

Η

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

7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 29^η Απριλίου 2020 με την εξής σύνθεση:
Μιχάλης Σειραδάκης-Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη – Εισηγήτρια και
Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 20.03.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών
(ΑΕΠΠ)/351/23.03.2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «
.....» (εφεξής «προσφεύγων»), που εδρεύει στη,
....., αρ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της (.....) [.....], νομίμως
εκπροσωπούμενης, εφεξής (αναθέτουσα αρχή) και

Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «
.....» και το διακριτικό τίτλο «» (εφεξής προσφεύγων), που
εδρεύει στη, επί της οδού, αρ..... όπως εκπροσωπείται
νόμιμα.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων
επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης- με αρ. πρωτ.
Α 1037013 ΕΞ 2020- απόφασης του Διοικητή της με θέμα
*«Έγκριση πρακτικών ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής, αξιολόγησης
τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου
του τμήματος Θ' του ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού (μέσω ΕΣΗΔΗΣ),
άνω των ορίων, για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών ασφαλείας (φύλαξης)
των κτιρίων στέγασης των Υπηρεσιών της»*, καθ' ο μέρος
αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς του και ανακηρύχθηκε
προσωρινός ανάδοχος του Διαγωνισμού για το ως άνω Τμήμα η εταιρία «
.....». Ομοίως αιτείται να γίνει αποδεκτή η συμμετοχή και η

Αριθμός απόφασης: 523/2020

προσφορά της εταιρίας του στην περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία και να ανακηρυχθεί ο ίδιος προσωρινός ανάδοχος του Διαγωνισμού για το Τμήμα Θ'.

Με την παρέμβαση, ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της υπό εξέταση προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την με αρ.πρωτ.: διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο διεθνή ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών ασφαλείας (φύλαξης) των κτιρίων στέγασης των Υπηρεσιών της, διάρκειας δύο ετών, προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.545.220,02 ευρώ, πλέον ΦΠΑ, με δικαίωμα προαίρεσης- παράτασης της διάρκειας της σύμβασης έως 12 μήνες. Ειδικότερα η διακήρυξη περιλαμβάνει 9 τμήματα, με δικαίωμα υποβολής προσφοράς για ένα ή για το σύνολο εξ αυτών. Το επίμαχο Τμήμα Θ' της Διακήρυξης αφορά στην παροχή υπηρεσιών φύλαξης στις εγκαταστάσεις αποθήκης της Διεύθυνσης Διαχείρισης Δημόσιου Υλικού στη, προϋπολογισθείσας δαπάνης 547.833, 80 ευρώ, πλέον ΦΠΑ 24%.

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 e-παράβολο (Φορέας ΑΕΠΠ), ύψους 2.740,00€ ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, την από 20.03.2020 εκτύπωση από την ιστοσελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με αναφορά «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ» στο ως άνω παράβολο).

3. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, περίληψη της διακήρυξης απεστάλη προς δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 27.06.2019 (βλ. άρθρο 1.6 της

Αριθμός απόφασης: 523/2020

διακήρυξης αρ. δημοσίευσης 2019/S 123-301455), καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΑΔΑΜ:) στις 01.07.2019 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

4.Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας η οποία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016. Επομένως, θεμελιώνεται η καθ' ύλην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ.

5. Επειδή η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή, έχει ασκηθεί: α) εμπρόθεσμα, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερομένους στις 13.03.2020 δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, β) με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

6. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, στο διαγωνισμό για το τμήμα Θ' υπεβλήθησαν προσφορές εκ μέρους τεσσάρων οικονομικών φορέων μεταξύ των οποίων του προσφεύγοντος και του παρεμβαίνοντος. Στη συνέχεια, με τα από 4/9/2019 πρακτικό Νο .. σχετικά με την αποσφράγιση του (υπο)φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνικής Προσφορά» και από 31/10/2019 πρακτικό Νο .., σχετικά με την αξιολόγηση του (υπο)φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνικής Προσφορά», αμφότερα της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Προσφορών, έγιναν δεκτές οι προσφορές των 4 οικονομικών φορέων που υπέβαλλαν προσφορά. Ειδικότερα, αναφορικά με τον προσφεύγοντα, στο από μέρους του κατατεθέν Ε.Ε.Ε.Σ. αναγράφεται ότι σε βάρος της εταιρείας του έχουν εκδοθεί κατά την κρίσιμη διετία πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, ήτοι πριν την 18-7-2019, έξι (6) πράξεις επιβολής προστίμου πολύ υψηλής σοβαρότητας, όπου καμία από αυτές δεν έχει καταστεί τελεσίδικη και δεσμευτική, ονοματίζει και επισυνάπτει, παράλληλα, τις αντίστοιχες αιτήσεις του ενώπιον των αρμοδίων δικαστικών αρχών και αναφέρει ρητά ότι « Επομένως η εταιρία δεν εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού σύμφωνα με το Ν4412/2016 άρθρο 73 παρ.2 περίπτωση γ, η οποία προστέθηκε με το άρθρο 39 του Ν4488/2017 διότι οι ανωτέρω πράξεις

Αριθμός απόφασης: 523/2020

δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ». Η εταιρεία δήλωσε μεταξύ άλλων στο Ε.Ε.Ε.Σ. και δη στο ερώτημα του πεδίου Γ του Μέρους ΙΙΙ αυτού σχετικά με την ενδεχόμενη λήψη από μέρους της μέτρων που αποδεικνύουν την αξιοπιστία της παρά την ύπαρξη του ανωτέρω λόγου αποκλεισμού (αυτοκάθαρση), τα εξής «Όπως προκύπτει από το σώμα των συνημμένων προσφυγών σε όλες τις περιπτώσεις η εταιρία μας διαφωνεί με την επιβολή των προστίμων και εκτιμάται ότι πολύ πιθανή η ευδοκίμηση των προσφυγών μας στα διοικητικά δικαστήρια. Σε κάθε περίπτωση οι καταλογιζόμενες παραβάσεις αφορούν μεμονωμένο αριθμό περιπτώσεων από τους 350 που απασχολεί κατά μέσο όρο η εταιρία μας, και οι παραβάσεις οφείλονται πάντοτε σε σφάλματα εκ παραδρομής λόγο συνεννοήσεων των εργαζομένων για αλλαγή βάρδιας χωρίς να ενημερωθεί πρώτα το λογιστήριο της εταιρίας Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) / Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) 9 βάρδιας χωρίς να ενημερωθεί πρώτα το λογιστήριο της εταιρίας και επ' ουδενί δεν οφείλονται σε πρόθεση της εταιρίας μας. Η εταιρία μας επισημαίνει ότι έχει λάβει όλα τα απαραίτητα μέτρα ώστε με βάση τον αριθμό του προσωπικού της να είναι απολύτως συμμορφούμενη με τις υποδείξεις της εργατικής νομοθεσίας, τηρώντας εγκαίρως όλες τις υποχρεώσεις της και έχοντας καθιερώσει στενή συνεργασία σε 24ωρη βάση με σύστημα ενδοεπικοινωνίας εκπροσώπου εταιρίας, λογιστηρίου, λογιστή, επόπτη έργου και εργαζομένων ώστε να αποφεύγεται κάθε σφάλμα ή αβλεψία. Σημειώνεται ότι ο λογιστής της εταιρίας μας καθώς και εξειδικευμένο γραφείο λογιστικής και νομικής υποστήριξης με το οποίο συνεργαζόμαστε είναι σε ετοιμότητα σε 24ώρη βάση ώστε να προλαμβάνουν κάθε αβλεψία και κάθε αιφνίδια αλλαγή προγράμματος ή αναγκών σε όλα τα έργα ανά την Επικράτεια τα οποία εκτελούμε. Επιπλέον, η εταιρία μας έχει αναπτύξει σύστημα εποπτείας των έργων με αυξημένο διοικητικό προσωπικό ώστε όλες οι μεταβολές προγραμμάτων να επισημαίνονται άμεσα και δια τηλεφώνου ώστε να γίνουν εγκαίρως όλες οι σχετικές τροποποιήσεις. Έτσι, έχει ήδη επιτευχθεί να μην επιβληθούν περισσότερα πρόστιμα της εργατικής νομοθεσίας στην εταιρία μας (πλην των ανωτέρω αναφερόμενων) παρά το ότι διατηρεί μεγάλο αριθμό προσωπικού σε πληθώρα έργων ανά την Ελλάδα. Τα συγκεκριμένα πρόστιμα είναι απολύτως μεμονωμένα και δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, εφόσον έχουμε ασκήσει για όλα διοικητικές

Αριθμός απόφασης: 523/2020

προσφυγές και ως μεμονωμένα τα πρόστιμα αυτά σε συνδυασμό με τον αριθμό του προσωπικού μας δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει τελεστεί σοβαρό παράπτωμα, ενώ σε καμία περίπτωση αυτά δεν δημιουργούν καμία αμφιβολία για την αξιοπιστία για την φερεγγυότητα της εταιρίας μας, η οποία είναι απολύτως εντάξει στην εξόφληση εργοδοτικών και ασφαλιστικών εισφορών. Επίσης, κάθε μήνα διενεργείται έλεγχος για την διαπίστωση τυχόν παραλείψεων από εξειδικευμένο κλιμάκιο της εταιρίας μας ώστε να αποφευχθεί κάθε είδους παρατυπία στην εφαρμογή της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, της νομοθεσίας υγιεινής και ασφάλειας της εργασίας. Η εταιρία μας έχει συνάψει ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής και επαγγελματικής ευθύνης, σε κάθε περίπτωση, για οποιαδήποτε ζημία προκληθεί για πάσης φύσεως ζήτημα, ενώ η οικονομική επιφάνεια της εταιρίας είναι τέτοια που επαρκεί για να επανορθώσει οποιαδήποτε ζημία προκύψει στο μέλλον. Σε κάθε περίπτωση οι συγκεκριμένες διατάξεις του Ν3863 είναι αμφιβόλου συνταγματικότητας και ότι αφορά την εταιρία μας η επιβληθείσες κυρώσεις δεν είναι τελεσίδικες και δεσμευτικές». Η Επιτροπή Διαγωνισμού, κατόπιν αξιολόγησης των ισχυρισμών του ήδη προσφεύγοντος, απεφάνθη ότι «σε συνάρτηση και με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις των παραπτωμάτων, για τις οποίες εκδόθηκαν οι παραπάνω πράξεις επιβολής προστίμου, εκτιμά ότι τα ληφθέντα από μέρους της μέτρα αυτοκάθαρσης επαρκούν για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της, γι' αυτό και επιτρέπει τη συνέχιση της συμμετοχής της εταιρείας αυτής στο διαγωνισμό για το τμήμα Θ' κατ' εφαρμογή της παραγράφου 2.2.3.7 της διακήρυξης περί αυτοκάθαρσης». Στη συνέχεια, η αναθέτουσα αρχή βάσει των διατάξεων του άρθρου 73 παρ. 8 του ν. 4412/2016, εννοιολογικά ταυτόσημων με τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.3.8 της διακήρυξης, όπου ορίζεται ότι η απόφαση για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της αρμόδιας γνωμοδοτικής επιτροπής που συγκροτήθηκε με την υπ' αριθμ. (.....) κατ' εξουσιοδότηση της παρ. 9 άρθρου 73 ν. 4412/2016, της απέστειλε το υπ' αριθμ. πρωτ. /18-11-2019 αίτημα της για την επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων (2) δυο οικονομικών φορέων, μεταξύ των οποίων και του προσφεύγοντος και με το υπ' αριθμ. πρωτ. /11-12-2020 έγγραφο της ομοίως προς την ως άνω

Αριθμός απόφασης: 523/2020

γνωμοδοτική επιτροπή απέστειλε υπενθυμιστικό έγγραφο, χωρίς ωστόσο, να ληφθεί απάντηση, ήτοι δεν εκδόθηκε σύμφωνη γνώμη της της αρμόδιας γνωμοδοτικής Επιτροπής, εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας των τριάντα (30) ημερών και το αίτημα της αναθέτουσας αρχής, το οποίο περιείχε και Σχέδιο Απόφασης επί αποδοχής των επανορθωτικών μέτρων του προσφεύγοντος, απορρίφθηκε σιωπηρά. Στη συνέχεια εστάλη το υπ' αριθμ. πρωτ. ΕΞ 2020/20-1-2020 έγγραφο της Διεύθυνσης Προμηθειών Διαχείρισης Υλικού και Κτιριακών Υποδομών της αναθέτουσας αρχής προς την επιτροπή διενέργειας διαγωνισμού και αξιολόγησης προσφορών αναφορικά με τη γνωστοποίηση έκβασης εξέτασης, από την αρμόδια γνωμοδοτική επιτροπή, της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων από τους οικονομικούς φορείς προς απόδειξη της αξιοπιστίας τους. Με το υπ' αριθμ. πρωτ. ΕΞ 2020/22-1-2020 έγγραφο ανακοινώθηκε η ημ/νία αποσφράγισης οικονομικών προσφορών. Εν συνεχεία, εκδόθηκε το από 19/2/2020 πρακτικό Νο ... της επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού και αξιολόγησης προσφορών, αναφορικά με την αποσφράγιση και αξιολόγηση του (υπο)φακέλου «Οικονομική Προσφορά» στο οποίο αναγράφεται σύμφωνα με το οποίο, κατ' εφαρμογή του όρου της παραγράφου 3.1.2. στοιχ. δ της διακήρυξης προχώρησε στην αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των προσφερόντων, των οποίων τις τεχνικές προσφορές και τα δικαιολογητικά συμμετοχής έκρινε πλήρη και σύμφωνα με τους όρους και τις απαιτήσεις της διακήρυξης, ως ρητά αναγράφεται σε αυτό. Για το τμήμα Θ' ο πίνακας κατάταξης συμμετεχόντων διαμορφώθηκε μετά την αξιολόγηση των οικονομικών τους προσφορών, ως εξής: 1^{ος} ο προσφεύγων και 2^{ος} ο παρεμβαίνων και η επιτροπή αξιολόγησης εισηγήθηκε την ανάδειξη του προσφεύγοντος ως προσωρινού αναδόχου. Περαιτέρω, με την με αρ. Α 1037013 ΕΞ 2020/11-3-2020 προσβαλλόμενη απόφαση, απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος με την αιτιολογία ότι «συντρέχει λόγος αποκλεισμού σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.3.4 περ. θ της διακήρυξης και της διάταξης του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, και μετά την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας» (ενν. της 30μερης της υπ' αριθ. 50844/ 11-5-2018 Υπουργικής Απόφασης που αναφέρεται και στη σκ. 46 της προσβαλλόμενης) » και ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος για το τμήμα Θ' ο ήδη παρεμβαίνων. Ειδικότερα, στην προσβαλλόμενη αναφέρεται

Αριθμός απόφασης: 523/2020

«Το γεγονός ότι μετά την εφαρμογή των οριζόμενων κατά τα ανωτέρω στην υπ' αριθ. 50844/ 11-5-2018 Υπουργική Απόφαση και συγκεκριμένα: με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα, εν προκειμένω την εταιρεία με την επωνυμία «.....», ο αμέσως επόμενος κατά σειρά κατάταξης είναι ο οικονομικός φορέας υπό το διακριτικό του τίτλο «.....».

7. Επειδή, κατά το άρθρο 73 παρ.8 του διέποντος τον κρίσιμο διαγωνισμό ν.4412/2016, (άρθρο 2.2.3.8 της διακήρυξης), η επάρκεια ή μη των επανορθωτικών μέτρων που έχει λάβει οικονομικός φορέας, ο οποίος συμμετέχει στο διαγωνισμό και εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις, που συνιστούν λόγο αποκλεισμού του από το διαγωνισμό, διαπιστώνεται από ειδικώς συνιστώμενη προς τούτο Επιτροπή, που δεν αποτελεί όργανο της εκάστοτε αναθέτουσας αρχής, αλλά εντάσσεται στο Ελληνικό Δημόσιο, απαρτίζεται από εκπροσώπους διαφόρων Υπουργείων και οφείλει να ασκήσει την αρμοδιότητά της μέσα σε χρονικό διάστημα 30 ημερών από την περιέλευση σε αυτήν του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής, που συνοδεύεται από όλα τα σχετικά στοιχεία. Η απόφαση της ως άνω Επιτροπής, ανεξαρτήτως του ότι δεν ανήκει στην αναθέτουσα αρχή, παράγει έννομα αποτελέσματα έναντι της αναθέτουσας αρχής, και, συνακόλουθα, εντάσσεται στην κρίσιμη διαγωνιστική διαδικασία, που αποσκοπεί στην κατάρτιση δημόσιας σύμβασης, και ενσωματώνεται στην απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Περαιτέρω, η τελευταία αυτή απόφαση της αναθέτουσας αρχής, επάγεται βλαπτικές έννομες συνέπειες για τον προσφεύγοντα και παραδεκτώς προσβάλλεται με προδικαστική προσφυγή (βλ. ΔΕΦΑΘ 71/2020 σκ.9).

8.Επειδή, ο προσφεύγων ως προσφέρων στο διαγωνισμό του οποίου η προσφορά απορρίφθηκε, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής αιτούμενος την ακύρωση της προσβαλλόμενης ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του, σημειώνεται δε ότι υπέβαλε την χαμηλότερη οικονομική προσφορά, ως προς το επίμαχο τμήμα. Ωστόσο, το αίτημα του αναφορικά με την ανακήρυξη του ιδίου ως προσωρινού αναδόχου απορρίπτεται ως

Αριθμός απόφασης: 523/2020

απαράδεκτο, καθόσον η Α.Ε.Π.Π. αποφαινόμενη για τη βασιμότητα ή μη λόγου προσφυγής έχει αρμοδιότητα σε περίπτωση αποδοχής της προσφυγής, να ακυρώσει την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής και να αναπέμψει την υπόθεση σ' αυτήν προκειμένου η τελευταία να προβεί στην οφειλόμενη ενέργεια, και τούτο διότι η Α.Ε.Π.Π δεν έχει εξουσία, (σύμφωνα με τις 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 π.δ. 39/2017), ούτε να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη ούτε να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια, καθ' υποκατάσταση της Διοίκησης (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 54/2018 και μεταξύ άλλων Απόφαση ΑΕΠΠ 299, 476/2020 του 7ου Κλιμακίου Εισηγήτρια Χ. Ζαράρη).

9. Επειδή, στις 23.03.2020, η αναθέτουσα αρχή προέβη δια της «επικοινωνίας» στην κοινοποίηση της προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο και απέστειλε στην ΑΕΠΠ εμπροθέσμως τις από 24.03.2020 απόψεις της, κατόπιν σχετικής κλήσης της ΑΕΠΠ, τις οποίες κοινοποίησε και στον προσφεύγοντα.

10. Επειδή, ο παρεμβαίνων στις 02.04.2020 κατέθεσε την παρέμβασή του μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ), ήτοι εμπροθέσμως η οποία είναι νομίμως υπογεγραμμένη και ασκήθηκε μετ' εννόμου συμφέροντος δοθέντος ότι, κατόπιν απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος, ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος του επίμαχου τμήματος.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, υπό την επιφύλαξη των αναγραφόμενων στη σκ. 8 της παρούσας, παραδεκτώς εισάγεται η υπό εξέταση προσφυγή στο 7^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ, κατόπιν της με αρ...../2020 Πράξης του Προέδρου του.

12. Επειδή, πέραν του ιστορικού που αναφέρεται στη σκέψη 6 της παρούσας, στο Σχέδιο Απόφασης του Διοικητή της αναθέτουσας αρχής προς την Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 8 του ν. 4412/2026 με Θέμα: *«Διαπίστωση επάρκειας επανορθωτικών μέτρων των οικονομικών φορέων με την επωνυμία*

Αριθμός απόφασης: 523/2020

«» και «.....» στο πλαίσιο ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού (μέσω ΕΣΗΔΗΣ), άνω των ορίων, για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών ασφαλείας (φύλαξης) των κτιρίων στέγασης των Υπηρεσιών της» αναγράφεται μεταξύ άλλων ... «ΑΠΟΦΑΣΙΖΟΥΜΕ Τη διαπίστωση της επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων αυτοκάθαρσης των οικονομικών φορέων «» και «» σύμφωνα με την παρ. 8 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, και την αποδοχή της συμμετοχής τους στον ανοιχτό διαγωνισμό για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών ασφαλείας (φύλαξης) των κτιρίων στέγασης των Υπηρεσιών της, μετά τη σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής της παρ. 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, όπως διατυπώθηκε στο με αριθμ. Πρακτικό της, το οποίο αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της παρούσας Απόφασης.

Συνημμένα: Το Πρακτικό με αρ. της Γνωμ. Επιτροπής επί της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων οικονομικών φορέων προς απόδειξη της αξιοπιστίας τους».

13. Επειδή, ο προσφεύγων κατόπιν παράθεσης, σχετικού, σύντομου ιστορικού, το οποίο αναφέρει και στη συνέχεια προς στήριξη των ισχυρισμών του, ισχυρίζεται ότι **«ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ: Ο αποκλεισμός της εταιρίας μας από τη διαγωνιστική διαδικασία, χωρίς να προηγηθεί αξιολόγηση της Επιτροπής του άρθρου 73 ν. 4412/2016 περί ανεπάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσής μας, αντίκειται στις διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ Α. Στην οδηγία 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 «σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ», στο άρθρο 57 («Λόγοι Αποκλεισμού»), γίνεται διάκριση ανάμεσα στους υποχρεωτικούς και τους προαιρετικούς λόγους αποκλεισμού. Όσον αφορά τους τελευταίους, στην παρ.4 του εν λόγω άρθρου προβλέπεται ότι «Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν ή μπορούν να υποχρεώνονται από τα κράτη μέλη να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία προμήθειας οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις...γ) 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.» Περαιτέρω, στην παρ.6 του ίδιου άρθρου προβλέπεται ότι**

Αριθμός απόφασης: 523/2020

«6. 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. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή 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 παραπτωμάτων. 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.» Χρήσιμη για την ερμηνεία της ανωτέρω διάταξης είναι η αιτιολογική σκέψη (101) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, σύμφωνα με την οποία «Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να έχουν τη δυνατότητα να αποκλείουν οικονομικούς φορείς οι οποίοι έχουν φανεί αναξιόπιστοι, επί παραδείγματι λόγω παραβάσεων περιβαλλοντικών ή κοινωνικών υποχρεώσεων, συμπεριλαμβανομένων και των κανόνων σχετικά με τη δυνατότητα πρόσβασης ατόμων με αναπηρίες, ή λόγω άλλων μορφών σοβαρών επαγγελματικών παραπτωμάτων, όπως είναι οι παραβιάσεις των κανόνων περί ανταγωνισμού ή περί δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Θα πρέπει να διευκρινιστεί ότι το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα μπορεί να θέσει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα και, ως εκ τούτου, να καταστήσει τον οικονομικό φορέα ακατάλληλο να λάβει την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, ανεξαρτήτως εάν ο οικονομικός φορέας έχει άλλως την τεχνική και οικονομική ικανότητα να εκτελέσει τη σύμβαση. Δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή φέρει την ευθύνη για τις συνέπειες πιθανής λανθασμένης της απόφασης, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να παραμένουν ελεύθερες να αποφαινόνται ότι έχει σημειωθεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα όταν, πριν την έκδοση τελικής και δεσμευτικής απόφασης για την

Αριθμός απόφασης: 523/2020

ύπαρξη λόγων υποχρεωτικού αποκλεισμού, μπορούν να αποδείξουν με ενδεδειγμένα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει παραβεί τις υποχρεώσεις του, συμπεριλαμβανομένων των υποχρεώσεων που αφορούν την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, εκτός εάν το εθνικό δίκαιο ορίζει άλλως. Θα πρέπει επίσης να μπορούν να αποκλείουν υποψηφίους ή προσφέροντες των οποίων οι επιδόσεις σε παλαιότερες δημόσιες συμβάσεις παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις, όπως η αδυναμία παροχής ή εκτέλεσης, σημαντικές ελλείψεις στο παρασχεθέν προϊόν ή υπηρεσία με αποτέλεσμα να μην μπορεί να χρησιμοποιηθεί για τον σκοπό για τον οποίο προοριζόταν, ή ανάρμοστη διαγωγή που δημιουργεί σοβαρές αμφιβολίες για την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα. Το εθνικό δίκαιο θα πρέπει να προβλέπει τη μέγιστη διάρκεια αυτών των αποκλεισμών. Όταν βασίζονται σε λόγους προαιρετικού αποκλεισμού, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να δίδουν ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας. Μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις μπορούν ελάχιστονες παρατυπίες να οδηγήσουν στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα. Όταν, ωστόσο, συρρέουν επαναλαμβανόμενες περιπτώσεις ελασσόνων παρατυπιών, μπορεί να γεννηθούν αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία οικονομικού φορέα, οι οποίες μπορούν ενδεχομένως να δικαιολογούν τον αποκλεισμό του.» Οι ως άνω ρυθμίσεις της Οδηγίας ενσωματώθηκαν στο άρθρο 73 παρ.4 του ν. 4412/2016, όπου συγκεκριμένα προβλέπεται ότι «4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:... 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...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

Αριθμός απόφασης: 523/2020

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 παραπτωμάτων. 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.». Άλλωστε, στο άρθρο 18 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «5. Η αθέτηση της υποχρέωσης της παραγράφου 2 συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα του οικονομικού φορέα κατά την έννοια της περίπτωσης θ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στις κείμενες διατάξεις. Ειδικά, κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται ιδίως τα προβλεπόμενα στο δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 115)». Ο Ν. 3863/2010 στο άρθρο 68 παρ. 2 περ' γ', η οποία τροποποιήθηκε με τον Ν. 4488/2017 (άρθρο 39 περίπτωση β') ορίζει ότι: «γ) η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από την 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 την λήξη της προθεσμίας υποβολής 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

Αριθμός απόφασης: 523/2020

οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους». Από τις ανωτέρω διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι οποίες ενσωματώθηκαν άλλωστε και στον ν. 4412/2016, προκύπτει ότι το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα συνιστά δυνητικό λόγο αποκλεισμού όχι *per se*, αλλά μόνον εφόσον θέτει εν αμφιβόλω «την ακεραιότητα» του οικονομικού φορέα (περ. γ παρ. 4 άρθρου 57 της Οδηγίας). Η νομολογία του Δικαστηρίου της ΕΕ είχε αναδείξει την επαγγελματική αξιοπιστία σε λυδία λίθο για τη συμμετοχή του οικονομικού φορέα σε διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων ήδη με τις αποφάσεις *Forprosta*, C-465/2011 και *Generali Providencia*, C-470/13. Η ως άνω ερμηνεία επιβεβαιώνεται και από τη συστηματική θεώρηση της διάταξης ενόψει της αιτιολογικής σκέψης 101 του προοιμίου της οδηγίας, όπως κρίθηκε με πρόσφατες αποφάσεις του ΔΕΕ. Ειδικότερα, με την απόφαση *Delta Antrepriză de Construcțiiși Montaj 93*, C-267/18, έγινε δεκτό (σκ.26) ότι «Με την παροχή σε κάθε αναθέτουσα αρχή της ευχέρειας να αποκλείει έναν διαγωνιζόμενο από διαδικασία συνάψεως συμβάσεως επιδιώκεται ειδικώς να παρασχεθεί στην εν λόγω αρχή η δυνατότητα να αξιολογήσει την ακεραιότητα και την αξιοπιστία καθενός από τους διαγωνιζομένους. Ειδικότερα, ο λόγος προαιρετικού αποκλεισμού που διαλαμβάνεται στο άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο ζ', της οδηγίας 2014/24, σε συνδυασμό με την αιτιολογική σκέψη 101 της οδηγίας αυτής, στηρίζεται σε ουσιώδες στοιχείο της σχέσεως του αναδόχου της συμβάσεως με την αναθέτουσα αρχή, δηλαδή στην αξιοπιστία του αναδόχου, στην οποία ερείδεται η εμπιστοσύνη της αναθέτουσας αρχής προς αυτόν.» (πρβλ. και απόφαση *Meca*, C41/18, σκέψεις 29 και 30). Άλλωστε, και στην ελληνική έννομη τάξη, γίνεται δεκτό ότι ο λόγος αποκλεισμού που είναι γνωστός ως «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα» συνιστά έννοια η οποία αντιστοιχεί στην παραβίαση αρχών που αφορούν την ηθική, την αξιοπρέπεια ή την επαγγελματική συνείδηση. Η παραβίαση αυτή θεμελιώνει επαγγελματική ευθύνη αυτού που τη διέπραξε μέσω, ιδίως, της κινήσεως πειθαρχικής διαδικασίας από τους αρμόδιους επαγγελματικούς φορείς ή ποινικής διαδικασίας (ΑΕΠΠ 438/2019). Επομένως, είναι επιτρεπτός ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα από διαγωνιστική διαδικασία εξαιτίας τέλεσης επαγγελματικών παραπτωμάτων, υπό τον όρο όμως τα τελευταία έχουν πράγματι οδηγήσει στον κλονισμό της επαγγελματικής αξιοπιστίας του φορέα. Για τον λόγο αυτό, δίνεται το δικαίωμα στον υποψήφιο φορέα που του

Αριθμός απόφασης: 523/2020

καταλογίζονται σοβαρά επαγγελματικά παραπτώματα, να γνωστοποιήσει στην αναθέτουσα αρχή τα επανορθωτικά μέτρα αυτοκάθαρσης που έχει λάβει, προκειμένου να αποδείξει ότι είναι πλέον επαγγελματικά αξιόπιστος, για να καταστεί αντισυμβαλλόμενος του Δημοσίου. Η ratio της ρύθμισης περί self-cleaning συνίσταται στη διασφάλιση της ακεραιότητας και της εντιμότητας των οικονομικών φορέων και επιτυγχάνει να μην αποκλείονται από τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων οικονομικοί φορείς για τους οποίους δεν συντρέχει πλέον λόγος αποκλεισμού, δηλαδή εν προκειμένω έχουν αποκαταστήσει την επαγγελματική αξιοπιστία τους (βλ. Χ. Μουκίου, Διαφάνεια, Ακεραιότητα & Εντιμότητα στις Δημόσιες Συμβάσεις, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 211 επ.). Ο αποκλεισμός της εταιρίας μας από τη διαγωνιστική διαδικασία, χωρίς να προηγηθεί αξιολόγηση της Επιτροπής του άρθρου 73 ν. 4412/2016 περί ανεπάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσής μας, αντίκειται στις διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Η απόδειξη της αυτοκάθαρσης γίνεται δια της προσκόμισης στοιχείων από τα οποία συνάγεται η επάρκεια των ληφθέντων εκ μέρους του οικονομικού φορέα μέτρων για την απόδειξη της αξιοπιστίας του. Τα προσκομισθέντα στοιχεία πρέπει να εξετάζονται από την αναθέτουσα αρχή ή τα άλλα αρμόδια όργανα, προκειμένου να αξιολογείται αν είναι επαρκή για τη διασφάλιση της αξιοπιστίας του φορέα. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο οικονομικός φορέας παραμένει εντός της διαγωνιστικής διαδικασίας, εάν, όμως, κριθούν ανεπαρκή, με αιτιολογημένη προς τούτο κρίση, ο οικονομικός φορέας θεωρείται αποκλειστέος. Συνεπώς, ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα από διαγωνισμό εξαιτίας της τέλεσης επαγγελματικών παραπτωμάτων, χωρίς καν να αξιολογηθεί η επάρκεια των ληφθέντων μέτρων αυτοκάθαρσής του, δηλαδή χωρίς να ελεγχθεί αν έχει αποκαταστήσει ή όχι την επαγγελματική αξιοπιστία του, ΑΝΤΙΒΑΙΝΕΙ ΣΤΙΣ ΩΣ ΑΝΩ ΑΝΑΦΕΡΘΕΙΣΕΣ ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ ΤΗΣ ΟΔΗΓΙΑΣ. Άλλωστε, η υποχρέωση αξιολόγησης της επάρκειας των ληφθέντων μέτρων και έκδοσης πλήρως αιτιολογημένης απόφασης επ' αυτής προκύπτει ρητώς από το άρθρο 57 παρ.6 της Οδηγίας, σύμφωνα με το οποίο «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». Από τη διάταξη αυτή προκύπτει η υποχρέωση των αναθετουσών

Αριθμός απόφασης: 523/2020

αρχών να προβαίνουν σε αξιολόγηση της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης επί τη βάσει συγκεκριμένων κριτηρίων (σοβαρότητα και ιδιαίτερες περιστάσεις του παραπτώματος) και να εκδίδουν αιτιολογημένη απόφαση με βάση τα πορίσματα της αξιολόγησης ενώ σε περίπτωση που τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, το σκεπτικό της εν λόγω κρίσης πρέπει να γνωστοποιείται στον εμπλεκόμενο οικονομικό φορέα. Άλλωστε, σε διαφορετική περίπτωση, ο οικονομικός φορέας, τα ληφθέντα μέτρα του οποίου κρίθηκαν ανεπαρκή, θα στερούνταν το δικαίωμα παροχής δικαστικής προστασίας (βλ. Χ. Μουκίου, Διαφάνεια, Ακεραιότητα & Εντιμότητα στις Δημόσιες Συμβάσεις, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 216, και ΔΕΦΑΘ 94/2020). Εξάλλου, και στην ελληνική νομολογία γίνεται δεκτό ότι απόκειται στην αναθέτουσα αρχή, εκτιμώντας τις συνθήκες της συγκεκριμένης περίπτωσης, να αποφασίσει είτε τον αποκλεισμό είτε την αποδοχή της προσφοράς του οικονομικού φορέα, εφόσον, όμως, κρίνει αιτιολογημένα ότι το επαγγελματικό παράπτωμα επηρεάζει ή όχι τη φερεγγυότητα ή την επαγγελματική αξιοπιστία του (βλ. ΣΤΕ Ε.Α. 428/11, 526/2010, 954/2009). Περαιτέρω, όπως έχει κρίνει το ΔΕΕ (βλ. απόφαση *Delta Antrepriză de Construcțiisi Montaj 93, C-267/18*, σκ. 25 επ., απόφαση *Meca, C-41/18*, σκ. 34), όπως προκύπτει από το γράμμα του άρθρου 57, παράγραφος 4, της οδηγίας 2014/24, ο νομοθέτης της Ένωσης είχε την πρόθεση να αναθέσει αποκλειστικά και μόνο στην αναθέτουσα αρχή, κατά το στάδιο της επιλογής των διαγωνιζομένων, την ευθύνη της εκτίμησης του κατά πόσον ένας υποψήφιος ή ένας διαγωνιζόμενος πρέπει να αποκλειστεί από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης. Άλλωστε, η αρχή της αναλογικότητας επιτάσσει να εξετάζει και να εκτιμά η ίδια η αναθέτουσα αρχή τα πραγματικά περιστατικά, προκειμένου να αποφανθεί για την επάρκεια των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων. Για τη διαπίστωση της ύπαρξης «σοβαρού παραπτώματος» απαιτείται να πραγματοποιηθεί συγκεκριμένη εκτίμηση και να εξατομικευθεί η στάση του οικείου οικονομικού φορέα (βλ. απόφαση *Forposta C 465/11*, σκ.31). Β. Όσον αφορά το ελληνικό δίκαιο, στο άρθρο 73 ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι «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

Αριθμός απόφασης: 523/2020

αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής, καθώς και η απόφαση με την οποία γίνονται δεκτά ένδικα βοηθήματα κατ' αυτής, κοινοποιείται στην Αρχή. 9. Για τις ανάγκες των παραγράφων 7 και 8 συνιστάται επιτροπή που απαρτίζεται από εκπροσώπους του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, του Υπουργού Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, καθώς και του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων. Η ως άνω επιτροπή συγκροτείται με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού η οποία εκδίδεται εντός μηνός από τη δημοσίευση του παρόντος και ρυθμίζει τις αναγκαίες λεπτομέρειες οργάνωσης και λειτουργίας της. Χρέη Προέδρου εκτελεί ο εκπρόσωπος του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού.». Ο Έλληνας νομοθέτης έκανε χρήση της δυνατότητας που του παρέχει η Οδηγία 2014/24/ΕΕ να αναθέσει την αξιολόγηση των μέτρων αυτοκάθαρσης κατά τρόπο συνδυαστικό στις αναθέτουσες αρχές και σε άλλο όργανο, και συγκεκριμένα σε ειδικά συγκροτημένη προς τούτο Επιτροπή. Ειδικότερα, στην αξιολόγηση της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης προβαίνει αρχικά η αναθέτουσα αρχή, εκδίδοντας ένα «σχέδιο απόφασης», το οποίο αποστέλλει στη συνέχεια στην αρμόδια Επιτροπή του άρθρου 73 παρ.9 του ν. 4412/2016, προκειμένου η τελευταία να παράσχει ή όχι τη σύμφωνη γνώμη της επί του ήδη εκδοθέντος σχεδίου απόφασης της Επιτροπής. Αναλόγως του περιεχομένου της σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής (θετική ή αρνητική), εκδίδεται η τελική απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής επί της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης. Σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του νόμου «όταν τα εν λόγω μέτρα προσφέρουν επαρκείς εγγυήσεις, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται για αυτούς τους λόγους και μόνον.». Στην ως άνω Επιτροπή δίνεται προθεσμία χρονικού διαστήματος 30 ημερών να εξετάσει το προσχέδιο απόφασης που έχει λάβει, με την άπρακτη παρέλευση της οποίας, σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 8 του άρθρου 73 ν. 4412/2016, ο οικονομικός φορέας αποκλείεται άνευ ετέρου και κατά δέσμια αρμοδιότητα από τη διαγωνιστική διαδικασία, ακόμα κι αν το σχέδιο απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής ήταν υπέρ της επάρκειας των επανορθωτικών

Αριθμός απόφασης: 523/2020

μέτρων!!! Η τελευταία ως άνω ρύθμιση της ελληνικής νομοθεσίας παραβιάζει τη διάταξη του άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, και ως εκ τούτου πρέπει να μείνει ανεφάρμοστη, καθ' ο μέρος επιτρέπει τον αποκλεισμό ενός οικονομικού φορέα, χωρίς να έχει γίνει αξιολόγηση της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης που έχει λάβει, και χωρίς να υπάρξει αιτιολογημένη κρίση ότι τα μέτρα του είναι ανεπαρκή. Συγκεκριμένα, επιτρέπει τον αποκλεισμό φορέα, ο οποίος παρουσίασε μέτρα αυτοκάθαρσης, για μόνο τον λόγο ότι η αρμόδια Επιτροπή **παρέλειψε** να ασκήσει τη γνωμοδοτική αρμοδιότητά της εντός της ορισθείσας από τον νόμο προθεσμίας, χωρίς να έχει υπάρξει καμία αρνητική αξιολόγηση για τα ληφθέντα μέτρα. Ιδίως στην περίπτωση που έχει προηγηθεί σχέδιο απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής υπέρ της επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων, ο αποκλεισμός του οικονομικού φορέα για μόνο τον λόγο ότι η Επιτροπή παρέλειψε να αξιολογήσει και η ίδια την επάρκεια των μέτρων, παραβιάζει σαφώς την υποχρέωση αξιολόγησης της επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων και έκδοσης αιτιολογημένης απόφασης εφόσον τα μέτρα κρίνονται ανεπαρκή, η οποία απορρέει από τη διάταξη του άρθρου 57 παρ. 4 και 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και από την ανωτέρω αναφερθείσα νομολογία του Δικαστηρίου ΕΕ (βλ. ιδίως απόφαση *Delta Antrepriză de Construcții Montaj* 93, C-267/18, απόφαση *Meca*, C-41/18). Γ. Στην προκειμένη περίπτωση, η εταιρία μας στο υποβληθέν Ε.Ε.ΕΣ. της, στο ερώτημα «Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα;» απάντησε «ΝΑΙ» και περιέγραψε τα μέτρα που λήφθηκαν ως εξής: «Στην εταιρία μας επιβλήθηκαν οι εξής πράξεις επιβολής προστίμων (οι οποίες δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ): α. Η υπ' αριθμ. /1-11-2017 πράξη επιβολής προστίμου από την της, για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό η /21-11-2017 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας, β. Η υπ' αριθμ. /24-5-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την, για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό η /28-6-2017 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας, γ. Η υπ' αριθμ. /4-10-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την, για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό η /19-11-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας, δ. Η υπ' αριθμ. /23-10-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την, για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό η /27-

Αριθμός απόφασης: 523/2020

11-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας, ε. Η υπ' αριθμ./0512-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την....., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό η/11-12-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή, στ. Η υπ' αριθμ./29-11-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την, για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό η/12-12-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας

Επειδή η εταιρία μας δεν έχει παραβιάσει εν γνώσει της, τις υποχρεώσεις της, στον τομέα του εργατικού δικαίου και επειδή αμφισβητεί ότι οι συγκεκριμένες αποφάσεις αποτελούν εργατική παράβαση, τις έχει προσβάλει με προσφυγές. Επομένως η εταιρία δεν εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού σύμφωνα με το Ν4412/2016 άρθρο 73 παρ.2 περίπτωση γ, η οποία προστέθηκε με το άρθρο 39 του Ν.4488/2017 διότι οι ανωτέρω πράξεις δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.3.2.γ της διακήρυξης.».

Περαιτέρω, στο ερώτημα «Σε περίπτωση καταδίκης, ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη σχετικού λόγου αποκλεισμού (“αυτοκάθαρση”);» η εταιρία μας απάντησε «ΝΑΙ» και περιέγραψε τα μέτρα που λήφθηκαν ως εξής: «Όπως προκύπτει από το σώμα των συνημμένων προσφυγών σε όλες τις περιπτώσεις η εταιρία μας διαφωνεί με την επιβολή των προστίμων και εκτιμάται ότι πολύ πιθανή η ευδοκίμηση των προσφυγών μας στα διοικητικά δικαστήρια. Σε κάθε περίπτωση οι καταλογιζόμενες παραβάσεις αφορούν μεμονωμένο αριθμό περιπτώσεων από τους 350 που απασχολεί κατά μέσο όρο η εταιρία μας, και οι παραβάσεις οφείλονται πάντοτε σε σφάλματα εκ παραδρομής λόγω συνεννοήσεων των εργαζομένων για αλλαγή βάρδιας χωρίς να ενημερωθεί πρώτα το λογιστήριο της εταιρίας και επ' ουδενί δεν οφείλονται σε πρόθεση της εταιρίας μας. Η εταιρία μας επισημαίνει ότι έχει λάβει όλα τα απαραίτητα μέτρα ώστε με βάση τον αριθμό του προσωπικού της να είναι απολύτως συμμορφούμενη με τις υποδείξεις της εργατικής νομοθεσίας, τηρώντας εγκαίρως όλες τις υποχρεώσεις της και έχοντας καθιερώσει στενή συνεργασία σε 24ωρη βάση με σύστημα ενδοεπικοινωνίας εκπροσώπου εταιρίας, λογιστηρίου, λογιστή, επόπτη έργου και εργαζομένων ώστε να αποφεύγεται κάθε σφάλμα ή αβλεψία. Σημειώνεται ότι ο λογιστής της εταιρίας μας καθώς και εξειδικευμένο γραφείο λογιστικής και νομικής υποστήριξης με το οποίο συνεργαζόμαστε είναι σε ετοιμότητα σε 24ώρη βάση ώστε να προλαμβάνουν

Αριθμός απόφασης: 523/2020

κάθε αβλεψία και κάθε αιφνίδια αλλαγή προγράμματος ή αναγκών σε όλα τα έργα ανά την Επικράτεια τα οποία εκτελούμε. Επιπλέον, η εταιρία μας έχει αναπτύξει σύστημα εποπτείας των έργων με αυξημένο διοικητικό προσωπικό ώστε όλες οι μεταβολές προγραμμάτων να επισημαίνονται άμεσα και δια τηλεφώνου ώστε να γίνουν εγκαίρως όλες οι σχετικές τροποποιήσεις. Έτσι, έχει ήδη επιτευχθεί να μην επιβληθούν περισσότερα πρόστιμα της εργατικής νομοθεσίας στην εταιρία μας (πλην των ανωτέρω αναφερόμενων) παρά το ότι διατηρεί μεγάλο αριθμό προσωπικού σε πληθώρα έργων ανά την Ελλάδα. Τα συγκεκριμένα πρόστιμα είναι απολύτως μεμονωμένα και δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, εφόσον έχουμε ασκήσει για όλα διοικητικές προσφυγές και ως μεμονωμένα τα πρόστιμα αυτά σε συνδυασμό με τον αριθμό του προσωπικού μας δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει τελεστεί σοβαρό παράπτωμα, ενώ σε καμία περίπτωση αυτά δεν δημιουργούν καμία αμφιβολία για την αξιοπιστία για την φερεγγυότητα της εταιρίας μας, η οποία είναι απολύτως εντάξει στην εξόφληση εργοδοτικών και ασφαλιστικών εισφορών. Επίσης, κάθε μήνα διενεργείται έλεγχος για την διαπίστωση τυχόν παραλείψεων από εξειδικευμένο κλιμάκιο της εταιρίας μας ώστε να αποφευχθεί κάθε είδους παρατυπία στην εφαρμογή της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, της νομοθεσίας υγιεινής και ασφάλειας της εργασίας. Η εταιρία μας έχει συνάψει ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής και επαγγελματικής ευθύνης, σε κάθε περίπτωση, για οποιαδήποτε ζημία προκληθεί για πάσης φύσεως ζήτημα, ενώ η οικονομική επιφάνεια της εταιρίας είναι τέτοια που επαρκεί για να επανορθώσει οποιαδήποτε ζημία προκύψει στο μέλλον. Σε κάθε περίπτωση οι συγκεκριμένες διατάξεις του Ν3863 είναι αμφιβόλου συνταγματικότητας και ότι αφορά την εταιρία μας η επιβληθείσες κυρώσεις δεν είναι τελεσίδικες και δεσμευτικές.» Η , ως αναθέτουσα αρχή του Διαγωνισμού, προέβη στην αξιολόγηση των μέτρων αυτοκάθαρσης της εταιρίας μας, με το από 31-10-2019 Πρακτικό Νο2 της Επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού και αξιολόγησης προσφορών, και κατέληξε ότι τα ληφθέντα μέτρα μας είναι επαρκή για την απόδειξη της αξιοπιστίας της εταιρίας μας και ότι συνεπώς δεν επιτρέπεται ο αποκλεισμός της από τη διαγωνιστική διαδικασία. Ειδικότερα, έγιναν δεκτά τα εξής: «Όλες οι ανωτέρω πράξεις, την έκδοση των οποίων συνομολογεί άλλωστε και η προσφέρουσα εταιρεία με το επίμαχο Ε.Ε.Ε.Σ., έχουν προσβληθεί απ' αυτήν με αντίστοιχες

Αριθμός απόφασης: 523/2020

προσφυγές ενώπιον των αρμόδιων Διοικητικών Πρωτοδικείων, όπως και αυτό συνομολογείται από την ίδια και προκύπτει άλλωστε και από τα συνημμένα αρχεία 1-6 του υποφακέλου «Προσφυγές», που εμπεριέχεται στον οικείο ηλεκτρονικό φάκελό της με τον τίτλο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά». Εφόσον δε για καθεμία από τις ανωτέρω πράξεις, που αφορούν ιδίως σε τροποποιήσεις ωραρίου εργασίας εργαζομένων, εκκρεμεί η εκδίκαση αντίστοιχης προσφυγής, καμία από αυτές δεν έχει καταστεί τελεσίδικη και δεσμευτική και συνεπώς, δεν στοιχειοθετείται ο λόγος αποκλεισμού της «αθέτησης των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου» της παραγράφου 2.2.3.2 περ. γ της διακήρυξης και της ταυτόσημης με αυτήν ως προς το περιεχόμενο διάταξης του άρθρου 73 παρ. 2 περ. γ του ν. 4412/2016. Είναι όμως αλήθεια ότι οι παραπάνω πράξεις, μπορούν καταρχήν να στηρίξουν τον αποκλεισμό της προσφέρουσας εταιρείας από τη συνέχεια του διαγωνισμού, λόγω της υπαγωγής της σε άλλο λόγο αποκλεισμού και ειδικότερα σ' εκείνο του «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» της παραγράφου 2.2.3.4 περ. θ' της διακήρυξης και της συναφούς με αυτή διάταξης του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, όπως αυτό ισχύει ήδη, δεδομένου ότι για την υπαγωγή της στον τελευταίο αυτό λόγο αποκλεισμού δεν τίθεται ως προϋπόθεση η τελεσίδικη ισχύς των οικείων κυρώσεων. Μάλιστα η προσφέρουσα εταιρεία, διαβλέποντας τον κίνδυνο αυτό και αποβλέποντας στην αποτροπή του, δήλωσε μεταξύ άλλων στο επίμαχο Ε.Ε.Ε.Σ. και δη στο ερώτημα του πεδίου Γ του Μέρους ΙΙΙ αυτού σχετικά με την ενδεχόμενη λήψη από μέρους της μέτρων που αποδεικνύουν την αξιοπιστία της παρά την ύπαρξη του ανωτέρω λόγου αποκλεισμού (αυτοκάθαρση) επί λέξει ότι «έχει λάβει όλα τα απαραίτητα μέτρα, ώστε με βάση τον αριθμό του προσωπικού της να είναι απολύτως συμμορφούμενη με τις υποδείξεις της εργατικής νομοθεσίας, τηρώντας εγκαίρως όλες τις υποχρεώσεις της και έχοντας καθιερώσει στενή συνεργασία σε 24ωρη βάση με σύστημα ενδοεπικοινωνίας εκπροσώπου της εταιρείας, λογιστηρίου, λογιστή, επόπτη έργου και εργαζομένων» προκειμένου «να αποφεύγεται κάθε σφάλμα ή αβλεψία, ότι έχει αναπτύξει σύστημα εποπτείας των έργων με αυξημένο διοικητικό προσωπικό, ώστε όλες οι μεταβολές προγραμμάτων να επισημαίνονται άμεσα και δια τηλεφώνου» και να γίνονται έτσι «εγκαίρως όλες οι σχετικές τροποποιήσεις» και ότι έτσι κατάφερε «να μη επιβληθούν περισσότερα πρόστιμα σε βάρος της

Αριθμός απόφασης: 523/2020

παρά το γεγονός ότι διατηρεί μεγάλο αριθμό προσωπικού σε πληθώρα έργων ανά την Ελλάδα». Πέραν και ανεξαρτήτως του ότι το ίδιο πραγματικό (έκδοση πράξεων επιβολής προστίμου) θεμελιώνει περισσότερους λόγους αποκλεισμού, οι οποίοι εφαρμόζονται υπό διαφορετικές προϋποθέσεις βάσει της οικείας νομοθεσίας και των όρων 2.2.3.2 περ. γ και 2.2.3.4 περ. θ της διακήρυξης, με συνέπεια να εγείρεται ζήτημα ασάφειας ως προς τους ισχύοντες εν προκειμένω λόγους αποκλεισμού, χωρίς και να μπορεί βέβαια η ασάφεια αυτή να αποβεί σε βάρος της προσφέρουσας εταιρείας, η Επιτροπή αξιολογώντας τους ανωτέρω ισχυρισμούς της συγκεκριμένης εταιρείας σε συνάρτηση και με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις των παραπτώματων, για τις οποίες εκδόθηκαν οι παραπάνω πράξεις επιβολής προστίμου, εκτιμά ότι τα ληφθέντα από μέρους της μέτρα αυτοκάθαρσης επαρκούν για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της, γι' αυτό και επιτρέπει τη συνέχιση της συμμετοχής της εταιρείας αυτής στο διαγωνισμό για το Τμήμα Θ' κατ' εφαρμογή της παραγράφου 2.2.3.7 της διακήρυξης περί αυτοκάθαρσης.». Ακολούθως, η Διεύθυνση Προμηθειών, Διαχείρισης Υλικού και Κτιριακών Υποδομών της απέστειλε το υπ' αριθ. πρωτ. ΕΞ 2019 /18-11-2019 αίτημα μαζί με το ως άνω πρακτικό-προσχέδιο απόφασης προς την αρμόδια γνωμοδοτική επιτροπή του άρθρου 73 ν. 4412/2016, προκειμένου να δώσει τη σύμφωνη γνώμη της επί της κρίσης της αναθέτουσας αρχής αναφορικά με την επάρκεια των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων. Στη συνέχεια, απέστειλε προς την Επιτροπή και το υπ' αριθμ. πρωτ. ΕΞ 2020 /11-12-2020 έγγραφο υπενθύμισης αιτήματος για γνωμοδότηση. Ωστόσο, η γνωμοδοτική Επιτροπή δεν εξέδωσε τη σύμφωνη γνώμη της εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας των τριάντα (30) ημερών, δηλαδή δεν άσκησε την αρμοδιότητά της να αξιολογήσει την επάρκεια των ληφθέντων μέτρων εντός του προβλεπόμενου χρονικού διαστήματος. Συνεπώς, με την προσβαλλόμενη αρ. πρωτ. Α 1037013 ΕΞ 2020 απόφαση του Διοικητή της, η εταιρία μας, η οποία είχε υποβάλει την χαμηλότερη οικονομική προσφορά, αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό, σε εφαρμογή της διάταξης της παρ. 8 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, που ορίζει ότι «με την άπρακτη παρέλευση της προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα». Εν όψει των ανωτέρω, η εταιρία μας αποκλείστηκε από τη διαγωνιστική διαδικασία χωρίς

Αριθμός απόφασης: 523/2020

να προηγηθεί οποιαδήποτε κρίση ότι τα μέτρα που παρουσίασε είναι ανεπαρκή και για μόνο τον λόγο ότι η αρμόδια Επιτροπή παρέλειψε να προχωρήσει στη διαδικασία αξιολόγησης. Επισημαίνεται, άλλωστε, ότι το ζήτημα της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης της εταιρίας μας είχε ήδη εξεταστεί από την αναθέτουσα αρχή, που είχε εκδώσει ένα πλήρως αιτιολογημένο σχέδιο απόφασης υπέρ της επάρκειας των μέτρων μας. Επομένως, ο αποκλεισμός της εταιρίας μας, χωρίς καμία κρίση περί ανεπάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσής της, και ενώ υπάρχει ήδη μια πρώτη πλήρως αιτιολογημένη κρίση υπέρ της επάρκειας των μέτρων από την ίδια την Αναθέτουσα Αρχή αντιβαίνει στο άρθρο 57 παρ.4 και 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όπως έχει ερμηνευθεί με τις αποφάσεις του Δικαστηρίου της ΕΕ, και συγκεκριμένα αντιβαίνει στην υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να αξιολογεί τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του παραπτώματος και να εκδίδει αιτιολογημένη απόφαση επί του ζητήματος της επάρκειας ή ανεπάρκειας των μέτρων. Άλλωστε, ο αποκλεισμός της εταιρίας μας λόγω της παράλειψης της Επιτροπής να εξετάσει την επάρκεια των μέτρων μας, αντιβαίνει στην αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων, που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων. Τούτο διότι δίνει τη δυνατότητα στην Επιτροπή να αποφασίζει αυθαίρετα αν θα προχωρήσει στην αξιολόγηση της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης και σε περίπτωση που δεν το κάνει να οδηγήσει άνευ ετέρου στον αποκλεισμό ενός οικονομικού φορέα. Επισημαίνεται ότι η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., απόφαση SC Enterprise Focused Solutions, C-278/14, σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Περαιτέρω, η ως άνω ρύθμιση αντιβαίνει και στην αρχή της αναλογικότητας, γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ κλπ). Μια πτυχή της αρχής της αναλογικότητας, αποτελεί και η υποχρέωση αιτιολόγησης των δυσμενών

Αριθμός απόφασης: 523/2020

αποφάσεων των αναθετουσών αρχών στο πλαίσιο διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, η οποία απορρέει και από τις γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου των κρατών-μελών και συνδέεται άμεσα και με την αρχή της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας. Εν όψει των ανωτέρω, ο αποκλεισμός της εταιρίας μας από τη διαγωνιστική διαδικασία, χωρίς να προηγηθεί αξιολόγηση της Επιτροπής του άρθρου 73 ν. 4412/2016 περί ανεπάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσής μας, αντίκειται στις διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ».

14. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις οικείες απόψεις της κατόπιν παράθεσης αναλυτικού ιστορικού, ισχυρίζεται ότι επί των αιτιάσεων του προσφεύγοντος «θα πρέπει να ληφθούν υπόψη τα αναφερόμενα στην υπ' αριθμ. πρωτ. Α 1037013 ΕΞ 2020/11-3-2020 απόφαση έγκρισης πρακτικών ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής, αξιολόγησης τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου του τμήματος Θ' του ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού (μέσω ΕΣΗΔΗΣ), άνω των ορίων, για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών ασφαλείας (φύλαξης) των κτιρίων στέγασης των Υπηρεσιών της

15. Επειδή ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι «B. Ως προς την αβασιμότητα των προβαλλόμενων λόγων της προδικαστικής προσφυγής Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δήθεν ο αποκλεισμός της από τον υπό κρίση διαγωνισμό λόγω της τέλεσης εκ μέρους της σοβαρών επαγγελματικών παραπτώματων αντιβαίνει στις διατάξεις της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, διότι σύμφωνα με τους ισχυρισμούς η Αναθέτουσα Αρχή παρέλειψε να προβεί σε αξιολόγηση της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων αυτοκάθαρσης και να εκδώσει πλήρως αιτιολογημένη απόφαση επ' αυτής με βάση τα πορίσματα της αξιολόγησης. Ως προς τους όλως αβάσιμους, αναληθείς και εσφαλμένους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, λεκτέα είναι τα κάτωθι: B1. ΝΟΜΙΚΟ ΜΕΡΟΣ Σύμφωνα με την κανονιστική ρύθμιση του υπ'αρ. 2.2.3.2. όρο της Διακήρυξης με τίτλο «Λόγοι που σχετίζονται με την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας» ορίζεται ότι: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) προσφέρων οικονομικός φορέας, στις ακόλουθες περιπτώσεις: γ) η Αναθέτουσα Αρχή

Αριθμός απόφασης: 523/2020

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.» Περαιτέρω, σύμφωνα με τον υπ'αρ. 2.2.3.4. της υπό κρίση Διακήρυξης με τίτλο «Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα» προβλέπεται ότι: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:(α) εάν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016',(θ) εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβάλω την ακεραιότητά του, για το οποίο του επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία. Ειδικά για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών ασφαλείας (φύλαξης) ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται, οι λόγοι που αναφέρονται στην περίπτωση της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, όπως ισχύει: «Η Αναθέτουσα Αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών 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

Αριθμός απόφασης: 523/2020

(2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να αποκλείσει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης: αα) οι οποίες έχουν κηρυχθεί έκπτωτες κατ' εφαρμογή της παραγράφου 7 του παρόντος μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς ή ββ) στις οποίες έχει επιβληθεί η κύρωση της προσωρινής διακοπής της λειτουργίας συγκεκριμένης παραγωγικής διαδικασίας ή τμήματος ή τμημάτων ή του συνόλου της επιχείρησης ή εκμετάλλευσης κατ' εφαρμογή της παρ. 1B του άρθρου 24 του ν. 3996/2011 (Α '170) μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς.» Έτι περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 73 «Λόγοι αποκλεισμού» (άρθρο 57 παράγραφοι 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: « 2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: ν) γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Ο λόγος αποκλεισμού δεν εφαρμόζεται όταν η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, είναι ίση ή κατώτερη από το ποσό των είκοσι χιλιάδων (20.000) ευρώ.4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε

Αριθμός απόφασης: 523/2020

οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:...θ) Εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβάλω την ακεραιότητά του.». Κατά τα ρητώς οριζόμενα στο άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι : «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...5. Η αθέτηση της υποχρέωσης της παραγράφου 2 συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα του οικονομικού φορέα κατά την έννοια της περίπτωσης θ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στις κείμενες διατάξεις. Ειδικά, κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασής παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται ιδίως τα προβλεπόμενα στο δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης ν' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 115), όπως ισχύει μετά την αντικατάστασή του από το άρθρο 39 παρ.Β Ν.4488/2017.ΦΕΚ Α 137/13.9.2017. Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι 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». Συγκεκριμένα, ο νόμος διακρίνει δύο περιπτώσεις ύπαρξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, αφενός του εδαφίου α της παραγράφου 5 του

Αριθμός απόφασης: 523/2020

άρθρου 18 του Ν. 4412/2016, το οποίο για την έννοια του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος μετουσιώνει το περιεχόμενο του άρθρου 73 της παραγράφου 4 περ. θ' του Ν. 4412/2016 που ισχύει για όλες τις εν γένει διαγωνιστικές διαδικασίες και αφετέρου του εδαφίου β το οποίο παραπέμπει για τη στοιχειοθέτηση του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης στην ειδική διάταξη του άρθρου 68 της παρ. 2 περίπτωση γ' του Ν. 3863/2010 η οποία ως *lex specialis* κατισχύει έναντι της γενικής για κάθε αντικείμενο σύμβασης διάταξης του άρ. 73 παρ. 4 περ. θ' Ν. 4412/2016. Επομένως, ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοείται για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, και η αναφερόμενη στην περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 Ν. 3863/2010 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 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. Σύμφωνα με το άρθρο 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014 ορίζεται στις παρ. 6 επ. ότι: «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. 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 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 παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του

Αριθμός απόφασης: 523/2020

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 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».Εξάλλου, η αιτιολογική σκέψη 102 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, σχετικά με τα επανορθωτικά μέτρα αναφέρει ότι : «Θα πρέπει, ωστόσο, να επιτρέπεται στους οικονομικούς φορείς να υιοθετούν μέτρα συμμόρφωσης με στόχο την άρση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων και την αποτελεσματική πρόληψη των παρανομιών. Τα εν λόγω μέτρα μπορεί να συνίστανται ιδίως σε μέτρα που αφορούν το προσωπικό και την οργάνωση, όπως είναι η διακοπή όλων των δεσμών με πρόσωπα ή οργανισμούς που εμπλέκονται στην παράνομη συμπεριφορά, κατάλληλα μέτρα αναδιοργάνωσης προσωπικού, η εφαρμογή συστημάτων υποβολής εκθέσεων και ελέγχου, η δημιουργία δομής εσωτερικού ελέγχου για την παρακολούθηση της συμμόρφωσης και η έγκριση εσωτερικών κανόνων ευθύνης και αποζημίωσης. Όταν τα εν λόγω μέτρα προσφέρουν επαρκείς εγγυήσεις, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν θα πρέπει πλέον να αποκλείεται για αυτούς τους λόγους και μόνον. Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να ζητούν να εξετάζονται τα μέτρα συμμόρφωσης που λαμβάνονται με σκοπό την πιθανή συμμετοχή τους στη διαδικασία προμήθειας. Θα πρέπει, εντούτοις, να εναπόκειται στα κράτη μέλη να καθορίζουν τους ακριβείς διαδικαστικούς και ουσιαστικούς όρους που θα ισχύσουν σε τέτοιες περιπτώσεις. Θα πρέπει

Αριθμός απόφασης: 523/2020

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». Συνεπώς, από τα ως άνω διαλαμβανόμενα, καθίσταται σαφές ότι σύμφωνα με την βούληση του Ενωσιακού Νομοθέτη εναπόκειται στα κράτη μέλη να καθορίζουν τους ακριβείς διαδικαστικούς και ουσιαστικούς όρους όσο αφορά την εξέταση και αξιολόγηση των μέτρων συμμόρφωσης που λαμβάνονται από τους εκάστοτε οικονομικούς Φορείς με σκοπό την πιθανή συμμετοχή τους στη διαδικασία προμήθειας και ειδικότερα να ρυθμίζουν κανονιστικά και να αναθέτουν το καθήκον εξέτασης και αξιολόγησης των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων είτε στις επιμέρους αναθέτουσες αρχές είτε σε άλλες αρχές, κεντρικού η μη επιπέδου. Ο Ενωσιακός νομοθέτης δεν επιχειρεί να επιβάλει ομοιομορφία σε επίπεδο Ένωσης ως προς την εφαρμογή των διαλαμβανομένων σε αυτό λόγων αποκλεισμού, στο μέτρο κατά το οποίο τα κράτη μέλη έχουν την ευχέρεια να μην εφαρμόσουν καθόλου αυτούς τους λόγους αποκλεισμού ή, αντιθέτως, να τους ενσωματώσουν στην εθνική νομοθεσία με βαθμό αυστηρότητας που απορεί να διαφέρει κατά περίπτωση, αναλόγως εκτιμήσεων νομικής, οικονομικής ή κοινωνικής Φύσεως που υπερισχύουν σε εθνικό επίπεδο. Τούτων δοθέντων, ο Έλληνας νομοθέτης ενσωμάτωσε το περιεχόμενο των ως άνω ρυθμίσεων της οδηγίας στο άρθρο 73 του Ν. 4412/2016, το οποίο προβλέπει ότι: «...7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο 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 παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους

Αριθμός απόφασης: 523/2020

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. Για τις ανάγκες των παραγράφων 7 και 8 συνιστάται επιτροπή που απαρτίζεται από εκπροσώπους του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, του Υπουργού Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, καθώς και του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων. Η ως άνω επιτροπή συγκροτείται με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού η οποία εκδίδεται εντός μηνός από τη δημοσίευση του παρόντος και ρυθμίζει τις αναγκαίες λεπτομέρειες οργάνωσης και λειτουργίας της. Χρέη Προέδρου εκτελεί ο εκπρόσωπος του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού.».

Προς την ίδια κατευθυντήρια γραμμή η υπό κρίση Διακήρυξη περιέλαβε στο κανονιστικό της περιεχόμενο τον υπ'αρ. 2.2.3.7. Απόδειξη αξιοπιστίας παρά το λόγο αποκλεισμού («αυτοκάθαρση») όρο προβλέποντας ότι :«Προσφέρων οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1, 2.23.2. γ) και 2.23.4 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). Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν

Αριθμός απόφασης: 523/2020

λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, με τελεσίδικη απόφαση, σε εθνικό επίπεδο, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της ανωτέρω δυνατότητας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση.». Περαιτέρω, σύμφωνα με το υπ'αρ. 2.2.3.8. όρο της υπό κρίση Διακήρυξης προβλέπεται ότι: « Η απόφαση για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016.».B.2. Εν προκειμένω, στην προσφεύγουσα εταιρεία «» όπως προκύπτει από το υπ' αριθμ. πρωτ./11-9-2019 έγγραφο της Διεύθυνσης Προγραμματισμού και Συντονισμού του Σώματος (.....) έχουν εκδοθεί σε βάρος της κατά την κρίσιμη διετία πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, ήτοι πριν την 18-7-2019, έξι πράξεις επιβολής προστίμου πολύ υψηλής σοβαρότητας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011(Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» και «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, και οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχου και συγκεκριμένα»: [παρατίθενται οι έλεγχοι και χαρακτηρισμός των παραβάσεων). Ωστόσο, και παρά το γεγονός ότι μόνη η έκδοση σε βάρος της των ως άνω αναφερόμενων έξι πράξεων επιβολής προστίμου - ανεξαρτήτως τελεσίδικης κρίσης τους- αποτελούσε αναγκαία και ικανή συνθήκη αποκλεισμού της προσφεύγουσας από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία, η ίδια περιέλαβε στο υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. της τα μέτρα αυτοκάθαρσης στα οποία προέβη επί τω τέλει της ίασης και αποκατάστασης της επαγγελματικής της αξιοπιστίας. Ακολουθώντας, η Επιτροπή διενέργειας διαγωνισμού και αξιολόγησης προσφορών, στα πλαίσια άσκησης της γνωμοδοτικής της αρμοδιότητας δυνάμει του υπ'αρ. 3.1.2 περ. δ όρου της Διακήρυξης, εξέδωσε το από 31-10-2019 Πρακτικό Νο... της, διατείνοντας επί λέξει: «...Πέραν και ανεξαρτήτως του ότι το ίδιο πραγματικό (έκδοση πράξεων

Αριθμός απόφασης: 523/2020

επιβολής προστίμου) θεμελιώνει περισσότερους λόγους αποκλεισμού, οι οποίοι εφαρμόζονται υπό διαφορετικές προϋποθέσεις βάσει της οικείας νομοθεσίας και των όρων 2.2.3.2 περ. γ και 2.2.3 περ. θ της διακήρυξης, με συνέπεια να εγείρεται ζήτημα ασάφειας ως προς τους ισχύοντες εν προκειμένω λόγους αποκλεισμού, χωρίς και να μπορεί βέβαια η ασάφεια αυτή να αποβεί σε βάρος της προσφέρουσας εταιρείας, η Επιτροπή αξιολογώντας τους ανωτέρω ισχυρισμούς της συγκεκριμένης εταιρείας σε συνάρτηση και με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις των παραπτώματων, για τις οποίες εκδόθηκαν οι παραπάνω πράξεις επιβολής προστίμου, εκτιμά ότι τα ληφθέντα από μέρους της μέτρα αυτοκάθαρσης επαρκούν για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της, γι' αυτό και επιτρέπει τη συνέχιση της συμμετοχής της εταιρείας αυτής στο διαγωνισμό για το Τμήμα Θ' κατ' εφαρμογή της παραγράφου 2.2.3.7 της διακήρυξης περί αυτοκάθαρσης.».

Ωστόσο, η ως άνω γνωμοδότηση της εν λόγω Επιτροπής ως προς την επάρκεια των ληφθέντων μέτρων αυτοκάθαρσης- αποκατάστασης της αξιοπιστίας της προσφεύγουσας ΟΥΔΟΛΩΣ δεσμεύει ως προς το περιεχόμενο της το όργανο που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα, ήτοι την Αναθέτουσα Αρχή, αναφορικά με τη διαμόρφωση της αποφάσεώς της επί της θεμελίωσης ή μη του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος ως λόγο αποκλεισμού της προσφεύγουσας από τον υπό κρίση Διαγωνισμό. Για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων και προκειμένου να δοθεί η δυνατότητα στην προσφεύγουσα να αποκαταστήσει την βληθείσα αξιοπιστία και εντιμότητα της, παρότι συνέτρεχε ο ανωτέρω λόγος αποκλεισμού του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, εν συνεχεία, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη σε όλες τις προαπαιτούμενες κατ' άρθρο 73 παρ.7 έως 9 του ν. 4412/2016 προπαρασκευαστικές πράξεις και ουσιώδεις διατυπώσεις γνωμοδοτικής διαδικασίας. Για το σκοπό αυτό, με την υπ' αριθ./ 11-5-2018 (ΦΕΚ τ. ΥΟΔΔ, αρ. 279/17.5.2018) ο Υπουργός Οικονομίας και Ανάπτυξης προέβη στην συγκρότηση και στον ορισμό μελών γνωμοδοτικής επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016 επί της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων οικονομικών φορέων προς απόδειξη της αξιοπιστίας τους, οι αρμοδιότητες της οποίας διαγράφονται στο άρθρο 3 της εν λόγω υπουργικής απόφασης ορίζοντας ειδικότερα ότι: «Η επιτροπή εκδίδει τη σύμφωνη γνώμη της εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την

Αριθμός απόφασης: 523/2020

παρέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής και όλων των σχετικών στοιχείων, στη διεύθυνση ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του άρθρου 2 της παρούσας και εφόσον τα στοιχεία είναι πλήρη. Στην περίπτωση ταχυδρομικής αποστολής, η σύμφωνη γνώμη της επιτροπής εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την ημερομηνία πρωτοκόλλησης στη Γενική Γραμματεία Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή και εφόσον τα στοιχεία είναι πλήρη. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Οι γνωμοδοτήσεις της επιτροπής είναι αιτιολογημένες και σχηματίζονται με φανερή ψηφοφορία, κατά πλειοψηφία των μελών. Οι γνωμοδοτήσεις της επιτροπής, αποστέλλονται με επιμέλεια του Γραμματέα στην ενδιαφερόμενη αναθέτουσα αρχή, με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής καθώς και η απόφαση με την οποία γίνονται δεκτά ένδικα βοηθήματα κατ' αυτής, κοινοποιείται στην *Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων*.» Δέον να σημειωθεί ότι η ως άνω Επιτροπή, συνιστά, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 73 παρ. 9, ένα εξωτερικό *suī generis* διοικητικό όργανο ειδικού σκοπού, η οποία εκφέρει ουσιαστική αξιολογική κρίση, 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. Ακολούθως, η Διεύθυνση Προμηθειών, Διαχείρισης Υλικού και Κτιριακών Υποδομών της απέστειλε το υπ' αριθ. πρωτ. ΕΞ 2019 /18-11-2019 αίτημα προς την ως άνω γνωμοδοτική επιτροπή του άρθρου 73 ν. 4412/2016, προκειμένου να διατυπώσει σύμφωνη γνώμη εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση σε αυτήν του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Σύμφωνα με τη θεωρία, η σύμφωνη γνώμη της αρμόδιας επιτροπής, δεσμεύει το αποφασίζον όργανο για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων, υπό την έννοια ότι το τελευταίο δεν μπορεί να ενεργήσει κατά τρόπο διαφορετικό από αυτόν που του υποδεικνύεται με τη γνωμοδότηση (ΣτΕ 460/2001, 2271/1998). Ειδικότερα, στην περίπτωση της αρνητικής σύμφωνης γνώμης, το διοικητικό όργανο έχει επίσης δύο δυνατότητες είτε να εκδώσει αρνητική πράξη, συμμορφούμενο προς την

Αριθμός απόφασης: 523/2020

αρνητική γνωμοδότηση είτε να μην εκδώσει πράξη, οπότε εκτελεστή πράξη είναι η αρνητική σύμφωνη γνώμη. *Εν προκειμένω, το ίδιο το ρυθμιστικό πεδίο του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 αλλά και του άρθρου 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 (σκ. 26 της υπ αρ. Σ201/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ). Εξάλλου, σύμφωνα με την αρχή της νομιμότητας που διέπει τη δράση της Δημόσιας Διοίκησης, αυτή δεσμεύεται από τους κανόνες που ρυθμίζουν την οργάνωση και τη λειτουργία της, δηλαδή μπορεί να προβεί μόνο στις ενέργειες που προβλέπουν οι ως άνω κανόνες και εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις που τάσσουν αυτοί. Για τον χαρακτηρισμό της αρμοδιότητας της διοίκησης καθοριστική σημασία επέχει το γράμμα της διάταξης που την παρέχει διότι η μορφή και η ένταση της δέσμευσης της διοίκησης συναρτάται προς το περιεχόμενο του εφαρμοστέου κανόνα δικαίου. Ως εκ τούτου, δέσμια αρμοδιότητα της κανονιστικώς δρώσας διοίκησης 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). Επομένως, η προσβαλλομένη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής ΔΕΝ δύναται να αποστεί από την τεκμαιρομένη αρνητική σύμφωνη γνώμη της προρρηθείσας Επιτροπής της παρ. 9 του άρθρου 73, ελέγχοντάς την κατ' ουσίαν, αλλά οφείλει να αποφανθεί υιοθετώντας την κατά δέσμια αρμοδιότητα αναφορικά με τη διαπίστωση της επάρκειας των μέτρων ίασης και θεραπείας της βληθείσας επαγγελματικής της αξιοπρέπειας και αξιοπιστίας της προσφεύγουσας. Εξάλλου, η εν λόγω νομοθετική ρύθμιση του άρθρου 73 παρ. 7-9 του Ν. 4412/2016 είναι απολύτως επιτρεπτή, δικαιολογημένη και*

Αριθμός απόφασης: 523/2020

πλήρως σύμφωνη με το ρυθμιστικό πλαίσιο των διατάξεων της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, για το λόγο ότι, αφενός μεν, όπως προείπαμε, εναπόκειται στα κράτη μέλη να καθορίζουν τους ακριβείς διαδικαστικούς και ουσιαστικούς όρους που θα ισχύσουν σε τέτοιες περιπτώσεις και να τους ενσωματώσουν στην εθνική τους νομοθεσία με βαθμό αυστηρότητας που μπορεί να διαφέρει κατά περίπτωση, και αφετέρου, διότι, σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 101 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, στην περίπτωση που συρρέουν επαναλαμβανόμενες περιπτώσεις ελασσονών παρατυπιών -πολλώ δε μάλλον ησσόνων, όπως εν προκειμένω,- μπορεί να δικαιολογηθεί ως αναγκαίος και πρόσφορος ο αποκλεισμός του εκάστοτε οικονομικού φορέα από τη συμμετοχή του σε διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων για μόνο το λόγο ότι από τις εν λόγω παρατυπίες δύνανται να γεννηθούν αμφιβολίες ως προς την επαγγελματική αξιοπιστία και ακεραιότητα του οικονομικού φορέα. Τέλος, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι δήθεν η ως άνω ρύθμιση της ελληνικής νομοθεσίας παραβιάζει τη διάταξη του άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, και ως εκ τούτου πρέπει να μείνει ανεφάρμοστη, θα πρέπει να απορριφθεί ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος καθότι 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 υποθέσεων στις οποίες ανακύπτει το ίδιο ζήτημα (Δ. Εφ. Αθηνών 113/2018 επί αιτ. αναστ.). Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της Αναθέτουσας Αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ),

Αριθμός απόφασης: 523/2020

αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕΛΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI). Ομοίως, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλιτ; σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27). Εξάλλου, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος). Επειδή, ενόψει και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της ενωσιακής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς στο κείμενο της διακήρυξης τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία και αντιστοίχως ο εκάστοτε διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣΤΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο διαγωνισμό. Επειδή η υποβληθείσα προσφορά της εταιρείας μας είναι η μόνη σύννομη, παραδεκτή και οικονομικά συμφέρουσα προσφορά, εν αντιθέσει με την υποβληθείσα προσφορά της προσφεύγουσας που είναι μη σύννομη και απαράδεκτη. Επειδή οι ως άνω προβληθέντες λόγοι είναι νόμιμοι και βάσιμοι, οι δε αιτιάσεις της προσφεύγουσας είναι απορριπτέες ως απαράδεκτες και μη νόμιμες αφού δεν βρίσκουν έρεισμα στο νόμο ή/και στη διακήρυξη».

16. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 73 «Λόγοι αποκλεισμού (άρθρο 57 παράγραφοι 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης

Αριθμός απόφασης: 523/2020

οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: ... γ) γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Ο λόγος αποκλεισμού δεν εφαρμόζεται όταν η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, είναι ίση ή κατώτερη από το ποσό των είκοσι χιλιάδων (20.000) ευρώ. [...]. 4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με κατάλληλα μέσα αθέτηση των ισχυουσών υποχρεώσεων που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18,στ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις (θ) εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του, για το οποίο του επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία. [...]6.Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη

Αριθμός απόφασης: 523/2020

διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4. 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. 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.

Αριθμός απόφασης: 523/2020

9. Για τις ανάγκες των παραγράφων 7 και 8 συνιστάται επιτροπή που απαρτίζεται από εκπροσώπους του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, του Υπουργού Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, καθώς και του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων. Η ως άνω επιτροπή συγκροτείται με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού η οποία εκδίδεται εντός μηνός από τη δημοσίευση του παρόντος και ρυθμίζει τις αναγκαίες λεπτομέρειες οργάνωσης και λειτουργίας της. Χρέη Προέδρου εκτελεί ο εκπρόσωπος του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού.....».

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

Αριθμός απόφασης: 523/2020

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».

18. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται « 2.2.3.2. Λόγοι που σχετίζονται με την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) προσφέρων οικονομικός φορέας, στις ακόλουθες περιπτώσεις :γ) η Αναθέτουσα Αρχή γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Οι λόγοι αποκλεισμού που σχετίζονται με την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης αντιστοιχούν στο Μέρος III Β' του ΕΕΕΣ, ενώ οι λόγοι αποκλεισμού που σχετίζονται με παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας αντιστοιχούν στο Μέρος III Γ' του ΕΕΕΣ.

2.2.3.4. Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (α) εάν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/201627,(στ) εάν έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο

Αριθμός απόφασης: 523/2020

προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, (θ) εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του, για το οποίο του επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία.

Ειδικά για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών ασφαλείας (φύλαξης) ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται, οι λόγοι που αναφέρονται στην περίπτωση γ της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, όπως ισχύει: «Η Αναθέτουσα Αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών 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. Η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να αποκλείσει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης: αα) οι οποίες έχουν κηρυχθεί έκπτωτες κατ' εφαρμογή της παραγράφου 7 του παρόντος μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς ή ββ) στις οποίες έχει επιβληθεί η κύρωση της προσωρινής διακοπής της λειτουργίας συγκεκριμένης παραγωγικής διαδικασίας ή τμήματος ή τμημάτων ή του συνόλου της επιχείρησης ή εκμετάλλευσης κατ' εφαρμογή της παρ. 1B του άρθρου 24 του ν. 3996/2011 (Α' 170) μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς.»

Αριθμός απόφασης: 523/2020

Επισημαίνεται ότι σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 2.α και β του άρθρου 68 ν. 3863/2010 προβλέπεται ότι: «Οι πράξεις επιβολής προστίμου που επιβάλλονται σε βάρος εταιρειών παροχής υπηρεσιών φύλαξης καταχωρούνται στο αντίστοιχο «Μητρώο Παραβατών Εταιρειών Παροχής Υπηρεσιών Καθαρισμού ή/και Φύλαξης» που τηρείται στη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού του Η Αναθέτουσα Αρχή υποχρεούται, αμέσως μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, να υποβάλει γραπτό αίτημα προς τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού του 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.»

2.2.3.7. Απόδειξη αξιοπιστίας παρά το λόγο αποκλεισμού («αυτοκάθαρση») 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). Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, με τελεσίδικη απόφαση, σε εθνικό επίπεδο, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της ανωτέρω δυνατότητας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση.

Αριθμός απόφασης: 523/2020

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

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

20. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. ό.π C-278/14, σκ. 27). Επομένως, δεν μπορούν να τεθούν εκποδών διατάξεις που θεσπίσθηκαν επί ποινή αποκλεισμού (βλ., στο ίδιο πνεύμα, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C 496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I 3801, σκέψη 115).

21. Επειδή, σύμφωνα με τις γενικές αρχές του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και κατ' αναλογία με τα παγίως κριθέντα από τη νομολογία στο πλαίσιο εφαρμογής του ν. 3886/2010 (ΣΤΕ 219/2011, 884, 333, 140/2010, 11016/2009), τα οποία γίνεται δεκτό ότι ομοίως ισχύουν και για τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, με την άσκηση της προβλεφθείσας στο Βιβλίο IV του ν. 4412/2016 προδικαστικής προσφυγής επιδιώκεται η εξασφάλιση της παροχής δικαστικής προστασίας στο κατάλληλο εκάστοτε

Αριθμός απόφασης: 523/2020

χρονικό σημείο, ώστε αφενός μεν να διατάσσονται επικαίρως τα αναγκαία στη συγκεκριμένη περίπτωση μέτρα, προκειμένου να αποτρέπεται η δημιουργία καταστάσεων ικανών να βλάψουν τα έννομα συμφέροντα των διαγωνιζομένων, αφετέρου δε να μην παρακωλύεται, κατά τρόπο που υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο, η εξέλιξη της διαδικασίας του διαγωνισμού και η σύναψη της σύμβασης, με την αδικαιολόγητη παράταση της εκκρεμότητας σχετικά με τη νομιμότητα της διαδικασίας αυτής. Ειδικότερα, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της, κατά στάδια, προβολής των λόγων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣΤΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόπτοντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣΤΕ 305/2011, 65/2012).

22. Επειδή, ειδικότερα, όπως έχει κριθεί (ΣΤΕ 1667/2011 Ολομ.), με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, οι διαγωνιζόμενοι αποδέχονται πλήρως τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, με βάση τους οποίους διενεργείται ο διαγωνισμός και διαμορφώνονται οι υποβαλλόμενες προσφορές. Ως εκ τούτου, και για λόγους ασφάλειας του δικαίου, δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους τους παρεμπόππουσα, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, την οποία δεν έχουν προσβάλει ευθέως εντός της προθεσμίας για την άσκηση της αιτήσεως ακυρώσεως, με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας, ανεξαρτήτως του αν οι όροι αυτοί, σύμφωνα με τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς, αντίκεινται σε υπερκείμενους κανόνες δικαίου (ΣΤΕ 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008 και άλλες).

Αριθμός απόφασης: 523/2020

23. 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).

24. 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)

25. Επειδή διακριτική ευχέρεια υπάρχει όταν οι κανόνες που καθορίζουν την αρμοδιότητα δεν προκαθορίζουν ακριβώς την ενέργεια του διοικητικού οργάνου, αλλά του αφήνουν ελευθερία δράσης να επιλέξει, μεταξύ άλλων, μεταξύ περισσότερων ρυθμίσεων τις οποίες επιτρέπει η εφαρμογή των διατάξεων αυτών παρέχοντάς του τη δυνατότητα, όταν πρόκειται να εκδώσει ατομικές διοικητικές πράξεις, να καθορίσει το ακριβές περιεχόμενο μιας πραγματικής αξιολογικής έννοιας είτε να θέσει τους όρους εφαρμογής της διάταξης με τους οποίους κατά την κρίση του εξυπηρετείται καλύτερα το δημόσιο συμφέρον είτε να επιμετρήσει το ύψος της διοικητικής κύρωσης που πρέπει να επιβληθεί (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15η Έκδοση, 2017, αρ. 149, σελ 139).

26. Επειδή, στο άρθρο 20 παρ. 1 και 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (ν. 2690/1999) ορίζεται ρητώς ότι: «Όπου ο νόμος, για την έκδοση διοικητικής πράξης, προβλέπει προηγούμενη γνώμη (απλή ή σύμφωνη) ή πρόταση άλλου οργάνου, η μεν γνώμη διατυπώνεται ύστερα από

Αριθμός απόφασης: 523/2020

ερώτημα του οργάνου που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα, η δε πρόταση υποβάλλεται με πρωτοβουλία του προτείνοντος οργάνου. Η γνώμη ή η πρόταση, πρέπει να είναι έγγραφη, αιτιολογημένη και επίκαιρη κατά το περιεχόμενό της. Το όργανο που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα δεν μπορεί να εκδώσει πράξη με περιεχόμενο διαφορετικό από αυτό της σύμφωνης γνώμης της πρότασης». Όπως, δηλαδή, προκύπτει ρητώς από τις ανωτέρω διατάξεις, «η γνώμη προηγείται της έκδοσης της διοικητικής πράξης, η δε σύμφωνη γνώμη δεσμεύει τον αποδέκτη της, δηλ. το όργανο που ασκεί την αποφασιστική αρμοδιότητα, το οποίο υποχρεούται να εφαρμόσει το νόμο και να ενεργήσει κατά τον τρόπο που υποδεικνύει το όργανο που γνωμοδοτεί. Εάν διαφωνεί δεν δικαιούται να ενεργήσει αντίθετα προς την υπόδειξη της σύμφωνης γνώμης, δικαιούται όμως να απέσχει από κάθε ενέργεια, εφόσον έχει προς τούτο διακριτική ευχέρεια. Η τήρηση της διαδικασίας αυτής συνιστά ουσιώδη τύπο της διαδικασίας εκδόσεως της σχετικής διοικητικής πράξης και η μη τήρησή του συνεπάγεται ακυρότητα της πράξεως της Διοίκησης» (ΝΣΚ 262/2008).

27. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ο αποκλεισμός του από την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, χωρίς να προηγηθεί αξιολόγηση της αρμόδιας γνωμοδοτικής επιτροπής που συγκροτήθηκε κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 σχετικά με την επάρκεια των εκ μέρους του ληφθέντων και δηλωθέντων αναλυτικά στο ΕΕΕΣ, αντίκειται στις διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ άρθρο 57 παρ. 4 και 6. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι στην αξιολόγηση της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης προβαίνει αρχικά η αναθέτουσα αρχή, εκδίδοντας ένα «σχέδιο απόφασης», το οποίο αποστέλλει στη συνέχεια στην αρμόδια Επιτροπή του άρθρου 73 παρ.9 του ν. 4412/2016, προκειμένου η τελευταία να παράσχει ή όχι τη σύμφωνη γνώμη της επί του ήδη εκδοθέντος σχεδίου απόφασης της Επιτροπής. Αναλόγως του περιεχομένου της σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής (θετική ή αρνητική), εκδίδεται η τελική απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής επί της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης. Στην ως άνω Επιτροπή δίνεται προθεσμία χρονικού διαστήματος 30 ημερών να εξετάσει το προσχέδιο απόφασης που έχει λάβει, με την άπρακτη παρέλευση της οποίας, σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 8 του άρθρου 73 ν. 4412/2016, ο οικονομικός φορέας αποκλείεται άνευ ετέρου

Αριθμός απόφασης: 523/2020

και κατά δέσμια αρμοδιότητα από τη διαγωνιστική διαδικασία, ακόμα κι αν το σχέδιο απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής ήταν υπέρ της επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων. Συνεπώς, ισχυρίζεται ότι η τελευταία ως άνω ρύθμιση της ελληνικής νομοθεσίας παραβιάζει τη διάταξη του άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, και ως εκ τούτου πρέπει να μείνει ανεφάρμοστη, καθ' ο μέρος επιτρέπει τον αποκλεισμό ενός οικονομικού φορέα, χωρίς να έχει γίνει αξιολόγηση της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης που έχει λάβει, και χωρίς να υπάρξει αιτιολογημένη κρίση ότι τα μέτρα του είναι ανεπαρκή.

Η αναθέτουσα αρχή με τις οικείες απόψεις της παραπέμπει στην προσβαλλόμενη και στα στοιχεία του φακέλου, όπου στην προσβαλλόμενη αναγράφεται ότι συντρέχει μεν λόγος αποκλεισμού του προσφεύγοντος σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.3.4 περ. θ της διακήρυξης και της διάταξης του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, ωστόσο, εξέτασε τα μέτρα αυτοκάθαρσης, ετοίμασε Σχέδιο Απόφασης με θετική σύμφωνη γνώμη, στη συνέχεια παρέπεμψε στην ειδική γνωμοδοτική επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 8 ν.4412/2016, απέστειλε υπενθυμιστικό έγγραφο στην ως άνω Επιτροπή, προ της παρέλευσης της 30ημερης προθεσμίας και εν τέλει, ως ευχερώς συνάγεται, ισχυρίζεται, ότι ενήργησε κατά τις διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης.

Ο παρεμβαίνων, αναφέρει ότι η Αναθέτουσα Αρχή προέβη σε όλες τις προαπαιτούμενες κατ' άρθρο 73 παρ.7 έως 9 του ν. 4412/2016 προπαρασκευαστικές πράξεις και ουσιώδεις διατυπώσεις γνωμοδοτικής διαδικασίας και ισχυρίζεται ότι σύμφωνα με τη θεωρία, η σύμφωνη γνώμη της αρμόδιας επιτροπής, δεσμεύει το αποφασίζον όργανο για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων, υπό την έννοια ότι το τελευταίο δεν μπορεί να ενεργήσει κατά τρόπο διαφορετικό από αυτόν που του υποδεικνύεται με τη γνωμοδότηση (ΣτΕ 460/2001, 2271/1998). Εν προκειμένω, κατά τους ισχυρισμούς του, το ίδιο το ρυθμιστικό πεδίο του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 αλλά και του άρθρου 3 της 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

Αριθμός απόφασης: 523/2020

λόγω οικονομικό φορέα.(σκ. 26 της υπ αρ. Σ201/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ). Εξάλλου, σύμφωνα με την αρχή της νομιμότητας που διέπει τη δράση της Δημόσιας Διοίκησης, αυτή δεσμεύεται από τους κανόνες που ρυθμίζουν την οργάνωση και τη λειτουργία της. Επομένως, ισχυρίζεται ότι η προσβαλλομένη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής δεν δύναται να αποστεί από την τεκμαιρομένη αρνητική σύμφωνη γνώμη της προρρηθείσας Επιτροπής της παρ. 9 του άρθρου 73, ελέγχοντάς την κατ' ουσίαν, αλλά οφείλει να αποφανθεί υιοθετώντας την κατά δέσμια αρμοδιότητα αναφορικά με τη διαπίστωση της επάρκειας των μέτρων ίασης και θεραπείας της βληθείσας επαγγελματικής της αξιοπρέπειας και αξιοπιστίας της προσφεύγουσας. Επίσης, προβάλλει ισχυρισμούς αναφορικά με τη συμβατότητα της επίμαχης διάταξης με το ενωσιακό δίκαιο αλλά και ότι οι αρχές της χρηστής διοίκησης και της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας δεν επιτάσσουν την αποχή της διοίκησης από την εφαρμογή διατάξεων νόμου.

28. Επειδή, εν προκειμένω, κατά το γράμμα της διάταξης της παρ. 8 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, στην οποία η διακήρυξη ρητά παραπέμπει με το άρθρο 2.2.3.8, εισάγει τεκμήριο αρνητικής σύμφωνης γνώμης στην περίπτωση που η προθεσμία των 30 ημερών παρέλθει άπρακτη, ήτοι στην περίπτωση που δεν αποφανθεί η αρμόδια γνωμοδοτική Επιτροπή που συγκροτήθηκε κατ' εξουσιοδότηση της παρ. 9 του ως άνω άρθρου με την ΥΑ με αριθμ. 50844/2018 (ΥΟΔΔ 279). Δηλαδή ιδρύεται δέσμια αρμοδιότητα – άνευ ετέρου- της αναθέτουσας αρχής να αποκλείσει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα (βλ. σχετ. ΔΕφΑθ 71, 94/2020 σκ.9, ad hoc Σ201/2020 απόφαση ΑΕΠΠ σκ.26). Επομένως, κατά το γράμμα της διακήρυξης και του νόμου, η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος επιβλήθηκε κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής (βλ. σκέψη 24 της παρούσας), μη δυνάμενης αυτής να αποστεί από την αρνητική σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής (βλ. σκ. 26 της παρούσας), όπως βασίμως ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων και εν τοις πράγμασι η αναθέτουσα αρχή -η οποία τελευταία, σημειωτέον, προέβη σε όλες τις νόμιμες σχετικές ενέργειες, προς λήψη γνώμης κατά τα αναλυτικά εκτεθέντα στην παρούσα- δοθέντος ότι η προβλεπόμενη προθεσμία των 30 ημερών που διαθέτει η Επιτροπή του άρθρου 73 παρ.8 ν.4412, για να αποφανθεί,

Αριθμός απόφασης: 523/2020

παρήλθε άπρακτη. Άλλωστε, και ο ίδιος ο προσφεύγων αποδέχεται τα ως άνω αναγραφόμενα εξ ου και στρέφεται προεχόντως κατά της συμβατότητας της οικείας διάταξης με το ενωσιακό δίκαιο. Περαιτέρω, δοθέντος ότι ο προσφεύγων είχε αποδεχθεί τους όρους της διακήρυξης, χωρίς ουδόλως να επικαλείται ότι προσέβαλλε αυτούς επικαίρως, ή ότι υπέβαλλε την προσφορά του με επιφύλαξη, αποδέχθηκε πλήρως τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, με βάση τους οποίους διενεργείται ο διαγωνισμός. Δηλαδή, δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους του, με την παρούσα προδικαστική προσφυγή, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης στο παρόν στάδιο της διαδικασίας με την ευκαιρία της προσβολής μεταγενέστερων πράξεων της αναθέτουσας αρχής, ανεξαρτήτως του αν οι όροι αυτοί, σύμφωνα με τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς, αντίκεινται σε υπερκείμενους κανόνες δικαίου (βλ. σκ 21-22 της παρούσας). Επομένως, για το σύνολο των ανωτέρω λόγων οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος κρίνονται απορριπτέοι ως απαράδεκτοι καθόσον στρέφονται κατά των όρων της διακήρυξης, ενώ γίνονται δεκτοί οι οικείοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και του παρεμβαίνοντος. Συνεπώς, σε συνέχεια των ανωτέρω, νομίμως, κατά τις διατάξεις της διακήρυξης και του ν.4412/2016, εχώρησε ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος.

29. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

30. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

31. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων, πρέπει να καταπέσει βάσει των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ/τος 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Αριθμός απόφασης: 523/2020

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29 Απριλίου 2020 και εκδόθηκε στις 6 Μαΐου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μιχάλης Π. Σειραδάκης

Ελένη Χούλη