

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 13 Φεβρουαρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση –Πρόεδρος- Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 2-10-2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1199/2.10.2019 «.....» (εφεξής «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στη,, αρ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Υπουργείου/Γενική Γραμματεία Υπ. / Γενική Διεύθυνση/ Διεύθυνση (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται και κατά

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «.....» και τον δ.τ. «.....», που εδρεύει στην, οδός, αρ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρεία επιδιώκει να ακυρωθούν: 1) Η υπ' αριθμ./23-09-2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί «της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων των οικονομικών φορέων και που αφορούν τον ηλεκτρονικό ανοιχτό δημόσιο μειοδοτικό διαγωνισμό για το έργο της φύλαξης των κτιρίων της Γ.Γ..... επί των οδών στο και της της Γ.Γ..... επί της στις της αρ./12-6-2018 διακήρυξης», με την οποία αφενός η προσφεύγουσα «αποκλείστηκε από τη συνέχεια του διαγωνισμού ενώ εγκρίθηκε η συνέχιση της συμμετοχής της» 2) Η υπ' αριθμ. .../2019 αρνητική σύμφωνη γνώμη της Γνωμοδοτικής Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 8 του Ν. 4412/2016.

Με την παρέμβαση η παρεμβαίνουσα επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης και την απόρριψη της υπό εξέταση προσφυγής.

Αριθμός Απόφασης: Σ 201/2020

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την με αριθμό/12.6.2018 διακήρυξη του Υπουργείου Οικονομικών ως αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοιχτός δημόσιος διαγωνισμός με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για το έργο της φύλαξης διαφόρων κτιρίων του Υπουργείου Οικονομικών. Ο διαγωνισμός διαιρείται σε επτά (7) τμήματα : Α (κτίριο επί της οδού), Β (κτίριο), Γ (κτίριο ΓΓ.....,), Δ (κτίριο ΓΓ....), Ε (Κτίριο), ΣΤ (κτίριο), Ζ (κτίριο). Στο διαγωνισμό γίνονται δεκτές προσφορές για ένα ή περισσότερα τμήματα. Το σύνολο της εκτιμώμενης δαπάνης ανέρχεται στο ποσό των 1.205.125 ευρώ χωρίς ΦΠΑ. Στο διαγωνισμό συμμετείχαν τέσσερις οικονομικοί φορείς: Η προσφεύγουσα «.....», οι εταιρείες «.....», «.....», και η παρεμβαίνουσα «.....» και όλοι τους υπέβαλαν προσφορές και για τα επτά τμήματα του διαγωνισμού. Δυνάμει της με αριθ. πρωτ/29-8-2018 απόφασης έγκρισης Πρακτικού ελέγχου δικαιολογητικών και τεχνικής αξιολόγησης η Αναθέτουσα Αρχή αποδέχθηκε τις τεχνικές προσφορές και των τεσσάρων συμμετεχουσών εταιρειών. Κατόπιν έλαβε χώρα η ηλεκτρονική αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών των τεσσάρων συμμετεχόντων οικονομικών φορέων. Η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού, αφού εξέτασε τις οικονομικές προσφορές των συμμετεχουσών εταιρειών, κατάρτισε αναλυτικούς πίνακες με τις οικονομικές προσφορές ανά κτίριο/προσφέροντα οικονομικό φορέα/διοικητικό κόστος-αναλώσιμα και με το εργολαβικό κέρδος με το συνολικό κόστος προ και μετά ΦΠΑ και στη συνέχεια, αφού, δε, μελέτησε τους παραπάνω πίνακες με τις οικονομικές προσφορές, διαπίστωσε ότι υπάρχουν ασυνήθιστα χαμηλές τιμές αφενός για την προσφεύγουσα εταιρεία, όσον αφορά στον υπολογισμό του ποσού του εύλογου εργολαβικού κέρδους και αφετέρου για την εταιρεία «.....», όσον αφορά στον υπολογισμό του ποσού του εύλογου διοικητικού κόστους-αναλωσίμων και του εργολαβικού κέρδους της κατατεθειμένης Οικονομικής Προσφοράς τους ανά κτίριο (Α,Β,Γ,Δ,Ε,Ζ και ΣΤ). Με την με αριθ. πρωτ./17-10-2018 απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής απορρίφθηκαν οι

Αριθμός Απόφασης: Σ 201/2020

οικονομικές προσφορές των δύο ως άνω εταιρειών ως ασυνήθιστα χαμηλές για τους προαναφερόμενους λόγους και ανακηρύχθηκαν προσωρινοί ανάδοχοι οι εταιρείες «.....» και «.....». Κατά της απόφασης αυτής οι ως άνω εταιρείες υπέβαλαν, σύμφωνα με τα άρθρα 360 και επ. του ν. 4412/2016, ενώπιον της Αρχής Εκδίκασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.), προδικαστικές προσφυγές, οι οποίες απορρίφθηκαν με την 1091-1092/2018 απόφαση της Α.Ε.Π.Π, ενώ έγιναν δεκτές αντίστοιχες παρεμβάσεις των εταιρειών «.....» και «.....». Η προσφεύγουσα εταιρεία άσκησε ενώπιον της ΑΕΠΠ την ως άνω προδικαστική προσφυγή κατά το μέρος που απορρίφθηκε η οικονομική προσφορά της για τα κτίρια Β, Δ, Ε, ΣΤ και Ζ και όχι για το κτίριο Γ, στο οποίο στεγάζεται η ΓΓ.... . Με την με αριθμό/2019 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ακυρώθηκε η με αριθμό 1091-1092/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας, ως ασυνήθιστα χαμηλή. Η διαδικασία σε ότι αφορά στη φύλαξη του κτιρίου Γ (της ΓΓ.....) συνεχίστηκε με την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των εταιρειών «.....» και «.....» και με την με αριθμό/23-1-2019 κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού και αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος για τη φύλαξη του κτιρίου Γ η εταιρεία «.....», ενώ με την με αριθμό/2019 Πράξη του Ζ κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου κρίθηκε ότι δεν κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης για την Παροχή Υπηρεσιών Φύλαξης του κτιρίου της ΓΓΠΣ (κτίριο Γ) επί των οδών στο μεταξύ του Υπουργείου και της παραπάνω εταιρείας. Ενώ εκκρεμούσε η διαδικασία του προσυμβατικού ελέγχου ενώπιον του Ελεγκτικού Συνεδρίου η αναθέτουσα αρχή ζήτησε από το Σώμα Επιθεώρησης εργασίας (ΣΕΠΕ) βεβαιώσεις σχετικά με την επιβολή ή μη προστίμων υψηλής και πολύ υψηλής σοβαρότητας στην εταιρεία «.....», καθώς και στην προσφεύγουσα εταιρεία, προκειμένου να ολοκληρωθεί ταχύτερα η διαγωνιστική διαδικασία. Με το με αριθμό/5-3-2019 έγγραφο το ΣΕΠΕ γνωστοποίησε την επιβολή προστίμων υψηλής και πολύ υψηλής σοβαρότητας τόσο στην εταιρεία «.....», όσο και στην προσφεύγουσα για παραβάσεις που έλαβαν χώρα κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας. Στη συνέχεια η αρμόδια επιτροπή επί της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων οικονομικών φορέων προς απόδειξη της αξιοπιστίας τους του Υπουργείου, με το με αριθμό

Αριθμός Απόφασης: Σ 201/2020

.../2019 πρακτικό της, αποφάσισε ομόφωνα την παροχή σύμφωνης γνώμης ως προς την επάρκεια των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων για την εταιρεία «.....», και τη μη παροχή σύμφωνης γνώμης για την προσφεύγουσα εταιρεία. Ακολούθησαν στη συνέχεια δυο αποφάσεις : α. Η/23.9.2019 απόφαση του Υπουργού Επικρατείας, που αφορά στα κτίρια Γ και Δ της ΓΓ....., σύμφωνα με το περιεχόμενο της οποίας έγινε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας «.....», μετά την παροχή σύμφωνης γνώμης για την επάρκεια των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων που έχουν ληφθεί από αυτή επί των προστίμων που της επιβλήθηκαν από το ΣΕΠΕ και απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας «.....», μετά την μη παροχή σύμφωνης γνώμης για την επάρκεια των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων που έχουν ληφθεί από αυτή επί των προστίμων που της επιβλήθηκαν από το ΣΕΠΕ και β. Η με αριθμό πρωτοκόλλου/5-11-2019 απόφαση του Υπουργού Οικονομικών, με όμοιο περιεχόμενο, που αφορά όλα τα υπόλοιπα κτίρια (Α,Β,Ε,ΣΤ, Ζ), πλην των κτιρίων Γ και Δ που – ως υπολαμβάνει η Δεφ... .../2020 - ανήκουν στη ΓΓ..... . Κατά της/23.9.2019 απόφασης του Υπουργού Επικρατείας με την οποία αποκλείστηκε από τη συνέχεια του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα εταιρεία άσκησε την 2-10-2019 προδικαστική προσφυγή της με αίτημα την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης καθώς επίσης και της .../2019 αρνητικής σύμφωνης γνώμης της Γνωμοδοτικής Επιτροπής του άρθρου 73 παρ.8 του ν. 4412/2016. Το παρόν κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με την με αριθμό 1319/2019 απόφαση ΑΕΠΠ απέρριψε την προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας, ως απαράδεκτη, με την αιτιολογία ότι η προσβαλλόμενη με την προδικαστική προσφυγή απόφαση είναι ανυπόστατη, λόγω αναρμοδιότητας του οργάνου που την υπογράφει (Υπουργός Επικρατείας). Με την με αριθμό καταχώρησης ANM .../5-12-2019 η προσφεύγουσα αιτήθηκε την αναστολή εκτέλεσης της τελευταίας αυτής απόφασης κι εκδόθηκε η απόφαση με αριθμό .../2020 του Διοικητικού Εφετείου

3. Επειδή, στις σκέψεις 11 και 12 της ως άνω με αριθμό .../2020 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου, αναφέρεται ρητώς «11. *Επειδή κατ' ακολουθία, δεδομένου ότι η απόφαση που προσβλήθηκε με προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ αφορούσε στα κτίρια που στεγάζονται υπηρεσίες της ΓΓ....., αρμοδίως υπεγράφη αυτή από τον Υπουργό ... στον οποίο έχει*

Αριθμός Απόφασης: Σ 201/2020

ανατεθεί η διοίκηση των υπηρεσιών του ..., και ο οποίος είναι και ο διατάκτης των πιστώσεων που αφορούν τις δαπάνες της ως άνω Γενικής Γραμματείας που μεταφέρθηκε στο Για το λόγο αυτό η απόφαση του Υπουργού ... πιθανολογείται σοβαρά ότι είναι υποστατή, ως υπογραφείσα από το αρμόδιο προς τούτο όργανο. Συνεπώς η κρίση της προσβαλλόμενης πράξης της ΑΕΠΠ, με την οποία απορρίφθηκε ως απαράδεκτη η προδικαστική προσφυγή της αιτούσας, στηριζόμενη στην εκδοχή ότι η προσβαλλόμενη απόφαση παρουσιάζει το πρόδηλο νομικό ελάττωμα της έκδοσή της από κατά κλάδον αναρμόδιο όργανο συνιστώντας πράξη ανυπόστατη κι επομένως είναι ipso jure νομικά ανίσχυρη, μη δημιουργώντας έρεισμα για την έκδοση άλλων διοικητικών πράξεων και ακολούθως ότι αυτή στερούμενη της προστασίας του τεκμηρίου νομιμότητας δεν έχει τα χαρακτηριστικά της εκτελεστής διοικητικής πράξης, οπότε απαραδέκτως βάσει του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, βάλλει κατά αυτής η αιτούσα, πιθανολογείται σοβαρώς ως μη νόμιμη.

12. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη αίτηση πρέπει να γίνει δεκτή, παρελκούσης ως αλυσιτελούς της εξέτασης των λοιπών λόγων αυτής, να απορριφθεί η ασκηθείσα παρέμβαση και να ανασταλεί η εκτέλεση της 1319/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ καθώς και η πρόοδος του επίμαχου διαγωνισμού, έως τη δημοσίευση απόφασης επί της αιτήσεως ακυρώσεως, την οποία οφείλει να ασκήσει η αιτούσα εντός δέκα (10) ημερών από την επίδοση σε αυτήν της παρούσας απόφασης, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 372 παρ. 4 του ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η υπόθεση πρέπει να επιστραφεί στην ΑΕΠΠ για να εξετάσει κατ' ουσίαν την προδικαστική προσφυγή της αιτούσας εντός της προβλεπόμενης από το νόμο 20ήμερης προθεσμίας, που αναβιώνει μετά την αποδοχή της κρινόμενης αίτησης και αρχίζει από την επομένη της επιδόσεως της παρούσας απόφασης (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 1261/2008, 940/2007, 67/2007 κ.α.)». Σε συνέχεια της ανωτέρω αιτιολογίας με την απόφαση 9/2020 του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών έγινε δεκτή η αίτηση της προσφεύγουσας, ανεστάλη η εκτέλεση της 1319/2019 απόφασης της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών κατά το σκεπτικό και αναπέμφθηκε η υπόθεση στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

4. Επειδή στις 7/2/2020 απεστάλη ηλεκτρονικά προς την Πρόεδρο του Κλιμακίου, το με αρ. πρωτ. .../7.2.2020 διαβιβαστικό έγγραφο της

Αριθμός Απόφασης: Σ 201/2020

Αναπληρώτριας Προέδρου της ΑΕΠΠ καθώς και η υπ' αρ. .../2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου προκειμένου το Κλιμάκιο να προβεί σε διαδικασία συμμόρφωσης στο χρόνο που αναφέρεται στο σκεπτικό αυτής. Επισημαίνεται ότι επί του κοινοποιηθέντος αντιγράφου της ως άνω απόφασης αναγράφεται χειρόγραφα ότι επεδόθη την 27.1.2020 ενώ φέρει αριθμό εισερχομένου εγγράφου ΑΕΠΠ 249/27.1.2020. Σε συμμόρφωση προς την ως άνω υπ' αριθμ. .../2020 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου και κατόπιν της ως άνω αναφερθείσας χρέωσης της υπόθεσης στο 5ο Κλιμάκιο από την Αναπληρώτρια Πρόεδρο της Α.Ε.Π.Π., εκδίδεται η παρούσα απόφαση.

5. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, από το παρόν Κλιμάκιο κρίνονται τα ακόλουθα :

6. Επειδή, στο Βιβλίο IV του ν. 4412/2016, ορίζονται τα εξής: Τίτλος 1: Πεδίο εφαρμογής. Άρθρο 346 «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 2 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών [ΑΕΠΠ], σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368», όπως η παράγραφος 1 τροποποιήθηκε με το άρθρο 107 παρ. 49 του ν. 4497/2017 (Α' 171).

7. Επειδή, σύμφωνα με το Άρθρο 360 του ίδιου νόμου «1.Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπομένων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, 2, Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων

Αριθμός Απόφασης: Σ 201/2020

βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών. 3. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1». Σύμφωνα, δε, με το άρθρο 362 του ίδιου νόμου «1. Η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία δεν διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται στην ΑΕΠΠ. Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της», όπως η παρ. 1 αντικαταστάθηκε με το άρθρο 49 παρ. 3 του ν. 4456/2017 (Α' 24).

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π., σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις, επιλαμβάνεται προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά πράξεων ή παραλείψεων αναθετουσών αρχών που εκδίδονται/συντελούνται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτές προσβάλλονται ενώπιόν της, από κάθε πρόσωπο το οποίο έχει ή είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση, εξετάζοντας τους προβαλλόμενους πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς των μερών και αποφαινεται αιτιολογημένα. Η αρμοδιότητα ελέγχου και ακύρωσης της Α.Ε.Π.Π. εκτείνεται αποκλειστικά επί πράξεων και παραλείψεων που ανήκουν ορισμένα και συγκεκριμένα στο λεγόμενο «προσυμβατικό» στάδιο, ήτοι τη συγκεκριμένη διαδικασία και αλυσίδα επιμέρους σταδίων, που, σύμφωνα με τον ν. 4412/2016, κατατείνει στη σύναψη δημόσιας σύμβασης έργου, προμήθειας και υπηρεσίας.

9. Επειδή, η παράβαση ουσιώδους τύπου και η αναρμοδιότητα αφορούν την εξωτερική νομιμότητα της διοικητικής πράξης (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμο 2, 14η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2011, σελ. 124-128). Η έννοια, δε, της αρμοδιότητας είναι άμεση απόρροια της αρχής της νομιμότητας, δεδομένου ότι η Διοίκηση οφείλει ή μπορεί να προβαίνει μόνο στις ενέργειες που προβλέπονται ή επιτρέπονται από τους κανόνες δικαίου που τη διέπουν και, συνεπώς, τα διοικητικά όργανα μπορούν να εκδίδουν νομίμως διοικητικές πράξεις (ΣτΕ 2006/1965, 1602/1987) ή να προβαίνουν σε προπαρασκευαστικές πράξεις (απλές γνώμες ή προτάσεις) ή να συνάπτουν συμβάσεις ή να προβαίνουν σε υλικές ενέργειες, μόνον εφόσον έχουν

Αριθμός Απόφασης: Σ 201/2020

σχετική αρμοδιότητα (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμο 1, 15η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 129).

10. Επειδή, η αιτιολογική έκθεση της Οδηγίας της Ε.Ε. 24/2014 αναφέρει σχετικά με τα επανορθωτικά μέτρα : *«Θα πρέπει, ωστόσο, να επιτρέπεται στους οικονομικούς φορείς να υιοθετούν μέτρα συμμόρφωσης με στόχο την άρση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων 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».* Αντιστοίχως, το άρθρο 57 της Οδηγίας αναφέρει στις παρ. 6 και επόμενες τα εξής *«Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας αντιμετωπίζει μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία από τα οποία να τεκμαίρεται 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 προμήθειας .ELL 94/128 Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης 28.3.2014* Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με

Αριθμός Απόφασης: Σ 201/2020

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. Σε περίπτωση που 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 προμήθειας 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. 7. Τα κράτη μέλη καθορίζουν τους όρους εφαρμογής του παρόντος άρθρου, βάσει νομοθετικών, κανονιστικών ή διοικητικών διατάξεων και τηρουμένου του ενωσιακού δικαίου. Καθορίζουν, ιδίως, τη μέγιστη περίοδο αποκλεισμού σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας δεν λάβει μέτρα για να αποδείξει την αξιοπιστία του, όπως αυτά ορίζονται στην παράγραφο 6. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί από τελεσίδικη απόφαση, η περίοδος αυτή δεν υπερβαίνει τα πέντε έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με τελεσίδικη απόφαση στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην πρώτη παράγραφο και τρία έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 6».

11. Επειδή, το άρθρο 73 του Ν. 4412/2016 αναφέρει σχετικώς στις παρ. 7-9 τα κάτωθι : «7. «Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού.

Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με

Αριθμός Απόφασης: Σ 201/2020

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 ..., του Υπουργού ..., καθώς και του Υπουργού Η ως άνω επιτροπή συγκροτείται με απόφαση του Υπουργού ... 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 ...».

12. Επειδή, σύμφωνη είναι η γνώμη όταν δεσμεύει το όργανο που αποφασίζει, με την έννοια ότι το όργανο αυτό μπορεί ή να εκδώσει την πράξη σύμφωνα με την γνώμη ή, εάν δεν την αποδέχεται, με ειδική αιτιολογία, να μην εκδώσει την πράξη. Έχει, όμως, δυνατότητα να μην εκδώσει την πράξη, μόνον όταν ενεργεί στο πλαίσιο διακριτική ευχέρειας, η οποία το επιτρέπει (ΣΤΕ

Αριθμός Απόφασης: Σ 201/2020

3898/1986), διότι διαφορετικά η μη εμπρόθεσμη έκδοση της πράξης συνιστά παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας. Επισημαίνεται ότι η γνωμοδότηση πρέπει να είναι έγγραφη και αιτιολογημένη και να στηρίζεται σε επίκαιρα στοιχεία (ΣΤΕ 2843/2006). Κατά τη θεωρία, δε, η αρνητική σύμφωνη γνώμη εφόσον δεν ακολουθήσει η πράξη του αποφασίζοντος οργάνου – στην οποία και ενσωματώνεται – έχει εκτελεστό χαρακτήρα υπό την έννοια ότι εμποδίζει το όργανο που έχει αποφασιστική αρμοδιότητα να εκδώσει θετική πράξη (Στε 1718/2004) ή το υποχρεώνει στην έκδοση αρνητική πράξης (βλ. ΑΕΠΠ 1319/2019). Αυτό είναι εύλογο, εφόσον η αρνητική σύμφωνη γνώμη αποτελεί η ίδια το εμπόδιο για την ικανοποίηση του διοικουμένου, και επομένως, η προσβολή της είναι απαραίτητη για την δικαστική του προστασία (βλ. Απόστολος Γέροντας, Σωτήρης Λύτρας, Προκόπης Παυλόπουλος, Γλ. Σιούτη, Σπυριδών Φλογαίτης, Διοικητικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, Δ' έκδοση, 2018, σελ. 209 «Η γνωμοδοτική διαδικασία – Οι γνώμες», Γλ Σιούτη). Συνεπώς, η αρμοδιότητα του οργάνου που διατυπώνει τη γνώμη δεν έχει αμιγή γνωμοδοτικό χαρακτήρα. Περαιτέρω, την περίπτωση της αρνητικής σύμφωνης γνώμης, η τυχόν μεταβολή της συνιστά ανάκληση διοικητικής πράξης και επιτρέπεται μόνο κατά τους κανόνες της ανάκλησης (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμο 2, 14η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2011, σελ. 131-133).

13. Επειδή, στη διακήρυξη του επίδικου διαγωνισμού, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο αυτού δεσμεύοντας τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους (βλ. Ε.Α. 523/2010, 16/2011), προβλέπονται ως αυτοτελείς λόγοι αποκλεισμού, μεταξύ άλλων α) η αθέτηση εκ μέρους του υποψήφιου οικονομικού φορέα των υποχρεώσεων που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016, μεταξύ των οποίων και αυτών της εργατικής νομοθεσίας και β) η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, το οποίο θέτει «εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του», ως τέτοιο δε παράπτωμα νοείται, πλην άλλων, για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, και η αναφερόμενη στην περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 Ν. 3862/2010 περίπτωση, ήτοι η επιβολή σε βάρος οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς, τριών (3) πράξεων επιβολής προστίμου από τα αρμόδια

Αριθμός Απόφασης: Σ 201/2020

ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, «υψηλής» ή/και «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους. Εξάλλου, όπως προεκτέθηκε, η διακήρυξη ενέταξε στο σύστημα κανόνων, που διέπουν τον επίδικο διαγωνισμό, το ν. 3863/2010 (βλ. σκ 21 των «Έχοντας υπόψη»), το οποίο περιέχει ειδική πρόβλεψη ως προς το ζήτημα του αποκλεισμού των υποψήφιων αναδόχων για τις δημόσιες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης. Περαιτέρω, σύμφωνα με την επισήμανση της σελίδας 15 της διακήρυξης (βλ. και άρθρα 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016) ο ανωτέρω λόγος αποκλεισμού υποψηφίου δεν είναι αυτόματος, αλλά δύναται να αρθεί, εφόσον αυτός προσκομίσει στοιχεία από τα οποία προκύπτει ότι έλαβε επαρκή επανορθωτικά μέτρα τα οποία τεκμηριώνουν την αξιοπιστία του (βλ. ΔεφΑθ 382/2019).

14. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 367 «Διαδικασία λήψης απόφασης - συνέπειες αποφάσεων ΑΕΕΠ» του Ν. 4412/2016 «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια. ...». Σύμφωνα με την ως άνω διάταξη, η Α.Ε.Π.Π. ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη (ολικώς ή μερικώς) μόνο σε περίπτωση αποδοχής της προδικαστικής προσφυγής.

15. Επειδή με την παρ. 43 άρθρου 43 Ν.4605/2019 (ΦΕΚ Α 52/1.4.2019) προστέθηκε παρ. 5 στο ως άνω αναφερθέν άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ως εξής «5. Η Α.Ε.Π.Π. επιλαμβάνεται αποκλειστικά επί θεμάτων που τίγονται με την προσφυγή και δεν μπορεί να ελέγξει παρεμπιπτόντως όρους της διακήρυξης ή ζητήματα που αφορούν τη διενέργεια της διαδικασίας.».

Αριθμός Απόφασης: Σ 201/2020

16. Επειδή σύμφωνα με την υπ' αριθμ. .../2018 απόφαση της ΕΑ ΣΤΕ έχει κριθεί ότι «...Σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις των παραγράφων 2 και 3 του άρθρου 367 του Ν 4412/2016 (και τις αντίστοιχες διατάξεις των παραγράφων 4 και 5 του άρθρου 18 του ΠΔ 39/2017), σε περίπτωση αποδοχής της προδικαστικής προσφυγής, η ΑΕΠΠ ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής ή την επίδικη παράλειψή της και αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία να προβεί στην οφειλόμενη ενέργεια, συμμορφούμενη προς την απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία δεν έχει εξουσία ούτε να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη ούτε να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής. Επομένως, σε περίπτωση, όπως η παρούσα, στην οποία η ΑΕΠΠ ακυρώνει την παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να συμπεριλάβει στη διακήρυξη του διαγωνισμού συγκεκριμένο όρο σχετικά με τις προϋποθέσεις επιλογής του προμηθευτή, η ΑΕΠΠ δεν μπορεί να προσθέσει τον όρο στη διακήρυξη ή να θεωρήσει τον όρο αυτό αναδρομικώς γεγραμμένο και συμπεριληφθέντα στη διακήρυξη και, περαιτέρω, να διατάξει την εξακολούθηση της διαγωνιστικής διαδικασίας με βάση το ούτως αναμορφωθέν κατά την διάρκεια της εν λόγω διαδικασίας κανονιστικό πλαίσιο της διενέργειάς της. Τούτο ισχύει ακόμα και όταν πρόκειται για επαναδιακήρυξη διαγωνισμού και ο επίμαχος όρος περιλαμβανόταν στην αρχική διακήρυξη, η οποία, όμως, ακυρώθηκε από την ΑΕΠΠ, ως προς το αντίστοιχο σκέλος της, με συνέπεια η αναθέτουσα αρχή, συμμορφούμενη προς την πράξη της ΑΕΠΠ, να ανακαλέσει/ακυρώσει τη διακήρυξη, στο σύνολό της, και να ματαιώσει το διαγωνισμό, όπως καταρχήν οφείλει και, ακολούθως, να προβεί στη δημοσίευση νέας διακήρυξης, που δεν περιέχει τον ακυρωθέντα όρο». Συνεπώς, από την ως άνω νομολογιακή κρίση συνάγεται με ενάργεια – ως άλλωστε έχει αποτυπωθεί και στο άρθρο 367 Ν. 4412/2016- ότι η αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ εξαντλείται αποκλειστικά, στην ακύρωση προσβαλλόμενων πράξεων και παραλείψεων, επί διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων επί τη βάσει των ισχυρισμών του προσφεύγοντος και δεν εκτείνεται σε δυνατότητα ακύρωσης, κατόπιν άσκησης παρεμπόπτοντος ελέγχου νομιμότητας, πολλώ, δε, μάλλον σε αντικατάσταση αυτής κατ' ανεπίτρεπτη υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής.

Αριθμός Απόφασης: Σ 201/2020

17. Επειδή, λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω, προκύπτει ότι η ΑΕΠΠ διαθέτει εξουσία να ασκεί έλεγχο σε πράξεις ή παραλείψεις αναθετουσών αρχών, στα πλαίσια διαγωνιστικών διαδικασιών.

18. Επειδή, στα πλαίσια των δυνατοτήτων που παρέιχε το ενωσιακό δίκαιο στον Έλληνα νομοθέτη ιδρύθηκε Επιτροπή ειδικού σκοπού (πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 237/2019 σκ. 11) κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 73 παρ. 9 επιφορτισμένη με την κρίση και διατύπωση σύμφωνης γνώμης προς την Αναθέτουσα Αρχή, ως προς την επάρκεια ή μη των κατά περίπτωση δηλωθέντων επανορθωτικών μέτρων υποψηφίου λόγω υπαγωγής στους λόγους αποκλεισμού του οικείου άρθρου, βάσει ρητά προδιαγεγραμμένης διαδικασίας. Ως προς, δε, τη φύση του περιεχομένου της σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 και του ελέγχου που αυτή διενεργεί, λεκτέα είναι τα κάτωθι. Η ως άνω Επιτροπή, αποτελεί, κατά τα προαναφερόμενα ειδική Επιτροπή ειδικού σκοπού, η οποία εκφέρει ουσιαστική αξιολογική κρίση. Η ορθότητα της κρίσης αυτής δεν κρίνεται - υπό στενή έννοια - επί τη βάσει της αντίθεσής της με τις διατάξεις των Οδηγιών, του Ν.4412/2016 και της εκάστοτε Διακήρυξης (αντίθεση ως προς την οποία είναι αρμόδια να κρίνει η Α.Ε.Π.Π., βάσει των διατάξεων 346 επ. τις πράξεις και παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής), αλλά επί τη βάσει ουσιαστικής εκτίμησης πραγματικών περιστατικών μετ' αποδείξεων (λήψης συγκεκριμένων επανορθωτικών μέτρων), για την αξιολόγηση των οποίων έχει ειδικώς συσταθεί και είναι αποκλειστικώς αρμόδια.

19. Επειδή, ειδικότερα, με την με αριθμ. (ΦΕΚ Τεύχος ΥΟΔΔ 279/17.05.2018) ΥΑ ο Υπουργός 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 « 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 είτε ηλεκτρονικά στη διεύθυνση ηλεκτρονικού ταχυδρομείου epanorthotika-metra@eprocurement.gov.gr, είτε ταχυδρομικά στη διεύθυνση της Γενικής Γραμματείας Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή, Κάνιγγος 20, Τ.Κ. 10181, Αθήνα, με την ένδειξη «Προς επιτροπή αρ. 73.ν. 4412/2016 -Επανορθωτικά

Αριθμός Απόφασης: Σ 201/2020

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 ... 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 Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων».

20. Επειδή, η ΑΕΠΠ ως ανεξάρτητη διοικητική αρχή βάσει, άλλωστε, και ρητής νομοθετικής πρόβλεψης υποχρεούται να απέσχει από τη διενέργεια παρεμπόμπουτος ελέγχου (βλ. και άρθρο 367 το Ν 4412/2016 ως ισχύει). Εξάλλου, με βάση την πάγια νομολογία, ο παρεμπόμπουτος έλεγχος ανήκει αποκλειστικά (βλ. και αρ. 87 παρ. 2 και 93 παρ. 4 Σ) στη δικαστική εξουσία (βλ. σκ. 31 κατωτέρω).

21. 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, αν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει – όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια- παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, Ελληνικό διοικητικό δίκαιο, 5η έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ, 1996, σελ. 319).

Αριθμός Απόφασης: Σ 201/2020

22. 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, σ. 191). Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕφΑθ 2098/2013, ΣτΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003, 999/2019 ΔΕφΑθ).

23. Επειδή, 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.). Ο, δε, επί της αιτιολογίας έλεγχος συνιστά γνήσιο έλεγχο της διακριτικής εξουσίας και «η διεϊσδυση του ελέγχου εντός της ουσιαστικής ορθότητας της αιτιολογίας και, επομένως, του πορίσματος που προέκυψε από την άσκηση της διακριτικής εξουσίας, δεν σημαίνει έλεγχο της σκοπιμότητας αυτού, αλλά αναζήτηση της ενδεχόμενης ασυμφωνίας αυτού προς τα άκρα όρια της διακριτικής εξουσίας» (βλ. Μ. Στασινόπουλο, Δίκαιον των Διοικητικών Πράξεων, Αθήνα, 1982, σελ. 341 και σελ. 381).

24. Επειδή, κατά τα αναφερόμενα ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή στην προκείμενη περίπτωση αρνητικής σύμφωνης γνώμης δεν δύναται να αποστεί από αυτήν, ελέγχοντάς την κατ' ουσίαν, αλλά αποφαίνεται υιοθετώντας την αρνητική σύμφωνη γνώμη κατά δέσμια αρμοδιότητα. Εξάλλου, πράξη, μη επαγόμενη έννομες συνέπειες είναι κάθε πράξη η οποία δεν επάγεται νέα κρίση (εξ αντιδιαστολής από την ΕΑ ΣτΕ 48/2008), όπως εν προκειμένω η προσβαλλόμενη ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. πράξη, η οποία δεν μπορεί να εναντιωθεί στην αρνητική σύμφωνη γνώμη της εν λόγω επιτροπής περί ανεπάρκειας

Αριθμός Απόφασης: Σ 201/2020

επανορθωτικών μέτρων και άρα δεν μπορεί να επανεξεταστεί ό,τι έχει εξεταστεί (πρβλ ΣΤΕ ΟΛ 1748/2016, ΣΤΕ 998/2013, ΣΤΕ 3230/2012).

25. Επειδή, επομένως, και ο έλεγχος της ΑΕΠΠ επί της εν θέματι απόφασης της αναθέτουσας αρχής, περιορίζεται μόνο σε επίπεδο ελέγχου της εξωτερικής (ή τυπικής) νομιμότητας αυτής (βλ. σκ. 17)- όρος υπό τον οποίο έχει επικρατήσει να «στεγάζονται» οι δύο πρώτοι λόγοι ακύρωσης του άρθρου 48 ΠΔ 18/1989, δηλαδή η αναρμοδιότητα και η παράβαση ουσιώδους τύπου (βλ. Α. Σκιαδά, Ο αυτεπάγγελτος έλεγχος της τυπικής νομιμότητας των διοικητικών πράξεων, Θεωρία και Πράξη Διοικητικού Δικαίου, Τεύχος 7/2015, σελ. 619)- δεδομένου ότι η ΑΕΠΠ δύναται περιοριστικώς να κρίνει την τήρηση από την αναθέτουσα αρχή του οικείου ρυθμιστικού καθεστώτος (πρβλ. ΔεφΘεσ. 147/2019, βλ. Δεφίωαν. Ν6/2019 όπου κρίθηκε ότι εσφαλμένα η αναθέτουσα δεν απέστειλε φάκελο προς διατύπωση σύμφωνης γνώμης στην αρμόδια Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9).

26. Επειδή, εξάλλου, το ίδιο το άρθρο του Ν. 4412/2016 (αρ. 73) [όπως η επίμαχη διάταξη επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 3 της προπαρατεθείσας ΥΑ υπ' αριθμ. 50844 (ΦΕΚ Τεύχος ΥΟΔΔ 279/17.05.2018)] εισάγει τεκμήριο αρνητικής σύμφωνης γνώμης στην περίπτωση που δεν αποφανθεί εντός 30 ημερών η αρμόδια Επιτροπή της παρ. 9, ιδρύοντας δέσμια αρμοδιότητα – άνευ ετέρου και επίκλησης ειδικής αιτιολογίας – της αναθέτουσας αρχής να απορρίψει τον εν λόγω οικονομικό φορέα.

27. Επειδή, με το σώμα της «προσφυγής» της η προσφεύγουσα δεν προβάλλει λόγους εξωτερικής νομιμότητας της απόφασης της αναθέτουσας αρχής (βλ. αρ. 367 του Ν. 4412/2016) αλλά βάλλει καταρχήν ευθέως κατά της γνωμοδότησης της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9, στην δε επίκληση λόγων κατά της αιτιολογίας προβαίνει στην αναφορά της εν θέματι αιτιολογίας καταρχήν ως αιτιολογία της συγκεκριμένης Επιτροπής. Το ως άνω αιτιολογείται από το γεγονός ότι παρά τον κανόνα ότι η αρνητική σύμφωνη γνώμη ενσωματώνεται στην τελική απόφαση του αποφασίζοντος οργάνου της Διοίκησης, εν προκειμένω, πρόκειται για ανάθεση της αξιολόγησης και *de facto* απόφασης επί της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων σε εξωτερικό όργανο [πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 237/2019 περί της ειδικής αρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής (ή του

Αριθμός Απόφασης: Σ 201/2020

αναθέτοντος φορέως) να εκτιμά αν τα επανορθωτικά μέτρα που έλαβε ο οικονομικός φορέας επαρκούν για την άρση λόγων αποκλεισμού του], το οποίο δεν έχει σχέση ιεραρχική ή έτερη με το αποφασίζον, δεν υπάγεται στον ίδιο φορέα και δεν έχει πλην την διαδικασίας του άρθρου 73 άλλο σημείο επαφής και αλληλεπίδρασης. Επομένως, εάν η ΑΕΠΠ αποφάσιζε την ακύρωση της απόφασης της αναθέτουσας αρχής, σε κάθε περίπτωση, στερούμενης (της Α.Ε.Π.Π.) αρμοδιότητας επί των αποφάσεων του εξωτερικού *sui generis* διοικητικού οργάνου της εν θέματι Επιτροπής, δεν θα μπορούσε να επηρεάσει τοιουτοτρόπως την έκβαση της διαγωνιστικής διαδικασίας, άλλως η κρίση της θα ήταν ατελέσφορη μη δυνάμενη να παράσχει αποτελεσματική έννομη προστασία, άλλως και όλως επικουρικός, η επί της ουσίας κρίση της ΑΕΠΠ εν προκειμένω καθίσταται αλυσιτελής (βλ. Ε. Παυλίδου, «Οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣτΕ», ΕΔΔ 2, 2015 και ανωτέρω σκ. 38).

28. Επειδή, ως εκ τούτου, δεδομένης και της αυτοτελούς από την προσφεύγουσα προσβολής της αρνητικής σύμφωνης γνώμης της αρμόδιας γνωμοδοτικής Επιτροπής του άρθρου 73 για την επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων - λαμβάνοντας υπόψη ότι η εν λόγω αρνητική σύμφωνη γνώμη δεν είναι αμιγώς γνωμοδοτική - κρίνεται ότι σε κάθε περίπτωση προσβάλλεται απαραδέκτως [πρβλ. σε σχέση με τη βλάβη της προσφεύγουσας ΕΑ ΣτΕ 414/2018], καθόσον δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, ήτοι δεν συνιστά πράξη της αναθέτουσας αρχής (βλ. κατ' αναλογίαν ΣτΕ 3376/2017) και ως εκ τούτου εκφεύγει της καθ' ύλην αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ [πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 1920/2019, ΔεφΘεσ 68/2019 και 50/2019 όπου κατά παράλειψης λήψης σύμφωνης γνώμης της ΕΑΔΔΗΣΥ κρίνεται παραδεκτή η άσκηση αίτησης ακύρωσης άνευ τηρήσεως προδικασίας (άρθρο 52 του π.δ/τος 18/1989)].

29. Επειδή, τα κράτη μέλη στο πλαίσιο της διαδικαστικής τους αυτονομίας θεσπίζουν και θέτουν σε εφαρμογή τα ένδικα βοηθήματα μέσω των οποίων προστατεύονται τα δικαιώματα και οι ελευθερίες που παρέχει το ενωσιακό δίκαιο. Ωστόσο, οφείλουν να σέβονται την διπλή επιταγή των αρχών της ισοδυναμίας και της αποτελεσματικότητας (Unibet, C-432/05, σκ. 38) : αφενός, οι διαδικαστικοί κανόνες του εθνικού δικαίου πρέπει να εφαρμόζονται σε κάθε διαφορά χωρίς να γίνεται διάκριση μεταξύ κανόνων εθνικής και ενωσιακής προέλευσης (Edis, C-

Αριθμός Απόφασης: Σ 201/2020

231/96, σκ. 36, Sziber, C-483/16, σκ. 35), αφετέρου τα ένδικα βοηθήματα θα πρέπει να είναι αποτελεσματικά τόσο στο νόμο όσο και στην πράξη. Τα εθνικά δικαστήρια οφείλουν να παρέχουν ενεργή προστασία στα δικαιώματα που πηγάζουν από το ενωσιακό δίκαιο (βλ. σκ. 40), εγγυώμενα πραγματική και αποτελεσματική δικαστική προστασία [(VanColson, C-14/83, σκ. 23), Βασίλης Γ. Τζέμος, Πρόεδρος της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ), Ο Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ, Ερμηνεία κατ' άρθρο, 2η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2019, άρθρο 47, σελ. 545).

30. Επειδή, ο μη (παρεμπίπτων) έλεγχος από πλευράς της ΑΕΠΠ της αιτιολογίας της ειδικής γνωμοδοτικής Επιτροπής δεν παραβιάζει το κατά το Σύνταγμα και την ΕΣΔΑ δικαίωμα στην παροχή έννομης προστασίας (βλ. συναφώς ΔεφΑθ Ν382/2019, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 105/2018). Εξάλλου, έχει διατυπωθεί και η κρίση ότι η απόφαση της αναθέτουσας αρχής επί των επανορθωτικών μέτρων δύναται να εκφέρεται διακριτώς κατά τα επιμέρους στάδια ελέγχου των προσφορών, δεδομένου ότι η σχετική απόφαση δύναται να εκδίδεται σε οποιοδήποτε στάδιο του διαγωνισμού ανακύπτει το σχετικό ζήτημα, μετά την τήρηση της ειδικής διαδικασίας (ΔεφΑθ 229/2019).

31. Επειδή, η προσφεύγουσα βάλλει κατά συγκεκριμένων εφαρμοζόμενων διατάξεων προβάλλοντας ότι αυτές είναι αντισυνταγματικές και ότι συνακόλουθα θα έπρεπε να θεωρηθούν ανίσχυρες, υποστηρίζοντας ότι αντίκεινται στις αρχές της αναλογικότητας και της ισότητας.

32. Επειδή, ωστόσο, ο παρεμπίπτων έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων επιφυλάσσεται από το Σύνταγμα υπέρ της δικαστικής εξουσίας μονομερώς (βλ. αρ. 87 παρ. 2 και 93 παρ. 4 Σ), ενώ η Διοίκηση στα πλαίσια της αρχής της νομιμότητας οφείλει να τηρεί απαρέγκλιτα το οικείο νομοθετικό και κανονιστικό καθεστώς. Περαιτέρω, έχει κριθεί ότι οι αρχές της χρηστής διοίκησης και της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας δεν επιτάσσουν την αποχή της διοίκησης από την εφαρμογή διατάξεων νόμου, ακόμη και στην περίπτωση που η συμβατότητά τους προς το ενωσιακό δίκαιο ή το Σύνταγμα έχει αμφισβητηθεί δικαστικά, απόκειται, δε, στα αρμόδια δικαστήρια να αναστείλουν την εκτέλεση των σχετικών διοικητικών πράξεων ή, αν εκκρεμεί στο ΣτΕ η επίλυση του ζητήματος στα πλαίσια πρότυπης δίκης, να αναστείλουν την εκδίκαση των

Αριθμός Απόφασης: Σ 201/2020

υποθέσεων στις οποίες ανακύπτει το ίδιο ζήτημα (Δ. Εφ. Αθηνών 113/2018 επί αιτ. αναστ.). Επομένως, λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα, η προσφυγή κρίνεται απορριπτέα ως απαράδεκτη.

33. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

34. Επειδή, η παρέμβαση απορρίπτεται ως άνευ αντικειμένου.

35. Επειδή, επισημαίνεται, λαμβάνοντας υπόψη και τα ανωτέρω ότι το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα έχει ήδη καταπέσει με την απόφαση ΑΕΠΠ 1319/2019 (άρθρο 363 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 13 Φεβρουαρίου 2020 και εκδόθηκε στις 17 Φεβρουαρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Ευαγγελία Ι. Μιχολίτση

Φωτεινή Μαραντίδου