

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 25 Φεβρουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Εισηγητής και Μαργαρίτα Κανάβα, αναπληρούσα την κωλυομένη Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 29-1-2021 Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 245/1-2-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά του αναθέτοντος φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της από 19-1-2021 κοινοποιηθείσας υπ' αρ. 3888/28.12.2020 Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος, καθ' ο μέρος απεκλείσθη, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, συνολικής άνευ ΦΠΑ εκτιμώμενης αξίας 990.000 ευρώ ΓΙΑ....., που προκηρύχθηκε με τη με αρ. πρωτ. 10323/20-7-2020 και με αρ.διακήρυξη, η οποία απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 20-7-2020 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ την 22-7-2020 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' αρ. 5 ΠΔ 39/2017 και αρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ.και ποσού 4.950,00 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας λόγω εκτιμώμενης αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση, στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται, την 29-1-2021 Προσφυγή κατά της από 19-1-2021 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών, καθ' ο μέρος απεκλείσθη ο προσφεύγων, η δε αναθέτουσα υποβάλλει τις από 9-2-2021 Απόψεις της. Επομένως, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ο προσφεύγων απεκλείσθη με την αιτιολογία ότι ο παρέχων σε αυτόν στήριξη προς πλήρωση κριτηρίων επιλογής οικονομικός φορέαςαπάντησε καταφατικά επί των ερωτημάτων του περί αθέτησης υποχρεώσεων στον τομέα εργατικού δικαίου και σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, λόγω προστίμων της εργατικής νομοθεσίας, που δεν έχουν όμως τελεσιδικήσεις και έχει ασκήσει κατ' αυτών ένδικο βοήθημα. Ως εκ τούτου κρίθηκε ότι ναι μεν δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού των άρ. 2.2.3.4.α και 2.2.3.2.γ' της διακήρυξης, αλλά ο περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος λόγος 2.2.3.4.θ. Επιπλέον, στην προσβαλλομένη αναφέρεται ότι ο παραπάνω τρίτος γνωστοποιεί περιπτώσεις καταγγελιών προηγούμενων συμβάσεων, πλην όμως δηλώνει ότι έχει παρέλθει ο εκ του νόμου απαιτούμενος χρόνος και ως εκ τούτου αυτό δεν συνιστά λόγο αποκλεισμού. Επομένως, καταρχάς ο προσφεύγων απεκλείσθη λόγω διαπίστωσης συνδρομής σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος στο πρόσωπο του τρίτου στηρίζοντος αυτόν, Επιπλέον, κατά την προσβαλλομένη απεκλείσθη και διότι όσον αφορά την οικονομική προσφορά του δεν αποτυπώνει ρητά ποσό υπέρ ΕΛΠΚ, που κατά τον αναθέτοντα ανέρχεται σε 1.050 ευρώ κόστος ανά εξάμηνο, ποσό που δεν προκύπτει άλλωστε να έχει ενσωματωθεί σε άλλο κονδύλι της οικονομικής προσφοράς. Ακόμη, ο αναθέτων αιτιολόγησε με την προσβαλλομένη, ότι βάσει του υπολογιζόμενου ποσού 2.280 ευρώ διοικητικού κόστους σε εξαμηνιαίο επίπεδο, η τυχόν λήψη υπόψη ότι το υπέρ ΕΛΠΚ ποσό καλύπτεται από το ως άνω κονδύλι, θα ελάττωνε τα ήδη μικρά στοιχεία κόστους, καταλήγοντας ούτως στην απόρριψη της προσφοράς του. Όσον αφορά τον δεύτερο ως άνω λόγο της προσφυγής, όντως, όπως και ο προσφεύγων δεν αμφισβητεί η υπέρ ΕΙΔΙΚΟΥ ΛΟΓΑΡΙΑΣΜΟΥ ΠΑΙΔΙΚΩΝ ΚΑΤΑΣΚΗΝΩΣΕΩΝ κράτηση, ανερχόμενη σε 20 ευρώ ανά κάθε φυσικό πρόσωπο απασχολούμενο ανά εργοδότη εντός του έτους,

σύμφωνα με την ΥΑ 23411/2131/30-12-2011, το με αρ. 197363/31.8.2020 έγγραφο ΓΕΝΙΚΗΣ ΔΙΕΥΘΥΝΣΗΣ ΕΙΣΦΟΡΩΝ e-ΕΦΚΑ και το άρθρο 89 περ. Γ' του Ν. 3996/2011 συνιστά κόστος του οικονομικού φορέα για την εκτέλεση της σύμβασης που θα πρέπει να συμπεριλαμβάνεται και να καλύπτεται από την οικονομική προσφορά του. Κατά συνιστά κόστος που επιβαρύνει την προσφορά Κατόπιν των ανωτέρω και λαμβανομένης υπόψη της παρ. 2.4.6.β, η προσφορά απορρίπτεται (ελλιπής, διότι δεν συμπεριλαμβάνεται το ΕΛΠΚ).». Περαιτέρω, δεδομένου ότι η ως άνω εισφορά επιβάλλεται στον εργοδότη, πλην όμως δεν συνιστά συναρτώμενη με τις αποδοχές των εργαζομένων ασφαλιστική εισφορά, δεν απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού να υπολογιστεί στο διακριτό κονδύλι ασφαλιστικών εισφορών της οικονομικής προσφοράς, δύναται δε να υπολογιστεί διακριτά από αυτό είτε ως αυτοτελές κονδύλι αυτής είτε ως μέρος του διοικητικού κόστος, αφού το ζητούμενο της οικονομικής προσφοράς ανάγεται στη σε κάθε περίπτωση κάλυψη αυτής της αναγόμενης σε απασχόληση εργαζομένων, που άλλωστε θα απασχοληθούν για την εκτέλεση της σύμβασης και άρα, επιβαρύνουν το κόστος εκτέλεσης της, δαπάνης (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 94/2019). Επομένως (Απόφαση ΑΕΠΠ 395/2021), και μόνον της η μη αυτοτελής της αναφορά ως διακριτό κονδύλι της οικονομικής προσφοράς ή η μη συμπερίληψη στις ασφαλιστικές εισφορές και η τυχόν συμπερίληψη στο διοικητικό κόστος δεν συνιστούν λόγο απόρριψης της προσφοράς, πλην όμως θα πρέπει οπωσδήποτε έστω το διοικητικό κόστος να καλύπτει την εισφορά αυτή. Άλλωστε, κατά τον όρο 2.4.4 της διακήρυξης, η οικονομική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει κάθε εν γένει επιβάρυνση κατά την κείμενη νομοθεσία για την παροχή των υπηρεσιών στον τόπο και τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης, θα πρέπει δε τα ποσά που αναλύουν στην προσφορά τους να καλύπτουν τις πάσης φύσης αποδοχές των εργαζομένων, το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών και να υπολογίζουν εύλογο διοικητικό κόστος, ενώ κατά τον όρο 1.7 της διακήρυξης προκύπτει ότι οι μετέχοντες δεσμεύονται ότι θα τηρούν κατά την εκτέλεση της σύμβασης, εφόσον τους ανατεθεί κάθε υποχρέωση τους που απορρέει από την κοινωνικοασφαλιστική και εργατική νομοθεσία και το εν γένει εθνικό δίκαιο, ομοίως δε ορίζεται και στον όρο 4.3 της διακήρυξης, όπου επιπλέον ορίζεται ότι ο ανάδοχος θα πρέπει να εφαρμόζει κάθε εν γένει διάταξη της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας. (βλ.. ενδεικτικά Αποφάσεις ΑΕΠΠ 432-433, 1351/2020). Περαιτέρω, όπως αμφότεροι οι διάδικοι

συνομολογούν το οικείο υπέρ ΕΛΠΚ ποσό ανέρχεται σε 1.050 ευρώ ως αναλογία επιβάρυνσης επί της διάρκειας της νυν υπό ανάθεση σύμβασης. Κατά την ανάλυση οικονομικής προσφοράς του προσφεύγοντος, προβλέπεται διοικητικό κόστος 2.280 ευρώ συνολικά (συμπεριλαμβανομένης υπέρ ΕΛΠΚ εισφοράς κατά την ανάλυση του άρ. 68 Ν. 3863/2010, που υπεβλήθη στην προσφορά), πλέον αυτοτελούς κονδυλίου εξοπλισμού φύλαξης 1.680 ευρώ και κονδυλίων εργολαβικού κέρδους, ως και νομίμων κρατήσεων και ενώ άλλωστε το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙΙ της διακήρυξης περί υποδείγματος οικονομικής προσφοράς και ανάλυσης στοιχείων άρ. 68 Ν. 3863/2010, ουδόλως προβλέπει ειδικό πεδίο για την υπέρ ΕΛΠΚ εισφορά. Επομένως, όπως άλλωστε ο προσφεύγων διευκρινίζει, χωρίς εξάλλου να είχε ερωτηθεί προ αποκλεισμού του, το υπέρ ΕΛΠΚ ποσό περιλαμβάνεται στο ως άνω κονδύλι διοικητικού κόστους. Πάντως, δεν χρειζόταν καν περί τούτου αποσαφήνιση, αφού η συμπερίληψη στο διοικητικό κόστος ρητά αναγράφεται στο με την προσφορά υποβληθέν έγγραφο ανάλυσης κατ' άρ. 68 Ν. 3863/2010, ενώ όπως προαναφέρθηκε, ελλείπει και ειδικού όρου της διακήρυξης περί σημείου όπου θα πρέπει να συμπεριληφθεί η εισφορά υπέρ ΕΛΠΚ, αλλά και μη συμπερίληψης σχετικής μνείας ή ειδικού για αυτήν πεδίου στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙΙ και τα εκεί υποδείγματα ανάλυσης οικονομικής προσφοράς και στοιχείων του άρ. 68 Ν. 3863/2010, προκύπτει ότι μη νομίμως απεκλείσθη ο προσφεύγων επί τη βάση μη διακριτής μνείας αυτών ή μη συμπερίληψης τους στις ασφαλιστικές εισφορές, βλ. και ανωτέρω, δυνάμενος να συμπεριλάβει το υπέρ ΕΛΠΚ κόστος και στο διοικητικό κόστος, όπως όντως έπραξε και προκύπτει ρητά από την προσφορά αυτό. Και ναι μεν ο αναθέτων εντοπίζει, υπό τέτοια συμπερίληψη, ιδιαίτερα χαμηλό εναπομένον ποσό διοικητικού κόστους, ήτοι για άλλες, πλην ΕΛΠΚ, εμπόπτουσες σε αυτό δαπάνες, πλην όμως, αφενός κατ' άρ. 313 παρ. 1-3 Ν. 4412/2016 («1. Όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες, οι αναθέτοντες φορείς απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν, εντός αποκλειστικής προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης του αναθέτοντος φορέα, την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά.

2. Οι εξηγήσεις που αναφέρονται στην παράγραφος 1 μπορεί να αφορούν ιδίως:

α) τα οικονομικά χαρακτηριστικά της μεθόδου κατασκευής, της διαδικασίας παρασκευής ή των παρεχόμενων υπηρεσιών, β) τις επιλεγείσες τεχνικές λύσεις ή

τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει ο προσφέρων, για την προμήθεια των προϊόντων ή την παροχή των υπηρεσιών ή για την εκτέλεση του έργου, γ) την πρωτοτυπία του έργου, των προϊόντων ή των υπηρεσιών που προτείνονται από τον προσφέροντα, δ) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 253, ε) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις του άρθρου 336, στ) το ενδεχόμενο χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα. 3. Ο αναθέτων φορέας αξιολογεί τις παρεχόμενες πληροφορίες σε συνεννόηση με τον προσφέροντα. Μπορεί να απορρίψει την προσφορά μόνο εάν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται, λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων που αναφέρονται στην παρ. 2. Οι αναθέτοντες φορείς απορρίπτουν την προσφορά, εάν διαπιστώσουν ότι η προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, διότι δεν συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 253.»), σε περίπτωση τέτοιας κρίσης του αναθέτοντος, αυτός δεν δύναται να αποκλείσει άνευ ετέρου τον οικονομικό φορέα, αλλά οφείλει να κινήσει τη σχετική διαδικασία διευκρινίσεων περί δικαιολόγησης καταρχήν ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, διαδικασία που ουδόλως εν προκειμένω κινήθηκε και ενώ εξάλλου, με την αφαίρεση του υπέρ ΕΛΠΚ δεν απομένει τυχόν μηδενικό ποσό για υπόλοιπα διοικητικά κόστη και ουδόλως το ζήτημα του χαμηλού διοικητικού κόστους συνιστά αντικείμενο δεκτικό εξαρχής βεβαιότητας, άνευ διευκρινίσεων, περί μη κάλυψης του ελαχίστου νομίμου κόστους (όπως επί εργατικών και ασφαλιστικών υποχρεώσεων), περαιτέρω δε, ο αναθέτων άλλωστε δεν επικαλείται ούτε τεκμηριώνει αντικειμενική και αυταπόδεικτη πέραν κάθε δυνατότητας διευκρίνισης, δυνατότητα του ως άνω εναπομένοντος ποσού να καλύψει τα διοικητικά κόστη, ένεκα τυχόν συγκεκριμένης πηγής κόστους που υπάγεται στο διοικητικό κόστος, το οποίο κοστολογείται σε συγκεκριμένο εξαρχής βέβαιο ποσό, μη καλυπτόμενο από το υπόλοιπο, αλλά και μη επιδεχόμενο διαφοροποίησης ανά προσφέροντα (όπως τυχόν κάποιο κόστος ανά εργαζόμενο για εκπαίδευση από τον αναθέτοντα, σε πρόγραμμα εκπαίδευσης που δεν έχει εκπαιδευτεί ουδείς προηγουμένως και τυχόν το πρώτον εφαρμόζεται). Εξάλλου, ο αναθέτων κάλεσε τον προσφεύγοντα προς διευκρίνιση της οικονομικής προσφοράς του, πλην όμως ειδικά και αποκλειστικά, κατά το με αρ. πρωτ. 15170/22.10.2020 έγγραφο κλήσης προς διευκρινίσεις, ως προς το διακριτό κονδύλι εξοπλισμού φύλαξης της οικονομικής προσφοράς του και όχι για το διοικητικό κόστος (με ή

χωρίς την υπέρ ΕΛΠΚ εισφορά), περί του οποίου ουδεμία διευκρίνιση ή δικαιολόγηση ζητήθηκε. Αφετέρου, ούτως ή άλλως, ούτε στην προσβαλλομένη ούτε στις Απόψεις του αναθέτοντος προκύπτει κάποια συγκεκριμένη, σαφής, ειδική και πλήρης αιτιολογία, επί τυχόν συνάθροισης συγκεκριμένων πηγών κόστους και δαπανών που περιλαμβάνονται στο διοικητικό κόστος, κατά την οποία στοιχειοθετείται το αδικαιολόγητα χαμηλό της προσφοράς ως προς το διοικητικό κόστος και η εξαρχής ανεπάρκεια αυτού. Παρά μόνο ο αναθέτων ερείδει την κρίση του στο ποσοστό διοικητικού κόστους, χωρίς την εισφορά υπέρ ΕΛΠΚ, ως προς το σύνολο της οικονομικής προσφοράς και σε σύγκριση ως προς τις λοιπές προσφορές, τούτο όμως συνιστά μεν επαρκές στοιχείο ακριβώς για την κρίση καταρχήν ασυνήθιστα χαμηλού οικονομικής προσφοράς και άρα, ανάγκης προς κίνηση της διαδικασίας δικαιολόγησης αυτής κατ' άρ. 313 Ν. 4412/2016, πλην όμως ουδόλως συνιστά στοιχείο τεκμηρίωσης κρίσης περί αδικαιολόγητα χαμηλής προσφοράς, σύμφωνα με τα ανωτέρω. Επομένως, η παραπάνω δεύτερη βάση αποκλεισμού του προσφεύγοντος είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα καθ' ο μέρος κρίνει την άνευ ετέρου άλλωστε, απόρριψη της προσφοράς, χωρίς πάντως τούτο να αποκλείει τον αναθέτοντα από την ευχέρεια άσκησης της κατ' άρ. 313 Ν. 4412/2016 αρμοδιότητας του, προς κλήση του προσφεύγοντος για δικαιολόγηση της οικονομικής προσφοράς του, εφόσον την κρίνει τυχόν καταρχήν ιδιαίτερα και ασυνήθιστα χαμηλή.

4. Επειδή όσον αφορά τη πρώτη βάση απόρριψης του προσφεύγοντα, προκύπτει ότι ως έχει ad hoc κριθεί (Βλ. απόφ. ΔΕφΘεσ Ν6/2019, ΑΕΠΠ 1353/2020, 265/2019, 438/2019) όταν εντάσσεται στο θεσμικό πλαίσιο του διαγωνισμού ο ν.4412/2016 καθώς και ο Ν. 3863/2010 και ιδίως το άρθρο 68 αυτού και ακολούθως προβλέπονται ρητώς ως υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού οικονομικού φορέα από τη συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία αφενός μεν η επιβολή σε βάρος του φορέα προστίμων από το ΣΕΠΕ, με την πρόσθετη, σαφώς οριζόμενη, προϋπόθεση της τελεσιδικίας και δεσμευτικότητας των κυρώσεων αφετέρου δε η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, νοουμένου, για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών φύλαξης και της αναφερόμενης στην παρ. γ της παρ. 2 του άρθρου 68 Ν. 3863/2010 περιπτώσεως επιβολής προστίμων για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, όπου δεν τίθεται ως προϋπόθεση η τελεσιδικία και δεσμευτικότητα αυτών, η ένταξη των ως άνω λόγων αποκλεισμού και

μάλιστα ως υποχρεωτικών στην διακήρυξη, συνεπάγεται ότι δεν τίθεται ζήτημα εφαρμογής του άρθρου 68 παρ.2 περ.γ' του ν.3862/ 2010 ως ειδικότερης διάταξης. Εν προκειμένω πάντως, όπως ήδη δια της αρχικής προσβαλλομένης προκύπτει και επιρρωνύεται δια των Απόψεων του αναθέτοντος, ο προσφεύγων δεν απεκλείσθη κατά τον λόγο αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 2 περ. γ' Ν. 4412/2016, αλλά λόγω σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος κατ' άρ. 73 παρ. 4 περ. θ' Ν. 4412/2016, όπως ενσωματώθηκε με τον όρο 2.2.3.4.θ της διακήρυξης, διατάξεις ουδόλως προϋποθέτουσες τελεσιδικία των σχετικών πράξεων επιβολής προστίμου. Επομένως, αλυσιτελώς τυγχάνουν επίκλησης εκ του προσφεύγοντος οι ισχυρισμοί του περί αμφισημίας του άρ. 2.2.3.2.γ της διακήρυξης (που απαιτεί τελεσιδικία των προστίμων «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 τελεσιδική και δεσμευτική ισχύ.» με τη διάταξη του άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010 (που δεν απαιτεί τέτοια τελεσιδικία «...γ) Η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες 22 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 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.») που εντάσσεται στο θεσμικό πλαίσιο της διαδικασίας, ως προς την απαίτηση τελεσιδικίας και δεσμευτικής ισχύος των προστίμων, όπως και οι ισχυρισμοί του περί μη τελεσιδικίας αυτών στην περίπτωση του τρίτου οικονομικού του φορέα, αφού ο αποκλεισμός επήλθε βάσει του άρ. 2.2.3.4.θ («θ) εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του. Σημειώνεται ότι ειδικά, κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών φύλαξης, στην περίπτωση αυτή εμπίπτουν τα προβλεπόμενα στην περίπτωση γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 113), όπως τροποποιήθηκε και ισχύει.») και όχι του άρ. 2.2.3.2.γ και άρα ουδεμία έννομη σημασία έχει η τελεσιδικία ή μη των προστίμων. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από το ΕΕΕΣ του στηρίζοντος τον προσφεύγοντα τρίτου, στο περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος ερώτημα του ΜΕΡΟΥΣ ΙΙΙ, δηλώνει ότι «Στην εταιρεία μας έχουν επιβληθεί μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς στον υπό κρίση διαγωνισμό, πλέον των τριών (3) πράξεων επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) / Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) 13 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 και μία (1) μόνο πράξη επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία. Κατά των ανωτέρω πράξεων επιβολής προστίμου έχουν ασκηθεί νομίμως και εμπροθέσμως προσφυγές ενώπιον των αρμοδίων Διοικητικών Πρωτοδικείων. Επομένως, οι ανωτέρω κυρώσεις ΔΕΝ ΕΧΟΥΝ ΑΠΟΚΤΗΣΕΙ ΤΕΛΕΣΙΔΙΚΗ ΚΑΙ ΔΕΣΜΕΥΤΙΚΗ ΙΣΧΥ και για το λόγο αυτό η εταιρεία μας ΔΕΝ ΕΜΠΙΠΤΕΙ στους λόγους αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.2.γ της διακήρυξης και του άρθρου 73 παρ. 2 περ. γ του Ν. 4412/2016. Σε κάθε πάντως περίπτωση, ΚΑΤΑ ΠΑΓΙΑ ΚΡΙΣΗ ΤΗΣ ΑΡΧΗΣ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ, οι ανωτέρω πράξεις επιβολής

προστίμου ΣΕΠΕ στην εταιρεία μας, οι οποίες δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, ΔΕΝ ΜΠΟΡΟΥΝ να αποτελέσουν λόγο αποκλεισμού της εταιρείας μας (βλ. ΑΕΠΠ 501 & 502 /2019, 265/2019). Και τούτο διότι η μη ταύτιση του περιεχομένου του όρου 2.2.3.2.γ της διακήρυξης με τη διάταξη του άρθρου 68 του Ν. 4412 /2016, ως προς την απαίτηση για τελεσιδικία των σχετικών κυρώσεων, οδηγεί εν προκειμένω σε αμφισημία των όρων της διακήρυξης σχετικά με τον επίμαχο λόγο αποκλεισμού, η οποία σύμφωνα με τα ανωτέρω δεν μπορεί να ερμηνευθεί εις βάρος της εταιρείας μας, επιφέροντας την απόρριψη της προσφοράς μας, καθώς η Αναθέτουσα Αρχή, όπως AD HOC έχει κριθεί από την ΑΕΠΠ (βλ. ΑΕΠΠ 501 & 502/2019, 265 /2019) όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα δεδομένου ότι γνώριζε τη διαφοροποίηση των ως άνω διατάξεων, αναφέροντας αν απαιτείται ή όχι τελεσιδικία των σχετικών κυρώσεων αίροντας ρητώς και σαφώς την ασάφεια που προκύπτει από την ταυτόχρονη εφαρμογή των ως άνω διατάξεων. Υπό αυτές τις περιστάσεις και δεδομένης της ασάφειας των επίμαχων όρων της διακήρυξης, ΟΥΔΟΛΩΣ ΘΑ ΜΠΟΡΟΥΣΕ ΝΑ ΘΕΜΕΛΙΩΘΕΙ ΒΑΣΙΜΑ λόγος αποκλεισμού της εταιρείας μας κατά τα άρθρα 2.2.2.3.γ και 2.2.3.4. της διακήρυξης, καθώς οι ίδιες παραβατικές συμπεριφορές θεμελιώνουν περισσότερους λόγους αποκλεισμού, οι οποίοι εφαρμόζονται υπό διαφορετικές κατά την διακήρυξη και την οικεία νομοθεσία προϋποθέσεις, με συνέπεια να εγείρεται και στην περίπτωση αυτή ζήτημα ασάφειας μεταξύ των ισχυόντων λόγων αποκλεισμού. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 2.2.3.7. «Απόδειξη αξιοπιστίας παρά το λόγο αποκλεισμού («αυτοκάθαρση»)» της διακήρυξης ορίζεται επί λέξει ότι «προσφέρων οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1, 2.2.3.2.γ) και 2.2.3.4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού (αυτοκάθαρση...)». Επειδή για την εφαρμογή του όρου 2.2.3.7 της διακήρυξης σχετικά με την εκτίμηση των μέτρων αυτοκάθαρσης που έλαβε ο εκάστοτε διαγωνιζόμενος για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του ΑΠΑΡΑΙΤΗΤΗ ΠΡΟΫΠΟΘΕΣΗ είναι κατ'αρχήν ο διαγωνιζόμενος να εμπίπτει σε έναν από τους προβλεπόμενους με τους όρους 2.2.3.1, 2.2.3.2.γ) και 2.2.3.4 της Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) / Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) 14 προβλεπόμενους με τους όρους 2.2.3.1, 2.2.3.2.γ) και 2.2.3.4 της διακήρυξης λόγους αποκλεισμού, προϋπόθεση η οποία ΔΕΝ ΣΥΝΤΡΕΧΕΙ εν

προκειμένω για την εταιρεία μας. Επομένως η εταιρεία μας ΔΕΝ ΕΜΠΙΠΤΕΙ στους λόγους αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.2.γ., άρθρου 2.2.3.4. της διακήρυξης και του άρθρου 73 παρ. 2 περ. γ του Ν. άρθρου 2.2.3.4. της διακήρυξης και του άρθρου 73 παρ. 2 περ. γ του Ν. 4412/2016 και ως εκ τούτου δεν υφίσταται λόγος υποβολής ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων κατά άρθρο 2.2.3.7. της διακήρυξης.». Πλην όμως, αφενός, όπως ήδη προαναφέρθηκε, όσα αναφέρονται ανωτέρω στο ΕΕΕΣ του τρίτου, αφορούν τον λόγο αποκλεισμού του όρου 2.2.3.2.γ και όχι τον λόγο αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4.θ περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, περί του οποίου άλλωστε ουδεμία εφαρμοσιμότητα έχει ούτε η σχετική ανωτέρω αναφερθείσα νομολογία της ΑΕΠΠ, αφού έχει κριθεί και δικαστικά το ανεξάρτητο του λόγου αποκλεισμού περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος από τελεσιδικία προστίμων και από τον λόγο αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 2 περ. γ' Ν. 4412/2016 και ενώ άλλωστε, η ως άνω εκ του ιδίου του τρίτου αναφερθείσα Απόφαση ΑΕΠΠ 265/2019, σκ. 51, ρητά κρίνει πως μόνη της η συνδρομή του πραγματικού του άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010 δύναται, ανεξαρτήτως τελεσιδικίας και δεσμευτικότητας προστίμων, να συγκροτήσει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, κατά την εκτιμητική κρίση του αναθέτοντος. Αφετέρου, το ΕΕΕΣ συνιστά μέσο δήλωσης πραγματικών γεγονότων σχετικών με ενδεχόμενους λόγους αποκλεισμού και ούτως (ΣΤΕ ΕΑ 40/2019, 237/2019, 279/2019, 23/2020), η εντός του ΕΕΕΣ απάντηση οικονομικού φορέα σε περί λόγου αποκλεισμού ερώτημα αφορά αποκλειστικά δήλωση πραγματικού γεγονότος και μόνο και όχι δικής του νομικής υπαγωγής και κρίσης περί του αν συντρέχει επί του οικείου πραγματικού, λόγος αποκλεισμού (Απόφαση ΑΕΠΠ 1180/2020) ούτε αίρεται η όποια υποχρέωση δήλωσης από εκτιμήσεις του διαγωνιζομένου σχετικά με τη συνδρομή τέτοιου λόγου αποκλεισμού (ΣΤΕ ΕΑ 93/2020, 40/2019). Προς τούτο εξάλλου, η όποια αιτιολόγηση εκ του ως άνω τρίτου περί του λόγου για τον οποίο δεν δηλώνει επανορθωτικά μέτρα και τα παραγωγικά αίτια της μη δήλωσης αυτών, ουδεμία έννομη συνέπεια έχουν και ουδόλως μεταβάλλουν ότι δεν τα δήλωσε δια του μόνου περί τούτου προσήκοντος μέσου, ήτοι του ΕΕΕΣ και ενώ άλλωστε, ο ίδιος συνομολόγησε στο ίδιο το ΕΕΕΣ τη συνδρομή πραγματικού που στοιχειοθετεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, όπως εν τέλει δέχθηκε και ο αναθέτων. Ούτε είναι δυνατόν το πρώτον να δηλώσει πλέον επανορθωτικά μέτρα, σε συνάρτηση με την όποια νυν κρίση της ΑΕΠΠ περί λόγου αποκλεισμού του ούτε δυνατό να

επιφυλαχθεί για τυχόν μελλοντική δήλωση αυτών, εντός του ΕΕΕΣ του και κατά την προσφορά του, παρά όφειλε, ακόμη και αν φρονούσε πως δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού του, να τα επικαλεστεί πάντως για κάθε περίπτωση εντός του ΕΕΕΣ του, ήδη κατά την προσφορά. Άρα, ο ως άνω τρίτος νομίμως κρίθηκε ως αποκλειστέος. Πλην όμως, όπως βάσιμα ο προσφεύγων ισχυρίζεται, τούτο δεν συνεπάγεται τον άνευ ετέρου αποκλεισμό και του ιδίου, αφού το άρ. 308 παρ. 2, ομοίως με το άρ. 78 παρ. 2 Ν. 4412/2016, ορίζει ότι «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.». Η παραπάνω διάταξη, αναφερόμενη στην κατ' άρ. 308 Ν. 4412/2016 εν γένει (και άρα τόσο ως προς την κατά την προσφορά, προκαταρκτική απόδειξη, όσο και ως προς την κατά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, οριστική απόδειξη) στην απόδειξη μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού και πλήρωσης κριτηρίων επιλογής, δεν διαχωρίζει συγκεκριμένο χρόνο διάγνωσης λόγου αποκλεισμού του τρίτου ούτε συγκεκριμένο χρόνο και τρόπο επέλευσης του λόγου αποκλεισμού, καταλαμβάνοντας ούτως και περιπτώσεις εξαρχής προ της προσφοράς ύπαρξης του λόγου αποκλεισμού όσον αφορά τον τρίτο, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της αναθέτουσας, που συνιστούν επί της ουσίας αμφισβήτηση της σκοπιμότητας και της ορθότητας της σαφούς πάντως, ως άνω διατάξεως νόμου. Περαιτέρω, το δυνητικό κλήσης προς αντικατάσταση του τρίτου σε περιπτώσεις λόγου αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 4, ανάγεται σε δυνατότητα του αναθέτοντος να θεσπίσει τους οικείους λόγους αποκλεισμού εντός της διακήρυξης και ως καταλαμβάνοντας τους τρίτους, ακριβώς κατ' αναλογία της διατύπωσης του άρ. 73 παρ. 4 Ν. 4412/2016, ουδόλως

όμως έχει την έννοια ότι ο αναθέτων δύναται κατ' ευχέρεια του να αποκλείσει τον προσφέροντα για λόγο αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 4 του τρίτου που τον στηρίζει, χωρίς να του ζητήσει την αντικατάσταση του τελευταίου. Συνεπώς, βασίμως, κατά το επικουρικό αίτημα της σελ. 29 της προσφυγής του, ο προσφεύγων επικαλείται, ότι εφόσον ο αναθέτων εντόπισε λόγο αποκλεισμού στο πρόσωπο του ως άνω τρίτου, όφειλε αντί να αποκλείσει τον ίδιο τον προσφεύγοντα, να του απαιτήσει να αντικαταστήσει τον τρίτο (και να αποκλείσει τον προσφεύγοντα, αποκλειστικά αν δεν τον αντικαταστήσει στην οικεία τασσόμενη εκ του αναθέτοντος προσθεσμίας). Επομένως, πρέπει να γίνει δεκτή η εκ του προσφεύγοντος προβαλλόμενη επικουρική βάση ακύρωσης της προσβαλλομένης, ήτοι επί τη βάσει μη τήρησης της ως άνω κατ' άρ. 308 παρ. 2 Ν. 4412/2016 διαδικασίας κλήσης του προσφεύγοντος προς αντικατάσταση του τρίτου.

5. Επειδή, κατ' αποτέλεσμα των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα. Προφανώς, η ως άνω κρίση και ακύρωση, ουδόλως έχουν την έννοια υποχρέωσης του αναθέτοντος να αποδεχθεί τον προσφεύγοντα με την προσφορά του ως έχει, ήτοι με τον συγκεκριμένο στηρίζοντα τρίτο, αφού νομίμως ο αναθέτων έκρινε λόγο αποκλεισμού του ίδιου του τρίτου, επαφιομένης περαιτέρω, στον αναθέτοντα της αρμοδιότητας κίνησης της κατ' άρ. 308 παρ. 2 Ν. 4412/2016, διαδικασίας.

6. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί το παράβολο με αρ.και ποσού 4.950,00 ευρώ..

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αρ. 3888/28.12.2020 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος, καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα και σύμφωνα με όσα ειδικότερα αναφέρει η ανωτέρω σκ. 5..

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου με αρ.και ποσού 4.950,00 ευρώ..

Αριθμός Απόφασης: 506/2021

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 25-2-2021 και εκδόθηκε στις 16-3-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΩΚΟΣ ΧΡΗΣΤΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΞΕΝΟΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ