

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 16 Οκτωβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την με ΓΑΚ Α.Ε.Π.Π. 1271/14-09-2020 προδικαστική προσφυγή του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «...», (εφεξής πρώτη προσφεύγουσα) που εδρεύει στην «...», «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της Περιφέρειας «...» (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

Της πρώτης παρεμβαίνουσας επί της πρώτης προσφυγής με την επωνυμία «...», που εδρεύει στη «...», οδός «...» αρ. «...», Τ.Κ. «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

Της δεύτερης παρεμβαίνουσας επί της πρώτης προσφυγής με την επωνυμία «...» και τον δ.τ. «...», που εδρεύει στην οδό «...», «...», νομίμως εκπροσωπούμενης και

την με ΓΑΚ Α.Ε.Π.Π. 1307/21-09-2020 προδικαστική προσφυγή του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «...», εφεξής (δεύτερη προσφεύγουσα) που εδρεύει στην «...», οδός «...», Τ.Κ. «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της Περιφέρειας «...» (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

Της παρεμβαίνουσας επί της δεύτερης προσφυγής με την επωνυμία «...» και τον δ.τ. «...» που εδρεύει στην οδό «...», «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την πρώτη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 902/2020 απόφαση (Θέμα 12^ο Πρακτικό 26^ο/8-9-2020) της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας «...», καθ' ο μέρος αποφάσισε την απόρριψη της προσφοράς της.

Με την δεύτερη προδικαστική προσφυγή επιδιώκεται να ακυρωθεί η

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

υπ' αριθμ. 902/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας «...» καθ' μέρος αποφάσισε την απόρριψη της προσφοράς της και προέβη σε ανάδειξη προσωρινού αναδόχου της εταιρίας «...».

Με την πρώτη και δεύτερη παρέμβαση επί της πρώτης προσφυγής, επιδιώκεται η απόρριψη της πρώτης προδικαστικής προσφυγής.

Με την παρέμβαση επί της δεύτερης προσφυγής επιδιώκεται η απόρριψη της δεύτερης προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ. διακήρυξη «...» (αρ. πρωτ. «...») Διακήρυξη της Περιφέρειας «...», προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου υπηρεσιών φύλαξης κτιριακών δομών της αναθέτουσας αρχής για χρονικό διάστημα ενός έτους, προϋπολογισμού 198.000,00€ με δικαίωμα προαίρεσης πλέον Φ.Π.Α. 24% (185.000,00 € χωρίς δικαίωμα προαίρεσης πλέον Φ.Π.Α. 24%), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει της τιμής, η οποία αφορά το ετήσιο κόστος φύλαξης και για τις τρεις δομές (άνευ Φ.Π.Α.). Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 27.12.2019 με ΑΔΑΜ: «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Συστημικός Αριθμός «...»).

2. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...», εξοφληθέν δυνάμει του από 18.09.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας «...» και δεσμευμένο, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ.), ύψους 925,00 €.

3. Επειδή, για την άσκηση της δεύτερης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...», εξοφληθέν δυνάμει του από 11.09.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας «...» και δεσμευμένο, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ.), ύψους 990,00 €. Όπως, δε, έχει κριθεί, ως βάση για τον υπολογισμό

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

του ποσού του παραβόλου λαμβάνεται υπόψη η προϋπολογισθείσα δαπάνη σύμβασης στην ανάθεση της οποίας αποβλέπει πράγματι η διαγωνιστική διαδικασία και όχι η δαπάνη που αντιστοιχεί σε ενδεχόμενη άσκηση δικαιώματος προαίρεσης (πρβλ. ΕΑ 319/2019, 182/2019, 159/2019, 124/2018, 187/2017, 10/2017). Εν προκειμένω, το ύψος του παραβόλου που αντιστοιχεί στον προϋπολογισμό της σύμβασης χωρίς το ΦΠΑ και το δικαίωμα προαίρεσης, κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ανέρχεται στο ποσό των 925,00 €. Συνακόλουθα, το υπερβάλλον παράβολο ύψους 65 € που κατέβαλε η προσφεύγουσα, πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να της επιστραφεί.

4. Επειδή, οι υπό εξέταση προσφυγές, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η πρώτη υπό κρίση προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη απόφαση - μετά των εγκριθέντων με αυτήν πρακτικών - κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 10.09.2020, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα, όπως άλλωστε και η ίδια δηλώνει και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 11.09.2020, κοινοποιήθηκε, δε, στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν.

6. Επειδή, η δεύτερη υπό κρίση προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη απόφαση - μετά των εγκριθέντων με αυτήν πρακτικών - κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία»

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 10.09.2020, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα, όπως άλλωστε και η ίδια δηλώνει και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 18.09.2020, κοινοποιήθηκε, δε, στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν.

7. Επειδή, η πρώτη παρέμβαση επί της πρώτης προσφυγής έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, δια καταθέσεως στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 18.09.2020, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς τους λοιπούς διαγωνιζομένους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, στις 14.09.2020.

8. Επειδή, η δεύτερη παρέμβαση επί της πρώτης προσφυγής έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, δια καταθέσεως στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 22.09.2020, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς τους λοιπούς διαγωνιζομένους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, στις 14.09.2020. Περαιτέρω, ασκείται μετ' εννόμου συμφέροντος, επιδιώκοντας τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία η παρεμβαίνουσα αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού.

9. Επειδή η παρέμβαση επί της δεύτερης προσφυγής έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, δια καταθέσεως στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 22.09.2020, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς τους λοιπούς διαγωνιζομένους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, στις 21.09.2020. Περαιτέρω, ασκείται μετ' εννόμου συμφέροντος, επιδιώκοντας τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία η παρεμβαίνουσα αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού.

10. Επειδή, με το από 21.09.2020 έγγραφό της, που διαβιβάστηκε στις 21.09.2020 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, τόσο στους διαγωνιζόμενους όσο και στην Α.Ε.Π.Π., η

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της πρώτης υπό εξέταση προσφυγής. Συναφώς, με το από 25.09.2020 έγγραφό της, που διαβιβάστηκε στις 25.09.2020 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, τόσο στους διαγωνιζόμενους όσο και στην Α.Ε.Π.Π., η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της δεύτερης υπό εξέταση προσφυγής.

11.Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ. «...» Διακήρυξη της Περιφέρειας «...»– Περιφερειακής Ενότητας «...», προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου υπηρεσιών φύλαξης κτιριακών δομών της Π.Ε. «...» Περιφέρειας «...» για χρονικό διάστημα ενός έτους. Στο διαγωνισμό συμμετείχαν, υποβάλλοντας προσφορές, έξι (6) διαγωνιζόμενοι, ήτοι η πρώτη προσφεύγουσα «...» (προσφορά με α/α συστήματος «...»), η «...» (προσφορά με α/α συστήματος «...»), η διαγωνιζόμενη «...» (προσφορά με α/α συστήματος «...»), η διαγωνιζόμενη «...» (προσφορά με α/α συστήματος «...»), η διαγωνιζόμενη «...» (προσφορά με α/α συστήματος «...») και η διαγωνιζόμενη «...» (προσφορά με α/α συστήματος «...»). Με το 1^ο Πρακτικό (αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών), η επιτροπή διαγωνισμού εισηγήθηκε την αποκλεισμό της πρώτης προσφεύγουσας και την αποδοχή των προσφορών των λοιπών διαγωνιζομένων. Ως προς την πρώτη προσφεύγουσα, η επιτροπή διαγωνισμού εισηγήθηκε ως ακολούθως: «05. «...». Κατά την εξέταση της προσφοράς του οικονομικού φορέα 05. «...», η επιτροπή διαπιστώνει ότι με βάση το αριθ. ΕΞ-39669/30.01.2020 έγγραφο της Διεύθυνσης Προγραμματισμού & Συντονισμού Επιθεώρησης Εργασιών Σχέσεων του ΣΕΠΕ, στην εν λόγω εταιρεία έχουν επιβληθεί έξι (6) πράξεις επιβολής προστίμου για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, και οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από πέντε (5) διενεργηθέντες ελέγχους. Σημειώνεται ότι στο ΤΕΥΔ (Μέρος III, Γ) της σχετικής προσφοράς, αναγράφονται αναλυτικά διάφορες πράξεις επιβολής προστίμων από το ΣΕΠΕ καθώς και οι αντίστοιχες δικαστικές προσφυγές με τις οποίες τις προσέβαλε ο οικονομικός φορέας, υπό την έννοια της μη απόκτησης τελεσίδικης και δεσμευτικής ισχύος των κυρώσεων. Η επιτροπή, έλαβε υπόψη τις διατάξεις:- το άρθρο 68 του ν. 3863/2010 (Α' 115) όπως ισχύει, μνημονεύεται ρητά στη νομοθεσία και στο σώμα της

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

διακήρυξης και εφαρμόζεται -σε κάθε περίπτωση-ως ειδική διάταξη για τις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαριότητας/φύλαξης, στο οποίο και δεν υφίσταται η απαίτηση να έχουν τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ οι σχετικές κυρώσεις του ΣΕΠΕ. - της παρ. 5 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 σύμφωνα με την οποία «5. Η αθέτηση της υποχρέωσης της παραγράφου 2 συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα του οικονομικού φορέα κατά την έννοια της περίπτωσης θ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στις κείμενες διατάξεις. Ειδικά, κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται ιδίως τα προβλεπόμενα στο δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 115)».- του άρθρου 3 (σελ. 10) της αριθ. «...» διακήρυξης, σύμφωνα με το οποίο αποτελεί λόγο αποκλεισμού του οικονομικού φορέα η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος όπως ακριβώς προβλέπει το άρθρο 73 παρ. γ) του Ν. 4412/2016, όπως αυτή ισχύει και με την παράθεση της ακόλουθης σημείωσης (επί λέξει): «Ειδικότερα: για τους λόγους που εμπίπτουν στην περίπτωση γ' της παρ. 2 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 (Α' 147) -σε συμφωνία με το αντίστοιχο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 115) όπως ισχύει- αναφορικά με τις παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας». Από τα ανωτέρω, συνάγεται ότι η άσκηση δικαστικών προσφυγών εκ μέρους του οικονομικού φορέα και, κατά συνέπεια, το γεγονός ότι οι κυρώσεις δεν έχουν λάβει τελεσίδικο και δεσμευτικό χαρακτήρα, δεν εξαλείφει το λόγο αποκλεισμού ο οποίος επιβάλλεται από τις ειδικές διατάξεις του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 που εφαρμόζεται λόγω της είδους της δημόσιας σύμβασης (υπηρεσίες φύλαξης). Κατά συνέπεια, η επιτροπή γνωμοδοτεί ομόφωνα υπέρ του αποκλεισμού του οικονομικού φορέα 05. «...» από τη συνέχεια του διαγωνισμού, σύμφωνα με τις ειδικές διατάξεις του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 οι οποίες μνημονεύονται ρητά στη διακήρυξη και σε κάθε περίπτωση ισχύουν και εφαρμόζονται, καθώς έχουν επιβληθεί σε βάρος του τουλάχιστον τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του ΣΕΠΕ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται ως «πολύ υψηλής» σοβαρότητας και οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά τουλάχιστον από τρεις (3) διενεργηθέντες

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

ελέγχους μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς.». Εν συνεχεία, με το 2^ο Πρακτικό (αξιολόγησης οικονομικών προσφορών), η επιτροπή διαγωνισμού δεν έλαβε υπόψη τα στοιχεία της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας (η οποία ανέρχεται στο ποσό των 154.086,67€) λόγω της εισηγησης περί αποκλεισμού της κατά το προηγούμενο πρακτικό, διαπίστωσε τα στοιχεία των λοιπών υποβληθεισών οικονομικών προσφορών, οι οποίες κατά αύξουσα σειρά (άνευ Φ.Π.Α.) έχουν ως εξής: α) «...» με προσφορά 154.086,66 €, β) «...» με προσφορά 154.086,70€, γ) «...» με προσφορά 155.000,00 €, δ) «...» με προσφορά 165.640,52 και ε) «...» με προσφορά 170.520,00 € και εισηγήθηκε αφενός τον αποκλεισμό των διαγωνιζομένων «...» και «...», και αφετέρου την αποδοχή των λοιπών διαγωνιζομένων, τις οποίες κατέταξε ως ακολούθως: πρώτη την δεύτερη προσφεύγουσα «...», δεύτερη τη διαγωνιζόμενη «...» και τρίτη τη διαγωνιζόμενη «...» και συνακόλουθα εισηγήθηκε την ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου της«...». Αμφότερα τα ως άνω 1^ο και 2^ο Πρακτικά εγκρίθηκαν με την υπ' αριθμ. 229/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας «...». Την παραπάνω απόρριψη της προσφοράς της, με την ως άνω αιτιολογία, προσέβαλε η πρώτη προσφεύγουσα ενώπιον της ΑΕΠΠ, με την ΓΑΚ ΑΕΠΠ 230/25.02.2020 προδικαστική προσφυγή της, η οποία έγινε δεκτή με την απόφαση ΑΕΠΠ 466/2020, με την οποία ακυρώθηκε η υπ' αριθ. 229/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής, καθ' ο μέρος είχε απορρίψει την προσφορά της με την ειδικότερη αιτιολογία α) ότι από τη Διακήρυξη, που αποτελεί το ειδικό κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού, προκύπτει ότι απαιτείται τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύς των προστίμων της εργατικής νομοθεσίας για να επέλθει αποκλεισμός διαγωνιζομένου ή σε κάθε περίπτωση υπάρχει αμφισημία ως προς τα αν τα επιβληθέντα επίμαχα πρόστιμα πρέπει ή όχι να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, η οποία δεν μπορεί να ερμηνευτεί σε βάρος της εταιρίας μας, στην οποία δεν έχει επιβληθεί κανένα πρόστιμο με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ οδηγώντας σε αποκλεισμό της, και β) ότι σε κάθε περίπτωση, (ακόμα δηλαδή κι αν γινόταν δεκτό ότι είναι εφικτός ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα λόγω παραβάσεων που δεν έχουν τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ) ο λόγος αποκλεισμού λόγω διάπραξης επαγγελματικού παραπτώματος δεν είναι

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

αυτόματος, αλλά δύναται να αρθεί, εφόσον προσκομιστούν επανορθωτικά μέτρα που τεκμηριώνουν την αξιοπιστία του και ότι εν προκειμένω η προσφεύγουσα δήλωσε μια σειρά από τέτοια μέτρα στο ΤΕΥΔ της, τα οποία όμως δεν αξιολογήθηκαν κατά τα προβλεφθέντα στο άρθρο 73 ν. 4412/2016, δηλαδή μετά από διαδικασία λήψης σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ.9 Ν. 4412/2016. Ακολούθως, η εταιρία «...» άσκησε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου «...» την από 30.4.2020 αίτηση αναστολής, ζητώντας την αναστολή εκτέλεσης της υπ' αριθμ. 466/2020 απόφασης της Α.Ε.Π.Π., καθ' ο μέρος έκανε δεκτή την προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας. Επί της ως άνω αίτησης αναστολής εκδόθηκε η αρ. 22/2020 απόφαση του Τριμελούς Διοικητικού Εφετείου «...» (Τμήμα Γ'), που έκανε δεκτή την αίτηση αναστολής και αποφάσισε την αναστολή εκτέλεσης της αρ. 466/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ κατά τα εκτιθέμενα στο αιτιολογικό αυτής. Κατά της ίδιας ως άνω απόφασης της αναθέτουσας αρχής, άσκησε προδικαστική προσφυγή και η «...» η οποία απορρίφθηκε με την 470/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ. Κατά της άνω απόφασης, άσκησε αίτηση αναστολής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου «...» ομοίως η οποία έγινε δεκτή με την υπ' αριθμ. 23/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου με την οποία ανεστάλη η διαδικασία του διαγωνισμού και η εκτέλεση της άνω απόφασης της ΑΕΠΠ διά της οποίας απορρίφθηκε η προδικαστική προσφυγή της «...». Ειδικότερα, διά της υπ' αριθμ. 23/2020 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου «...» ανεστάλη η εκτέλεση της 470/2020 απόφασης του 5^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ και της 229/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας «...» (Πρακτικό 5^ο – Θέμα 2^ο), κατά το μέρος που με αυτήν έγιναν δεκτές οι οικονομικές προσφορές των εταιριών «...» και "...". Στη συνέχεια, η αναθέτουσα αρχή επανήλθε, σε συμμόρφωση προς τις ανωτέρω αποφάσεις του Δ.Εφετείου «...», εκδίδοντας την υπ' αρ. 902/2020 απόφαση της από 8-9-2020 συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής, με την οποία αποφάσισε την απόρριψη της προσφοράς της πρώτης προσφεύγουσας εξαιτίας της επιβολής σε αυτήν των έξι προστίμων για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, χωρίς να γίνει αξιολόγηση των μέτρων αυτοκάθαρσης που έχει λάβει για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της μετά από σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής του άρθρου παρ.9 Ν. 4412/2016, και την ανάδειξη της εταιρίας «...» ως προσωρινή ανάδοχο του διαγωνισμού με τιμή προσφοράς 170.520,00 ευρώ.

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

12. Επειδή, στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 (Α " 147) ορίζεται ότι: «1. ... 2. Κατά την εκτέλεση των δημόσιων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α'. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους. 3. Οι ανάδοχοι δημοσίων συμβάσεων εντάσσονται κατά προτεραιότητα στα προγράμματα επιθεωρήσεων και ελέγχων του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας (Σ.ΕΠ.Ε.) 4. Η υποχρέωση της παραγράφου 2: (α) επισημαίνεται στα έγγραφα της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 53 και (β) αποτελεί ειδικό όρο της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 130. 5. Η αθέτηση της υποχρέωσης της παραγράφου 2 συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα του οικονομικού φορέα κατά την έννοια της περίπτωσης θ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στις κείμενες διατάξεις. Ειδικά, κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται ιδίως τα προβλεπόμενα στο δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 115)» (όπως η παρ.5 αντικαταστάθηκε ως άνω με το άρθρο 107 παρ.1 του ν. 4497/2017, Α 17 1) και στο άρθρο 73 του ίδιου νόμου, ότι : «1....2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: α) ... 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

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ... (όπως η περ. γ " προστέθηκε με το άρθρο 39 παρ.1 ν. 4488/2017 Α " 137 και ισχύει, σύμφωνα με τη παρ.5 του αυτού άρθρου από 14.11.2017)...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, β) ... ζ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79, ... θ) Εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβάλω την ακεραιότητά του. 5.... 6.... Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4. 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

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 παραπτώματων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας παραγράφου κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση (το πρώτο εδάφιο της εν λόγω παρ. 7 αντικαταστάθηκε ως άνω με το άρθρο 107 παρ. 8 του ν. 4497/2017, Α " 171). 8. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της επόμενης παραγράφου, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής, καθώς και η απόφαση με την οποία γίνονται δεκτά ένδικα βοηθήματα κατ' αυτής, κοινοποιείται στην Αρχή. 9. Για τις ανάγκες των παραγράφων 7 και 8 συνιστάται επιτροπή που απαρτίζεται από εκπροσώπους του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, του Υπουργού Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, καθώς και του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων. Η ως άνω επιτροπή συγκροτείται με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού η οποία εκδίδεται εντός μηνός από τη δημοσίευση του παρόντος και ρυθμίζει τις αναγκαίες λεπτομέρειες οργάνωσης και λειτουργίας της. Χρέη Προέδρου εκτελεί ο εκπρόσωπος του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού. 10....». Επίσης, στο άρθρο 79 του ίδιου νόμου ορίζεται ότι: «2. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων πλην της απευθείας ανάθεσης των άρθρων 118 και 328, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση του ν. 1599/1986 (Α' 75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β)...3... 4. Για τις συμβάσεις κάτω των ορίων, η Αρχή, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 53, μπορεί να εκδίδει αντίστοιχο τυποποιημένο έντυπο υπεύθυνης δήλωσης, όπου απαιτείται, κατά τις διατάξεις του παρόντος. Μέχρι την έκδοση του τυποποιημένου εντύπου του προηγούμενου εδαφίου, γίνεται δεκτή υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 1599/1986. 5....» και στο άρθρο 93 ότι: «Ο ξεχωριστός σφραγισμένος φάκελος, με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» περιέχει: α) ...β) στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης κάτω των ορίων: αα) υπεύθυνη δήλωση κατά τα προβλεπόμενα στην παρ. 2 του άρθρου 79...».

13.Επειδή, στο άρθρο 68 του Ν. 3863/2010 με τίτλο «Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών» ορίζεται ότι: « 1. ... 2. α) ... β) ... γ) Η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους ή δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης: αα) οι οποίες έχουν κηρυχθεί έκπτωτες κατ' εφαρμογή της

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

παραγράφου 7 του παρόντος μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς ή ββ') στις οποίες έχει επιβληθεί η κύρωση της προσωρινής διακοπής της λειτουργίας συγκεκριμένης παραγωγικής διαδικασίας ή τμήματος ή τμημάτων ή του συνόλου της επιχείρησης ή εκμετάλλευσης κατ' εφαρμογή της παρ. 1B του άρθρου 24 του ν. 3996/2011 (Α' 170) μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς.» (όπως η περ. γ' αντικαταστάθηκε με το άρθρο 39 παρ.Β του Ν.4488/2017,ΦΕΚ Α 137/13.9.2017).».

14. Επειδή, στο άρθρο 3 της οικείας διακήρυξης, ορίζεται ότι «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) προσφέρων οικονομικός φορέας, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (εάν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (εάν πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων) ένας ή περισσότεροι από τους ακόλουθους λόγους:...-όταν οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, όπως αυτό νοείται¹ για τις συγκεκριμένες υπηρεσίες, δηλαδή η επιβολή σε βάρος του, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ.» Στην υποσημείωση 1, στην οποία παραπέμπει το ως άνω άρθρο, ορίζεται ότι: «1 Ειδικότερα: για τους λόγους που εμπίπτουν στην περίπτωση γ' της παρ. 2 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 (Α' 147) - σε συμφωνία με το αντίστοιχο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 115) όπως ισχύει- αναφορικά με τις παραβάσεις της εργατικής

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

νομοθεσίας». Επίσης, στο άρθρο «ΑΠΟΡΡΙΨΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ» της διακήρυξης (σελ. 31 αυτής), ορίζεται ότι : «1. Προσφορές που είναι αόριστες και ανεπίδεκτες εκτίμησης ή είναι υπό αίρεση ή μη σύμφωνες με τους όρους της Προκήρυξης, απορρίπτονται ως απαράδεκτες. 2. Θα απορρίπτονται ως απαράδεκτες, προσφορές που παρουσιάζουν αποκλίσεις από τους όρους της Προκήρυξης ή δεν πληρούν υποχρεωτικές απαιτήσεις.» Περαιτέρω, στο «Τμήμα Γ: Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα» του «Μέρους III: Λόγοι αποκλεισμού» του ΤΕΥΔ, τίθεται προς απάντηση το εξής ερώτημα: «Ο οικονομικός φορέας έχει, εν γνώσει του, αθετήσει τις υποχρεώσεις του στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου;» και στο πεδίο της απάντησης αυτού, αναφέρεται: «- Απάντηση: Ναι Όχι. Εάν ναι, ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη αυτού του λόγου αποκλεισμού («αυτοκάθαρση»); Ναι Όχι - Εάν το έχει πράξει, περιγράψτε τα μέτρα που λήφθηκαν:[]».

15. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν. 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54). Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζομένου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεών του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ , σελ. 776).

16. 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, σκ. 25 και C- 599/10, SAG ELV

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

Slovenko κλπ, 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, σκ. 27).

17. Επειδή, η πρώτη προσφεύγουσα, προβάλλει, ότι «Στην προκειμένη περίπτωση, κατόπιν άσκησης προδικαστικής προσφυγής της εταιρίας μας, με την αρ. 466/2020 απόφαση ΑΕΠΠ ακυρώθηκε η αρ. 229/2020 από 18-2-2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, καθ' ο μέρος απέρριψε την προσφορά της εταιρίας μας, και ειδικότερα έγινε δεκτό α) ότι από τη Διακήρυξη, που αποτελεί το ειδικό κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού, προκύπτει ότι απαιτείται τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύς των προστίμων της εργατικής νομοθεσίας για να επέλθει αποκλεισμός διαγωνιζομένου ή σε κάθε περίπτωση υπάρχει αμφισημία ως προς τα αν τα επιβληθέντα επίμαχα πρόστιμα πρέπει ή όχι να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, η οποία δεν μπορεί να ερμηνευτεί σε βάρος της εταιρίας μας, στην οποία δεν έχει επιβληθεί κανένα πρόστιμο με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ οδηγώντας σε άνευ ετέρου αποκλεισμό της, και β) επικουρικά (ακόμα δηλαδή κι αν γινόταν δεκτό ότι είναι εφικτός ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα λόγω παραβάσεων που δεν έχουν τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ) ο λόγος αποκλεισμού λόγω διάπραξης επαγγελματικού παραπτώματος δεν είναι αυτόματος, αλλά δύναται να αρθεί, εφόσον προσκομιστούν επανορθωτικά μέτρα που τεκμηριώνουν την αξιοπιστία του και ότι εν προκειμένω η εταιρία μας δήλωσε μια σειρά από τέτοια μέτρα στο ΤΕΥΔ της, τα οποία όμως δεν αξιολογήθηκαν κατά τα προβλεφθέντα στο άρθρο 73 ν. 4412/2016, δηλαδή μετά από διαδικασία λήψης σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ.9 Ν. 4412/2016. Η ως άνω απόφαση της ΑΕΠΠ είναι έγκυρη και ισχυρή, δεσμεύει δε την αναθέτουσα αρχή που υποχρεούται, σύμφωνα με τη διάταξη της παρ.3 Ν. 4412/2016 να συμμορφωθεί με το περιεχόμενο της. Άλλωστε, η χορηγούμενη με την απόφαση 22/2020 αναστολή εκτέλεσης της ως άνω απόφασης της ΑΕΠΠ δεν θίγει την ισχύ της απόφασης της τελευταίας, η οποία φέρει το τεκμήριο νομιμότητας και εξακολουθεί να παράγει τα έννομα αποτελέσματα της. Σε κάθε περίπτωση, επισημαίνεται ότι η απόφαση αρ. 22/2020 δεν εξέφερε επί της ουσίας κρίση για τη βασιμότητα του ισχυρισμού της ΑΕΠΠ ότι σε κάθε περίπτωση η αναθέτουσα αρχή

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

είχε υποχρέωση να προβεί σε αξιολόγηση της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης που δήλωσε η εταιρία μας, μετά από σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ.9 Ν. 4412/2016, προτού προβεί στον αποκλεισμό μας. Συνεπώς, η προσβαλλόμενη αρ. 902/2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μολονότι επιχειρείται να εμφανιστεί ως πράξη συμμόρφωσης της με την απόφαση του Διοικητικού Εφετείου «...», έρχεται σε πλήρη αντίθεση με το περιεχόμενο της ισχύουσας και δεσμεύουσας την αναθέτουσα αρχή απόφασης 466/2020 της ΑΕΠΠ, με την οποία ακυρώθηκε η απόρριψη της προσφοράς της εταιρίας μας, και ιδίως με την κρίση της τελευταίας ότι σε κάθε περίπτωση (δηλαδή ακόμα κι αν θεωρηθεί νόμιμος ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα, τα πρόστιμα εργατικής νομοθεσίας του οποίου δεν έχουν τελεσίδικη ισχύ, όπως κρίθηκε με την αρ. 22/2020 απόφαση ΔΕφ.«...», το οποίο και μόνο αυτό κρίθηκε από το ΔΕφ«...») θα πρέπει πάντως να λάβει χώρα η διαδικασία αξιολόγησης των μέτρων αυτοκάθαρσης που έχει δηλώσει ο οικονομικός φορέας, πριν τον αποκλεισμό του, το οποίο δεν έγινε εν προκειμένω, όπως προβλέπει ο νόμος 4412/2016 στο άρθρο 73, το οποίο σαφώς και διέπει την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία. Επομένως, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, καθ' ο μέρος απέρριψε την προσφορά της εταιρίας μας άνευ ετέρου, ήτοι χωρίς αιτιολογημένη κρίση επί της επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων που δηλώσαμε στο ΤΕΥΔ μας, μετά από σύμφωνη γνώμη της οικείας Επιτροπής, δεν συνιστά πράξη συμμόρφωσης, αλλά νέα αυτοτελής εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής, που παραδεκτά προσβάλλεται διά της παρούσας ενώπιον της ΑΕΠΠ. ΔΕΥΤΕΡΟΝ: Κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, η προσφορά της εταιρίας μας αποκλείστηκε, χωρίς να προηγηθεί η υποχρεωτική διαδικασία αξιολόγησης των δηλωθέντων από αυτήν μέτρων αυτοκάθαρσης. Επομένως, ο λόγος αποκλεισμού υποψηφίου λόγω διάπραξης επαγγελματικού παραπτώματος δεν είναι αυτόματος, αλλά δύναται να αρθεί, εφόσον αυτός προσκομίσει στοιχεία από τα οποία προκύπτει ότι έλαβε επαρκή επανορθωτικά μέτρα τα οποία τεκμηριώνουν την αξιοπιστία του. Επισημαίνεται δε ότι εφόσον υποψήφιος οικονομικός φορέας προσκομίσει τέτοια στοιχεία, η αναθέτουσα αρχή έχει υποχρέωση να προβεί σε αξιολόγηση της επάρκειας των δηλωθέντων από αυτόν μέτρων, αφού λάβει υποχρεωτικά και την προβλεπόμενη γνωμοδότηση της

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

Επιτροπής της παρ.9 άρθρου 73 ν. 4412/2016, και δεν δύναται να αποκλείσει άνευ ετέρου και χωρίς καμία αξιολόγηση τον οικονομικό φορέα. Στην υπό κρίση περίπτωση, στη σελ. 5 του ΤΕΥΔ που συμπλήρωσε η εταιρία μας κλήθηκε να απαντήσει στο ακόλουθο ερώτημα «Ο οικονομικός φορέας έχει, εν γνώσει του, παραβιάσει τις υποχρεώσεις του στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου;» Η εταιρία μας έδωσε την απάντηση «ΝΑΙ» αναφέροντας τα κάτωθι: «Στην εταιρία μας επιβλήθηκαν οι εξής πράξεις επιβολής προστίμων οι οποίες δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Η υπ' αριθμ. 171060/24-5-2018 (86807/86813/87127/24-5-2018) πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της «...», για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο «...» η ΠΡ 261 /28-6-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 1). β. Η υπ' αριθμ. 347763/4-10-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας Δυτικού Τομέα «...», για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο «...» η ΠΡ4214/19-11-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας. γ. Η υπ' αριθμ.375762/23-10-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας Ανατολικού Τομέα «...», για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο «...» η ΠΡ10837/27-11-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας. δ. Η υπ αριθμ.447726/05-12-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας Ανατολικού Τομέα «...», για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο «...» η ΠΡ11643/11-12-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας. ε. Η υπ' αριθμ.439340/29-11-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας «...», για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο «...» η ΠΡ11825/12-12-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 5). Στ. Η υπ' αριθμ. 364444/12-9-2019 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας «...», για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο «...» η ΠΡ13525/30-09-2019 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας. Στην εταιρία μας επιβλήθηκε η υπ' αριθμ. 484819/29-11-2019 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας «...» η οποία έχει χαρακτηριστεί ως χαμηλή σημαντικότητας. Επειδή η εταιρία μας δεν έχει παραβιάσει εν γνώσει της, τις υποχρεώσεις της, στον τομέα του εργατικού δικαίου και επειδή αμφισβητεί ότι οι συγκεκριμένες αποφάσεις αποτελούν εργατική παράβαση, τις έχει προσβάλει με προσφυγές. Επομένως η

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

εταιρία δεν εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού σύμφωνα με το Ν. 4412/2016 άρθρο 73 παρ.2 περίπτωση γ, η οποία προστέθηκε με το άρθρο 39 του Ν.4488/2017 διότι οι ανωτέρω πράξεις δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με το άρθρο 3 της διακήρυξης.». Συνεπώς, η εταιρία μας δήλωσε, ως είχε υποχρέωση να κάνει, με βάση το καθήκον αληθείας όλα τα πρόστιμα εργατικής νομοθεσίας που της έχουν επιβληθεί, χωρίς ποτέ να προσπαθήσει να αποκρύψει την ύπαρξη τους. Ακολούθως, στο ερώτημα της σελ. 6 του ΤΕΥΔ «Εάν ναι, ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη αυτού του λόγου αποκλεισμού («αυτοκάθαρση»);». Η εταιρία μας έδωσε την απάντηση «ΝΑΙ» αναφέροντας τα κάτωθι: «Όπως προκύπτει από το σώμα των προσφυγών, που καταθέσαμε στον φάκελο του διαγωνισμού, σε όλες τις περιπτώσεις η εταιρία μας διαφωνεί με την επιβολή των προστίμων και εκτιμάται ότι πολύ πιθανή η ευδοκίμηση των προσφυγών μας στα διοικητικά δικαστήρια. Σε κάθε περίπτωση οι καταλογιζόμενες παραβάσεις αφορούν μεμονωμένο αριθμό περιπτώσεων από τους 300 που απασχολεί κατά μέσο όρο η εταιρία μας, και οι παραβάσεις οφείλονται πάντοτε σε σφάλματα εκ παραδρομής λόγω συνεννοήσεων των εργαζομένων για αλλαγή βάρδιας χωρίς να ενημερωθεί πρώτα το λογιστήριο της εταιρίας και επ' ουδενί δεν οφείλονται σε πρόθεση της εταιρίας μας. Η εταιρία μας έχει λάβει όλα τα απαραίτητα μέτρα, ώστε με βάση τον αριθμό του προσωπικού της να είναι απολύτως συμμορφούμενη με τις υποδείξεις της εργατικής νομοθεσίας, τηρώντας εγκαίρως όλες τις υποχρεώσεις της και έχοντας καθιερώσει στενή συνεργασία σε 24ωρη βάση με σύστημα ενδοεπικοινωνίας εκπροσώπου εταιρίας, λογιστηρίου, λογιστή, επόπτη έργου και εργαζομένων ώστε να αποφεύγεται κάθε σφάλμα ή αβλεψία. Σημειώνεται ότι ο λογιστής της εταιρίας μας καθώς και εξειδικευμένο γραφείο λογιστικής με το οποίο συνεργαζόμαστε είναι σε ετοιμότητα σε 24ώρη βάση ώστε να προλαμβάνουν κάθε αβλεψία και κάθε αιφνίδια αλλαγή προγράμματος ή αναγκών σε όλα τα έργα ανά την Επικράτεια τα οποία εκτελούμε. Επιπλέον, επειδή οι παραβάσεις οφείλονται πάντοτε σε σφάλματα εκ παραδρομής λόγω συνεννοήσεων των εργαζομένων για αλλαγή βάρδιας χωρίς να ενημερωθεί πρώτα το λογιστήριο της εταιρίας, που επ' ουδενί δεν οφείλονται σε πρόθεση της εταιρίας μας, η εταιρία μας έχει αναπτύξει μέσα

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

από το σύστημα διαχείρισης της ποιότητας ΕΛΟΤ EN ISO 9001:2015 που διαθέτει (όπως βεβαιώνει και η εταιρία επιθεωρητών του συστήματος και ο φορέας πιστοποίησης), ένα σύστημα εποπτείας των έργων με αυξημένο διοικητικό προσωπικό ώστε όλες οι μεταβολές προγραμμάτων να επισημαίνονται άμεσα και δια τηλεφώνου ώστε να γίνουν εγκαίρως όλες οι σχετικές τροποποιήσεις. Επίσης παραδίνονται τα προγράμματα εργασίας στο προσωπικό, τα οποία υπογράφουν, ώστε να μπορούμε να διασφαλίσουμε ότι λαμβάνουν σωστά το πρόγραμμά τους και να αποφεύγονται οι πολλές αλλαγές. Έτσι, έχει ήδη επιτευχθεί να μην επιβληθούν περισσότερα πρόστιμα της εργατικής νομοθεσίας στην εταιρία μας (πλην των συγκεκριμένων) παρά το ότι διατηρεί μεγάλο αριθμό προσωπικού σε πληθώρα έργων ανά την Ελλάδα. Επίσης, κάθε μήνα διενεργείται έλεγχος για την διαπίστωση τυχόν παραλείψεων από εξειδικευμένο κλιμάκιο της εταιρίας μας ώστε να αποφευχθεί κάθε είδους παρατυπία στην εφαρμογή της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, της νομοθεσίας υγιεινής και ασφάλειας της εργασίας. Η Αναθέτουσα Αρχή κατ' επίκληση των ανωτέρω δηλωθέντων απέρριψε άνευ ετέρου την προσφορά της εταιρίας μας διότι; «έχουν επιβληθεί σε βάρος της τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του ΣΕΠΕ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται ως «πολύ υψηλής σοβαρότητας» και οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά τουλάχιστον από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς». Ωστόσο, η εταιρία μας ανέφερε στο υποβληθέν ΤΕΥΔ της ως απάντηση στο ερώτημα «Εάν ναι, ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη αυτού του λόγου αποκλεισμού («αυτοκάθαρση»); τα ανωτέρω ληφθέντα μέτρα αυτοκάθαρσης, και συνεπώς η αναθέτουσα αρχή είχε υποχρέωση να αξιολογήσει την επάρκεια τους για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της εταιρίας μας, πριν την αποκλείσει. Αντίθετα, εν προκειμένω, η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψε άνευ ετέρου τη συμμετοχή της εταιρίας μας χωρίς να αποφανθεί για την επάρκειά των επανορθωτικών μέτρων μετά από τη σύμφωνη γνωμοδότηση της επιτροπής της παρ. 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, παρά και τα όσα είχαν κριθεί με την απόφαση ΑΕΠΠ αρ. 466/2020. Ειδικότερα, η Αναθέτουσα Αρχή, χωρίς να ζητήσει τη σύμφωνη γνωμοδότηση από την εν λόγω Επιτροπή [παρότι

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

η εν λόγω Επιτροπή έχει ήδη συσταθεί με την υπ' αριθμ. 50844/11.5.2018 Υπουργική Απόφαση περί συγκρότησης και ορισμού μελών γνωμοδοτικής επιτροπής επί της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων οικονομικών φορέων προς απόδειξη της αξιοπιστίας τους (Συγκρότηση Διυπουργικής Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016 (ΦΕΚ ΥΟΔΔ, αρ. 279/17.5.2018)] απέρριψε τη συμμετοχή της εταιρίας μας εκ μόνου του λόγου της ύπαρξης των ανωτέρω μη τελεσίδικων και αμετάκλητων διοικητικών κυρώσεων για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας. Ενόψει ωστόσο, του ότι η εταιρία μας επικαλέστηκε και κατέγραψε στο ΤΕΥΔ τα παραπάνω μέτρα αυτοκάθαρσης όφειλε η Αναθέτουσα Αρχή να αποφανθεί περί αυτών και όχι να απορρίψει τη συμμετοχή μας άνευ ετέρου, χωρίς να ζητήσει τη γνωμοδότηση της αρμόδιας Επιτροπής. Συνεπώς, κι αν ακόμη θεωρηθεί ότι η επιβολή των ως άνω προστίμων επισύρει κατ' αρχήν τον αποκλεισμό της εταιρίας μας, είναι πρόδηλο ότι στην υπό κρίση περίπτωση παραβιάστηκε ουσιώδης τύπος της διαδικασίας, εφόσον προ της απορρίψεως της συμμετοχής της εταιρίας μας δεν έγινε αξιολόγηση των αναφερόμενων μέτρων αυτοκάθαρσης μετά από αναζήτηση της προηγούμενης σύμφωνης γνώμης της επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016. κατά παράβαση της σχετικής υποχρέωσης που απορρέει από το άρθρο 73 παρ. 7-9 ν.4412/2016. Άλλωστε, επισημαίνεται ότι η εταιρία μας υπήρξε εξαρχής απόλυτα ειλικρινής και ακριβής στις δηλώσεις της, καθότι κατέγραψε αναλυτικά στο ΤΕΥΔ της όλα τα πρόστιμα που της έχουν επιβληθεί για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, επικαλούμενη ταυτόχρονα τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έλαβε για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της. Συνεπώς, στην προκειμένη περίπτωση, ουδόλως τίθεται ζήτημα αποκλεισμού της εταιρίας μας εξαιτίας ανακριβούς δήλωσης, που συνιστά αυτοτελή και διακριτό λόγο αποκλεισμού, οπότε η αναθέτουσα αρχή πράγματι δεν θα είχε την ευχέρεια να καλέσει την εταιρία μας να δηλώσει τα μέτρα αυτοκάθαρσης της, προκειμένου να γίνει αξιολόγηση της επάρκειας τους (πρβλ. ΣΤΕ 754/2020). Αντίθετα, εν προκειμένω, η εταιρία μας εξαρχής απάντησε με απόλυτη ακρίβεια στην ερώτηση αν έχει παραβιάσει τις υποχρεώσεις της στον τομέα του εργατικού δικαίου, αναφέροντας όλα τα επιβληθέντα πρόστιμα και ταυτόχρονα επικαλούμενη τα μέτρα αυτοκάθαρσης της. Συνεπώς, από πλευράς της η εταιρία μας εκπλήρωσε

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

εξαρχής στο ακέραιο όλες τις υποχρεώσεις της, αλλά παρά ταύτα με υπαιτιότητα καθαρά και μόνον της αναθέτουσας αρχής δεν έλαβε χώρα η υποχρεωτική εκ του νόμου διαδικασία αξιολόγησης της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης της, με αποτέλεσμα να αποκλειστεί άνευ ετέρου και κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας η προσφορά της εταιρίας μας από τον διαγωνισμό. Εν όψει των ανωτέρω, η προσβαλλόμενη απόφαση πάσχει και πρέπει να ακυρωθεί καθ' ο μέρος απέρριψε την προσφορά της εταιρίας μας, χωρίς προηγουμένως να προβεί στην υποχρεωτική εκ του νόμου διαδικασία αξιολόγησης των ληφθέντων μέτρων αυτοκάθαρσης. Άλλωστε, επισημαίνεται ότι η συγκεκριμένη αιτίαση έχει ήδη γίνει δεκτή με την απόφαση ΑΕΠΠ 466/2020 (σκ.23), η οποία εξακολουθεί να παράγει τα έννομα αποτελέσματά της, εφόσον άλλωστε στην απόφαση αρ. 22/2020 δεν υπάρχει αντίθετη επί της ουσίας κρίση του Διοικητικού Εφετείου. ΤΡΙΤΟΝ-Παράνομος ο αποκλεισμός υποψηφίων οικονομικών φορέων από τη διαγωνιστική διαδικασία λόγω του μη ρητού συνυπολογισμού στην οικονομική προσφορά της προβλεπόμενης εκ του άρθρου 64 του ν. 4172/2013 παρακράτησης φόρου ποσοστού 8%, στο μέτρο που η συγκεκριμένη παρακράτηση ήδη περιλαμβάνεται στην προσφορά, για τους ακόλουθους λόγους: (α) Στη σελ. 33 της διέπουσας τον διαγωνισμό Διακήρυξης (άρθρο 10 Τρόπος πληρωμής-Κρατήσεις) προβλέπονται τα εξής: «Οι κρατήσεις επί της συνολικής συμβατικής αξίας βαρύνουν τον προμηθευτή, ήτοι: 0,07% επί της αξίας (εκτός ΦΠΑ) κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης υπέρ ΕΑΑΔΗΣΥ, η οποία και επιβαρύνεται με χαρτόσημο 3% και ΟΓΑ χαρτοσήμου 20%. 0,06% επί της αξίας (εκτός ΦΠΑ) κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης υπέρ της ΑΕΠΠ, η οποία και επιβαρύνεται με χαρτόσημο 3% και ΟΓΑ χαρτοσήμου 20%. Οι δαπάνες δημοσίευσης της διακήρυξης, τα κηρύκεια και τα λοιπά έξοδα της δημοπρασίας, αρχικής και επαναληπτικής, θα καταβάλλονται από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις. Τα όποια έξοδα μεταφοράς επιβαρύνουν τον προμηθευτή. Ο Φ.Π.Α. βαρύνει την Περιφέρεια «...». Οι σχετικές πιστώσεις θα βαρύνουν τον προϋπολογισμό της Περιφέρειας «...» Ειδ. Φορέα «...», ΚΑΕ «...». Από την ανωτέρω διατύπωση της Διακήρυξης ρητά συνάγεται ότι η παρακράτηση φόρου 8% ΔΕΝ περιλαμβάνεται στις περιοριστικά

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

αναφερόμενες «κρατήσεις», οι οποίες πρέπει να υπολογίζονται στην τιμή της οικονομικής προσφοράς. Αντίθετα, το 8% είναι ποσοστό του επιβαλλόμενου φόρου εισοδήματος, το οποίο σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου και την ως άνω διάταξη της Διακήρυξης, παρακρατείται κατά την πληρωμή, δηλαδή αποτελεί προκαταβολή Φόρου εισοδήματος που επιστρέφεται, και ουδόλως μνημονεύεται ούτε στη συγκεκριμένη ούτε σε οποιαδήποτε άλλη διάταξη της Διακήρυξης. Συνεπώς, από τη διατύπωση της Διακήρυξης δεν δύναται σε καμία περίπτωση να δημιουργηθεί σύγχυση ώστε να μπορεί να θεωρηθεί ότι η παρακράτηση Φόρου 8% συνιστά «κράτηση» υπέρ τρίτων. Άλλωστε, για τα ποσοστά που η αναθέτουσα αρχή θέλησε να περιλάβει στις κρατήσεις υπέρ τρίτων, φρόντισε να τα αναφέρει ρητά στη Διακήρυξη και να κατονομάσει ρητά αυτά με τον όρο «κράτηση» (δηλαδή τα εξής: 0,07% Υπέρ της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, 0,02% υπέρ του Δημοσίου και 0,06% Υπέρ της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών και τα αντίστοιχα χαρτόσημα 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%), και συνεπώς αυτά υπολογίζονται απαραίτητως στην οικονομική προσφορά, διότι παρακρατούνται και δεν επιστρέφονται στην εταιρία. Με άλλες λέξεις, από τις διατάξεις της διακήρυξης του ένδικου διαγωνισμού, δεν προκύπτει ότι οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνταν να περιλάβουν αυτοτελώς και επιπροσθέτως στην προσφερόμενη τιμή για τις κρατήσεις υπέρ τρίτων και κάθε άλλο καταβαλλόμενο ποσό, του οποίου η καταβολή έχει προσωρινό χαρακτήρα, όπως την παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8%, η οποία προβλέπεται από την κείμενη νομοθεσία και δεν αποτελεί προαπαιτούμενο της οικονομικής προσφοράς αλλά συνδέεται με ένα μεταγενέστερο στάδιο, ήτοι αυτό της πληρωμής του τιμολογίου (βλ. *ad hoc* ΔεφΑθ 1268/2020). Άλλωστε, εφόσον οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς είναι ιδιαίτερα έμπειροι στις διαγωνιστικές διαδικασίες, οι όροι της διακήρυξης και η ερμηνεία της ήταν αρκούντως σαφής και επομένως ουδεμία σύγχυση μπορεί να θεωρηθεί ότι προκλήθηκε εν προκειμένω, ώστε να τίθεται ζήτημα παραβίασης της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων, εφόσον οποιοσδήποτε συμμετέχων δεν υπολόγισε επιπρόσθετα το 8% της παρακράτησης του φόρου. Ως εκ τούτου, οι οικονομικοί Φορείς σε καμία περίπτωση δεν όφειλαν να αναφερθούν ειδικώς στον εν λόγω παρακρατούμενο Φόρο εισοδήματος 8% ή να τον συμπεριλάβουν επιπρόσθετα στην οικονομική

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

προσφορά τους, ως επιπρόσθετη «κράτηση» ή «επιβάρυνση», εφόσον, άλλωστε, δεν υπήρχε διακριτό πεδίο. (β) Πέραν των ανωτέρω, η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% δεν συνιστά εκ της φύσεως της κράτηση υπέρ τρίτου ούτε επιβάρυνση υπό την έννοια που αναφέρεται στη Διακήρυξη. Το άρθρο 64 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (ν. 4172/2013), αναφέρεται σε παρακράτηση φόρου εισοδήματος και όχι σε κράτηση υπέρ τρίτου. Η διαφορά της παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8% με τις κρατήσεις υπέρ τρίτων είναι μείζονος σημασίας, καθώς οι κρατήσεις υπέρ τρίτων είναι πραγματικό κόστος του αναδόχου της σύμβασης ενώ η παρακράτηση φόρου εισοδήματος δεν αποτελεί κόστος, αλλά προκαταβολή φόρου εισοδήματος, η οποία επιστρέφεται. Ειδικότερα, όπως είναι γνωστό, σε περίπτωση που κατά την εκκαθάριση του φόρου εισοδήματος προκύψει μικρότερος ή καθόλου φόρος, ο παρακρατηθείς φόρος επιστρέφεται ή συμψηφίζεται με άλλες οφειλές του φορολογικού υποκειμένου. Ενόψει, όμως, της αυτοτέλειας κάθε διαγωνισμού είναι σαφές ότι η συγκεκριμένη παρακράτηση 8% επιστρέφεται στην εταιρία μας και επομένως η εκτέλεση του παρόντος έργου δεν είναι σε καμία περίπτωση ζημιογόνος. Είναι δε αδιάφορο εάν τελικά η παρακράτηση μπορεί να συμψηφίζεται με άλλες φορολογικές υποχρεώσεις μας ή οφειλές μας. Πάντως, η εκτέλεση του επίδικου έργου δεν είναι ζημιογόνος. Η παρακράτηση του φόρου εισοδήματος 8%, η οποία ξεκάθαρα δεν αποτελεί «κράτηση» υπέρ τρίτου, συνδέεται με την πληρωμή του τιμολογίου και όχι με την οικονομική προσφορά. Μάλιστα προβλέπεται ότι χορηγείται βεβαίωση από την υπηρεσία για την παρακράτηση του φόρου εισοδήματος, ώστε αυτή στη συνέχεια να επιστραφεί σε αυτόν που του έγινε η παρακράτηση. Αναφορικά δε με την κερδοφορία που προκύπτει από την προκηρυσσόμενη σύμβαση θα είναι τόσο μικρή, ώστε ο φόρος εισοδήματος που θα αναλογεί στις συμβάσεις αυτές θα είναι μηδενικός, ο δε παρακρατηθείς φόρος θα επιστραφεί στο σύνολο του στους διαγωνιζομένους και δεν θα αποτελέσει κόστος της σύμβασης. Εν προκειμένω, δεν υπήρχε υποχρέωση επιπρόσθετης συμπερίληψης στην οικονομική προσφορά της παρακράτησης 8%, καθότι δεν αποτελεί προαπαιτούμενο της οικονομικής προσφοράς αλλά συνδέεται με ένα μεταγενέστερο στάδιο, ήτοι αυτό της πληρωμής του τιμολογίου, όπως άλλωστε προκύπτει και από τη διατύπωση της Διακήρυξης «κατά την πληρωμή» θα

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

παρακρατείται φόρος εισοδήματος 8%. Συνεπώς, εσφαλμένα πλήττεται η προσφορά της εταιρίας μας, λόγω μη υπολογισμού της παρακράτησης φόρου εισοδήματος ποσοστού 8%, εφόσον η παρακράτηση φόρου δεν αποτελεί κόστος της σύμβασης και θα επιστραφεί στην εταιρία μας λίγους μήνες αργότερα μετά την εκκαθάριση του φορολογικού έτους. Επιπροσθέτως, από τη γραμματική ερμηνεία των διατάξεων της διακήρυξης, ερμηνευομένων σύμφωνα με τα οριζόμενα στον Ν.4172/2013, προκύπτει ότι οι έννοιες «φόρος» και «κρατήσεις» ή άλλους είδους «επιβάρυνση» δεν είναι ταυτόσημες και χρησιμοποιούνται διαζευκτικά, χωρίς να καταλείπεται περιθώριο ερμηνείας ότι ο φόρος εισοδήματος που παρακρατείται από την Αναθέτουσα αρχή δήθεν περιλαμβάνεται κι αυτός στις κρατήσεις υπέρ τρίτου ή στις «επιβαρύνσεις» της σύμβασης. Επιπλέον ο φόρος εισοδήματος που παρακρατείται έχει διαφορετική νομική φύση και σκοπό από τις κρατήσεις που διενεργούνται υπέρ του Δημοσίου και τρίτων, αφού κατά τη νομολογία της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ η ενεργούμενη παρακράτηση για τον προκαταβαλλόμενο φόρο εισοδήματος, μολονότι αποδίδεται στο Δημόσιο, αποτελεί κατ' ουσίαν προκαταβολή φόρου, η οποία δεν συνυπολογίζεται στο λειτουργικό κόστος του αναδόχου και δεν επηρεάζει τον υπολογισμό του εργολαβικού ανταλλάγματος. Ειδικότερα, όπως έχει κριθεί, σε αντίθεση με τις κρατήσεις υπέρ Δημοσίου και τρίτων, η παρακράτηση του φόρου εισοδήματος αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογουμένου, ο οποίος και δικαιούται να τον αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται (βλ. ΕΣ.ΟΛ 807/1997). Σύμφωνα δε με τα παραπάνω είναι προφανές ότι στις περιπτώσεις που λαμβάνει οικονομικός φορέας αμοιβές από φορείς υπηρεσιών ασφάλειας, ο φόρος που προκαταβάλλεται κατά την πληρωμή του αναδόχου επί της αμοιβής του, μετά τη διενέργεια των νόμιμων κρατήσεων, δεν συνιστά κράτηση υπέρ τρίτου η οποία απομειώνει την εργολαβική αμοιβή, ώστε να συνιστά στοιχείο που επιβαρύνει το κόστος εκτέλεσης της σύμβασης, δεδομένου ότι το ποσό αυτό συνιστά εισόδημα του ίδιου του αναδόχου που αποτυπώνεται στη φορολογική του δήλωση. Συνεπώς, σε περίπτωση που ενσωματώσουμε στην αμοιβή το πρόσθετο ποσό που αντιστοιχεί στον παρακρατούμενο φόρο εισοδήματος 8%, αυτό θα έχει απλά ως συνέπεια την προσαύξηση της αμοιβής και κατ' επέκταση του εισοδήματός μας και συνακόλουθα την αντίστοιχη επιβάρυνση του κόστους της

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

σύμβασης επί ζημιά του Δημοσίου. Με άλλες λέξεις, μια τέτοια προσαύξηση του κόστους της σύμβασης δημιουργεί απλώς ένα επιπλέον κόστος για τον ανάδοχο, το οποίο φορολογείται στο τέλος του οικονομικού έτους, ανάλογα με τα αποτελέσματα της χρήσης. Στα ανωτέρω συνηγορεί και το γεγονός ότι στην πράξη η παρακράτηση φόρου υπολογίζεται διακριτά και εκ των υστέρων, επί του καθαρού ποσού της αξίας των υπηρεσιών, μετά την αφαίρεση όλων των κρατήσεων υπέρ Δημοσίου και τρίτων. Αντιστοίχως, η παρακράτηση φόρου 8% δεν μπορεί να ερμηνευτεί, κατά την έννοια της διακήρυξης, ενόψει της ανωτέρω εκτιθέμενης φορολογικής ρυθμίσεως, ότι αποτελεί «επιβάρυνση» της οικονομικής προσφοράς, που δήθεν δεν υπολογίστηκε από την εταιρία μας. Είναι πασίδηλο ότι, πράγματι, φορολογείται η εταιρία μας επί του συνόλου του τιμολογίου και μας παρακρατείται προκαταβολικώς ποσό φόρου 8%, ωστόσο, ο συνολικός φόρος μας είναι 29%, τον οποίο καταβάλλουμε με την εκκαθάριση της φορολογικής δήλωσης κατά το επόμενο ημερολογιακό έτος. Υπό διαφορετική ερμηνευτική εκδοχή, θα έπρεπε οι υποβάλλοντες οικονομικές προσφορές οικονομικοί φορείς, να προσθέτουν στην προσφορά τους όλο τον φόρο τους, και όχι μόνον τον παρακρατούμενο φόρο 8%. Ασφαλώς η εκδοχή αυτή δεν μπορεί να υποστηριχθεί και είναι αυθαίρετη. Η παρακράτηση φόρου 8%, αλλά και ο συνολικός φόρος στον οποίον υπόκειται κάθε επιχείρηση, τελικώς δεν αποτελεί «επιβάρυνση» της προσφοράς, διότι, όπως είναι ευχερώς κατανοητό με βάση τις γενικές αρχές της λογιστικής, από το σύνολο του ποσού του τιμολογίου αφαιρούνται οι πάσης φύσεως δαπάνες εκτέλεσης του έργου, οι οποίες έχουν κοστολογηθεί στην προσφορά κάθε συμμετέχοντος. Αυτό σημαίνει ότι εάν από τη συνολική προσφορά (ποσό τιμολογίου) αφαιρεθούν οι δαπάνες εκτέλεσης του έργου (μισθοδοσία, εισφορές, αναλώσιμα κ.λπ.) τότε απομένει μόνο το δηλωθέν εργολαβικό κέρδος, το οποίο είναι το πράγματι επιβαρυνόμενο με φορολογία εισοδήματος ποσό του τιμολογίου. Συνεπώς, με φόρο εισοδήματος επιβαρύνεται μόνο το δηλωθέν εργολαβικό κέρδος του αναδόχου και ουδέν άλλο ποσό, από το οποίο, όμως, μετά φόρων απομένει πάντα ορισμένο ποσό με θετικό πρόσημο που συνιστά το κέρδος της επιχείρησης. Με άλλες λέξεις, η προκαταβολή φόρου 8% αποτελεί προσωρινή παρακράτηση φόρου εισοδήματος, η οποία στη συνέχεια διευθετείται, δηλ. επιστρέφεται στην εταιρία μας με την εκκαθάριση της δήλωσης

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

ή εν πάση περίπτωση συμψηφίζεται με άλλες φορολογικές υποχρεώσεις. Ενόψει των ανωτέρω, είναι ευχερώς διαπιστώσιμο ότι η παρακράτηση του 8% δεν συνιστά «επιβάρυνση» της προσφοράς. Από την άλλη πλευρά, η οικονομική προσφορά (όπως η δική μας) που δεν την προσμετρά επιπροσθέτως δεν καθίσταται ζημιογόνος, ώστε να τίθεται ζήτημα παραβίασης της αρχής της νομιμότητας. Ασφαλώς, εάν ορισμένος διαγωνιζόμενος την υπολογίσει ως επιπλέον κόστος στην προσφορά του, όπως η προσφεύγουσα εταιρία, η προσφορά της δεν καθίσταται εξ αυτού του λόγου μη σύννομη, αλλά αυτός ο υπολογισμός έλαβε χώρα κατ' ενάσκηση της επιχειρηματικής ελευθερίας της προσφέρουσας εταιρίας και όχι διότι το επέβαλε ρητός όρος της διακήρυξης. Άλλωστε, στην περίπτωση του επίδικου διαγωνισμού σε κανέναν όρο της Διακήρυξης δεν γίνεται αναφορά στην παρακράτηση του 8%, και συνεπώς ένας έμπειρος διαγωνιζόμενος, δεν θα μπορούσε να θεωρήσει ότι η παρακράτηση 8% συνιστά «επιβάρυνση» υποχρεωτικώς υπολογιζόμενη στην οικονομική προσφορά της. Κατ' επέκταση, ο διαγωνιζόμενος που δεν προσμέτρησε επιπρόσθετα στην προσφορά του τη συγκεκριμένη παρακράτηση 8% δεν καθίσταται εξ αυτού του λόγου απορριπτέος, εφόσον τεκμαίρεται εκ της κείμενης φορολογικής νομοθεσίας ότι η συγκεκριμένη προκαταβολή φόρου, μετά την εκκαθάριση της δήλωσης επιστρέφεται στον ίδιο, χωρίς να επιβαρύνει το κόστος του έργου, ώστε η εκτέλεσή του να θεωρηθεί ότι είναι ζημιογόνος».

18. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της επί της πρώτης προσφυγής προβάλλει, ότι «Στις 07.08.2020 γνωστοποιήθηκαν στη Διεύθυνση Οικονομικού οι σχετικές αποφάσεις: Με την αριθ. 23/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου, γίνεται δεκτή η αίτηση αναστολής εκτέλεσης της αριθ. 470/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ που ασκήθηκε από τον οικονομικό φορέα «...». Με την αριθ. 22/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου, γίνεται δεκτή η αίτηση αναστολής εκτέλεσης της αριθ. 466/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ που ασκήθηκε από τον οικονομικό φορέα «...». Σύμφωνα με τα όσα προκύπτουν από τις αποφάσεις του Διοικητικού Εφετείου, προκύπτει πέρα από κάθε αμφιβολία ότι: 1) απορρίπτεται η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» για τους λόγους που αρχικά αποφάνθηκε η Αναθέτουσα Αρχή 2) απορρίπτονται -επίσης- οι προσφορές των οικονομικών φορέων «...» και «06. ...», καθώς οι οικονομικές τους

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

προσφορές δεν καλύπτουν το ελάχιστο κόστος κρατήσεων υπέρ τρίτων και ειδικότερα την παρακράτηση φόρου (8%) στις οποίες αυτή τελικώς πρέπει να συμπεριλαμβάνεται. Ακολούθως, η Οικονομική Επιτροπή της Περιφέρειας «...», συμμορφούμενη με τις αποφάσεις του Διοικητικού Εφετείου, προέβη στην έκδοση νέας απόφασης ανάδειξης προσωρινού αναδόχου (902/2020), καθώς σύμφωνα με αυτή: Α. απορρίπτονται οι προσφορές των υποψηφίων οικονομικών φορέων 01. «...» 02. «...» 03. «...» 05. «...» 06. «...» και Β. αναδεικνύεται ο οικονομικός φορέας 04. «...» ως προσωρινός ανάδοχος (μειοδότης) καθώς προσέφερε, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, τη νομίμως χαμηλότερη τιμή ύψους 170.520 € (εκατόν εβδομήντα χιλιάδες πεντακόσια είκοσι ΕΥΡΩ) άνευ προαίρεσης & άνευ ΦΠΑ. Σε ό,τι αφορά τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας: Αναφορικά με τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας (όπως αναλυτικά παραθέσαμε κατά την κατάθεση των απόψεων της διοίκησης στο πλαίσιο της εκδίκασης της πρώτης προσφυγής), θεωρούμε ότι είναι αβάσιμες και πως ορθά απορρίφθηκε η προσφορά της λόγω της μη τήρησης των προϋποθέσεων του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 115) περί εργατικής νομοθεσίας, σκεπτικό που επιβεβαιώνεται άλλωστε από την αριθ. 22/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου «...».

19. Επειδή, η πρώτη παρεμβαίνουσα, επί της πρώτης προσφυγής προβάλλει συναφώς, ότι ««Α. Οι παραβιάσεις της Εργατικής Νομοθεσίας ως υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού της αντιδίκου ως εταιρείας παροχής υπηρεσιών φύλαξης από διαγωνισμούς. Υφίστανται δυο τελείως διαφορετικές νομικές διατάξεις του νόμου που ρυθμίζουν δυο τελείως διαφορετικές περιπτώσεις πραγματικών περιστατικών με τελείως διαφορετικά και αντικείμενα, των οποίων οι προσβαλλόμενες αποφάσεις της ΑΕΠΠ προέβησαν σε πλήρως εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή τελούσες σε πλήρη σύγχυση. Οι δυο αυτές διατάξεις είναι οι εξής : Α) Η γενική διάταξη του άρθρου 73 εδ. 2 παρ γ του ν. 4412/2016. η οποία είναι γενική διάταξη και αφορά και ρυθμίζει τους όρους της συμμετοχής νομικών και φυσικών προσώπων σε όλους γενικώς τους διαγωνισμούς δημοσίων έργων. Με την γενική αυτή διάταξη απαιτείται δια τον καταλογισμό της παραβίασεως της εργατικής νομοθεσίας και ο αποκλεισμός στην διαδικασία της συμμετοχής σε διαγωνισμό δημοσίων έργων η τελεσίδικη βεβαίωση της παραβίασεως της νομοθεσίας. Β) Η ειδική διάταξη του άρθρου 68 εδ. 2 παρ. γ του ν. 3863/2010, η

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

οποία είναι απολύτως ειδική και αφορά και ρυθμίζει αποκλειστικώς και μόνον τους όρους της συμμετοχής νομικών και φυσικών προσώπων σε δημόσιο διαγωνισμό παροχής υπηρεσιών και μόνον. Με την ειδική αυτή διάταξη αντιθέτως με την γενικής φύσεως προηγουμένη διάταξη του νόμου και ειδικώς δια διαγωνισμούς του Δημοσίου που αφορούν παροχή υπηρεσιών, αρκεί δια τον αποκλεισμό της συμμετοχής σε αυτούς η απλή διαπίστωση της παραβιάσεως της εργατικής νομοθεσίας από όργανα του ΣΕΠΕ. Οι άνω εκδοθείσες αποφάσεις της ΑΕΠΠ δεν κατέστη δυνατόν να διακρίνουν την άνω ουσιώδη και κυρίαρχη διαφορά των δυο διαφορετικών αυτών διατάξεων του νόμου, ούτε του διαφορετικού αντικειμένου της εφαρμογής των, με συνέπεια να θεωρήσουν εσφαλμένως ότι εν προκειμένω και επί δημοσίου διαγωνισμού παροχής υπηρεσιών Φύλαξης, εφαρμόζεται όχι η ειδική διάταξη του άρθρου 68 εδ. 2 παρ γ του ν. 3863/2010 όπως αυτή τροποποιηθείσα ισχύει, αλλά η γενική διάταξη του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 η οποία ως γενική είναι ανεφάρμοστη ενταύθα. Έτσι η απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία δια του άνω τρόπου, έκανε δεκτή την ενδικοφανή προσφυγή της «...» έσφαλλε και παραβίασε το γράμμα και το πνεύμα του νόμου αφού δέχθηκε ότι η παραβαίνουσα το σύνολο της εργατικής νομοθεσίας «...» και έχουσα στο μητρώο της συγκεκριμένες επιβολές προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας, δηλαδή ότι κατά το παρελθόν εκμεταλλεύθηκε τους ίδιους τους εργαζομένους της και την Εργατική Νομοθεσία, είναι νόμιμο και επιτρεπτό να αναλάβει εκ νέου την εκτέλεση Δημοσίου Έργου Εξ αλλού η αντίθετη ρύθμιση των άνω διατάξεων που η μεν μία αφορά όλους τους διαγωνισμούς του δημοσίου και η άλλη αποκλειστικώς και μόνον την συμμετοχή στον διαγωνισμό δημοσίων συμβάσεων για τους διαγωνισμούς εταιρειών παροχής υπηρεσιών και ιδίως τους διαγωνισμούς φύλαξης, πρέπει να σημειωθεί ότι έχει επιβληθεί με τον ίδιο ακριβώς νόμο, δηλαδή με το άρθρο 39 του νόμου 4488/2017 με έναρξη ισχύος από 13.9.2017 και αυτό διότι και οι δυο άνω διατάξεις ετέθησαν ταυτοχρόνως σε ισχύ , με το ίδιο μάλιστα άρθρο του ίδιου νόμου, έχουν όμως καταδήλως διαφορετικούς αποδέκτες κα διαφορετικό αντικείμενο και ειδικότερα :

- 1) Η διάταξη του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 αφορά γενικώς και αορίστως όλες εν γένει τις συμμετοχές στους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων.
- 2) Η διάταξη του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 αφορά ειδικώς και μόνον την συμμετοχή στον διαγωνισμό δημοσίων συμβάσεων για τους διαγωνισμούς εταιρειών παροχής

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

υπηρεσιών Η άνω διάκριση είναι απολύτως επιβεβλημένη από τον νόμο, διότι επί συμβάσεων παροχής υπηρεσιών, ο υποψήφιος χρησιμοποιεί δια την εκτέλεση της αναληφθείσης υποχρέωσης του, υπάλληλους και εργάτες, σε βάρος των οποίων έχει ήδη διαπράξει παραβιάσεις της Εργατικής Νομοθεσίας και ασφαλώς πρόκειται να το κάνει και στο μέλλον σε σημείο ώστε να είναι παράλογο : 1) Αφ ενός μεν το Δημόσιο να επιβραβεύει με κατακύρωση Δημοσίου Έργου στον παραβάτη της Εργατικής Νομοθεσίας και 2) Αφ ετέρου το Δημόσιο να ζητά αφ' ενός μεν ως προϋπόθεση εγκυρότητας της συμμετοχής στον διαγωνισμό την ανάλυση του εργατικού κόστους και των ασφαλιστικών εισφορών και αφ ετέρου αντιθέτως να επιβραβεύει τον υποκριτικό παραβάτη των διατάξεων του ΣΕΠΕ. Αποτελεί πρόκληση πρώτου μεγέθους ο παραβάτης της Εργατικής Νομοθεσίας να επικαλείται την αρχή της ισότητας και της αναλογικότητας με το επιχείρημα ότι αυτός ο ίδιος ο κατ εξοχή παραβάτης της εργατικής νομοθεσίας και κλέπτης του κόπου των εργαζομένων, δεν μπορεί δήθεν να συναγωνιστεί με τους ίδιους όρους τους λοιπούς διαγωνιζομένους που δεν μπορούν να εκμεταλλευτούν την Εργατική Νομοθεσία και δεν την έχουν παραβιάσει και μάλιστα να δικαιώνεται από την ΑΕΠΠ . Η προσβαλλόμενη απόφαση της Επιτροπής που δεν έλαβε υπόψη της τα άνω δεδομένα είναι ως εκ τούτου απολύτως αντίθετη στο γράμμα και το πνεύμα του νόμου και όλων των άνω διατάξεων ως εκ τούτου έσφαλλε εκ του ασφαλούς και δέον να εξαφανισθεί. Έτσι και σε κάθε περίπτωση και η επικουρική σκέψη της άνω προσβαλλομένης ΑΕΠΠ περί δήθεν εφαρμογής του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 (το οποίο δεν εφαρμόζεται ενταύθα, αφού αντιθέτως εφαρμόζεται αποκλειστικώς το άρθρο 68 του ν. 3863/2010), είναι απολύτως εσφαλμένη και αντίθετη στο γράμμα και το πνεύμα του νόμου δια τους εξής λόγους : Α. Νόμω αβάσιμος ο άνω ισχυρισμός περί αυτοκαθάρσεως στην περίπτωση του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 1) Το άρθρο 73 του ν. 4412/2016 αναφέρεται αποκλειστικώς και μόνον στις συμβάσεις γενικώς και αορίστως των δημοσίων συμβάσεων και δεν αναφέρεται και δεν αφορά και δεν ρυθμίζει ουδόλως τους διαγωνισμούς του Δημοσίου που αφορούν την παροχή υπηρεσιών φύλαξης, δια τις οποίες υφίσταται ειδική νομοθετική ρύθμιση του άρθρου 68 του ν. 3863/2010. 2) Είναι δε χαρακτηριστικό ότι η τροποποίηση του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 έγινε ταυτοχρόνως με την τροποποίηση του άρθρου 68 του ν. 6386/2010 και ως εκ

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

τούτου η άνω τροποποίηση έχει επιβληθεί και δια τις δύο άνω διατάξεις, με τον ίδιο ακριβώς νόμο και ταυτοχρόνως, δηλαδή με το άρθρο 39 του νόμου 4488/2017 με έναρξη ισχύος από 13.9.2017 ετέθησαν ταυτοχρόνως σε ισχύ χωρίς βεβαίως να έχουν το ίδιο αντικείμενο ρυθμίσεως και η μία αποτελεί γενική ρύθμιση, ενώ η άλλη ειδική και κατισχύουσα της γενικής. 3) Ως εκ τούτου ο Νομοθέτης εάν ήθελε η διάταξη του άρθρου 73 του ν.4412/2016 να έχει εφαρμογή και επί του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 ασφαλώς και θα το έπραττε με την άνω διάταξη του άρθρου 39 του ν.4488/2017. 4) Δια τούτο άλλωστε και τα οριζόμενα στην παράγραφο 5, 6 και 7 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, δεν έχουν εφαρμογή στην περίπτωση του συγκεκριμένου διαγωνισμού, του οποίου το αντικείμενο είναι η παροχή υπηρεσιών φύλαξης και ο οποίος διέπεται από τις διατάξεις του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 που δεν καταλαμβάνεται από το άρθρο 73 του ν. 4412/2016, αφού ο Νομοθέτης ασφαλώς και δεν θέλησε αυτό με την γενομένη τροποποίηση του άρθρου 39 του ν. 4488/2017. Γ. Ανυπαρξία προϋποθέσεων αυτοκαθάρσεως. 1. Η έννοια της αυτοκαθάρσεως νοείται πρωτίστως ότι ενέχει ως συνειδητή παραδοχή, την πλήρη αποδοχή της προηγούμενης πλημληματικής συμπεριφοράς του δράστη και κυρίως την άμεσο και ευθεία αποδοχή της παραβίασεως της εργατικής νομοθεσίας εκ μέρους του, ώστε δια της άνω παραδοχής να αποκλείεται στο μέλλον η συνέχιση της ίδιας παρανόμου δραστηριότητας. Εν προκειμένω είναι σαφές ότι η «...» αρνείται την παραβίαση του νόμου εκ μέρους της και επιμένει στην αθωότητα της και τούτο κατά τρόπο ώστε όχι μόνον να μη υφίσταται παραδοχή της υπαιτιότητας της ως προϋπόθεση της αυτοκαθάρσεως, άλλα καθολική άρνηση αυτής και αδικία σε βάρος της εκ μέρους των οργάνων της πολιτείας, γεγονός που αποκλείει εξ ορισμού την υπαγωγή της συγκεκριμένης συμπεριφοράς στην έννοια της αυτοκαθάρσεως. Ως εκ τούτου παρανόμως η απόφαση της ΑΕΠΠ δέχθηκε ότι υφίσταντο οι προϋποθέσεις της εφαρμογής του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 ενταύθα. Αποτελεί δε τον ορισμό της υποκρισίας και του προσχηματικού ισχυρισμού το εξής αντιφατικό της θέσεως της : Α) Το μεν η συγκεκριμένη αντίδικός μου, να ασκεί διοικητικές προσφυγές προκειμένου να αποδείξει ότι δεν υπέπεσε στις αποδιδόμενες σε αυτή 6 βαρείες παραβιάσεις της Εργατικής Νομοθεσίας, Β) Το δε να ισχυρίζεται αντιθέτως με τον άνω προηγούμενο ισχυρισμό της ότι, ενώ δεν αμάρτησε, εν τούτοις ζητά συγχώρεση των αμαρτιών που αυτή δεν

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

παραδέχεται ότι διέπραξε. Έτσι η έννοια της αυτοκαθάρσεως, αποτελεί προσχηματικό ισχυρισμό αντίθετο σε κάθε έννοια δικαίου και είναι αυτονόητον πως η άνω έννοια της αυτοκαθάρσεως, που αποτελεί επινόημα του Ευρωπαϊκού Δικαίου, ευτελίζεται στην Ελλάδα και χρησιμοποιείται ως το εύκολο και άνετο πρόσχημα όλων των παραβατών. 2. Πέραν όμως του αποκλεισμού της διατάξεως του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 στην περίπτωση του προκειμένου διαγωνισμού, η εκ μέρους της άνω αποφάσεως της ΑΕΠΠ παραδοχή ότι έδει εν προκειμένω να έχει εφαρμογή και οι παράγραφοι 5,6 και 7 του ίδιου άρθρου , σημειώνω ότι έχει νομολογηθεί (ΣτΕ 237/2019) ότι ναι μεν ο οικονομικός φορέας στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν οι καταστάσεις αυτές 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" η δυνατότητα όμως αυτή τελεί υπό την αυτονόητη προϋπόθεση ότι, στο πλαίσιο της αναγκαίας προς τούτο συνεργασίας του με την αναθέτουσα αρχή (ή τον αναθέτοντα φορέα), ο οικονομικός φορέας εκπλήρωσε νόμιμα την υποχρέωσή του να δηλώσει με τα υποβαλλόμενα έγγραφα και δικαιολογητικά τα περιστατικά που μπορούν να οδηγήσουν στον αποκλεισμό του, επικαλούμενος ταυτόχρονα και τη λήψη των σχετικών επανορθωτικών μέτρων. Στο πλαίσιο αυτό, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ερμηνεύοντας τις διατάξεις του άρθρου 57 παρ. 4, 6 και 7 της οδηγίας 2014/24 (αντίστοιχες προς τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 4, 7 και 10 του ν. 4412/2016), δέχθηκε (απόφαση της 24.10.2018, C-124/17) ότι η λήψη των επανορθωτικών μέτρων που μνημονεύονται στο άρθρο 57 παρ. 6 της οδηγίας 2014/24 (73 παρ. 7 του ν. 4412/2016), μεταξύ των οποίων, ιδίως, η συνεργασία του οικονομικού φορέα με τις αρμόδιες ερευνητικές αρχές, πρέπει να αποδεικνύεται, αναλόγως των όσων προβλέπει η εθνική νομοθεσία, στο πλαίσιο της σχέσεως με την ίδια την αναθέτουσα αρχή, η οποία αποφασίζει τον αποκλεισμό βάσει του άρθρου 57 της οδηγίας αυτής. Όταν η αναθέτουσα αρχή προβαίνει στις σχετικές αξιολογήσεις, εκτιμά όχι μόνο αν συντρέχει λόγος αποκλεισμού του οικονομικού φορέα, αλλά και αν αυτός έχει πράγματι αποκαταστήσει την αξιοπιστία του (σκ. 23). Στην περίπτωση αυτή, "ο οικονομικός φορέας που επιθυμεί να αποδείξει την αξιοπιστία του πρέπει να συνεργάζεται αποτελεσματικώς με τις αρχές στις οποίες έχουν ανατεθεί τα καθήκοντα αυτά, είτε πρόκειται για την αναθέτουσα

αρχή είτε για την ερευνητική αρχή».

20. Επειδή, η δεύτερη παρεμβαίνουσα επί της πρώτης προσφυγής υποστηρίζει ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής. 2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών. 3. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1.». Από την ανωτέρω διάταξη συνάγεται ότι ασκείται μία μόνο φορά προδικαστική προσφυγή, καθιερωμένης της αρχής της άπαξ ασκήσεως προδικαστικής προσφυγής. Κατά παγία νομολογία, είναι απαράδεκτη τόσο η δεύτερη προσφυγή κατά της αυτής πράξης, όσο και προσφυγή κατά πράξεως που έχει εκδοθεί μετά από την άσκηση προηγούμενης προσφυγής του ίδιου ενδιαφερομένου, ακόμη κι αν η τελευταία πράξη περιέχει νέα αιτιολογικά ερείσματα (ΣτΕ Ε.Α. 239/2011, 305/2011 κ.λπ.). Ούτω και στα πλαίσια της διεπόμενης από τις διατάξεις του ν. 4412/2016 προσωρινής δικαστικής προστασίας, ο ενδιαφερόμενος μπορεί να ασκήσει ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. μια μόνο προσφυγή του άρθρου 360 του ως άνω νόμου και αντιστοίχως μια αίτηση αναστολής επί της αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π. Στην προκειμένη περίπτωση, από το όλο περιεχόμενο της προσβαλλομένης πράξεως συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή, με αυτήν, δεν προέβη σε νέα ουσιαστική έρευνα της υπόθεσης, ούτε εκτίμησε εκ νέου τις προσφορές των διαγωνιζομένων ούτε παραθέτει νέα αιτιολογία περί του αποκλεισμού της προσφεύγουσας αλλά ότι η πράξη αυτή εκδόθηκε προς συμμόρφωση των υπ' αριθ. 22/2020 και 23/2020 αποφάσεων του Διοικητικού Εφετείου «...». Εξάλλου, έχει κριθεί ότι η επανεξέταση μιας υποθέσεως χωρίς να εκτιμηθούν νέα πραγματικά στοιχεία δεν αποτελεί νέα έρευνα, που προσδίδει

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

εκτελεστικότητα της νέας πράξης (ΣΤΕ 1748/2016 με τις εκεί παραπομπές στην πλούσια νομολογία). Ούτω, με την προσβαλλόμενη νέα πράξη, η αναθέτουσα αρχή δεν επανεξέτασε την προσφορά της προσφεύγουσας, αλλά συμμορφούμενη με το διατακτικό και εν γένει περιεχόμενο των αποφάσεων του Εφετείου, επιτρεπώς και προκειμένου να ολοκληρωθεί η διαγωνιστική διαδικασία προχώρησε σε συμμόρφωση εκδίδοντας την προσβαλλόμενη πράξη. Σε κάθε περίπτωση, με τη νέα αυτή πράξη, με την οποία η αναθέτουσα αρχή, συμμορφούμενη προς την εκδοθείσα 22/2020 απόφαση του Δ.Εφ. «...», απορρίπτει την προσφορά της προσφεύγουσας, δεν συνιστά νέα βλαπτική πράξη και δεν υπόκειται σε νέα προδικαστική προσφυγή (ΣΤΕ Επ.Αν. 515/2010, 580/2009, 835/2008). Ακόμη, η προσβαλλόμενη πράξη, δεν συνιστά εκτελεστή διοικητική πράξη κατά την έννοια της διατάξεως του άρθρου 45§1 του Π.Δ. 18/1989, καθ' όσον εκδόθηκε προς συμμόρφωση δικαστικών αποφάσεων, οι δε δυσμενείς έννομες συνέπειες σε βάρος της προσφεύγουσας, τις οποίες αυτή συνεπάγεται, είχαν ήδη προκόψει από την έκδοση της υπ' αριθ. 229/2020 αποφάσεως, η οποία (απόφαση 229/2020) δεν ακυρώθηκε με τη νέα προσβαλλόμενη 902/2020 απόφαση ως προς τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας εταιρείας. Συνεπώς, για τους λόγους που ανωτέρω παρατίθενται, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί πρωτίστως ως απαράδεκτη».

21.Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου, ως προς την βασιμότητα της πρώτης προσφυγής κρίνονται τα κάτωθι. Σύμφωνα, με τα άρθρα 367 παρ.3 και 372 παρ.5, του ν. 4412/2016 «στην περίπτωση κατά την οποία, στο πλαίσιο διαγωνισμού για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης προμηθειών, υπηρεσιών ή έργου, γίνει δεκτή προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 κατά εκτελεστής πράξης αναθέτουσας αρχής, η ΑΕΠΠ με την απόφασή της ακυρώνει μερικώς ή ολικώς την προσβαλλόμενη πράξη. Την αναστολή της εκτέλεσης της απόφασης της ΑΕΠΠ, εξάλλου, μπορεί να ζητήσει ενώπιον του αρμόδιου δικαστηρίου οποιοσδήποτε έχει έννομο συμφέρον και η αναθέτουσα αρχή. Αν γίνει δεκτή η αίτηση αναστολής το αρμόδιο Δικαστήριο αναστέλλει την εκτέλεση της απόφασης της ΑΕΠΠ». Όπως, όμως, παγίως γίνεται δεκτό από τη νομολογία, σχετικά με τις αναστολές εκτέλεσης διοικητικών πράξεων η χορηγούμενη από το αρμόδιο

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

διοικητικό δικαστήριο αναστολή εκτέλεσης της ανασταλείσας απόφασης της ΑΕΠΠ αναφέρεται μόνον στην αδυναμία εκτέλεσής της, κατά την έννοια των διατάξεων της παρ. 3 του άρθρου 367 του ν. 4412/2016, δεν αφορά δε ούτε την ισχύ της, η οποία εξακολουθεί να παράγει τα έννομα αποτελέσματά της μη αποβαλλόμενη από την ισχύουσα έννομη τάξη, ούτε και το κύρος της, καθόσον αφενός αυτή περιβάλλεται, μέχρι την ακυρωτική κρίση του αρμοδίου δικαστηρίου, από το τεκμήριο νομιμότητας (ΔΕφΘεσς. 162/2018). Ως εκ τούτου, η χορηγούμενη από το αρμόδιο δικαστήριο, σύμφωνα με το άρθρο 372 παρ. 1 του ν. 4412/2016 αναστολή εκτέλεσης απόφασης της ΑΕΠΠ, με την οποία κατόπιν άσκησης προδικαστικής προσφυγής του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 ακυρώθηκε εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής, δεν συνεπάγεται την αναβίωση της τελευταίας αυτής πράξης, η οποία ως ακυρωθείσα, εξακολουθεί να μην υφίσταται στο νομικό κόσμο, κατά λογική δε συνεκδοχή δεν χωρεί και ανάκληση αυτής ή τροποποίησή της. Περαιτέρω, η διάταξη της παρ. 5 του άρθρου 372 του ν. 4412/2016, με την οποία, στην περίπτωση που η αίτηση αναστολής γίνει δεκτή, προβλέπεται η δυνατότητα του οργάνου «το οποίο εξέδωσε την πράξη της οποίας η εκτέλεση αναστέλλεται με την απόφαση» να συμμορφώνεται προς το διατακτικό ή και το εν γένει περιεχόμενο της απόφασης και να ανακαλεί ή να τροποποιεί κατάλληλα την πράξη που προκάλεσε τη διαφορά, αποσκοπεί στην ταχύτερη δυνατή διεξαγωγή και ολοκλήρωση των διαδικασιών ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων και στην αποτροπή σχετικών δικαστικών διενέξεων. Ενόψει δε, του προαναφερόμενου σκοπού του νομοθέτη, όμως, η εν λόγω διάταξη της παρ. 5 του άρθρου 372 του ν. 4412/2016, παρά το γράμμα της, πρέπει να γίνει δεκτό ότι έχει την έννοια ότι η ευχέρεια οικειοθελούς συμμόρφωσης με την απόφαση που δέχθηκε την αίτηση αναστολής αφορά και την αναθέτουσα αρχή, η οποία, ακόμη και στην περίπτωση ακύρωσης με την απόφαση της ΑΕΠΠ της πράξης που προκάλεσε τη διαφορά, δύναται αυτοτελώς και ανεξαρτήτως της ΑΕΠΠ και όχι καθ' υποκατάστασή της να επανέρχεται και να εκδίδει νέα πράξη, που όμως δεν δύναται να αφίσταται των κριθέντων με την απόφαση του δικαστηρίου που χορήγησε την αναστολή, καθόσον κάτι τέτοιο θα συνιστούσε μη νόμιμη άσκηση της διακριτικής ευχέρειας που της παρέχει η προαναφερόμενη διάταξη, ούτε, άλλωστε, δύναται να αφίσταται των οριστικώς κριθέντων και μη αμφισβητηθέντων

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

με την απόφαση της ΑΕΠΠ, ενόψει της υποχρέωσης συμμόρφωσής της προς την τελευταία, σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 3 του άρθρου 367 του ίδιου προαναφερόμενου νόμου (ΔΕφΑθ. 91/2020). Η περίπτωση αυτή, μάλιστα, κατά τα ήδη γενόμενα δεκτά στην παρούσα σκέψη, δεν αφορά σε ανάκληση ή τροποποίηση προηγούμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής, δεδομένου ότι λόγω του ακυρωτικού αποτελέσματος της απόφασης της ΑΕΠΠ, δεν υφίσταται στο νομικό κόσμο τέτοια πράξη, αλλά αφορά σε εξαρχής έκδοση νέας διοικητικής πράξης. Η δε αναθέτουσα αρχή, κατά την έκδοση της νέας πράξης, κινούμενη εντός των προαναφερθέντων ορίων, ήτοι της δικαστικής απόφασης που δέχθηκε την αίτηση αναστολής και των οριστικών και μη αμφισβητηθεισών κρίσεων της ΑΕΠΠ, δύναται να επαναλάβει διατυπωθείσες στην αρχική πράξη και μη αμφισβητηθείσες κρίσεις της. Άλλωστε, η προαναφερόμενη ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής προς έκδοση νέας πράξης δεν αναιρεί το δικαίωμα των διαγωνιζομένων για παροχή αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, προεχόντως, διότι αυτοί δεν αποστερούνται του δικαιώματός τους να προσβάλλουν την νέα αυτή πράξη αυτοτελώς στα πλαίσια της καθιερούμενης στο Βιβλίο IV του ν. 4412/2016 διαδικασίας παροχής έννομης προστασίας. Εξάλλου, η άσκηση της ευχέρειας οικειοθελούς συμμόρφωσης προς το διατακτικό ή και το εν γένει περιεχόμενο της απόφασης αναστολής του αρμοδίου δικαστηρίου δεν εξαρτάται από την εκπλήρωση ή μη από το διάδικο που πέτυχε την αναστολή εκτέλεσης της απόφασης της ΑΕΠΠ της κατά το άρθρο 372 παρ. 4 του ν. 4412/2016 υποχρέωσής του να ασκήσει, εντός της οριζόμενης προθεσμίας, το κύριο ένδικο βοήθημα, προκειμένου να μην αρθεί αυτοδικαίως η ισχύς της διαταχθείσας αναστολής. Και τούτο, διότι η άσκηση της ως άνω ευχέρειας οικειοθελούς συμμορφώσεως, η οποία απορρέει πρωτογενώς από τις γενικές αρχές του δικαίου για την ανάκληση των παρανόμων διοικητικών πράξεων και για την ακυρότητα των παρανόμων δικαιοπραξιών, οδηγεί στην έκδοση πράξεως οριστικού χαρακτήρα, με την οποία επέρχεται πλήρης ικανοποίηση του ενδιαφερομένου, και επομένως δεν εμπίπτει, από τη φύση της, στο περιεχόμενο της παρασχεθείσας προσωρινής δικαστικής προστασίας. Αντίθετα, η διατήρηση της ισχύος της διαταχθείσας αναστολής εντάσσεται στο περιεχόμενο της παρασχεθείσας προσωρινής προστασίας, ως όρος δε της συνέχισης της

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

προστασίας αυτής και μόνο, με τη διατήρηση της ισχύος της αναστολής, τίθεται από το νόμο η εκπλήρωση της υποχρέωσης του νικήσαντος διαδίκου για την άσκηση του κυρίου ενδίκου βοηθήματος κατά το άρθρο 372 παρ. 4 του ν. 4412/2016». Στην προκείμενη περίπτωση, η έκδοση της προσβληθείσας ενώπιον της ΑΕΠΠ αποφάσεως «νέας πράξης» της αναθέτουσας αρχής εμφανίζεται, ως συμμόρφωση με την παραπάνω υπ' αριθμ. 22/2020 απόφαση του ΔΕφ «...» και πράγματι είναι σύμφωνη μ' αυτήν, αφού αποφασίζει τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας με την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου για την ένδικη σύμβαση. Τούτο, διότι η απόφαση αρ. 22/2020 του Διοικητικού Εφετείου «...» εξέφερε επί της ουσίας κρίση για τη βασιμότητα της κρίσης της ΑΕΠΠ, ήτοι ότι σε κάθε περίπτωση η αναθέτουσα αρχή δεν είχε υποχρέωση να προβεί σε αξιολόγηση της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης που δήλωσε η πρώτη προσφεύγουσα, μετά από σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ.9 Ν. 4412/2016, προτού προβεί στον αποκλεισμό της, αποφαινόμενη προς τούτο στην σκέψη υπ' αριθμ. 13 ότι *«...δοθέντος ότι η αναθέτουσα αρχή, αφού διαπίστωσε την συνδρομή του μνημονευθέντος λόγου αποκλεισμού κατά τα προεκτεθέντα, ήταν υποχρεωμένη να προβεί στον αποκλεισμό της νυν παρεμβαινούσας εταιρείας από τον διαγωνισμό (πρβλ. Σ.τ.Ε. 754/2020, σκέψη 16), είναι αλυσιτελής η εξέταση της προσβαλλομένης αποφάσεως, από την άποψη της λήψεως ή μη μέτρων αποκαταστάσεως της αξιοπιστίας της εν λόγω εταιρείας»*. Επέκεινα σε ότι αφορά τον λόγο της πρώτης προσφεύγουσας που αφορά τον υπολογισμό της παρακράτησης του 8% στην προσφορά της ο εν θέματι λόγος προσφυγής είναι απορριπτέος αφενός ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος, διότι ο αποκλεισμός της πρώτης προσφεύγουσας συντρέχει για τον ήδη ως άνω κριθέντα λόγο, αφετέρου ως άνευ άμεσου και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος, γιατί δεν έχει αξιολογηθεί η οικονομική της προσφορά, και εν τέλει ως απαραδέκτως προβαλλόμενος και για το λόγο ότι βάλλει στην πραγματικότητα κατά της κρίσης της Δ.Εφ. «...» 23/2020. Κατόπιν αυτών, η προσβαλλόμενη απόφαση παρίσταται νόμιμη, συνεπώς απαραδέκτως προσβάλλεται με την κρινόμενη προσφυγή και άρα η εν θέματι προσφυγή τυγχάνει απορριπτέα.

22.Επειδή, η δεύτερη προσφεύγουσα προβάλλει ότι *«Από το σύνολο των*

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

άνω πραγματικών περιστατικών και δεδομένων της υποθέσεως είναι σαφές ότι τόσο με τις εκ δοθείσες αποφάσεις της ΑΕΠΠ, όσο και με τις εκ δοθείσες αποφάσεις του Διοικητικού Εφετείου «...», δύο μόνον δυνατότητες υφίστανται εν προκειμένω : Α) Είτε δηλαδή ανάδοχος του διαγωνισμού θα αναδειχθώ εγώ, η εξ αρχής δηλαδή ανάδοχος του έργου, αφού εναντίον μου απορρίφθηκε κάθε αιτίαση της «...» από την υπ' αριθμ. 470/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ και την παραδοχή της αιτήσεως αναστολής μου κατά της «...» από την 23/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου «...». Β) Είτε η «...», της οποίας η αίτηση αναστολής έγινε δεκτή από την υπ' αριθμ. 22/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου «...», δηλαδή η μόνη η οποία δεν έχει καμία απολύτως πιθανότητα αναδείξεως της σε ανάδοχο του διαγωνισμού είναι η «...», εξ αιτίας του ότι η οικονομική της προσφορά είναι η πλέον ακριβή και απολύτως παρεπόμενη των οικονομικών προσφορών της δικής μου και της «...». Παρ' όλα αυτά, η προσβαλλομένη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής σε πλήρη παραβίαση κάθε εννοίας δικαίου και της κοινής ευσέτι λογικής προέβη σε ανάδειξη της άνω ως προσωρινής αναδόχου του διαγωνισμού, καίτοι αυτή είχε την πλέον ακριβή οικονομικώς προσφορά και η οποία δεν έχει καμία απολύτως ελπίδα να δικαιωθεί δικαστικώς σύμφωνα με τα άνω εκτεθέντα. Έτσι η προσβαλλομένη απόφαση, είναι αντίθετη στον νόμο και την ίδια την διακήρυξη που ρητώς προβλέπει ότι δια την ανάδειξη του αναδόχου θα προτιμηθεί η οικονομικώς μικρότερα προσφορά και ως εκ τούτου και μόνον δέον να ακυρωθεί η προσβαλλομένη απόφαση. 2. Η Οικονομική Επιτροπή της Περιφέρειας «...», τελούσα σε πλήρη γνώση των άνω εκδοθέντων δικαστικών αποφάσεων και οφείλουσα εκ του νόμου να είχε σεβαστεί : Α) Αφ' ενός μεν την κρίση της 470/2020 αποφάσεως της ΑΕΠΠ δια της οποίας απερρίφθη η προσφυγή της «...» και το σύνολο των αιτιάσεων της εναντίον μου, αφού μόνον με την δική μου εκδίωξη εκ του διαγωνισμού, θα μπορούσε αυτή να αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού. Β) Αφ' ετέρου την δικαστική κρίση με την οποία διατάχθηκε η αναστολή εκτελέσεως των άνω αποφάσεων της ΑΕΠΠ λόγω της σοβαρής πιθανολογήσεως της παραβιάσεως του δικαιώματός μου να αναδειχθώ ως προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού, όφειλε δια λόγους σεβασμού της δικαιοδοτικής κρίσης τουλάχιστον να αναμείνει την εκδίκαση της αιτήσεως ακυρώσεως μου κατά της αποφάσεως της ΑΕΠΠ. Η άνω υποχρέωσή της, ερείδεται

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

όχι μόνον από τον οφειλόμενο σεβασμό στην Δικαστική Κρίση , άλλα και στο γεγονός ότι : 1) Και έχω εγώ την οικονομικότερη προσφορά της όλων και ίδια έναντι της «...», η οποία σε καμία περίπτωση δεν ήτο δυνατόν να αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού λόγω του μεγάλου ύψους και της ακριβής προσφοράς της και 2) Στο ότι η ανάδειξη της σε προσωρινό ανάδοχο του διαγωνισμού μόνον με εξαιρετικώς μεροληπτική κρίση και παραβίαση του βασικού όρου του διαγωνισμού και του σκοπού του είναι δυνατή, αφού αυτή δεν έχει την οικονομικότερη προσφορά και ως εκ τούτου η προσφορά της, αντίκειται στην ίδια την διακήρυξη. 3) Με τα δεδομένα αυτά και τα παραπάνω πραγματικά περιστατικά, ή έννοια της εκ του νόμου διδομένης δυνατότητας στην αναθέτουσα αρχή, να μπορεί δηλαδή αυτή παρά την αναστολή εκτελέσεως που δόθηκε από τις άνω 22/2020 και 23/2020 αποφάσεις του Διοικητικού Εφετείου «...» να τις αγνοεί και να τις περιφρονεί και να προβαίνει αντίθετα με τις διατάξεις των αποφάσεων αυτών, στην συνέχιση του διαγωνισμού, δεν σημαίνει ότι η Αναθέτουσα Αρχή, δύναται να πράξει αυτό κατ' απόλυτο και ανέλεγκτο και αυθαίρετο κρίση, άλλα αντιθέτως με κρίση απολύτως ελεγχόμενη, αιτιολογημένη και μάλιστα με ειδική και εμπειριστατωμένη αιτιολογία σε σχέση με την ανάληψη της συγκεκριμένης αποφάσεως της Επιτροπής να προβεί σε πράξη και απόφαση αντίθεση με τις εκδοθείσες ήδη αποφάσεις της ΑΕΠΠ και του Διοικητικού Εφετείου «...» και με την παροχή ειδικών εξηγήσεων και αιτιολογιών δια ποιο λόγο ελήφθη η συγκεκριμένη απόφαση, εναντίον όλων των άνω δικαιοδοτικών κρίσεων, και σε αντίθεση με τον νόμο και σε αντίθεση με τους όρους της διακήρυξης και πώς ειδικότερα δικαιολογείται η επιλογή της ακριβότερης προσφοράς και σε τί οφείλεται η επιλογή αυτή και διότι η επιλογή αυτή δεν είναι διαβλητή και μεροληπτική». Έτσι η προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής είναι απολύτως παράνομος και καταχρηστική και αναιτιολόγητος και δέον να ακυρωθεί».

23. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της επί της δεύτερης προσφυγής προβάλλει συναφώς «Αναφορικά με τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας, η Περιφέρεια «...» κατέθεσε αναλυτικά τις απόψεις της στο πλαίσιο της εκδίκασης της δεύτερης προσφυγής από την «...» (νυν παρεμβαίνουσα), πλην όμως θεωρούμε ότι ως Αναθέτουσα Αρχή όφειλε να προβεί στην έκδοση της αριθ. 902/2020 προσβαλλόμενης απόφασης, σεβόμενη το Διοικητικό Εφετείο και

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

συμμορφούμενη με την αριθ. 23/2020 απόφαση αυτού».

24. Επειδή, η παρεμβαίνουσα επί της δεύτερης προσφυγής υποστηρίζει ότι «.Τέλος, στην ως άνω 902/2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής σημειώνονται: «Κατά της πράξης που αφορά την παρούσα, δεν χωρεί άσκηση Προδικαστικής Προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. καθώς αποτελεί παρακολούθημα αποφάσεων επί των ενδίκων βοηθημάτων του Τίτλου 3 του ν. 4412/2016 που ασκήθηκαν (δικαστική προστασία στο πεδίο που προηγείται της σύναψης της σύμβασης.». Στο άρθρο 360 του ν. 4412/2016 ορίζεται: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής. 2 Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ενδίκων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1.». Από την ανωτέρω διάταξη συνάγεται ότι ασκείται μία μόνο φορά προδικαστική προσφυγή, καθιερωμένης της αρχής της άπαξ ασκήσεως προδικαστικής προσφυγής. Κατά παγία νομολογία, είναι απαράδεκτη τόσο η δεύτερη προσφυγή κατά της αυτής πράξης, όσο και προσφυγή κατά πράξεως που έχει εκδοθεί μετά από την άσκηση προηγούμενης προσφυγής του ίδιου ενδιαφερομένου, ακόμη κι αν η τελευταία πράξη περιέχει νέα αιτιολογικά ερείσματα (ΣτΕ Ε.Α. 239/2011, 305/2011 κ.λπ.). Ούτω και στα πλαίσια της διεπόμενης από τις διατάξεις του ν. 4412/2016 προσωρινής δικαστικής προστασίας, ο ενδιαφερόμενος μπορεί να ασκήσει ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. μια μόνο προσφυγή του άρθρου 360 του ως άνω νόμου και αντιστοίχως μια αίτηση αναστολής επί της αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π. Στην προκειμένη περίπτωση, από το όλο περιεχόμενο της προσβαλλομένης πράξεως συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή, με αυτήν, δεν προέβη σε νέα

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

ουσιαστική έρευνα της υπόθεσης, ούτε εκτίμησε εκ νέου τις προσφορές των διαγωνιζομένων ούτε παραθέτει νέα αιτιολογία περί του αποκλεισμού της προσφεύγουσας αλλά ότι η πράξη αυτή εκδόθηκε προς συμμόρφωση των υπ' αριθ. 22/2020 και 23/2020 αποφάσεων του Διοικητικού Εφετείου «...». Εξάλλου, έχει κριθεί ότι η επανεξέταση μιας υποθέσεως χωρίς να εκτιμηθούν νέα πραγματικά στοιχεία δεν αποτελεί νέα έρευνα, που προσδίδει εκτελεστότητα της νέας πράξης (ΣΤΕ 1748/2016 με τις εκεί παραπομπές στην πλούσια νομολογία). Ούτω, με την προσβαλλόμενη νέα πράξη, η αναθέτουσα αρχή δεν επανεξέτασε την προσφορά της προσφεύγουσας, αλλά συμμορφούμενη με το διατακτικό και εν γένει περιεχόμενο των αποφάσεων του Εφετείου, επιτρεπώς και προκειμένου να ολοκληρωθεί η διαγωνιστική διαδικασία προχώρησε σε συμμόρφωση εκδίδοντας την προσβαλλόμενη πράξη. Σε κάθε περίπτωση, με τη νέα αυτή πράξη, με την οποία η αναθέτουσα αρχή, συμμορφούμενη προς την εκδοθείσα 22/2020 απόφαση του ΔΕφ. «...», απορρίπτει την προσφορά της προσφεύγουσας, δεν συνιστά νέα βλαπτική πράξη και δεν υπόκειται σε νέα προδικαστική προσφυγή (ΣΤΕ Επ.Αν. 515/2010, 580/2009, 835/2008). Ακόμη, η προσβαλλόμενη πράξη, δεν συνιστά εκτελεστή διοικητική πράξη κατά την έννοια της διατάξεως του άρθρου 45§1 του Π.Δ. 18/1989, καθ' όσον εκδόθηκε προς συμμόρφωση δικαστικών αποφάσεων, οι δε δυσμενείς έννομες συνέπειες σε βάρος της προσφεύγουσας, τις οποίες αυτή συνεπάγεται, είχαν ήδη προκύψει από την έκδοση της υπ' αριθ. 229/2020 αποφάσεως, η οποία (απόφαση 229/2020) δεν ακυρώθηκε με τη νέα προσβαλλόμενη 902/2020 απόφαση ως προς τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας εταιρείας. Συνεπώς, για τους λόγους που ανωτέρω παρατίθενται, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί πρωτίστως ως απαράδεκτη. Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 372 παρ. 5, εάν η αίτηση αναστολής γίνει δεκτή, το όργανο το οποίο εξέδωσε την πράξη της οποίας η εκτέλεση αναστέλλεται με την απόφαση, μπορεί να συμμορφωθεί προς το διατακτικό ή και το εν γένει περιεχόμενο της απόφασης και να ανακαλέσει ή να τροποποιήσει κατάλληλα την πράξη που προκάλεσε της διαφορά. Κατά την ορθή ερμηνεία της ως άνω διατάξεως η ευχέρεια οικειοθελούς συμμόρφωσης με την απόφαση που δέχεται την αίτηση αναστολής αποσκοπεί στην ταχύτερη δυνατή διεξαγωγή και ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και την αποτροπή

σχετικών δικαστικών διενέξεων, χωρίς να παραβλέπεται η τήρηση της νομιμότητας, η οποία εξασφαλίζεται με την πρόβλεψη της προσωρινής δικαστικής προστασίας. Μάλιστα, η άσκηση της ευχέρειας αυτής από τη διοίκηση δεν εξαρτάται από την εκπλήρωση ή μη από τον διάδικο που πέτυχε την αναστολή, της υποχρέωσής του να ασκήσει εμπροθέσμως το προβλεπόμενο στην παρ. 4 του ιδίου άρθρου κύριο ένδικο βοήθημα, προκειμένου να μην αρθεί αυτοδίκαια η ισχύς της αναστολής. Και τούτο, γιατί η άσκηση της ως άνω ευχέρειας οικειοθελούς συμμόρφωσης, η οποία απορρέει πρωτογενώς από τις γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, για την ανάκληση των παράνομων διοικητικών πράξεων, οδηγεί στην έκδοση πράξης οριστικού χαρακτήρα, με την οποία επέρχεται πλήρης ικανοποίηση του ενδιαφερομένου και επομένως δεν εμπίπτει από τη φύση της στο περιεχόμενο της παρασχεθείσης προσωρινής δικαστικής προστασίας. Αντίθετα, η διατήρηση της ισχύος της αναστολής, εντάσσεται στο περιεχόμενο της παρασχεθείσης προσωρινής προστασίας ως όρος δε με τη συνέχιση της προστασίας αυτής και μόνο με τη διατήρηση της ισχύος του μέτρου τίθεται από το νόμο η εκπλήρωση της υποχρέωσης του νικήσαντος διαδίκου να ασκήσει εμπροθέσμως, το προβλεπόμενο στην παρ. 4 του ιδίου άρθρου κύριο ένδικο βοήθημα. Ακόμη, κατ' εφαρμογή του άρθρου 372 παρ. 5 έχει κριθεί ότι η Α.Ε.Π.Π., εφόσον κρίνει ότι συντρέχει λόγος να συμμορφωθεί προς τα πιθανολογηθέντα ως βάσιμα με την απόφαση του δικαστηρίου που διατάσσει την αναστολή εκτέλεσης της απόφασής της, καθώς και την αναστολή της περαιτέρω διαδικασίας, μπορεί να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή και να αποφανθεί αιτιολογημένα επ' αυτής (Δ.Εφ «...» 404/2017). Στην προκειμένη περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή και κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, επιτρεπώς και ως έχουσα την ευχέρεια της οικειοθελούς συμμορφώσεως προς τις ως άνω αποφάσεις του Διοικητικού Εφετείου «...», προέβη σε συμμόρφωση όχι μόνο του διατακτικού τους αλλά και του εν γένει περιεχομένου τους. Με τα δεδομένα αυτά, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι η αναθέτουσα αρχή «παραβίασε κάθε έννοια δικαίου κ.λπ.» είναι τουλάχιστον αβάσιμη και αντίθετη με την κείμενη νομοθεσία. Και τούτο, διότι η αναθέτουσα αρχή είχε τη δυνατότητα εκ του νόμου και λαμβάνοντας υπ' όψη τα πιθανολογηθέντα από το δικαστήριο, προκειμένου να ολοκληρωθεί η διαγωνιστική διαδικασία, να συμμορφωθεί προς αυτά και αν μην αναμείνει την οριστική κρίση επί των αιτήσεων

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

ακυρώσεως. Άλλωστε, και από τις διατάξεις 95 παρ. 5 του Συντάγματος (Η διοίκηση έχει υποχρέωση να συμμορφώνεται προς τις δικαστικές αποφάσεις), και δεδομένου ότι η αίτηση αναστολής, συναρτώμενη προς την αίτηση ακύρωσης, τυγχάνει και αυτή συνταγματικής κατοχυρώσεως, όταν η επιτροπή αναστολών εκδίδει απόφαση που αναστέλλει μια διοικητική πράξη, οι διοικητικές αρχές οφείλουν να απέχουν από κάθε ενέργεια που είναι αντίθετη στο περιεχόμενο της απόφασης αυτής (ΣΤΕ 2593/1999). Περαιτέρω, αδυνατώ να παρακολουθήσω τις σκέψεις της προσφεύγουσας με τις οποίες οδηγείται στο συμπέρασμα - υπόδειξη ότι ανάδοχος του έργου θα έπρεπε να αναδειχθεί είτε η εταιρεία «...», η οποία έχει αποκλεισθεί διότι συντρέχουν στο πρόσωπό της οι προϋποθέσεις αποκλεισμού που ορίζει η διακήρυξη είτε η προσφεύγουσα, η οποία μπορεί μεν να προσέφερε την χαμηλότερη τιμή, πλην όμως αυτή δεν ήταν και η νόμιμη γιατί δεν καλύπτει όλα τα αναγκαία κόστη. Και ως γνωστόν, οι αρχές της νομιμότητας και του υγιούς ανταγωνισμού, που διέπουν τη διαγωνιστική διαδικασία επιβάλλουν οι διαγωνιζόμενοι να υποβάλουν οικονομικές προσφορές που να καλύπτουν όλα τα αναγκαία κόστη, δηλαδή μη ζημιογόνες προσφορές, προκειμένου να διασφαλισθούν οι όροι της δημοσίας συμβάσεως, που θα συναφθεί. Συνεπώς, όσα περί του αντιθέτου διατείνεται η προσφεύγουσα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμα.».

25. Επειδή, ως προς την δεύτερη προσφυγή κρίνονται τα κάτωθι. Σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 367 παρ. 3 του ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ. Ειδικότερα, σε περίπτωση που ακυρωθεί η προσβαλλόμενη με την προδικαστική προσφυγή πράξη, η ΑΕΠΠ δεν έχει την εξουσία να προβεί στις απαραίτητες ενέργειες για την αποκατάσταση της νομιμότητας. Την υποχρέωση αυτή έχει η αναθέτουσα αρχή, η οποία σε περίπτωση που δεν ασκηθούν τα ένδικα βοηθήματα του άρθρου 372 του ν. 4412/2016 οφείλει κατ' αρχήν να συμμορφωθεί με την απόφαση της ΑΕΠΠ (ΣΤΕ ΕΑ 204/2019, σκ. 7). Τούτο, όμως, δεν σημαίνει ότι απαιτείται να εκδοθεί πράξη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής που να επιβεβαιώνει το ακυρωτικό αποτέλεσμα της απόφασης της ΑΕΠΠ (ΕΑ ΣΤΕ 408/2018). Η αναθέτουσα αρχή έχει την υποχρέωση όχι μόνο να θεωρήσει ως ανίσχυρη την πράξη που ακυρώθηκε, αλλά να προβεί στις αναγκαίες ενέργειες για αναμόρφωση της

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

υφιστάμενης νομικής κατάστασης. Η δε ακριβής έκταση των υποχρεώσεων της Διοίκησης καθορίζεται από την απόφαση της ΑΕΠΠ (ΣΤΕ ΕΑ 204/2019, σκ. 7). Όπως ήδη προεκτέθηκε, η απόφαση της αναθέτουσας αρχής με την οποία συμμορφώνεται με την απόφαση της ΑΕΠΠ δεν μπορεί να προσβληθεί παραδεκτά ως προς τα ήδη κριθέντα με την απόφαση της ΑΕΠΠ. Τούτο δε, καθώς κάτι τέτοιο θα παραβίαζε τις διατάξεις του άρθρου 372 και 367 του ν. 4412/2016, που προβλέπουν την ταχεία άσκηση αίτησης αναστολής και την αποκλειστική προθεσμία εντός της οποίας υποχρεούται να εκδώσει απόφαση η ΑΕΠΠ (ΔΕφΠειρ. 219/2018, σκ. 5). Έχει, επίσης, κριθεί ότι η απόφαση της ΑΕΠΠ δεσμεύει και την ίδια εκτός αν μεταβληθεί το νομικό καθεστώς επί του οποίου βασίσθηκε η εν λόγω απόφαση (ΣΤΕ ΕΑ 54/2018, σκ. 9, ΔΕφΠειρ ΕΑ 219/2018, σκ. 5). Η ΑΕΠΠ αυτοδεσμεύεται, δηλαδή, από τις αποφάσεις που η ίδια εκδίδει και δεν δύναται να μεταβάλει την κρίση της σε σχέση με την ίδια υπόθεση πέρα από την ως άνω αναφερθείσα περίπτωση.

26. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω από την επισκόπηση του φακέλου ως προς την δεύτερη προσφυγή κρίνονται τα κάτωθι. Από το υφιστάμενο νομοθετικό πλαίσιο συνάγεται, ότι ασκείται μία μόνο φορά προδικαστική προσφυγή, καθιερωμένης της αρχής της άπαξ ασκήσεως προδικαστικής προσφυγής. Κατά παγία νομολογία, είναι απαράδεκτη τόσο η δεύτερη προσφυγή κατά της αυτής πράξης, όσο και προσφυγή κατά πράξεως που έχει εκδοθεί μετά από την άσκηση προηγούμενης προσφυγής του ίδιου ενδιαφερομένου, ακόμη κι αν η τελευταία πράξη περιέχει νέα αιτιολογικά ερείσματα (ΣΤΕ Ε.Α. 239/2011, 305/2011 κ.λπ.). Ούτω και στα πλαίσια της διεπόμενης από τις διατάξεις του ν. 4412/2016 προσωρινής δικαστικής προστασίας, ο ενδιαφερόμενος μπορεί να ασκήσει ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. μια μόνο προσφυγή του άρθρου 360 του ως άνω νόμου και αντιστοίχως μια αίτηση αναστολής επί της αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π. Στην προκειμένη περίπτωση, από το όλο περιεχόμενο της προσβαλλομένης πράξεως συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή, με αυτήν, δεν προέβη σε νέα ουσιαστική έρευνα της υπόθεσης, ούτε εκτίμησε εκ νέου τις προσφορές των διαγωνιζομένων ούτε παραθέτει νέα αιτιολογία περί του αποκλεισμού της δεύτερης προσφεύγουσας αλλά ότι η πράξη αυτή εκδόθηκε προς συμμόρφωση στην υπ' αριθμ. 23/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου «...». Εξάλλου, έχει

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

κριθεί ότι η επανεξέταση μιας υποθέσεως χωρίς να εκτιμηθούν νέα πραγματικά στοιχεία δεν αποτελεί νέα έρευνα, που προσδίδει εκτελεσιμότητα της νέας πράξης (ΣΤΕ 1748/2016). Συνεπώς παρέπεται με σαφήνεια ότι, με την προσβαλλόμενη πράξη, η αναθέτουσα αρχή δεν επανεξέτασε την προσφορά της δεύτερης προσφεύγουσας, αλλά συμμορφούμενη με το διατακτικό και εν γένει περιεχόμενο της ως άνω απόφασης του Διοικητικού Εφετείου «...», νομίμως προχώρησε σε συμμόρφωση εκδίδοντας την προσβαλλόμενη πράξη. Σε κάθε περίπτωση, με τη νέα αυτή πράξη, με την οποία η αναθέτουσα αρχή, συμμορφούμενη προς την εκδοθείσα 23/2020 απόφαση του Δ.Εφ. «...», απορρίπτει την προσφορά της δεύτερης προσφεύγουσας, δεν συνιστά νέα βλαπτική πράξη και δεν υπόκειται σε νέα προδικαστική προσφυγή (ΣΤΕ Επ.Αν. 515/2010, 580/2009, 835/2008). Ακόμη, η προσβαλλόμενη πράξη, δεν συνιστά εκτελεστή διοικητική πράξη κατά την έννοια της διατάξεως του άρθρου 45§1 του Π.Δ. 18/1989, καθ' όσον εκδόθηκε προς συμμόρφωση δικαστικής απόφασης, οι δε δυσμενείς έννομες συνέπειες σε βάρος της προσφεύγουσας, τις οποίες αυτή συνεπάγεται, είχαν ήδη προέλθει από την έκδοση της υπ' αριθ. 229/2020 αποφάσεως, η οποία δεν ακυρώθηκε με τη νέα προσβαλλόμενη 902/2020 απόφαση ως προς τον αποκλεισμό της δεύτερης προσφεύγουσας εταιρείας. Συνεπώς, η υπό κρίση δεύτερη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

27.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη πρώτη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνουν δεκτές η ασκηθείσα πρώτη και δεύτερη παρέμβαση επ' αυτής.

28. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο (κωδικός «...») ύψους 925,00 € που κατέβαλε η πρώτη προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

29. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη δεύτερη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει απορριφθεί και να γίνει δεκτή η ασκηθείσα παρέμβαση επ' αυτής.

30. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο (κωδικός «...») ύψους 925,00 € σύμφωνα με τα κριθέντα στην σκέψη 3, που κατέβαλε η δεύτερη προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις του άρθρων 363

Αριθμός Απόφασης:1387,1388/2020

του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την πρώτη προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την επ' αυτής ασκηθείσα πρώτη παρέμβαση.

Δέχεται την επ' αυτής ασκηθείσα δεύτερη παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου (κωδικός «...» ύψους 925,00 € της πρώτης προσφεύγουσας.

Απορρίπτει την δεύτερη προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την επ' αυτής ασκηθείσα παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση ποσού του παραβόλου (κωδικός «...») ποσού 925 € της δεύτερης προσφεύγουσας σύμφωνα με τα κριθέντα στην σκέψη 3 της παρούσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 16 Οκτωβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 3 Νοεμβρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
Μιχαήλ Οικονόμου

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
Μαρία Κατσαρού