

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 23 Νοεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση:
Χρυσάνθη Ζαράρη - Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου – Εισηγήτρια και
Μιχαήλ Σειραδάκης, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 15.10.2020, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)
1474/16.10.2020 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό
τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

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

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...»,
νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει,
όπως ακυρωθεί: α) η υπ' αριθμ. 101/09.10.2020 Απόφαση της 21ης
Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ..., με την οποία εγκρίθηκε το με
αρ. πρωτ. 1722/2020 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού επί της
ανεπάρκειας των επανορθωτικών μέτρων της προσφεύγουσας και β) η υπ'
αριθμ. 111/14.10.2020 Απόφαση της 22ης Συνεδρίασης του Διοικητικού
Συμβουλίου του ..., με την οποία εγκρίθηκε το υπ' αριθ. 1621/2020 Πρακτικό
ηλεκτρονικής αποσφράγισης και αξιολόγησης τεχνικών προσφορών και το υπ'
αριθ. 2455/2020 Πρακτικό ηλεκτρονικής αποσφράγισης οικονομικών
προσφορών της Επιτροπής Διαγωνισμού, οι οποίες εκδόθηκαν στο πλαίσιο του

δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΑΣΦΑΛΕΙΑΣ ΣΕ ΧΩΡΟΥΣ ΠΟΥ ΔΙΑΧΕΙΡΙΖΕΤΑΙ Ο ...», προϋπολογισμού 134.416,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24% (108.400,00€ πλέον Φ.Π.Α 24%), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (με αρ. πρωτ. ... Διακήρυξη, Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Με την Παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθολοκληρίαν η Προδικαστική Προσφυγή της ανωτέρω προσφεύγουσας και όπως διατηρηθεί η ισχύς των προσβαλλόμενων πράξεων, με τις οποίες, αφενός μεν, αποκλείσθηκε η προσφεύγουσα από τη συνέχεια του Διαγωνισμού, λόγω της ανεπάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης που έλαβε, αφετέρου δε, έγινε αποδεκτή η υποβληθείσα τεχνική και οικονομική προσφορά της, με συνέπεια, να αναδειχθεί προσωρινός μειοδότης της προς ανάθεση σύμβασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού εξακοσίων ευρώ 600,00€ αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 15.10.2020, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1474/16.10.2020 με χρήση

του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά πράξεων που εκδόθηκαν στο πλαίσιο δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού 134.416,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, (108.400,00€ πλέον Φ.Π.Α 24%), ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης, δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει τις ως άνω πράξεις, καθόσον η κατ' αυτών Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι οι προσβαλλόμενες υπ' αριθμ. 101/09.10.2020 και 111/14.10.2020 Αποφάσεις του Δ.Σ της αναθέτουσας αρχής, με Θέμα 5ο: «Έγκριση ή μη του με αρ. πρωτ. 1722/2020 Πρακτικού της Επιτροπής του διαγωνισμού επί της επάρκειας ή μη των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων της εταιρείας ... που αφορούν τον με α/α ... ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό της υπ. αρ. ... Διακήρυξης για την παροχή υπηρεσιών «Ασφάλειας σε χώρους που διαχειρίζεται ο ...» και (αντίστοιχα) Θέμα 1ο: «Έγκριση ή μη πρακτικών α) ηλεκτρονικής αποσφράγισης και αξιολόγησης τεχνικών προσφορών της επιτροπής διαγωνισμού, β) ηλεκτρονικής αποσφράγισης οικονομικών προσφορών του με α/α συστήματος ... ηλεκτρονικού διαγωνισμού της υπ. αριθ. ... διακήρυξης για την παροχή υπηρεσιών «Ασφάλειας σε χώρους που διαχειρίζεται ο ...» και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου», αναρτήθηκαν στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου Διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 09.10.2020 και στις 14.10.2020 (αντιστοίχως).

5. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον, αφενός μεν, με την υπ' αριθμ. 101/09.10.2020 Απόφαση της 21ης Συνεδρίασης του Δ.Σ της αναθέτουσας αρχής, μη νομίμως και αναίτιολογήτως αποκλείστηκε από τη συνέχεια του Διαγωνισμού, με το σκεπτικό ότι τα επανορθωτικά μέτρα που έλαβε προς απόδειξη της αξιοπιστίας της είναι ανεπαρκή, αφετέρου δε, με την υπ' αριθμ. 111/14.10.2020 Απόφαση της 22ης Συνεδρίασης του Δ.Σ της αναθέτουσας αρχής, αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης του εν θέματι Διαγωνισμού, η ανταγωνίστριά της εταιρία «...», λόγω του ανωτέρω αποκλεισμού της.

Α) Όπως ειδικότερα επισημαίνει η προσφεύγουσα (βλ. σελ. 5 και επόμ. της Προσφυγής): «... Στις 23/07/2020, στα γραφεία του ..., ... συνεδρίασε η επιτροπή που συστήθηκε με την υπ. Αρ. 9/2020 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ..., προκειμένου να γνωμοδοτήσει σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 για την επάρκεια ή μη των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων της εταιρίας μας, τα οποία έλαβε προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας της, μετά την επιβολή σε αυτήν προστίμων για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας. Η Επιτροπή γνωμοδότησε ομόφωνα ότι τα επανορθωτικά μέτρα της εταιρίας μας δεν είναι επαρκή για την συμμετοχή της στη συνέχιση της διαδικασίας του διαγωνισμού (αρ. πρωτ. 1722/2020 Πρακτικό). Το ως άνω Σχέδιο Απόφασης του ... περί της ανεπάρκειας των ληφθέντων μέτρων της εταιρίας μας απεστάλη στην Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 Ν. 4412/2016, η οποία εξέδωσε την με Πράξη 27B της 27ης Συνεδρίασης της 11ης-9-2020 (αρ. πρωτ. εισερχ. 2364/01-10-2010 Σύμφωνη Γνώμη), επικυρώνοντας το περιεχόμενο του σχεδίου απόφασης. Κατόπιν των ανωτέρω, εκδόθηκε η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 101/9-10-2020 απόφαση της 21ης Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ... (...), με την οποία εγκρίθηκε το με αρ. πρωτ. 1722/2020 Πρακτικό της Επιτροπής του διαγωνισμού περί ανεπάρκειας των επανορθωτικών μέτρων της εταιρίας μας, και συνακόλουθα η εταιρία μας αποκλείστηκε από τον Διαγωνισμό.

Ακολούθως, εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 111/14-10-2020 απόφαση της 22ης Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ... (...), με την οποία εγκρίθηκε το υπ' αριθ. 1621/2020 Πρακτικό ηλεκτρονικής αποσφράγισης και αξιολόγησης τεχνικών προσφορών της επιτροπής διαγωνισμού και το υπ' αριθ. 2455/2020 πρακτικό ηλεκτρονικής αποσφράγισης οικονομικών προσφορών και αναδείχθηκε η εταιρία «...» σε προσωρινό ανάδοχο του διαγωνισμού. [...]

II. ΝΟΜΙΚΟ ΜΕΡΟΣ

A) Οι κυρώσεις που έχουν επιβληθεί στην εταιρία μας δεν έχουν τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, και άρα δεν δύνανται να οδηγήσουν σε αποκλεισμό της από τον διαγωνισμό Στην παρ. 2.2.3 «Λόγοι αποκλεισμού» της διακήρυξης (σελ. 13 επ.) 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... 2.2.3.2 γ) η Αναθέτουσα Αρχή γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ».

Επίσης, στην παρ. 2.2.3.3. της διακήρυξης (σελ. 14) ορίζεται ότι: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:(θ) ...εάν η

αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα ότι έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του. Εάν στις ως άνω περιπτώσεις (α) έως (θ) η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, αυτή ανέρχεται σε τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος.»

Στις ανωτέρω διατάξεις της Διακήρυξης και συγκεκριμένα στην παρ. 2.3.3.2 στην περίπτωση γ' όσον αφορά το ζήτημα της επιβολής κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας αναφέρεται ότι: «Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ». Επομένως, κατά την ειδικότερη βούληση της διακήρυξης, οι ποινές της εργατικής νομοθεσίας, προκειμένου να αποτελέσουν λόγο αποκλεισμού, υπό την έννοια του αντίστοιχου όρου της διακήρυξης και των άρθρων 68 Ν. 3863/2010 και 73 του Ν. 4412/2016, θα πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, ήτοι να έχει αποφανθεί το διοικητικό δικαστήριο τελεσιδίκως και δεσμευτικώς επί των ασκηθεισών προσφυγών κατά των συγκεκριμένων διοικητικών κυρώσεων. Ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης δεν έχει προσβληθεί και ως εκ τούτου, είναι απολύτως δεσμευτικός για όλους (ΣτΕ 2770/2013).

Στην προκειμένη περίπτωση, η εταιρία μας έχει ασκήσει ισάριθμες προσφυγές για όλες τις πράξεις επιβολής κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας, όπως ανέφερε στο ΕΕΕΣ της και συνεπώς οι αναφερόμενες κυρώσεις δεν έχουν αποκτήσει «τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ», ώστε να τίθεται ζήτημα αποκλεισμού της εταιρίας μας (adhoc ΑΕΠΠ 438/2019, ΑΕΠΠ 390-391-392/2019 κ.α).

Επισημαίνεται, άλλωστε, ότι σύμφωνα με πάγια νομολογία των Δικαστηρίων, η Διακήρυξη 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, ο οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά ΔΕφΠει Ν15/2020 Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά). [...] Άλλωστε, η μη

ταύτιση του περιεχομένου του όρου 2.2.3.2 (γ) της διακήρυξης με τον όρο 2.2.3.4 (θ) οδηγεί εν προκειμένω σε αμφισημία ως προς το πεδίο εφαρμογής του σχετικού λόγου αποκλεισμού, η οποία όμως, εν όψει των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, δεν μπορεί να ερμηνευθεί σε βάρος τους, επιφέροντας την απόρριψη της προσφοράς τους(βλ. ΔΕφΘεσ. Ν6/2019, Δεφ Πει 4/2020, ΑΕΠΠ 265/2019, 438/2019). [...].

Β). Στη συνέχεια, η προσφεύγουσα παραθέτει τις απαντήσεις που έδωσε στο Τ.Ε.Υ.Δ σχετικά με το εξεταζόμενο ζήτημα και αναλύει - ένα προς ένα - τα επανορθωτικά μέτρα που έλαβε σε σχέση με τις επιβληθείσες σε βάρος της κυρώσεις για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας. Όπως δε ειδικότερα ισχυρίζεται: «[...] Στην σελ. 9 του ΤΕΥΔ που συμπλήρωσε η εταιρία μας κλήθηκε να απαντήσει στο ακόλουθο ερώτημα «Ο οικονομικός φορέας έχει, εν γνώσει του, αθετήσει τις υποχρεώσεις του στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου;» και περαιτέρω στη σελ. 14 του ΤΕΥΔ τέθηκε το ερώτημα: «Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα;». Η εταιρία μας έδωσε την απάντηση «ΝΑΙ» στα ως άνω ερωτήματα αναφέροντας τα κάτωθι: «Στην εταιρία μας μέσα σε χρονικό διάστημα δυο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς μας, επιβλήθηκαν οι εξής πράξεις επιβολής προστίμων (οι οποίες δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ): α. Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 1).

β. Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 2).

γ. Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 3).

δ. Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη

δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 4). ε. Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας Άνοιξης, για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ...η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 5). Στην εταιρία μας επιβλήθηκε η υπ' αριθμ. ... 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 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 Ν4488 /2017 διότι οι ανωτέρω πράξεις δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.3.2.γ της Διακήρυξης.».

Ακολούθως, στο ερώτημα της σελ. 10 του ΤΕΥΔ «Εάν ναι ,ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη αυτού του λόγου αποκλεισμού ("αυτοκάθαρση")»;

Και στο όμοιο ερώτημα της σελ. 15 του ΤΕΥΔ «Εάν ναι, έχει λάβει ο οικονομικός φορέας μέτρα αυτοκάθαρσης;». 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 λόγο 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 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. Σημειώνεται ότι εξειδικευμένο γραφείο νομικής υποστήριξης με το οποίο συνεργαζόμαστε είναι σε ετοιμότητα σε 24ώρη βάση και επιβλέπει όλα τα μέτρα που έχουν ληφθεί για την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας όσον αφορά το προσωπικό που απασχολούμε σε όλη την Ελλάδα. Η εταιρία έχει συστήσει μια νέα και ξεχωριστή Διεύθυνση εντός του Τμήματος του Λογιστηρίου της εταιρίας, την Διεύθυνση Υποβολής στο ΕΡΓΑΝΗ Τροποποιητικών Ε4 Πινάκων Προσωπικού. Οι αρμοδιότητες της νέας αυτής

Διεύθυνσης που έχει συσταθεί έχουν καθοριστεί μέσω του υπ. αριθμ. 503 /23-9-2019 πρακτικού της έκτακτης γενικής συνέλευσης της εταιρίας μας υπό την παρουσία συμβολαιογράφου. Επίσης, έχει εκπαιδευτεί το προσωπικό ασφαλείας σε θέματα που αφορούν ποιες διαδικασίες θα ακολουθεί ώστε να αποφευχθεί παρόμοια παρατυπία στην εφαρμογή της εργατικής νομοθεσίας, μέσω του συστήματος διαχείρισης της υγείας και ασφάλειας στην εργασία OHSAS 18001:2007/ΕΛΟΤ 1801:2008 που διαθέτει η εταιρία, όπως βεβαιώνει και η εταιρία επιθεωρητών του συστήματος και ο φορέας πιστοποίησης.

Τα συγκεκριμένα πρόστιμα είναι απολύτως μεμονωμένα και δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, εφόσον έχουμε ασκήσει για όλα διοικητικές προσφυγές και ως μεμονωμένα τα πρόστιμα αυτά σε συνδυασμό με τον αριθμό του προσωπικού μας δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει τελεστεί σοβαρό παράπτωμα, ενώ σε καμία περίπτωση αυτά δεν δημιουργούν καμία αμφιβολία για την αξιοπιστία για την φερεγγυότητα της εταιρίας μας, η οποία είναι απολύτως εντάξει στην εξόφληση εργοδοτικών και ασφαλιστικών εισφορών. Σε κάθε περίπτωση η εταιρία μας έχει συνάψει ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής και επαγγελματικής και εργοδοτικής ευθύνης για οποιαδήποτε ζημία προκληθεί για πάσης φύσεως ζήτημα, ενώ η οικονομική επιφάνεια της εταιρίας είναι τέτοια που επαρκεί για να επανορθώσει οποιαδήποτε ζημία αν τυχόν προκύψει στο μέλλον. Προς απόδειξη των μέτρων αυτοκάθαρσης που δηλώσαμε είναι στη διάθεσή σας όποτε ζητηθούν τα εξής: - Πρακτικό Έκτακτης Γενικής Συνέλευσης για την σύσταση μιας νέας και ξεχωριστής Διεύθυνσης εντός του Τμήματος του Λογιστηρίου της εταιρίας, την Διεύθυνση Υποβολής στο ΕΡΓΑΝΗ Τροποποιητικών Ε4 Πινάκων Προσωπικού. Για την οργάνωση εκπαίδευσης του προσωπικού ασφαλείας σε θέματα που αφορούν ποιες διαδικασίες θα ακολουθεί ώστε να αποφευχθεί κάθε είδους παρατυπία στην εφαρμογή της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, της νομοθεσίας υγιεινής και ασφάλειας της εργασίας. - Βεβαίωση του Αρχιεπόπτη ... ο οποίος ελέγχει την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας - Βεβαίωση του ... ο οποίος ελέγχει την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας - Βεβαίωση του Δικηγόρου της εταιρίας για την επίβλεψη του

λογιστηρίου και των διοικητικών υπηρεσιών μας για την τήρηση της εργατικής νομοθεσίας - Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο Αστικής, Επαγγελματικής και Εργοδοτικής ευθύνης της εταιρίας μας από την ... - Την σύμβαση με την εταιρία που μας παρέχει Ιατρούς Εργασίας και Τεχνικούς ασφαλείας για όλους τους εργαζόμενους της εταιρίας, σε όλα τα υπό φύλαξη σημεία, ώστε να είμαστε σύμφωνοι με τις κείμενες διατάξεις της εθνική νομοθεσίας για την υγεία και ασφάλεια των εργαζομένων – Δείγμα από τα προγράμματα εργασίας που παραδίδουμε στο προσωπικό μας, ώστε να μπορούμε να διασφαλίσουμε ότι λαμβάνουν σωστά το πρόγραμμά τους και έτσι να αποφεύγονται οι πολλές αλλαγές - Φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα όπου προκύπτει ότι είμαστε συνεπείς στις υποχρεώσεις μας - Εκπαίδευση προσωπικού – Διαδικασίες τήρησης προγραμμάτων εργασίας) – Πιστοποιητικό διαχείρισης της υγείας και ασφάλειας στην εργασία OHSAS 18001:2007/ΕΛΟΤ 1801:2008 & Πιστοποιητικό διαχείρισης της ποιότητας ΕΛΟΤ EN ISO 9001:2015 - Βεβαίωση της εταιρίας επιθεωρητών των ανωτέρω συστημάτων ποιότητας – Βεβαίωση Φορέα πιστοποίησης των ανωτέρω συστημάτων ποιότητας. Σε κάθε περίπτωση οι συγκεκριμένες διατάξεις του Ν3863 είναι αμφιβόλου συνταγματικότητας και ότι αφορά την εταιρία μας οι επιβληθείσες κυρώσεις δεν είναι τελεσίδικες και δεσμευτικές.».

Γ) Περαιτέρω, η προσφεύγουσα παραθέτει το περιεχόμενο του σχεδίου απόφασης της Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού και το περιεχόμενο της Γνωμοδότησης 27B της αρμόδιας Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2019, ως προς την ανεπάρκεια των εκ μέρους της ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων. Πιο συγκεκριμένα, αναφέρει (βλ. σελ. 18 και επόμ. της Προσφυγής), ότι: «... Η Επιτροπή γνωμοδότησε ομόφωνα ότι τα επανορθωτικά μέτρα της εταιρίας της δεν είναι επαρκή για την συμμετοχή της στη συνέχιση της διαδικασίας του διαγωνισμού (αρ. πρωτ. 1722/2020 Πρακτικό), αναφέροντας τα κάτωθι: «Η επιτροπή αφού μελέτησε τα στοιχεία που παρέθεσε ο συμμετέχων οικονομικός φορέας ως απόδειξη των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων διαπίστωσε τα εξής: 1. Όπως προκύπτει από της ημερομηνίες αρχικής πιστοποίησης το μεν ISO 9001:2015 φέρει ημερομηνία 08/02/2010, το δε

OHSAS 18001:2007/ΕΛΟΤ 1801:2008 φέρει ημερομηνία αρχικής πιστοποίησης 20/12/2013, γεγονός που σημαίνει ότι τα εν λόγω πιστοποιητικά τα διέθετε η εταιρεία καθ' όλη την διάρκεια της κρίσιμης διετίας προ της διενέργειας του διαγωνισμού της οποίας και της υπεβλήθησαν τα πρόστιμα και σε κάθε περίπτωση δεν μπορούν να αποτελέσουν αποδεικτικό μέτρο συμμόρφωσης και δεν μπορούν να συγχέονται με της πιστοποιήσεις που ούτως ή άλλως είναι προαπαιτούμενες για την συμμετοχή των οικονομικών φορέων στην διαγωνιστική διαδικασία και ανεξάρτητων των λόγων αποκλεισμού. 2. Όπως προκύπτει από της σχετικές Βεβαιώσεις των Εποπτών και οι δύο εργάζονται και εκτελούν χρέη αρχιεπόπτη των έργων της εταιρείας από το 2017 έως και σήμερα (ημ. Υπογραφής βεβαίωσης 13/06/2019). Από τα στοιχεία του φακέλου τα πρόστιμα έχουν υποβληθεί την 04-10-2018, 23-10-2018, 05/12/2018, 29/11/2018, 12/09/2019 και 29/11/2019, δηλαδή καθ' όλο το χρονικό διάστημα εκτέλεσης των καθηκόντων της, καθήκοντα που εκτελούν προφανώς έως και σήμερα – εφόσον δεν έχουν κατατεθεί βεβαιώσεις που να αφορούν το χρονικό διάστημα από 13/06/2019 έως και την υποβολή της προσφοράς της εταιρείας – γεγονός που θέτει εν αμφιβόλω τα μέτρα ελέγχου για την τήρηση της εργατικής - καταβολή ή δέσμευση για καταβολή αποζημίωσης για τυχόν ζημία που προκλήθηκε από ποινικό αδίκημα ή παράπτωμα - Ενεργή συνεργασία με της αρμόδιες ερευνητικές αρχές για τη διευκρίνιση με ολοκληρωμένο τρόπο των γεγονότων και των περιστάσεων υπό της οποίες έλαβε χώρα - Λήψη συγκεκριμένων τεχνικών και οργανωτικών μέτρων ως της τη λειτουργία της επιχείρησης - Λήψη μέτρων, σε επίπεδο προσωπικού, κατάλληλων για την αποφυγή και ασφαλιστικής νομοθεσίας, καθότι τελικώς δεν έχουν αποφευχθεί οι Πράξεις Προστίμου. (τελευταία πράξη 29/11/2019.)

Επιπλέον, σύμφωνα με την Οδηγία 20 της ΕΑΑΔΗΣΥ αναφορικά με τα Ενδεικτικά μέτρα αυτοκάθαρσης αναφέρεται ότι: «Τα εν λόγω μέτρα μπορούν να συνίστανται, ιδίως, σε: - καταβολή ή δέσμευση για καταβολή αποζημίωσης για τυχόν ζημία που προκλήθηκε από ποινικό αδίκημα ή παράπτωμα -Ενεργή συνεργασία με της αρμόδιες ερευνητικές αρχές για τη διευκρίνιση με ολοκληρωμένο τρόπο των γεγονότων και των περιστάσεων υπό της οποίες

έλαβε χώρα -Λήψη συγκεκριμένων τεχνικών και οργανωτικών μέτρων ως της τη λειτουργία της επιχείρησης -Λήψη μέτρων, σε επίπεδο προσωπικού, κατάλληλων για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων. Παραδείγματα: -η διακοπή όλων των δεσμών με πρόσωπα ή οργανισμούς που εμπλέκονται στην παράνομη συμπεριφορά, - κατάλληλα μέτρα αναδιοργάνωσης προσωπικού, -η εφαρμογή συστημάτων υποβολής εκθέσεων και ελέγχου, -η αναθεώρηση των εσωτερικών διαδικασιών για την πρόληψη της επανεμφάνισης της παραβατικής συμπεριφοράς, της λ.χ. με τη δημιουργία δομής εσωτερικού ελέγχου για την παρακολούθηση της συμμόρφωσης και την έγκριση εσωτερικών κανόνων ευθύνης και αποζημίωσης. Της λ.χ. με τη δημιουργία δομής εσωτερικού ελέγχου για την παρακολούθηση της συμμόρφωσης και την έγκριση εσωτερικών κανόνων ευθύνης και αποζημίωσης».

Από τα παραπάνω προκύπτει ότι δεν εφαρμόστηκε σχετική αναδιοργάνωση προσωπικού, δεδομένου ότι από της βεβαιώσεως εποπτών προκύπτει ότι παρακολουθούν τα έργα τα ίδια πρόσωπα από το 2007 έως και σήμερα. 3. Η Βεβαίωση του Δικηγόρου της εταιρίας για την επίβλεψη του λογιστηρίου και των διοικητικών υπηρεσιών για την τήρηση της εργατικής νομοθεσίας (χωρίς να συνοδεύεται από το πληρεξούσιο) 4. Από τα υποβαλλόμενα λοιπά στοιχεία που αφορούν την εφαρμογή των μέτρων σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο με αρ. 503/23-09-2019 Πρακτικό που καταθέτει Έκτακτης Συνέλευσης των εταίρων της εταιρείας περί λήψης επιπλέον μέτρων για την αποφυγή επιπλέον προστίμων για παραβάσεις εργατικής νομοθεσίας από της αρμόδιες αρχές και μετά την τελευταία πράξη υποβολής προστίμου από το ΣΕΠΕ την 12/09/2019 δεν αποδεικνύεται η σύσταση ξεχωριστής διεύθυνσης εντός του τμήματος λογιστηρίου της εταιρείας, καθώς παραθέτει απλά και μόνο ένα παράρτημα οδηγίας του ΕΛΟΤ 1801 περί διεργασιών τοποθέτησης νέου προσωπικού. Αναφορικά με την με αρ. την με αρ. 61/2018 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ... που κατέθεσε η εν λόγω εταιρεία διαπιστώνουμε ότι αφορούσε καταγγελία σύμβασης μεταξύ της εταιρείας και αναθέτουσας αρχής (η αιτιολογία αναφέρεται αναλυτικώς στην με αρ. 61/2018 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ... περί

αιτήσεως αναστολής Δικαστικής αποφάσεως). Η λύση επήλθε μετά από επιστροφή αθεώρητου ΧΕΠ από το Ελεγκτικό Συνέδριο και από το IV κλιμάκιο προληπτικού ελέγχου δαπανών του Ελ. Συνεδρίου. Η εταιρεία με Προσωρινή διαταγή και κατόπιν Αποφάσεως του αρμοδίου οργάνου ανέλαβε την εκτέλεση της σύμβασης έως την έκδοση της οριστικής απόφασης της δικαστηρίου, πέραν αυτού δεν κατέθεσε άλλο στοιχείο για την έκβαση της υπόθεσης της.

Η επιτροπή με βάση τα ευρήματα κατά των έλεγχω των στοιχείων των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων που κατέθεσε η εταιρεία με τον δ.τ. «...» ... Γνωμοδοτεί Ομόφωνα Ότι τα ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα που έλαβε ο οικονομικός φορέας «...» με τον δ.τ. «...» που εδρεύει ... με ΑΦΜ ... επί των προστίμων που της έχουν επιβληθεί δεν είναι επαρκή για την συμμετοχή της στη συνέχιση της διαδικασίας του διαγωνισμού.».

Το ως άνω Σχέδιο Απόφασης του ... περί της ανεπάρκειας των ληφθέντων μέτρων της εταιρίας της απεστάλη στην Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 Ν. 4412/2016, η οποία εξέδωσε την Πράξη 27B, στο πλαίσιο της 27ης από 11/9/2020 Συνεδρίασης (αρ. πρωτ. εισερχ. 2364/01-10-2010 Σύμφωνη Γνώμη), επικυρώνοντας το περιεχόμενο του σχεδίου απόφασης, αναφέροντας συγκεκριμένα τα κάτωθι: «Από τα ως άνω αναφερόμενα μέτρα και τα αποδεικτικά στοιχεία που προσκομίστηκαν προκύπτει ότι δεν καλύπτονται οι απαιτήσεις της νομοθεσίας περί αυτοκάθαρσης και συγκεκριμένα: - Αναφορικά με την τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ των κυρώσεων (πράξεων επιβολής προστίμου) που έχουν επιβληθεί από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας, αυτή καίτοι απαιτείται για τις παραβάσεις εργατικής νομοθεσίας για όλες εν γένει τις δημόσιες συμβάσεις, στην περίπτωση του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος για τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης δεν απαιτείται οι κυρώσεις να έχουν τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Η αξιολόγηση για την διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του εν λόγω οικονομικού φορέα, πρέπει να βασιστεί σε πραγματικά γεγονότα (ύπαρξη πράξεων επιβολής προστίμου) και όχι σε εκτιμήσεις αναφορικά με την

μελλοντική έκβαση των προσφυγών στα διοικητικά δικαστήρια ή σε δήλωση προθέσεων.

Το ισχύον νομικό πλαίσιο δεν συναρτά το πλήθος των παραβάσεων με το μέγεθος του οικονομικού φορέα (αριθμός εργαζομένων κτλ). Κατά δήλωση του, ο οικονομικός φορέας έχει αναπτύξει μέσα από το σύστημα διαχείρισης ποιότητας ΕΛΟΤ EN ISO 9001:2015 που διαθέτει, ένα σύστημα εποπτείας των έργων το οποίο του επιτρέπει να προλαμβάνει σφάλματα που είχαν ως συνέπεια στο παρελθόν την επιβολή κυρώσεων από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας. Από το κατατεθειμένο σχετικό πιστοποιητικό συμμόρφωσης κατά ΕΛΟΤ EN ISO 9001:2015 προκύπτει ότι η ημερομηνία αρχικής πιστοποίησης είναι η 08.02.2010. Επομένως ο οικονομικός φορέας διέθετε την σχετική πιστοποίηση στο χρόνο επιβολής των κυρώσεων και αυτή δεν ήταν αρκετή ώστε να εγγυηθεί την αποφυγή σφαλμάτων που οδηγούν σε κυρώσεις. Επίσης, ο οικονομικός φορέας δηλώνει ότι έχει εκπαιδεύσει το προσωπικό ασφαλείας του σε θέματα που αφορούν τις διαδικασίες που πρέπει να τηρηθούν ώστε να αποφευχθούν παρατυπίες στην εφαρμογή της εργατικής νομοθεσίας, μέσω του συστήματος διαχείρισης της υγείας και της ασφάλειας των εργαζομένων στην εργασία OHSAS 18001:2007/ ΕΛΟΤ 1801:2008. Από το κατατεθειμένο σχετικό πιστοποιητικό συμμόρφωσης κατά OHSAS 18001:2007/ ΕΛΟΤ 1801:2008 προκύπτει ότι η ημερομηνία αρχικής πιστοποίησης είναι η 20.12.2013. Επομένως, ο οικονομικός φορέας διέθετε την σχετική πιστοποίηση στο χρόνο επιβολής των κυρώσεων και αυτή δεν ήταν αρκετή ώστε να εγγυηθεί την αποφυγή σφαλμάτων που οδηγούν σε κυρώσεις. Η μη αθέτηση των υποχρεώσεων του οικονομικού φορέα όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης δεν συνδέεται με οποιονδήποτε τρόπο με τις παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας και την διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Εν κατακλείδι, τα περιγραφόμενα από τον οικονομικό φορέα μέτρα δεν μπορούν να αξιολογηθούν ως επαρκή, αφενός λόγω του αριθμού των κυρώσεων με χαρακτηρισμό «πολύ υψηλής» σοβαρότητας.- Να σημειωθεί εξάλλου, ότι η αναγκαστικού δικαίου ειδική διάταξη για τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού και φύλαξης, ήτοι

η περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 115) όπως αντικαταστάθηκε από το άρθρο 39 παρ. Α) του Ν. 4488/2017, ως ειδικότερη και νεότερη κατισχύει οποιασδήποτε άλλης γενικότερης και παλαιότερης διάταξης. Η εν λόγω διάταξη δεν προβλέπει ως προϋπόθεση την τελεσιδικία των αποφάσεων επιβολής προστίμου, αλλά αρκεί η επιβολή τους, κατά τη ρητή διατύπωση της διάταξης. - Όπως προκύπτει η προσφεύγουσα εταιρεία «...», ενέπιπτε στην ως άνω περίπτωση.

Συγκεκριμένα στην προσφεύγουσα εταιρεία μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφοράς έχουν επιβληθεί πέντε (5) πράξεις επιβολής προστίμου για της οποίες έχει ασκήσει προσφυγή και μία (1) πράξη επιβολής προστίμου η οποία έχει χαρακτηριστεί ως «χαμηλής σημαντικότητας», γεγονός που αποδεικνύει επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια της εταιρείας κατά την εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων, για το χρονικό διάστημα από 04-10-2018 έως και 29-11- 2019 (από τα στοιχεία του φακέλου τα πρόστιμα έχουν υποβληθεί την 04-10-2018, 23-10- 2018, 05/12/2018, 29/11/2018, 12/09/2019 και 29/11/2019), προ της διετίας από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. - Η προσφεύγουσα δεν επικαλέστηκε αναστολή των εν λόγω πράξεων επιβολής προστίμων, ως εκ τούτου αυτές είναι ενεργές, δεσμευτικές και παράγουσες έννομα αποτελέσματα. Συνεπώς οι προσφυγές της εν λόγω εταιρείας δεν αποτελούν επ' ουδενί μέτρα αυτοκάθαρσης. - Τα τεχνικά μέτρα αυτοκάθαρσης που επικαλείται η εν λόγω εταιρεία αφορούν νόμιμες υποχρεώσεις της εταιρείας, τις οποίες εάν δεν είχε εκπληρώσει η υποψήφια εταιρεία δεν θα μπορούσε να συμμετάσχει στον εν θέματι διαγωνισμό. Τα πιστοποιητικά διαχείρισης της υγείας κλπ τα οποία επικαλείται και προσκομίζει έχουν αποκτηθεί σε χρόνο προγενέστερο των προστίμων που της έχουν επιβληθεί και συγκεκριμένα κατά τα έτη 2010 και 2013, ενώ τα σχετικά πρόστιμα έχουν επιβληθεί τα έτη 2018 και 2019. Η φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα καθώς και τα ασφαλιστήρια συμβόλαια αστικής ευθύνης, ουδεμία σχέση έχουν με τις παραβιάσεις της εργατικής νομοθεσίας στις οποίες υπέπεσε η υποψήφια εταιρεία και για τις οποίες τις επιβλήθηκαν τα σχετικά πρόστιμα. - Τα αναφερόμενα ως οργανωτικά μέτρα αυτοκάθαρσης και θέματα προσωπικού

δεν αποδεικνύουν συμμόρφωση με τις επιβληθείσες αποφάσεις προστίμων λόγω παράβασης της εργατικής νομοθεσίας. Από τα έγγραφα που προσκομίζει η ως άνω εταιρεία δεν προκύπτει ότι έχει καταβάλει τα πρόστιμα που της επιβλήθηκαν με τις ως άνω αποφάσεις του ΣΕΠΕ. Οι παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας δεν αφορούσαν ελλιπή εκπαίδευση του προσωπικού, ούτε συνεπώς τα σχετικά μέτρα εκπαίδευσης μπορούν να θεωρηθούν ως μέτρα αυτοκάθαρσης για τα συγκεκριμένα παραπτώματα.

- Το γεγονός ότι η ως άνω εταιρεία έχει προσφύγει κατά των σχετικών αποφάσεων επιβολής προστίμων δεν αποδεικνύει συμμόρφωση ή αυτοκάθαρση, αντιθέτως αμφισβήτηση τους, η οποία όμως δεν έχει ακόμη κριθεί δικαστικά. Εξάλλου, για τις συγκεκριμένες αποφάσεις του ΣΕΠΕ δεν υπάρχει απόφαση αναστολής της εκτέλεσής τους, γεγονός που σημαίνει ότι αυτές είναι ενεργές και παράγουσες έννομα αποτελέσματα. Η Επιτροπή για το ανωτέρω θέμα 27B αφού μελέτησε το σύνολο των τεθέντων σε αυτήν στοιχείων και μετά από διαλογική συζήτηση μεταξύ των μελών της, θεωρεί πως λόγω ελλείψεως αποδεικτικών στοιχείων και σύμφωνα με τα ειδικότερα αναφερόμενα στις σελίδες 7-9 του ως άνω αναφερόμενου σχεδίου απόφασης, ο ανωτέρω οικονομικός φορέας δεν αποδεικνύεται ότι έχει λάβει επαρκή επανορθωτικά μέτρα προς απόδειξη της αξιοπιστίας του.».

Κατόπιν των ανωτέρω, εκδόθηκε η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 101/9-10-2020 απόφαση της 21ης Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ... (...) με την οποία εγκρίθηκε το με αρ. πρωτ. 1722/2020 Πρακτικό της Επιτροπής του διαγωνισμού περί ανεπάρκειας των επανορθωτικών μέτρων της εταιρίας μας, και συνακόλουθα η εταιρία μας αποκλείστηκε από τον Διαγωνισμό. Ο αποκλεισμός της εταιρίας μας επικυρώθηκε, άλλωστε, και από την υπ' αριθμ. 111/14-10-2020 απόφαση της 22ης Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ..., με την οποία αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού η εταιρία «...».

Δ) Τέλος, η προσφεύγουσα παραπέμπει στη διάταξη του άρθρου 73 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 και στο αντίστοιχο άρθρο 57 παρ.1-6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, καθώς και στη σχετική με το επαγγελματικό παράπτωμα

νομολογία του ΣτΕ, προκειμένου να τεκμηριώσει ότι η επίμαχη αιτιολογία περί ανεπάρκειας των επανορθωτικών μέτρων που έλαβε, παρίσταται ελλιπής και ότι συντρέχει κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας της οικείας αναθέτουσας αρχής.

Πιο συγκεκριμένα, ισχυρίζεται ότι (βλ. σελ. 24 και επόμε. της Προσφυγής): «Οι ανωτέρω διατάξεις που προβλέπουν δυνατότητα αξιολόγησης και μη αποδοχής των μέτρων αυτοκάθαρσης του έχοντος υποπέσει σε παράπτωμα παρέχουν υπερβολικά ευρεία διακριτική ευχέρεια στα αρμόδια όργανα, χωρίς να προκύπτει ποια είναι τα όρια της συγκεκριμένης διακριτικής ευχέρειας και πότε τα επικαλούμενα μέτρα μπορεί να θεωρηθούν επαρκή ή ανεπαρκή.

Αντίθετα, από μόνη τη διατύπωση του νόμου: «Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής», δεν προκύπτει για ποιους λόγους τα μέτρα αυτά μπορεί να θεωρηθούν ανεπαρκή, ποια δικαιολογητικά απαιτούνται ή έστω να παρέχεται εξουσιοδότηση στον κανονιστικό νομοθέτη προκειμένου να καθορίσει το ειδικότερο περιεχόμενο των απαιτούμενων δικαιολογητικών απόδειξης όσων επικαλείται κάθε εταιρία κ.λπ. Κατ' επέκταση, οι συγκεκριμένες διατάξεις, καθ' ο μέρος παρέχουν τέτοια υπερβολικά ευρεία διακριτική ευχέρεια για την απόρριψη των επικαλούμενων μέτρων αυτοκάθαρσης πρέπει να θεωρηθούν ανίσχυρες και μη εφαρμοστέες (πρβλ σχετικά ΣτΕ 3038/2008 Ολομ σκέψη 8 και Σ.τ.Ε. (Ολομ) 3316/2014 σκέψη 8) και μέχρι τη διόρθωση των σχετικών διατάξεων τα επικαλούμενα μέτρα αυτοκάθαρσης πρέπει να θεωρούνται ως κατά τεκμήριο επαρκή.

Σε κάθε περίπτωση, εφόσον ήθελε κριθούν ως συνταγματικά ανεκτές οι συγκεκριμένες ρυθμίσεις, επισημαίνονται τα ακόλουθα: Στην αιτιολογική σκέψη (102) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ προβλέπονται τα εξής: «Θα πρέπει, ωστόσο, να επιτρέπεται στους οικονομικούς φορείς να υιοθετούν μέτρα συμμόρφωσης με στόχο την άρση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων και την αποτελεσματική πρόληψη των παρανομιών. Τα εν λόγω μέτρα μπορεί να συνίστανται ιδίως σε μέτρα που αφορούν το προσωπικό και την οργάνωση, όπως είναι η διακοπή όλων των δεσμών με πρόσωπα ή οργανισμούς που εμπλέκονται στην παράνομη συμπεριφορά, κατάλληλα μέτρα αναδιοργάνωσης

προσωπικού, η εφαρμογή συστημάτων υποβολής εκθέσεων και ελέγχου, η δημιουργία δομής εσωτερικού ελέγχου για την παρακολούθηση της συμμόρφωσης και η έγκριση εσωτερικών κανόνων ευθύνης και αποζημίωσης. Όταν τα εν λόγω μέτρα προσφέρουν επαρκείς εγγυήσεις, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν θα πρέπει πλέον να αποκλείεται για αυτούς τους λόγους και μόνον. Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να ζητούν να εξετάζονται τα μέτρα συμμόρφωσης που λαμβάνονται με σκοπό την πιθανή συμμετοχή τους στη διαδικασία προμήθειας. Θα πρέπει, εντούτοις, να εναπόκειται στα κράτη μέλη να καθορίζουν τους ακριβείς διαδικαστικούς και ουσιαστικούς όρους που θα ισχύσουν σε τέτοιες περιπτώσεις. Θα πρέπει ειδικότερα να έχουν την ελευθερία να αποφασίζουν αν επιθυμούν να επιτρέπουν στις επιμέρους αναθέτουσες αρχές να προβαίνουν οι ίδιες στις σχετικές αξιολογήσεις ή να αναθέτουν το καθήκον αυτό σε άλλες αρχές, σε κεντρικό ή μη επίπεδο».

Κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν [βλ. συναφώς Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004, αρ. περ. 642 Β. Καψάλη, «Η αιτιολογία ως ουσιώδης τύπος των ατομικών διοικητικών πράξεων: μια υποβαθμισμένη διαδικαστική εγγύηση», ΕφημΔΔ 4/2010, σελ. 568 (σελ. 571 επ.). [...] Έτσι, η απόφαση με την οποία αναθέτουσα αρχή διαπιστώνει την επάρκεια ή ανεπάρκεια των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων, σύμφωνα με το άρθρο 73 ν. 4412/2016, πρέπει να περιέχει σαφή, ειδική και επαρκή αιτιολογία περί του εάν οι πράξεις επιβολής προστίμων, δεδομένων των επανορθωτικών μέτρων, επηρεάζουν ή όχι τη φερεγγυότητα και την επαγγελματική αξιοπιστία του οικονομικού φορέα για την εκτέλεση του συγκεκριμένου υπό ανάθεση έργου, με ποιο τρόπο την επηρεάζουν και γιατί την επηρεάζουν [...]]».

Με βάση το ανωτέρω σκεπτικό η προσφεύγουσα επισημαίνει (βλ. σελ. 29 και επόμ. της Προσφυγής), ότι στην προκείμενη περίπτωση: «...Η αρνητική σύμφωνη γνώμη της Γνωμοδοτικής Επιτροπής του άρθρου 73 Ν. 4412/2016 δεν

είναι επαρκώς αιτιολογημένη, καθόσον δεν έγινε adhoc αξιολόγηση όλων των επικαλούμενων μέτρων, παρότι σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ. 7: «Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος».

Στην προκειμένη περίπτωση, όσον αφορά την εταιρία μας, έγινε όλως αποσπασματική και γενική - και όχι ειδική - αξιολόγηση των επικαλούμενων επανορθωτικών μέτρων. Η οικεία Γνωμοδοτική Επιτροπή αρκείται σε μια γενικόλογη αναφορά περί μη επάρκειας των τεχνικών μέτρων και των μέτρων σε επίπεδο προσωπικού, χωρίς να εξειδικεύει σε ποιο ακριβώς αναφέρεται και σε τι συνίσταται η ανεπάρκεια αυτή, ενώ ουδόλως γίνεται εκτίμηση των επικαλούμενων μέτρων αυτοκάθαρσης σε σχέση με τη βαρύτητα των επιβληθεισών κυρώσεων, το μέγεθός τους, το μέγεθος της εταιρίας, τις εν γένει περιστάσεις επιβολής των κυρώσεων, όπως αυτές προκύπτουν από τις κατατεθειμένες προσφυγές μας και την εν γένει σοβαρότητα και επίπτωση του αποδιδόμενου παραπτώματος στη συμπεριφορά και τη φερεγγυότητα της εταιρίας μας για να εκτελέσει το εν θέματι έργο (πρβλ. ΑΕΠΠ 1397/2019). [...] Τα μέτρα που ελήφθησαν από την εταιρία μας επέτυχαν να ελαχιστοποιήσουν τα σφάλματα αυτά, διότι προδήλως όσα έγιναν δεν έγιναν εσκεμμένα από την εταιρία μας, ούτε μαρτυρούν οι συγκεκριμένες διαπιστωθείσες περιστάσεις ροπή της εταιρίας μας σε μη τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, εφόσον η εταιρία μας ελέγχεται σταθερά και κατά περιόδους ιδιαίτερα συχνά, από όλους τους ελεγκτικούς μηχανισμούς. Προς απόδειξη τούτου, ουδέν άλλο πρόστιμο της εργατικής νομοθεσίας μας επιβλήθηκε τους τελευταίους 12 μήνες. [...] Τα επικαλούμενα από την εταιρία μας μέτρα έπρεπε να εξεταστούν από την αρμόδια Γνωμοδοτική Επιτροπή σε συνάρτηση με κάθε επιβληθείσα κύρωση και όχι αποσπασματικά επί τη βάση γενικών πιθανολογήσεων περί εν γένει παραβατικότητας της εταιρίας μας και δήθεν σοβαρότητας των συγκεκριμένων παραβάσεων καθαυτών. Συγκεκριμένα, όπως είναι ευχερώς διαπιστώσιμο από τις επιβληθείσες στην εταιρία μας κυρώσεις της εργατικής νομοθεσίας και από την επισκόπηση των αντίστοιχων προσφυγών που ασκήθηκαν, όλες οι

κυρώσεις αφορούν μη τήρηση του προγράμματος εργασίας από τους ανά φύλαξη εργαζομένους της εταιρίας μας. Η διαπίστωση των παραβάσεων αφορά φυλάξεις της εταιρίας μας σε ..., ..., ..., ενώ η έδρα της εταιρίας μας είναι στη Με βάση τα δεδομένα αυτά είναι ευχερώς αντιληπτό ότι όλες οι διαπιστωθείσες παραβάσεις οφείλονταν σε κακή επόπτευση της λειτουργίας της εταιρίας μας και όχι σε πρόθεση καταστρατήγησης της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, στο μέτρο που απασχολούμε ετησίως 400 εργαζομένους κατά μέσο όρο, χωρίς να διαπιστωθεί ουδέν άλλο παράπτωμα παρά τους συνεχείς και αδιάκοπους ελέγχους που υφίστανται όλες οι επιχειρήσεις φύλαξης, Σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας και την κοινή λογική, το πρόβλημα της εταιρίας μας ήταν η κακή οργάνωση και επόπτευση. Εξ αυτού του λόγου, η εταιρία μας έλαβε σειρά οργανωτικών μέτρων, τα οποία περιέγραψε, ώστε να συνεργάζεται καλύτερα το προσωπικό της εταιρίας μας, καθιερώνοντας 24ωρη επόπτευση των έργων και του προσωπικού με επόπτες, οι ανέλαβαν το συγκεκριμένο καθήκον με ταυτόχρονη συνεργασία λογιστηρίου και δικηγόρου, ο οποίος λόγω της φύσης της εργασίας, είναι διαρκώς σε ετοιμότητα και μπορεί ανά πάσα στιγμή να επιλύσει ζητήματα και απορίες ως προς τον τρόπο ενδεδειγμένου και ορθής τήρησης της εργατικής νομοθεσίας. Επιπλέον, ίδρυσε τμήμα στο Λογιστήριο της εταιρίας για τη διαρκή επόπτευση της τροποποίησης και τήρησης των συμβάσεων και την εκπαίδευση του προσωπικού σε ζητήματα τήρησης της εργατικής νομοθεσίας. Τα παραπάνω περιγραφόμενα μέτρα ήταν κατάλληλα για την επίτευξη του σκοπού της της μη επιβολής εκ νέου κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας, πράγμα το οποίο επιβεβαιώνεται εκ του ότι το τελευταίο έτος ουδεμία κύρωση μας έχει επιβληθεί εκ νέου. [...]

Άλλωστε, η Γνωμοδοτική Επιτροπή ουδόλως αιτιολογεί με ποιον τρόπο πλήττεται η αξιοπιστία της εταιρίας μας παρά τη λήψη όλων των ανωτέρω μέτρων που έχουν αναλυτικώς περιγραφεί και τεκμηριωθεί. Ειδικότερα, ουδεμία κρίση διατυπώνεται στο πώς και το γιατί η εταιρία μας δεν είναι αξιόπιστη για να εκτελέσει το συγκεκριμένο μικρού προϋπολογισμού έργο φύλαξης, λόγω του συγκεκριμένου είδους επαγγελματικού παραπτώματος στο οποίο έχει υποπέσει και πώς αυτό επηρεάζει παρά τα ληφθέντα μέτρα την αξιοπιστία και

φερεγγυότητα της εταιρίας μας, ενόψει της συμμετοχής μας στο συγκεκριμένο έργο [...].».

Μάλιστα, για το ζήτημα της ελλιπούς αιτιολογίας της προσβαλλόμενης Απόφασης, η προσφεύγουσα επισημαίνει και τα εξής: «Περαιτέρω, η αιτιολογία της κρίσης περί ανεπάρκειας των μέτρων είναι πλημμελής και όσον αφορά τα μέτρα που εξετάστηκαν, διότι:

1) Η Επιτροπή υπέλαβε εσφαλμένα ότι η εταιρία μας δήθεν όφειλε να μεταβάλει τα πρόσωπα που εκτελούν χρέη εποπτών για τα έργα της εταιρίας, εφόσον τα ίδια πρόσωπα εκτελούσαν χρέη εποπτών και όταν συνέβησαν οι παραβάσεις. Ωστόσο, τα συγκεκριμένα πρόσωπα δεν εμπλέκονται στις παράνομες συμπεριφορές που καταλογίζονται στην εταιρία μας, διότι τα πρόστιμα δεν επιβλήθηκαν εξαιτίας δικών τους ενεργειών. Σε κάθε περίπτωση, η απαρίθμηση των μέτρων αυτοκάθαρσης στην Οδηγία 20 της ΕΑΑΔΗΣΥ είναι ενδεικτική, και συνεπώς η εταιρία μας δεν υποχρεούνταν να υιοθετήσει όλα τα αναφερόμενα σε αυτήν μέτρα, ούτε και εμποδίζονταν να υιοθετήσει επιπρόσθετα, μη αναφερόμενα μέτρα, όπως και έπραξε.

2) Η εταιρία μας επικαλέστηκε στο ΤΕΥΔ της ως επανορθωτικό μέτρο τη σύσταση μιας νέας και ξεχωριστής Διεύθυνσης εντός του Τμήματος του Λογιστηρίου της εταιρίας, την Διεύθυνση Υποβολής στο ΕΡΓΑΝΗ Τροποποιητικών Ε4 Πινάκων Προσωπικού, οι αρμοδιότητες της οποίας έχουν καθοριστεί μέσω του υπ. αριθμ. 503 /23-9-2019 πρακτικού της έκτακτης γενικής συνέλευσης της εταιρίας μας υπό την παρουσία συμβολαιογράφου. Ωστόσο, παρά το γεγονός ότι η εταιρία μας κατέθεσε το Πρακτικό Έκτακτης Γενικής Συνέλευσης για τη σύσταση της νέας Διεύθυνσης, αβασίμως και αναληθώς έγινε δεκτό ότι «δεν αποδεικνύεται η σύσταση της νέας και ξεχωριστής διεύθυνσης εντός του τμήματος λογιστηρίου της εταιρείας», το οποίο δεν ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα αφού αποδείξαμε τη σύσταση της συγκεκριμένης Διεύθυνσης.

3) Όσον αφορά τη Βεβαίωση του Δικηγόρου μας για την επίβλεψη του λογιστηρίου και των διοικητικών υπηρεσιών μας για την τήρηση της εργατικής νομοθεσίας, ενώ γίνεται μνεία αυτής στο οικείο πρακτικό, εντούτοις εν τέλει δεν

αξιολογήθηκε, αφού η σχετική πρόταση παρέμεινε ημιτελής, και συγκεκριμένα αναφέρεται ότι: «Η Βεβαίωση του Δικηγόρου για την επίβλεψη του λογιστηρίου και των διοικητικών υπηρεσιών μας για την τήρηση της εργατικής νομοθεσίας (χωρίς να συνοδεύεται από πληρεξούσιο)....», με την τελευταία πρόταση να παραμένει τελικά ημιτελής. [...]

Ακόμη ελλιπέστερη, όμως, ως προς την καταλληλότητα και την επάρκεια των μέτρων, είναι η αιτιολογία της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 ν. 4412/2016, μολονότι εκείνη είναι η τελική αρμόδια να εκδώσει τη σύμφωνη γνώμη επί της επάρκειας ή ανεπάρκειας των επανορθωτικών μέτρων, η οποία πρέπει να περιέχει πλήρη, σαφή και ειδική αιτιολογία (ΑΕΠΠ 1397/2019). [...]

Αντίθετα, ως προς τα παραπάνω οργανωτικά μέτρα αναδιοργάνωσης του προσωπικού και της επόπτευσης αυτού, η Γνωμοδοτική Επιτροπή αρκέστηκε στην όλως γενική και αόριστη αναφορά: «Τα αναφερόμενα ως οργανωτικά μέτρα αυτοκάθαρσης και θέματα προσωπικού δεν αποδεικνύουν συμμόρφωση με τις επιβληθείσες αποφάσεις προστίμων λόγω παράβασης της εργατικής νομοθεσίας. Από τα έγγραφα που προσκομίζει η ως άνω εταιρεία δεν προκύπτει ότι έχει καταβάλει τα πρόστιμα που της επιβλήθηκαν με τις ως άνω αποφάσεις του ΣΕΠΕ. Οι παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας δεν αφορούσαν ελλιπή εκπαίδευση του προσωπικού, ούτε συνεπώς τα σχετικά μέτρα εκπαίδευσης μπορούν να θεωρηθούν ως μέτρα αυτοκάθαρσης για τα συγκεκριμένα παραπτώματα.». [...] Περαιτέρω, εσφαλμένος είναι και ο ισχυρισμός της Επιτροπής ότι «τα περιγραφόμενα από τον οικονομικό φορέα μέτρα δεν μπορούν να αξιολογηθούν ως επαρκή, λόγω του αριθμού των κυρώσεων με χαρακτηρισμό «πολύ υψηλής» σοβαρότητας.». Τούτο διότι η αποκατάσταση της αξιοπιστίας του οικονομικού φορέα που διέπραξε τις παραβάσεις δεν σχετίζεται με τον αριθμό των τελευταίων, αλλά με την καταλληλότητα και την επάρκεια των μέτρων που έλαβε για την αυτοκάθαρσή του, και συνεπώς ανεξάρτητα από τον αριθμό των κυρώσεων, εφόσον πάντως ο οικονομικός φορέας έχει λάβει επαρκή επανορθωτικά μέτρα, όπως συνέβη εν προκειμένω με την εταιρία μας, θεωρείται ότι η αξιοπιστία του έχει αποκατασταθεί και δεν αποκλείεται από τον διαγωνισμό [...]».

6. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, η ασκηθείσα Παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (26.10.2020), ήτοι, εννέα (10) ημέρες μετά την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής στις 16.10.2020 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεύει δε στην απόρριψη της εν λόγω Προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος των προσβαλλόμενων Αποφάσεων, με τις οποίες, αφενός μεν, αποκλείσθηκε η προσφεύγουσα από τη συνέχεια του Διαγωνισμού, λόγω της ανεπάρκειας των επανορθωτικών μέτρων που έλαβε, αφετέρου δε, έγινε δεκτή η δική της τεχνική και οικονομική προσφορά, με συνέπεια να αναδειχθεί προσωρινός μειοδότης του εν λόγω Διαγωνισμού. Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

7. Επειδή, στην ασκηθείσα Παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα αναφέρει τα εξής: «...Το ως άνω Σχέδιο Απόφασης του ... περί της ανεπάρκειας των ληφθέντων μέτρων της εταιρείας με την επωνυμία «...» απεστάλη στην Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 Ν. 4412/2016, η οποία εξέδωσε την Πράξη 27B της 27ης Συνεδρίασης της 11ης-9-2020 (αρ. πρωτ. εισερχ. 2364/01.10.2010 5 Σύμφωνη Γνώμη), επικυρώνοντας το περιεχόμενο του σχεδίου απόφασης. Κατόπιν των ανωτέρω, εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 101/9-10-2020 απόφαση της 21ης Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ... (...), με την οποία εγκρίθηκε το με αρ. πρωτ. 1722/2020 Πρακτικό της Επιτροπής του διαγωνισμού περί ανεπάρκειας των επανορθωτικών μέτρων της εταιρείας «...», και συνακόλουθα η εν λόγω εταιρεία αποκλείστηκε από τον Διαγωνισμό. Ακολούθως, εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 111/14-10-2020 απόφαση της 22ης Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ... (...), με την οποία εγκρίθηκε το υπ' αριθ. 1621/2020 Πρακτικό ηλεκτρονικής αποσφράγισης και αξιολόγησης τεχνικών προσφορών της επιτροπής διαγωνισμού και το υπ' αριθ. 2455/2020 πρακτικό ηλεκτρονικής αποσφράγισης οικονομικών προσφορών και αναδείχθηκε η εταιρεία μας σε προσωρινό ανάδοχο του διαγωνισμού.

Η δε Αναθέτουσα Αρχή δεν είχε οιαδήποτε διακριτική ευχέρεια να αποφασίσει την αποδοχή της μη νόμιμης προσφοράς της εταιρείας «...» στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, αντίθετα, όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα να απορρίψει αυτήν, καθότι τα επανορθωτικά μέτρα της εν λόγω εταιρείας δεν είναι επαρκή για την συμμετοχή της στη συνέχιση της διαδικασίας του διαγωνισμού. [...] Έχουμε δε προφανές, άμεσο, ίδιο και έννομο συμφέρον στην άσκηση της παρούσας, καθ' όσον η τυχόν αποδοχή της υπό κρίση προσφυγής της εταιρείας «...» θίγει άμεσα τα έννομα συμφέροντά μας, δεδομένου ότι νόμιμα συμμετέχουμε στο διαγωνισμό αυτό και νόμιμα απορρίφθηκε η προσφορά της εν λόγω εταιρείας, καθότι τα επανορθωτικά μέτρα της εταιρείας «...» δεν είναι επαρκή για την συμμετοχή της στη συνέχιση της διαδικασίας του διαγωνισμού. [...]

B) Στη συνέχεια, η παρεμβαίνουσα παραπέμπει στα άρθρα 2.2.3.2. περ. γ), 2.2.3.3. στοιχ. θ) της επίμαχης Διακήρυξης, καθώς και στα άρθρα 18 και 73 του Ν. 4412/2016, προκειμένου να τεκμηριώσει τους κάτωθι ισχυρισμούς: «...Από την διατύπωση των ανωτέρω διατάξεων της διακήρυξης και του νόμου 4412/2016, προκύπτει ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα, εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα ότι έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του. Ακόμη, ορίζεται ρητώς τόσο στην υπό κρίση διακήρυξη, όσο και στον νόμο, ότι 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. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της παραγράφου 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016. Εν συνεχεία, αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής.

Επιπροσθέτως, από τη διατύπωση του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 προκύπτει ότι 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. Ορίζεται, επίσης, ότι 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). Στο ως άνω άρθρο 68 παρ. 2 περίπτωση γ) εδάφιο β' του Ν. 3863/2010, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 39 παρ. Β του Ν. 4488/2017, προβλέπεται ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει από την σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης λόγω διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Επιπλέον, ορίζεται ότι ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοείται ιδίως η επιβολή σε βάρος της υποψήφιας εταιρείας, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τουλάχιστον τριών (3) πράξεων επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας, για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους ή δύο (2) πράξεων 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.

Εν προκειμένω, η εταιρεία «...» εμπίπτει στην περίπτωση της παρ. 4 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, καθότι η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι η εν λόγω εταιρεία έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά της. Και τούτου διότι, ως εταιρεία παροχής υπηρεσιών φύλαξης διέπεται από τη διάταξη του άρθρου 68 παρ. 2 περίπτωση γ) εδάφιο β' του Ν. 3863/2010. Συνεπώς, ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα της εν λόγω εταιρείας νοείται, μεταξύ άλλων, η επιβολή σε βάρος της, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την

λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τουλάχιστον τριών (3) πράξεων επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας, για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους. Επομένως, δεν απαιτείται οι επιβληθείσες σε αυτήν κυρώσεις να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ.

Ως εκ τούτου, δεδομένου ότι στην εν λόγω εταιρεία έχουν επιβληθεί συνολικά πέντε (5) πράξεις επιβολής προστίμου μέσα σε χρονικό διάστημα δυο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς της, ζητήθηκε από αυτήν να προσκομίσει στοιχεία, προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία της, αν και συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού της από την υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία.

Εντούτοις, τα επανορθωτικά μέτρα που έλαβε η εν λόγω εταιρεία κρίθηκαν ανεπαρκή με την υπ' αριθμ. 101/9-10-2020 απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία εκδόθηκε, όπως ο νόμος ορίζει, κατόπιν σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής της παρ. 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016. Απολύτως νόμιμα δε και με απολύτως νόμιμη, ειδική και πλήρη αιτιολογία κρίθηκαν ως ανεπαρκή τα ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα της εταιρείας «...» από την Αναθέτουσα Αρχή κατόπιν της σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016. Και τούτο, διότι τα ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα της εταιρείας «...» ουδόλως αποδεικνύουν την αξιοπιστία της εν λόγω εταιρείας, ώστε να καταστεί δυνατή η συνέχισή της στον υπό κρίση διαγωνισμό.

Ειδικότερα, όσον αφορά την τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ των κυρώσεων (πράξεων επιβολής προστίμου) που έχουν επιβληθεί από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας, αυτή αν και απαιτείται για τις παραβάσεις εργατικής νομοθεσίας για όλες εν γένει τις δημόσιες συμβάσεις, στην περίπτωση του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος για τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης δεν απαιτείται οι κυρώσεις να

έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, όπως ρητώς και αδιαμφισβητήτως προκύπτει από τα οριζόμενα στο άρθρο 68 παρ. 2 περίπτωση γ) εδάφιο β' του Ν. 3863/2010 σε συνδυασμό προς τη διάταξη του άρθρου 18 Ν. 4412/2016. Άλλωστε, εάν οι κυρώσεις είχαν τελεσιδικήσει, τότε κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.3 Λόγοι αποκλεισμού και ειδικότερα στην παρ. 2.2.3.2 γ) της υπό κρίση διακήρυξης, η εταιρεία «...» θα είχε αποκλειστεί χωρίς την εφαρμογή της παρ. 2.2.3.5 της Διακήρυξης που προβλέπει την παράθεση από την πλευρά των εταιρειών, μέτρων αυτοκάθαρσης τα οποία υποβάλλονται από τις συμμετέχουσες εταιρείες και τίθενται στην κρίση της Γνωμοδοτικής Επιτροπής του διαγωνισμού και κατόπιν στην κρίση της Επιτροπής του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016.

Εντούτοις, εν προκειμένω, η Αναθέτουσα Αρχή εφάρμοσε την εν λόγω διαδικασία τηρώντας το κανονιστικό πλαίσιο της υπό κρίση Διακήρυξης και του Νόμου. Συνεπώς, οι επιβληθείσες στην εταιρεία «...» πράξεις επιβολής προστίμου δεν αποτέλεσαν τον λόγο αποκλεισμού της, όπως όλως μη νομίμως και αβασίμως αναφέρει η προσφεύγουσα εταιρεία. Αντιθέτως, ο λόγος αποκλεισμού της προσφεύγουσας είναι η ανεπάρκεια των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων που κατέθεσε.

Επιπλέον, η εταιρεία «...» δηλώνει ότι έχει αναπτύξει μέσα από το σύστημα διαχείρισης ποιότητας ΕΛΟΤ EN ISO 9001:2015 που διαθέτει, ένα σύστημα εποπτείας των έργων το οποίο της επιτρέπει να προλαμβάνει σφάλματα που είχαν ως συνέπεια στο παρελθόν την επιβολή κυρώσεων από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας. Από το κατατεθειμένο σχετικό πιστοποιητικό συμμόρφωσης κατά ΕΛΟΤ EN ISO 9001:2015 προκύπτει ότι η ημερομηνία αρχικής πιστοποίησης είναι η 08.02.2010. Επομένως, αν και η εν λόγω εταιρεία διέθετε την σχετική πιστοποίηση κατά τον χρόνο επιβολής των κυρώσεων, αυτή δεν ήταν αρκετή ώστε να εγγυηθεί την αποφυγή σφαλμάτων που οδηγούν σε κυρώσεις. Επίσης, η εταιρεία «...» δηλώνει ότι έχει εκπαιδεύσει το προσωπικό ασφαλείας της σε θέματα που αφορούν τις διαδικασίες που πρέπει να τηρηθούν, ώστε να αποφευχθούν παρατυπίες στην εφαρμογή της εργατικής νομοθεσίας, μέσω του συστήματος διαχείρισης της υγείας και της

ασφάλειας των εργαζομένων στην εργασία OHSAS 18001:2007/ ΕΛΟΤ 1801:2008. Από το κατατεθειμένο σχετικό πιστοποιητικό συμμόρφωσης κατά OHSAS 18001:2007/ ΕΛΟΤ 1801:2008 προκύπτει ότι η ημερομηνία αρχικής πιστοποίησης είναι η 20.12.2013. Επομένως, αν και η εν λόγω εταιρεία διέθετε την σχετική πιστοποίηση κατά τον χρόνο επιβολής των κυρώσεων, αυτή δεν ήταν αρκετή ώστε να εγγυηθεί την αποφυγή σφαλμάτων που οδηγούν σε κυρώσεις.

Γ) Ως προς το ισχυρισμό της προσφεύγουσας περί ανεπαρκούς αιτιολογίας της προσβαλλόμενης, υπ' αριθμ. 101/09.10.2020 Απόφασης της αναθέτουσας αρχής, η παρεμβαίνουσα αντιτείνει τα εξής: «... Πιο συγκεκριμένα, απολύτως νόμιμα και με πλήρη και εμπειριστατωμένη αιτιολογία κρίθηκε ότι αναφορικά με την τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ των κυρώσεων (πράξεων επιβολής προστίμου) που έχουν επιβληθεί από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας, αυτή καίτοι απαιτείται για τις παραβάσεις εργατικής νομοθεσίας για όλες εν γένει τις δημόσιες συμβάσεις, στην περίπτωση του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος για τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης δεν απαιτείται οι κυρώσεις να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Εξάλλου, κρίθηκε απολύτως νόμιμα και πλήρως και επαρκώς αιτιολογημένα ότι η αξιολόγηση για την διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του εν λόγω οικονομικού φορέα, πρέπει να βασιστεί σε πραγματικά γεγονότα (ύπαρξη πράξεων επιβολής προστίμου) και όχι σε εκτιμήσεις αναφορικά με την μελλοντική έκβαση των προσφυγών στα διοικητικά δικαστήρια ή σε δήλωση προθέσεων. Επιπλέον, απολύτως νόμιμα και με ειδική και πλήρη αιτιολογία έκρινε η Γνωμοδοτική Επιτροπή του Διαγωνισμού ότι το ισχύον νομικό πλαίσιο δεν συναρτά το πλήθος των παραβάσεων με τα μέγεθος του οικονομικού φορέα (αριθμός εργαζομένων κτλ.).

Ακόμη, κατά δήλωσή της, η εταιρεία «...» έχει αναπτύξει μέσα από το σύστημα διαχείρισης ποιότητας ΕΛΟΤ EN ISO 9001:2015 που διαθέτει, ένα σύστημα εποπτείας των έργων, το οποίο της επιτρέπει να προλαμβάνει σφάλματα που είχαν ως συνέπεια στο παρελθόν την επιβολή κυρώσεων από τα αρμόδια

ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας. Από το κατατεθειμένο σχετικό πιστοποιητικό συμμόρφωσης κατά ΕΛΟΤ EN ISO 9001:2015, προκύπτει ότι η ημερομηνία αρχικής πιστοποίησης είναι η 08.02.2010. Επομένως, απολύτως νόμιμα και με πλήρη, ειδική και εμπειριστατωμένη αιτιολογία κρίθηκε ότι, αν και η εν λόγω εταιρεία διέθετε την σχετική πιστοποίηση κατά τον χρόνο επιβολής των κυρώσεων, αυτή δεν ήταν αρκετή ώστε να εγγυηθεί την αποφυγή σφαλμάτων που οδηγούν σε κυρώσεις.

Επίσης, η εταιρεία «...» δηλώνει ότι έχει εκπαιδεύσει το προσωπικό ασφαλείας της σε θέματα που αφορούν τις διαδικασίες που πρέπει να τηρηθούν, ώστε να αποφευχθούν παρατυπίες στην εφαρμογή της εργατικής νομοθεσίας, μέσω του συστήματος διαχείρισης της υγείας και της ασφάλειας των εργαζομένων στην εργασία OHSAS 18001:2007/ ΕΛΟΤ 1801:2008. Από το κατατεθειμένο σχετικό πιστοποιητικό συμμόρφωσης κατά OHSAS 18001:2007/ΕΛΟΤ 1801:2008, προκύπτει ότι η ημερομηνία αρχικής πιστοποίησης είναι η 20.12.2013. Επομένως, απολύτως νόμιμα και με πλήρη, ειδική και εμπειριστατωμένη αιτιολογία κρίθηκε ότι, αν και η εν λόγω εταιρεία διέθετε την σχετική πιστοποίηση κατά τον χρόνο επιβολής των κυρώσεων, αυτή δεν ήταν αρκετή, ώστε να εγγυηθεί την αποφυγή σφαλμάτων που οδηγούν σε κυρώσεις. Επιπροσθέτως, απολύτως νόμιμα και πλήρως αιτιολογημένα έκρινε η Γνωμοδοτική Επιτροπή του Διαγωνισμού ότι η μη αθέτηση των υποχρεώσεων του οικονομικού φορέα όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης δεν συνδέεται με οποιονδήποτε τρόπο με τις παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας και την διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Άλλωστε, όπως απολύτως νόμιμα κρίθηκε από την Γνωμοδοτική Επιτροπή του Διαγωνισμού, η προσφεύγουσα εταιρεία δεν επικαλέστηκε αναστολή των επιβληθεισών σε αυτήν πράξεων επιβολής προστίμων, και ως εκ τούτου, αυτές είναι ενεργές, δεσμευτικές και παράγουσες έννομα αποτελέσματα. Για αυτόν τον λόγο, με απολύτως νόμιμη, ειδική και πλήρη αιτιολογία κρίθηκε ότι οι προσφυγές που άσκησε η εν λόγω εταιρεία κατά των επιβληθεισών σε αυτήν πράξεων επιβολής προστίμων δεν αποτελούν επ' ουδενί μέτρα αυτοκάθαρσης. Ακόμη, με νόμιμη, πλήρη και επαρκή αιτιολογία κρίθηκε ότι τα τεχνικά μέτρα αυτοκάθαρσης που

επικαλείται η προσφεύγουσα εταιρεία αφορούν νόμιμες υποχρεώσεις της εταιρείας, τις οποίες εάν δεν είχε εκπληρώσει η υποψήφια εταιρεία δε θα μπορούσε να συμμετάσχει στον εν θέματι διαγωνισμό. Ειδικότερα, διαπιστώθηκε ότι τα πιστοποιητικά διαχείρισης της υγείας κλπ., τα οποία επικαλείται και προσκομίζει έχουν αποκτηθεί σε χρόνο προγενέστερο των προστίμων που της έχουν επιβληθεί και συγκεκριμένα κατά τα έτη 2010 και 2013, ενώ τα σχετικά πρόστιμα έχουν επιβληθεί τα έτη 2018 και 2019. Όσον αφορά δε τη φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα, καθώς και τα ασφαλιστήρια συμβόλαια αστικής ευθύνης, απολύτως νόμιμα και με πλήρη, ειδική και εμπειριστατωμένη αιτιολογία κρίθηκε ότι ουδεμία σχέση έχουν με τις παραβιάσεις της εργατικής νομοθεσίας στις οποίες υπέπεσε η εταιρεία «...» και για τις οποίες της επιβλήθηκαν τα σχετικά πρόστιμα.

Αναφορικά δε με τα αναφερόμενα ως οργανωτικά μέτρα αυτοκάθαρσης και θέματα προσωπικού της προσφεύγουσας εταιρείας «...», απολύτως νόμιμα και με πλήρη, ειδική και εμπειριστατωμένη αιτιολογία κρίθηκε ότι αυτά δεν αποδεικνύουν συμμόρφωση με τις επιβληθείσες αποφάσεις προστίμων λόγω παράβασης της εργατικής νομοθεσίας. Συγκεκριμένα, η Γνωμοδοτική Επιτροπή του Διαγωνισμού έκρινε απολύτως νόμιμα και με εμπειριστατωμένη αιτιολογία ότι από τα έγγραφα που προσκομίζει η εν λόγω εταιρεία δεν προκύπτει ότι έχει καταβάλει τα πρόστιμα που της επιβλήθηκαν με τις ως άνω αποφάσεις του ΣΕΠΕ. Και τούτο διότι οι παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας δεν αφορούσαν ελλιπή εκπαίδευση του προσωπικού, ούτε συνεπώς τα σχετικά μέτρα εκπαίδευσης μπορούν να θεωρηθούν ως μέτρα αυτοκάθαρσης για τα συγκεκριμένα παραπτώματα. Επίσης, με απολύτως νόμιμη και ειδική, σαφή και εμπειριστατωμένη αιτιολογία κρίθηκε ότι το γεγονός ότι η εταιρεία «...» έχει προσφύγει κατά των σχετικών αποφάσεων επιβολής προστίμων δεν αποδεικνύει συμμόρφωση ή αυτοκάθαρση, αλλά αντιθέτως αμφισβήτησή τους, η οποία όμως δεν έχει ακόμη κριθεί δικαστικά. Εξάλλου, απολύτως νόμιμα συμπληρώθηκε ότι για τις συγκεκριμένες αποφάσεις του ΣΕΠΕ δεν υπάρχει απόφαση αναστολής της εκτέλεσής τους, γεγονός που σημαίνει ότι αυτές είναι ενεργές και παράγουσες έννομα αποτελέσματα.

Κατόπιν των ανωτέρω αναλυτικά εκτεθέντων, προκύπτει ότι η προσφεύγουσα εταιρεία όλως μη νομίμως και αβασίμως βάλλει κατά της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το με αρ. πρωτ. 1722/2020 Πρακτικό της Επιτροπής του διαγωνισμού περί ανεπάρκειας των επανορθωτικών μέτρων της εταιρείας «...», και συνακόλουθα, η εν λόγω εταιρεία αποκλείστηκε από τον Διαγωνισμό. Και τούτο διότι όλα τα επανορθωτικά μέτρα που έλαβε η εταιρεία «...» απολύτως νόμιμα και με νόμιμη, ειδική, πλήρη και εμπειριστατωμένη αιτιολογία κρίθηκαν ως ανεπαρκή από την Αναθέτουσα Αρχή κατόπιν της σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016. Ως εκ τούτου, η προσφυγή της εταιρείας «...» θα πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της.».

Γ) Τέλος, ως προς τη δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής να συμμορφωθεί με τη σύμφωνη γνώμη της αρμόδιας γνωμοδοτικής Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016, η παρεμβαίνουσα επισημαίνει ότι:

«...Διότι η Αναθέτουσα Αρχή ουδεμία διακριτική ευχέρεια υπείχε να αποστεί από τη σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016 περί μη επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων της εταιρείας «...». Αντιθέτως, όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα να συμμορφωθεί με τη σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής, όπως προκύπτει από το άρθρο 73 παρ. 8 του Ν. 4412/2016. Συνεπώς, αφ' ης στιγμής η Επιτροπή γνωμοδότησε ομόφωνα ότι τα επανορθωτικά μέτρα της εταιρείας «...» δεν είναι επαρκή για την συμμετοχή της στη συνέχιση της διαδικασίας του διαγωνισμού, η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα να συμμορφωθεί, εκδίδοντας απόφαση περί μη επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων της εν λόγω εταιρείας.

Επειδή, σύμφωνα με τη νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων της χώρας, «οι λόγοι της προδικαστικής προσφυγής που αφορούσαν τον αποκλεισμό της αιτούσας απορρίφθηκαν με την προσβαλλόμενη απόφαση της Α.Ε.Π.Π., με την αιτιολογία, αφενός ότι απαραδέκτως προσβάλλεται αυτοτελώς η ως άνω μη σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016, αφού δεν πρόκειται για πράξη αναθέτουσας αρχής, ο έλεγχος της οποίας έχει ανατεθεί στην Α.Ε.Π.Π., αφετέρου ότι η προσβληθείσα με την προδικαστική προσφυγή

πράξη της αναθέτουσας αρχής, που ενσωμάτωσε την ως άνω μη σύμφωνη γνωμοδότηση, δεν επάγεται έννομες συνέπειες, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται να ασκήσει ουσιαστικό έλεγχο στη μη σύμφωνη γνώμη, ούτε να αποστεί από αυτήν, αλλά έχει δέσμια αρμοδιότητα να την υιοθετήσει ... Κατά συνέπεια, η μη σύμφωνη γνωμοδότηση της αρμόδιας Επιτροπής, με την οποία διαπιστώθηκε η μη επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων που είχε λάβει η αιτούσα,.....έχει χαρακτήρα αρνητικής σύμφωνης γνώμης, που παράγει έννομα αποτελέσματα έναντι της αναθέτουσας αρχής, την οποία υποχρεώνει να εκδώσει στην συνέχεια απόφαση ομοίου περιεχομένου και, συνακόλουθα, εντάσσεται στην κρίσιμη διαγωνιστική διαδικασία, που αποσκοπεί στην κατάρτιση δημόσιας σύμβασης.» (βλ. *ad hoc* 71/2020 Δ.Εφ.Αθ.) [...] Ως εκ τούτου, η προσφυγή της εταιρείας «...» θα πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της».

8. Επειδή, στο με αρ. πρωτ. 2523/21.10.2020 έγγραφο Απόψεων της οικείας αναθέτουσας αρχής σε σχέση με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, αναφέρονται τα κάτωθι: «Οι απόψεις μας επί της ανωτέρω προσφυγής, έχουν ως εξής : Α) Σχετικά με τα όσα αναφέρει η εταιρεία στο «Μέρος II. Νομικό Μέρος Α) Οι κυρώσεις που της έχουν επιβληθεί στην εταιρεία μας δεν έχουν τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, και άρα δεν δύναται να οδηγήσουν σε αποκλεισμό της από τον διαγωνισμό», έχουμε να παραθέσουμε τα κάτωθι:

α.1 Εάν οι κυρώσεις είχαν τελεσίδικησει, τότε η εταιρεία σύμφωνα με το άρθρο 2.2.3 Λόγοι αποκλεισμού και ειδικότερα με την παρ. 2.2.3.2 γ) της διακήρυξης θα είχε αποκλειστεί χωρίς την εφαρμογή της παρ. 2.2.3.5 της Διακήρυξης που προβλέπει την παράθεση από την πλευρά των εταιρειών, μέτρων αυτοκάθαρσης τα οποία υποβάλλονται από τις συμμετέχουσες εταιρείες και τίθενται στην κρίση της Γνωμοδοτικής Επιτροπής του διαγωνισμού και κατόπιν στην κρίση της Επιτροπής του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, διαδικασία που ο φορέας μας εφάρμοσε τηρώντας το κανονιστικό πλαίσιο της Διακήρυξης και του Νόμου. Οι πράξεις επιβολής προστίμου δεν αποτέλεσαν τον λόγο αποκλεισμού της όπως

αναφέρει η προσφεύγουσα, αλλά η ανεπάρκεια των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων που κατέθεσε.

Παραθέτουμε τις σχετικές παραγράφους της Διακήρυξης 2.2.3.5 Προσφέρων οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1 , 2.2.3.2 γ) 2.2.3.3 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού (αυτοκάθαρση). Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. 2.2.3.6 Η απόφαση για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016.

α.2 Επιπλέον, οι προσφυγές της εταιρείας κατά των πράξεων επιβολής προστίμου αποδεικνύουν μόνο ότι αμφισβητεί τις εις βάρος της πράξεις προστίμων, και δεν αποτελούν μέτρο αποφυγής μελλοντικών παραβάσεων ούτε συνιστούν επανορθωτικό μέτρο, αλλά απλά εμποδίζουν την τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ των πράξεων και άρα τη συνδρομή των προϋποθέσεων του έτερου λόγου αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 2γ Ν. 4412/2016, που όμως εν προκειμένω δεν έτυχε εφαρμογής.

β) Σχετικά με τα όσα αναφέρει η εταιρεία «Μέρος Β) Με εσφαλμένη και πλημμελή αιτιολογία κρίθηκε ότι τα επανορθωτικά μέτρα της εταιρείας μας είναι ανεπαρκή για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της» και «III Εν όψει των ανωτέρω, η αιτιολογία περί ανεπάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων αυτοκάθαρσης παρίσταται ελλιπής – Κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής να αξιολογεί την επάρκεια των μέτρων». έχουμε να παραθέσουμε τα εξής:

Η Επιτροπή του Διαγωνισμού γνωμοδότησε λαμβάνοντας υπόψη όλα τα στοιχεία του φακέλου των μέτρων αυτοκάθαρσης που κατέθεσε ο προσφεύγων, όπως εμφανίζεται και από το με αρ. πρωτ. 1722/2020 Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού αλλά και της 27.Β Πράξης Γνωμοδότησης της Επιτροπής του άρθρου 73. Επίσης, και στην ίδια την προσφυγή του, δεν μνημονεύει μέτρα που παρέθεσε και δεν αξιολογήθηκαν αλλά επικαλείται εσφαλμένη και πλημμελή αιτιολογία την οποία κρίνει ως «ελλιπή-Κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής να αξιολογεί την επάρκεια των μέτρων» Ως εκ τούτου, δεν προκύπτει τεκμήριο περί των επανορθωτικών του μέτρων που τυχόν προσκόμισε και δεν αξιολογήθηκαν καθότι αξιολογητέα κατ'άρθρ. 73 παρ. 7 Ν. 4412/2016 είναι μόνο όσα μέτρα αποδεικνύονται, όχι μόνο ως προς την ήδη λήψη τους, όσο και ως προς τον τρόπο συμβολής τους και την αποτελεσματικότητά τους με σκοπό την αποφυγή νέων παραβάσεων. Είμαστε στη διάθεσή σας για κάθε περαιτέρω πληροφορία ή διευκρίνιση».

9. Επειδή, στο άρθρο 73 «Λόγοι αποκλεισμού (άρθρο 57 παράγραφοι 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: [...] γ) γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν

αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Ο λόγος αποκλεισμού δεν εφαρμόζεται όταν η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, είναι ίση ή κατώτερη από το ποσό των είκοσι χιλιάδων (20.000) ευρώ. [...]. 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 [...] στ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις (θ) εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του, για το οποίο του επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία. [...] 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 ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα

τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή 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.

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. Επειδή, ειδικότερα, με την υπ' αριθμ. 50844/2018 Υπουργικής Απόφασης (ΥΟΔΔ 279/17.05.2018), ο Υπουργός Οικονομίας και Ανάπτυξης προέβη στην συγκρότηση και στον ορισμό μελών γνωμοδοτικής επιτροπής επί της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων οικονομικών φορέων προς απόδειξη της αξιοπιστίας τους. Τα δε άρθρα 2 και 3 αυτής αναφέρουν αυτολεξεί τα εξής: «Άρθρο 2. Αποστολή αιτήματος για γνωμοδότηση. Η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχέδιο απόφασης περί διαπίστωσης της επάρκειας ή μη των ληφθέντων από τον οικονομικό φορέα επανορθωτικών μέτρων, συνοδευόμενο από όλα τα σχετικά στοιχεία είτε ηλεκτρονικά στη διεύθυνση ηλεκτρονικού ταχυδρομείου ..., είτε ταχυδρομικά στη διεύθυνση της Γενικής Γραμματείας Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή,, Τ.Κ., με την ένδειξη «Προς επιτροπή αρ. 73. ν. 4412/2016 - Επανορθωτικά μέτρα». Άρθρο 3 Γνωμοδότηση της επιτροπής. Η επιτροπή εκδίδει τη σύμφωνη γνώμη της εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής και όλων των σχετικών στοιχείων, στη διεύθυνση ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του άρθρου 2 της παρούσας και εφόσον τα στοιχεία είναι πλήρη. Στην περίπτωση ταχυδρομικής αποστολής, η σύμφωνη γνώμη της επιτροπής εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την ημερομηνία πρωτοκόλλησης στη Γενική Γραμματεία Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή και εφόσον τα στοιχεία είναι πλήρη. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Οι γνωμοδοτήσεις της επιτροπής είναι αιτιολογημένες και σχηματίζονται με φανερή ψηφοφορία, κατά πλειοψηφία των μελών. Οι γνωμοδοτήσεις της επιτροπής, αποστέλλονται με επιμέλεια του Γραμματέα στην ενδιαφερόμενη αναθέτουσα αρχή, με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής καθώς και η απόφαση με την οποία γίνονται δεκτά ένδικα βοηθήματα κατ' αυτής, κοινοποιείται στην [...]».

11. Επειδή, στις παρ. 2.2.3.2., 2.2.3.3., 2.2.3.4., 2.2.3.5., 2.2.3.6. και 2.2.3.7. της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 14 έως 16), ορίζεται ότι: «2.2.3.2. Στις

ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης [...] β) όταν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. [...] ή/και γ) η Αναθέτουσα Αρχή γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ.

2.2.3.3. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (α) εάν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 107 περ. 1 του ν. 4497/2017. (β) εάν τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή [...] (γ) υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, δ) [...], (ε) [...], (ζ) εάν 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, [...], (η) εάν επιχείρησε να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη

διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης [...], (θ) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα ότι έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του. Εάν στις ως άνω περιπτώσεις (α) έως (θ) η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, αυτή ανέρχεται σε τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος.

2.2.3.4. Ο οικονομικός φορέας αποκλείεται σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης της παρούσας σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεών του, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις ως άνω περιπτώσεις.

2.2.3.5. Προσφέρων οικονομικός φορέας που εμπíπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1 , 2.2.3.2 γ) 2.2.3.3 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού (αυτοκάθαρση). Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, με τελεσίδικη απόφαση, σε εθνικό επίπεδο, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της ανωτέρω δυνατότητας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση.

2.2.3.6. Η απόφαση για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016.

2.2.3.7. Οικονομικός φορέας, στον οποίο έχει επιβληθεί, με την κοινή υπουργική απόφαση του άρθρου 74 του ν. 4412/2016, η ποινή του αποκλεισμού αποκλείεται αυτοδίκαια και από την παρούσα διαδικασία σύναψης της σύμβασης.».

12. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο. Η δε παράβαση ουσιωδών όρων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕΛΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI) και αντιστοίχως η παραβίαση τους εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993).

13. 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 Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. ό.π C-278/14, σκ. 27). Επομένως, δεν μπορούν να τεθούν εκποδών διατάξεις που θεσπίσθηκαν επί ποινή αποκλεισμού (βλ., στο ίδιο πνεύμα, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C 496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I 3801, σκέψη 115).

14. Επειδή, σύμφωνα με τις γενικές αρχές του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και κατ' αναλογία με τα παγίως κριθέντα από τη νομολογία στο

πλαίσιο εφαρμογής του ν. 3886/2010 (ΣΤΕ 219/2011, 884, 333, 140/2010, 11016/2009), τα οποία γίνεται δεκτό ότι ομοίως ισχύουν και για τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, με την άσκηση της προβλεφθείσας στο Βιβλίο IV του Ν. 4412/2016 Προδικαστικής Προσφυγής επιδιώκεται η εξασφάλιση της παροχής δικαστικής προστασίας στο κατάλληλο εκάστοτε χρονικό σημείο, ώστε αφενός μεν να διατάσσονται επικαίρως τα αναγκαία στη συγκεκριμένη περίπτωση μέτρα, προκειμένου να αποτρέπεται η δημιουργία καταστάσεων ικανών να βλάψουν τα έννομα συμφέροντα των διαγωνιζομένων, αφετέρου δε να μην παρακωλύεται, κατά τρόπο που υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο, η εξέλιξη της διαδικασίας του διαγωνισμού και η σύναψη της σύμβασης, με την αδικαιολόγητη παράταση της εκκρεμότητας σχετικά με τη νομιμότητα της διαδικασίας αυτής. Ειδικότερα, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της, κατά στάδια, προβολής των λόγων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣΤΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόπτοντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την Προδικαστική Προσφυγή (ΕΑ ΣΤΕ 305/2011, 65/2012).

15. Επειδή, ειδικότερα, όπως έχει κριθεί (ΣΤΕ 1667/2011 Ολομ.), με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, οι διαγωνιζόμενοι αποδέχονται πλήρως τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, με βάση τους οποίους διενεργείται ο διαγωνισμός και διαμορφώνονται οι υποβαλλόμενες προσφορές. Ως εκ τούτου, και για λόγους ασφάλειας του δικαίου, δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους τους παρεμπόππουσα, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της Διακήρυξης, την οποία δεν έχουν προσβάλει ευθέως εντός της προθεσμίας για την άσκηση της

αιτήσεως ακυρώσεως, με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας, ανεξαρτήτως του αν οι όροι αυτοί, σύμφωνα με τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς, αντίκεινται σε υπερκείμενους κανόνες δικαίου (ΣΤΕ 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008 και άλλες).

16. Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης, και, της αναλογικότητας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, «Γενικό Διοικητικό Δίκαιο», Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σελ. 191).

17. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει, όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 1ος τόμος, 15η έκδοση σελ. 138). Συνεπώς, εάν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει - όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια - παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, «Ελληνικό διοικητικό δίκαιο», 5η έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη, 1996, σελ. 319).

18. Επειδή, διακριτική ευχέρεια υπάρχει όταν οι κανόνες που καθορίζουν την αρμοδιότητα δεν προκαθορίζουν ακριβώς την ενέργεια του διοικητικού οργάνου, αλλά του αφήνουν ελευθερία δράσης να επιλέξει, μεταξύ άλλων, μεταξύ περισσότερων ρυθμίσεων τις οποίες επιτρέπει η εφαρμογή των διατάξεων αυτών παρέχοντάς του τη δυνατότητα, όταν πρόκειται να εκδώσει ατομικές διοικητικές πράξεις, να καθορίσει το ακριβές περιεχόμενο μιας πραγματικής αξιολογικής έννοιας είτε να θέσει τους όρους εφαρμογής της

διάταξης με τους οποίους κατά την κρίση του εξυπηρετείται καλύτερα το δημόσιο συμφέρον είτε να επιμετρήσει το ύψος της διοικητικής κύρωσης που πρέπει να επιβληθεί (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15η Έκδοση, 2017, αρ. 149, σελ. 139).

19. Επειδή, στο άρθρο 20 παρ. 1 και 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (Ν. 2690/1999) ορίζεται ρητώς ότι: «Όπου ο νόμος, για την έκδοση διοικητικής πράξης, προβλέπει προηγούμενη γνώμη (απλή ή σύμφωνη) ή πρόταση άλλου οργάνου, η μεν γνώμη διατυπώνεται ύστερα από ερώτημα του οργάνου που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα, η δε πρόταση υποβάλλεται με πρωτοβουλία του προτείνοντος οργάνου. Η γνώμη ή η πρόταση, πρέπει να είναι έγγραφη, αιτιολογημένη και επίκαιρη κατά το περιεχόμενό της. Το όργανο που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα δεν μπορεί να εκδώσει πράξη με περιεχόμενο διαφορετικό από αυτό της σύμφωνης γνώμης της πρότασης». Όπως, δηλαδή, προκύπτει ρητώς από τις ανωτέρω διατάξεις, *«η γνώμη προηγείται της έκδοσης της διοικητικής πράξης, η δε σύμφωνη γνώμη δεσμεύει τον αποδέκτη της, δηλ. το όργανο που ασκεί την αποφασιστική αρμοδιότητα, το οποίο υποχρεούται να εφαρμόσει το νόμο και να ενεργήσει κατά τον τρόπο που υποδεικνύει το όργανο που γνωμοδοτεί. Εάν διαφωνεί δεν δικαιούται να ενεργήσει αντίθετα προς την υπόδειξη της σύμφωνης γνώμης, δικαιούται όμως να απόσχει από κάθε ενέργεια, εφόσον έχει προς τούτο διακριτική ευχέρεια. Η τήρηση της διαδικασίας αυτής συνιστά ουσιώδη τύπο της διαδικασίας εκδόσεως της σχετικής διοικητικής πράξης και η μη τήρησή του συνεπάγεται ακυρότητα της πράξεως της Διοίκησης»* (ΝΣΚ 262/2008).

20. Επειδή, από την εξέταση του συνόλου των στοιχείων της εν λόγω υπόθεσης, λεκτέα είναι τα εξής:

- Μολονότι η προσφεύγουσα συνομολογεί ότι τηρήθηκε η προβλεπόμενη στις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 7 έως 9 του Ν. 4412/2016 γνωμοδοτική διαδικασία (1. αποστολή σχεδίου απόφασης της Επιτροπής Διενέργειας

Διαγωνισμού στην Επιτροπή του άρ. 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016, 2. εμπρόθεσμη έκδοση της Πράξης 27B της 27ης Συνεδρίασης της γνωμοδοτικής Επιτροπής της παρ. 9 (αρ. πρωτ. εισερχ. 2364/01.10.2010 Σύμφωνα Γνώμη) και 3. έκδοση Απόφασης από το Δ.Σ. του ..., με υιοθέτηση της ανωτέρω αρνητικής σύμφωνης γνώμης), εντούτοις, διαμαρτύρεται για το ότι η Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, αρκέστηκε «...σε μια γενικόλογη αναφορά περί μη επάρκειας των τεχνικών μέτρων και των μέτρων σε επίπεδο προσωπικού, χωρίς να εξειδικεύει σε ποιο ακριβώς αναφέρεται και σε τι συνίσταται η ανεπάρκεια αυτή, ενώ ουδόλως γίνεται εκτίμηση των επικαλούμενων μέτρων αυτοκάθαρσης σε σχέση με τη βαρύτητα των επιβληθεισών κυρώσεων, το μέγεθός τους, το μέγεθος της εταιρίας, τις εν γένει περιστάσεις επιβολής των κυρώσεων, όπως αυτές προκύπτουν από τις κατατεθειμένες προσφυγές μας και την εν γένει σοβαρότητα και επίπτωση του αποδιδόμενου παραπτώματος στη συμπεριφορά και τη φερεγγυότητα της εταιρίας μας για να εκτελέσει το εν θέματι έργο [...]».

Εν όψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η αιτιολογία της προσβαλλόμενης, υπ' αριθμ. 101/09.102020 Απόφασης της 21ης Συνεδρίασης του Δ.Σ του ... περί ανεπάρκειας των εκ μέρους της ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων (αυτοκάθαρσης), παρίσταται ελλιπής και ότι συντρέχει κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας της οικείας αναθέτουσας αρχής. Όπως μάλιστα χαρακτηριστικά αναφέρει, οι επίμαχες διατάξεις του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016: «...παρέχουν υπερβολικά ευρεία διακριτική ευχέρεια στα αρμόδια όργανα, χωρίς να προκύπτει ποια είναι τα όρια της συγκεκριμένης διακριτικής ευχέρειας και πότε τα επικαλούμενα μέτρα μπορεί να θεωρηθούν επαρκή ή ανεπαρκή. [...] Κατ' επέκταση, οι συγκεκριμένες διατάξεις, καθ' ο μέρος παρέχουν τέτοια υπερβολικά ευρεία διακριτική ευχέρεια για την απόρριψη των επικαλούμενων μέτρων αυτοκάθαρσης πρέπει να θεωρηθούν ανίσχυρες και μη εφαρμοστέες (πρβλ σχετικά ΣτΕ 3038/2008 Ολομ σκέψη 8 και Σ.τ.Ε. (Ολομ) 3316/2014 σκέψη 8) και μέχρι τη διόρθωση των σχετικών διατάξεων τα επικαλούμενα μέτρα αυτοκάθαρσης πρέπει να θεωρούνται ως κατά τεκμήριο επαρκή. [...]»

• Περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι: α) η οικεία αναθέτουσα αρχή προέβη σε όλες τις απαιτούμενες, κατ' άρθρο 73 παρ. 7 έως 9 του Ν. 4412/2016 προπαρασκευαστικές πράξεις και ουσιώδεις διατυπώσεις γνωμοδοτικής διαδικασίας και β) ότι, σύμφωνα με τη θεωρία, η σύμφωνη γνώμη της αρμόδιας Επιτροπής, δεσμεύει το αποφασίζον όργανο για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων, υπό την έννοια ότι το τελευταίο δεν μπορεί να ενεργήσει κατά τρόπο διαφορετικό από αυτόν που του υποδεικνύεται με τη γνωμοδότηση (ΣτΕ 460/2001, 2271/1998). Εν όψει των ανωτέρω, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. 101/09.10.2020 Απόφαση της οικείας αναθέτουσας αρχής δεν δύναται να αποστεί από την σύμφωνη γνώμη της προρρηθείσας Επιτροπής της παρ. 9 του άρθρου 73, ελέγχοντάς την κατ' ουσίαν, αλλά οφείλει να αποφανθεί σε σχέση με την επάρκεια των μέτρων θεραπείας της βαλλόμενης επαγγελματικής αξιοπιστίας της προσφεύγουσας, υιοθετώντας την κατά δέσμια αρμοδιότητα.

• Θα πρέπει στο σημείο αυτό να επισημανθεί ότι με τη διάταξη της παρ. 8 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, στην οποία η επίμαχη Διακήρυξη ρητά παραπέμπει με την παρ. 2.2.3.6, εισάγεται αρμοδιότητα της γνωμοδοτικής Επιτροπής – που συγκροτήθηκε, κατ' εξουσιοδότηση της παρ. 9 του άρθρου 73, με την υπ' αριθμ. 50844/2018 Υ.Α, με τίτλο: «Συγκρότηση και ορισμός μελών γνωμοδοτικής επιτροπής επί της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων οικονομικών φορέων προς απόδειξη της αξιοπιστίας τους» (ΥΟΔΔ 279/17.05.2018) – να αποφανθεί επί της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων που λαμβάνει ένας οικονομικός φορέας προς απόδειξη της αξιοπιστίας του. Η δε σύμφωνη γνώμη της ως άνω Επιτροπής, εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση σε αυτήν του Σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής, που θα πρέπει να συνοδεύεται από όλα τα σχετικά στοιχεία. Σύμφωνα με την ίδια διάταξη, μετά την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας, η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα.

Από το σύνολο των προαναφερθέντων προκύπτει σαφώς ότι, εν προκειμένω, ιδρύεται (άνευ ετέρου) δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής να

αποκλείσει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα (βλ. σχετ. ΔΕΦΑΘ 71, 94/2020 σκέψη 9, ad hoc Σ201/2020 Απόφαση Α.Ε.Π.Π σκέψη 26). Επομένως, κατά το γράμμα της εν θέματι Διακήρυξης και του νόμου, η απόρριψη της Προσφοράς της εταιρίας με τον δ.τ. «...», επιβλήθηκε κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής (βλ. σκέψεις 16 - 18 της παρούσας), μη δυνάμενης αυτής να αποστεί από την αρνητική σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής (βλ. σκέψη 19 της παρούσας Απόφασης και υπ' αριθμ. 523/2020 Απόφαση 7^{ου} Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π., σκέψη 27, εισηγήτρια: Χρυσάνθη Ζαράρη), όπως βασίμως ισχυρίζεται ο παρεμβαίνουσα και η αναθέτουσα αρχή, δοθέντος μάλιστα ότι ο ... προέβη σε όλες τις νόμιμες σχετικές ενέργειες προς λήψη της ως άνω γνώμης, κατά τα αναλυτικά εκτεθέντα στην παρούσα Απόφαση. Άλλωστε, και ο ίδια η προσφεύγουσα αποδέχεται τα ως άνω αναγραφόμενα, εξού και στρέφεται - μεταξύ άλλων - και κατά της συμβατότητας της επίμαχης διάταξης του άρθρου 73 παρ. 8 του Ν. 4412/2016 με το Σύνταγμα, αφού, όπως υποστηρίζει στην Προσφυγή της, δια αυτής παρέχεται *«υπερβολικά ευρεία διακριτική ευχέρεια για την απόρριψη των επικαλούμενων μέτρων αυτοκάθαρσης»* και ως εκ τούτου, πρέπει να θεωρηθεί ανίσχυρη και μη εφαρμοστέα.

Περαιτέρω, λαμβανομένου υπόψη ότι η προσφεύγουσα αποδέχθηκε τους όρους της επίμαχης Διακήρυξης, χωρίς ουδόλως να επικαλείται ότι προσέβαλε αυτούς επικαίρως, ή ότι υπέβαλε την Προσφορά της με επιφύλαξη, δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους της - με την παρούσα Προδικαστική Προσφυγή - αμφισβήτηση του κύρους των όρων της Διακήρυξης στο παρόν στάδιο της διαδικασίας, ήτοι, με την ευκαιρία της προσβολής μεταγενέστερων πράξεων της αναθέτουσας αρχής, ανεξαρτήτως του αν οι όροι αυτοί, σύμφωνα με τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς, αντίκεινται σε υπερκείμενους κανόνες δικαίου (βλ. σκέψεις 14 και 15 της παρούσας Απόφασης).

Με βάση τα ανωτέρω αναφερόμενα και δοθέντος ότι η προσφεύγουσα αποδέχθηκε πλήρως τη νομιμότητα των όρων της Διακήρυξης, με βάση τους οποίους διενεργείται ο ένδικος Διαγωνισμός, απορρίπτονται ως απαράδεκτοι οι ισχυρισμοί της, καθό μέρος στρέφονται κατά των όρων της Διακήρυξης και

γίνονται δεκτοί οι οικείοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

21. Επειδή, περαιτέρω, ως προκύπτει από την επισκόπηση της προσβαλλόμενης πράξης, το Δ.Σ του ... απεφάνθη με πλήρη, ειδική και εμπειριστατωμένη αιτιολογία επί της ανεπάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης που έλαβε η προσφεύγουσα, αξιολογώντας μάλιστα έκαστο εκ των δηλούμενων μέτρων (π.χ. EN ISO 9001:2015, OSHAS 18001:2007 ELOT 1801:2008, Βεβαιώσεις φορέων πιστοποιήσεις 07/11 και 06/11/2019, Βεβαιώσεις εποπτών, Επιστολή Δικηγόρου της εταιρίας (ημ. 02.05.2019), υπ' αριθμ. 53/23.09.20219 Πρακτικό Έκτακτης Συνέλευσης των εταίρων της εταιρίας περί λήψης επιπλέον μέτρων, Πρόγραμμα ωρών προσωπικού, Έγγραφα εκπαίδευσης προσωπικού 26 και 30.09.2019 κλπ), ξεχωριστά και εμπειριστατωμένα.

Πιο συγκεκριμένα, όσον αφορά στα δηλωθέντα εκ μέρους της προσφεύγουσας επανορθωτικά μέτρα και την επ' αυτών κρίση του Δ.Σ. του ..., το οποίο υιοθέτησε, κατά τα προρρηθέντα, τη σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής της παρ. 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, λεκτέα είναι τα εξής:

• **Σύστημα διαχείρισης ποιότητας ΕΛΟΤ EN ISO 9001:2015**

Ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας δήλωσε πως δια του ως άνω συστήματος διαχείρισης ποιότητας που διαθέτει, έχει αναπτύξει ένα σύστημα εποπτείας των έργων, που του επιτρέπει να προλαμβάνει σφάλματα που στο παρελθόν είχαν ως συνέπεια την επιβολή κυρώσεων από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας. Εντούτοις, από το κατατεθειμένο Πιστοποιητικό συμμόρφωσης με το Πρότυπο ΕΛΟΤ EN ISO 9001:2015 προκύπτει ότι η ημερομηνία της αρχικής πιστοποίησης είναι η 08η.02.2010, ήτοι, ότι η εταιρία διέθετε την σχετική πιστοποίηση ήδη κατά τον χρόνο επιβολής των επίμαχων κυρώσεων. Εκ του ανωτέρω λόγου, κρίθηκε ότι η εν θέματι πιστοποίηση δεν αποτελεί επαρκές επανορθωτικό μέτρο, δηλαδή, μέτρο ικανό να εγγυηθεί την αποφυγή παραβιάσεων της εργατικής νομοθεσίας που οδηγούν σε σχετικές κυρώσεις.

• Σύστημα διαχείρισης της υγείας και της ασφάλειας των εργαζομένων στην εργασία OHSAS 18001:2007/ ΕΛΟΤ 1801:2008

Η προσφεύγουσα δήλωσε, επίσης, ότι μέσω του ανωτέρω συστήματος διαχείρισης της υγείας και της ασφάλειας των εργαζομένων, έχει εκπαιδεύσει το προσωπικό ασφαλείας ως προς τις διαδικασίες που πρέπει να τηρούνται, ώστε να αποφεύγονται παρατυπίες ως προς την εφαρμογή της εργατικής νομοθεσίας. Εντούτοις, από το κατατεθειμένο Πιστοποιητικό συμμόρφωσης κατά OHSAS 18001:2007/ ΕΛΟΤ 1801:2008, προκύπτει ότι η ημερομηνία της αρχικής πιστοποίησης είναι η 20η.12.2013. ήτοι, ότι η εταιρία διέθετε την σχετική πιστοποίηση ήδη κατά τον χρόνο επιβολής των επίμαχων κυρώσεων. Εκ του ανωτέρω λόγου, κρίθηκε ότι η εν θέματι πιστοποίηση δεν αποτελεί επαρκές επανορθωτικό μέτρο, δηλαδή, μέτρο ικανό να εγγυηθεί την αποφυγή παραβιάσεων της εργατικής νομοθεσίας που οδηγούν σε σχετικές κυρώσεις.

• Δήλωση της εταιρίας περί μη αθέτησης των φορολογικών και κοινωνικοασφαλιστικών της υποχρεώσεων

Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι *«είναι απολύτως εντάξει στην εξόφληση εργοδοτικών και ασφαλιστικών εισφορών.»*. Επί αυτού, η γνωμοδοτική Επιτροπή και μετέπειτα, το Δ.Σ. του ..., έκριναν ότι: *«η μη αθέτηση των υποχρεώσεων του οικονομικού φορέα όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης δεν συνδέεται με οποιονδήποτε τρόπο με τις παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας και την διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος.»*.

• Υπ' αριθμ. 503/23.09.2019 Πρακτικό της έκτακτης Γενικής Συνέλευσης της εταιρίας για τη σύσταση νέας, ξεχωριστής Διεύθυνσης εντός του Τμήματος του Λογιστηρίου (Διεύθυνση Υποβολής στο ΕΡΓΑΝΗ Τροποποιητικών Ε4 Πινάκων Προσωπικού)

Προς περαιτέρω απόδειξη της λήψης επαρκών επανορθωτικών μέτρων, η προσφεύγουσα επικαλείται τη δημιουργία αυτοτελούς Διεύθυνσης, με αρμοδιότητα την παρακολούθηση των Πινάκων προσωπικού, μέτρο, που όπως υποστηρίζει, είναι ικανό να αποτρέψει την επανάληψη αντίστοιχων παραβάσεων. Με την προσβαλλόμενη πράξη κρίθηκε ότι: *«Από τα*

υποβαλλόμενα λοιπά στοιχεία που αφορούν την εφαρμογή των μέτρων σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο με αρ. 503/23-09-2019 Πρακτικό που καταθέτει Έκτακτης Συνέλευσης των εταιρών της εταιρείας περί λήψης επιπλέον μέτρων για την αποφυγή επιπλέον προστίμων για παραβάσεις εργατικής νομοθεσίας από της αρμόδιες αρχές και μετά την τελευταία πράξη υποβολής προστίμου από το ΣΕΠΕ την 12/09/2019 δεν αποδεικνύεται η σύσταση της νέας και ξεχωριστής διεύθυνσης εντός του τμήματος λογιστηρίου της εταιρείας, καθώς παραθέτει απλά και μόνο ένα παράρτημα οδηγίας του ΕΛΟΤ 1801 περί διεργασιών τοποθέτησης νέου προσωπικού.».

• Έγγραφα εκπαίδευσης προσωπικού

Η προσφεύγουσα κατέδειξε ως επαρκές μέτρο επανόρθωσης την εκπαίδευση του προσωπικού της και τις διαδικασίες τήρησης προγραμμάτων εργασίας. Με την προσβαλλόμενη Απόφαση κρίθηκε ότι: «Οι παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας δεν αφορούσαν ελλιπή εκπαίδευση του προσωπικού, ούτε συνεπώς τα σχετικά μέτρα εκπαίδευσης μπορούν να θεωρηθούν ως μέτρα αυτοκάθαρσης για τα συγκεκριμένα παραπτώματα.».

• Βεβαιώσεις εποπτών

Προς απόδειξη λήψης επαρκών μέτρων αυτοκάθαρσης, η προσφεύγουσα επικαλέστηκε και προσκόμισε τις Βεβαιώσεις του Αρχιεπόπτη Βορείου και Νοτίου Ελλάδος (αντίστοιχα), οι οποίοι ελέγχουν την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας.

Στην προσβαλλόμενη Απόφαση αναφέρονται σε σχέση με τις ανωτέρω Βεβαιώσεις, τα εξής: «Από τα παραπάνω προκύπτει ότι δεν εφαρμόστηκε σχετική αναδιοργάνωση προσωπικού, δεδομένου ότι από τις βεβαιώσεις εποπτών προκύπτει ότι παρακολουθούν τα έργα τα ίδια πρόσωπα από το 2007 έως και σήμερα.».

Ομοίως, στη σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016, αναφέρεται ότι: «Όπως προκύπτει από της σχετικές Βεβαιώσεις των Εποπτών και οι δύο εργάζονται και εκτελούν χρέη αρχιεπόπτη των έργων της εταιρείας από το 2017 έως και σήμερα (ημ. Υπογραφής βεβαίωσης 13/06/2019). Από τα στοιχεία του φακέλου, τα πρόστιμα έχουν υποβληθεί την 04-10-2018, 23-10-2018, 05/12/2018, 29/11/2018, 12/09/2019

και 29/11/2019, δηλαδή καθ' όλο το χρονικό διάστημα εκτέλεσης των καθηκόντων της, καθήκοντα που εκτελούν προφανώς έως και σήμερα – εφόσον δεν έχουν κατατεθεί της βεβαιώσεις που να αφορούν το χρονικό διάστημα από 13/06/2019 έως και την υποβολή της προσφοράς της εταιρείας – γεγονός που θέτει εν αμφιβόλω τα μέτρα ελέγχου για την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, καθότι τελικώς δεν έχουν αποφευχθεί οι Πράξεις Προστίμου. (τελευταία πράξη 29/11/2019.)»

• Βεβαίωση δικηγόρου ότι παρακολουθεί τις λειτουργίες του οικονομικού φορέα για την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας

Περαιτέρω, προς απόδειξη της λήψης ικανών μέτρων αυτοκάθαρσης, η προσφεύγουσα επικαλέστηκε και προσκόμισε βεβαίωση του δικηγόρου της, για το ότι επιβλέπει το λογιστήριο και τους διοικητικούς υπαλλήλους της σε σχέση με την τήρηση της εργατικής νομοθεσίας. Πλην όμως, είναι πρόδηλο ότι τέτοιου είδους βεβαίωση ουδόλως συνιστά απόδειξη «επανορθωτικού μέτρου», υπό την έννοια του άρθρου 73 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 και τούτο, διότι κατά πρώτον, η νομοθεσία δεν απονέμει εξουσία στους δικηγόρους, όπως βεβαιώσουν την μη παραβίαση των διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας και κατά δεύτερον, δεν αποδεικνύεται, εν προκειμένω, η σχέση εντολής του βεβαιούντος δικηγόρου δια της οποίας (κατά τη δήλωση του προσφεύγοντος) επιβλέπει διαρκώς τις λειτουργίες της συγκεκριμένης επιχείρησης.

Εκ του λόγου αυτού, στην προσβαλλόμενη πράξη επισημαίνεται η παράλειψη υποβολής της σχετικής πληρεξουσιότητας, που είχε ως συνέπεια, την αδυναμία αξιολόγησης - πολλώ δε μάλλον, της τυχόν διαπίστωσης της επάρκειας - του σχετικού μέτρου. Για τον λόγο, άλλωστε, αυτόν, απορρίπτονται οι οικείοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τους οποίους: «...Όσον αφορά τη Βεβαίωση του Δικηγόρου μας για την επίβλεψη του λογιστηρίου και των διοικητικών υπηρεσιών μας για την τήρηση της εργατικής νομοθεσίας, ενώ γίνεται μνεία αυτής στο οικείο πρακτικό, εντούτοις εν τέλει δεν αξιολογήθηκε, αφού η σχετική πρόταση παρέμεινε ημιτελής...»), καθόσον από την επίμαχη φράση, ως περιλαμβάνεται στην προσβαλλόμενη πράξη («Η Βεβαίωση του Δικηγόρου της εταιρίας για την επίβλεψη του λογιστηρίου και των διοικητικών

υπηρεσιών για την τήρηση της εργατικής νομοθεσίας (χωρίς να συνοδεύεται από το πληρεξούσιο)», ελλείπει εν τέλει μόνο η τελεία στο τέλος αυτής, το δε νόημά της είναι σαφές σε σχέση με το εξεταζόμενο ζήτημα.

• Υπ' αριθμ 61/2018 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ...

Προς τον σκοπό της απόδειξης της λήψης επαρκών επανορθωτικών μέτρων, η προσφεύγουσα επικαλέστηκε και προσκόμισε την ως άνω δικαστική απόφαση.

Με την προσβαλλόμενη Απόφαση κρίθηκε ότι: «Αναφορικά με την με αρ. 61/2018 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ... που κατέθεσε η εν λόγω εταιρεία, διαπιστώνουμε ότι αφορούσε καταγγελία σύμβασης μεταξύ της εταιρείας και αναθέτουσας αρχής (η αιτιολογία αναφέρεται αναλυτικώς στην με αρ. 61/2018 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ... περί αιτήσεως αναστολής Δικαστικής αποφάσεως). Η λύση επήλθε μετά από επιστροφή αθεώρητου ΧΕΠ από το Ελεγκτικό Συνέδριο και από το IV κλιμάκιο προληπτικού ελέγχου δαπανών του Ελ. Συνεδρίου. Η εταιρεία με Προσωρινή διαταγή και κατόπιν Αποφάσεως του αρμοδίου οργάνου ανέλαβε την εκτέλεση της σύμβασης έως την έκδοση της οριστικής απόφασης της δικαστηρίου, πέραν αυτού δεν κατέθεσε άλλο στοιχείο για την έκβαση της υπόθεσής της.».

• Δικαστική προσβολή των πράξεων επιβολής προστίμου

Κατά δήλωσή της, η προσφεύγουσα διαφωνεί με την επιβολή των προστίμων και εκτιμά ότι πολύ πιθανή η ευδοκίμηση των Προσφυγών της στα διοικητικά δικαστήρια. Εντούτοις, η δικαστική προσβολή των επίμαχων πράξεων επιβολής προστίμου δεν συνιστά «επανορθωτικό μέτρο», υπό την έννοια του άρθρου 73 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, καθώς απλά εμποδίζει την τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ των οικείων πράξεων και ως εκ τούτου, τη συνδρομή των προϋποθέσεων του έτερου λόγου αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 2γ του Ν. 4412/2016, που, όμως, δεν έτυχε εφαρμογής εν προκειμένω. Επίσης, οι όποιες δικαστικές Προσφυγές αποδεικνύουν μόνο ότι η εν λόγω εταιρία αμφισβητεί τις οικείες πράξεις επιβολής προστίμων εις βάρος της, όχι όμως και ότι τυχόν αποζημίωσε όποιους βλαπτόμενους ή ότι έλαβε ενεργά μέτρα για την εφεξής αποφυγή παραβάσεων. Σε κάθε περίπτωση, η άσκηση δικαστικής προσφυγής κατά της αποφάσεως περί λύσεως δημόσιας συμβάσεως που ελήφθη από αναθέτουσα

αρχή λόγω σοβαρών πλημμελειών που επιδείχθηκαν κατά την εκτέλεσή της, ουδόλως εμποδίζει την αναθέτουσα αρχή που προκηρύσσει νέο διαγωνισμό να προβεί σε οποιαδήποτε αξιολόγηση, κατά το στάδιο της επιλογής των διαγωνιζομένων, σχετικά με την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα τον οποίο αφορά η ως άνω λύση (απόφαση της 19ης Ιουνίου 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, σκ. 40-42). Στην προσβαλλόμενη πράξη αναφέρεται σχετικά ότι: *«Το γεγονός ότι η ως άνω εταιρεία έχει προσφύγει κατά των σχετικών αποφάσεων επιβολής προστίμων δεν αποδεικνύει συμμόρφωση ή αυτοκάθαρση, αντιθέτως αμφισβήτησή τους, η οποία όμως δεν έχει ακόμη κριθεί δικαστικά. Εξάλλου, για τις συγκεκριμένες αποφάσεις του ΣΕΠΕ δεν υπάρχει απόφαση αναστολής της εκτέλεσής τους, γεγονός που σημαίνει ότι αυτές είναι ενεργές και παράγουσες έννομα αποτελέσματα.»*

Σε γενικές γραμμές, η ίδια η προσφεύγουσα (βλ. σελ. 29 και επόμε. της Προσφυγής), δήλωσε ότι μετά την επιβολή των επίμαχων κυρώσεων, έλαβε οργανωτικά μέτρα συντονισμού λογιστηρίου, εποπτικών, έργων, νομικής υπηρεσίας κλπ, χωρίς, όμως, να έχει τίποτε εκ των ανωτέρω αποδειχθεί ενώπιον της γνωμοδοτικής Επιτροπής και της αναθέτουσας αρχής (ούτε ενώπιον της Α.Ε.Π.Π, η οποία, ούτως ή άλλως, δύναται μόνο να ελέγξει ακυρωτικά την κρίση περί επάρκειας μέτρων και όχι να την κρίνει εξαρχής η ίδια) και ιδίως, χωρίς να έχει αποδειχθεί ότι όλα τα ανωτέρω - συνδυαζόμενα μεταξύ τους - επιτυγχάνουν τον σκοπό αποφυγής περαιτέρω παραβάσεων. Εξάλλου, ομοίως απορριπτέοι είναι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί μη εκ προθέσεως παραβίασης της οικείας νομοθεσίας ή περί όλως μεμονωμένου χαρακτήρα των παραβάσεων (*«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...»*), αφού, ο αριθμός των εργαζομένων δεν συνιστά (αυτός καθαυτός) προϋπόθεση που άγει σε παραβίαση, εξάλλου εφόσον ο αριθμός των εργαζομένων είναι μεγαλύτερος τα

οργανωτικά μέτρα θα πρέπει να εξελίσσονται και να προσαρμόζονται, αναλόγως, ώστε να εξαλείφονται «οι ασυνεννοησίες» προς διασφάλιση μη παραβίασης της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας.

Επίσης, παρά τα όσα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, δεν εντάσσεται στην έννοια του «επανορθωτικού μέτρου» το γεγονός ότι «...ελέγχεται σταθερά και κατά περιόδους ιδιαίτερα συχνά από όλους τους ελεγκτικούς μηχανισμούς...» ή ότι «...ουδέν άλλο πρόστιμο της εργατικής νομοθεσίας .. επιβλήθηκε τους τελευταίους 12 μήνες...». Και τούτο, διότι, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 73 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τα μέτρα που μπορούν να ληφθούν υπόψη προς θεραπεία καταρχήν λόγου αποκλεισμού, πρέπει να συνίστανται σε συγκεκριμένες επιχειρηματικές πρακτικές ή σε συγκεκριμένες οργανωτικές, τεχνικές και διοικητικές παρεμβάσεις που ελήφθησαν από τον οικονομικό φορέα, τα οποία δύνανται αυτοτελώς ή σε συνδυασμό μεταξύ τους, να εξασφαλίσουν την αποφυγή αντίστοιχων παραβάσεων.

Επομένως, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, σε αντίθεση με όσα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η προσβαλλομένη Απόφαση του Δ.Σ. του ... είναι πλήρως και ειδικώς αιτιολογημένη και προέβη σε ad hoc αξιολόγηση όσων δήλωσε η προσφεύγουσα, ενώ, κατά τα διδάγματα της λογικής και της κοινής πείρας, ουδόλως προκύπτει ως προδήλως εσφαλμένη. Και τούτο, διότι το άρθρο 73 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 δεν αναφέρει ότι αρκούν οι επικλήσεις και οι περιγραφές τυχόν μέτρων, αλλά απαιτεί το πρώτον αποδεδειγμένη λήψη τους και εν συνεχεία, απόδειξη της επάρκειάς τους ως προς την αποφυγή νέων παραβάσεων, σε συνάρτηση με το πραγματικό της κάθε υπόθεσης. Εξάλλου, οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας κατά της αιτιολογίας μη απόδειξης της επάρκειας των επανορθωτικών της μέτρων, προβάλλονται και αλυσιτελώς, αφού εν τέλει δεν απέδειξε ότι η προσβαλλομένη πράξη ερείδεται σε πλάνη περί τα πράγματα ή ότι εκδόθηκε χωρίς αξιολόγηση του πραγματικού, καθώς, όπως προαναφέρθηκε, τα μέτρα που λαμβάνει ο οικονομικός φορέας αξιολογούνται, κατ' άρθρο 73 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, υπό το πρίσμα της συμβολής τους στην επίτευξη του σκοπούμενου αποτελέσματος (αξιοπιστία οικονομικού φορέα).

Σε κάθε δε περίπτωση, προϋπόθεση της διατύπωσης κρίσης για την επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων είναι η παραπάνω απόδειξη και τεκμηρίωση, περί της οποίας ο ίδιος ο οικονομικός φορέας φέρει το βάρος απόδειξης, δεδομένου ότι τα επανορθωτικά μέτρα θεσπίζονται ως ευχέρεια, κατ' εξαίρεση αποδοχής διαγωνιζομένου που ήδη καταρχήν εμπίπτει σε λόγο αποκλεισμού.

Κατ' αποτέλεσμα των ανωτέρω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί της αιτιολογίας της προσβαλλομένης πράξης απορρίπτονται ως αβάσιμοι, ούτε αυτή προκύπτει ως ελλιπής ή σε κάθε περίπτωση, ως εσφαλμένη και καθ' υπέρβαση των ορίων της οικείας αξιολογικής ευχέρειας των σχετικών γνωμοδοτικών και αποφασιστικών οργάνων. Επομένως, κάθε σχετικός ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί του αντιθέτου και κατά της αιτιολογίας της οικείας πράξης της αναθέτουσας αρχής και της σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, είναι απορριπτέος. Εν όψει των ανωτέρω, νομίμως, ήτοι, κατά τις διατάξεις της επίμαχης Διακήρυξης και του Ν. 4412/2016 και πλήρως αιτιολογημένως, εχώρησε ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας και για τον λόγο αυτόν, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της δέον απορριφθεί.

22. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και αντίστοιχα, να γίνει δεκτή η ασκηθείσα Παρέμβαση.

23. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το Παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Αριθμός απόφασης:1634/2020

Διατάσσει την κατάπτωση του προσκομισθέντος Παραβόλου (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23 Νοεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 14 Δεκεμβρίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Ελένη Λεπίδα