

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**4<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στις 20 Δεκεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Γεώργιος Κουκούτσης, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 11-11-2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 2119/12-11-2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «....», που εδρεύει στ.. ..., οδός ..., εφεξής «ο προσφεύγων», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του αναθέτοντος φορέα «... και κατά της υπ' αρ. 4183/14.10.2021 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της ..., με την οποία εγκρίθηκε το Πρακτικό αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, εφεξής «η προσβαλλομένη».

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλομένη.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 1.650,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την πληρωμή στην Τράπεζα Πειραιώς), που υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ της σύμβασης ποσού 330.000 ευρώ.

2. Επειδή, με την με αριθμ. πρωτ. ... διακήρυξη προκηρύχθηκε Ανοιχτός Ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου για την

«Παροχή υπηρεσιών Φύλαξης του Συστήματος της Γραμμής 1 της ...» (CPV: ... Υπηρεσίες Φύλαξης). Η εκτιμώμενη συνολική αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 409.200,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24% (προϋπολογισμός χωρίς Φ.Π.Α.: 330.000,00 €). Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε χρονικό διάστημα δύο (2) μηνών από την ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης. Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει της τιμής.

3. Επειδή, η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 26-08-2020 και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ), όπου έλαβε συστημικό αριθ. 96374.

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

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 11-11-2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 1-11-2021 β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν τέσσερις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων. Κατόπιν αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών, η επιτροπή του διαγωνισμού εισηγήθηκε με το Πρακτικό Ι την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, το οποίο επικυρώθηκε με την προσβαλλόμενη. Συνεπώς, ο προσφεύγων έχει έννομο συμφέρον στην άσκηση της προσφυγής κατά της απόρριψης της προσφοράς του καθώς υπέβαλε προσφορά και θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του στη ζημία του

από την παράνομη απόρριψη της προσφοράς του και το όφελος από την ανάδειξη του ίδιου ως προσωρινού αναδόχου.

7. Επειδή στις 11-11-2021 ο αναθέτων φορέας προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τύπου του διαγωνισμού προς τους έτερους ενδιαφερόμενους στη διαγωνιστική διαδικασία σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 2808/2021 Πράξη της Προέδρου του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου και την με αριθμ. 3222/2021 Πράξη του Προέδρου του 4<sup>ου</sup> Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης της Προσφυγής.

9. Επειδή, ο αναθέτων φορέας απέστειλε στην ΑΕΠΠ απόψεις επί της προδικαστικής προσφυγής, τις οποίες στις 29-11-2021 κοινοποίησε στον προσφεύγοντα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

11.Επειδή, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος: «[...] *B1. ΜΗ ΝΟΜΙΜΗ Η ΑΠΟΡΡΙΨΗ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ΜΑΣ. ΑΠΟΛΥΤΩΣ ΝΟΜΙΜΗ Η ΣΤΗΡΙΞΗ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ΜΑΣ ΣΤΙΣ ΙΚΑΝΟΤΗΤΕΣ ΤΗΣ ΤΡΙΤΗΣ ΔΑΝΕΙΖΟΥΣΑΣ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ «...». Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ «....» ΔΕΝ ΕΜΠΙΠΤΕΙ ΣΗΜΕΡΑ ΣΤΟΝ ΛΟΓΟ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ ΤΗΣ ΠΑΡ. 2.2.3.4 ΠΕΡ. Θ ΤΗΣ ΥΠΟ ΚΡΙΣΗ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΚΑΙ ΓΕΝΙΚΑ ΔΕΝ ΣΥΝΤΡΕΧΕΙ ΣΤΟ ΠΡΟΣΩΠΟ ΤΗΣ ΚΑΝΕΝΑΣ ΑΠΟΛΥΤΩΣ ΛΟΓΟΣ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ ΤΗΣ ΥΠΟ ΚΡΙΣΗ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ. Διότι η Αναθέτουσα Αρχή μη νομίμως και με όλως μη νόμιμη και αβάσιμη αιτιολογία απέρριψε την προσφορά της εταιρείας μας από τον υπό κρίση διαγωνισμό, καθώς η στήριξη της εταιρείας μας στις ικανότητες της τρίτης δανείζουσας εμπειρία εταιρείας «....» είναι απολύτως νόμιμη. Και τούτο διότι η τρίτη δανείζουσα εμπειρία εταιρεία «..Ε.» δεν εμπίπτει σήμερα στον λόγο αποκλεισμού της παρ. 2.2.3.4.θ της υπό κρίση διακήρυξης και γενικά δεν συντρέχει στο πρόσωπό της κανένας απολύτως λόγος αποκλεισμού της υπό κρίση διακήρυξης. Ως εκ τούτου, η παρούσα προσφυγή μας θα πρέπει να γίνει δεκτή στο σύνολό της. Ειδικότερα, η εταιρεία μας αποφάσισε να στηριχτεί στις ικανότητες της τρίτης εταιρείας «...»: Α) Ως προς την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια (κριτήριο 2.2.5 της υπό κρίση Διακήρυξης, παρ. Α, σελ. 18) :[...] Με την υπ' αρ. 4039/08.06.2021 Απόφαση*

## Αριθμός Απόφασης: 18/2022

του Διοικητικού Συμβουλίου της ...., η οποία μας κοινοποιήθηκε ως συνημμένο έγγραφο της με Αριθ. Πρωτ.: 9518/28.06.2021 Επιστολής της ...., με Θέμα: Εξέλιξη του διαγωνισμού ... με αντικείμενο την «Παροχή υπηρεσιών φύλαξης του συστήματος της Γραμμής 1», σε σχέση με την υπ' αρ. 506/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία (Επιστολή) μας κοινοποιήθηκε διά ανάρτησης στη διαδικτυακή πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ στις 05.07.2021, ζητήθηκε από την εταιρεία μας, εντός 15 ημερών από την κοινοποίηση της εν λόγω απόφασης, όπως δηλώσει εταιρεία στις ικανότητες της οποίας να στηρίζεται για τις συγκεκριμένες ανωτέρω απαιτήσεις και η οποία εταιρεία να μην εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού της σχετικής διακήρυξης. Η εταιρεία μας δε, με την από 15.07.2021 απάντηση στην ως άνω επιστολή της ...., πρότεινε την εταιρεία «.....», στις οποίας τις ικανότητες στηρίζεται η εταιρεία μας και η οποία ΔΕΝ εμπίπτει σήμερα στον λόγο αποκλεισμού της παρ. 2.2.3.4 περ. θ της υπό κρίση Διακήρυξης. Και τούτο διότι σύμφωνα με το άρθρο 68 παρ. 2 του Ν. 3863/2010, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 39 του Ν. 4488/13.9.2017 (ΦΕΚ Α' 137), η Αναθέτουσα Αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους, κατά την τελευταία διετία, τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υ.α. 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους ή δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Εντούτοις, εν προκειμένω, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την 05.07.2021, ήτοι την ημερομηνία κοινοποίησης στην εταιρεία μας της Επιστολής της ...., με την οποία μας κοινοποιεί την υπ' αρ. 4039/08.06.2021 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ...., με την οποία μας καλεί σε αντικατάσταση της τρίτης δανείζουσας εμπειρία εταιρείας «.....», έχει επιβληθεί στην εν λόγω εταιρεία, ήτοι την εταιρεία «.....» ΜΟΝΟ μία πράξη επιβολής προστίμου, και συγκεκριμένα: • Η

με αριθμό πρωτοκόλλου ... Πράξη Επιβολής Προστίμου «Πολύ υψηλής» σοβαρότητας του Τμήματος Συντονισμού Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας, Περιφερειακής Διεύθυνσης Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων Αθηνών, η οποία κοινοποιήθηκε την 23/08/2019 και με την οποία επιβλήθηκε στην εταιρεία αυτή πρόστιμο για παραβίαση του άρθρου 80 του Ν. 4144/2013, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει σήμερα, αφορά δηλαδή τροποποίηση του ωραρίου εργασίας του εργαζομένου. Κατά της ανωτέρω Πράξης Επιβολής Προστίμου έχει ασκηθεί νομίμως και εμπροθέσμως ενώπιον του Μονομελούς Διοικητικού Πρωτοδικείου Αθηνών η από 16/10/2019 (αρ. καταθ. ...) προσφυγή και για το λόγο αυτό η ... δεν έχει τελεσιδικήσει και δεν έχει δεσμευτική ισχύ. Σημειωτέον δε ότι η εν λόγω παράβαση, με την Υ.Α. 60201/Δ7.1422/31-12-2019 (ΦΕΚ Β΄ 4997/31-12-2019) κατηγοριοποίησης παραβάσεων και καθορισμός ύψους προστίμων που επιβάλλονται από τους Επιθεωρητές Εργασιακών Σχέσεων του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας (ΣΕΠΕ), έχει ήδη τραπεί σε «Σημαντικής» σοβαρότητας (βλ. Παράρτημα ΙΙ, περίπτωση 31 της ανωτέρω Υπουργικής Απόφασης). Επομένως, προκύπτει άνευ οιασδήποτε αμφισβήτησης ότι η εταιρεία «....» ΔΕΝ εμπίπτει σήμερα και ήδη από τις 05.07.2021, ήτοι την ημερομηνία κατά την οποία μας κοινοποιήθηκε η υπ' αρ. 4039/08.06.2021 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ....., σε κανένα λόγο αποκλεισμού της Διακήρυξης του διαγωνισμού ... της ... Σημειωτέον δε ότι στην προκειμένη περίπτωση μπορεί η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία που στηριχθήκαμε κατά την υποβολή της προσφοράς μας την 09/09/2020 και η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία που προτείνουμε στη συνέχεια, μετά την υπ' αριθμ. πρωτ. ... έγγραφη κλήση της Αναθέτουσας Αρχής για αντικατάσταση δανείζοντος τρίτου, να είναι το ίδιο νομικό πρόσωπο, ήτοι η εταιρεία «....» (Α.Φ.Μ. ..., Δ.Ο.Υ. ...), όμως η εν λόγω εταιρεία έχει άλλες ιδιότητες και «προσωπικά» χαρακτηριστικά σήμερα σε σχέση με την 09/09/2020. Ειδικότερα, βάσει της διατυπώσεως του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, παρ. 2 (γ) ως ισχύει, κρίσιμος χρόνος για τη διαπίστωση της συνδρομής των εκ του νόμου απαραίτητων χαρακτηριστικών - ιδιοτήτων στο πρόσωπο του υποψηφίου αναδόχου (ή του δανείζοντος σε αυτόν εμπειρία – όπως η εταιρεία ....) φαίνεται κατ' αρχήν να είναι ο χρόνος της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών. Όμως, κατά

εύλογη εκτίμηση και ερμηνεία, ο σκοπός του πλέγματος των ανωτέρω διατάξεων είναι, εν τέλει, να εκτιμηθεί αν ο υποψήφιος ανάδοχος (συμπεριλαμβανομένου του δανείζοντος σε αυτόν σχετική εμπειρία) είναι, στον παρόντα χρόνο, σε θέση να εκτελέσει προσηκόντως την εν θέματι σύμβαση, αξιόπιστα, με ακεραιότητα και σεβασμό προς τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας. Στην προκειμένη λοιπόν περίπτωση η εταιρεία ... μπορεί να ενέπιπτε στο λόγο αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4. περ. θ. όπως έκρινε η ΑΕΠΠ με την υπ' αριθμ. 506/2021 απόφασή της σε όμοια περίπτωση, κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς μας στον υπό κρίση διαγωνισμό, πλην όμως η ίδια εταιρεία κατά τον παρόντα χρόνο που ζητείται η αντικατάσταση δανείζοντος τρίτου από την Αναθέτουσα Αρχή, ήτοι κατά την 05/07/2021 ΔΕΝ ΕΜΠΙΠΤΕΙ στο λόγο αποκλεισμού της παρ. 2.2.3.4 περ. θ της διακήρυξης με αριθμό ... και γενικά ΔΕΝ ΣΥΝΤΡΕΧΕΙ στο πρόσωπό της κανένας απολύτως λόγος αποκλεισμού της υπό κρίση Διακήρυξης. Εξάλλου, δεν υπάρχει κάποια ρητή αναφορά στη νομοθεσία ότι απαγορεύεται (ή ότι συνιστά λόγο απόρριψης) η εκ νέου επαναστήριξη στις ικανότητες του ίδιου οικονομικού φορέα (με αυτόν που είχε δηλωθεί αρχικά) για τον οποίον πλέον, κατόπιν παρέλευσης χρονικού διαστήματος 10 μηνών από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, δεν συντρέχει κάποιος λόγος αποκλεισμού (βλ. ΑΔ ΗΟC απόφαση 4046/23.06.2021 του Διοικητικού Συμβουλίου της .... – διαγωνισμός ...). Δηλαδή η νομοθεσία ΔΕΝ απαγορεύει ρητά σε οιοδήποτε σημείο την εκ νέου δήλωση του ίδιου νομικού προσώπου ως τρίτης εταιρείας, σε διαφορετική χρονική στιγμή, όπως εν προκειμένω 8 περίπου μήνες μετά την υποβολή της προσφοράς, και με διαφορετικές συνθήκες οι οποίες ισχύουν κατά τον χρόνο κλήσης για αντικατάσταση του δανείζοντος τρίτου οικονομικού φορέα. Άλλωστε υπό το ανωτέρω (τελεολογικό) πρίσμα, αλλά και συστηματικώς, άλλωστε, η νομοθεσία (ενδεικτικά άρθρο 104 του Ν. 4412/2016) αποδέχεται και την, εν τω μεταξύ (ήτοι σε μεταγενέστερα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας), εμφιλοχώρηση «οψιγενών μεταβολών», οι οποίες δύναται να ερμηνευθούν και εν είδει μεταβολών κατόπιν π.χ λήψης επανορθωτικών μέτρων. Επομένως, η εταιρεία μας νομίμως στηρίζεται εκ νέου στην ικανότητα της εταιρείας «...» για τον υπό κρίση διαγωνισμό με αριθμό διακήρυξης ..., δεδομένου ότι κρίσιμος χρόνος

για την διαπίστωση της συνδρομής στο πρόσωπο της δανείζουσας εμπειρίας εταιρείας, των εκ του νόμου απαραίτητων χαρακτηριστικών - ιδιοτήτων για τη συμμετοχή της στην εν θέματι διαδικασία, είναι η ημερομηνία κοινοποίησης στην εταιρεία μας του υπ' αριθ. πρωτ.: 9518/28-06-2021 εγγράφου της «....», ήτοι η 05/07/2021, με το οποίο ζητείται η αντικατάσταση της εταιρείας «....», η οποία είναι, μεν, το ίδιο νομικό πρόσωπο, αλλά, λόγω της παρελεύσεως μεγάλου χρονικού διαστήματος (10 μηνών), διαθέτει άλλες ιδιότητες και «προσωπικά» χαρακτηριστικά, δηλαδή ΔΕΝ ΕΜΠΙΠΤΕΙ σε οιονδήποτε λόγο αποκλεισμού της διακήρυξης με αριθμό ... της «....». Β2. ΠΑΡΑΝΟΜΗ Η ΑΙΤΙΟΛΟΓΙΑ ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΜΑΣ. ΔΕΝ ΥΠΑΡΧΕΙ ΚΑΤΑ ΝΟΜΟ ΥΠΟΧΡΕΩΣΗ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ ΜΕ ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΗΣ ΑΕΠΠ ΠΟΥ ΑΦΟΡΑ ΑΛΛΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ ΚΑΙ ΑΛΛΗ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ. ΙΣΧΥΕΙ Η ΑΡΧΗ ΤΗΣ ΑΥΤΟΤΕΛΕΙΑΣ ΤΩΝ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΩΝ. Η ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ ΔΕΝ ΑΠΑΝΤΑΕΙ ΕΠΙ ΤΗΣ ΟΥΣΙΑΣ ΚΑΙ ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΜΕΝΑ ΣΧΕΤΙΚΑ ΜΕ ΤΟΝ ΛΟΓΟ ΓΙΑ ΤΟΝ ΟΠΟΙΟ ΑΠΕΡΡΙΨΕ ΤΗΝ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΜΑΣ. Διότι η Αναθέτουσα Αρχή με παράνομη αιτιολογία απέρριψε την προσφορά της εταιρείας μας από τον υπό κρίση διαγωνισμό, καθότι δεν υπάρχει κατά νόμο υποχρέωση συμμόρφωσης των Αναθετουσών Αρχών με αποφάσεις της ΑΕΠΠ που αφορούν άλλους διαγωνισμούς και άλλες διακηρύξεις. Ως εκ τούτου, η παρούσα προσφυγή μας θα πρέπει να γίνει δεκτή στο σύνολό της. Ειδικότερα, εν προκειμένω, στο Πρακτικό Αξιολόγησης το οποίο εγκρίθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, αναφέρεται επί λέξει[...] Εντούτοις, η ανωτέρω αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς μας είναι απολύτως παράνομη, καθότι ΔΕΝ ΥΠΑΡΧΕΙ ΚΑΤΑ ΝΟΜΟ ΥΠΟΧΡΕΩΣΗ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ ΜΕ ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΗΣ ΑΕΠΠ ΠΟΥ ΑΦΟΡΑ ΑΛΛΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ ΚΑΙ ΑΛΛΗ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ. Και τούτο διότι ισχύει η αρχή της αυτοτέλειας των διαγωνισμών. Ως εκ τούτου, ενόψει της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών, μη νομίμως και αβασίμως η Αναθέτουσα Αρχή επικαλείται προηγούμενους διαγωνισμούς, προκειμένου να στοιχειοθετήσει δήθεν λόγο απόρριψης της προσφοράς μας. (βλ. ΕΑ ΣτΕ 769/2011/ 1239/2010, 3280/2007, ΔΕφΑθ 200/2013). Αντιθέτως, η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα να απαντήσει επί της ουσίας και αιτιολογημένα, για ποιο λόγο απέρριψε την προσφορά μας από την

υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, και όχι να αναφέρει όλως μη νομίμως και αβασίμως ότι δήθεν υπέχει υποχρέωση συμμόρφωσης με απόφαση της ΑΕΠΠ που αφορά άλλο διαγωνισμό και άλλη διακήρυξη. Ωστόσο, η Αναθέτουσα Αρχή ΔΕΝ ΑΠΑΝΤΗΣΕ ΚΑΘΟΛΟΥ ΕΠΙ ΤΗΣ ΟΥΣΙΑΣ για ποιο λόγο απέρριψε την προσφορά μας από τον υπό κρίση διαγωνισμό. Συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση δεν είναι νομίμως αιτιολογημένη. Εξάλλου, αφ' ης στιγμής η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε την απόρριψη της προσφοράς μας, επικαλούμενη μία δήθεν κατά νόμο υποχρέωση συμμόρφωσής της με αποφάσεις της ΑΕΠΠ που αφορούν άλλο διαγωνισμό, τούτο σημαίνει ότι εάν δεν υπήρχε αυτή η δήθεν υποχρέωση συμμόρφωσης, η Αναθέτουσα Αρχή θα έκανε δεκτή την προσφορά μας στον υπό κρίση διαγωνισμό. Επομένως, γίνεται δεκτό άνευ οιασδήποτε αμφισβήτησης ότι η απόρριψη της προσφοράς μας από την υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία έλαβε χώρα παρανόμως και με όλως μη νόμιμη και αβάσιμη αιτιολογία[...]

12. Επειδή, σύμφωνα με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής: «[...]

«Η ίδια η προσφεύγουσα, πάντως, παραδέχεται ότι η δανείζουσα αυτήν εμπειρία εταιρεία ενέπιπτε στον ανωτέρω λόγο αποκλεισμού κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Ως αναφέρεται στο σχετικό χωρίο του εν θέματι πρακτικού[...] Περαιτέρω, επί του σχετικού νομικού θέματος έχει ήδη αποφανθεί η ΑΕΠΠ σε σχέση με τον παρεμφερή διαγωνισμό (6μηνης διάρκειας) της .... (βλέπε αποφάσεις ΑΕΠΠ 1358 και 1359/2021), οι δε αποφάσεις της αυτές δεν έχουν μέχρι τούδε ανατραπεί από άλλες, ίσης ή ανωτέρας τυπικής ισχύος. Ως γνωστόν, υφίσταται εκ του νόμου υποχρέωση συμμόρφωσης των Αναθετουσών Αρχών – Φορέων με τις ισχύουσες (ήτοι μη ανατραπείσες) αποφάσεις της ΑΕΠΠ, και, ευλόγως, τούτο, ανεξαρτήτως της αυτοτελείας εκάστης διαγωνιστικής διαδικασίας (την οποία επικαλείται η προσφεύγουσα), τουλάχιστον εφόσον το κριθέν ζήτημα είναι νομικό (άρα τυγχάνει γενικής εφαρμογής) και, επιπλέον, τα σχετικά πραγματικά περιστατικά, απολύτως ίδια. Τούτο, άλλωστε, επιβάλλεται και από τις αρχές της χρηστής διοικήσεως και του ενιαίου μέτρου κρίσεως, αλλά και από την εν γένει υποχρέωση επιδίωξης συστημικής (και νομολογιακής) ενότητας του εν ευρεία εννοία δικαϊκού πλαισίου[...]

13. Επειδή, το άρθρο 18 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης[...]2. Κατά την εκτέλεση των δημόσιων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α'. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους. [...] 4. Η υποχρέωση της παραγράφου 2: (α) επισημαίνεται στα έγγραφα της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 53 και (β) αποτελεί ειδικό όρο της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 130. 5. Η αθέτηση της υποχρέωσης της παραγράφου 2 συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα του οικονομικού φορέα κατά την έννοια της περίπτωσης θ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73. 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).».

14. Επειδή το άρθρο 73 του ν.4412/2016 ορίζει ότι: «[...] 2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: ... γ) γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας

που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. [...]4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με κατάλληλα μέσα αθέτηση των ισχυουσών υποχρεώσεων που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18, [...] θ) Εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του 5. Κατά παρέκκλιση από τα οριζόμενα στην περίπτωση β' της παρ. 4, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μην αποκλείει έναν οικονομικό φορέα, ο οποίος βρίσκεται σε μια εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην παραπάνω περίπτωση, υπό την προϋπόθεση ότι η αναθέτουσα αρχή έχει αποδείξει ότι ο εν λόγω φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψη τις ισχύουσες διατάξεις και τα μέτρα για τη συνέχιση της επιχειρηματικής του λειτουργίας, στην περίπτωση των καταστάσεων της περίπτωσης β' της παρ. 4. [...] 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα

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

15.Επειδή το άρθρο 78 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « [...] Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2. του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74.[...]» .

16. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 305 Ν.4412/2016 Χρήση των λόγων αποκλεισμού και των κριτηρίων επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι (άρθρο 80 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)

1. Οι αντικειμενικοί κανόνες, οι λόγοι αποκλεισμού και τα κριτήρια για την επιλογή των οικονομικών φορέων που υποβάλλουν αίτηση προεπιλογής σε ένα σύστημα προεπιλογής, καθώς και οι αντικειμενικοί κανόνες, οι λόγοι

αποκλεισμού και τα κριτήρια για την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων σε ανοικτή διαδικασία, σε κλειστή διαδικασία, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, σε ανταγωνιστικό διάλογο, σε σύμπραξη καινοτομίας ή σε απευθείας ανάθεση, μπορούν να περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που παρατίθενται στο άρθρο 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στο προαναφερόμενο άρθρο. Όταν ένας αναθέτων φορέας είναι αναθέτουσα αρχή, οι εν λόγω κανόνες περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που απαριθμούνται στις παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 περί λόγων αποκλεισμού, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στο εν λόγω άρθρο.

2. Τα κριτήρια και οι κανόνες που αναφέρονται στην παράγραφο 1 μπορούν να περιλαμβάνουν τα κριτήρια επιλογής που παρατίθενται στα άρθρα 75 έως 77, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό, ιδιαίτερα όσον αφορά στα όρια για τις απαιτήσεις που αφορούν τους ετήσιους κύκλους εργασιών».

17.Επειδή, στο άρθρο 308 του Ν.4412/2016 Κανόνες που εφαρμόζονται σε περίπτωση χρήσης των κριτηρίων αποκλεισμού και ποιοτικής επιλογής του Βιβλίου Ι (παρ. 3 του άρθρου 80 και υποπαράγραφος 2 της παρ. 1, καθώς και υποπαράγραφος 2 της παρ. 2 του άρθρου 79 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ):

1. Προς το σκοπό εφαρμογής του άρθρου 305, αν οι αναθέτοντες φορείς αναφέρονται στα κριτήρια αποκλεισμού ή επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι, εφαρμόζονται τα άρθρα 79, 80, και 81.

2. Προς το σκοπό εφαρμογής των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 307, εφόσον, δυνάμει του άρθρου 305, οι αναθέτοντες φορείς αναφέρονται στα κριτήρια αποκλεισμού ή επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι, οι αναθέτοντες φορείς ελέγχουν, σύμφωνα με την παράγραφο 1 εάν οι άλλοι φορείς στην ικανότητα των οποίων ο οικονομικός φορέας προτίθεται να στηριχθεί, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής ή εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, στους οποίους αναφέρονται οι αναθέτοντες φορείς, δυνάμει του άρθρου 73 και 74.

Ο αναθέτων φορέας απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει ένα φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον

οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 73, τους οποίους ανέφερε ο αναθέτων φορέας. Ο αναθέτων φορέας μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 4 του άρθρου 73.

18. Επειδή το άρθρο 68 του ν. 3863/2010 ορίζει ότι : «...2.α) Οι πράξεις επιβολής προστίμου που επιβάλλονται σε βάρος εταιρειών παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης καταχωρούνται στο αντίστοιχο «Μητρώο Παραβατών Εταιρειών Παροχής Υπηρεσιών Καθαρισμού ή/και Φύλαξης» που τηρείται στη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας. β) Η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, αμέσως μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, να υποβάλει γραπτό αίτημα προς τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για τη χορήγηση πιστοποιητικού, από το οποίο να προκύπτουν όλες οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος εκάστου των υποψήφιων εργολάβων. Το πιστοποιητικό αποστέλλεται στην αναθέτουσα αρχή μέσα σε δεκαπέντε (15) ημέρες από την υποβολή του αιτήματος. Σε περίπτωση άπρακτης παρέλευσης της προθεσμίας, η αναθέτουσα αρχή δικαιούται να προχωρήσει στη σύναψη της σύμβασης. γ) Η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β` 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους ή δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους.[...].».

19.Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : « [...] 1.4 Θεσμικό πλαίσιο. Η ανάθεση και εκτέλεση της σύμβασης διέπεται από την

κείμενη νομοθεσία και τις κατ' εξουσιοδότηση αυτής εκδοθείσες κανονιστικές πράξεις, όπως ισχύουν και ιδίως: [...] - του Ν. 3863/2010 (Α'115) «Νέο Ασφαλιστικό Σύστημα και συναφείς διατάξεις, ρυθμίσεις στις εργασιακές σχέσεις» (ιδίως σύμφωνα με το Ν. 4387/2016), [...] 2.2.3 Λόγοι αποκλεισμού. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) 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 Στις ακόλουθες περιπτώσεις: [...] γ) ο Αναθέτων Φορέας 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 [...] (θ) «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:... θ) εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του (ι) ειδικά για τη σύναψη σύμβασης παροχής υπηρεσιών φύλαξης και τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 113), όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, η αναθέτουσα αρχή αποκλείει τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους, 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. Επισημαίνεται ότι η αναθέτουσα αρχή αμέσως μετά την λήξη της ημερομηνίας υποβολής των προσφορών υποχρεούται να υποβάλλει γραπτό αίτημα στην Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού της Επιθεώρησης Εργασίας για την χορήγηση πιστοποιητικού από το οποίο να προκύπτουν όλες οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν επιβληθεί σε βάρος ενός εκάστου των εργολάβων. Το πιστοποιητικό αποστέλλεται στην αναθέτουσα αρχή μέσα σε 15 ημέρες από την αποστολή του αιτήματος. Σε περίπτωση άπρακτης προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή δικαιούται να προχωρήσει στη σύναψη της σύμβασης. Εάν στις περιπτώσεις (α) έως (ι) η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθορισθεί με αμετάκλητη απόφαση αυτή ορίζεται σε τρία χρόνια από την ημερομηνία του γεγονότος[...]

2.2.9 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής. 2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών. Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6, 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα 2, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος 1 του εν λόγω Κανονισμού. [...] Η υποβολή του ΕΕΕΣ παρέχει προαπόδειξη, αντικαθιστώντας τα σχετικά πιστοποιητικά που εκδίδονται από τις δημόσιες

αρχές ή τρίτα μέρη (άρθρα 79, 79Α του ν. 4412/2016 και Κατευθυντήρια Οδηγία 15 ΕΑΑΔΗΣΥ). [...] όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις πληροφορίες όσον αφορά τους φορείς αυτούς. 2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα. Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ' του ν. 4412/2016. Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8. της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (παράγραφοι 2.2.4-2.2.8). Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 2.2.3.1, 2.2.3.2. και 2.2.3.4.[...] 2.4.2.3 Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν ηλεκτρονικά με την προσφορά τους τα ακόλουθα: (α) έναν (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνονται τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά και η τεχνική προσφορά σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και την παρούσα διακήρυξη.[...].».

20.Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη

τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

21.Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 27). Περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. Ι-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. Ι-2043, σκέψη 54).

22. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό. 39. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της

διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

23. Επειδή, στον όρο 2.2.9.1 της διακήρυξης προβλέπεται ότι οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλουν με την προσφορά τους ΕΕΕΣ προς τον σκοπό προαπόδειξης, μεταξύ άλλων, της μη συνδρομής λόγου αποκλεισμού του όρου 2.2.3 της διακήρυξης. Ειδικότερα, σύμφωνα με τον όρο 2.2.3.2γ της διακήρυξης, αποκλείεται από τη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικός φορέας όταν αποδεικνύεται ότι έχουν επιβληθεί εις βάρος του μέσα σε χρονικό διάστημα δύο ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς είτε τρεις πράξεις επιβολής προστίμου για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας και οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις διενεργηθέντες ελέγχους είτε δύο πράξεις επιβολής προστίμου για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία και οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο διενεργηθέντες ελέγχους, μόνον εφόσον οι εν λόγω κυρώσεις έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Σημειωτέον ότι ο εν λόγω όρος της διακήρυξης ταυτίζεται ως προς το περιεχόμενο με τον υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 2 περ. γ' του Ν. 4412/2016. Επίσης, στον όρο 2.2.3.3 της διακήρυξης θεσπίζονται, μεταξύ άλλων, οι ακόλουθοι λόγοι αποκλεισμού οικονομικού φορέα : εάν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016 (περίπτωση α') και εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του (περίπτωση θ'). Θα πρέπει να επισημανθεί ότι οι ως άνω λόγοι αποκλεισμού ταυτίζονται ως προς το περιεχόμενο με τους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού των διατάξεων του άρθρου 73 παρ. 4 περ. α' και θ' του Ν. 4412/2016. Επομένως, με τη συμπερίληψη τους στη διακήρυξη που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα ανωτέρω, οι προαναφερθείσες περιπτώσεις του όρου 2.2.3.3

ανάγονται σε υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού (βλ. μεταξύ άλλων ΑΕΠΠ 648-649/2021). Επιπροσθέτως, στον όρο 2.2.3.3 (ι) της διακήρυξης διευκρινίζεται ότι ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται ιδίως τα προβλεπόμενα στο δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, ήτοι αν έχουν επιβληθεί εις βάρος του οικονομικού φορέα μέσα σε χρονικό διάστημα δύο ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς είτε τρεις πράξεις επιβολής προστίμου για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας και οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις διενεργηθέντες ελέγχους είτε δύο πράξεις επιβολής προστίμου για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο διενεργηθέντες ελέγχους, χωρίς να απαιτείται οι εν λόγω κυρώσεις να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, ήτοι στον όρο 2.2.3.3 (ι) της διακήρυξης ενσωματώνεται η διάταξη της παρ. 5 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016.

24.Επειδή περαιτέρω στον όρο 2.2.3.6 της διακήρυξης ρητώς ορίζεται ότι αν ο συμμετέχων εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στον όρους 2.2.3.2 γ) και 2.2.3.3 τότε μπορεί να προσκομίσει στοιχεία που να αποδεικνύουν ότι έλαβε μέτρα αυτοκάθαρσης, η δε απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων εκδίδεται κατά τη διαδικασία των παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, στον όρο 2.2.9.2 της διακήρυξης προβλέπεται ότι σε περίπτωση που οι συμμετέχοντες στηρίζονται στις ικανότητες τρίτου φορέα υποχρεούνται να προσκομίσουν με την προσφορά τους ΕΕΕΣ του τρίτου φορέα προκειμένου να προαποδείξουν ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπο του τρίτου φορέα κάποιος από τους λόγους αποκλεισμού του όρου 2.2.3 της διακήρυξης. Εφόσον δε συντρέχει λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3 της διακήρυξης για τον τρίτο φορέα, ο διαγωνιζόμενος υποχρεούται να τον αντικαταστήσει. Σημειωτέον ότι κατά το άρθρο 78 παρ. 2 του ν. 4412/2016 η αναθέτουσα αρχή οφείλει κατά δεσμία αρμοδιότητα να αιτηθεί από τον διαγωνιζόμενο την αντικατάσταση του τρίτου φορέα στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού.

25. Επειδή, εν προκειμένω, ο αναθέτων φορέας σε συμμόρφωση με την με αριθμ. 506/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ, διαπιστώνοντας ότι ο τρίτος δανείζων εμπειρία στον προσφεύγοντα οικονομικός φορέας («...») είχε υποπέσει σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα της παρ. 2.2.3.3.θ της υπό κρίση διακήρυξης, ζήτησε την αντικατάστασή του. Ειδικότερα, με την υπ' αρ. 4039/08.06.2021 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ....., η οποία κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα στις 05.07.2021, ζητήθηκε από τον τελευταίο, εντός 15 ημερών από την κοινοποίηση της εν λόγω απόφασης, όπως δηλώσει εταιρεία στις ικανότητες της οποίας να στηρίζεται και η οποία να μην εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού της σχετικής διακήρυξης. Ο προσφεύγων, με την από 15.07.2021 απάντησή του στην ως άνω επιστολή της ....., πρότεινε την ίδια ως άνω εταιρεία «...», επισημαίνοντας τα ακόλουθα: *«Διά του παρόντος, προτείνουμε την εταιρεία «...», στις ικανότητες της οποίας στηρίζεται η εταιρεία μας και η οποία ΔΕΝ εμπίπτει σήμερα στον λόγο αποκλεισμού της παρ. 2.2.3.4 περ. θ της υπό κρίση Διακήρυξης. Και τούτο διότι σύμφωνα δε με το άρθρο 68 παρ. 2 του Ν. 3863/2010, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 39 του Ν. 4488/13.9.2017 (ΦΕΚ Α' 137), η Αναθέτουσα Αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους, κατά την τελευταία διετία, τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υ.α 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους ή δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Εντούτοις, εν προκειμένω, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την 05.07.2021, ήτοι την ημερομηνία κοινοποίησης στην εταιρεία μας της Επιστολής της ....., με την οποία μας κοινοποιεί την υπ' αρ. 4039/08.06.2021 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ....., με την οποία μας καλεί σε αντικατάσταση της τρίτης δανείζουσας εμπειρία εταιρείας «...», έχει επιβληθεί*

στην εν λόγω εταιρεία, ήτοι την εταιρεία «...» ΜΟΝΟ μία πράξη επιβολής προστίμου, και συγκεκριμένα: • Η με αριθμό πρωτοκόλλου ... Πράξη Επιβολής Προστίμου «Πολύ υψηλής» σοβαρότητας του Τμήματος Συντονισμού Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας, Περιφερειακής Διεύθυνσης Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων Αθηνών, η οποία κοινοποιήθηκε την 23/08/2019 και με την οποία επιβλήθηκε στην εταιρεία αυτή πρόστιμο για παραβίαση του άρθρου 80 του Ν. 4144/2013, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει σήμερα, αφορά δηλαδή τροποποίηση του ωραρίου εργασίας του εργαζομένου. Κατά της ανωτέρω Πράξης Επιβολής Προστίμου έχει ασκηθεί νομίμως και εμπροθέσμως ενώπιον του Μονομελούς Διοικητικού Πρωτοδικείου Αθηνών η από 16/10/2019 (αρ. καταθ. ...) προσφυγή και για το λόγο αυτό η ... δεν έχει τελεσιδικήσει και δεν έχει δεσμευτική ισχύ. Σημειωτέον δε ότι η εν λόγω παράβαση, με την Υ.Α. 60201/Δ7.1422/31-12-2019 (ΦΕΚ Β΄ 4997/31-12-2019) κατηγοριοποίησης παραβάσεων και καθορισμός ύψους προστίμων που επιβάλλονται από τους Επιθεωρητές Εργασιακών Σχέσεων του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας (ΣΕΠΕ), έχει ήδη τραπεί σε «Σημαντικής» σοβαρότητας (βλ. Παράρτημα ΙΙ, περίπτωση 31 της ανωτέρω Υπουργικής Απόφασης). Επομένως, προκύπτει άνευ οιασδήποτε αμφισβήτησης ότι η εταιρεία «...» ΔΕΝ εμπίπτει σήμερα και ήδη από τις 05.07.2021, ήτοι την ημερομηνία κατά την οποία μας κοινοποιήθηκε η υπ' αρ. 4039/08.06.2021 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ....., σε κανένα λόγο αποκλεισμού της Διακήρυξης του διαγωνισμού ... της ..... Κατόπιν των ανωτέρω εκτεθέντων, προτείνουμε ως τρίτη δανείζουσα εμπειρία εταιρεία, στις ικανότητες της οποίας στηριζόμαστε ως προς την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια (κριτήριο 2.2.5, παρ. Α. της υπό κρίση Διακήρυξης), και ειδικότερα την απαίτηση «...οι οικονομικοί φορείς πρέπει να έχουν ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών των τριών (3) τελευταίων διαχειριστικών χρήσεων (2016, 2017, 2018) 200% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης...», και ως προς την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (κριτήριο 2.2.6, παρ. Α. της υπό κρίση Διακήρυξης), και ειδικότερα την απαίτηση «Κατά τη τελευταία τριετία 2017, 2018 και 2019 να έχουν εκτελέσει σύμφωνα και με την οικεία παράγραφο του άρθρου 2.2.9.2. Β4: τουλάχιστον μία (1) σύμβαση η αξία της οποίας να ισούται ή υπερβαίνει το 100% της

προϋπολογιζόμενης δαπάνης της υπό ανάθεση σύμβασης, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και για χρονικό διάστημα ανάλογο της υπό ανάθεση σύμβασης», την εταιρεία «....», καθότι δεν συντρέχει σήμερα στο πρόσωπό της ο λόγος αποκλεισμού της παρ. 2.2.3.4 περ. θ της υπό κρίση Διακήρυξης, και γενικά δεν συντρέχει στο πρόσωπό της κανένας απολύτως λόγος αποκλεισμού της υπό κρίση Διακήρυξης. Σημειωτέον δε ότι στην προκειμένη περίπτωση μπορεί η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία που στηριχθήκαμε κατά την υποβολή της προσφοράς μας την 09/09/2020 και η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία που προτείνουμε τώρα, μετά την υπ' αριθμ. πρωτ. 9518/28-06-2021 έγγραφη κλήση σας για αντικατάσταση δανείζοντος τρίτου, να είναι το ίδιο νομικό πρόσωπο, ήτοι η εταιρεία «....» (Α.Φ.Μ. ..., Δ.Ο.Υ. ...), όμως η εν λόγω εταιρεία έχει άλλες ιδιότητες και «προσωπικά» χαρακτηριστικά σήμερα σε σχέση με την 09/09/2020. Ειδικότερα, βάσει της διατυπώσεως του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, παρ. 2 (γ) ως ισχύει, κρίσιμος χρόνος για τη διαπίστωση της συνδρομής των εκ του νόμου απαραίτητων χαρακτηριστικών - ιδιοτήτων στο πρόσωπο του υποψηφίου αναδόχου (ή του δανείζοντος σε αυτόν εμπειρία – όπως η εταιρεία ....) φαίνεται κατ' αρχήν να είναι ο χρόνος της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών. Όμως, κατά εύλογη εκτίμηση και ερμηνεία, ο σκοπός του πλέγματος των ανωτέρω διατάξεων είναι, εν τέλει, να εκτιμηθεί αν ο υποψήφιος ανάδοχος (συμπεριλαμβανομένου του δανείζοντος σε αυτόν σχετική εμπειρία) είναι, στον παρόντα χρόνο, σε θέση να εκτελέσει προσηκόντως την εν θέματι σύμβαση, αξιόπιστα, με ακεραιότητα και σεβασμό προς τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας. Στην προκειμένη λοιπόν περίπτωση η εταιρεία .... μπορεί να ενέπιπτε στο λόγο αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4. περ. θ. όπως έκρινε η ΑΕΠΠ με την υπ' αριθμ. 506/2021 απόφασή της σε όμοια περίπτωση, κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς μας στον υπό κρίση διαγωνισμό, πλην όμως η ίδια εταιρεία κατά τον παρόντα χρόνο που ζητείται η αντικατάσταση δανείζοντος τρίτου από την Αναθέτουσα Αρχή, ήτοι κατά την 05/07/2021 ΔΕΝ ΕΜΠΙΠΤΕΙ στο λόγο αποκλεισμού της παρ. 2.2.3.4 περ. θ της διακήρυξης με αριθμό ... και γενικά ΔΕΝ ΣΥΝΤΡΕΧΕΙ στο πρόσωπό της κανένας απολύτως λόγος αποκλεισμού της υπό κρίση Διακήρυξης. Εξάλλου, δεν υπάρχει κάποια ρητή αναφορά στη νομοθεσία ότι απαγορεύεται (ή ότι συνιστά λόγο

απόρριψης) η εκ νέου επαναστήριξη στις ικανότητες του ίδιου οικονομικού φορέα (με αυτόν που είχε δηλωθεί αρχικά) για τον οποίο πλέον, κατόπιν παρέλευσης χρονικού διαστήματος 10 μηνών από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, δεν συντρέχει κάποιος λόγος αποκλεισμού (βλ. ΑΔ ΗΟC απόφαση 4046/23.06.2021 του Διοικητικού Συμβουλίου της .... – διαγωνισμός ...). Δηλαδή η νομοθεσία ΔΕΝ απαγορεύει ρητά σε οιοδήποτε σημείο την εκ νέου δήλωση του ίδιου νομικού προσώπου ως τρίτης εταιρείας, σε διαφορετική χρονική στιγμή, όπως εν προκειμένω 8 περίπου μήνες μετά την υποβολή της προσφοράς, και με διαφορετικές συνθήκες οι οποίες ισχύουν κατά τον χρόνο κλήσης για αντικατάσταση του δανείζοντος τρίτου οικονομικού φορέα. Άλλωστε υπό το ανωτέρω (τελολογικό) πρίσμα, αλλά και συστηματικώς, άλλωστε, η νομοθεσία (ενδεικτικά άρθρο 104 του Ν. 4412/2016) αποδέχεται και την, εν τω μεταξύ (ήτοι σε μεταγενέστερα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας), εμφιλοχώρηση «οψιγενών μεταβολών», οι οποίες δύναται να ερμηνευθούν και εν είδει μεταβολών κατόπιν π.χ λήψης επανορθωτικών μέτρων. Επομένως, η εταιρεία μας νομίμως στηρίζεται εκ νέου στην ικανότητα της εταιρείας «...» για τον υπό κρίση διαγωνισμό με αριθμό διακήρυξης ..., δεδομένου ότι κρίσιμος χρόνος για την διαπίστωση της συνδρομής στο πρόσωπο της δανείζουσας εμπειρίας εταιρείας, των εκ του νόμου απαραίτητων χαρακτηριστικών - ιδιοτήτων για τη συμμετοχή της στην εν θέματι διαδικασία, είναι η ημερομηνία κοινοποίησης στην εταιρεία μας του υπ' αριθ. πρωτ.: 9518/28-06-2021 εγγράφου της «.....», ήτοι η 05/07/2021, με το οποίο ζητείται η αντικατάσταση της εταιρείας «.....», η οποία είναι, μεν, το ίδιο νομικό πρόσωπο, αλλά, λόγω της παρελεύσεως μεγάλου χρονικού διαστήματος (10 μηνών), διαθέτει άλλες ιδιότητες και «προσωπικά» χαρακτηριστικά, δηλαδή ΔΕΝ ΕΜΠΙΠΤΕΙ σε οιονδήποτε λόγο αποκλεισμού της διακήρυξης με αριθμό ... της «.....».

26. Επειδή, εν συνεχεία, ο αναθέτων φορέας αποφάσισε την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος με την κάτωθι αιτιολογία ως, επί λέξει, αναφέρεται στο συμπροσβαλλόμενο πρακτικό αξιολόγησης των προσφορών [...]λαμβανομένων υπ' όψιν : 1) Της από τις 15/07/2021 σχετικής απαντητικής επιστολής της .... μέσω της οποίας μας γνωστοποιείται η αντικατάσταση της 3ης εταιρείας από την ίδια εταιρεία 2) Των από τις 19/08/21 ΑΕΠΠ (με αρ.

*αποφάσεων 1358 και 1359/2021 που αναφέρονται στον παρεμφερή διαγωνισμό ... (Εξάμηνης διάρκειας), βάσει των οποίων έγιναν αποδεκτές οι προδικαστικές προσφυγές (όπου προσφεύγουσες ήταν οι εταιρείες: ..., ...), εξάγονται τα εξής: Δεδομένης της κατά νόμον υποχρέωσης των Αναθετουσών Αρχών – Φορέων με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ, τις αρχές της χρηστής διοικήσεως και του ενιαίου μέτρου κρίσεως, η προσφορά της εταιρείας .... απορρίπτεται (σύμφωνα με τα ανωτέρω αναφερόμενα στις προαναφερθείσες αποφάσεις της ΑΕΠΠ)[...]».*

27. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.9.2 της διακήρυξης, που αποτελεί το ειδικό κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται, καταρχήν, κατά την υποβολή της προσφοράς. Το αυτό ισχύει και για τους φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται ο προσφέρων οικονομικός φορέας, οι οποίοι, ομοίως, υποχρεούνται ν' αποδεικνύουν ότι, καταρχήν, κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο πληρούν τα κριτήρια επιλογής, κατά τα άρθρα 2.2.5 με 2.2.8 και περαιτέρω ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό τους οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης. Πλην, όμως, εν προκειμένω, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης και συνομολογεί ο προσφεύγων, στο πρόσωπο του τρίτου στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται συνέτρεχε κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.3 θ της διακήρυξης, γεγονός που ήδη κρίθηκε με την απόφαση 506/2021 της ΑΕΠΠ και ουδόλως αμφισβητεί ο προσφεύγων. Γι'αυτό, άλλωστε, ζητήθηκε η αντικατάσταση του τρίτου δανείζοντος φορέα. Συνεπώς, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπο του τρίτου δανείζοντος εμπειρία φορέα λόγοι αποκλεισμού καθώς κατά τον χρόνο αντικατάστασης αυτού, κατόπιν πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής, δεν συνέτρεχε τέτοιος λόγος, δεν έχει έρεισμα στη διακήρυξη αφού ο εν λόγω ισχυρισμός ερείδεται επί συνθηκών, γεγονότων και ιδιοτήτων ως έχουν και συντρέχουν κατά τον χρόνο της κλήσης προς αντικατάσταση του τρίτου, ήτοι μετά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς και άρα, ουδόλως αναιρούν τον λόγο αποκλεισμού του τρίτου κατά τον αυτοτελώς κρίσιμο χρόνο υποβολής της προσφοράς. Ουδόλως δε η

το πρώτον κτήση εκ του τρίτου των προσόντων συμμετοχής που όφειλε ήδη κατά τον χρόνο της προσφοράς να διαθέτει, καθιστούν αυτόν νόμιμο αντικαταστάτη αφού το κρίσιμο σημείο για τη διάγνωση ακριβώς της συνδρομής λόγου αποκλεισμού του ως τρίτου και της ανάγκης αντικατάστασής του, είναι αυτό της υποβολής της προσφοράς. (βλ. ΑΕΠΠ 1358, 1359/2021). Άλλωστε, εν προκειμένω δεν μπορεί να γίνει λόγος για αντικατάσταση του τρίτου, ως ειδικώς με την πρόσκλησή του αιτήθηκε ο αναθέτων φορέας. Ειδικότερα, δεδομένου ότι κρίθηκε δια της ως άνω απόφασης της ΑΕΠΠ ο οικείος λόγος αποκλεισμού του τρίτου, ο αναθέτων φορέας δύνατο να ζητήσει αντικατάσταση του τρίτου και ειδικότερα, εφόσον ασκούσε τη σχετική διακριτική του ευχέρεια, όπως και άσκησε, όφειλε πλέον να αποδεχθεί την προσφορά του προσφεύγοντος μόνο σε περίπτωση τέτοιας αντικατάστασης από τρίτο που όντως πληροί τα προσόντα συμμετοχής. Σε αντίθεση δε με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, η έννοια της αντικατάστασης είναι όλως σαφής και ουδόλως χρήζει ειδικότερης επισήμανσης περί αντικατάστασης του τρίτου με άλλον εκτός του εαυτού του ούτε υφίσταται το επικαλούμενο νομοθετικό κενό, αφού η ίδια η αντικατάσταση φύσει σημαίνει αλλαγή του αντικαθιστώμενου με άλλο πρόσωπο και δεν νοείται αντικατάσταση κάποιου από τον εαυτό του και άρα, εν προκειμένω, ουδόλως έλαβε χώρα αντικατάσταση. Κατ' άρ. 308 παρ. 2 Ν. 4412/2016 ο τρίτος αντικαθίσταται όποτε συντρέχει εις βάρος του λόγος αποκλεισμού και δη, ήδη αν προκύψει τέτοιος κατά τον χρόνο της προσφοράς, όπως αντιστοίχως θα αποκλειόταν άνευ ετέρου ο προσφέρων αν ο λόγος αποκλεισμού συνέτρεχε στο πρόσωπό του, ουδόλως δε νοείται θεώρηση του ιδίου του αντικαθιστωμένου ως νέου και αντικαταστάτη του εαυτού του, υπό «άλλες ιδιότητες και προσωπικά χαρακτηριστικά» που το πρώτον κτώνται κατά τον χρόνο αξιολόγησης του αντικαταστάτη, όπως αντιστοίχως δεν νοείται αποδοχή προσφέροντος, ήδη αποκλειστέου κατά τον χρόνο της προσφοράς, επειδή τυχόν απέκτησε εν μέσω της αξιολόγησης τα προσόντα που όφειλε να έχει, ήδη κατά τον χρόνο προσφοράς του και τυχόν θεωρούμενου ως «νέου προσφέροντος» στη θέση του αρχικού, που ήταν ο εαυτός του. Περαιτέρω, εν προκειμένω, ο προσφεύγων με τους ισχυρισμούς του επανέρχεται επί του ιδίου ζητήματος, που κρίθηκε ήδη από την ΑΕΠΠ και

άρα, πλέον, όσον αφορά αυτό καθαυτό το ίδιο ακριβώς ζήτημα και το ίδιο ακριβώς πραγματικό και κανόνα, δεν χωρεί παρά συμμόρφωση κατ' άρ. 367 παρ. 3 Ν. 4412/2016 του αναθέτοντος φορέα. Σε διαφορετική περίπτωση θα δύνατο ο αναθέτων να επανέρχεται διαρκώς στο ίδιο ζήτημα και να μεταβάλλει την εξαρχής κρίση του, ώστε να αποφεύγει τη συμμόρφωση με την επικυρωτική της προηγούμενης κρίσης του, Απόφασης ΑΕΠΠ, κατά καταστρατήγηση των οικείων διατάξεων. Κατόπιν των ανωτέρω απορριπτέοι τυγχάνουν οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί εσφαλμένης άλλως ελλιπούς αιτιολόγησης της προσβαλλομένης, ως αυτή νομίμως, σε κάθε περίπτωση, συμπληρώνεται με τις απόψεις του αναθέτοντος φορέα. Σημειώνεται δε ότι η αναφορά της προσβαλλομένης σε υποχρέωση συμμόρφωσης με αποφάσεις της ΑΕΠΠ, που εκδόθηκαν επί παρομοίων ζητημάτων που ανέκυψαν σε άλλους διαγωνισμούς, ναι μεν δεν είναι ορθή ως προς τούτο το σημείο, ενόψει της αυτοτέλειας εκάστης διαγωνιστικής διαδικασίας, πλην, όμως το παραπάνω γεγονός αφενός μεν δεν αναιρεί την κατά τα λοιπά ορθότητα της αιτιολογίας και σε κάθε περίπτωση έχει κριθεί ότι ακόμα και η ενδεχόμενη πλημμελής αιτιολογία της προσβαλλόμενης δεν έχει επίπτωση στο κύρος αυτής, εάν ορθώς απορρίφθηκε η προσφορά της συμμετέχουσας εταιρείας ως απαράδεκτη, όταν γίνεται δεκτό ότι και με την μη ορθή αιτιολογία η προσβαλλόμενη είναι ορθή ως προς το διατακτικό της (βλ. Μ. Πικραμένος, Η αιτιολογία των διοικητικών πράξεων και ο ακυρωτικός δικαστικός έλεγχος, εκδ. Σάκκουλα, 2012, σελ. 344 επόμε.).

28. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η προσφυγή πρέπει ν' απορριφθεί.

29. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων πρέπει να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20-12-201 και εκδόθηκε στις 7-1-2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΥΚΟΥΤΣΗΣ**

**ΓΕΩΡΓΙΟΣ – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ**