

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 8 Μαΐου 2019 με την εξής σύνθεση: Αγγελική Πουλοπούλου, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Εισηγητής και Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 11-4-2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 442/11-4-2019 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν την 3-4-2019 με αρ. 565/2019 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, Θέμα 16^ο ημερήσιας διάταξης, καθ' ο μέρος και κατ' εν μέρει απόρριψη των πρακτικών 18/2018, 19/2018, 1/2019 και 2/2019 της Επιτροπής Διαγωνισμού, κρίθηκε ως αποδεκτή η προσφορά του ως άνω παρεμβαίνοντος, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών που προκηρύχθηκε με τη με αρ.Διακήρυξη ηλεκτρονικού άνω των ορίων ανοικτού διαγωνισμού για την παροχή υπηρεσιών συνολικού προϋπολογισμού 300.000,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ άνευ δικαιωμάτων προαίρεσης και 450.000 ευρώ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ και του δικαιώματος παράτασης έως και 6 μήνες, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, η οποία απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 30-10-2018 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜτην 1-11-2018 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/ατην 1-11-2018.

Αριθμός Απόφασης: 573/2019

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ., ποσού 1.814,52 ευρώ), φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ». Το δε καταβληθέν παράβολο αντιστοιχεί στο 0,5% της άνευ ΦΠΑ εκτιμώμενης αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης μετά προαιρέσεων και παρατάσεων, ενώ το οφειλόμενο για την άσκηση της προσφυγής παράβολο υπολογίζεται επί τη βάση της άνευ ΦΠΑ, προαιρέσεων και παρατάσεων αξία της σύμβασης, ήτοι εν προκειμένω ως το 0,5% των 241.935,48 ευρώ και κατ' αποτέλεσμα το αληθώς αναλογούν παράβολο ανέρχεται σε 1.209,68 ευρώ, οπότε και το καταβληθέν παράβολο κατεβλήθη αχρεωστήτως ως προς το υπερβαίνον το ποσό αυτό μέρος του, ήτοι κατά 604,84 ευρώ, τα οποία είναι σε κάθε περίπτωση και ανεξαρτήτως έκβασης της προσφυγής (και επομένως, τύχης του λοιπού παραβόλου), επιστρεπτέα στον προσφεύγοντα. Και τούτο, διότι για τον υπολογισμό του καταβλητέου ποσού παραβόλου δεν λαμβάνεται υπόψη και η δαπάνη που αντιστοιχεί σε ενδεχόμενη άσκηση του δικαιώματος προαίρεσης ή παράτασης, δοθέντος ότι το οριστικό ύψος της δαπάνης αυτής δεν μπορεί εκ των προτέρων να καθοριστεί, εφόσον είναι αβέβαιο αν και μέχρι ποιου ύψους θα ασκηθεί το δικαίωμα αυτό (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 216/2019, 484, 515, 754, 821, 1017, 1045/2018, ΔΕφΘρ Ν4/2018, Ν43/2017, ΣτΕ ΕΑ 187/2017, 10/2017), ενώ εξάλλου εν προκειμένω και κατά το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ της διακήρυξης, η τελική αξία της σύμβασης ενδέχεται να αυξηθεί αναλόγως της τυχόν άσκησης του δικαιώματος παράτασης έως και 6 μηνών, κατά ποσό έως και 50%, χωρίς όμως να είναι βεβαία κατά τον παρόντα χρόνο η άσκηση αυτή και το τυχόν μέρος έως το οποίο ασκηθεί, εάν βέβαια ασκηθεί.

2. Επειδή, η κατατεθείσα την 11-4-2019 Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα της κοινοποιηθείσας την 3-4-2019

Αριθμός Απόφασης: 573/2019

πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών, η οποία κατ' εν μέρει απόρριψη των οικείων πρακτικών επιτροπής διαγωνισμού έκρινε τον παρεμβαίνοντα ως αποδεκτό. Ο δε προσφεύγων ο οποίος δι' αυτής της προσβαλλομένης κατέστη αποδεκτός, βάλλει κατά του ως άνω έτερου κριθέντος εν τέλει ως αποδεκτού μετέχοντος παρεμβαίνοντος. Ειδικότερα, το όργανο αξιολόγησης γνωμοδότησε με το Πρακτικό 2/2019 την απόρριψη της προσφοράς του παρεμβαίνοντος κατά τα εξής «10. Το γεγονός ότι εσφαλμένα η επιτροπή αλλά και εξαιτίας της μη προσκόμισης από την αναθέτουσα αρχή του προβλεπόμενου από το άρθρο 68 παρ. 2 περίπτωση β' του Ν. 3863/2010 πιστοποιητικού, έκανε δεκτή την γενικότερη και ευνοϊκότερη διάταξη του άρθρου 73 παρ. 2, περίπτωση γ' του Ν. 4412/2016 όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει και της παρ. 10 του άρθρου 1, «Λόγοι αποκλεισμού» της αριθμ.διακήρυξης του εν λόγω διαγωνισμού που προβλέπουν ότι οι πράξεις επιβολής προστίμου πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ αντί της ειδικότερης και συνεπώς κατισχύουσας διάταξης του άρθρου 68, παρ. 2 περίπτωση γ' του Ν. 3863/2010 όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει και της παρ. 6 του άρθρου 1, «Λόγοι αποκλεισμού» της αριθμ.διακήρυξης του εν λόγω διαγωνισμού που ισχύουν για τις εταιρείες του κλάδου καθαριότητας και φύλαξης και δεν αναφέρεται σε αυτές ότι απαιτείται τελεσιδικία των πράξεων επιβολής προστίμων. Αυτό είχε ως αποτέλεσμα η επιτροπή να γνωμοδοτήσει : α) με το αριθμ. 18/14-12-2018 πρακτικό της ότι τα δικαιολογητικά συμμετοχής της συμμετέχουσας εταιρείας με την επωνυμία : ήταν σύμφωνα με τους όρους της αριθμ.διακήρυξης β) με το αριθμ. 21/19-12-2018 πρακτικό της υπέρ της συμμετοχής στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας της ως άνω συμμετέχουσας εταιρείας και γ) με το αριθμ. 1/15-1-2019 πρακτικό της να αναδειχθεί ως προσωρινός μειοδότης η συμμετέχουσα εταιρεία με την επωνυμία: η οποία κατέθεσε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, όπως αυτό προκύπτει από τον πίνακα 1, του ως άνω πρακτικού με την επιφύλαξη ότι για την εν λόγω εταιρεία δεν κατέστη εφικτή η επιτόπια αυτοψία στο κέντρο επικοινωνίας το οποίο βρίσκεται στην οδό, όπως αναλυτικά αναφέρεται στο υπ' αριθμό 21/2018 πρακτικό ενώ θα έπρεπε να είχε γνωμοδοτήσει υπέρ της απόρριψης της προσφοράς σύμφωνα με το

Αριθμός Απόφασης: 573/2019

άρθρο 68, παρ. 2 περίπτωση γ' του Ν. 3863/2010 και την παρ. 6 του άρθρου 1, «Λόγοι αποκλεισμού» της αριθμ.διακήρυξης του εν λόγω διαγωνισμού επειδή στην εν λόγω εταιρεία είχαν επιβληθεί πράξεις επιβολής προστίμου πολύ υψηλής σοβαρότητας όπως προκύπτει από το αριθμ. πρωτ. ΕΞ-44640/1-2-2019 έγγραφο της Δ/σης Προγραμματισμού & Συντονισμού Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων του Σ.Ε.Π.Ε. αλλά και το από 7/12/2018 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας (ΕΕΕΠ) της συμμετέχουσας εταιρείας.». Η δε προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη αντίθετα, έκρινε ότι η προσφορά του παρεμβαίνοντος πρέπει να γίνει αποδεκτή λόγω των εξής «1) στην παράγραφο 10 του άρθρου 1 της διακήρυξης προβλέπεται ρητά ότι οι τυχόν κυρώσεις που έχουν επιβληθεί σε οικονομικό φορέα από το Σ.Ε.Π.Ε. για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, καθόσον μόνο κατ' αυτόν τον τρόπο, κατά την πρόβλεψη του νομοθέτη, μπορεί η αναθέτουσα αρχή να ισχυριστεί με ασφάλεια ότι έχει αποδειχθεί η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος (στη συγκεκριμένη περίπτωση αθέτηση της υποχρέωσης τήρησης των διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας), το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του και επισύρει τον αποκλεισμό του από το διαγωνισμό. 2) η προαναφερθείσα πρόβλεψη της διακήρυξης είναι απολύτως σύμφωνη με τις διατάξεις, τόσο της παραγράφου 2 περίπτωση γ του άρθρου 73, όσο και της παραγράφου 5 του άρθρου 18 του νόμου 4412/2016 3) κατά της διακήρυξης δεν ασκήθηκαν ένδικα μέσα και πλέον αυτή αποτελεί κανονιστική Πράξη, δημιουργούσα δέσμια υποχρέωση, τόσο για τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, όσο και για την αναθέτουσα αρχή 4) στην εταιρεία έχουν επιβληθεί έξι (6) πρόστιμα από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σ.Ε.Π.Ε. για παραβάσεις πολύ υψηλής σοβαρότητας εργατικής νομοθεσίας, κατά το χρονικό διάστημα από 1/11/2017 έως 29/11/2018, η εταιρεία όμως έχει ασκήσει κατ' αυτών τα προβλεπόμενα ένδικα μέσα ενώπιον των αρμοδίων κατά τόπους Διοικητικών Πρωτοδικείων, συνεπώς οι σχετικές αποφάσεις επιβολής των προστίμων δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ και επομένως, κατά τα προαναφερθέντα, δεν μπορούν να αποτελέσουν απόδειξη τέλεσης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, το οποίο θα μπορούσε να θέσει ένα αμφιβόλω την ακεραιότητα της εταιρείας,

Αριθμός Απόφασης: 573/2019

συνεπώς δεν μπορούν να αποτελέσουν λόγω αποκλεισμού της εταιρείας από τη συνέχεια του διαγωνισμού.» Ο προσφεύγων επικαλείται ότι οι με στοιχεία ελέγχου 15.08/2017 13070177, 28/004/2018 150100236, 28/4/2018 1903AB32, 3/102018 11010346065, 20/10/201/2018 11090763 και 20/11/2018 11010666 πράξεις επιβολής προστίμου πολύ υψηλής σοβαρότητας, για τις οποίες ο παρεμβαίνων αναφέρει ότι έχει καταθέσει προσφυγές στα αρμόδια δικαστήρια και εκκρεμούν οι οικείες αποφάσεις, πληρούν τις προϋποθέσεις του άρ. 68 Ν. 3863/2010 κατά το οποίο δεν απαιτείται τελεσιδικία, συνιστά δε αναγκαία και ικανή συνθήκη αποκλεισμού του. Προς απόρριψη της προσφυγής, ο παρεμβαίνων εμπρόθεσμα και νομότυπα, κατόπιν της από 12-4-2019 κοινοποίησης σε αυτόν της Προσφυγής, μετ' εννόμου δε συμφέροντος αφού ο προσφεύγων αιτείται τον αποκλεισμό του, ασκεί την από 15-4-2019 παρέμβασή του. Ειδικότερα, ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι οι κυρώσεις εργατικής νομοθεσίας που επεβλήθησαν εις βάρος του δεν είναι αμετάκλητες ή τελεσιδικές, όπως όριζε η διακήρυξη, ενώ καθ' όσον συνέχονται με τυχόν επαγγελματικό παράπτωμα, σε κάθε περίπτωση υπέβαλε τα μέτρα αυτοκάθαρσής του, που νομίμως έγιναν δεκτά από την αναθέτουσα, περαιτέρω δε ότι ο αποκλεισμός του βάσει των οικείων διατάξεων αντιβαίνει στις αρχές της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης.

3. Επειδή, η αναθέτουσα με τις από 19-4-2019 και με αρ. πρωτ. 124407 ενώπιον της ΑΕΠΠ Απόψεις της, επικαλείται ότι βούλησή της ήταν σε περίπτωση που έχουν επιβληθεί σε βάρος οικονομικού φορέα πράξεις επιβολής προστίμου από το Σ.Ε.Π.Ε. για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας και άρα συντρέχει λόγος αποκλεισμού, λαμβάνοντας υπόψη της τις διατάξεις της παραγ. 7 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, να μην αξιολογεί τα στοιχεία που υποβάλλει ο υποψήφιος οικονομικός φορέας μεμονωμένα, προκειμένου να κρίνει εάν επαρκούν τα μέτρα που έλαβε για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, ώστε να μην τον αποκλείσει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης αλλά να θέσει έναν όρο στη διακήρυξη γενικότερο και ασφαλέστερο με γνώμονα τη διαφάνεια και την αρχή της ισότητας, που να ρυθμίζει και να αντιμετωπίζει το αντικείμενο

Αριθμός Απόφασης: 573/2019

του θέματος σε ενιαίο πλαίσιο. Για το σκοπό αυτό, επικαλείται η αναθέτουσα ότι ορίζεται στο άρθρο 1 «Λόγοι Αποκλεισμού», παράγραφος 10, με σαφήνεια ότι «Οι υπό α' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ». Ότι σύμφωνα με την κατευθυντήρια οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ υπ' αριθμ. 20/2017, προκύπτει ότι «για τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα λόγω αθέτησης υποχρεώσεων της παρ. 2 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016, είναι αναγκαία η απόδειξη της αθέτησης με "κατάλληλα μέσα" από την αναθέτουσα αρχή, το οποίο απαιτεί την ύπαρξη "αξιόπιστων στοιχείων"» και επίσης ότι «η αναθέτουσα αρχή, ως φέρουσα την ευθύνη για τις συνέπειες πιθανής λανθασμένης της απόφασης, θα πρέπει να παραμένει ελεύθερη να αποφαίνεται για την ύπαρξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, όταν, πριν την έκδοση τελικής και δεσμευτικής απόφασης για την ύπαρξη λόγων αποκλεισμού, μπορεί να αποδείξει με ενδεδειγμένα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει παραβεί τις υποχρεώσεις του» και ότι η αναθέτουσα συμπεριέλαβε τον όρο περί ύπαρξης κυρώσεων με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, ακριβώς διότι θεωρεί ότι μόνο κατ' αυτό τον τρόπο πληρούνται οι ανωτέρω προϋποθέσεις της απόδειξης με "κατάλληλα και ενδεδειγμένα μέσα" μέσω "αξιόπιστων στοιχείων". Ότι, στη με αριθμ. 565/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής αναγράφεται ότι «1. στην παράγραφο 10 του άρθρου 1 της διακήρυξης προβλέπεται ρητά ότι οι τυχόν κυρώσεις που έχουν επιβληθεί σε οικονομικό φορέα από το Σ.Ε.Π.Ε. για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, καθόσον μόνο κατ' αυτόν τον τρόπο, κατά την πρόβλεψη του νομοθέτη, μπορεί η αναθέτουσα αρχή να ισχυριστεί με ασφάλεια ότι έχει αποδειχθεί η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος (στη συγκεκριμένη περίπτωση αθέτηση της υποχρέωσης τήρησης των διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας), το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του και επισύρει τον αποκλεισμό του από το διαγωνισμό» και «2. η προαναφερθείσα πρόβλεψη της διακήρυξης είναι απολύτως σύμφωνη με τις διατάξεις, τόσο της παραγράφου 2 περίπτωση γ του άρθρου 73, όσο και της παραγράφου 5 του άρθρου 18 του νόμου 4412/2016 .» και ότι η αναθέτουσα βάσει του ΕΕΕΣ του παρεμβαίνοντος έκανε τα μέτρα που σε αυτό αναφέρονται ως επαρκή για αποφυγή στο μέλλον παρόμοιων παραβάσεων και για το λόγο αυτό, σε

Αριθμός Απόφασης: 573/2019

συνδυασμό με το γεγονός, ότι η έλλειψη τελεσίδικου και δεσμευτικής ισχύος χαρακτήρα από τις αποφάσεις κυρώσεων δεν είναι ικανή να μειώσει την αξιοπιστία της εταιρείας, αποδέχθηκε την προσφορά της. Περαιτέρω, ότι σύμφωνα με τα στοιχεία που έχουν σταλεί από τις Υπηρεσίες Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων του Σ.Ε.Π.Ε., και έχουν καταχωρηθεί στο «Μητρώο Παραβατών Εταιρειών Παροχής Υπηρεσιών Καθαρισμού ή/και Φύλαξης», για πράξεις επιβολής προστίμου υψηλής, πολύ υψηλής σοβαρότητας και αδήλωτης εργασίας από 13.9.2015 και μέχρι τις 31.01.2019 και συγκεκριμένα στο αριθ. ΕΞ-44640/1-2-2019 έγγραφο της Δ/σης Προγραμματισμού & Συντονισμού Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων του Σ.Ε.Π.Ε. προκύπτει ότι, στον παρεμβαίνοντα έχουν επιβληθεί έξι (6) πρόστιμα από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σ.Ε.Π.Ε. για παραβάσεις πολύ υψηλής σοβαρότητας εργατικής νομοθεσίας, κατά το χρονικό διάστημα από 1/11/2017 έως 29/11/2018 και δη α. την 1-11-2017 με στοιχεία ελέγχου 15-8-2017 13070177, β. την 24-5-2018 με στοιχεία ελέγχου 28-4-2018 150100236, γ. την 4-10-2018 με στοιχεία ελέγχου 28-4-2018 19030ΑΒ 32, δ. την 23-10-2018 με στοιχεία ελέγχου 3-10-2018 11010346065, ε. την 29-11-2018 με στοιχεία ελέγχου 20-10-2018 11090763 και στ. την 5-12-2018 με στοιχεία ελέγχου 20-11-2018 11010666, ο δε παρεμβαίνων έχει ασκήσει κατ' αυτών τα προβλεπόμενα ένδικα βοηθήματα και επομένως τα παραπάνω πρόστιμα δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ και άρα δεν μπορούν να αποτελέσουν απόδειξη τέλεσης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος με ασφάλεια.

4. Επειδή, η Προσφυγή αφορά διαδικασία άνω των ορίων, που υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η Προσφυγή εμπροθέσμως ασκήθηκε κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης στον προσφεύγοντα η 3-4-2019 και χρόνος άσκησης της προσφυγή η 11-4-2019), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον

Αριθμός Απόφασης: 573/2019

νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος. Ο δε προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως άνω Προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται δια της ακύρωσης της προσβαλλόμενης καθ' ο μέρος έκρινε δεκτό τον ως άνω διαγωνιζόμενο, αφού αυτός θα έχει μεγαλύτερη πιθανότητα να αναδειχθεί ανάδοχος. Επομένως, τόσο η Προσφυγή, όσο και η Παρέμβαση, βλ. ανωτέρω σκ. 2, πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξεταστούν περαιτέρω κατ' ουσία.

5. Επειδή, κατά το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι, άρ. 1, σελ. 9 επ. της διακήρυξης ορίζονται τα εξής «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στο διαγωνισμό προσφέρων οικονομικός φορέας, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (εάν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (εάν πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων) ένας ή περισσότεροι από τους ακόλουθους λόγους:...

6. Εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του και για το οποίο του επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία, σύμφωνα με τα ειδικότερα προβλεπόμενα στην παραγρ. 4 , περίπτωση θ' του άρθρου 73 του Ν.4412/2016. Ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται ιδίως οι λόγοι που αναφέρονται στην περίπτωση γ' της παραγρ. 2 του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010. ...

10. Αποκλείεται, επίσης, προσφέρων οικονομικός φορέας από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης εάν 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)

Αριθμός Απόφασης: 573/2019

διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα´ και ββ´ κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. ... Ο προσφέρων αποκλείεται σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης της παρούσας σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεών του, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις ως άνω περιπτώσεις.».

Εξάλλου, το θεσμικό πλαίσιο της διακήρυξης και το έρεισμα έκδοσης της ως κανονιστική πράξη, περιγράφεται στις σελ. 1 επ. αυτής και μεταξύ άλλων περιλαμβάνει υπό 3. τον Ν. 4412/2016 και υπό 13. τον Ν. 3863/2010, οι διατάξεις των οποίων συμπληρώνουν το περιεχόμενό της είτε κατά ρητή τυχόν παραπομπή της είτε σε ό,τι εν γένει δεν ρυθμίζεται ειδικώς από αυτή. Κατά τα ανωτέρω επομένως, μεταξύ άλλων θεσπίσθηκαν δύο αυτοτελείς λόγοι αποκλεισμού, ήτοι πρώτον, το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα (ως βάση και συνθετικό στοιχείο όμως, για τον οικείο λόγο αποκλεισμού και όχι ως επαρκές στοιχείο αυτού), που ειδικώς για το επίδικο αντικείμενο που αφορά ανάθεση υπηρεσιών φύλαξης, ορίστηκε μεταξύ άλλων και ενδεικτικά («ιδίως», διατύπωση που δεν αποκλείει τη συγκρότηση σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος βάσει άλλου πραγματικού), πάντως σε κάθε περίπτωση, ως το ανταποκρινόμενο στο πραγματικό του άρθ. 68 παρ. 2 περ. γ´ Ν. 3863/2010 και δεύτερον, η περίπτωση επιβολής εντός 2 ετών από τη λήξη υποβολής προσφορών, που εν προκειμένω έλαβε χώρα κατόπιν παράτασης, την 10-12-2019 (άρα το διετές διάστημα προ του σημείου αυτού, εκτείνεται έως και την 11-12-2017), τριών πράξεων επιβολής προστίμου του ΣΕΠΕ υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας, που προκύπτουν εκ τριών διενεργηθέντων αθροιστικά ελέγχων ή 2 πράξεων επιβολής προστίμου από 2 αθροιστικά ελέγχους ειδικώς για αδήλωτη εργασία. Ο δε δεύτερος αυτός λόγος αποκλεισμού ρητά προϋποθέτει πρόστιμα που απέκτησαν τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, υπό την έννοια ότι θα πρέπει είτε να έχουν ασκηθεί τα κατ' αυτών ένδικα βοηθήματα και να έχουν ήδη απορριφθεί ως και να έχουν ασκηθεί στην περίπτωση αυτή και τα τυχόν ένδικα μέσα και να έχουν αυτά απορριφθεί είτε να απορρίφθηκαν τα ένδικα βοηθήματα και να παρήλθε άπρακτη η προθεσμία άσκησης ενδίκων μέσων είτε να παρήλθε άπρακτη η προθεσμία άσκησης των ενδίκων καταρχήν βοηθημάτων. Επομένως δε, για τη συγκρότηση του απαιτούμενου για τη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού

Αριθμός Απόφασης: 573/2019

αριθμού προστίμων (3 ή 2 αντίστοιχα, αναλόγως της περίπτωσης), δεν προσμετρώνται τα δικαστικά αμφισβητηθέντα πρόστιμα, εφόσον εκκρεμεί ακόμη η προθεσμία ασκήσεως των ανά περίπτωση ενδίκων βοηθημάτων ή μέσων ή η έκδοση δικαστικής απόφασης επ' αυτών και τούτο ανεξαρτήτως αν χορηγήθηκε ή όχι αναστολή εκτελέσεως επ' αυτών, αφού η διακήρυξη με σαφήνεια απαιτεί τελεσδίκη και δεσμευτική ισχύ. Όσον αφορά δε τον πρώτο ως άνω λόγο αποκλεισμού περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, η διακήρυξη επαναλαμβάνει (όσον αφορά το ένα εκ των δύο στοιχείων του λόγου αποκλεισμού, ήτοι το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα) το εδ. β' του άρ. 18 παρ. 5 Ν. 4412/2016 που ορίζει ειδικώς για τις συμβάσεις καθαριότητες και φύλαξης ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, μεταξύ άλλων και τα οριζόμενο στο άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010, το οποίο, όπως ισχύει κατόπιν του άρ. 39 παρ. Β Ν. 4488/2017 προβλέπει πως «γ) Η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β` 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους ή δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και 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. 1Β του άρθρου 24 του

Αριθμός Απόφασης: 573/2019

ν. 3996/2011 (Α` 170) μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς.». Επομένως, η διάταξη του άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010, άρα και η σε αυτό παραπέμπουσα διάταξη του άρ. 18 παρ. 5 Ν. 4412/2016 ως και η εμμέσως δια του άρ. 18 παρ. 5, ομοίως παραπέμπουσα διάταξη του άρ. 73 παρ. 4 περ. θ' Ν. 4412/2016 περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, είναι ειδική για τις διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων καθαριότητας και φύλαξης, έναντι της γενικής για κάθε αντικείμενο διάταξης του άρ. 73 παρ. 2 περ. γ' Ν. 4412/2016 που προβλέπει ως λόγο αποκλεισμού ότι η αναθέτουσα «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.». Η δε διέπущα τον επίδικο διαγωνισμό διάταξη του άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010 ως προς την έννοια και κατάγνωση σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, στην οποία εξάλλου παραπέμπει και ο λόγος αποκλεισμού υπ' αρ. 6 της διακήρυξης, δεν ορίζει τίποτα περί τελεσίδικης και δεσμευτικής ισχύος των οικείων προστίμων, σε αντίθεση με το γενικού περιεχομένου άρ. 73 παρ. 2 περ. γ' Ν. 4412/2016 που ενσωματώθηκε ως λόγος αποκλεισμού υπ' αρ. 10 στην προκείμενη διακήρυξη. Άρα, δεδομένων των ανωτέρων, η καταρχήν συγκρότηση σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, ήτοι του λόγου αποκλεισμού υπ' αρ. 6 της επίδικης

Αριθμός Απόφασης: 573/2019

διακήρυξης, δεν προϋποθέτει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ των οικείων προστίμων, ενώ αυτή προϋποτίθεται ειδικώς για τον έτερο και διακριτό λόγο αποκλεισμού υπ' αρ. 10. Δια της παραπομπής εξάλλου στο άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010, η διακήρυξη ενσωμάτωσε αυτούσιο στο περιεχόμενο του λόγου αποκλεισμού με αρ. 6 το περιεχόμενο της παραπάνω διάταξης νόμου και δη ως διακριτή περίπτωση έναντι αυτής του λόγου αποκλεισμού με αρ. 10. Ουδόλως δε η διακήρυξη ήταν ως προς τα ως άνω ασαφής, αφού παρέπεμψε σε ρητή διάταξη νόμου, ήτοι το άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010, με σαφές περιεχόμενο που ουδέν όριζε περί τελεσίδικης και δεσμευτικής ισχύος, όρος που δεν είναι δυνατόν να συναχθεί εκ του έτερου και διακριτού λόγου αποκλεισμού υπ' αρ. 10 και των ειδικώς περί αυτού προβλεπομένων ούτε να θεωρηθεί ως αναλογικώς εφαρμοζόμενος επί του λόγου αποκλεισμού υπ' αρ. 6, αφού ο τελευταίος παρέπεμψε στο περιεχόμενο της ως άνω διάταξης του άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2019, χωρίς η ίδια η διακήρυξη να προβαίνει σε ίδια πρόβλεψη περί προστίμων ως λόγου σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Αντίθετη δε ερμηνεία θα είχε την έννοια ότι όρος διακήρυξης μπορεί να αποτελέσει έρεισμα για αναλογική εφαρμογή του περιεχομένου του, επί της εφαρμογής διάταξης νόμου στον οποίο η διακήρυξη παραπέμπει, με αποτέλεσμα ο όρος της κανονιστικού περιεχομένου διακήρυξης να μεταβάλλει και να διευρύνει ή να συστέλλει το περιεχόμενο της διάταξης νόμου. Οι περί αμφισημίας ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος είναι ως εκ τούτου απορριπτέοι και ούτως αλυσιτελώς επικαλείται την οικεία νομολογία της ΑΕΠΠ. Περαιτέρω, το άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010 έλαβε το ως άνω νυν ισχύον περιεχόμενό του εκ της τροποποίησης που επήλθε με τον Ν. 4488/2017, ενώ ακριβώς με τον ίδιο νόμο και δη το ίδιο άρθρο αυτού, ήτοι το άρ. 39 παρ. 1, προστέθηκε και η διάταξη της περ. γ' της παρ. 2 του άρ. 73 Ν. 4412/2016, με αποτέλεσμα αμφότερες οι διατάξεις, ήτοι τόσο αυτή του Ν. 4412/2016 και του εκεί γενικού λόγου αποκλεισμού, άρα και του λόγου αποκλεισμού με αρ. 10 της διακήρυξης, όσο και αυτή του Ν. 3863/2010 και του εκεί ειδικού λόγου αποκλεισμού, άρα και του λόγου αποκλεισμού με αρ. 6 της διακήρυξης, να έχουν εισαχθεί ταυτοχρόνως και άρα με τρόπο που καταδεικνύει ότι νομοθετικός σκοπός ήταν η διακριτή και ειδική ρύθμιση των διαδικασιών

Αριθμός Απόφασης: 573/2019

ανάθεσης συμβάσεων καθαριότητας και φύλαξης, σε σχέση με την αντιστοίχου περιεχομένου, περί λόγου αποκλεισμού βάσει προστίμων ΣΕΠΕ, γενική για κάθε καταρχήν διαδικασία ανάθεσης, ρύθμιση. Εξάλλου και σε κάθε περίπτωση, η νυν παρ. 5 του άρ. 18 Ν. 4412/2016 που με σαφήνεια ορίζει ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα σε συμβάσεις καθαρισμού και φύλαξης και την περίπτωση γ' της παρ. 2 του άρ. 68 Ν. 3863/2010, εισήχθη με το νυν περιεχόμενό της, δια του μεταγενέστερου των ως άνω πρότερων τροποποιήσεων επί του Ν. 3863/2010 και του άρ. 73 Ν. 4412/2016, άρ. 107 παρ. 1 Ν. 4497/2017, οπότε σε κάθε περίπτωση η συγκρότηση σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος επί τη βάσει του πραγματικού του άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010, ειδικώς για συμβάσεις καθαριότητας και φύλαξης, συνιστά όχι μόνο ειδικότερη, αλλά και νεότερη διάταξη, ιδρύουσα πρόσθετες ρυθμίσεις για τις αναθέσεις καθαρισμού και φύλαξης, σε σχέση με αυτή του άρ. 73 παρ. 2 περ. γ' Ν. 4412/2016, κατά τρόπο που ούτως αποκλείει την αναλογική εφαρμογή της πρόβλεψης του τελευταίου για τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ των οικείων προστίμων, στην περίπτωση του λόγου αποκλεισμού βάσει σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, συγκροτούμενου επί προστίμων ΣΕΠΕ, σε αναθέσεις καθαρισμού και φύλαξης. Περαιτέρω, ακόμη και το άρ. 73 παρ. 4 περ. θ' Ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει αναφερόμενο στο σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, ορίζει ότι αυτό αρκεί να αποδεικνύεται «με κατάλληλα μέσα», στοιχείο εκ του οποίου αποκλείεται η ερμηνευτική εκδοχή, ότι προϋποτίθεται τυχόν τελεσίδικη απόφαση περί διάπραξης συγκεκριμένης παράβασης, ενώ εξάλλου η έννοια του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος δεν συνίσταται αναγκαία σε παράβαση διαπιστωθείσα με καταδικαστική απόφαση ή διοικητική πράξη (βλ. και ΔΕΕ, C465/11 Forposta [2012], σκ. 27 «... η έννοια του «επαγγελματικού παραπτώματος» καλύπτει κάθε παραπτωματική συμπεριφορά που έχει αντίκτυπο στην επαγγελματική αξιοπιστία του συγκεκριμένου φορέα και όχι μόνον τις παραβάσεις των κανόνων δεοντολογίας υπό τη στενή έννοια του επαγγέλματος στο οποίο ανήκει ο εν λόγω φορέας, οι οποίες διαπιστώνονται από το προβλεπόμενο στο πλαίσιο του επαγγέλματος αυτού πειθαρχικό όργανο ή από δικαστική απόφαση που έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου.»). Επομένως, ούτε καν για τη γενική έννοια

Αριθμός Απόφασης: 573/2019

του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος δεν απαιτείται τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύς τυχόν οικείας πράξης περί παράβασης, πολλώ δε μάλλον στην ειδική περίπτωση του άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 4412/2016, που κατά τα ως άνω αποτελεί και ειδικότερη και νεότερη ρύθμιση επί του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος σε διαδικασίες ανάθεσης υπηρεσιών φύλαξης και καθαρισμού και δη ενώ η ειδική αυτή περίπτωση εισήλθε στην έννομη τάξη συγχρόνως και δια του ιδίου νομοθετικού πλαισίου με τη διάταξη που προβλέπει για τον όλως διακριτό του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος (ήτοι της περ. θ' της παρ. 4 του άρ. 73 Ν. 4412/2016), νέο λόγο αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 2 περ. γ' Ν. 4412/2016, τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ των οικείων πράξεων επιβολής προστίμου. Άρα, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας, αλλά και του παρεμβαίνοντος περί του ότι υφίσταται απαίτηση τελεσίδικης και δεσμευτικής ισχύος για τις πράξεις επιβολής προστίμου στο πλαίσιο του άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010, στο οποίο παραπέμπει το άρ. 18 παρ. 5 Ν. 4412/2016 και άρα συγκροτεί περίπτωση σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος του άρ. 73 παρ. 4 περ. θ' Ν. 4412/2016 είναι αβάσιμοι και ουδέν έρεισμα ευρίσκουν στον νόμο ή ακόμη και στην ίδια τη διακήρυξη, συνιστούν δε δημιουργική και διασταλτική ερμηνεία της τελευταίας, δια της εισαγωγής μη υφιστάμενων προβλέψεων και προϋποθέσεων από όλως διακριτό όρο, ήτοι του λόγου αποκλεισμού υπ' αρ. 10, επί του αυτοτελούς λόγου αποκλεισμού υπ' αρ. 6. Σε κάθε δε περίπτωση, στο πλαίσιο του πεδίου εφαρμογής του άρ. 68 Ν. 3863/2010 και εφόσον πληρούνται οι προϋποθέσεις της παρ. 2 περ. γ' αυτού, το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα δεν επαφίεται στην ελεύθερη κρίση της αναθέτουσας αρχής και στο δικό της κριτήριο περί του αν τίθεται εν αμφιβόλω η ακεραιότητα του, αλλά συγκροτείται αντικειμενικά (τουλάχιστον όσον αφορά το πραγματικό της παρ. 2 περ. γ', ενώ δεν αποκλείεται να διαπιστωθεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα ακόμη και σε συμβάσεις καθαριότητας και φύλαξης με βάση ένα άλλο πραγματικό, στην τελευταία αυτή όμως περίπτωση, το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα αξιολογείται κατά την κρίση της αναθέτουσας και υπό τις γενικές προς τούτο προϋποθέσεις του άρ. 73 παρ. 2 περ. θ' Ν. 4412/2016), υπό την έννοια ότι εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010, νοείται απευθείας και

Αριθμός Απόφασης: 573/2019

άνευ ετέρου η συνδρομή σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος με κάθε εντεύθεν συνέπεια. Επομένως, αλυσιτελώς η αναθέτουσα και ο παρεμβαίνων επικαλούνται την Κατευθυντήρια Οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ 20/2017 περί ελευθερίας κρίσης της με αξιόπιστα στοιχεία της συνδρομής σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, αφού τούτο αφορά τη γενική περίπτωση του άρ. 73 παρ. 4 περ. θ' Ν. 4412/2016 και όχι την ειδική περίπτωση αντικειμενικής κατάγνωσης αυτού βάσει του άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010. Εξάλλου, η παραπάνω επίκληση τυγχάνει και αλυσιτελής και όσον αφορά την κρίση περί επανορθωτικών μέτρων, αφού η αναθέτουσα είναι αναρμόδια μόνη της να αποφασίσει επί της επάρκειάς τους ή μη (βλ. ακριβώς παρακάτω περί της αρμόδιας γνωμοδοτικής διϋπουργικής Επιτροπής), αλλά μόνο για την καταρχήν συνδρομή σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, η οποία όμως στην περίπτωση του άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010 είναι αντικειμενική και άρα η αρμοδιότητα της αναθέτουσας προς καταρχήν κατάγνωσή του παραπτώματος είναι δεσμία. Περαιτέρω, απορριπτέοι είναι οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος περί παράβασης της αρχής της αναλογικότητας και της ισότητας, αφού πρώτον, ο οικείος λόγος αποκλεισμού του άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010 και η σε αυτόν παραπομπή του άρ. 18 παρ. 5 Ν. 4412/2016 συνιστούν διατάξεις τυπικού νόμου, την ισχύ και συνταγματικότητα των οποίων, προφανώς η ΑΕΠΠ δεν είναι αρμόδια να κρίνει, αφού αποτελεί διοικητικό όργανο που οφείλει να τηρεί την αρχή της νομιμότητας και δεν έχει εξουσία κρίσης επί της συνταγματικότητας ή μη πράξεων της νομοθετικής εξουσίας. Δεύτερον, ο παρεμβαίνων ούτως ή άλλως ανεπιφύλακτα αποδέχθηκε τη διακήρυξη και το κανονιστικό περιεχόμενο αυτής, άρα και την παραπομπή στο άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010 και το πραγματικό του λόγου αποκλεισμού υπ' αρ. 6, αλλά και την ισχύ του ρητά οριζόμενου ως γενικώς διέποντος τη διαδικασία πλαισίου, ήτοι του Ν. 4412/2016 και του Ν. 3863/2010 και επομένως, απαραδέκτως το πρώτον προβάλλει αιτιάσεις κατά των ανωτέρω. Εξάλλου και για την ταυτότητα του νομικού λόγου, δεν είναι δυνατόν όχι μόνο να κριθεί η επί του παρεμβαίνοντος ανενέργεια των ως άνω διατάξεων του νόμου και της διακήρυξης, αλλά ούτε η δημιουργική ερμηνεία των τελευταίων, κατά παράβαση του σαφούς περιεχομένου τους, προκειμένου να κριθεί ως αποδεκτός ο παρεμβαίνων στη

Αριθμός Απόφασης: 573/2019

συγκεκριμένη διαδικασία ανάθεσης. Επιπλέον, ο νομοθέτης είναι σε θέση να χειρίζεται με διαφορετικό τρόπο τις προϋποθέσεις και τους λόγους αποκλεισμού σε συγκεκριμένες κατηγορίες δημοσίων συμβάσεων και κλάδους, τούτο δε είναι προφανές από σύνολο διατάξεων του Ν. 4412/2016, όπου συγκεκριμένες υπηρεσίες τυγχάνουν διαφορετικής μεταχείρισης (επί παραδείγματι οι κοινωνικές) και υπάγονται σε διαφορετικές προβλέψεις, αρκεί ο λόγος της διαφοροποίησης να ερείδεται επί αντικειμενικών κριτηρίων. Εξάλλου, ήδη από την πρώτη θέσπιση του Ν. 3863/2010, ο νομοθέτης είχε θέσει τις επιχειρήσεις καθαρισμού και φύλαξης σε καθεστώς αυστηρότερης μεταχείρισης, όσον αφορά τον έλεγχο εκ μέρους τους τήρησης της εργατικής και κοινωνικοασφαλιστικής νομοθεσίας, για λόγους που σχετίζονται με την αυξημένη ευαισθησία απέναντι στους εργαζόμενους και τις συνθήκες απασχόλησης σε τέτοιες επιχειρήσεις, αλλά και σε παρατηρηθείσα έντονη συχνότητα σχετικών παραβάσεων στους οικείους κλάδους (βλ. και Αιτιολογική Έκθεση Ν. 3863/2010, επί του άρ. 68, σελ. 31 «*Κατά τις τελευταίες δεκαετίες, παρατηρείται στην αγορά εργασίας -και ιδιαίτερα στους τομείς καθαριότητας και φύλαξης- ραγδαία αύξηση της απασχόλησης μέσω εταιρειών παροχής υπηρεσιών-εργολάβων. Οι ελλείψεις της νομοθεσίας περί αυτής της μορφής απασχόλησης οδήγησε στην καταπάτηση στοιχειωδών δικαιωμάτων εργασίας, όπως είναι η μη καταβολή του νομίμου μισθού, η παραβίαση του νομίμου ωραρίου, αλλά και η έξαρση της ανασφάλιστης εργασίας. Από τη μη καταβολή εισφορών εκ μέρους των εργοδοτών, είτε λόγω απασχόλησης προσώπων τα οποία δεν εμφανίζονται στα στοιχεία που τηρούν για το σκοπό αυτό -ως έχουν υποχρέωση- οι εργοδότες (αδήλωτοι-ανασφάλιστοι εργαζόμενοι), είτε λόγω πλημμελούς ασφάλισης των ήδη ασφαλισμένων, καθώς και από αδυναμία είσπραξης των βεβαιωθεισών εισφορών προκύπτει εισφοροδιαφυγή.*»), με αποτέλεσμα κατά το άρ. 68 του ως άνω νόμου, να ισχύουν αυξημένες απαιτήσεις στοιχειοθέτησης της κάλυψης του κόστους απασχόλησης, ως αναγκαίο και όχι απλά κατά την κρίση της αναθέτουσας ζητούμενο, στοιχείο της οικονομικής προσφοράς, με υποχρεωτική διαδικασία επιβεβαίωσης, αλλά και ειδικές διατάξεις για τους όρους της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας αυτής και απόρριψης της δαπάνης πληρωμής της, την εκτέλεση επί ποινή καταγγελίας της σύμβασης, ως και την ευθύνη του υπεργολάβου.

Αριθμός Απόφασης: 573/2019

6. Επειδή όμως, σε συνέχεια όσων αναφέρθηκαν στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, ναι μεν η συγκρότηση του καταρχήν σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, ως συνθετικό στοιχείο του λόγου αποκλεισμού υπ' αρ. 6 της προκείμενης διακήρυξης, είναι εν προκειμένω αντικειμενική, λόγω της παραπομπής στην αντίστοιχη διάταξη νόμου. Πλην όμως, κατά το κανονιστικό περιεχόμενο της διαδικασίας που ανεπιφυλάκτως έγινε αποδεκτό από τους μετέχοντες, δεν τέθηκε το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα άνευ ετέρου ως λόγος αποκλεισμού. Αντίθετα, απαιτήθηκε, για τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού, όχι μόνο να υφίσταται καταρχήν τέτοιο παράπτωμα, αλλά συγχρόνως και σωρευτικά να έχει επιβληθεί για αυτό, δηλαδή τη συμπεριφορά που το συγκροτεί, και ποινή εις βάρος του οικονομικού φορέα, που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης (*«...και για το οποίο του επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία»*). Επομένως, σε αντίθεση με όσα ισχυρίζεται ο προσφεύγων εν προκειμένω μόνο του το παράπτωμα, έστω και συγκροτούμενο από τις οικείες παραβάσεις και κυρώσεις του ΣΕΠΕ, δεν αρκεί για την κατάγνωση λόγου αποκλεισμού και θα πρέπει να συνοδεύεται από τέτοια πρόσθετη ποινή, επιβληθείσα ως αποτέλεσμα της τελέσεως του. Εξάλλου, τα παραπάνω δεν μεταβάλλονται από την παραπομπή στα *«ειδικότερα προβλεπόμενα στην παραγρ. 4 , περίπτωση θ' του άρθρου 73 του Ν.4412/2016.»* και την αναφορά ότι *«Ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται ιδίως οι λόγοι που αναφέρονται στην περίπτωση γ' της παραγρ. 2 του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010.»*. Και τούτο διότι η πρώτη ως άνω παραπομπή στην απλή περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που καθιστά αφερέγγυο τον οικονομικό φορέα, διάταξη, δεν δύναται να αναιρέσει τον πρόσθετο υποχρεωτικό και σωρευτικό ως προς το καταρχήν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, όρο που η διακήρυξη θέσπισε για την κατάγνωση του οικείου λόγου αποκλεισμού, ήτοι την ποινή στέρησης δικαιώματος συμμετοχής σε εν γένει διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων που καταλαμβάνει μάλιστα την προκείμενη διαδικασία. Εξάλλου, αυτή η παραπομπή, δεδομένου του πρόσθετου ως άνω όρου, δύναται να νοηθεί ως αναφορά στο καταρχήν και εν γένει νομοθετικό

Αριθμός Απόφασης: 573/2019

έρεισμα (επί δυνητικού λόγου αποκλεισμού, ήτοι λόγου που η αναθέτουσα δύναται να μην εντάξει στο κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης) του ειδικού λόγου αποκλεισμού, ως ιδρύεται δια του κανονιστικού περιεχομένου της διαδικασίας, αλλά και ως παραπομπή στην εν γένει ερμηνεία περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, δεν αναιρεί όμως ότι το παράπτωμα αυτό θεσπίσθηκε ως ένα εκ των δύο σωρευτικώς απαιτούμενων στοιχείων για τον λόγο αποκλεισμού, με το άλλο να συνίσταται στην ποινή στέρησης δικαιώματος συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Η δεύτερη ως άνω αναφορά στο άρ. 68 Ν. 3863/2010 συνακόλουθα λαμβάνει χώρα για να καταδείξει ποιο πραγματικό συγκροτεί το πρώτο ως άνω στοιχείο του λόγου αποκλεισμού, δηλαδή τι νοείται εν προκειμένω, βλ. και αμέσως προηγούμενη σκέψη, ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, επί τη βάσει του οποίου όμως πρέπει υποχρεωτικά, για να συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού, να έχει επιβληθεί η οικεία ποινή. Εξάλλου, ακόμη και αν υποτεθεί ότι η διακήρυξη σκοπούσε μόνη της η συνδρομή των προϋποθέσεων του άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010 να αρκεί για την κατάγνωση λόγου αποκλεισμού στο πλαίσιο της προκείμενης διαδικασίας, ουδόλως ετέθη αυτό με οιαδήποτε σαφήνεια, αντίθετα μάλιστα η ρητή αναφορά σε ποινή που στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, όποιο και αν είναι το νόημα αυτής, σε κάθε περίπτωση οδηγεί στο αντίθετο συμπέρασμα, καθιστά αδύνατη ή έστω εξαιρετικά δυσχερή την ερμηνεία ότι το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα άνευ ποινής στέρησης δικαιώματος συμμετοχής σε τέτοιες διαδικασίες, είναι επαρκές για να συγκροτηθεί ο λόγος αποκλεισμού και ουδόλως διαθέτει την αναγκαία για λόγο αποκλεισμού, σαφήνεια, αλλά μάλιστα παρέχει σαφές έρεισμα στην ερμηνεία ότι αν μη τι άλλο, μόνο του το καταρχήν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα υπό την έννοια του άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010, δεν συνιστά λόγο αποκλεισμού και δεν αρκεί για την απόρριψη προσφοράς ή έστω κίνηση της διαδικασίας ελέγχου περί επανορθωτικών μέτρων. Περαιτέρω, δεδομένου ότι ο λόγος αποκλεισμού με αρ. 6 που αφορά το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, αλλά πρέπει να συνοδεύεται με ποινή στέρησης δικαιώματος συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και ο λόγος αποκλεισμού με αρ. 10 που συγκροτείται επί του

Αριθμός Απόφασης: 573/2019

ιδίου πραγματικού με αυτό του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος του λόγου με αρ. 6 αλλά με περαιτέρω απαίτηση τελεσίδικης και δεσμευτικής ισχύος, αμφότεροι ερείδονται επί κατάγνωσης παραβάσεων ειδικώς της εργατικής νομοθεσίας, δεν είναι δυνατόν να υποτεθεί ότι ο παραπέμπων στο άρ. 18 παρ. 2 Ν. 4412/2016, λόγος αποκλεισμού με αρ. 3 του άρ. 1 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι της διακήρυξης, που πάλι αναφέρεται γενικόλογα επί μεταξύ άλλων παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας, μπορεί να συγκροτηθεί επί του ιδίου ακριβώς ιστορικού που αφορά τους λόγους αποκλεισμού με αρ. 6 και 10 (δηλαδή δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι ο λόγος αποκλεισμού με αρ. 3 καταλαμβάνει και μπορεί να ερείδεται επί όσων συγκροτούν τους άλλους δύο αυτοτελείς λόγους αποκλεισμού), αν το ιστορικό όμως δεν συγκροτεί ούτε τον λόγο με αρ. 6 ούτε τον λόγο με αρ. 10 ως προς τις πρόσθετες αυτών προϋποθέσεις, ήτοι την συντρέχουσα ποινή στέρησης δικαιώματος συμμετοχής και την τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ αντίστοιχα (ερμηνεία που θα σήμαινε ότι η ίδια παράβαση αντιπαραβάλλεται έναντι τριών αυτοτελών λόγων αποκλεισμού, εκ των οποίων σε κάθε περίπτωση θα πληρούτο ο ένας εξ αυτών), καθώς σε αντίθετη περίπτωση η διακήρυξη θα ήταν όλως αντιφατική και ανεπίδεκτη εφαρμογής και οι λόγοι αποκλεισμού με αρ. 6 και με αρ. 10 με τις επιμέρους πρόσθετες προϋποθέσεις τους, δεν θα είχαν νόημα ύπαρξης (αφού θα αρκούσε ο καλύπτων το ίδιο ιστορικό λόγος με αρ. 3, χωρίς άλλες προϋποθέσεις και ούτως δεν θα υφίστατο λόγος θέσπισης των δύο άλλων αυτοτελών λόγων αποκλεισμού), με αποτέλεσμα και πάλι να μην μπορεί να παράσχει έρεισμα για λόγο απόρριψης προσφοράς. Αντίθετα, μόνη εύλογη ερμηνεία είναι ότι οι λόγοι αποκλεισμού με αρ. 6 και 10 είναι ειδικοί και κατισχύουν ως προς το πραγματικό, ήτοι τις παραβάσεις και πρόστιμα ΣΕΠΕ που τους αφορούν, έναντι του γενικού κατά το περιεχόμενό του και ως προς την εν γένει περιβαλλοντική και εργατική εθνική και ενωσιακή νομοθεσία, λόγο αποκλεισμού με αρ. 3, ο οποίος εφαρμόζεται επί των περιπτώσεων παραβάσεων και συμπεριφοράς ως προς τη συμμόρφωση με την περιβαλλοντική, κοινωνικοασφαλιστική και εργατική νομοθεσίας που δεν καλύπτονται από ειδικότερους όρους. Άρα, ο λόγος αποκλεισμού με αρ. 3 δύναται να αφορά μόνο παραβάσεις εργατικής νομοθεσίας (όπως για παράδειγμα διακρίσεων στους χώρους εργασίας και τις συνθήκες

Αριθμός Απόφασης: 573/2019

απασχόλησης), οι οποίες δεν συνιστούν αντικείμενο των ελεγχόμενων εκ του ΣΕΠΕ και κατά σοβαρότητα κατατασσόμενων ειδικότερων παραβάσεων ούτε των παραβάσεων επί των οποίων επιβάλλονται οι κυρώσεις-πρόστιμα, των οποίων η επιβολή υπάγεται στην αρμοδιότητα του ΣΕΠΕ και συναρτάται με τις εξ αυτού ελεγχόμενες παραβάσεις.

7. Επειδή, ο παρεμβαίνων στο Μέρος ΙΙΙ Ενότητα Γ, σελ. 10-11 του υποβληθέντος ΕΕΕΣ του απάντησε στο εξής ερώτημα «Παραβίαση των υποχρεώσεων στους τομείς του εργατικού δικαίου: Ο οικονομικός φορέας έχει, εν γνώσει του, παραβιάσει τις υποχρεώσεις του στον τομέα του εργατικού δικαίου; Όπως αναφέρονται για τους σκοπούς της παρούσας προμήθειας στο εθνικό δίκαιο, στη σχετική προκήρυξη ή στα έγγραφα της προμήθειας ή στο άρθρο 18 παράγραφος 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Η απάντησή σας», δηλαδή αυτό ακριβώς το ερώτημα που αφορά τον λόγο αποκλεισμού υπ' αρ. 6 παραπάνω (αφού δια της παραπομπής στο άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010 λαμβάνει χώρα ούτως παραπομπή και στο άρ. 18 παρ. 5 Ν. 4412/2016 που ορίζει το οικείο πραγματικό ως ειδική περίπτωση παράβασης της υποχρέωσης του άρ. 18 παρ. 2 περί τήρησης της εργατικής νομοθεσίας, που συγκροτεί κατ' άρ. 73 παρ. 4 περ. θ' Ν. 4412/2016 σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα), τα εξής «ΝΑΙ», στο περαιτέρω δε ερώτημα «ΠΑΡΑΚΑΛΕΙΣΤΕ ΝΑ ΤΑ ΠΕΡΙΓΡΑΨΕΤΕ» μνημονεύει τις υπό α', β', γ' και δ' κατά την αρίθμηση του οικείου εγγράφου του ΣΕΠΕ, βλ. ανωτέρω σκ. 2, πράξεις επιβολής προστίμου, αναφέροντας ότι τις έχει προσβάλει δικαστικά και προσκομίζοντας τα οικεία δικάγραφα («Στην εταιρία μας επιβλήθηκαν οι εξής πράξεις επιβολής προστίμων: α. Η υπ' αριθμ 284515/1-11-2017 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της Χίου, για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Μυτιλήνης η ΠΡ 211/21-11-2017 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 1). Β Η υπ' αριθμ. 171060/24-5-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της Λάρισας, για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Λάρισας η ΠΡ 261/28-6-2017 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 2). Γ. Η υπ' αριθμ.πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας Δυτικού Τομέα Θεσσαλονίκης, για την οποία έχει

Αριθμός Απόφασης: 573/2019

κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Θεσσαλονίκης η ΠΡ 4214/19-11-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 3). Δ. Η υπ' αριθμ. 375762/23-10-2018 πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας Ανατολικού Τομέα Αθηνών, για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Αθηνών η ΠΡ10837/27-11-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 4). 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 όπως ορίζει ο Ν4412/2016 άρθρο 73 παρ.2 περίπτωση γ, η οποία προστέθηκε με το άρθρο 39 του Ν4488/2017 οι ανωτέρω πράξεις δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ.». Επομένως, και ασχέτως του ότι δεν αναφέρθηκαν οι πράξεις υπό ε' και στ' του εγγράφου του ΣΕΠΕ, οι οποίες εκδόθηκαν (29/11/2018 και 5/12/2018) εγγύτατα στον χρόνο σύνταξης και υποβολής του οικείου ΕΕΕΣ (7-12-2019) και τον καταληκτικό χρόνο υποβολής προσφοράς του παρεμβαίνοντος (10-12-2019), με αποτέλεσμα να είναι λίαν πιθανό ότι δεν τις γνώριζε ακόμη, σε κάθε περίπτωση ο παρεμβαίνων ο ίδιος αναφέρθηκε στην εις βάρος του επιβολή προστίμων και δη αριθμού αρκούντος για την εκ μέρους του συγκρότηση του οικείου λόγου αποκλεισμού υπ' αρ. 6 της διακήρυξης και του αρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 4412/2016, περαιτέρω δε περιγράφοντας και προσδιορίζοντας τις οικείες πράξεις κατ' ειδικό τρόπο που επιτρέπει την ταυτοποίησή τους, αλλά και τον λόγο επιβολής τους και τις οικείες συνθήκες, αφού επισύναψε ήδη με την προσφορά του τα οικεία αναλυτικά δικόγραφα των προσφυγών του. Εκ των ως άνω δε 6 συνολικά πράξεων επιβολής προστίμου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο οικείο έγγραφο του ΣΕΠΕ που επικαλείται η αναθέτουσα, η υπό α. εκδόθηκε πριν τη διετία προ του καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών, ενώ σε κάθε περίπτωση οι υπόλοιπες 3 εκ των επικαλουμένων ήδη από τον παρεμβαίνοντα σε κάθε περίπτωση αρκούν για τη συγκρότηση του παραπάνω λόγου αποκλεισμού, επιπλέον δε, κατά τα στοιχεία του ΣΕΠΕ προ του καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών επιβλήθηκαν 2 ακόμη, άρα υφίστανται 5 πράξεις επιβολής προστίμου παραβάσεις πολύ υψηλής σοβαρότητας, όλες εκδοθείσες και επιβληθείσες εντός της κρίσιμης διετίας και

Αριθμός Απόφασης: 573/2019

δια άνω των 3 αυτοτελών ελέγχων (όπως προκύπτει από τα δικόγραφα που υποβάλει ο παρεμβαίνων και τις περαιτέρω ημερομηνίες των υπό ε' και στ' ημερομηνιών των οικείων ελέγχων εκ του εγγράφου του ΣΕΠΕ). Κατ' αποτέλεσμα, ήδη δια των δηλώσεων του παρεμβαίνοντος στο ΕΕΕΣ, αλλά και όπως προκύπτει και από το έγγραφο του ΣΕΠΕ, πληρούται το πραγματικό του άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010 και άρα και του άρ. 18 παρ. 5 και άρ. 73 παρ. 4 περ. θ' Ν. 4412/2016, αλλά όχι και του παραπέμποντος στην πρώτη ως άνω διάταξη, λόγου αποκλεισμού της περ. 6 του άρ. 1 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι της διακήρυξης, που απαιτούσε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, για το οποίο επιβλήθηκε ποινή αποκλεισμού από δημόσιες συμβάσεις, που καταλαμβάνει την παρούσα διαδικασία. Συνεπώς, ακόμη και αν οι προϋποθέσεις Στο περαιτέρω δε ερώτημα «Έχετε λάβει μέτρα για να αποδείξετε την αξιοπιστία σας («αυτοκάθαρση»)», ο παρεμβαίνων απάντησε «Ναι», επιπλέον δε στο ερώτημα «Παρακαλείστε να τα περιγράψετε» απάντησε «Η εταιρία μας παρά ταύτα 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 εκπροσώπου εταιρίας, λογιστηρίου, λογιστή, επόπτη έργου και εργαζομένων ώστε να αποφεύγεται κάθε σφάλμα ή αβλεψία.». Άρα, ο παρεμβαίνων παρότι καταρχήν ισχυρίστηκε ότι λόγω μη τελεσιδικίας των ανωτέρω προστίμων δεν συντρέχει, κατά την άποψή του λόγος αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 2 περ. γ' Ν. 4412/2016 (σημειωτέον δε, ότι ουδόλως ο ίδιος ο παρεμβαίνων ισχυρίστηκε στο ΕΕΕΣ του μη συνδρομή λόγου αποκλεισμού του άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010 και του άρ. 18 παρ. 5 Ν. 4412/2016 ή προϋπόθεση τελεσιδικίας και δεσμευτικής ισχύος για τον τελευταίο αυτόν λόγο), σε κάθε περίπτωση και απάντησε θετικά καταρχήν στο οικείο ερώτημα, θέτοντας έτσι με ειλικρίνεια και ως όφειλε στην κρίση της αναθέτουσας το οικείο πραγματικό, ώστε αυτή να κρίνει την καταρχήν συγκρότηση τυχόν λόγου αποκλεισμού, αλλά και στο επόμενο ερώτημα περί μέτρων αυτοκάθαρσης, περαιτέρω δε τα περιέγραψε και δη τα διέκρινε από την άσκηση ενδίκων βοηθημάτων κατά των πράξεων επιβολής προστίμου και το ζήτημα της μη τελεσιδικίας των τελευταίων, θέτοντας τα ούτως, ορθώς, ως

Αριθμός Απόφασης: 573/2019

αυτοτελείς αιτιάσεις του περί αποδοχής της προσφοράς του και δη επί των προϋποθέσεων του άρ. 73 παρ. 7 Ν. 4412/2016, προφανώς επικουρικά ως προς τους καταρχήν ισχυρισμούς του περί μη συνδρομής λόγου αποκλεισμού και ακριβώς για την περίπτωση όπου εν τέλει προκύπτει πραγματικό καταρχήν λόγου αποκλεισμού, το οποίο όμως δύναται να μην οδηγήσει εν τέλει σε αποκλεισμό του οικονομικού φορέα, στην περίπτωση απόδειξης της αξιοπιστίας του δια επανορθωτικών μέτρων. Άρα, ο παρεμβαίνων σε κάθε περίπτωση συννόμως και παραδεκτώς έθεσε υπόψη και το οικείο πραγματικό περί πράξεων επιβολής προστίμων, αλλά και τα επανορθωτικά μέτρα που έλαβε, η δε αναθέτουσα όφειλε επομένως, καταρχήν να κρίνει επί του υποβληθέντος πραγματικού περί προστίμων, ότι τυχόν συγκροτεί καταρχήν την περίπτωση 6 του άρ. 1 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι της διακήρυξης, εν συνεχεία όμως να κινήσει την περαιτέρω προβλεπόμενη περί επανορθωτικών μέτρων διαδικασία του άρ. 73 παρ. 8-9 Ν. 4412/2016, ουδόλως δε να αποκλείσει τον οικονομικό φορέα, πριν τη διαδικασία αυτή. Συνεπώς, ουδεμία πλημμέλεια και παράβαση συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ είναι δυνατόν να καταλογιστεί στον παρεμβαίνοντα. Επιπλέον τούτου, εν προκειμένω ούτε προκύπτει ούτε ο προσφεύγων επικαλείται ούτε απορρέει από οιοδήποτε στοιχείο του φακέλου της υπόθεσης, ότι έχει επιβληθεί εις βάρος του παρεμβαίνοντος οιαδήποτε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, πολλώ δε μάλλον ότι αυτή η ποινή καταλαμβάνει την προκείμενη διαδικασία, αλλά και ότι ερείδεται στο ιστορικό που αφορά τα παραπάνω πρόστιμα του ΣΕΠΕ. Επομένως, και με βάση το ειλικρινώς και πλήρως υποβληθέν ιστορικό που ο παρεμβαίνων υπέβαλε ενώπιον της αναθέτουσας, δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις του λόγου αποκλεισμού της περ. 6 του άρ. 1 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι της διακήρυξης, ενώ εξάλλου το άρ. 73 παρ. 4 περ. θ' Ν. 4412/2016 θεσπίζει δυνητικό λόγο αποκλεισμού, υπό την έννοια ότι η αναθέτουσα δύναται να μην το συμπεριλάβει στο κανονιστικό περιεχόμενο της διαδικασίας, όπως και όντως συνέβη, αφού εν προκειμένω ως λόγος αποκλεισμού τέθηκε, όχι το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, αλλά το παράπτωμα αυτό και δη κατά πλήρωση των οικείων προϋποθέσεων του άρ. 68 Ν. 3863/2010, το οποίο περαιτέρω οδήγησε στην επιβολή ποινής αποκλεισμού από διαδικασίες ανάθεσης

Αριθμός Απόφασης: 573/2019

δημόσιας σύμβασης, στοιχείο ουδόλως συντρέχον εν προκειμένω. Εξάλλου, προδήλως και βάσει των ανωτέρω, τα οικεία πρόστιμα δεν έχουν εισέτι αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, αφού αμφισβητούνται ακόμη δικαστικά, με αποτέλεσμα να μην συντρέχει ούτε ο ρητά απαιτών τέτοια τελεσιδικία και δεσμευτικότητα, λόγος αποκλεισμού του άρ. 1 σημ. 10 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι της διακήρυξης. Άρα, δεν τέθηκε ούτε ως ή άλλως ζήτημα κατάγνωσης λόγου αποκλεισμού εις βάρος του παρεμβαίνοντος, με αποτέλεσμα να μην υφίσταται καν ζήτημα κίνησης της διαδικασίας αξιολόγησης επανορθωτικών μέτρων ενώπιον της αρμόδιας Διυπουργικής Επιτροπής. Επομένως, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί συνδρομής λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο του προσφεύγοντος και πλημμέλειας της προσβαλλομένης καθ' ο μέρος τον έκρινε αποδεκτό, τυγχάνουν στο σύνολό τους απορριπτέοι.

8. Επειδή, συνεπεία όλων των ανωτέρω, πρέπει απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή. Να γίνει δε δεκτή η Παρέμβαση.

9. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη και σε συνδυασμό με την ανωτέρω σκ. 1, πρέπει να καταπέσει το παράβολο κατά το ποσό των 1.209,68 ευρώ, να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο κατά το υπόλοιπο, αχρεωστήτως καταβληθέν μέρος του, ήτοι των 604,84 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου κατά το ποσό των 1.209,68 ευρώ και την επιστροφή του στον προσφεύγοντα κατά το ποσό των 604,84 ευρώ.

Αριθμός Απόφασης: 573/2019

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 8 Μαΐου 2019 και εκδόθηκε στις 28 Μαΐου 2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΙΧΟΠΟΥΛΟΥ ΜΑΡΙΑ