίο τούτο ζήτημα τίθεται προς διευκρίνιση στα επόμενα κατά τ' ανωτέρω στάδια, εφ' όσον δηλαδή ο διαγωνιζόμενος έχει απαντήσει θετικά («ΝΑΙ») στο σχετικό ερώτημα, οπότε και καλείται, απαντώντας διαδοχικά στα περαιτέρω ερωτήματα, να παράσχει όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, προκειμένου η αναθέτουσα Αρχή να διαπιστώσει εν τέλει, αν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού του από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία.

41. Επειδή στον όρο 2.2.9.1 της διακήρυξης προβλέπεται ότι οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλουν με την προσφορά τους ΕΕΕΣ προς τον σκοπό προαπόδειξης, μεταξύ άλλων, της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του όρου 2.2.3 της διακήρυξης. Ειδικότερα, σύμφωνα με τον όρο 2.2.3.2γ της διακήρυξης, αποκλείεται από τη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικός φορέας όταν αποδεικνύεται ότι έχουν επιβληθεί εις βάρος του μέσα σε χρονικό διάστημα δύο ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς είτε τρεις πράξεις επιβολής προστίμου για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας και οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις διενεργηθέντες ελέγχους είτε δύο πράξεις επιβολής προστίμου για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία και οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο διενεργηθέντες ελέγχους. Ουδόλως δε τίθεται από τη διακήρυξη προϋπόθεση οι εν λόγω κυρώσεις να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Σημειωτέον ότι ο όρος

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

2.2.3.2γ της διακήρυξης της διακήρυξης ταυτίζεται ως προς το περιεχόμενο με το άρθρο 68 του ν. 3863/2010 και διαφοροποιείται από τον υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 2 περ. γ' του Ν. 4412/2016, καθώς ελλείπει η προϋπόθεση της τελεσιδικίας των κυρώσεων. Επομένως, αβασίμως ο αναθέτων φορέας ισχυρίζεται στις απόψεις του ότι προκειμένου να συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3.2 γ της διακήρυξης θα πρέπει οι κυρώσεις να έχουν αποκτήσει τελεσιδική και δεσμευτική ισχύ. Περαιτέρω, στον όρο 2.2.3.4 της διακήρυξης θεσπίζονται, μεταξύ άλλων, οι ακόλουθοι λόγοι αποκλεισμού οικονομικού φορέα : εάν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 253 του ν. 4412/2016, ήτοι αν έχει παραβιάσει τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας (περίπτωση α') και εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του (περίπτωση θ'). Ως εκ τούτου, με τη συμπερίληψη τους στη διακήρυξη που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 37, οι προαναφερθείσες περιπτώσεις του όρου 2.2.3.4 ανάγονται σε υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού. Η δε παράβαση της εργατικής νομοθεσίας συνιστά κατ' άρθρον 18 παρ. 2 του ν. 4412/2016 σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα του οικονομικού φορέα κατά την έννοια της περίπτωσης θ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 και άρα και της ταυτόσημης πρόβλεψης της περίπτωσης θ' της διακήρυξης (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 1374/2019) και ως εκ τούτου, εφόσον διαπιστωθεί η συνδρομή γεγονότος που συνιστά παράβαση από τον οικονομικό φορέα των υποχρεώσεων της παρ. 2 του άρθρου 253 του ν. 4412/2016, ήτοι ο λόγος αποκλεισμού της περίπτωσης α' του όρου 2.2.3.4 της διακήρυξης, τότε συντρέχει ταυτόχρονα και ο λόγος αποκλεισμού της περίπτωσης θ' του ίδιου όρου.

42. Επειδή περαιτέρω στον όρο 2.2.3.7 της διακήρυξης ρητώς ορίζεται ότι αν ο συμμετέχων εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στον όρους 2.2.3.2 γ) και 2.2.3.4 τότε μπορεί να προσκομίσει στοιχεία που να αποδεικνύουν ότι έλαβε μέτρα αυτοκάθαρσης, η δε απόφαση του αναθέτοντος φορέα για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων εκδίδεται κατά τη διαδικασία των παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του Ν.

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

4412/2016. Συνεπώς, και κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 38-40, στην περίπτωση που ένας διαγωνιζόμενος δηλώσει στο ΕΕΕΣ ότι έχουν επιβληθεί εις βάρος του πράξεις επιβολής προστίμου για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας της διακήρυξης καθώς και ότι έχει λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης δεν αποκλείεται αυτόματα αλλά ενεργοποιείται η ευνοϊκή διαδικασία των παρ. 7 επ. του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016.

43. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο πρώτος παρεμβαίνων έχει απαντήσει καταφατικά στο πεδίο περί αθέτησης των υποχρεώσεων που απορρέουν από την εργατική νομοθεσία δηλώνοντας ότι «... Στην εταιρία μας, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφοράς, επιβλήθηκε η υπ' αριθμ. 364444/12-9-2019 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Αθηνών η ΠΡ13525/30-09-2019 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας. Η ανωτέρω πράξη δεν έχει εκδικαστεί και δεν έχει αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ όπως ορίζει ο Νόμος 4412/2016 άρθρο 73 παρ.2 περίπτωση γ, η οποία προστέθηκε με το άρθρο 39 του Νόμου 4488/2017. Επομένως η εταιρία δεν εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού σύμφωνα με το άρθρο 73 του Νόμου 4412/2016, όπως αυτό ισχύει σήμερα, εφόσον κατά της ανωτέρω κύρωσης έχει ασκηθεί η αντίστοιχη δικαστική προσφυγή» καθώς και μέτρα αυτοκάθαρσης. Ωστόσο ο πρώτος παρεμβαίνων αφενός μεν δεν έχει δηλώσει στο ίδιο πεδίο του ΕΕΕΣ και τις πέντε πράξεις επιβολής προστίμου που αναφέρει ο προσφεύγων ότι έχουν εκδοθεί εις βάρος του πρώτου παρεμβαίνοντος, αν και συνομολογεί στην παρέμβαση την επιβολή τους και αφετέρου έχει απαντήσει αρνητικά στο πεδίο περί διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Συνεπώς, δοθέντος ότι κατά τα εκτεθέντα στις προηγούμενες σκέψεις η έκδοση εις βάρος διαγωνιζόμενου πράξη επιβολής προστίμου για παραβάσεις τις εργατικής νομοθεσίας συνιστά και σοβαρο επαγγελματικό παράπτωμα, βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων ότι συντρέχει στο πρόσωπο του πρώτου παρεμβαίνοντος ο λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4 (θ) της διακήρυξης. Αβασίμως δε ο αναθέτων φορέας και ο πρώτος παρεμβαίνων προβάλλουν ότι

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

κατισχύουν οι διατάξεις του άρθρου 68 παρ. 2γ του ν. 3863/2010 και άρα για τη στοιχειοθέτηση του λόγου αποκλεισμού περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος οι πράξεις επιβολής προστίμου πρέπει να έχουν επιβληθεί δυο έτη και όχι τρία πριν την υποβολής της προσφοράς, καθώς οι όροι 2.2.3.2γ και 2.2.3.4θ της διακήρυξης εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, ως αυτοτελείς και αυθύπαρκτοι λόγοι αποκλεισμού και δεσμεύουν εξίσου τον αναθέτοντα φορέα και τους συμμετέχοντες. Πέραν τούτου οι συγκεκριμένες αιτιάσεις προβάλλονται και ανεπιδικάως διότι βάλλουν κατ' ουσίαν κατά του όρου 2.2.3.4 θ της διακήρυξης. Σημειωτέον ότι τα δηλωθέντα στο ΤΕΥΔ μέτρα αυτοκάθαρσης δεν δύνανται να ενεργοποιήσουν την ευεργετική διαδικασία του όρου 2.2.3.7 της διακήρυξης καθώς ο πρώτος παρεμβαίνων έχει αφενός μεν απαντήσει αρνητικά στο ερώτημα περί διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, αφετέρου δεν έχει δηλώσει και τις έτερες πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εις βάρος του εκδοθεί. Επομένως, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 31-35, ο αναθέτων φορέας όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά του πρώτου παρεμβαίνοντος και άρα ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος, ενόψει δε τούτου, η εξέταση των λοιπών λόγων της προσφυγής περί μη νόμιμης αποδοχής της προσφοράς του πρώτου παρεμβαίνοντος παρέλκει ως αλυσιτελής δοθέντος ότι η ως άνω πλημμέλεια παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το σκέλος που αφορά την αποδοχή της προσφοράς του πρώτου παρεμβαίνοντος (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007. Βλ. και ΑΕΠΠ 782/2020).

44. Επειδή, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 15, δοθέντος συντρέχει λόγος αποκλεισμού της προσφοράς του τρίτου κατά σειρά μειοδοσίας συμμετέχοντος και πρώτου παρεμβαίνοντος, ο προσφεύγων, μετ' εννόμου συμφέροντος προβάλλει λόγους με τους οποίους επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης και τον αποκλεισμό της προσφοράς του τρίτου παρεμβαίνοντος και δεύτερου σε σειρά μειοδοσίας.

45. Επειδή, στον όρο 2.2.9.1 της διακήρυξης προβλέπεται ότι σε περίπτωση που οι συμμετέχοντες στηρίζονται στις ικανότητες τρίτου φορέα

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

υποχρεούνται να προσκομίσουν με την προσφορά τους ΕΕΕΣ του τρίτου φορέα προκειμένου να προαποδείξουν ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπο του τρίτου φορέα κάποιος από τους λόγους αποκλεισμού του όρου 2.2.3 της διακήρυξης. Εφόσον δε συντρέχει λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3 της διακήρυξης για τον τρίτο φορέα, ο διαγωνιζόμενος υποχρεούται να τον αντικαταστήσει κατά τα αναφερόμενα στον όρο 2.2.9.2 της διακήρυξης. Σημειωτέον ότι κατά το άρθρο 308 παρ. 2 του ν. 4412/2016 ο αναθέτων φορέας οφείλει κατά δεσμία αρμοδιότητα να αιτηθεί από τον διαγωνιζόμενο την αντικατάσταση του τρίτου φορέα στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού, ενώ διαθέτει διακριτική ευχέρεια προς τούτο αν συντρέχει στο πρόσωπο του τρίτου φορέα δυνητικός λόγος αποκλεισμού. Αβασίμως δε ο τρίτος παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι εφόσον συντρέχει στο πρόσωπο του τρίτου φορέα λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4 της διακήρυξης ο αναθέτων φορέας διαθέτει διακριτική ευχέρεια είτε να αποδεχτεί την προσφορά είτε να αιτηθεί την αντικατάσταση του τρίτου φορέα καθώς ο όρος 2.2.3. περιλαμβάνει υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού. Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, αν ο αναθέτων φορέας διαπιστώσει τη συνδρομή στο πρόσωπο τρίτου φορέα κάποιου εκ των υποχρεωτικών λόγων αποκλεισμού του όρου 2.2.3 της διακήρυξης τότε υποχρεούται προτού αποδεχτεί την προσφορά του διαγωνιζόμενου να του ζητήσει να αντικαταστήσει τον τρίτο φορέα. Ουδόλως δε ανακύπτει υποχρέωση του αναθέτοντος φορέα να τηρήσει τη διαδικασία των όρων 2.2.3.7-8 της διακήρυξης, ακόμη και αν ο τρίτος φορέας έχει δηλώσει στο ΕΕΕΣ του επανορθωτικά μέτρα, διότι, καταρχάς, η ευεργετική διαδικασία των όρων 2.2.3.7-8 της διακήρυξης προβλέπεται ρητώς μόνον για τον οικονομικό φορέα και όχι τον τρίτο δανείζοντα εμπειρία για τον οποίο ισχύει η ειδική διάταξη του όρου 2.2.9.2 της διακήρυξης, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από τον τρίτο παρεμβαίνοντα τυγχάνουν απορριπτέα ως αβάσιμα. Περαιτέρω, εφόσον κατά τον άρθρο 308 παρ. 2 του ν. 4412/2016 ο αναθέτων φορέας οφείλει κατά δεσμία αρμοδιότητα να αιτηθεί την αντικατάσταση τρίτου φορέα στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού, η επιβολή ενός πρόσθετου σταδίου εκτίμησης των επανορθωτικών μέτρων του τρίτου

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

φορέα πριν την υποβολή από τον αναθέτοντα φορέα του κατά δεσμία αρμοδιότητα αιτήματος περί αντικατάστασης του τρίτου φορέα στερείται πρακτικού και λογικού νοήματος, δοθέντος ότι, η όποια κρίση περί της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης του τρίτου φορέα ουδόλως δύναται να αναιρέσει την κατά το νόμο δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής να αιτηθεί από τον διαγωνιζόμενο την αντικατάσταση του τρίτου φορέα (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 648-649/2021).

46. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο τρίτος παρεμβαίνων δήλωσε στο Μέρος ΙΙΙ του ΕΕΕΣ ότι στηρίζεται για την πλήρωση των κριτηρίων τεχνικής ικανότητας και χρηματοοικονομικής επάρκειας στον τρίτο οικονομικό φορέα «...». Περαιτέρω, στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της η εταιρεία «...» έχει απαντήσει καταφατικά τόσο στο πεδίο περί διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος όσο και στο πεδίο περί αθέτησης των υποχρεώσεων που απορρέουν από την εργατική νομοθεσία και συγκεκριμένα έχει δηλώσει ότι έχουν επιβληθεί εις βάρος, της μέσα σε χρονικό διάστημα δύο ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς πλέον των τριών πράξεων επιβολής προστίμου για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας και οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις διενεργηθέντες ελέγχους καθώς και σχετικά επανορθωτικά μέτρα που έχει λάβει. Επομένως, βάσει και των εκτεθέντων υπό σκέψη 41, βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων ότι στο πρόσωπο του τρίτου φορέα «...» συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού των όρων 2.2.3.2γ και 2.2.3.4 θ' της διακήρυξης. Κατά δε τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, αλυσιτελώς ο τρίτος παρεμβαίνων προβάλλει ότι έπρεπε να εξεταστούν τα επανορθωτικά μέτρα που ο τρίτος φορέας έχει δηλώσει στο ΕΕΕΣ του, ενώ σε κάθε περίπτωση η ΑΕΠΠ δεν δύναται να κρίνει τα εν λόγω στοιχεία πρωτογενώς. Συνεπώς, ο αναθέτων φορέας όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα αφενός μεν να διαπιστώσει τη συνδρομή στο πρόσωπο του τρίτου φορέα «...» των λόγου αποκλεισμού των όρων 2.2.3.2.γ και 2.2.3.4 θ' της διακήρυξης και αφετέρου, να μην αποδεχτεί την προσφορά του τρίτου παρεμβαίνοντος αλλά να αιτηθεί από αυτόν την αντικατάσταση του τρίτου

φορέα και άρα ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός ως βάσιμος, ενόψει δε τούτου, η εξέταση των λοιπών λόγων της προσφυγής περί μη νόμιμης αποδοχής της προσφοράς του τρίτου παρεμβαίνοντος παρέλκει ως αλυσιτελής δοθέντος ότι η ως άνω πλημμέλεια παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το σκέλος που αφορά την αποδοχή της προσφοράς του τρίτου παρεμβαίνοντος.

47. Επειδή, δεδομένου ότι, κατά τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, ο αναθέτων φορέας δεν έχει ασκήσει τη δέσμια αρμοδιότητά του να αιτηθεί την αντικατάσταση του τρίτου φορέα και την αποδοχή της προσφοράς του τρίτου παρεμβαίνοντος, ο προσφεύγων, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 15, στερείται εννόμου συμφέροντος να προβάλλει λόγους με τους οποίους επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης και τον αποκλεισμό της προσφοράς του δευτέρου παρεμβαίνοντος ως προσωρινού αναδόχου. Και τούτο διότι, το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος για την ανάθεση της σύμβασης δεν είναι άμεσο, ενεστώς και ατομικό αλλά έμμεσο καθώς εξαρτάται από γεγονότα μελλοντικά και αβέβαια. Συνεπώς για το λόγο αυτό, και ανεξαρτήτως της βασιμότητας των ισχυρισμών του προσφεύγοντος κατά της προσφοράς του δευτέρου παρεμβαίνοντος και προσωρινού αναδόχου, οι σχετικοί λόγοι της προσφυγής πρέπει να απορριφθούν ως άνευ εννόμου συμφέροντος και άρα απαραδέκτως προβαλλόμενοι, δεδομένου ίδια ότι η ωφέλεια του προσφεύγοντος από την επιδιωκόμενη ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης που έκανε αποδεκτή την προσφορά του δευτέρου παρεμβαίνοντος δεν είναι άμεση ενεστώσα και βέβαιη, καθώς σε κάθε περίπτωση παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου και δη της δεύτερης συμφερότερης καταταγείσας προσφοράς.

48. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

49. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

50. Επειδή η πρώτη παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

51. Επειδή λόγω της απαραδέκτης προβολής από την υπό εξέταση προσφυγής ισχυρισμών κατά της προσφοράς του δευτέρου παρεμβαίνοντος,

Αριθμός απόφασης: 1194/2021

παρέλκει η εξέταση της δεύτερης παρέμβασης, η οποία καθίσταται άνευ αντικειμένου (βλ. Παυλίδου Ε, «Οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣτΕ», ΕφημΔΔ 2015, τ. 2, σελ. 256-257), δοθέντος ότι σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 η παρέμβαση ασκείται υπέρ της διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης η οποία, εν προκειμένω, δεν προσβάλλεται παραδεκτώς ως προς το σκέλος που την αποδοχή της προσφοράς του δευτέρου παρεμβαίνοντος (βλ. και απόφαση ΑΕΠΠ 486/2020, σκ. 65).

52. Επειδή η τρίτη παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί

53. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 49, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την πρώτη παρέμβαση

Απορρίπτει την τρίτη παρέμβαση

Ακυρώνει την απόφαση που ελήφθη κατά την υπ' αριθμ. 1850/13.05.2021 (Θέμα 3^ο) συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 3.287 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 2 Ιουλίου 2021 και εκδόθηκε την 7 Ιουλίου στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Γεώργιος-Βασίλειος Ελευθεριάδης

Αριθμός απόφασης: 1194/2021