

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 16 Μαρτίου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση - Εισηγήτρια, και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

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

Κατά του Υπουργείου ... (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται και κατά

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

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

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

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 2 του Ν.4412/2016 και 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 e-παράβολο, ύψους ευρώ 3.662,00 ήτοι ειδικότερα, έχει εκδοθεί, πληρωθεί, δεσμευθεί και κατατεθεί e-

παραβόλο (βλ. παράβολο με αριθμό ... με αποδεικτικό της τράπεζας Εθνικής Τράπεζας της 2/10/2019 περί ηλεκτρονικής πληρωμής του ανωτέρω παραβόλου και εκτύπωση από την ιστοσελίδα του ... όπου το παράβολο φέρεται ως «δεσμευμένο»). Δεδομένης, ωστόσο, της προϋπολογισθείσας δαπάνης του οικονομικού αντικειμένου της προσβαλλόμενης απόφασης που ανέρχεται άνευ ΦΠΑ στο ποσό των 599.274,19, καθόσον αφορά δύο συγκεκριμένα κτίρια, το προσήκον παράβολο ανέρχεται στο ποσό των 2.996,37 ευρώ.

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

προαναφερόμενους λόγους και ανακηρύχθηκαν προσωρινοί ανάδοχοι οι εταιρείες « ... » και «...». Κατά της απόφασης αυτής οι ως άνω εταιρείες υπέβαλαν, σύμφωνα με τα άρθρα 360 και επ. του ν. 4412/2016, ενώπιον της Αρχής Εκδίκασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.), προδικαστικές προσφυγές, οι οποίες απορρίφθηκαν με την 1091-1092/2018 απόφαση της Α.Ε.Π.Π, ενώ έγιναν δεκτές αντίστοιχες παρεμβάσεις των εταιρειών « ... » και «...». Η προσφεύγουσα εταιρεία άσκησε ενώπιον της ΑΕΠΠ την ως άνω προδικαστική προσφυγή κατά το μέρος που απορρίφθηκε η οικονομική προσφορά της για τα κτίρια Β, Δ, Ε, ΣΤ και Ζ και όχι για το κτίριο Γ, στο οποίο στεγάζεται η Με την με αριθμό 1815/2019 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθήνας ακυρώθηκε η με αριθμό 1091-1092/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας, ως ασυνήθιστα χαμηλή. Η διαδικασία σε ότι αφορά στη φύλαξη του κτιρίου Γ (της ...) συνεχίστηκε με την αξιολόγηση των ... προσφορών των εταιρειών «...» και « ...» και με την με αριθμό ...κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού και αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος για τη φύλαξη του κτιρίου Γ η εταιρεία ...», ενώ με την με αριθμό 121/2019 Πράξη του Ζ κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου κρίθηκε ότι δεν κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης για την Παροχή Υπηρεσιών Φύλαξης του κτιρίου της ... (κτίριο Γ) επί των οδών ... και ... στο ... μεταξύ του Υπουργείου ... και της παραπάνω εταιρείας. Ενώ εκκρεμούσε η διαδικασία του προσυμβατικού ελέγχου ενώπιον του Ελεγκτικού Συνεδρίου η αναθέτουσα αρχή ζήτησε από το Σώμα Επιθεώρησης εργασίας (...) βεβαιώσεις σχετικά με την επιβολή ή μη προστίμων υψηλής και πολύ υψηλής σοβαρότητας στην εταιρεία ...», καθώς και στην προσφεύγουσα εταιρεία, προκειμένου να ολοκληρωθεί ταχύτερα η διαγωνιστική διαδικασία. Με το με αριθμό ...έγγραφο το ... γνωστοποίησε την επιβολή προστίμων υψηλής και πολύ υψηλής σοβαρότητας τόσο στην εταιρεία «...», όσο και στην προσφεύγουσα για παραβάσεις που έλαβαν χώρα κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας. Στη συνέχεια η αρμόδια επιτροπή επί της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων ... φορέων προς απόδειξη της αξιοπιστίας τους του Υπουργείου ..., με το με αριθμό ... πρακτικό της, αποφάσισε ομόφωνα την παροχή σύμφωνης γνώμης ως προς την επάρκεια των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων για την εταιρεία ...», και τη μη παροχή σύμφωνης γνώμης για την προσφεύγουσα εταιρεία. Ακολούθησαν στη συνέχεια δυο αποφάσεις : α. Η Α.Π. ...απόφαση του Υπουργού Επικρατείας, που αφορά στα κτίρια Γ και Δ της ...ΔΔ,

σύμφωνα με το περιεχόμενο της οποίας έγινε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας «...», μετά την παροχή σύμφωνης γνώμης για την επάρκεια των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων που έχουν ληφθεί από αυτή επί των προστίμων που της επιβλήθηκαν από το ... και απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας «...», μετά την μη παροχή σύμφωνης γνώμης για την επάρκεια των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων που έχουν ληφθεί από αυτή επί των προστίμων που της επιβλήθηκαν από το ... και β. Η με αριθμό πρωτοκόλλου Α.Π... απόφαση του Υπουργού ..., με όμοιο περιεχόμενο, που αφορά όλα τα υπόλοιπα κτίρια (Α,Β,Ε,ΣΤ, Ζ), πλην των κτιρίων Γ και Δ της Κατά της ...απόφασης του Υπουργού Επικρατείας με την οποία αποκλείστηκε από τη συνέχεια του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα εταιρεία άσκησε την 2-10-2019 προδικαστική προσφυγή της με αίτημα την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης καθώς επίσης και της ... αρνητικής σύμφωνης γνώμης της Γνωμοδοτικής Επιτροπής του άρθρου 73 παρ.8 του ν. 4412/2016. Το παρόν κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με την 1319/2019 απόφαση απέρριψε την προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας, ως απαράδεκτη, με την αιτιολογία ότι η προσβαλλόμενη με την προδικαστική προσφυγή απόφαση είναι ανυπόστατη, λόγω αναρμοδιότητας του οργάνου που την υπογράφει (Υπουργός Επικρατείας). Με την με αριθμό καταχώρησης ANM 529/5-12-2019 η προσφεύγουσα αιτήθηκε την αναστολή εκτέλεσης της τελευταίας αυτής απόφασης κι εκδόθηκε η απόφαση με αριθμό 9/2020 του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, η οποία ανέστειλε την με αρ. 1319/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ αναφέροντας ρητώς μεταξύ άλλων *«11. Επειδή κατ' ακολουθία, δεδομένου ότι η απόφαση που προσβλήθηκε με προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ αφορούσε στα κτίρια που στεγάζονται υπηρεσίες της ..., αρμοδίως υπεγράφη αυτή από τον Υπουργό Επικρατείας στον οποίο έχει ανατεθεί η διοίκηση των υπηρεσιών του ΥΨΔ, και ο οποίος είναι και ο διατάκτης των πιστώσεων που αφορούν τις δαπάνες της ως άνω Γενικής Γραμματείας που μεταφέρθηκε στο ΥΨΔ. Για το λόγο αυτό η απόφαση του Υπουργού Επικρατείας πιθανολογείται σοβαρά ότι είναι υποστατή, ως υπογραφείσα από το αρμόδιο προς τούτο όργανο. Συνεπώς η κρίση της προσβαλλόμενης πράξης της ΑΕΠΠ, με την οποία απορρίφθηκε ως απαράδεκτη η προδικαστική προσφυγή της αιτούσας, στηριζόμενη στην εκδοχή ότι η προσβαλλόμενη απόφαση παρουσιάζει το πρόδηλο νομικό ελάττωμα της έκδοσή της από κατά κλάδον αναρμόδιο όργανο συνιστώντας πράξη ανυπόστατη κι επομένως είναι ipso jure νομικά ανίσχυρη, μη δημιουργώντας έρεισμα για την έκδοση άλλων διοικητικών πράξεων και*

ακολούθως ότι αυτή στερούμενη της προστασίας του τεκμηρίου νομιμότητας δεν έχει τα χαρακτηριστικά της εκτελεστής διοικητικής πράξης, οπότε απαραδέκτως βάσει του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, βάλλει κατά αυτής η αιτούσα, πιθανολογείται σοβαρώς ως μη νόμιμη....[...]». Σε συνέχεια αναπομπής της υπόθεσης στην ΑΕΠΠ και χρέωσής της με το με αρ. πρωτ. 93/7.2.2020 διαβιβαστικό έγγραφο της Αναπληρώτριας Προέδρου, εκδόθηκε από το παρόν Κλιμάκιο η Σ 201/2020 απόφαση ΑΕΠΠ με την οποία απορρίφθηκε εκ νέου ως απαράδεκτη η προσφυγή. Σε συνέχεια άσκησης κατά της ως άνω απόφασης της με ANM 75/26-2-2020 αίτησης αναστολής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, εκδόθηκε η με αρ. 95/2020 απόφαση του ως άνω Δικαστηρίου και σε συνέχεια της υπ' αριθ. καταχ. ΑΚ 587/ 21.5.2020 αίτησης ακύρωσης, η με αρ. 2123/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, το οποίο ακύρωσε την απόφαση της ΑΕΠΠ και ανέπεμψε σε αυτήν για να ενεργήσει τα νόμιμα, αποφαινόμενο ως εξής «9. Επειδή, κατά το άρθρο 73 του διέποντος τον κρίσιμο διαγωνισμό ν.4412/2016 που προπαρατέθηκε, 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. Μετά την άπρακτη παρέλευση των 30 ημερών η Επιτροπή θεωρείται ότι εξέδωσε αρνητική γνώμη, η οποία υποχρεώνει την αναθέτουσα αρχή να εκδώσει απόφαση αποκλεισμού του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα από τη διαγωνιστική διαδικασία. Κατά συνέπεια, η ... μη σύμφωνη γνωμοδότηση της αρμόδιας Επιτροπής, με την οποία διαπιστώθηκε η μη επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων που είχε λάβει η αιτούσα, σχετικώς με τα γεγονότα που η ίδια δήλωσε κατά τη συμμετοχή της στον κρίσιμο διαγωνισμό και ενδέχεται να εμπίπτουν στους προβλεπόμενους από τη διακήρυξη λόγους αποκλεισμού της, ανεξαρτήτως αν εκδόθηκε από όργανο που δεν ανήκει στην αναθέτουσα αρχή, έχει χαρακτήρα αρνητικής σύμφωνης γνώμης, που παράγει έννομα αποτελέσματα έναντι της αναθέτουσας αρχής, την οποία υποχρεώνει να εκδώσει στη συνέχεια απόφαση ομοίου περιεχομένου και, συνακόλουθα, εντάσσεται στην κρίσιμη διαγωνιστική διαδικασία,

που αποσκοπεί στην κατάρτιση δημόσιας σύμβασης. Η ως άνω μη σύμφωνη γνώμη απώλεσε τον εκτελεστό χαρακτήρα της με την ενσωμάτωσή της στην Α.Π. ...απόφαση του Υπουργού Επικρατείας, περί αποκλεισμού της αιτούσας από το διαγωνισμό (πρβλ. ΣΤΕ 2482/2017, 494/2013,2274/2011, 860/2004), της οποίας αποτελεί την αιτιολογία. Περαιτέρω, η τελευταία αυτή απόφαση της αναθέτουσας αρχής, επάγεται βλαπτικές έννομες συνέπειες για την αιτούσα και παραδεκτώς προσβλήθηκε με προδικαστική προσφυγή. Κατόπιν αυτών, εξετάζοντας τους λόγους της προδικαστικής προσφυγής κατά της πράξης αποκλεισμού της αιτούσας που εξέδωσε η αναθέτουσα αρχή, όφειλε η Α.Ε.Π.Π. να εξετάσει τη νομιμότητα της αιτιολογίας της ανωτέρω μη σύμφωνης γνωμοδότησης της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ.9 του ν.4412/2016, η πλημμέλεια της οποίας επηρεάζει τη νομιμότητα της πράξης της αναθέτουσας αρχής που προσβλήθηκε με προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα με το βάσιμο σχετικό λόγο της υπό κρίση αίτησης. Τούτο διότι η άρνηση της Α.Ε.Π.Π να ελέγξει τις πλημμέλειες της αιτιολογίας της ως άνω μη σύμφωνης γνώμης, που κατέστησε υποχρεωτικό τον αποκλεισμό της αιτούσας από τον κρίσιμο διαγωνισμό, συνεπάγεται την αδυναμία δικαστικής αμφισβήτησης αυτού του αποκλεισμού, κατά παράβαση των οριζόμενων στα άρθρα 360 και 367 του ν.4412/2016 και του δικαιώματος δικαστικής προστασίας της αιτούσας. Περαιτέρω, η εξέταση των λοιπών λόγων της υπό κρίση αίτησης, που αφορούν στην επάρκεια των μέτρων αυτοκάθαρσης που έλαβε η αιτούσα καθώς και των λόγων που προβάλλει η παρεμβαίνουσα σχετικά με το ότι οι διαγωνιζόμενοι δεν μπορούν να αποτρέψουν τον αποκλεισμό τους εάν συντρέχει περίπτωση του άρθρου 68 παρ. 2 .εδ.γ' του ν. 3863/2010 καθίσταται αλυσιτελής, δεδομένου ότι πρόκειται για ζητήματα, των οποίων οι απαντήσεις εξαρτώνται από το μη διενεργηθέντα από την Α.Ε.Π.Π έλεγχο της αιτιολογίας του αποκλεισμού της αιτούσας.».

3. Επειδή, στις 29/12/2020 απεστάλη ηλεκτρονικά προς τον Πρόεδρο του Κλιμακίου, το με αρ. πρωτ. Γρ. Πρ.:1349/29.12.2020 διαβιβαστικό έγγραφο του Προέδρου της ΑΕΠΠ καθώς και η υπ' 2123/2020 ακυρωτική απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών προς ενημέρωση και για τις νόμιμες ενέργειες. Σε συμμόρφωση προς την ως άνω υπ' 2123/2020 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών και κατόπιν της ως άνω αναφερθείσας χρέωσης της υπόθεσης στο 5ο Κλιμάκιο από τον Πρόεδρο της Α.Ε.Π.Π. και την με αρ. 75/2021 πράξη ορισμού του Προέδρου του 5ου Κλιμακίου, εκδίδεται η παρούσα απόφαση.

4. Επειδή, η προσβαλλόμενη με αρ. πρωτ. 103558 ΕΞ 2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής όσον αφορά την προσφορά της προσφεύγουσας κρίνει τα εξής «Απορρίπτουμε την προσφορά της εταιρείας ...και την μη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας για την φύλαξη των κτηρίων του ..., μετά την μη παροχή σύμφωνης γνώμης για την επάρκεια των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων της εταιρείας αυτής επί των προστίμων που της έχουν επιβληθεί από το ...».

5. Επειδή, σύμφωνα με το Πρακτικό ...της αρμόδιας γνωμοδοτικής επιτροπής επί της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων ... φορέων προς απόδειξη της αξιοπιστίας τους, που αφορά την εταιρεία ..., «ο εν λόγω οικονομικός φορέας προσκόμισε στοιχεία από τα οποία δεν αποδεικνύεται ότι έχει λάβει επαρκή επανορθωτικά μέτρα για την απόδειξη της αξιοπιστίας του. Ενδεικτικά προσκομίσθηκαν δύο (2) βεβαιώσεις άσκησης εποπτικών καθηκόντων για την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας ...και ...και μια (1) βεβαίωση πληρεξούσιου δικηγόρου (χωρίς να συνοδεύεται από το πληρεξούσιο) με την οποία βεβαιώνεται η τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας. Ως εκ τούτου η επιτροπή ομόφωνα αποφάσισε τη μη παροχή σύμφωνης γνώμης για την επάρκεια των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων της εν λόγω εταιρείας».

6. Επειδή, η προσφεύγουσα με την προσφυγή της υποστηρίζει τα κάτωθι « [...]Στις σελ. 11-15 της διακήρυξης ορίζεται ότι: «Στο διαγωνισμό δεν γίνονται δεκτοί: *ί...ίί...β*) Όταν 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. *ίίί*. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:..... (η) 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, **ΕΠΙΣΗΜΑΝΣΗ** : Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους (i) (ii.β) και (iii) 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. 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 (παρ. 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016), 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».

Αφότου η Αναθέτουσα Αρχή έλαβε γνώση από έγγραφο της Επιθεώρησης Εργασίας των μεταγενεστέρως της διενέργειας του διαγωνισμού 3 τουλάχιστον επιβληθεισών κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας, ούτως ώστε να είναι εφαρμοστέος πλέον λόγος αποκλεισμού, με την Α.Π. ... επιστολή της ζήτησε διευκρινίσεις από την εταιρία μας για τις συγκεκριμένες κυρώσεις, επί της οποίας η εταιρία μας με το 29-03-2019 ανέφερε τα ακόλουθα: «Στην εταιρία μας έχουν επιδοθεί οι ακόλουθες πράξεις επιβολής κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας για τις οποίες έχουν ασκηθεί οι αντίστοιχες προσφυγές. α. Η υπ' αριθμ ...πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της Χίου, ποσού 4.500€ για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Μυτιλήνης η ΠΡ 211/21-11-2017 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (ΣΧΕΤΙΚΟ 1), β Η υπ' αριθμ. ...πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της Λάρισας, ποσού 1.500€ για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Λάρισας η ΠΡ 261/28-6-2017 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (ΣΧΕΤΙΚΟ 2), γ. Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας Δυτικού Τομέα Θεσσαλονίκης, ποσού 1500€ για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Θεσσαλονίκης η ΠΡ 4214/19-11-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (ΣΧΕΤΙΚΟ 3), δ. Η υπ' αριθμ. ...πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας Ανατολικού Τομέα Αθηνών, ποσού 22.500€ για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Αθηνών η ΠΡ10837/27-11-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (ΣΧΕΤΙΚΟ 4), ε. Η υπ' αριθμ. ...πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας Ανατολικού Τομέα Αθηνών, ποσού 15000,5€ για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Αθηνών η ΠΡ11643/11-12- 2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (ΣΧΕΤΙΚΟ 5), στ. Η υπ' αριθμ. ...πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας Ν.Ιωνίας, ποσού 7500€ για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Αθηνών η ΠΡ11825/12-12-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (ΣΧΕΤΙΚΟ 6). 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 400 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 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 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. Σε κάθε περίπτωση η εταιρία μας έχει συνάψει ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής και επαγγελματικής ευθύνης 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. Σημειώνεται ότι για την ΑΕΠΠ 265/2019 έχει ασκηθεί αίτηση αναστολής στο Διοικητικό Εφετείο Ιωαννίνων από την προσφεύγουσα εταιρία με ορισθείσα δικάσιμο στις 11-42019 και η εκδίκασή της έως σήμερα εκκρεμεί. Επίσης επισημαίνονται τα εξής: Κατά την ειδικότερη βούληση της διακήρυξης, οι ποινές της

εργατικής νομοθεσίας, προκειμένου να αποτελέσουν λόγο αποκλεισμού, υπό την έννοια του αντίστοιχου όρου της διακήρυξης και των άρθρων 68 Ν. 3863/2010 και 73 του Ν. 4412/2016, ο οποίος σημειωτέον με την ΑΕΠΠ 265/2019 έχει κριθεί αμφίσημος, θα πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, ήτοι να έχει αποφανθεί το διοικητικό δικαστήριο τελεσίδικως και δεσμευτικώς επί των ασκηθεισών προσφυγών κατά των συγκεκριμένων διοικητικών κυρώσεων. Ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης δεν έχει προσβληθεί έως σήμερα και ως εκ τούτου είναι απολύτως δεσμευτικώς για όλους (ΣΤΕ 2770/2013). Η εταιρία μας έχει ασκήσει ισάριθμες δικαστικές προσφυγές για όλες τις πράξεις επιβολής κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας που της είχαν επιβληθεί κατά τον κρίσιμο χρόνο και άρα οι αναφερόμενες ποινές δεν είναι τελεσίδικες και αμετάκλητες. Σε κάθε περίπτωση ο λόγος αποκλεισμού που προβλέπει η εν λόγω διάταξη του Ν. 4412/2016 (αντίστοιχο είναι το άρθρο 57 παρ.1-6 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ως «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα», 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 για προσπάθεια απάτης σε άλλες διαγωνιστικές διαδικασίες κ.λπ. (Ε.Α ΣΤΕ 403/2010). Για την εκτίμηση της τέλεσης ή μη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να λάβει υπόψη της οποιοδήποτε πρόσφορο στοιχείο που υποπίπτει στην αντίληψή της, χωρίς να κωλύεται η Αναθέτουσα Αρχή από το γεγονός ότι ο διαγωνισμός έχει φθάσει σε στάδιο κατακύρωσης (ΣΤΕ 1668/2012). Επομένως, δεν απαιτείται απόφαση που έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου για τη διαπίστωση επαγγελματικού παραπτώματος, κατά την έννοια της διάταξης που περιλαμβάνεται στο εν λόγω εδάφιο, στοιχείο δ' (ΑΠΟΦΑΣΗ ΔΕΕ (τρίτο τμήμα) της 13ης Δεκεμβρίου 2012 - υπόθεση C 465/11 - σκέψη 28). Για τη διαπίστωση της ύπαρξης «σοβαρού παραπτώματος» απαιτείται, κατ' αρχήν, να πραγματοποιηθεί συγκεκριμένη εκτίμηση και να εξατομικευθεί η στάση του οικείου οικονομικού φορέα (σκέψη 31 - υπόθεση C 465/11- βλ. ανωτέρω). Μάλιστα έχει κριθεί από το ΔΕΕ (ΑΠΟΦΑΣΗ (πέμπτο τμήμα) της 11ης Δεκεμβρίου 2014 -C- 440/2013 - βλ. σκέψη 28) ότι: «είναι χρήσιμο να διευκρινιστεί ότι οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 45, παράγραφος 2, στοιχεία δ' και ζ', της οδηγίας αυτής, παρέχουν επίσης στις αναθέτουσες αρχές τη δυνατότητα να αποκλείσουν κάθε οικονομικό

φορέα ο οποίος διέπραξε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που αποδεδειγμένως διαπιστώθηκε με οποιοδήποτε μέσο ενδέχεται να διαθέτουν οι αναθέτουσες αρχές ή είναι ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων ή δεν παρέσχε τις αναγκαίες για την ποιοτική επιλογή των προσφορών πληροφορίες, χωρίς να απαιτείται να υπάρχει οριστική καταδικαστική απόφαση του οικονομικού φορέα...». Στην υπό κρίση περίπτωση οι επιβληθείσες διοικητικές κυρώσεις δεν είναι δεσμευτικές και αμετάκλητες, ώστε να δικαιολογούν την απόρριψη της εταιρίας μας αλλά και ενόψει όλων των ανωτέρω αναλυθεισών περιστάσεων δεν είναι τόσο σοβαρές ώστε να θεωρηθεί ότι έχει τελεστεί σοβαρό επαγγελματικό επαγγελματικό παράπτωμα ικανό να οδηγήσει σε απόρριψη της προσφοράς μας, ενώ σε κάθε περίπτωση έχουν ληφθεί επαρκή και πλήρη μέτρα αυτοκάθαρσης για τη μη επανάληψη των συγκεκριμένων περιστατικών».

Επίσης, μετά το υπ' αριθμ. ...Πρακτικό της Γνωμοδοτικής Επιτροπής, με το οποίο ζητήθηκε η εκ μέρους της εταιρίας μας απόδειξη των μέτρων αυτοκάθαρσης η εταιρία μας με το 14-6-2019 έγγραφό της ανέφερε τα ακόλουθα:

«Σε συνέχεια του πρακτικού με αριθμό ...της Επιτροπής επί της Επάρκειας των Ληφθέντων Επανορθωτικών Μέτρων ... Φορέων προς απόδειξη των μέτρων αυτοκάθαρσης που δηλώσαμε, σας αποστέλλουμε με την παρούσα :

-Βεβαίωση του Αρχιεπόπτη ...ο οποίος ελέγχει την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας (συνημμένο 1)

-Βεβαίωση του Αρχιεπόπτη ...ο οποίος ελέγχει την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας (συνημμένο 2)

-Βεβαίωση του Δικηγόρου της εταιρίας για την επίβλεψη του λογιστηρίου και των διοικητικών υπηρεσιών μας για την τήρηση της εργατικής νομοθεσίας (συνημμένο 3)

-Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο Αστικής, Επαγγελματικής και Εργοδοτικής ευθύνης της εταιρίας μας από την ... (συνημμένα 4-5)

-Την απόφαση από το Διοικητικό Εφετείο Ιωαννίνων για την αίτηση αναστολής της προσφεύγουσας εταιρίας κατά της ΑΕΠΠ 265/2019 η οποία απέρριψε την αίτηση της προσφεύγουσας (συνημμένα 6)

-Την σύμβαση με την εταιρία που μας παρέχει Ιατρούς Εργασίας και Τεχνικούς ασφαλείας για όλους τους εργαζόμενους της εταιρίας, σε όλα τα υπό φύλαξη σημεία, ώστε

να είμαστε σύμφωνοι με τις κείμενες διατάξεις της εθνική νομοθεσίας για την υγεία και ασφάλεια των εργαζομένων (συνημμένο 7)

-Δείγμα από τα προγράμματα εργασίας που παραδίδουμε στο προσωπικό μας, ώστε να μπορούμε να διασφαλίσουμε ότι λαμβάνουν σωστά το πρόγραμμά τους και έτσι να αποφεύγονται οι πολλές αλλαγές (συνημμένα 8)

-Φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα όπου προκύπτει ότι είμαστε συνεπείς στις υποχρεώσεις μας (συνημμένα 9-10)»

3. Με την υπ' αριθμ. ... αρνητική σύμφωνη γνώμη της η Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9 ν. 4412/2016 δεν ενέκρινε το σχέδιο απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής υπέρ της αποδοχής των εκ μέρους της εταιρίας μας επικαλούμενων επανορθωτικών μέτρων με αποτέλεσμα τελικώς να εκδοθεί η -ήδη προσβαλλόμενη- απόφαση του Υπ. ..., με την οποία, καθ' υιοθέτηση της ... αρνητικής σύμφωνης γνώμης, αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της εταιρίας μας από τη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Η αρμόδια Γνωμοδοτική επιτροπή, με την υπ' αριθμ. ... αρνητική σύμφωνη γνώμη της, δεν αποδέχτηκε το σχέδιο απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής με την αιτιολογία ότι: «...μελέτησε το σύνολο των τεθέντων σε αυτήν στοιχείων και μετά από διαλογική συζήτηση μεταξύ των μελών της, θεωρεί πως: β) από τα αποδεικτικά στοιχεία που προσκόμισε ο οικονομικός φορέας «...» δεν αποδεικνύεται ότι έχει λάβει επαρκή επανορθωτικά μέτρα προς απόδειξη της αξιοπιστίας του. Ενδεικτικά προσκομίστηκαν δύο (2) βεβαιώσεις άσκησης εποπτικών καθηκόντων για την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας ...και ...και μία (1) βεβαίωση πληρεξούσιου δικηγόρου (χωρίς να συνοδεύεται από το σχετικό πληρεξούσιο) με την οποία βεβαιώνεται η τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας . Κατόπιν των ανωτέρω, η Επιτροπή αποφασίζει ομόφωνα τη μη παροχή σύμφωνης γνώμης επί του υποβληθέντος σχεδίου απόφασης της Διεύθυνσης Προμηθειών, Διαχείρισης Υλικού και Υποδομών του Υπουργείου ... και επί της μη επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων της εταιρίας «...» προς απόδειξη της αξιοπιστίας της».

4. Η συγκεκριμένη, όμως, αιτιολογία δεν είναι σύννομη και πρέπει να ακυρωθεί διότι:

Α. 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 οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους».

Στο άρθρο 73 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: α) γνωρίζει ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή/και β) μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. «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

7. «Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2ν 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 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».

Εξάλλου όπως έχει κριθεί ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού που προβλέπει η εν λόγω διάταξη του Ν. 4412/2016 (αντίστοιχο είναι το άρθρο 57παρ.1-6 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ) 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 για προσπάθεια απάτης σε άλλες διαγωνιστικές διαδικασίες κ.λπ. (Ε.Α ΣτΕ 403/2010). Για την εκτίμηση της τέλεσης ή μη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να λάβει υπόψη της οποιοδήποτε πρόσφορο στοιχείο που υποπίπτει στην αντίληψή της, χωρίς να κωλύεται η Αναθέτουσα Αρχή από το γεγονός ότι ο διαγωνισμός έχει φθάσει σε στάδιο κατακύρωσης (ΣτΕ 1668/2012). Επομένως, δεν απαιτείται απόφαση που έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου για τη διαπίστωση επαγγελματικού παραπτώματος, κατά την έννοια της διάταξης που περιλαμβάνεται στο εν λόγω εδάφιο, στοιχείο δ' (ΑΠΟΦΑΣΗ ΔΕΕ (τρίτο τμήμα) της 13ης Δεκεμβρίου 2012 - υπόθεση C 465/11 - σκέψη 28). Για τη διαπίστωση της ύπαρξης «σοβαρού παραπτώματος» απαιτείται, κατ' αρχήν, να πραγματοποιηθεί συγκεκριμένη εκτίμηση και να εξατομικευθεί η στάση του οικείου οικονομικού φορέα (σκέψη 31 - υπόθεση C 465/11- βλ. ανωτέρω). Μάλιστα έχει κριθεί από το ΔΕΕ (ΑΠΟΦΑΣΗ (πέμπτο τμήμα) της 11ης Δεκεμβρίου 2014 - C- 440/2013 - βλ. σκέψη 28) ότι: «είναι χρήσιμο να διευκρινιστεί ότι οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 45, παράγραφος 2, στοιχεία δ' και ζ', της οδηγίας αυτής, παρέχουν επίσης στις αναθέτουσες αρχές τη δυνατότητα να αποκλείσουν κάθε οικονομικό φορέα ο οποίος διέπραξε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που αποδεδειγμένως διαπιστώθηκε με οποιοδήποτε μέσο ενδέχεται να διαθέτουν οι αναθέτουσες αρχές ή είναι ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων ή δεν παρέσχε τις

αναγκαίες για την ποιοτική επιλογή των προσφορών πληροφορίες, χωρίς να απαιτείται να υπάρχει οριστική καταδικαστική απόφαση του οικονομικού φορέα.».

Οι ανωτέρω διατάξεις που προβλέπουν δυνατότητα αξιολόγησης και μη αποδοχής των μέτρων αυτοκάθαρσης του έχοντος υποπέσει σε παράπτωμα παρέχουν υπερβολικά ευρεία διακριτική ευχέρεια στα αρμόδια όργανα, χωρίς να προκύπτει ποια είναι τα όρια της συγκεκριμένης διακριτικής ευχέρειας και πότε τα επικαλούμενα μέτρα μπορεί να θεωρηθούν επαρκή ή ανεπαρκή. Αντίθετα, από μόνη τη διατύπωση του νόμου «Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής», δεν προκύπτει για ποιους λόγους τα μέτρα αυτά μπορεί να θεωρηθούν ανεπαρκή, ποια δικαιολογητικά απαιτούνται ή έστω να παρέχεται εξουσιοδότηση στον κανονιστικό νομοθέτη προκειμένου να καθορίσει το ειδικότερο περιεχόμενο των απαιτούμενων δικαιολογητικών απόδειξης όσων επικαλείται κάθε εταιρία κ.λπ. Κατ' επέκταση, οι συγκεκριμένες διατάξεις, καθ' ο μέρος παρέχουν τέτοια υπερβολικά ευρεία διακριτική ευχέρεια για την απόρριψη των επικαλούμενων μέτρων αυτοκάθαρσης πρέπει να θεωρηθούν ανίσχυρες και μη εφαρμοστέες (πρβλ σχετικώς ΣτΕ 3038/2008 Ολομ σκέψη 8 και Σ.τ.Ε. (Ολομ) 3316/2014 σκέψη 8) και μέχρι τη διόρθωση των σχετικών διατάξεων τα επικαλούμενα μέτρα αυτοκάθαρσης πρέπει να θεωρούνται ως κατά τεκμήριο επαρκή.

Β) Σε κάθε περίπτωση, εφόσον ήθελε κριθούν ως συνταγματικά ανεκτές οι συγκεκριμένες ρυθμίσεις, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι παντελώς ανατιολόγητη και ελλιπής, διότι:

Στην αιτιολογική σκέψη (101) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ επαναλαμβάνονται όσα και στην αιτιολογική σκέψη (106) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ αναφέρονται. Περαιτέρω, στην αιτιολογική σκέψη (102) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ προβλέπονται τα εξής: «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 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.».

Στην υπό κρίση περίπτωση:

i) Η εταιρία μας παρέθεσε τα ανωτέρω αναφερόμενα μέτρα αυτοκάθαρσης ώστε να δικαιολογήσει και να τεκμηριώσει τη φερεγγυότητά της για την εκτέλεση του εν θέματι έργου, υπό την έννοια ότι οι 6 κυρώσεις της εργατικής νομοθεσίας που της επιβλήθηκαν την τελευταία διετία είναι μεμονωμένες και δεν επηρεάζουν την επαγγελματική καταλληλότητά της για την εκτέλεση του εν θέματι έργου.

ii) Η αρνητική σύμφωνη γνώμη της Γνωμοδοτικής Επιτροπής του άρθρου 73 Ν. 4412/2016 δεν είναι επαρκώς αιτιολογημένη, καθόσον δεν έγινε ad hoc αξιολόγηση των επικαλούμενων μέτρων, παρότι σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ. 7 «Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος». Στην προκειμένη περίπτωση, όσον αφορά την εταιρία μας, έγινε αποσπασματική και γενική - και όχι ειδική- αξιολόγηση των επικαλούμενων επανορθωτικών μέτρων. Μάλιστα, η οικεία Γνωμοδοτική Επιτροπή παραβλέποντας να αξιολογήσει όσα προσκομίσαμε έκρινε, όμως αορίστως και ασαφώς, ως προς την εταιρία μας ότι: «δεν αποδεικνύεται ότι έχει λάβει επαρκή επανορθωτικά μέτρα προς απόδειξη της αξιοπιστίας του. Ενδεικτικά προσκομίστηκε μία (1) βεβαίωση πληρεξούσιου δικηγόρου (χωρίς να συνοδεύεται από το σχετικό πληρεξούσιο) με την οποία βεβαιώνεται η τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας». Ειδικότερα, ουδόλως εξειδικεύεται, εν προκειμένω, σε τι συνίσταται η έλλειψη απόδειξης, ποιο ακριβώς είναι το αποδεικτέο ζήτημα που δήθεν δεν αποδείχθηκε, ενώ ουδόλως γίνεται εκτίμηση των επικαλούμενων μέτρων αυτοκάθαρσης σε σχέση με τη βαρύτητα των επιβληθεισών κυρώσεων, το μέγεθός τους, το μέγεθος της εταιρίας, τις εν

γένει περιστάσεις επιβολής των κυρώσεων, όπως αυτές προκύπτουν από τις κατατεθειμένες προσφυγές μας και την εν γένει σοβαρότητα και επίπτωση του αποδιδόμενου παραπτώματος στη συμπεριφορά και τη φερεγγυότητα της εταιρίας μας για να εκτελέσει το εν θέματι έργο. Συγκεκριμένα, όπως αναλυτικώς έχει εκτεθεί προς την Αναθέτουσα αρχή, η εταιρία μας, μετά την επιβολή των επίμαχων διοικητικών κυρώσεων, έλαβε σταδιακά μια σειρά οργανωτικών μέτρων για τη διασφάλιση της τήρησης της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, προσπαθώντας να συντονίσει λογιστήριο, επόπτες, έργων και τη νομική υπηρεσία της. Από το περιεχόμενο των διοικητικών κυρώσεων και των αντιστοίχων προσφυγών που προσκομίσαμε προκύπτει ότι σε όλες τις περιπτώσεις τα πρόστιμα αφορούσαν μεμονωμένες περιπτώσεις 1-2 εργαζομένων κάθε φορά επί συνόλου 300-400 εργαζομένων που συνολικώς απασχολούμε για τους οποίους έγινε τελευταία στιγμή αλλαγή προγράμματος και δεν έγινε έγκαιρη καταχώρησή τους κ.λπ. Τα μέτρα που ελήφθησαν από την εταιρία μας επέτυχαν να ελαχιστοποιήσουν τα σφάλματα αυτά, διότι προδήλως όσα έγιναν δεν έγιναν εσκεμμένα από την εταιρία μας, ούτε μαρτυρούν οι συγκεκριμένες διαπιστωθείσες περιστάσεις ροπή της εταιρίας μας σε μη τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, εφόσον η εταιρία μας ελέγχεται σταθερά και κατά περιόδους ιδιαίτερα συχνά από όλους τους ελεγκτικούς μηχανισμούς. Προς απόδειξη τούτου, ουδέν άλλο πρόστιμο της εργατικής νομοθεσίας μας επιβλήθηκε τους τελευταίους 9 μήνες. Τα παραπάνω δεδομένα, ήτοι η έκταση της παραβατικότητας, το μέγεθος της επιχείρησης κ.λπ. ουδόλως εκτιμήθηκαν αιτιολογημένα με βάση την αρχή της αναλογικότητας στην προκειμένη περίπτωση, με αποτέλεσμα η κρίση περί μη επάρκειας των επικαλούμενων μέτρων να είναι ανεπαρκής, όχι εξειδικευμένη και άρα όλως εσφαλμένη και αναιτιολόγητη.

iii) Τα επικαλούμενα από την εταιρία μας μέτρα έπρεπε να εξεταστούν από την αρμόδια Γνωμοδοτική Επιτροπή σε συνάρτηση με τις επιβληθείσες κυρώσεις και όχι αποσπασματικά επί τη βάσει γενικών πιθανολογήσεων περί εν γένει παραβατικότητας της εταιρίας μας και δήθεν σοβαρότητας των συγκεκριμένων παραβάσεων καθ'αυτών. Συγκεκριμένα, όπως είναι ευχερώς διαπιστώσιμο από τις επιβληθείσες στην εταιρία μας κυρώσεις της εργατικής νομοθεσίας και από την επισκόπηση των αντίστοιχων προσφυγών που ασκήθηκαν, όλες οι κυρώσεις αφορούν μη τήρηση του προγράμματος εργασίας από τους ανά φύλαξη εργαζομένους της εταιρίας μας. Η διαπίστωση των παραβάσεων αφορά

φυλάξεις της εταιρίας μας σε Χίο, Λάρισα, Αθήνα, ενώ η έδρα της εταιρίας μας είναι στη Με βάση τα δεδομένα αυτά είναι ευχερώς αντιληπτό ότι όλες οι διαπιστωθείσες παραβάσεις οφείλονταν σε κακή επόπτευση της λειτουργίας της εταιρίας μας και όχι σε πρόθεση καταστρατήγησης της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, στο μέτρο που απασχολούμε ετησίως 400 εργαζομένους κατά μέσο όρο, χωρίς να διαπιστωθεί ουδέν άλλο παράπτωμα παρά τους συνεχείς και αδιάκοπους ελέγχους που υφίστανται όλες οι επιχειρήσεις φύλαξης, Σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας και την κοινή λογική, το πρόβλημα της εταιρίας μας ήταν η κακή οργάνωση και επόπτευση. Εξ αυτού του λόγου, η εταιρία μας έλαβε σειρά οργανωτικών μέτρων, τα οποία περιέγραψε, ώστε να συνεργάζεται καλύτερα το προσωπικό της εταιρίας μας, καθιερώνοντας 24ωρη επόπτευση των έργων και του προσωπικού με επόπτες, οι ανέλαβαν το συγκεκριμένο καθήκον με ταυτόχρονη συνεργασία λογιστηρίου και δικηγόρου, ο οποίος λόγω της φύσης της εργασίας, είναι διαρκώς σε ετοιμότητα και μπορεί ανά πάσα στιγμή να επιλύσει ζητήματα και απορίες ως προς τον τρόπο ενδεδειγμένου και ορθής τήρησης της εργατικής νομοθεσίας. Προς τούτο, άλλωστε, χορήγησε ο ίδιος τη σχετική βεβαίωσή του, προκειμένου ο ίδιος να βεβαιώσει την απασχόλησή του. Είναι προφανές ότι η σχετική βεβαίωση δεν χρειαζόταν να συνοδεύεται από πληρεξούσιο έγγραφο της εταιρίας προς τον δικηγόρο της, καθόσον η πληρεξουσιότητα του δικηγόρου τεκμαίρεται ότι υφίσταται, άνευ τηρήσεως εγγράφου τύπου, μπορεί δε να είναι προφορική. Η σχέση, άλλωστε, του δικηγόρου που βεβαίωσε τα ανωτέρω, με την εταιρία μας ουδόλως αμφισβητείται καθόσον ο ίδιος μισθοδοτείται από την εταιρία μας βάσει τιμολογίου παροχής υπηρεσιών το οποίο εκδίδει. Τα παραπάνω περιγραφόμενα μέτρα ήταν κατάλληλα για την επίτευξη του σκοπού της μη επιβολής εκ νέου κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας, πράγμα το οποίο επιβεβαιώνεται εκ του ότι το τελευταίο έτος ουδεμία κύρωση μας έχει επιβληθεί εκ νέου. Η Γνωμοδοτική Επιτροπή εστιάζει την προσοχή της στην δήθεν έλλειψη απόδειξης των ληφθέντων μέτρων, αγνοώντας τα περιγραφόμενα μέτρα αυτά καθαυτά, τη βεβαίωση του δικηγόρου μας, τα λεγόμενα της εκπροσώπου της εταιρίας και το είδος των κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας για τις οποίες η εταιρία μας κατέστη υπόλογη. Η ανάθεση καθηκόντων σε επόπτες, η τεταμένη προσοχή του προσωπικού της, η 24ωρη επαγρύπνηση στελεχών της εταιρίας μας, του λογιστηρίου της και του δικηγόρου της που είναι αρμόδιος για θέματα της εργατικής νομοθεσίας, εκ της φύσεως τους δεν χρήζουν περαιτέρω απόδειξης. Σε κάθε

περίπτωση, είναι επαληθεύσιμη η τήρηση των μέτρων εκ του λόγου ότι δεν επιβλήθηκε στην εταιρία μας καμία νεότερη κύρωση μετά τον Δεκέμβριο του 2018. Επισημαίνεται ότι, κατά το ίδιο χρονικό διάστημα, σε αντίστοιχη περίπτωση άλλης εταιρίας στα πλαίσια του ίδιου διαγωνισμού του Υπουργείου ..., η ίδια Γνωμοδοτική Επιτροπή αξιολόγησης των επικαλούμενων επανορθωτικών μέτρων παρέιχε θετική σύμφωνη γνώμη, θεωρώντας ως επαρκή παρόμοιου περιεχόμενου επανορθωτικά μέτρα που επικαλέστηκε εταιρία φύλαξης, με αντίστοιχο αριθμό παραβάσεων. Ειδικότερα, η εν λόγω εταιρία ...επικαλέστηκε τη σύσταση εντός της εταιρίας «Διεύθυνσης Τροποποίησης Συμβάσεων» και παροχή εσωτερικής εκπαίδευσης για την αποφυγή των σφαλμάτων που προκάλεσαν την επιβολή σε αυτήν των κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας. Είναι προφανές ότι τα επικαλούμενα επανορθωτικά μέτρα που έγιναν αποδεκτά είναι ίδιας φύσης και περιεχομένου με τα αντίστοιχα μέτρα που επικαλέστηκε στον προκείμενο διαγωνισμό η εταιρία μας, καθόσον κύριος σκοπός όλων αυτών των ενεργειών είναι η καλύτερη επόπτευση και λειτουργία της κάθε εταιρίας που απασχολεί τέτοιο αριθμό προσωπικού και έχει φυλάξεις σε όλη την Ελλάδα. Η εταιρία μας έλαβε αντίστοιχου επιπέδου και καταλληλότητας μέτρα με τον ίδιο σκοπό, δηλ. την αρτιότερη οργάνωσή της, επιτυγχάνοντας μάλιστα απολύτως τον σκοπό της, εφόσον δεν της επιβλήθηκε κανένα πρόστιμο μετά τον Δεκέμβριο του 2018, δηλ. επί 1 σχεδόν έτος. Σύμφωνα, λοιπόν, με την αρχή της αναλογικότητας και της ισότητας, δεν δικαιολογείται η διαφορετική μεταχείριση της εταιρίας ...σε σχέση με τη δική μας, εφόσον, παρότι λάβαμε ίδιου επιπέδου και αντιστοιχίας μέτρα, εντούτοις τα μέτρα που έλαβε η εταιρία μας δεν κρίθηκαν επαρκή για να τεκμηριώσουν την αξιοπιστία της εταιρίας μας. Άλλωστε, η Γνωμοδοτική Επιτροπή ουδόλως αιτιολογεί με ποιον τρόπο πλήττεται η αξιοπιστία της εταιρίας μας παρά τη λήψη όλων των ανωτέρω μέτρων που έχουν αναλυτικώς περιγραφεί και τεκμηριωθεί. Ειδικότερα, ουδεμία κρίση διατυπώνεται στο πώς και το γιατί η εταιρία μας δεν είναι αξιόπιστη για να εκτελέσει το συγκεκριμένο μικρού προϋπολογισμού έργο φύλαξης, λόγω του συγκεκριμένου είδους επαγγελματικού παραπτώματος στο οποίο έχει υποπέσει και πώς αυτό επηρεάζει παρά τα ληφθέντα μέτρα την αξιοπιστία και φερεγγυότητα της εταιρίας μας, ενόψει της συμμετοχής μας στο συγκεκριμένο έργο. Συνεπώς, τόσο η Γνωμοδοτική Επιτροπή που δεν παρέιχε τη σύμφωνη γνώμη της επί του σχεδίου απόφασης αποδοχής, στο μέτρο που αρκέστηκε σε γενικόλογες και αυθαίρετες κρίσεις ως προς τα ληφθέντα μέτρα, αγνοώντας μάλιστα τη διαφορετική

κρίση της επί ιδίων μάλιστα περιπτώσεων, έσφαλε και επομένως τόσο η αρνητική σύμφωνη γνώμη όσο και η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής που την υιοθέτησε στη συνέχεια πιθανολογούνται ως πλημμελώς αιτιολογημένες και είναι ακυρωτέες.

Γ) Σε κάθε περίπτωση, η διάταξη του άρθρου 68 παρ.2 περ. γ' του Ν. 3863/2010, η οποία μετατρέπει αδιακρίτως ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα την επιβολή 3 κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται ως υψηλής ή πολύ υψηλότητας την τελευταία 3ετία, χωρίς άλλη διαβάθμιση ανάλογα με το μέγεθος της επιχείρησης, τον αριθμό των απασχολούμενων εργαζομένων κ.λπ., με αποτέλεσμα η εφαρμογή της, ως ανωτέρω, να καταλήξει σε αποκλεισμό της εταιρίας μας, παρά τα επικαλούμενα μέτρα αυτοκάθαρσης που ελήφθησαν, αντίκειται στις εξής θεμελιώδεις συνταγματικές αρχές:

i. Παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας: Η συγκεκριμένη ρύθμιση, εφαρμοζόμενη χωρίς έστω να συνδυάζεται με το άρθρο 73 παρ. 2 Ν. 4412/2016, δυνάμει του οποίου απαιτείται τελεσιδικία και δεσμευτική ισχύς των επιβληθεισών κυρώσεων, περιορίζει υπέρμετρα τη δραστηριότητα μίας επιχείρησης φύλαξης (όπως η δική μας) εις βάρος της οποίας έχουν επιβληθεί 3 πράξεις επιβολής προστίμων «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας. Ειδικότερα, η ρύθμιση αυτή πρακτικώς συνεπάγεται την κατ' ουσίαν παύση λειτουργίας της επιχείρησής μας για χρονικό διάστημα μέχρι και δύο ετών, εφόσον δεν θα μπορεί να συμμετέχει σε διαγωνισμούς του Δημοσίου, δεδομένου ότι, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011, η πλειοψηφία των παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας, ακόμη και αυτές που μπορεί να επισύρουν πρόστιμο 1000- 1.500 ευρώ, χαρακτηρίζονται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας. Μάλιστα, ο λόγος αυτός αποκλεισμού επέρχεται εκ του νόμου (και εκ του ταυτόσημου περιεχομένου όρου της εν προκειμένω εφαρμοστέας διακήρυξης του Υπ. ...) αδιακρίτως, ήτοι χωρίς να λαμβάνεται υπόψη ο αριθμός του απασχολούμενου προσωπικού της επιχείρησης, η διακινδύνευσή της με βάση τον αριθμό έργων που εκτελεί, η υπαιτιότητά της για την επιβολή των κυρώσεων, η οικονομική θέση της κ.λπ. και χωρίς να προβλέπεται ουδείς τρόπος άρσης του αποκλεισμού, πέραν από την επίκληση επανορθωτικών μέτρων για τα οποία όμως ουδεμία διάκριση ή εξειδίκευση δεν υφίσταται στις σχετικές διατάξεις με αποτέλεσμα κατά την αξιολόγησή τους να υφίσταται υπερβολικά ευρεία διακριτική ευχέρεια των αρμοδίων οργάνων, όπως ανωτέρω εξηγήθηκε. Έτσι, όμως, κατ' ουσίαν καθίσταται όμοια η μεταχείριση μίας εταιρίας που υποπίπτει σε παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που

χαρακτηρίζονται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, διαθέτοντας προσωπικό 30 ατόμων και εκτελώντας 2 έργα και μίας εταιρίας που διαθέτει προσωπικό 400 ατόμων, όπως η δική μας, η οποία εκτελεί 50 έργα σε 50 διαφορετικούς χώρους. Επομένως, η μεταχείριση των εταιριών του κλάδου μας, κατ' αυτόν τον τρόπο, αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας. Ειδικότερα, ο σκοπός της αποτροπής της παραβίασης της εργατικής νομοθεσίας, πράγματι, επιτυγχάνεται με πλείστους τρόπους, όπως η επιβολή υψηλού ποσού διοικητικών κυρώσεων, από διαρκείς ελέγχους τους οποίους υφιστάμεθα καθημερινώς κ.λπ. Επομένως, δεν φαίνεται αναγκαίος και πρόσφορος ο αποκλεισμός της εταιρίας μας για διάστημα μέχρι 2 ετών από τη σύναψη συμβάσεων του Δημοσίου, εφόσον η συνέπεια αυτή πλήττει υπέρμετρα και δυσανάλογα την οικονομική ελευθερία και την επιχειρηματική δραστηριότητα της εταιρίας μας, χωρίς έστω οι συγκεκριμένες κυρώσεις να είναι «τελεσίδικες» και «αμετάκλητες», όπως ρυθμίζει το άρθρο 73 του Ν. 4412/2016 για τις λοιπές περιπτώσεις εταιριών, πλην αυτών που δραστηριοποιούνται στον τομέα της φύλαξης και της καθαριότητας, ενώ και η διακήρυξη δεν απαγορεύει ρητώς τη συγκεκριμένη ερμηνεία. Έτσι, η εκδοχή ότι αρκεί μόνον η έκδοση των πράξεων της εργατικής νομοθεσίας για παραβάσεις που χαρακτηρίζονται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας για να συντρέξει ο λόγος υποχρεωτικού αποκλεισμού συνεπάγεται σφόδρα δυσανάλογες συνέπειες σε βάρος της εταιρίας μας, στο μέτρο που δεν προβλέπεται άλλος δικαστικός ή διοικητικός μηχανισμός ελέγχου των επιβληθεισών διοικητικών κυρώσεων, εφόσον η επιβολή τους, στηριζόμενη στην επιτόπια κρίση του ελέγχου, πολλές φορές ακυρώνεται μετά την προσκόμιση των αναγκαίων αποδεικτικών στοιχείων που δεν έλαβε εγκαίρως υπόψη του ο έλεγχος.

ii. Παραβίαση της αρχής της ισότητας: Επιπλέον, με την ίδια διάταξη παραβιάζεται η αρχή της ισότητας μεταξύ των επιχειρήσεων, δεδομένου ότι για εταιρίες άλλων κλάδων ο λόγος αποκλεισμού προϋποθέτει την «αμετάκλητη και δεσμευτική ισχύ» των επιβληθεισών κυρώσεων μετά την έκδοση σχετικής δικαστικής απόφασης και μόνον για τις εταιρίες καθαριότητας και φύλαξης προβλέπεται αυστηρότερη, ανεπιεικής και δυσανάλογη μεταχείριση που οδηγεί κατ' ουσίαν σε επί μακρῶ σφράγιση των επιχειρήσεων αυτών, χωρίς να μεσολαβεί καν η αναγκαία δικαστική κρίση, προκειμένου να αποφανθεί για την ορθότητα ή μη της επιβληθείσας κύρωσης. Η πρόωρη αυτή «εφαρμογή» των διοικητικών κυρώσεων, ειδικώς για τις εταιρίες φύλαξης και καθαριότητας, σε αντίθεση με τις λοιπές

εταιρίες όπου απαιτείται έκδοση δικαστικής απόφασης με αμετάκλητη και δεσμευτική ισχύ, δεν προκύπτει πώς διασφαλίζει το δημόσιο συμφέρον, από τη στιγμή που τέτοιες κυρώσεις είναι αρκετά συχνό φαινόμενο να ακυρώνονται από τον διοικητικό δικαστή σε αρκετά μεταγενέστερο χρόνο, έχοντας όμως ήδη προκαλέσει σοβαρή βλάβη σε όσους επιβλήθηκαν. Οποιαδήποτε άλλη εκδοχή δημιουργεί λίαν ανεπιεικείς και δυσανάλογες καταστάσεις που πρωτίστως πλήττουν το δημόσιο συμφέρον, με την έννοια ότι θίγεται η ανάπτυξη της επιχειρηματικής δραστηριότητας και μειώνεται ο ανταγωνισμός, εφόσον οι εταιρίες του κλάδου μας αποκλείονται διαδοχικώς και για υπέρμετρο χρονικό διάστημα από τη συμμετοχή τους σε δημόσιους διαγωνισμούς.». Επισημαίνεται, ότι η από 2.10.2019 διευκρίνιση της προσφεύγουσας επί της από 2.10.2019 προσφυγής δεν λαμβάνεται υπόψη καθόσον δεν προβλέπεται στο οικείο κανονιστικό πλαίσιο.

7. Επειδή, η παρεμβαίνουσα αντιστοίχως αναφέρει τα εξής «Στην παρ. 7 του άρθρου 73 ν. 4412/2016 ορίζεται: οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μία από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίσει 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 Για το σκοπό αυτό ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευτεί 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 συντονιστικές αρχές και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα στο επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων από παράπτωμά των. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και την ιδιαιτερότητά και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος.

Στην αιτιολογική σύνοψη 102 της οδηγίας 2014/24/E7 ορίζεται: 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 δε θα πρέπει πλέον να αποκλείεται για αυτούς του λόγους και μόνον.... "

Από τις ως άνω παρατιθέμενες διατάξεις συνάγεται ότι ο οικονομικός φορέας οφείλει να αποδείξει ότι έχει υιοθετήσει ένα αποτελεσματικό σύστημα συμμόρφωσης (compliance system) το οποίο περιλαμβάνει τα εξής μέτρα:

πρώτον, να διευκρινίσει με πληρότητα τα γεγονότα και τις περιστάσεις καθώς και την ευθύνη όλων των εμπλεκόμενων προσώπων, μέσω ενεργούς συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές (ορίζοντας ενδεχομένως, εξωτερικούς ελεγκτές ή/και την αναθέτουσα αρχή)' δεύτερον, να αποκαταστήσει την τυχόν προκληθείσα οικονομική ζημία ή να αναγνωρίσει, με δεσμευτικό τρόπο, την ζημία αυτή και το ύψος της' τρίτον, να λάβει δομικά και οργανωτικά μέτρα προκειμένου να αποτρέψει σοβαρές παραβιάσεις στο μέλλον, (όπως λ.χ. εκπαίδευση προσωπικού σε θέματα ποινικού δικαίου, δικαίου του ανταγωνισμού και των δημοσίων συμβάσεων, καθορισμός δεσμευτικών εσωτερικών οδηγιών, σύστημα διπλών ελέγχων, κυκλικές μετακινήσεις προσωπικού, ορισμός εξωτερικών εποπτών, χωρισμός διοικητικού και επιχειρησιακού τμήματος της επιχείρησης σε διαφορετικές νομικές προσωπικότητες)' και τέταρτον, να λάβει μέτρα σε επίπεδο προσωπικού (όπως λ.χ. να απομακρύνει μετόχους, διευθυντικά στελέχη ή προσωπικό που εμπλέκονται στην παράβαση).

Το βάρος απόδειξης ότι έχουν ληφθεί τα μέτρα αυτά, καθώς και της προσκόμισης των στοιχείων που τα αποδεικνύουν φέρει ο οικονομικός φορέας. Η εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής εξαρτάται από τα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά κάθε υπόθεσης, με βάση αφενός τη σοβαρότητα, την επανάληψη και τις συνέπειες της παράβασης, και αφετέρου την επάρκεια των μέτρων που εφάρμοσε ο οικονομικός φορέας.

Από τα ανωτέρω εκτεθέντα είναι προφανές ότι για το σκοπό αυτό ο οικονομικός φορέας πρέπει να αποδείξει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευτεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημιές που προκλήθηκαν από το παράπτωμα ή το ποινικό αδίκημα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο μέσω ενεργούς συνεργασίας με τις βεβαιωτικές αρχές όπως και ότι έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και

οργανωτικά μέτρα σε επίπεδο προσωπικού για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων. Από τη συστηματική και τελολογική ερμηνεία της ερμηνευόμενης διάταξης και όσων αναφέρονται στην ως άνω αιτιολογική σκέψη (102) της Οδηγίας συνάγεται ότι η απαρίθμηση είναι σωρευτική παρά το γεγονός ότι κατά το γράμμα της διάταξης δεν υπάρχει ο παρατακτικός σύνδεσμος και ανάμεσα στην πρώτη και δεύτερη υποχρέωση που προβλέπεται για τον οικονομικό φορέα (Δημόσιες Συμβάσεις, Ράικος, άρθρ. 73, περ. 111).

Στα πλαίσια των ως άνω επιταγών του νόμου, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθμ. πρωτ. ...έγγραφο της προς τις εταιρίες ...και την προσφεύγουσα με θέμα παροχή διευκρινίσεων και στοιχείων ..." εζήτησε από αυτές, μεταξύ των άλλων, τα εξής:

(Επιπλέον παρακαλείσθε, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην παρ. 7 του αρ. 73 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει να αποδείξετε ότι έχετε λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης, ότι έχετε καταβάλει ή έχετε δεσμευτεί να καταβάλετε αποζημίωση για τυχόν ζημίες που προκλήθηκαν από τα παραπτώματα, ότι έχετε διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, σε συνεργασία με λογιστή και έχετε λάβει συγκεκριμένα τεχνικά, επανορθωτικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού σε συνεργασία με επόπτες κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων προκειμένου αυτά να εκτιμηθούν.

Να μας γνωρίσετε αν έχετε λάβει μέτρα για τα εν λόγω παραπτώματα και εάν συντρέχει κάποια ιδιαίτερη περίπτωση σε σχέση με την επιβολή τους, αναφέροντας αναλυτικά τα μέτρα τα οποία λάβατε προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας σας.

Η εταιρεία ...καλείται να μας γνωρίσει επιπλέον εάν μετά την έκδοση της αρ. 265/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ, η προσφεύγουσα εταιρία υπέβαλλε σχετικά αίτηση αναστολής στο Διοικητικό Εφετείο Αθηνών και αν εκκρεμεί ή όχι σχετική απόφαση επ' αυτής."

Στην προκειμένη περίπτωση δεν προκύπτει ότι η προσφεύγουσα έλαβε τα ανωτέρω εκτεθέντα μέτρα, ούτε τα επικαλέστηκε με τους διαλαμβανόμενους στις έγγραφες εξηγήσεις της ισχυρισμούς της και ούτε απέδειξε με τα έγγραφα που προσκόμισε (βεβαιώσεις συνεργατών της) ότι έλαβε μέτρα αυτοκάθαρσης, όπως ζητήθηκαν με το ανωτέρω

έγγραφο, ώστε να αξιολογηθούν από την επιτροπή σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του επαγγελματικού παραπτώματος (παραβιάσεις εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας), ούτως ώστε να κρίνει τον μη αποκλεισμό τους από τον διαγωνισμό, παρόλο που βρίσκεται σε κατάσταση αποκλεισμού.

Σημειωτέον δε όπως προκύπτει από τις πράξεις επιβολής προστίμου που η προσφεύγουσα αναφέρει στην υπό κρίση προσφυγή της, με τις πράξεις αυτές έχουν επιβληθεί ιδιαίτερος υψηλά πρόστιμα (25.000 € με την 375702/18 πράξη, 15.000 € με την 447726/18 πράξη), στοιχείο που δείχνει τη σοβαρότητα των παραβάσεων και την ζημία που προκλήθηκε σε τρίτους (εργαζόμενους). Δηλαδή, πρόκειται για παραπτώματα από τα οποία προέκυψαν ουσιαστικά οφέλη στην προσφεύγουσα με την μη υποβολή τροποποιητικών πινάκων απασχόλησης των εργαζομένων αφού αν υπέβαλε τους πίνακες αυτούς θα επιβαρυνόταν οικονομικά με την καταβολή επιπλέον εισφορών και αποδοχών. Στις περιπτώσεις αυτές των σοβαρών παραπτωμάτων ως μέτρα αυτοκάθαρσης θεωρούνται και οι κατάλληλες αναμειγξείς εξωτερικών παρατηρητών της λειτουργίας της, στοιχείο που δεν υπάρχει ούτε επικαλείται. Εφ' όσον λοιπόν η προσφεύγουσα δεν επικαλέσθηκε ούτε απέδειξε:

- ότι κατέβαλε ή ότι δεσμεύθηκε να καταβάλει αποζημίωση για τις ζημίες που προκλήθηκαν από τα παραπτώματά της
- ότι διερεύνησε τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο και συνεργασία με τις αρμόδιες αρχές
- ότι έλαβε όντως, τα κατάλληλα οργανωτικά και τεχνικά μέτρα για την αποτροπή επανάληψής τους στο μέλλον.

Από το περιεχόμενο των εξηγήσεων που υπέβαλε συνάγεται ευχερώς ότι δεν απέδειξε όσα της ζητήθηκαν με το ανωτέρω έγγραφο παροχής διευκρινίσεων, οπότε ορθώς και δικαιολογημένα η αναθέτουσα αρχή δέχτηκε ότι δεν αποδείχθηκε ότι η προσφεύγουσα έχει λάβει τα προβλεπόμενα στο νόμο, επανορθωτικά μέτρα για την απόδειξη της αξιοπιστίας της.

Ούτω η κρίση της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας ότι τα μέτρα που ισχυρίζεται ότι έλαβε η προσφεύγουσα δεν είναι επαρκή εκφέρεται μετά από την ουσιαστική

αξιολόγηση των στοιχείων που προσκόμισε η προσφεύγουσα και είναι αρκούντως αιτιολογημένη.

Συνεπώς για τους λόγους που ανωτέρω εκτίθενται παραδεκτώς η ημετέρα εταιρεία παρεμβαίνει για την διατήρηση του κύρους της προσβαλλόμενης ως άνω αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής και η ασκηθείσα προσφυγή πρέπει να απορριφθεί για τους λόγους που ανωτέρω εκτίθενται.».

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις αναφέροντας το σύνολο των ενεργειών που έλαβαν χώρα στα πλαίσια της διαγωνιστικής διαδικασίας εν τοις πράγμασι υπονοεί ότι δεν μπορούσε να αποστεί από την αρνητική σύμφωνη γνώμη της αρμόδιας Επιτροπής του αρ. 73 του Ν. 44/2016 επί των επανορθωτικών μέτρων.

9. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, και των αναφερθέντων στο ιστορικό της με αριθμό 131... απόφασης της ΑΕΠΠ κρίνονται τα ακόλουθα :

10. Επειδή, η αιτιολογική έκθεση της Οδηγίας της Ε.Ε. 24/2014 αναφέρει σχετικά με τα επανορθωτικά μέτρα : «Θα πρέπει, ωστόσο, να επιτρέπεται στους οικονομικούς φορείς να υιοθετούν μέτρα συμμόρφωσης με στόχο την άρση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή 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 ειδικότερα να έχουν την ελευθερία να αποφασίζουν αν επιθυμούν να επιτρέπουν στις επιμέρους αναθέτουσες αρχές να προβαίνουν οι ίδιες στις σχετικές αξιολογήσεις ή να αναθέτουν το καθήκον αυτό σε άλλες αρχές, σε κεντρικό ή μη επίπεδο». Αντιστοίχως, το άρθρο 57 της Οδηγίας αναφέρει

στις παρ. 6 και επόμενες τα εξής «Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας αντιμετωπίζει μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία από τα οποία να τεκμαίρεται ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία προμήθειας .ELL 94/128 Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης 28.3.2014 Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν 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. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες προμήθειας ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας παραγράφου κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση. 7. Τα κράτη μέλη καθορίζουν τους όρους εφαρμογής του παρόντος άρθρου, βάσει νομοθετικών, κανονιστικών ή διοικητικών διατάξεων και τηρουμένου του ενωσιακού δικαίου. Καθορίζουν, ιδίως, τη μέγιστη περίοδο αποκλεισμού σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας δεν λάβει μέτρα για να αποδείξει την αξιοπιστία του, όπως αυτά ορίζονται στην παράγραφο 6. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί από τελεσίδικη απόφαση, η περίοδος αυτή δεν υπερβαίνει τα πέντε έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με τελεσίδικη απόφαση στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην πρώτη παράγραφο και τρία έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 6».

11. Επειδή, το άρθρο 73 του Ν. 4412/2016 αναφέρει σχετικά στις παρ. 7-9 τα κάτωθι : «7. «Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να

αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού.

Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν 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.

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».

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

13. Επειδή, στη διακήρυξη του επίδικου διαγωνισμού, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο αυτού δεσμεύοντας τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους (βλ. Ε.Α. 523/2010, 16/2011), προβλέπονται ως αυτοτελείς λόγοι αποκλεισμού, μεταξύ άλλων α) η αθέτηση εκ μέρους του υποψήφιου οικονομικού φορέα των υποχρεώσεων που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016, μεταξύ των οποίων και αυτών της εργατικής νομοθεσίας και β) η διάπραξη σοβαρού

επαγγελματικού παραπτώματος, το οποίο θέτει «εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του», ως τέτοιο δε παράπτωμα νοείται, πλην άλλων, για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, και η αναφερόμενη στην περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 Ν. 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 (σελ. 14 διακήρυξης). Εξάλλου, όπως προεκτέθηκε, η διακήρυξη ενέταξε στο σύστημα κανόνων, που διέπουν τον επίδικο διαγωνισμό, το ν. 3863/2010 και, ιδίως, το άρθρο 68 αυτού (βλ. όρους 21 και 29 των «Έχοντας υπόψη»), το οποίο περιέχει ειδική πρόβλεψη ως προς το ζήτημα του αποκλεισμού των υποψήφιων αναδόχων για τις δημόσιες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης. Περαιτέρω, σύμφωνα με την σχετική επισήμανση της σελ. 15 της διακήρυξης (βλ. και άρθρα 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016) ο ανωτέρω λόγος αποκλεισμού υποψηφίου δεν είναι αυτόματος, αλλά δύναται να αρθεί, εφόσον αυτός προσκομίσει στοιχεία από τα οποία προκύπτει ότι έλαβε επαρκή επανορθωτικά μέτρα τα οποία τεκμηριώνουν την αξιοπιστία του (βλ. ΔεφΑθ 382/2019).

14. Επειδή, αναφορικά με τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας που άπτονται της συνταγματικότητας των σχετικών διατάξεων της διακήρυξης, οι οποίες ερείδονται καταρχήν στο νόμο και οι οποίες, κατά την κρίση της προσφεύγουσας, αντίκεινται σε θεμελιώδεις συνταγματικές αρχές ως η αρχή της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης, δέον ειπείν ότι εκφεύγει της αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ ο αιτούμενος από την προσφεύγουσα έλεγχος, καθώς ως διοικητική αρχή βάσει, άλλωστε, και ρητής νομοθετικής πρόβλεψης υποχρεούται να απόσχει από τη διενέργεια παρεμπόπτοντος ελέγχου. Εξάλλου, με βάση την πάγια νομολογία, ο παρεμπόπτων έλεγχος ανήκει (βλ. και αρ. 87 παρ. 2 και 93 παρ. 4 Σ) στη δικαστική εξουσία. Ειδικότερα, ο παρεμπόπτων έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων επιφυλάσσεται από το Σύνταγμα υπέρ της δικαστικής εξουσίας μονομερώς (βλ. αρ. 87 παρ. 2 και 93 παρ. 4 Σ), ενώ η Διοίκηση στα πλαίσια της αρχής της νομιμότητας οφείλει να τηρεί απαρέγκλιτα το οικείο νομοθετικό και κανονιστικό καθεστώς. Περαιτέρω, έχει κριθεί ότι οι αρχές της χρηστής διοίκησης και της αποτελεσματικής δικαστικής

προστασίας δεν επιτάσσουν την αποχή της διοίκησης από την εφαρμογή διατάξεων νόμου, ακόμη και στην περίπτωση που η συμβατότητά τους προς το ενωσιακό δίκαιο ή το Σύνταγμα έχει αμφισβητηθεί δικαστικά, απόκειται, δε, στα αρμόδια δικαστήρια να αναστείλουν την εκτέλεση των σχετικών διοικητικών πράξεων ή, αν εκκρεμεί στο ΣΤΕ η επίλυση του ζητήματος στα πλαίσια πρότυπης δίκης, να αναστείλουν την εκδίκαση των υποθέσεων στις οποίες ανακύπτει το ίδιο ζήτημα (Δ. Εφ. Αθηνών 113/2018 επί αιτ. αναστ.).

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

16. Επειδή, με την, δε, υπ' αριθμ. 54/2018 απόφαση της ΕΑ ΣΤΕ έχει κριθεί ότι «...Σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις των παραγράφων 2 και 3 του άρθρου 367 του Ν 4412/2016 (και τις αντίστοιχες διατάξεις των παραγράφων 4 και 5 του άρθρου 18 του ΠΔ 39/2017), σε περίπτωση αποδοχής της προδικαστικής προσφυγής, η ΑΕΠΠ ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής ή την επίδικη παράλειψή της και αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία να προβεί στην οφειλόμενη ενέργεια, συμμορφούμενη προς την απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία δεν έχει εξουσία ούτε να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη ούτε να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής. Επομένως, σε περίπτωση, όπως η παρούσα, στην οποία η ΑΕΠΠ ακυρώνει την παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να συμπεριλάβει στη διακήρυξη του διαγωνισμού συγκεκριμένο όρο σχετικά με τις προϋποθέσεις επιλογής του προμηθευτή, η ΑΕΠΠ δεν μπορεί να προσθέσει τον όρο στη διακήρυξη ή να θεωρήσει τον όρο αυτό αναδρομικώς γεγραμμένο και συμπεριληφθέντα στη διακήρυξη και, περαιτέρω, να διατάξει την εξακολούθηση της διαγωνιστικής διαδικασίας με βάση το ούτως αναμορφωθέν κατά την διάρκεια της εν λόγω διαδικασίας κανονιστικό πλαίσιο της διενέργειάς της. Τούτο ισχύει ακόμα και όταν πρόκειται για επαναδιακήρυξη διαγωνισμού και ο επίμαχος όρος περιλαμβανόταν στην αρχική διακήρυξη, η οποία, όμως, ακυρώθηκε από την ΑΕΠΠ, ως προς το αντίστοιχο σκέλος της, με συνέπεια η αναθέτουσα αρχή, συμμορφούμενη προς την πράξη της ΑΕΠΠ, να

ανακαλέσει/ακυρώσει τη διακήρυξη, στο σύνολό της, και να ματαιώσει το διαγωνισμό, όπως καταρχήν οφείλει και, ακολούθως, να προβεί στη δημοσίευση νέας διακήρυξης, που δεν περιέχει τον ακυρωθέντα όρο». Συνεπώς, από την ως άνω νομολογιακή κρίση συνάγεται με ενάργεια – ως άλλωστε έχει αποτυπωθεί και στο άρθρο 367 Ν. 4412/2016- ότι η αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ εξαντλείται αποκλειστικά, στην ακύρωση προσβαλλόμενων πράξεων και παραλείψεων, επί διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων επί τη βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος και δεν εκτείνεται σε δυνατότητα ακύρωσης, κατόπιν άσκησης παρεμπόπτοντος ελέγχου νομιμότητας, πολλώ, δε, μάλλον σε αντικατάσταση αυτής κατ' ανεπίτρεπτη υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής.

17. Επειδή, διακριτική ευχέρεια ή εξουσία υπάρχει, όταν οι κανόνες που καθορίζουν την αρμοδιότητα δεν προκαθορίζουν ακριβώς την ενέργεια του διοικητικού οργάνου αλλά του αφήνουν περιθώριο δράσης. Ειδικότερα, η αρμοδιότητα έχει χαρακτήρα διακριτικής ευχέρειας όταν, σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις, το σχετικό όργανο: α) μπορεί, αλλά δεν έχει υποχρέωση να εκδώσει τη διοικητική πράξη ή β) πρέπει να εκδώσει την πράξη, μπορεί όμως να καθορίζει κατά την κρίση του το χρονικό σημείο έκδοσής της ή γ) μπορεί να επιλέξει μεταξύ περισσοτέρων ρυθμίσεων τις οποίες επιτρέπει η εφαρμογή των διατάξεων αυτών (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, τόμ. 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15η έκδοση, αριθμ. 149, σελ. 139). Η πράξη, δε, που εκδίδεται στα πλαίσια διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής, ελέγχεται μόνο στα ακραία όριά της, που καθορίζονται: α) από το λογικό, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, περιεχόμενο της αόριστης αξιολογικής έννοιας σε συνδυασμό με την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης σε συνδυασμό προς τον επιδιωκόμενο από τον κανόνα αυτό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, β) από την ισότητα κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, δηλαδή, την ίση κρίση ομοειδών νομικών και πραγματικών καταστάσεων γ) από την αρχή της χρηστής διοίκησης και δ) από την αρχή της αναλογικότητας ή της αναλογίας, σύμφωνα με την οποία το επαχθές μέτρο που επιβάλλεται στον διοικούμενο με τη διοικητική πράξη πρέπει να είναι αναγκαίο, πρόσφορο και ανάλογο προς το εξυπηρετούμενο δημόσιο συμφέρον ή ιδιωτικό προστατευόμενο συμφέρον στο πλαίσιο του σκοπού που επιδιώκει ο νόμος (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., 2010, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 514).

18. 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).

19. Επειδή, κρίσιμη είναι η διαφοροποίηση και υπό αυτή την έννοια η αποφυγή της σύγχυσης της διακριτικής ευχέρειας με την ερμηνεία ενός κανόνα δικαίου, που οφείλει να κάνει η Διοίκηση, η οποία συνίσταται στην εξακρίβωση, με τη χρήση των διαφόρων ερμηνευτικών μεθόδων, με επικρατέστερες πέραν της γραμματικής, την συστημική - υπό την έννοια της ένταξης της επίμαχης διάταξης σε ένα πλέγμα διατάξεων - και την τελολογική, του ποια πραγματικά αρμοδιότητα παρέχει ο κανόνας δικαίου στο διοικητικό όργανο και καταλήγει στην υιοθέτηση μιας και μόνης άποψης. Αντιστοίχως, διαφοροποιείται η διακριτική ευχέρεια της απλής διαπίστωσης της συνδρομής των πραγματικών ή νομικών καταστάσεων, που συνιστούν τις νόμιμες προϋποθέσεις για την έκδοση της διοικητικής πράξης, η οποία δύναται να είναι θετική ή αρνητική, σωστή ή λανθασμένη. Στην περίπτωση αυτή, το διοικητικό όργανο έχει απλώς αρμοδιότητα να εξακριβώσει την ύπαρξη των στοιχείων, τα οποία στη συγκεκριμένη περίπτωση συνθέτουν ορισμένη πραγματική ή νομική κατάσταση, για να κρίνει, εάν υπάρχει η προϋπόθεση εφαρμογής ενός απρόσωπου κανόνα δικαίου με την έκδοση της σχετικής πράξης δεδομένου ότι η διαπίστωση της συνδρομής των νόμιμων προϋποθέσεων είναι αναγκαία για την άσκηση της δέσμιας αρμοδιότητας. (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15η Έκδοση, 2017, σελ 140). Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕφΑθ 2098/2013, ΣτΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003).

20. Επειδή, η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της

συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης (βλ. σχετικά <https://www.preveudourou.gr>) ενώ ελάχιστο περιεχόμενο της αιτιολογίας συνιστά α) ο νομικός κανόνας επί του οποίου ερείδεται η προς έκδοση διοικητική πράξη και β) τα πραγματικά δεδομένα που εμπίπτουν στο κανονιστικό πλαίσιο (Βασίλειος Γκέρτσος, Δημήτριος Πυργάκης, Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ. 276 επ.). Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμα της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣΤΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣΤΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣΤΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν αναίτιολογητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 516-518). Σε κάθε περίπτωση, με την αιτιολογία η Διοίκηση αποδεικνύει ότι είναι αμερόληπτη και χρηστή και ότι τηρεί την αρχή της

νομιμότητας ενώ παράλληλα παρέχεται στους μεν ενδιαφερομένους η δυνατότητα να ασκήσουν τα δικαιώματά τους, στον, δε, δικαστή να ασκήσει τον δικαστικό έλεγχο, συμβάλλοντας στη διασφάλιση αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (βλ. απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 2011, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά ΕΤΕΠ, Τ 461/08, ΕΥ:Τ:2011:494, σκέψη 122, και αποφάσεις της 25ης Φεβρουαρίου 2003, Strabag Benelux κατά Συμβουλίου, Τ 183/00, ΕΥ:Τ:2003:36, σκέψη 55, της 24ης Απριλίου 2013, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, Τ 32/08, μη δημοσιευθείσα, ΕΥ:Τ:2013:213, σκέψη 37, και της 28ης Ιουνίου 2016, AF Steelcase κατά ΕUIPO, Τ 652/14, μη δημοσιευθείσα, ΕΥ:Τ:2016:370, σκέψη 43).

21. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στην προκείμενη περίπτωση αρνητικής σύμφωνης γνώμης δεν δύναται να αποστεί από αυτήν, ελέγχοντάς την κατ' ουσίαν, άλλως δεν μπορεί να εναντιωθεί στην αρνητική σύμφωνη γνώμη της εν λόγω επιτροπής περί ανεπάρκειας επανορθωτικών μέτρων και άρα δεν μπορεί να επανεξετάσει ό,τι έχει εξεταστεί (πρβλ ΣΤΕ Ολ 1748/2016, ΣΤΕ 998/2013, ΣΤΕ 3230/2012) αλλά αποφαίνεται υιοθετώντας την αρνητική σύμφωνη γνώμη κατά δέσμια αρμοδιότητα. Αιτιολογία, της προσβαλλόμενης, επομένως, κατά τα κριθέντα από το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών, συνιστά η γνωμοδότηση της αρμόδιας Επιτροπής Επανορθωτικών Μέτρων, η οποία έχει υπό αυτή την έννοια, απολέσει την αυτοτέλειά της.

22. Επειδή, λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω, αν και αναφέρει η αρμόδια Επιτροπή αναλυτικά όλα τα στοιχεία και έγγραφα που έλαβε υπόψη η προσβαλλόμενη απόφαση, ωστόσο, ουδόλως αναφέρει με την αιτιολογία της κάποια - κατά την κρίση της - κατηγοριοποίηση των στοιχείων και εγγράφων που υπεβλήθησαν ενώπιόν της, ήτοι δεν συστοιχεί τις δοθείσες πληροφορίες και τα προσκομισθέντα προς απόδειξη έγγραφα, με την απαίτηση της σελ. 15 της διακήρυξης περί απόδειξης λήψης συγκεκριμένων τεχνικών και οργανωτικών μέτρων καθώς και μέτρων σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλων για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων. Περαιτέρω, δεν προβαίνει σε επαρκή τοποθέτηση αν όχι ανάλυση περί της αδυναμίας με τα επικαλούμενα επανορθωτικά μέτρα αποφυγής περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων και δη σε συνάρτηση με τις ιδιαίτερες περιστάσεις του παραπτώματος, άλλως υπό ευρύτερη έννοια δεν εξειδικεύει η αιτιολογία της προσβαλλόμενης, η οποία αποτελεί αποσπασματική αντιγραφή της οικείας διάταξης της επισήμανσης (σελ. 15) της διακήρυξης

για ποιο ειδικότερο λόγο τα επικαλούμενα και προσκομισθέντα έγγραφα δεν παρέχουν επαρκή τεκμηρίωση ως προς την αξιοπιστία της επιχείρησης.

23. Επειδή, κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν [βλ. συναφώς Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004, αρ. περ. 642 Β, Καψάλη, «Η αιτιολογία ως ουσιώδης τύπος των ατομικών διοικητικών πράξεων: μια υποβαθμισμένη διαδικαστική εγγύηση», ΕφημΔΔ 4/2010, σελ. 568 (σελ. 571 επ.). Ο, δε, επί της αιτιολογίας έλεγχος συνιστά γνήσιο έλεγχο της διακριτικής εξουσίας και «η διείσδυση του ελέγχου εντός της ουσιαστικής ορθότητας της αιτιολογίας και, επομένως, του πορίσματος που προέκυψε από την άσκηση της διακριτικής εξουσίας, δεν σημαίνει έλεγχο της σκοπιμότητας αυτού, αλλά αναζήτηση της ενδεχόμενης ασυμφωνίας αυτού προς τα άκρα όρια της διακριτικής εξουσίας» (βλ. Μ. Στασινόπουλο, Δίκαιον των Διοικητικών Πράξεων, Αθήνα, 1982, σελ. 341 και σελ. 381).

24. Επειδή, επομένως, η προσβαλλόμενη απόφαση κρίνεται ακυρωτέα λόγω ελλιπούς αιτιολογίας, γεγονός που καθιστά την επί της ουσίας κρίση της ΑΕΠΠ και την εξέταση των συναφών ισχυρισμών της προσφεύγουσας εν προκειμένω αλυσιτελή (βλ. Ε. Παυλίδου, «οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣτΕ», ΕΔΔ 2, 2015 και ανωτέρω σκ. 38). Σε κάθε περίπτωση, η επίκληση απόφασης της Επιτροπής επί επανορθωτικών μέτρων έτερου οικονομικού φορέα, προβάλλεται απαραδέκτως προεχόντως λόγω της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών (βλ. Δεφ Αθ1916/2018 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Η, δε, απόφαση της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 απαραδέκτως προσβάλλεται αυτοτελώς.

25. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

26. Επειδή, η παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί.

27. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, θα πρέπει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός Απόφασης:Σ 626/2021

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. ...απόφαση της αναθέτουσα αρχής κατά το σκεπτικό.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 16^η Μαρτίου 2021 και εκδόθηκε στις 5 Απριλίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ Οικονόμου

Ηλίας Στρεπέλιος