

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 2 Απριλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Ιωάννα Θεμελή Μέλη.

Για να εξετάσει :

1) την από 24.02.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 417/25.02.2020 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «πρώτος προσφεύγων»), που εδρεύει στην ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και

2) την από 25.02.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 428/26.02.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «δευτέρος προσφεύγων»), που εδρεύει στην ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου ... «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της απόφασης που ελήφθη κατά την 63^η/12.02.2021 συνεδρίαση (Θέμα 2^ο) του Διοικητικού Συμβουλίου περί έγκρισης των από 27.11.2020 και 27.01.2021 Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος επί της πρώτης προσφυγής οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

Κατά του παρεμβαίνοντος επί της δεύτερης προσφυγής οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» που εδρεύει στην ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα

Με την προδικαστική προσφυγή του ο πρώτος προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που κρίνεται αποδεκτή η προσφορά του δεύτερου προσφεύγοντος και κάθε άλλη συναφής πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής που σχετίζεται με την προσβαλλόμενη.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο δεύτερος προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί άλλως τροποποιηθεί άλλως ανακλήθει η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που κρίνεται αποδεκτή η προσφορά του πρώτου προσφεύγοντος.

Με τις παρεμβάσεις τους αμφότεροι παρεμβαίνοντες επιδιώκουν την απόρριψη των προσφυγών.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της πρώτης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 6.173,75 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 24.02.2021 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 1.234.749,50 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και του δικαιώματος προαίρεσης.

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

2. Επειδή, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, για την άσκηση της δεύτερης προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 6.175 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 26.02.2021 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης).

3. Επειδή με την υπ' αριθμ. .../2020 διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό με αντικείμενο «Παροχή υπηρεσιών φυλαξης για τις οργανικές μονάδες ... και ...» για δώδεκα μήνες, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας συνολικά δαπάνης 3.026.178,50 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και του δικαιώματος προαίρεσης.

4. Επειδή, η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 13.10.2020 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 21.10.2020 με Α.Δ.Α.Μ. ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό

5. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή η υπό εξέταση πρώτη προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 24.02.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στον πρώτο προσφεύγοντα την 17.02.2021 β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος I του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον πρώτο προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν . 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή η υπό εξέταση δεύτερη προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 25.02.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στο δεύτερο προσφεύγοντα την 17.02.2021 β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από το δεύτερο προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν . 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με το από 26.02.2021 έγγραφό της αποφάσισε την αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί των προσφυγών.

9. Επειδή την 3.03.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό κρίση πρώτης προσφυγής σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

10. Επειδή την 26.02.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό κρίση δεύτερης προσφυγής σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού

11. Επειδή με τις υπ' αριθμ. 498/2021 και 511/2021 Πράξεις της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης για την πρώτη και δεύτερη προσφυγή αντιστοίχως και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί αμφότερων των προσφυγών.

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

12. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε την 8.03.2021 στην ΑΕΠΠ μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί των προσφυγών, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στους προσφεύγοντες αυθημερόν.

13. Επειδή ο πρώτος προσφεύγων ως προσφέρων του εν θέματι διαγωνισμού του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς του δευτέρου προσφεύγοντος, ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

14. Επειδή ο δεύτερος προσφεύγων, ως προσφέρων του εν θέματι διαγωνισμού του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς του πρώτου προσφεύγοντος, ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

15. Επειδή ο παρεμβαίνων επί της πρώτης προσφυγής κατέθεσε στις 8.03.2021, ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, τη με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 1287/2021 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον καθώς έχει κριθεί αποδεκτή η προσφορά του και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

16. Επειδή ο παρεμβαίνων επί της δεύτερης προσφυγής κατέθεσε στις 5.03.2021, ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, τη με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 1274/2021 παρέμβασή του, για τις οποίες θεμελιώνει άμεσο,

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει κριθεί αποδεκτή η προσφορά του και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

17. Επειδή στις 23.03.2021 ο πρώτος προσφεύγων υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Το ως άνω υπόμνημα κατατέθηκε εμπροθέσμως σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό προστέθηκε με το ν. 4605/2019 (ΦΕΚ 52/Α/1-4-2019), δοθέντος ότι η συζήτηση για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής ορίσθηκε στις 2.04.2021 και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

18. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, αμφοτέρως προσφυγές νομίμως εισάγονται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

19. Επειδή στον επίμαχο διαγωνισμό συμμετείχαν δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο πρώτος προσφεύγων και ο δεύτερος προσφεύγων, οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμ. συστήματος ... και ... προσφορές τους αντίστοιχα. Σύμφωνα με το από 27.11.2020 Πρακτικό η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την αποδοχή αμφοτέρων προσφορών. Κατόπιν δε υποβολής υπομνημάτων από αμφοτέρους τους προσφεύγοντες, η Επιτροπή Διαγωνισμού με το από 27.01.2021 συμπληρωματικό Πρακτικό έκρινε ότι δεν τίθεται ζήτημα ανάκλησης του από 27.11.2021 Πρακτικού. Με την προσβαλλόμενη απόφαση, εγκρίθηκαν τα ως άνω Πρακτικά.

20. Επειδή ο πρώτος προσφεύγων, επικαλούμενος τους όρους 2.2.3 και 2.2.10.2 της διακήρυξης, τα άρθρα 18 και 73 του ν. 4412/2016, το άρθρο 68 του ν. 3863/2010 και τη νομολογία, ισχυρίζεται τα ακόλουθα : « η διακήρυξη του επίδικου διαγωνισμού - η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο αυτού, δεσμεύοντας τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους (Ε.Α. 523/2010, 16/2011) - θεσπίζει τα εξής:

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

- Εντάσσει στο θεσμικό πλαίσιο του διαγωνισμού τη διάταξη του άρθρου 68 παρ. 2.γ του ν. 3863/2010, την οποία ως εφαρμοστέα, οφείλει να λάβει υπ' όψη της η αναθέτουσα αρχή, κατά την εξέταση των προσφορών των διαγωνιζομένων, προκειμένου να αποφανθεί αν συντρέχει λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπό τους, κατ' εφαρμογή της διατάξεως ταύτης.

- Ιδρύει, πέραν των άλλων, τους εξής αυτοτελείς λόγους αποκλεισμού:

- Λόγος αποκλεισμού που θεμελιώνεται στο άρθρο 73§2.γ του ν. 4412/2016 και προβλέπεται στον όρο 2.2.3.2.γ

- Λόγος αποκλεισμού που μετουσιώνει το ρυθμιστικό πλαίσιο των παραγράφων 2 και 5 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016, στηρίζεται στο άρθρο 68§2.γ του ν. 3863/2010 και προβλέπεται στον όρο 2.2.3.4.α

Ούτω, είναι εμφανές ότι η διακήρυξη, προβλέπει ως αυτοτελή λόγο αποκλεισμού, μεταξύ άλλων την αθέτηση εκ μέρους του υποψήφιου οικονομικού φορέα των υποχρεώσεων που προβλέπει στην παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016, μεταξύ των οποίων και αυτών της εργατικής νομοθεσίας και β) τη διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, ως τέτοιο δε παράπτωμα νοείται, ειδικά για τις συμβάσεις παροχής φύλαξης ιδίως οι αναφερόμενοι στην περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, όπως ισχύει.

Εξάλλου, όπως προεκτέθηκε, η διακήρυξη ενέταξε στο σύστημα κανόνων, που διέπουν τον επίδικο διαγωνισμό το νόμο 3868/2010 και, ιδίως, το άρθρο 68 αυτού (όρος 1.4), το οποίο περιέχει ειδική πρόβλεψη ως προς το ζήτημα του αποκλεισμού των υποψήφιων αναδοχών για τις δημόσιες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης.

Η διάταξη δε αυτή, ως ειδικότερη φαίνεται ότι κατισχύει, αναφορικά με το πιο πάνω ζήτημα, του όρου 2.2.3.2 περ. γ' της διακήρυξης, που προβλέπει ότι συνιστά λόγο αποκλεισμού η έκδοση των ίδιων ακριβώς ως άνω πράξεων σε βάρος του οικονομικού φορέα υπό την πρόσθετη, όμως, προϋπόθεση ότι οι σχετικές κυρώσεις έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ.

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

Ούτω, από τους ανωτέρω όρους της διακήρυξης συνάγεται ότι οι ειδικές διατάξεις του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, που διέπουν το διαγωνισμό ως εκ του αντικειμένου αυτού καταγράφονται στο θεσμικό πλαίσιο της διακήρυξης, τόσο στο προοίμιό της όσο και στον όρο 2.2.4. Το γεγονός ότι η διακήρυξη στους όρους αποκλεισμού των διαγωνιζομένων, μεταξύ των οποίων είναι και ο ανωτέρω όρος 2.2.3.2.γ, επαναλαμβάνει τους λόγους αποκλεισμού που προβλέπονται στο άρθρο 73 του ν. 4412/2016, ασφαλώς και δεν καταλείπει αμφιβολία ότι εφαρμοστέα στην προκειμένη περίπτωση είναι η διάταξη του 68 παρ. 1.γ του ν. 3863/2010. Και τούτο, διότι, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού (φύλαξη), η ανωτέρω διάταξη του νόμου είναι εκ της φύσεώς της αναγκαστικού δικαίου και θεσπίζει ειδικό λόγο αποκλεισμού, ο οποίος επέρχεται με μόνη την επιβολή στην αναφερομένων στην διάταξη πράξεων επιβολής, χωρίς να απαιτείται οι πράξεις αυτές να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ.

Ακόμη, η ρητή παραπομπή της διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει κατά τα παγίως δεκτά, τόσο τη διοίκηση, όσο και τους υποψηφίους αναδόχους, που συμμετέχουν σε αυτήν (Ελ.Συν. 1434/2017).

Με τα δεδομένα αυτά, από τον ανωτέρω όρο (2.2.3.4.α) της διακήρυξης ερμηνευόμενο σε συνδυασμό με τις διατάξεις των άρθρων 18§2 και 5 του ν. 4412/2016 και 68 παρ. 2, περ γ του ν. 3863/2010 προκύπτει ότι ειδικώς κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών φύλαξης, όπως εν προκειμένω, οι πράξεις εν γένει επιβολής προστίμου, που εκδίδονται από το Σώμα Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας και οι οποίες, υπό τις ειδικότερες προϋποθέσεις του άρθρου 68 παρ. 2 περ. γ του ν. 3863/2010 συνιστούν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και ως εκ τούτου, λόγο αποκλεισμού του υποψήφιου οικονομικού φορέα κατά την παρ. 2.2.3.4 περ. α' της διακήρυξης.'

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

Πράγματι, όταν αντικείμενο του διαγωνισμού είναι η ανάθεση συμβάσεων καθαρισμού/φύλαξης, η διάταξη του άρθρου 68§2.γ του ν. 3863/2010 και η εις αυτό παραπέμπουσα του άρθρου 18§5 του ν. 4412/2016, η οποία συμπληρώνει το κανονιστικό πεδίο του ως άνω όρου ως ειδική, κατισχύει έναντι της γενικής για κάθε αντικείμενο διάταξης του άρθρου 73§4.θ του ν. 4412/2016.

Επομένως, για τις εταιρείες φύλαξης, όπως εν προκειμένω, ισχύει η ειδική αυτή διάταξη του νόμου με το αυστηρό πλαίσιο. Το εν λόγω άρθρο, όπως εκτίθεται ανωτέρω, αποτελεί μέρος του εφαρμοζομένου εν προκειμένω κανονιστικού πλαισίου που διέπει τη διακήρυξη και μάλιστα επί ποινή απαραδέκτου της προσφοράς.

Εφόσον, ο νομοθέτης ανήγαγε σε υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού την παράβαση της εργατικής νομοθεσίας με ειδική πρόβλεψη για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού/φύλαξης, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, δεν καταλείπεται άλλη εναλλακτική δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να μην εφαρμόσουν τον υποχρεωτικό, εκ του νόμου, λόγο αποκλεισμού.

Στην προκειμένη περίπτωση, η διαγωνιζόμενη εταιρεία, όπως συνάγεται από το Ε.Ε.Ε.Σ. που υπέβαλε, εδήλωσε ότι στηρίζεται στην εταιρεία ... (εφεξής δανείζουσα), ως προς την πλήρωση των κριτηρίων 2.2.5 και 2.2.6 της διακήρυξης. Στο πλαίσιο αυτό, στο Ε.Ε.Ε.Σ. που υπέβαλε η δανείζουσα εταιρεία, εδήλωσε ότι έχουν επιβληθεί εις βάρος της, μέσα σε χρονικό διάστημα δυο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφοράς στον επίμαχο διαγωνισμό, πλέον των τριών (3) πράξεων επιβολής προστίμου από το Σ.ΕΠ.Ε. για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, που χαρακτηρίζονται σύμφωνα με την Υ.Α. 2063/Δ1632/2011 ως υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους. Συγκεκριμένα, δηλώνει ότι έχουν επιβληθεί εις βάρος της οι υπ' αριθ. .../.../20-12-2018, .../20-12-2018, .../16-10-2019, .../24-01-2019, .../.../09-04-2019 και .../18-07-2019, έξι (6) Πράξεις Επιβολής Προστίμου Σ.ΕΠ.Ε., χαρακτηριζόμενες ως πολύ υψηλής ή υψηλής

σοβαρότητας, σημειώνοντας ότι οι δυο (2) πρώτες εξ αυτών έχουν επιβληθεί κατά τον ίδιο έλεγχο, ότι κατά των πράξεων αυτών έχουν ασκηθεί προσφυγές ενώπιον των αρμοδίων δικαστηρίων και ότι ως προς το χαρακτηρισμό τους οι βεβαιωθείσες παραβάσεις έχουν μετατραπεί σε σημαντικής σοβαρότητας. Με βάση τα ανωτέρω δηλωθέντα, από την ίδια τη δανείζουσα στο Ε.Ε.Ε.Σ. που υπέβαλε, οι πράξεις που έχουν επιβληθεί εις βάρος της, συνιστούν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και αποτελούν λόγο αποκλεισμού της εν λόγω εταιρείας κατά την παρ. 2.2.3.4 περ. α της διακήρυξης, αφού οι προαναφερόμενες πράξεις συγκεντρώνουν τις ειδικότερες προϋποθέσεις του άρθρου 68 παρ. 2 περ. γ' του ν. 3863/2010 στις οποίες ρητά παραπέμπει ο ως άνω όρος (2.2.3.4 περ. α) της διακήρυξης. Η δήλωση της δανείζουσας ότι οι πράξεις αυτές δεν έχουν τελεσιδικήσει δεν έχει καμία βαρύτητα στον συγκεκριμένο λόγο αποκλεισμού κατά ρητή διατύπωση της παρ. 2.2.3.4 περ. α της διακήρυξης σε συνδυασμό με το άρθρο 68 Ν. 3863/2010 και με δεδομένο ότι η διάταξη του άρθρου 68 παρ. 2 περ. γ' του ν. 3863/2010, είναι ειδικότερη της παραγράφου 2γ του άρθρου 73 Ν. 4412/2016 και της παραγράφου 2.2.3.2.γ της διακήρυξης, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα.

Η διάταξη του άρθρου 68§2.γ του ν. 3863/2010, στοιχειοθετεί απολύτως λόγο αποκλεισμού λόγω συνδρομής σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που ρητά προβλέπεται ως αυτοτελής λόγος αποκλεισμού στην παρ. 2.2.3.4, περ. α' της διακήρυξης.

Η ως άνω διάταξη ως ειδικότερη κατισχύει κάθε άλλης γενικής τοιαύτης και ειδικά για τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης αποτελεί *lex specialis* -Εφόσον ο νομοθέτης αναβάθμισε την εν λόγω παράβαση σε υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού με ειδική πρόβλεψη για τις εταιρείες φύλαξης, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, δεν άφησε περιθώριο άλλης επιλογής στην αναθέτουσα αρχή για εναλλακτικές επιλογές σχετικά με την δυνατότητα μη αποκλεισμού σε τέτοιες περιπτώσεις. Πολλώ δε μάλλον που στην επίδικη περίπτωση και η ίδια η αναθέτουσα αρχή με την διακήρυξή της όρισε, διττώς τόσο με το θεσμικό της

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

πλαίσιο όσο και με την διατύπωση του σχετικού όρου 2.2.3.4, περ. α' τον ως άνω λόγο αποκλεισμού.

-Ούτω προκύπτει με σαφήνεια η υποχρεωτική και αποκλειστική εφαρμογή του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, η οποία (εφαρμογή) της διάταξης αυτής, σαφώς περιλαμβάνεται στους λόγους αποκλεισμού, που θεσπίζει η ίδια η διακήρυξη και την καθιστά ως ειδική, εφαρμοστέα. Δηλαδή, εφόσον η αναθέτουσα αρχή, ορίζει ρητώς στην οικεία διακήρυξή της ως υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού την διάταξη του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 με ειδική αναφορά στις συμβάσεις φύλαξης μπορεί, στη συνέχεια, κατ' επίκληση του όρου αυτού να αποκλείσει τον οικονομικό φορέα και τούτο γιατί, πέραν του νόμου, ανήγαγε η ίδια την ειδική αυτή διάταξη σε αυτοτελή και υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού.

-Όπως ανωτέρω παρατίθεται, η διακήρυξη στον όρο 2.2.3. προβλέπει ότι ο οικονομικός φορέας μπορεί να αποκλείεται όταν συντρέχει ένας ή περισσότεροι λόγοι. Εφόσον, λοιπόν, η διακήρυξη προβλέπει αυτοτελείς λόγους αποκλεισμού, κατά τα εκτιθέμενα ανωτέρω, και ο οικονομικός φορέας εμπíπτει σε έναν από αυτούς δεν τίθεται ζήτημα ορισμού από την ίδια την διακήρυξη περί υποχρεωτικότητας και αποκλειστικότητας κάποιου λόγου, όταν υπάρχει στην διακήρυξη αυθύπαρκτος όρος με την ειδική διάταξη που ρυθμίζει αποκλειστικά το αντικείμενο του επίδικου διαγωνισμού.

-Σε κάθε περίπτωση, δεν είναι επιτρεπτή η επίκληση του όρου της διακήρυξης που αποτελεί αναπαραγωγή των διατάξεων του βασικού νόμου που διέπει τις δημόσιες συμβάσεις, ήτοι του ν. 4412/2016, ανεξαρτήτως του ειδικού νομοθετικού πλαισίου που διέπει την εν λόγω προσφερόμενη δραστηριότητα, υπονοώντας αμφισημία της διακήρυξης ως προς τις διατάξεις που προφανώς οφείλουν να ερμηνεύονται υπό το φως των νομοθετικών διατάξεων που διέπουν την προσφερόμενη ειδική υπηρεσία καθαρισμού. Διαφορετικά το αποτέλεσμα θα ήταν η παρά το νόμο και την ειδική διάταξη του ν. 3863/2010 η συμμετοχή οικονομικών φορέων εις βάρος των οποίων έχουν

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

εκδοθεί πράξεις επιβολής προστίμων σε δημόσιο διαγωνισμό, ενδεχόμενο που οδηγεί σε νομικό και λογικό παράδοξο.

- Για το ζήτημα, δε, τούτο, έχει κριθεί ότι η αποδοχή διαγωνιζόμενου «ότι δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού του, αφενός λόγω της μη τελεσίδικης και δεσμευτικής ισχύος την εκδοθεισών σε βάρος της δανείζουσας εμπειρία εταιρείας πράξεων επιβολής προστίμου, αφετέρου δε, λόγω της αμφισημίας των διατάξεων της διακήρυξης, σχετικά με το επίμαχο ζήτημα, δεν φαίνεται νομίμως αιτιολογημένη (Δ.Εφ.ΑΘ. 153/2020 - σκ. 11, που έκρινε συναφές ζήτημα κατά της 327/2020 αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π.)»

- Σύμφωνα με την διάταξη του ως άνω άρθρου η αναθέτουσα αρχή αποκλείει τον οικονομικό φορέα εις βάρος του οποίου έχουν επιβληθεί οι αναφερόμενες σε αυτή πράξεις, χωρίς να απαιτείται οι κυρώσεις αυτές να έχουν αποκτήσει τελεσίδικως και δεσμευτική ισχύ.

Με τα δεδομένα αυτά, ο ισχυρισμός της δανείζουσας ότι, εφόσον, οι ως άνω πράξεις δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη/δεσμευτική ισχύ, εφαρμοστέος τυγχάνει ο όρος 2.2.3.2 γ' της διακήρυξης, είναι απορριπτέος, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, ως αβάσιμος, διότι κατισχύει ως ειδικότερη η διάταξη του όρου 2.2.3.4 α', που μετουσιώνει το άρθρο 68 παρ. 2γ του ν. 3863/2010.

Επίσης απορριπτέος τυγχάνει και ο ισχυρισμός που διατυπώνει στο Ε.Ε.Ε.Σ. περί αμφισημίας των ανωτέρω όρων την διακήρυξης, καθόσον, όπως ανωτέρω εκτέθηκε, δεν πρόκειται περί ασάφειας όρων, αλλά περί αυτοτελών λόγων αποκλεισμού.

Τέλος, απορριπτέος τυγχάνει και ο λόγος περί της αλλαγής του χαρακτηρισμού των πράξεων καθόσον ο αποχαρακτηρισμός που ισχυρίζεται δεν προκύπτει από τις ίδιες τις πράξεις ή από κάποιο σχετικό περί τούτου έγγραφο της αρμόδιας αρχής, που εξέδωσε και επέβαλε τις πράξεις αυτές.

Συνεπώς, στο πρόσωπο της δανείζουσας συντρέχει λόγος αποκλεισμού που βρίσκει νόμιμο αιτιολογικό έρεισμα στον όρο 2.2.3.4 α' της διακήρυξης, στον οποίον ενσωματώνεται και το άρθρο 68 παρ. 2γ του ν. 3863/2010 και η

αναθέτουσα αρχή όφειλε να ερμηνεύσει τα υποβληθέντα στο Ε.Ε.Ε.Σ. από την ως άνω εταιρεία, κατά τρόπο συμβατό προς τη νομοθεσία και τη διακήρυξη.

Κατόπιν τούτου, μη νόμιμα δέχθηκε τη συμμετοχή στο διαγωνισμό της ως άνω θιγόμενης με την παρούσα εταιρείας, παρά το γεγονός ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπο της εταιρείας, στην οποία στηρίζεται για να συμμετάσχει σε αυτόν.

Επιπροσθέτως, και αναφορικά με την πρόβλεψη του νόμου και της διακήρυξης για την αντικατάσταση του τρίτου - δανείζοντος, σε περίπτωση που - μεταξύ των άλλων - συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού, λεκτέα τα εξής:

[...] στην περίπτωση που ο δανείζων δεν πληροί σχετικό κριτήριο ή συντρέχουν στο πρόσωπό του υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να τον αντικαταστήσει. Όμως, κατά την ορθή ερμηνεία των ως άνω διατάξεων του νόμου και της διακήρυξης, τούτο δεν συνεπάγεται ότι αν κατά την υποβολή της προσφοράς συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού στο πρόσωπο του τρίτου τότε η αναθέτουσα αρχή έχει υποχρέωση να ζητήσει αντικατάσταση. Η ως άνω πρόβλεψη για αντικατάσταση έχει τη έννοια ότι αν κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού - και όχι αν εξ αρχής υπάρχουν - προκύψουν λόγοι αποκλεισμού στο πρόσωπο του τρίτου, τότε και μόνο τότε η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια και σε κάθε περίπτωση όχι την υποχρέωση, να ζητήσει από τον προσφέροντα την αντικατάσταση του τρίτου. Γιατί από το συνδυασμό των διατάξεων της παρ. 4 του άρθρου 73, της παρ. 1 του άρθρου 79 και του άρθρου 104 του ν. 4412/2016 συνάγεται ότι οι λόγοι αποκλεισμού αφορούν και τους τρίτους, στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται ο διαγωνιζόμενος και ότι οι λόγοι αυτοί δε θα πρέπει να συντρέχουν στο πρόσωπο ούτε των τρίτων φορέων ούτε κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς, ούτε υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου, αλλά ούτε και κατά τη σύναψη της σύμβασης. Προκειμένου λοιπόν ο νομοθέτης να προστατεύσει τον προσφέροντα οικονομικό φορέα από μία δυσάρεστη κατάσταση κατά την εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας, που

δεν θα αφορά τον ίδιο αλλά τον τρίτο - δανείζοντα, θέσπισε την εν λόγω διάταξη και έδωσε την ευχέρεια στην αναθέτουσα αρχή να ζητήσει ή όχι την αντικατάσταση του τρίτου. Ούτω, λ.χ. αν κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης συντρέξει στο πρόσωπο του τρίτου λόγος αποκλεισμού, για τον οποίο δεν ευθύνεται ο διαγωνιζόμενος, να παρέχεται στον τελευταίο η δυνατότητα αντικατάστασης του τρίτου από άλλον δανείζοντα. Διαφορετική ερμηνεία της εν λόγω διάταξης θα οδηγούσε στο παράδοξο να αποκλείεται από τον διαγωνισμό προσφέρων οικονομικός φορέας στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού, ενώ άλλος οικονομικός φορέας, που οι λόγοι αποκλεισμού αφορούν τον τρίτο, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται να παραμένει στον διαγωνισμό. Μία τέτοια ερμηνεία, οδηγεί σε καταστρατήγηση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της υποχρέωσης διαφάνειας, οι οποίες επιβάλλουν να έχουν όλοι οι προσφέροντες τις ίδιες ευκαιρίες κατά τη διατύπωση των όρων των προσφορών τους και συνεπάγονται, ως εκ τούτου, ότι οι προσφορές αυτές υποβάλλονται υπό τους ίδιους όρους για όλους τους προσφέροντες.

Διαφορετική εκδοχή δεν συμβαδίζει με την αρχή του υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού μεταξύ των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στη διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως. Διότι θα πρόκειται για τροποποίηση της προσφοράς. Επομένως, αφού η δανείζουσα, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα είναι εξ αρχής κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς αποκλειστέα, δεν υπάρχει δυνατότητα αντικατάστασής της, αλλά αποκλεισμού, εξ αυτού του λόγου, και της διαγωνιζόμενης που εν γνώσει της επέλεξε να στηριχθεί σε αυτήν. Κατόπιν τούτου, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να απορρίψει την προσφορά της.

Περαιτέρω, και αναφορικά με τα μέτρα αυτοκάθαρσης που η δανείζουσα διατείνεται ότι έλαβε λεκτέα τα εξής:

[...] για τις περιπτώσεις που εμπíπτουν στην ανωτέρω διάταξη και αφορά αποκλειστικά την παροχή υπηρεσιών καθαρισμού/φύλαξης, ο νομοθέτης δεν

παρέσχε τη δυνατότητα στους οικονομικούς φορείς να αποτρέψουν τον αποκλεισμό τους με την προσκόμιση στοιχείων αξιοπιστίας τους (αυτοκάθαρση), όπως προέβλεψε για άλλες περιπτώσεις. Κατά το νομοθέτη, και εφόσον συντρέχουν οι ως άνω προϋποθέσεις, η αναθέτουσα αρχή προχωράει υποχρεωτικά στον αποκλεισμό τους.

[...] η πρόβλεψη στη διακήρυξη δυνατότητας επίκλησης από τους οικονομικούς φορείς επανορθωτικών μέτρων προκειμένου να αποτρέψουν τον αποκλεισμό τους, ακόμη και σε περίπτωση που ο νομοθέτης δεν παρέσχε τη δυνατότητα αυτή, τελεί σε αντίθεση με τη διάταξη του άρθρου 68§2.γ, που τυγχάνει εφαρμοστέα στον επίδικο διαγωνισμό, επίσης με σαφή πρόβλεψη της διακήρυξης, και ως εκ τούτου δεν μπορεί να εφαρμοστεί.

Σε κάθε περίπτωση, δεν νοείται απόλυτη και ολοσχερής προτεραιότητα των όρων της διακήρυξης έναντι των κανόνων δικαίου με το επιχείρημα ότι οι ενδιαφερόμενοι λαμβάνουν γνώση της διακήρυξης, ενώ πιθανώς δεν γνωρίζουν τα υπόλοιπα στοιχεία της διαδικασίας και δη την κείμενη νομοθεσία (Β. Σκουρής, *Η προϊστάμενη αρχή σε έργα εθνικού επιπέδου. Δεσμευτικότητα της διακήρυξης σε περίπτωση απόκλισης από τις ισχύουσες ρυθμίσεις σε Διοικητικές Συμβάσεις και Δημόσια Έργα*, 1997, σελ. 174).

Ακόμη, οι όροι των διακηρύξεων λειτουργούν πάντοτε συμπληρωματικά των οικείων διατάξεων και δεν τις υποκαθιστούν ούτε τις αντικαθιστούν (Γέροντας, *Δίκαιο Δημοσίων Έργων*, σελ. 319).

Περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει κατά τα παγίως δεκτά, τόσο τη διοίκηση, όσο και τους υποψηφίους αναδόχους, που συμμετέχουν σε αυτήν (Ελ.Συν. 1434/2017).

Έτσι, οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλλουν προσφορά με βάση τους όρους της διακήρυξης ή της άλλης διάταξης του νόμου, στην οποία η διακήρυξη ρητώς παραπέμπει προκειμένου να συμμετάσχουν νόμιμα στον διαγωνισμό. Στην προκειμένη περίπτωση, και αφού ο αποκλεισμός της

δανείζουσας, ερείδεται στο άρθρο 68§2.γ του ν. 3863/2010, δεν καταλείπεται στην αναθέτουσα αρχή, ανεξαρτήτως του σχετικού όρου 2.2.3.7 της διακήρυξης, ευχέρεια να εξετάσει μέτρα αυτοκάθαρσης αλλά έχει δέσμια, εκ του νόμου, αρμοδιότητα να προβεί στον αυτόματο αποκλεισμό.

Διαφορετική εκδοχή οδηγεί στην θέση ότι η διακήρυξη, θεσπίζει, στο πλαίσιο του επίδικου διαγωνισμού, νέο κανόνα δικαίου, δηλαδή ότι οι διαγωνιζόμενοι μπορούν να αποτρέψουν τον αποκλεισμό τους καίτοι συντρέχει περίπτωση εφαρμογής του άρθρου 68§2.γ του ν. 3863/2010.

Ο ισχυρισμός της δανείζουσας, ότι θα πρέπει να εξετασθούν τα μέτρα αυτοκάθαρσης είναι αβάσιμος και εσφαλμένος, διότι στην περίπτωση εφαρμογής της ειδικότερης διάταξης του άρθρου 68§2.γ του ν. 3863/2010 ο νομοθέτης δεν παρέσχε τη δυνατότητα στους οικονομικούς φορείς να αποτρέψουν τον αποκλεισμό τους από τη διαγωνιστική διαδικασία με την προσκόμιση στοιχείων της αξιοπιστίας τους (αυτοκάθαρση), όπως αντιθέτως προέβλεψε για άλλες περιπτώσεις αποκλεισμού. Υπό τις προϋποθέσεις αυτές, η επιβολή σε βάρος του οικονομικού φορέα προστίμων του Σ.ΕΠ.Ε. για παραβάσεις «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, ανάγεται από την αναθέτουσα αρχή σε υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού του από τη διαγωνιστική διαδικασία. Συνεπώς, ο αποκλεισμός της ως άνω εταιρείας έχει νόμιμο έρεισμα στον όρο 2.2.3.4.α' της διακήρυξης στον οποίο έχει ενσωματωθεί η διάταξη του άρθρου 68§2.γ του ν. 3863/2010 και για την εφαρμογή του οποίου δεν απαιτείται η επίκληση λόγων αυτοκάθαρσης αλλά η αναθέτουσα αρχή κατά δέσμια αρμοδιότητα υποχρεούται να απορρίψει την προσφορά.

Άλλωστε, για το ζήτημα τούτο, έχει παγίως κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή, αφού διαπιστώσει τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού, κατά την ειδική διάταξη του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, όπως ισχύει, είναι υποχρεωμένη να προβεί στον αποκλεισμό του διαγωνιζομένου, στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει τέτοια περίπτωση, και είναι αλυσιτελής η εξέταση λόγων αποκατάστασης της αξιοπιστίας του (αυτοκάθαρση) (ΣΤΕ

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

754/2020 - σκ. 16, Δ.Εφ.Λαρ. 22/2020 - σκ. 13, Δ.Εφ.Θεσ/νίκης 147/2019 - σκ. 13).

Ενόψει των ως άνω και δεδομένου ότι τα στοιχεία της προσφοράς που υπέβαλε η ως άνω εταιρεία, ήτοι η άσκηση ενδίκων μέσων κατά των πράξεων αυτών, αφενός μεν δεν ασκεί επιρροή, γιατί η σχετική διάταξη δεν απαιτεί την τελεσίδικη/δεσμευτική ισχύ των κυρώσεων και, αφετέρου, δεν συνιστούν μέτρα αυτοκάθαρσης κατά τα οριζόμενα στο νόμο και στη διακήρυξη. Εξάλλου, η κατ' εξακολούθηση διάπραξη της ίδιας παράβασης και μάλιστα επί μακρό χρονικό διάστημα (2018 - 2019), δεν αποδεικνύει συμμόρφωση ούτε ότι η δημιουργία του μηχανισμού αποτροπής, τον οποίον αορίστως προβάλλει η δανείζουσα απέτρεψε την επανάληψη διάπραξης των αυτών παραβάσεων.

Συνεπώς, και για τον παρόντα λόγο, η ως άνω συνδιαγωνιζόμενη εταιρεία πρέπει να αποκλεισθεί από την διαδικασία του διαγωνισμού, διότι η δανείζουσα αυτήν εμπειρία εμπίπτει στον ανωτέρω εκτιθέμενο λόγο αποκλεισμού, που επιφέρει άμεσα τον αποκλεισμό της [...].».

21. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί της πρώτης προσφυγής ισχυρίζεται τα ακόλουθα : «[...] Στην προκείμενη περίπτωση η συμμετέχουσα στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία εταιρεία στηρίζεται στην εταιρεία με το διακριτικό τίτλο «...» (εφ' εξής δανείζουσα) ως προς την πλήρωση των κριτηρίων των άρθρων 2.2.5 και 2.2.6 της διακήρυξης (οικονομική-χρηματοοικονομική επάρκεια και τεχνική και επαγγελματική ικανότητα). Στο πλαίσιο αυτό, στο Ε.Ε.Ε.Σ. που υπέβαλε η δανείζουσα εταιρεία, εδήλωσε ότι έχουν επιβληθεί εις βάρος της, μέσα σε χρονικό διάστημα δυο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφοράς στον επίμαχο διαγωνισμό, πλέον των τριών (3) πράξεων επιβολής προστίμου από το Σ.ΕΠ.Ε. για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, που χαρακτηρίζονται σύμφωνα με την Υ.Α. 2063/Δ1632/2011 ως υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους.

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

Συγκεκριμένα, η δανείζουσα εταιρεία δήλωσε ότι έχουν επιβληθεί εις βάρος της οι, με αριθμούς .../.../20-12-2018, .../20-12-2018, .../16-10-2019, .../24-01-2019, .../70/09-04-2019 και .../18-07-2019, έξι (6) Πράξεις Επιβολής Προστίμου Σ.ΕΠ.Ε., χαρακτηριζόμενες ως πολύ υψηλής ή υψηλής σοβαρότητας, σημειώνοντας ότι οι δυο (2) πρώτες εξ αυτών έχουν επιβληθεί κατά τον ίδιο έλεγχο, ότι κατά των πράξεων αυτών έχουν ασκηθεί προσφυγές ενώπιον των αρμοδίων δικαστηρίων και ότι ως προς το χαρακτηρισμό τους οι βεβαιωθείσες παραβάσεις έχουν μετατραπεί σε σημαντικής σοβαρότητας.

[...] Στην προκείμενη περίπτωση η δανείζουσα απαντώντας καταφατικά στο ερώτημα του Μέρους III - πεδίο Γ του ΕΕΕΣ εάν έχει εν γνώσει της παραβιάσει τις υποχρεώσεις της στον τομέα του εργατικού δικαίου δήλωσε τα ανωτέρω αναφερόμενα, παραθέτοντας αναλυτική και λεπτομερή επεξήγηση το κάθε είδος επιβληθέντος προστίμου, καθώς και ότι έχει ασκήσει κατά των αντίστοιχων πράξεων επιβολής προστίμων ισάριθμες εμπρόθεσμες προσφυγές ενώπιον τακτικών διοικητικών δικαστηρίων, οι οποίες είναι ακόμη εκκρεμείς, ενώ επεσήμανε ότι εκ του λόγου τούτου (εκκρεμοδικία) καμία από τις αναφερόμενες κυρώσεις δεν έχει εισέτι καταστεί τελεσίδικη.

Συνακόλουθα, υπό αυτές τις περιστάσεις και ενόσω οι επίμαχες κυρώσεις δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ συνάγεται ότι ουδόλως πληρούται σε βάρος της προσφεύγουσας ο λόγος αποκλεισμού που τίθεται με το άρθρο 2.2.3.2 περ. γ' της διακήρυξης, διότι, ως επιτάσσουν οι κανόνες της διοικητικής δικονομίας, εφόσον οι πράξεις επιβολής προστίμων του ΣΕΠΕ, ως εκτελεστές διοικητικές πράξεις δύναται να προσβάλλονται με το ένδικο βοήθημα της προσφυγής ενώπιον του εκάστοτε αρμόδιου διοικητικού δικαστηρίου, ουδόλως επέρχεται η τελεσιδικία αυτών πριν την εκδίκαση των οικείων προσφυγών και την έκδοση των αντίστοιχων δικαστικών αποφάσεων.

Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 1.4 της διακήρυξης η ανάθεση και εκτέλεση της σύμβασης διέπεται από την κείμενη νομοθεσία και το κανονιστικό πλαίσιο, όπως ισχύουν και αναφέρονται στο προοίμιό της, ήτοι, μεταξύ άλλων, διέπεται

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

και από την διάταξη του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, η οποία κατόπιν της τελευταίας τροποποίησής της με το άρθρο 39 του Ν. 4488/2017, ορίζει ότι η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του ΣΕΠΕ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους.

Από το περιεχόμενο της τελευταίας αυτής διάταξης προκύπτει εμφανώς ότι, σε αντίθεση με την όμοια περιεχομένου διάταξη του άρθρου 73 παρ. 2 περ. γ' του Ν. 4412/2016 και αντιστοίχως τη διάταξη του άρθρου 2.2.3.2 περ. γ' της διακήρυξης, στην περίπτωση του άρθρου 68 παρ. 2 εδ. γ' του Ν. 3863/2010 η επιβολή των επίμαχων κυρώσεων αποσυνδέεται από την προϋπόθεση της τελεσίδικης και άρα δεσμευτικής ισχύος τους. Με άλλα λόγια, παρότι με το άρθρο 2.2.3.2 περ. γ' της διακήρυξης και αντιστοίχως με την διάταξη του άρθρου 73 παρ. 2 περ. γ' του Ν. 4412/2016 απαιτείται για τον αποκλεισμό του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα οι επίμαχες κυρώσεις του ΣΕΠΕ να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 68 παρ. 2 εδ. περ. γ' του Ν. 3863/2010, ο οποίος ομοίως διέπει την οικεία διαγωνιστική διαδικασία, κατά το άρθρο 1.4 αυτής, δεν απαιτείται για τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα οι εν λόγω όμοιες κυρώσεις να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ.

Τούτων δοθέντων γίνεται δεκτό ότι η απόκλιση των ως άνω διατάξεων ως προς την απαίτηση της τελεσιδικίας ή μη των επίμαχων κυρώσεων του ΣΕΠΕ γεννούσε αμφιβολίες σε σχέση με την εφαρμογή του θεμελιούμενου επί αυτών λόγου αποκλεισμού, η οποία ουδόλως ηδύνατο να αποβεί σε βάρος της συμμετέχουσας, οδηγώντας άνευ ετέρου στον αποκλεισμό της. Ενόψει των ανωτέρω, και υπό το πρίσμα της εφαρμογής του άρθρου 2.2.3.2 περ. γ' της διακήρυξης σε συνδυασμό με την διάταξη του άρθρου 68 παρ. 2 εδ. περ. γ'

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

του Ν. 3863/2010, στο πλαίσιο των αρχών της χρηστής διοίκησης και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, η Επιτροπή αξιολόγησης ορθώς δεν εισηγήθηκε και το Διοικητικό Συμβούλιο του Νοσοκομείου ορθώς δεν αποφάσισε τον αποκλεισμό της συμμετέχουσας εταιρείας για τους ανωτέρω λόγους.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι ένεκα των επιβληθέντων προστίμων του ΣΕΠΕ στη δανείζουσα για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, η συμμετέχουσα εμπίπτει ούτως ή άλλως στον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4 περ. α' της διακήρυξης, με τον οποίο απαιτείται η μη αθέτηση των υποχρεώσεων που απορρέουν από την διάταξη του άρθρου 18 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, σημειούνται τα εξής:

Με το άρθρο 2.2.3.4. περ. α' της διακήρυξης προβλέπεται ότι αποκλείεται από τη συμμετοχή στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία προσφέρων οικονομικός φορέας εάν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016. Όμως, με το ως άνω περιεχόμενο το άρθρο 2.2.3.4. περ. α' της διακήρυξης έχει γενικότερο χαρακτήρα σε σχέση με την ειδικού περιεχομένου διάταξη του άρθρου 2.2.3.2 περ. γ' της διακήρυξης[...]

Επομένως, δεδομένου ότι αμφότεροι οι όροι απευθύνονται σε όλους τους δικαιούμενους συμμετοχής στον υπόψη διαγωνισμό οικονομικούς φορείς που δραστηριοποιούνται επαγγελματικά στην παροχή υπηρεσιών φύλαξης (όπως προβλέπεται με το άρθρο 2.2.4. της διακήρυξης), η μεταξύ των επίμαχων άρθρων σχέση γενικού προς ειδικό έχει την έννοια ότι, πέραν των λοιπών παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας στις οποίες αναφέρεται ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4 περ. α' της διακήρυξης, ειδικά για τα πρόστιμα του ΣΕΠΕ λόγω παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία ως υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας, στα οποία αναφέρεται ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.2 περ. γ' της διακήρυξης, απαιτείται, κατά τον κρίσιμο χρόνο που ορίζει το οικείο άρθρο, η επιβολή τριών (3) προστίμων που να προκύπτουν

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους και που να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ.

Με άλλα λόγια, στην περίπτωση των προστίμων του ΣΕΠΕ, στα οποία αναφέρεται το άρθρο 2.2.3.2 περ. γ' της διακήρυξης, προκύπτει ότι, ακόμα κι αν αυτά επιβάλλονται ένεκα παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας, θα πρέπει, για την θεμελίωση του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.2 περ. γ' σωρευτικά να πληρούνται τα αριθμητικά κριτήρια που θέτει το οικείο άρθρο και να έχει επέλθει η τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύς τους, με συνέπεια, η επιβολή ενός μόνον τέτοιου προστίμου να μην αρκεί για τον αποκλεισμό του εκάστοτε οικονομικού φορέα. Παρόλα αυτά, δεδομένου ότι οι λόγοι αποκλεισμού των άρθρων 2.2.3.2 περ. γ' και 2.2.3.4 περ. α' συνυπάρχουν στην ίδια διακήρυξη και αλληλοκαλύπτονται κατά το μέρος που τα πρόστιμα του ΣΕΠΕ του άρθρου 2.2.3.2 περ. γ' επιβάλλονται λόγω παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας, εμπίπτοντας έτσι και στην περίπτωση του άρθρου 2.2.3.4 περ. α', χωρίς όμως να αποσαφηνίζεται εκ της διατυπώσεως των ως άνω όρων η σχέση γενικού προς ειδικού που τους συνδέει, εύλογα ανακύπτει αμφιβολία ως προς τις προϋποθέσεις που απαιτούνται για την υπαγωγή σε έκαστο λόγο αποκλεισμού, δοθέντος ότι για την υπαγωγή στον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.2 περ. γ' απαιτείται η τελεσίδικη ισχύς των οικείων κυρώσεων, ενώ για την υπαγωγή στον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4 περ. α' δεν τίθεται τέτοια προϋπόθεση. Ενόψει των ανωτέρω, στο πλαίσιο των αρχών της χρηστής διοίκησης και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, η Επιτροπή αξιολόγησης ορθώς δεν εισηγήθηκε και το Διοικητικό Συμβούλιο του Νοσοκομείου ορθώς δεν αποφάσισε τον αποκλεισμό της συμμετέχουσας για τους ανωτέρω λόγους.

Σε κάθε περίπτωση, με το άρθρο 2.2.3.7 της διακήρυξης προβλέπεται ότι στην περίπτωση που προσφέρων εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στα άρθρα 2.2.3.1, 2.2.3.2 περ. γ' και 2.2.3.4 δύναται να προσκομίσει στοιχεία που να αποδεικνύουν ότι έλαβε μέτρα αυτοκάθαρσης, τα οποία επαρκούν για την αξιοπιστία του, παρά την συνδρομή του εκάστοτε

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

λόγου αποκλεισμού. Τα μέτρα αυτοκάθαρσης αξιολογούνται από την αναθέτουσα αρχή προκειμένου να αποφασίσει αιτιολογημένα για τον αποκλεισμό ή μη του προσφέροντα από τη διαγωνιστική διαδικασία, κατά τα οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 8-9 του Ν. 4412/2016. Επομένως, εκ των όρων της διακήρυξης και αντιστοίχως της ισχύουσας νομοθεσίας δεν θεμελιούται δέσμια αρμοδιότητα ημών ως Αναθέτουσας Αρχής να αποκλείσει αυτομάτως διαγωνιζόμενο που εμπίπτει σε κάποιον από τους λόγους αποκλεισμού των άρθρων 2.2.3.2 περ. γ' και 2.2.3.4 περ. α' της διακήρυξης, αλλά τυχόν αποκλεισμός του επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια της Επιτροπής αξιολόγησης του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016, η οποία αξιολογεί την αξιοπιστία του προσφέροντα βάσει των μέτρων αυτοκάθαρσης που έλαβε έως τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του.

Στην εξεταζόμενη περίπτωση, η δανείζουσα απάντησε στο ερώτημα του πεδίου Γ - Μέρος ΙΙΙ της διακήρυξης εάν έχει λάβει μέτρα για την αξιοπιστία της (αυτοκάθαρση), 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. Στο πλαίσιο αυτό έχει ιδρύσει και λειτουργεί νέα Διεύθυνση στο Τμήμα Προσωπικού, οι αρμοδιότητες της οποίας περιγράφονται αναλυτικά στο εν λόγω πεδίο, εκπαίδευσε τους εργαζομένους της για τον ακριβή τρόπο έγκαιρης γνωστοποίησης των αλλαγών χρόνου εργασίας, προσέλαβε δεύτερο υπάλληλο ηλεκτρονικών υπολογιστών με εξειδικευμένο αντικείμενο την υποβολή τροποποιητικών πινάκων Ε4 εργαζομένων, ήτοι δήλωσε επαρκή στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι έλαβε μέσα που να θεμελιώνουν την αξιοπιστία της. Τα ανωτέρω δηλωθέντα μέτρα αυτοκάθαρσης ελήφθησαν υπόψη από την Επιτροπή αξιολόγησης του προκειμένου διαγωνισμού και για το λόγο αυτό δεν εισηγήθηκε τον αποκλεισμό της συμμετέχουσας εταιρείας. Συνεπώς, ακόμα κι αν ήθελε θεωρηθεί ότι η συμμετέχουσα εταιρεία ενέπιπτε σε έναν από τους λόγους αποκλεισμού των άρθρων 2.2.3.2 περ. γ' ή/και 2.2.3.4 περ. α' της διακήρυξης αποδεικνύεται από

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

το κατά τα ανωτέρω υποβληθέν ΕΕΕΣ και τα σε αυτό περιεχόμενα ότι τα μέτρα που έλαβε η δανείζουσα για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της (μέτρα αυτοκάθαρσης) επαρκούν πλήρως προς τούτο.

Εξάλλου, για την εφαρμογή του άρθρου 2.2.3.7 της διακήρυξης σχετικά με την εκτίμηση των μέτρων αυτοκάθαρσης που έλαβε ο εκάστοτε διαγωνιζόμενος για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του απαραίτητη προϋπόθεση είναι κατ' αρχήν ο διαγωνιζόμενος να εμπίπτει σε έναν από τους προβλεπόμενους με τους όρους 2.2.3.2 περ. γ' ή/και 2.2.3.4 περ. α' της διακήρυξης λόγους αποκλεισμού, προϋπόθεση η οποία δεν συντρέχει εν προκειμένω για τη συμμετέχουσα εταιρεία, κατά τα προδιαληφθέντα. Ενόψει των ανωτέρω, στο πλαίσιο των αρχών της χρηστής διοίκησης και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, η Επιτροπή αξιολόγησης ορθώς δεν εισηγήθηκε και το Διοικητικό Συμβούλιο του Νοσοκομείου ορθώς δεν αποφάσισε τον αποκλεισμό της συμμετέχουσας για τους ανωτέρω λόγους.

Κατά το σκέλος που αφορά στον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι η συμμετέχουσα εταιρεία ένεκα της επιβολής των επίμαχων προστίμων εμπίπτει στον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4 περ. θ' της διακήρυξης λόγω τέλεσης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, σημειούται ότι, όπως εκτέθηκε ανωτέρω, τόσο η αθέτηση των υποχρεώσεων του άρθρου 18 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 όσο και η επιβολή μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφοράς τριών (3) πράξεων επιβολής προστίμου του ΣΕΠΕ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους συνιστούν αυτοτελείς λόγους αποκλεισμού βάση των αντίστοιχων άρθρων 2.2.3.4. περ. α' και 2.2.3.2 περ. γ' της διακήρυξης.

[...] Συνεπώς, ειδικά για τους οικονομικούς φορείς που δραστηριοποιούνται στην παροχή υπηρεσιών φύλαξης, η υπαγωγή σε μία από τις περιπτώσεις του άρθρου 68 παρ. 2 περίπτωση γ' δεύτερο εδάφιο του Ν. 3863/2010 θεμελιώνει μεν λόγο αποκλεισμού δυνάμει του άρθρου 2.2.3.2 περ.

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

γ' της διακήρυξης, ο οποίος εν μέρει συμπίπτει με το άρθρο 2.2.3.4 περ. α' της διακήρυξης, ως προς την μεταξύ αυτών σύγκυση περιεχομένου και διάσταση προϋποθέσεων, ταυτόχρονα δε θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού δυνάμει του άρθρου 2.2.3.4 θ' της διακήρυξης ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, όπου αποσυνδέεται από την προϋπόθεση της τελεσιδικίας. Ήτοι, οι ίδιες παραβατικές συμπεριφορές θεμελιώνουν περισσότερους λόγους αποκλεισμού, οι οποίοι εφαρμόζονται υπό διαφορετικές κατά την διακήρυξη και την οικεία νομοθεσία προϋποθέσεις, με συνέπεια να εγείρεται και στην περίπτωση αυτή αμφιβολία μεταξύ των ισχυόντων λόγων αποκλεισμού. Μάλιστα, η αμφιβολία αυτή επιρρωνύεται από το γεγονός ότι κατά την διατύπωση του άρθρου 18 παρ. 5 εδ. β' του Ν. 4412/2016 ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται ιδίως τα προβλεπόμενα στο δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, με συνέπεια να μην αποκλείεται και έτερες παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, για παράδειγμα οι προβλεπόμενες στο πρώτο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 παραβάσεις, όπως τίθενται στην εξεταζόμενη περίπτωση, να συνιστούν εξίσου επαγγελματικό παράπτωμα.

Εν προκειμένω, τα παραπάνω επιβεβαιώνονται από το γεγονός ότι παρότι η δανείζουσα εταιρεία απάντησε καταφατικά στο ερώτημα του πεδίου Γ - Μέρος III του ΕΕΕΣ εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, στο αμέσως επόμενο πεδίο, όπου καλείται να περιγράψει το επαγγελματικό παράπτωμα, επαναλαμβάνει όσα έχει ήδη αναφέρει σε απάντηση του ερωτήματος εάν έχει παραβιάσει τις υποχρεώσεις της στον τομέα του εργατικού δικαίου, ήτοι τα σχετικά με την επιβολή των επίμαχων προστίμων. Υπό αυτές τις περιστάσεις θα συνιστούσε άνιση μεταχείριση ο αποκλεισμός της εν λόγω εταιρείας ένεκα σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Για το λόγο αυτό, στο πλαίσιο των αρχών της χρηστής διοίκησης και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, η Επιτροπή αξιολόγησης ορθώς δεν εισηγήθηκε και το Διοικητικό Συμβούλιο του Νοσοκομείου ορθώς δεν αποφάσισε τον αποκλεισμό της συμμετέχουσας για τους ανωτέρω λόγους.

[...] για την νομιμότητα της προσφοράς του προσφέροντα, ο τρίτος οικονομικός φορέας στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο προσφέρων πρέπει να αποδεικνύει ότι δεν εμπίπτει στους τιθέμενους με την διακήρυξη λόγους αποκλεισμού όπως και ότι πληροί τα ζητούμενα κατά την διακήρυξη κριτήρια ποιοτικής επιλογής, σε περίπτωση δε που η αναθέτουσα αρχή διαπιστώνει ότι σε βάρος του τρίτου οικονομικού φορέα συντρέχει οιοσδήποτε εκ των αναφερόμενων στους όρους 2.2.3.1., 2.2.3.2. και 2.2.3.3. της διακήρυξης λόγος αποκλεισμού οφείλει να ζητήσει από τον προσφέροντα την αντικατάσταση του τρίτου φορέα, ο δε προσφέρων υποχρεούται προς τούτο. Συνεπώς, λαμβανομένου υπόψη ότι κατά την διάταξη του άρθρου 104 παρ. 1 εδ. α' του Ν. 4412/2016, όπως αντιστοίχως προβλέπεται και στον όρο 2.2.10.2. Α' εδ. α' της διακήρυξης, το δικαίωμα, οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής του προσφέροντα κρίνονται το πρώτον κατά την υποβολή της προσφοράς του, δεδομένης της κατά τα ανωτέρω ασάφειας μεταξύ των επίμαχων λόγων αποκλεισμού (2.2.3.2 περ. γ', 2.2.3.4 περ. α' και 2.2.3.4 περ. θ' της διακήρυξης), ουδόλως στοιχειοθετείται νόμιμα η υπαγωγή της δανείζουσας εταιρείας σε οιοδήποτε εκ των λόγων αυτών, με συνέπεια αβάσιμα να προβάλλονται από την προσφεύγουσα τα περί δεσμίας αρμοδιότητας ημών ως αναθέτουσας αρχής να προβούμε στον αποκλεισμό της συμμετέχουσας. Για το λόγο αυτό, στο πλαίσιο των αρχών της χρηστής διοίκησης και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, η Επιτροπή αξιολόγησης ορθώς δεν εισηγήθηκε και το Διοικητικό Συμβούλιο του Νοσοκομείου ορθώς δεν αποφάσισε τον αποκλεισμό της συμμετέχουσας για τους ανωτέρω λόγους».

22. Επειδή ο παρεμβαίνων επί της πρώτης προσφυγής προβάλλει τα ακόλουθα: « [...] Β1. ΜΗ ΝΟΜΙΜΗ ΚΑΙ ΑΒΑΣΙΜΗ Η ΑΙΤΙΑΣΗ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΕΥΓΟΥΣΑΣ, ΕΡΕΙΔΟΜΕΝΗ ΣΤΗΝ ΕΣΦΑΛΜΕΝΗ ΠΡΟΥΠΟΘΕΣΗ ΟΤΙ Η ΕΠΙΒΟΛΗ ΠΛΕΟΝ ΤΩΝ 3 ΠΡΑΞΕΩΝ ΕΠΙΒΟΛΗΣ ΠΡΟΣΤΙΜΟΥ «ΥΨΗΛΗΣ» Ή «ΠΟΛΥ ΥΨΗΛΗΣ» ΣΟΒΑΡΟΤΗΤΑΣ ΑΠΟ ΤΑ ΑΡΜΟΔΙΑ ΕΛΕΓΚΤΙΚΑ ΟΡΓΑΝΑ ΣΕΠΕ ΚΑΤ' ΑΡΘΡΟ 68 ΤΟΥ Ν. 3863/2010 ΣΤΗΝ

ΔΑΝΕΙΖΟΥΣΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ «...» ΣΥΝΕΠΑΓΕΤΑΙ ΔΗΘΕΝ ΥΠΟΧΡΕΩΤΙΚΟ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ΜΑΣ- Η ΔΑΝΕΙΖΟΥΣΑ ΣΕ ΕΜΑΣ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ, ΔΕΝ ΕΜΠΙΠΤΕΙ ΣΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ ΤΩΝ ΟΡΩΝ 2.2.3.2 ΠΕΡ. Γ ΚΑΙ 2.2.3.4 ΠΕΡ. Α΄ & Θ΄ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ. ΔΙΟΤΙ Η ΜΗ ΤΑΥΤΙΣΗ ΤΟΥ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΟΥ ΤΟΥ ΟΡΟΥ 2.2.3.2 ΠΕΡ. Γ΄ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΜΕ ΤΟΝ ΟΡΟ 2.2.3.4 ΠΕΡ. Α΄ ΚΑΙ Θ΄ ΑΥΤΗΣ ΣΥΝΕΠΑΓΕΤΑΙ ΑΜΦΙΣΗΜΙΑ ΤΩΝ ΟΡΩΝ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ, Η ΟΠΟΙΑ ΔΕΝ ΜΠΟΡΕΙ ΝΑ ΕΡΜΗΝΕΥΘΕΙ ΣΕ ΒΑΡΟΣ ΣΥΜΜΕΤΕΧΟΥΣΑΣ ΣΤΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ - ΟΙ ΕΠΙΒΛΗΘΕΙΣΕΣ ΑΠΟ ΤΗΝ ΕΠΙΘΕΩΡΗΣΗ ΕΡΓΑΣΙΑΣ ΠΡΑΞΕΙΣ ΕΠΙΒΟΛΗΣ ΠΡΟΣΤΙΜΟΥ «ΥΨΗΛΗΣ» ΚΑΙ «ΠΟΛΥ ΥΨΗΛΗΣ» ΣΟΒΑΡΟΤΗΤΑΣ ΣΤΗ ΔΑΝΕΙΖΟΥΣΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ «...» ΔΕΝ ΕΧΟΥΝ ΑΠΟΚΤΗΣΕΙ ΤΕΛΕΣΙΔΙΚΗ ΚΑΙ ΔΕΣΜΕΥΤΙΚΗ ΙΣΧΥ.- ΩΣ ΕΚ ΤΟΥΤΟΥ ΕΙΝΑΙ ΑΠΟΛΥΤΩΣ ΝΟΜΙΜΗ Η ΣΤΗΡΙΞΗ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ΜΑΣ ΣΤΗΝ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ ΤΟΥ ΤΡΙΤΟΥ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥ ΦΟΡΕΑ «...», ΧΩΡΙΣ ΝΑ ΑΠΑΙΤΕΙΤΑΙ Η ΥΠΟΒΟΛΗ ΕΠΑΝΟΡΘΩΤΙΚΩΝ ΜΕΤΡΩΝ ΚΑΤ΄ ΑΡΘΡΟ 73 ΠΑΡ. 7 ΤΟΥ Ν. 4412/2016 ΚΑΙ 2.2.3.7. ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ

Διότι η στήριξη της εταιρείας μας, στην ικανότητα του τρίτου οικονομικού φορέα «...» κατ' άρθρον 78 Ν. 4412/2016 και 2.2.8 της διακήρυξης είναι απολύτως νόμιμη, καθώς παρά το γεγονός ότι έχουν επιβληθεί στην ανωτέρω δανείζουσα εταιρεία την τελευταία διετία μέχρι σήμερα πλέον των τριών (3) πράξεων 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), ως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, οι εν λόγω κυρώσεις ΔΕΝ ΕΧΟΥΝ ΑΠΟΚΤΗΣΕΙ ΤΕΛΕΣΙΔΙΚΗ ΚΑΙ ΔΕΣΜΕΥΤΙΚΗ ΙΣΧΥ. Η διακήρυξη δε με αριθμό .../2020 οδηγεί σε αμφισημία που δεν μπορεί να ερμηνευθεί σε βάρος διαγωνιζομένων ως προς τους λόγους αποκλεισμού στον υπό κρίση διαγωνισμό δεδομένου ότι περιλαμβάνει αφενός τον όρο του

άρθρου 2.2.3.2 περ. γ' περί λόγου αποκλεισμού από επιβληθείσες κυρώσεις ΣΕΠΕ την τελευταία διετία που να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ και αφετέρου τους όρους 2.2.3.4 περ. α' και θ' οι οποίοι παραθέτουν επί λέξει τις ρυθμίσεις του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, ο οποίος εντάσσεται στο θεσμικό πλαίσιο του διαγωνισμού και συνεπάγεται τον υποχρεωτικό αποκλεισμό συμμετέχοντος που έχουν επιβληθεί οι προβλεπόμενες πράξεις επιβολής προστίμου ΣΕΠΕ την τελευταία διετία, χωρίς να απαιτείται για τον αποκλεισμό οι εν λόγω κυρώσεις να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ.

Ως εκ τούτου η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία δεν εμπίπτει σε λόγο αποκλεισμού και για το λόγο αυτό η αναθέτουσα αρχή και η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού νομίμως αποδέχθηκαν τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς της εταιρείας μας «...».

Εν προκειμένω, η εταιρεία μας υπέβαλε προσφορά στον υπό κρίση διαγωνισμό στηριζόμενη στην ικανότητα της εταιρείας «...». Στην εν λόγω εταιρεία, έχουν επιβληθεί μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς στον υπό κρίση διαγωνισμό, πλέον των τριών (3) πράξεων επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που 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, όπως άλλωστε δηλώθηκε και στο υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. της εν λόγω εταιρείας στο διαγωνισμό αυτό.[...]

οι ανωτέρω πράξεις επιβολής προστίμου ΣΕΠΕ στην δανείζουσα εμπειρία εταιρεία «...» δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ και για το λόγο αυτό η επιβολή τους και μόνο ΔΕΝ ΜΠΟΡΕΙ να αποτελέσει λόγο αποκλεισμού της δανείζουσας εμπειρία εταιρείας και κατ' επέκτασιν της εταιρείας μας «...».

Και τούτο διότι η μη ταύτιση του περιεχομένου του όρου 2.2.3.2 της διακήρυξης με τη διάταξη του άρθρου 68 του Ν. 4412/2016, ως προς την απαίτηση για τελεσιδικία των σχετικών κυρώσεων, οδηγεί εν προκειμένω σε αμφισβημία των όρων της διακήρυξης σχετικά με τον επίμαχο λόγο αποκλεισμού, η οποία σύμφωνα με τα ανωτέρω δεν μπορεί να ερμηνευθεί εις βάρος της δανείζουσας εμπειρία εταιρείας και εις βάρος της εταιρείας μας, επιφέροντας την απόρριψη της προσφοράς μας, καθώς η Αναθέτουσα Αρχή, όπως AD HOC έχει κριθεί από την ΑΕΠΠ (βλ. ΑΕΠΠ 265/2019) όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα δεδομένου ότι γνώριζε τη διαφοροποίηση των ως άνω διατάξεων, αναφέροντας αν απαιτείται ή όχι τελεσιδικία των σχετικών κυρώσεων αίροντας ρητώς και σαφώς την ασάφεια που προκύπτει από την ταυτόχρονη εφαρμογή των ως άνω διατάξεων.

Επειδή, η εν θέματι διακήρυξη αναφέρει στο θεσμικό πλαίσιο τόσο τον Ν. 4412/2016 (βλ. αρ. 73) ως και το άρθρο 68 του Ν. 3863/2010 που αφορά ad hoc της υπηρεσίες καθαριότητας και φύλαξης ως οι προκείμενες. Ωστόσο, στο άρθρο 2.2.3.2. περίπτωση (γ) επιλέγει να αποστεί από την ειδικότερη πρόβλεψη του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 επιλέγοντας κατά τρόπο σαφή την γενικότερη πρόβλεψη του άρθρου 73 όπου για την απόρριψη προσφοράς βάσει επιβληθέντων προστίμων συγκεκριμένου αριθμού και σπουδαιότητας την τελευταία διετία προ της υποβολής προσφοράς, απαιτείται οι σχετικές ποινές να έχουν καταστεί τελεσιδικής και δεσμευτικές (βλ. AD HOC ΑΕΠΠ 370/2020).

Επειδή, η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία έχει αμφισβητήσει όλα τα κρίσιμα κατά χρόνο επιβληθέντα πρόστιμα, οι, δε, σχετικές προσφυγές εκκρεμούν. Επομένως, δεν πληρούται η προϋπόθεση περί τελεσιδικιών και δεσμευτικών 3 πράξεων επιβολής προστίμου «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας κατά τα ειδικότερα προβλεφθέντα στον οικείο όρο της διακήρυξης. Σε κάθε περίπτωση η αιτίαση της προσφεύγουσας ερείδεται επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης ότι οι οικείοι όροι της διακήρυξης, επιβάλλουν δήθεν αποκλειστικά την εφαρμογή του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 και ως της την

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

απόρριψη της προσφοράς με μόνη την επιβολή των ως άνω αναφερθέντων προστίμων. Πλην όμως, η διακήρυξη δεν είναι αρκούντως σαφής (περιλαμβάνει τόσο τα οριζόμενα στο άρθρο 73 παρ. 2 περ. γ Ν. 4412/2016 περί τελεσίδικης και δεσμευτικής ισχύος των πράξεων επιβολής προστίμου όσο και τα οριζόμενα στο άρθρο 68 του Ν. 3863/2010 δημιουργώντας αμφισημία στους όρους της διακήρυξης σχετικά με τον επίμαχο λόγο αποκλεισμού) και ως εκ τούτου δεν κατισχύει το Άρθρο 68 του Ν. 3863/2010 ως *lex specialis* (βλ. Δεφίλων Ν6/2019), ισχυρισμός, ο οποίος προβάλλεται αλυσιτελώς κι επομένως απαραδέκτως από την προσφεύγουσα.

Συνεπώς, μη νόμιμα, αβάσιμα και σκοπίμως παραπειστικώς η προσφεύγουσα βάλλει κατά της απολύτως νόμιμης συμμετοχής της εταιρείας μας στον υπό κρίση διαγωνισμό και για το λόγο αυτό θα πρέπει να απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η προσφυγή της εταιρείας «...».

ΑΚΟΜΗ ΚΑΙ ΕΑΝ Η ΔΑΝΕΙΖΟΥΣΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΕΝΕΠΙΠΤΕ ΣΕ ΛΟΓΟ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ ΕΞΑΙΤΙΑΣ ΤΗΣ ΕΠΙΒΟΛΗΣ ΚΑΙ ΜΟΝΟΝ ΠΛΕΟΝ ΤΩΝ ΤΡΙΩΝ ΠΡΑΞΕΩΝ ΕΠΙΒΟΛΗΣ ΠΡΟΣΤΙΜΟΥ «ΥΨΗΛΗΣ» Ή «ΠΟΛΥ ΥΨΗΛΗΣ» ΣΟΒΑΡΟΤΗΤΑΣ ΚΑΤ' ΑΡΘΡΟ 68 ΤΟΥ Ν. 3863/2010, ΤΟΤΕ ΜΕ ΒΑΣΗ ΤΗ ΡΗΤΗ ΔΙΑΤΑΞΗ ΤΩΝ ΟΡΩΝ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ 2.2.3.4. ΠΕΡ. α' ΚΑΙ 2.2.3.7. ΘΑ ΕΠΡΕΠΕ ΝΑ ΑΞΙΟΛΟΓΗΘΟΥΝ ΛΗΦΘΕΝΤΑ ΕΠΑΝΟΡΘΩΤΙΚΑ ΜΕΤΡΑ ΤΗΣ ΔΑΝΕΙΖΟΥΣΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΠΟΔΕΙΞΗ Ή ΜΗ ΤΗΣ ΑΞΙΟΠΙΣΤΙΑΣ ΤΗΣ - ΟΥΔΕΜΙΑ ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΜΑΣ ΥΦΙΣΤΑΤΑΙ – Η ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ ΘΑ ΟΦΕΙΛΕ ΚΑΤΑ ΔΕΣΜΙΑ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑ ΝΑ ΕΞΕΤΑΣΕΙ ΤΑ ΛΗΦΘΕΝΤΑ ΕΠΑΝΟΡΘΩΤΙΚΑ ΜΕΤΡΑ ΤΗΣ ΔΑΝΕΙΖΟΥΣΑΣ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ

Διότι σε κάθε περίπτωση, ακόμη και αν υποτεθεί ότι δήθεν η εταιρεία «...» ενέπιπτε σε λόγο αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4. της διακήρυξης, όπως στο άρθρο 2.2.3.4. περ. α' που συμπεριέλαβε αυτούσια τα οριζόμενα στο άρθρο 68 του Ν. 3863/2010, τότε η Αναθέτουσα Αρχή ΟΦΕΙΛΕ ΚΑΤΑ ΔΕΣΜΙΑ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑ να αξιολογήσει τα ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα της δανείζουσας εμπειρία εταιρείας, κατ' άρθρο 73 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 και

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

2.2.3.7. της διακήρυξης, προκειμένου να διαπιστώσει την επάρκεια ή μη των επανορθωτικών μέτρων που είχε λάβει η ανωτέρω εταιρεία και δήλωσε νομίμως, αν και δεν είχε υποχρέωση προς τούτο, στο υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. της προσφοράς της.

[...] ακόμη και εάν θεωρηθεί εσφαλμένα ότι η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία «...» εμπίπτει στο λόγο αποκλεισμού του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, η εν λόγω παραβίαση του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 έχει συμπεριληφθεί ρητά και αδιαμφισβήτητα στο λόγο αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4. περ. α' και θ' (διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος) και ως εκ τούτου οικονομικός φορέας παραβιάζει τα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.3.4. της διακήρυξης μπορεί να δηλώσει μέτρα αυτοκάθαρση προς απόδειξη της αξιοπιστίας τους. Η Αναθέτουσα Αρχή δε ΟΦΕΙΛΕΙ ΚΑΤΑ ΔΕΣΜΙΑ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑ να αξιολογήσει τα ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα του οικονομικού και να αποφανθεί αιτιολογημένα για την επάρκεια ή μη των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων του οικονομικού φορέα.

Στην προκειμένη λοιπόν περίπτωση η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία «...», ακόμα και εάν θεωρηθεί ότι εμπίπτει στο λόγο αποκλεισμού του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, ο οποίος έχει συμπεριληφθεί αυτούσιος στο άρθρο 2.2.3.4. περ. α' και θ' της διακήρυξης, έχει δηλώσει εκ περισσού στο υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. τα επανορθωτικά μέτρα που είχε λάβει προκειμένου να αποδείξει την αξιοπιστία της.

Ως εκ τούτου η Αναθέτουσα Αρχή θα όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα, σύμφωνα με τα ρητώς οριζόμενα στο άρθρο 2.2.3.7. της διακήρυξης που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του υπό κρίση διαγωνισμού, να αξιολογήσει τα δηλωθέντα επανορθωτικά μέτρα που έλαβε η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία και να αποφανθεί για την επάρκεια ή μη των δηλωθέντων επανορθωτικών μέτρων.

Ως εκ τούτου η προσφεύγουσα αβασίμως και εσφαλμένως προβάλλει με την αιτίασή της ότι δήθεν η Αναθέτουσα Αρχή έπρεπε να απορρίψει την υποβληθείσα προσφορά της εταιρείας μας, η οποία στηρίζεται στην ικανότητα

της εταιρείας «...», δεδομένου ότι, ακόμη και εάν η δανείζουσα εταιρεία «...» ενέπιπτε στους λόγους αποκλεισμού του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 όπως αυτοί τέθηκαν στο άρθρο 2.2.3.4. περ. α' και θ' της διακήρυξης, η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα να αξιολογήσει τα επανορθωτικά μέτρα της δανείζουσας εμπειρία εταιρείας ΚΑΙ ΟΧΙ να απορρίψει την προσφορά της εταιρείας μας.

Για το λόγο αυτό θα πρέπει να απορριφθεί καθ' ολοκληρία η αβάσιμη, μη νόμιμη και σκοπίμως παραπειστική προσφυγή της εταιρείας «...».

ΑΚΟΜΗ ΚΑΙ ΕΑΝ ΘΕΩΡΗΘΕΙ ΟΤΙ ΔΗΘΕΝ Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ «...» ΕΝΕΠΙΠΤΕ ΣΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 73 ΠΑΡ. 4 Ν. 4412/2016, ΑΡΘΡΟΥ 68 Ν. 3863/2010 ΚΑΙ 2.2.3.4. περ. α' και θ' ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ, Η ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ ΕΧΕΙ ΣΧΕΤΙΚΩΣ ΔΙΑΚΡΙΤΙΚΗ ΕΥΧΕΡΕΙΑ, ΤΟΥΤΗ ΕΚΤΕΙΝΕΤΑΙ ΣΤΙΣ ΕΠΙΛΟΓΕΣ ΕΙΤΕ ΝΑ ΚΑΝΕΙ ΔΕΚΤΗ ΤΗΝ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΜΑΣ ΕΙΤΕ ΝΑ ΖΗΤΗΣΕΙ ΤΗΝ ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΤΗΣ ΔΑΝΕΙΖΟΥΣΑΣ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ «...». - ΔΕ ΝΟΕΙΤΑΙ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΣ ΠΡΟΣΦΕΡΟΝΤΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥ ΦΟΡΕΑ ΛΟΓΩ ΠΛΗΜΜΕΛΕΙΑΣ ΠΟΥ ΑΦΟΡΑ ΤΟΝ ΔΑΝΕΙΖΟΝΤΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΦΟΡΕΑ, ΧΩΡΙΣ ΝΑ ΖΗΤΗΣΕΙ Η ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ ΤΗΝ ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΤΟΥ ΔΑΝΕΙΖΟΝΤΟΣ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΦΟΡΕΑ - ΠΡΟΔΗΛΩΣ ΑΒΑΣΙΜΗ ΚΑΙ ΜΗ ΝΟΜΙΜΗ Η ΑΙΤΙΑΣΗ ΤΟΥ ΠΡΟΣΦΕΥΓΟΝΤΟΣ

Διότι όπως μη νομίμως και αβασίμως η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσφοράς μας, λόγω της καταλογιζόμενης στην προσφορά μας δήθεν πλημμέλειας που αφορά αποκλειστικά την δανείζουσα εμπειρία εταιρεία. Εντούτοις, ακόμη και αν κριθεί ότι η Αναθέτουσα Αρχή διέθετε σχετική διακριτική ευχέρεια, εφόσον η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία ενέπιπτε σε λόγους αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 Ν. 4412/2016 και άρθρου 2.2.3.4. της διακήρυξης, η διακριτική της ευχέρεια εκτείνεται στις εξής δύο επιλογές:

- είτε να κάνει δεκτή την προσφορά της εταιρείας μας
- είτε να ζητήσει την αντικατάσταση του δανείζοντος εμπειρία οικονομικού φορέα.

Και τούτο διότι δεν νοείται αποκλεισμός προσφέροντος οικονομικού φορέα λόγω πλημμέλειας που αφορά τον δανείζοντα εμπειρία φορέα, χωρίς να ζητήσει η Αναθέτουσα Αρχή την αντικατάσταση του δανείζοντος εμπειρία φορέα. Εντούτοις, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα, κατά κατάφωρη παραβίαση της υπό κρίση διακήρυξης και της νομοθεσίας που διέπει αυτήν, βάλλει με την υπό κρίση προσφυγή της, ζητώντας τον αποκλεισμό της προσφοράς μας από τη συνέχιση του διαγωνισμού, χωρίς καν η Αναθέτουσα Αρχή να ζητήσει την αντικατάσταση της δανείζουσας εμπειρία, αν και η καταλογιζόμενη στην προσφορά μας πλημμέλεια, σύμφωνα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, αφορά την ως άνω δανείζουσα εμπειρία εταιρεία. Αντιθέτως, η Αναθέτουσα Αρχή διέθετε διακριτική ευχέρεια είτε να κάνει δεκτή την προσφορά της εταιρείας μας είτε να ζητήσει την αντικατάσταση της δανείζουσας εμπειρία εταιρείας, καθότι η δήθεν καταλογιζόμενη στην προσφορά μας πλημμέλεια αφορά την ως άνω δανείζουσα εμπειρία εταιρεία. Και τούτο διότι ουδόλως νοείται αποκλεισμός προσφέροντος οικονομικού φορέα λόγω πλημμέλειας που αφορά τον δανείζοντα εμπειρία φορέα, χωρίς να ζητήσει η Αναθέτουσα Αρχή την αντικατάσταση του δανείζοντος εμπειρία φορέα.

Για αυτό το λόγο, η προσφεύγουσα, κατά κατάφωρη παραβίαση της υπό κρίση διακήρυξης και της νομοθεσίας που διέπει αυτήν, βάλλει αβασίμως και μη νομίμως κατά της προσφοράς μας ζητώντας τον αποκλεισμό της προσφοράς μας από τη συνέχιση της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας.

Η ως άνω μη νόμιμη αιτίαση της προσφεύγουσας προβάλλεται όλως μη νομίμως και αβασίμως, καθότι συνιστά *contra legem* ερμηνεία, η οποία παραβιάζει ευθέως τόσο το Ν. 4412/2016 όσο και την υπό κρίση διακήρυξη. Και τούτο διότι όλως μη νομίμως η προσφεύγουσα κατ' ουσίαν ταυτίζει τη θέση του δανείζοντος εμπειρία φορέα με τον προσφέροντα.

Συνεπώς, ακόμη και σε περίπτωση που δήθεν η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία ενέπιπτε στους λόγους αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.4 της διακήρυξης και η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε μη επαρκή τα ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα της

δανείζουσας εταιρείας, τότε η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα να απαιτήσει την αντικατάσταση της ως άνω δανείζουσας εμπειρία εταιρείας και εάν δεν προβαίναμε στην εν λόγω αντικατάσταση, τότε και μόνον τότε, θα είχε τη νόμιμη δυνατότητα να απορρίψει την προσφορά μας από την υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία [...]

Από την αδιάστικτη γραμματική διατύπωση των όρων της διακήρυξης και της νομοθεσίας που διέπει αυτήν προκύπτει ρητά ότι οι οικονομικοί φορείς μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για τη συμμετοχή τους στον υπό κρίση διαγωνισμό. Σε περίπτωση διαπίστωσης συνδρομής ενός από τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74 του Ν. 4412/2016 ή της μη πλήρωσης των σχετικών κριτηρίων επιλογής που ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης και αφορούν τις ικανότητες του τρίτου που ο οικονομικός φορέας βασίζεται, η αναθέτουσα αρχή, σε περίπτωση που κρίνει ανεπαρκή τα ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα από τον τρίτο οικονομικό φορέα, υποχρεούται ΚΑΤΑ ΔΕΣΜΙΑ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑ να ζητήσει από τον υποψήφιο οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει τον τρίτο φορέα. Σε περίπτωση δε που διαπιστωθεί η συνδρομή των λόγω αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, η Αναθέτουσα Αρχή κατ' ενάσκηση της διακριτικής της ευχέρειας δύναται είτε ΝΑ ΑΠΟΔΕΧΘΕΙ την προσφορά συμμετέχοντος που στηρίζεται στην ικανότητα τρίτου οικονομικού φορέα που εμπίπτει σε δυνητικούς λόγους αποκλεισμού είτε να ζητήσει την αντικατάσταση του τρίτου οικονομικού φορέα. Λαμβανομένων δε υπόψη των γενικών αρχών του ενωσιακού δικαίου, καθώς έχει συμπεριλάβει στη διακήρυξη κάποιος από τους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού, τότε αυτός καθίσταται υποχρεωτικός και η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να εξετάζει τη συνδρομή των προϋποθέσεων εφαρμογής των δυνητικών λόγων αποκλεισμού που έχει συμπεριλάβει στα έγγραφα της σύμβασης, δίδοντας ιδιαίτερη προσοχή στην τήρηση της αρχής της αναλογικότητας[...]

Στην προκειμένη περίπτωση, η εταιρεία μας υπέβαλε την προσφορά της στον υπό κρίση διαγωνισμό, στηριζόμενη στις ικανότητες της τρίτης εταιρείας «...». Όπως δήλωσε δε η ίδια η τρίτη εταιρεία «...» στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της, σε αυτήν έχουν επιβληθεί μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς στον υπό κρίση διαγωνισμό, πλέον των τριών (3) πράξεων επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που 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. Για το λόγο αυτό η Αναθέτουσα Αρχή, ακόμη και σε περίπτωση που έκρινε εσφαλμένα ότι η εταιρεία «...» ενέπιπτε σε λόγο αποκλεισμού (άρθρου 68 Ν. 3863/2010 και άρθρου 2.2.3.4. της διακήρυξης), παρά την αμφισημία των όρων της διακήρυξης, και αφού έκρινε μη επαρκή τα ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα του τρίτου οικονομικού φορέα, «...», στις οποίες την ικανότητα στηρίζεται η εταιρεία μας, τότε θα ΟΦΕΙΛΕ ΚΑΤΑ ΔΕΣΜΙΑ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑ να μας καλέσει να αντικαταστήσουμε την εταιρεία «...».

Ως εκ τούτου, η προσφορά της εταιρείας μας, η οποία πληροί τους όρους της διακήρυξης επί ποινή απόρριψης προσφοράς, είναι απολύτως νόμιμη και ορθώς έγινε αποδεκτή από την Αναθέτουσα Αρχή, η οποία, ακόμη και εάν εσφαλμένα έκρινε ότι έπρεπε να απομακρυνθεί από τη στήριξη ικανότητας ο τρίτος οικονομικό φορέας «...», τότε η Αναθέτουσα Αρχή κατά δέσμια αρμοδιότητα θα όφειλε να καλέσει την εταιρεία μας να αντικαταστήσει τον τρίτο οικονομικό φορέα «...» που θα ενέπιπτε δήθεν στο λόγο αποκλεισμού του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010.

[...] η Αναθέτουσα Αρχή, σε περίπτωση λόγου αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 4 Ν. 4412/2016 στο πρόσωπο του δανείζοντος εμπειρία φορέα, διαθέτει ευχέρεια είτε να αποδεχθεί την προσφορά του προσφέροντος οικονομικού

φορέα, ως έχει, είτε να ζητήσει την αντικατάσταση του δανείζοντος εμπειρία φορέα, στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται ο προσφέρων. Απαγορεύεται δε άνευ ετέρου ο αυτόματος αποκλεισμός του προσφέροντος οικονομικού φορέα λόγω της συνδρομής λόγου αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 4 Ν. 4412/2016 στο πρόσωπο του δανείζοντος εμπειρία φορέα, στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται.

Εκ των ανωτέρω εκτεθέντων προκύπτει άνευ ετέρου ότι, σε κάθε περίπτωση, η Αναθέτουσα Αρχή θα είχε τη νόμιμη δυνατότητα να απορρίψει την προσφορά μας από την υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία ΜΟΝΟΝ εάν καλούσε την εταιρεία μας προς αντικατάσταση της ως άνω δανείζουσας εμπειρία εταιρείας και η εταιρεία μας δεν προβαίναμε στην εν λόγω αντικατάσταση, τότε και μόνον τότε.[...] κατά ρητή νομοθετική επιταγή παρέχεται στην Αναθέτουσα Αρχή η ευχέρεια να απαιτήσει την αντικατάσταση του δανείζοντος εμπειρία φορέα, σε περίπτωση που στο πρόσωπό του δεν πληρούται κριτήριο επιλογής ή συντρέχει λόγος αποκλεισμού του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016. Για το λόγο αυτό θα πρέπει να απορριφθεί καθ' ολοκληρία η αβάσιμη, μη νόμιμη και σκοπίμως παραπειστική προσφυγή της εταιρείας <<...>> [...].»

23. Επειδή με το υπόμνημά του ο πρώτος προσφεύγων ισχυρίζεται τα ακόλουθα : « [...] Η διακήρυξη, στις περ. α' και θ' του όρου 2.2.3.4 ρητά ορίζει ότι η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος αποτελεί λόγο αποκλεισμού από το διαγωνισμό. Δηλαδή, στις ως άνω περιπτώσεις ιδρύει αυτοτελή και ανεξάρτητο από τους υπόλοιπους, λόγο αποκλεισμού, περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Ειδικότερον, η διακήρυξη στην περ. α' του ως άνω όρου, ρητά ορίζει ότι για την παροχή των επίμαχων υπηρεσιών φύλαξης, ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται ιδίως, και όχι αποκλειστικά, όσα ορίζονται στο δεύτερο εδάφιο της περ. γ της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010.[...]

Επομένως, κατά τη διακήρυξη, μόνη η συνδρομή του πραγματικού του άρθρου 68 παρ. 2.γ του ν. 3863/2010 - το οποίο δεν ορίζει για τελεσιδικία/δέσμευτικότητα των πράξεων επιβολής προστίμου (εφεξής Π.Ε.Π.)

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

- συγκροτεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Εφόσον η διακήρυξη ορίζει ως λόγο αποκλεισμού τη διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος και ως τέτοιο εννοεί όσα προβλέπονται στο άρθρο 68 παρ. 2.γ του ν. 3863/2010, η συνδρομή στο πρόσωπο του διαγωνιζόμενου όσων ορίζονται στο πραγματικό του ως άνω άρθρου, συνιστά, ανεξαρτήτως της τελεσιδικίας/δεσμευτικότητας των Π.Ε.Π., σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, που επιφέρει τον αποκλεισμό του. Με τα δεδομένα αυτά, όταν εντάσσονται στο θεσμικό πλαίσιο του διαγωνισμού, ο ν. 4412/2016 και 3863/2010, και ιδίως το άρθρο 68, και προβλέπονται ρητώς ως υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού των οικονομικών φορέων, αφενός μεν η επιβολή εις βάρος τους Π.Ε.Π. με την πρόσθετη προϋπόθεση της τελεσιδικίας/δεσμευτικότητας των κυρώσεων και αφετέρου η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, νοούμενου ως τέτοιου για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών φύλαξης και της αναφερομένης στο άρθρο 68 παρ. 2.γ του ως άνω νόμου περιπτώσεως επιβολής Π.Ε.Π., όπου δεν τίθεται ως προϋπόθεση η τελεσιδικία/δεσμευτικότητα των εν λόγω πράξεων, η ένταξή των ως άνω λόγων αποκλεισμού και μάλιστα ως υποχρεωτικών στη διακήρυξη, συνεπάγεται τον αποκλεισμό, λόγω διαπράξεως σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος.

Συνεπώς, η τρίτη δανείζουσα είναι αποκλειστέα δυνάμει του ως άνω όρου της διακήρυξης, λόγω διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, ο οποίος δεν προϋποθέτει για την εφαρμογή του την τελεσιδικία/δεσμευτικότητα των σχετικών Π.Ε.Π.

[...] μπορεί στη διακήρυξη να γίνει σχετική πρόβλεψη για έναν, περισσότερους, όλους ή ενδεχομένως και κανόναν από τους λόγους (καταστάσεις) αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73, συνεκτιμώντας τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της υπό ανάθεση συμβάσεως και είναι δυνατόν να οδηγήσουν σε αποκλεισμό του διαγωνιζόμενου σε περίπτωση που ο τελευταίος τελεί σε οποιαδήποτε από τις ρητά προβλεπόμενες καταστάσεις. Σε περίπτωση, όμως, επιλογής οποιουδήποτε δυνητικού λόγου αποκλεισμού της παρ. 4 και πρόβλεψής του στη διακήρυξη (όρος 2.2.3.4.α), η αναθέτουσα αρχή

αποκλείει υποχρεωτικά τον οικονομικό φορέα, στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού. Και τούτο, γιατί η διακήρυξη θέτοντας το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, έθεσε τον όρο 2.2.3.4.α, ο οποίος - με την αναφορά στο άρθρο 68§2.γ του ν. 3863/2010 - λόγω του αντικείμενου του διαγωνισμού (φύλαξη) - κατέστησε με την θέσπιση αυτή, και εξ αιτίας του λόγου, τον όρο τούτο.

Ειδικότερον, έναντι του όρου 2.2.3.3.γ που απηχεί τον υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73§2.γ του ν.4412/2016 και ρυθμίζει το ζήτημα διαφορετικά. Δηλαδή, η διακήρυξη, αφού επέλεξε να αναφέρει ρητά και τον αυτό λόγο αποκλεισμού, μετατρέποντός τον από δυνητικό κατά την παρ. 4 του ως άνω άρθρου, σε υποχρεωτικό, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται πλέον να τον εφαρμόσει, ενόψει του ότι αφορά παροχή υπηρεσιών φύλαξης, ως ειδικότερο λόγο, τόσο κατά το νόμο όσο και κατά την διακήρυξη.

Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή έχει δέσμια αρμοδιότητα από το νόμο και τη διακήρυξη να εφαρμόσει την διάταξη του άρθρου 68§2.γ του ν. 3863/2010, που εντάχθηκε στο θεσμικό πλαίσιο του διαγωνισμού με σειρά όρων της διακήρυξης (1.4 και 2.2.3.4.α), κατά τα εκτιθέμενα αναλυτικά στον 1° λόγο της ασκηθείσης προσφυγής μου.

[...] Εφόσον ο νόμος για τους λόγους αποκλεισμού από τη σύναψη δημόσιας σύμβασης ορίζει ότι σε περίπτωση εκδόσεως Π.Ε.Π. από το Σ.ΕΠ.Ε., πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ και για το ίδιο ζήτημα, άλλος νόμος ορίζει ότι για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών καθαρισμού/φύλαξης, ο αποκλεισμός επέρχεται χωρίς οι Π.Ε.Π. να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, η επιλογή της εφαρμοστέας διάταξης θα πρέπει να γίνει με την ανωτέρω διάταξη ειδικού - γενικού. Από τα ανωτέρω εκτεθέντα είναι εμφανές ότι ο νόμος για τις συμβάσεις καθαρισμού/φύλαξης είναι ειδικός, αφού αναφέρεται σε ορισμένη - περιοριστικά - δραστηριότητα και όταν αφορά τη σύναψη συμβάσεων με αυτό το αντικείμενο (καθαριότητα/φύλαξη) υπερισχύει του γενικού νόμου που ρυθμίζει τις συμβάσεις με διαφορετικό αντικείμενο (π.χ. εστίαση). Συνεπώς, ο

όρος της διακήρυξης 2.2.3.2.γ απηχεί στο άρθρο 73§2.γ του ν. 4412/2016 και όπως έχει κριθεί (Α.Ε.Π.Π. 390, 391/2019) καταλαμβάνει όλα τα είδη των συμβάσεων και όχι μόνο τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαριότητας/φύλαξης για τις οποίες είχε προβλεφθεί και ειδικός λόγος αποκλεισμού. Οι δε διατάξεις της διακήρυξης που διέπουν το διαγωνισμό και εκτίθενται στην προσφυγή μου, περιέχουν ειδικές ρυθμίσεις που είναι υποχρεωτικά εφαρμοστέες και υπερισχύουν κάθε αντίθετης ρύθμισης (ΣΤΕ 1502/2003, ΣΤΕ Ε.Α. 16/2005, 577/2021 και Α.Ε.Π.Π. 501/2018), ως ειδικότερες και αφορώσες τον συγκεκριμένο διαγωνισμό, εφόσον δεν έχει προσβληθεί η νομιμότητά τους.

Η αναθέτουσα αρχή στο έγγραφο των απόψεών της, ισχυρίζεται ότι ο όρος 2.2.3.4.α, που ρητά μετουσιώνει το ρυθμιστικό πλαίσιο του άρθρου 68§2.γ του ν. 3863/2010, έχει γενικότερο χαρακτήρα σε σχέση με του ειδικού περιεχομένου όρο 2.2.3.2.γ. Ο ισχυρισμός αυτός είναι αβάσιμος, αφενός μεν διότι δεν βρίσκει έρεισμα στην ως άνω διάκριση των κανόνων δικαίου, ανάλογα με την διάταξή τους (ειδικός - γενικός) και αφετέρου διότι ο όρος 2.2.3.4.α, αναφέροντας ειδικά ότι στην επίμαχη σύμβαση (φύλαξης) ως επαγγελματικό παράπτωμα, νοούνται, όσα προβλέπονται στο άρθρο 68§2.γ του ν. 3863/2010, είναι ειδικότερος, αφού αφορά τον συγκεκριμένο διαγωνισμό έναντι του όρου 2.2.3.2 γ, που απηχεί το άρθρο 73§2.γ του ν. 4412/2016 και καταλαμβάνει γενικώς όλα τα είδη των δημοσίων συμβάσεων, πλην αυτών (καθαρισμός/φύλαξη) για τις οποίες έχουν προβλεφθεί ειδικοί λόγοι αποκλεισμού. Συνεπώς, ο ισχυρισμός είναι απορριπτέος ως αβάσιμος.

Αμφισημία, εννοιολογικώς, είναι η αμφίβολη ή διπλή σημασία λέξεων και φράσεων, ή δισημία/αμφιβολία. Ερμηνεία μιας διάταξης νόμου ή όρου διακήρυξης είναι η εξακρίβωση του νοήματος που εμπεριέχεται, η οποία μπορεί να είναι αυθεντική, γραμματική, τελολογική ή συστηματική.

Εν προκειμένω, από την ερμηνεία των ως άνω όρων 2.2.3.2.γ και 2.2.3.4 α της διακήρυξης δεν καταλείπεται η παραμικρή αμφιβολία ότι κάθε όρος ρυθμίζει με διαφορετικό τρόπο το επίμαχο ζήτημα. Δηλαδή, ο κάθε όρος

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

ιδρύει, αυτοτελώς λόγο αποκλεισμού. Ο μεν όρος 2.2.3.2.γ αυτόν που θεμελιώνεται στο άρθρο 73§2.γ του ν. 4412/2016 και ο όρος 2.2.3.4.σ λόγο αποκλεισμού κατά το άρθρο 68§2.γ του ν. 3863/2010, κατά τα εκτιθέμενα στην προσφυγή μου.

Με τα δεδομένα αυτά, είναι προφανές ότι δεν τίθεται ζήτημα αμφισημίας των όρων της, όπως αβασίμως διατείνεται, η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα.

Πάντως, οι ισχυρισμοί περί αμφισημίας του όρου 2.2.3.2.γ της διακήρυξης (που απαιτεί τελεσιδικία/δεσμευτικότητα των Π.Ε.Π.) με τη διάταξη 68 παρ. 2.γ του ν. 3863/2010 (που δεν απαιτεί τέτοια τελεσιδικία/δεσμευτικότητα), προβάλλονται αλυσιτελώς, αφού ο αποκλεισμός θεμελιώνεται στη διάπραξη του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, όπως τούτο, κατά τα ανωτέρω εκτιθέμενα νοείται και ορίζεται στον όρο 2.2.3.4 της διακήρυξης.

Και ο ισχυρισμός μεν της παρεμβαίνουσας - περί αμφισημίας - είναι κατανοητός, ενόψει της ανάγκης να δικαιολογήσει την προσφορά της, αλλά η προβολή του αυτού ισχυρισμού από την αναθέτουσα αρχή, είναι τουλάχιστον οξύμωρος. Και τούτο, γιατί η διακήρυξη αποτυπώνει τη βούληση της αναθέτουσας αρχής, και αν αυτή δέχεται ότι περιέχει όρους "ασαφείς" και "αμφίσημους", έχει πάντοτε την ευχέρεια μέχρι την ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, να ανακαλέσει πράξεις προηγούμενων σταδίων, ακόμη και με επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού και όχι να επικαλείται "αμφισημία" όρων, που η ίδια θέσπισε. Σε κάθε περίπτωση, επειδή οι ως άνω όροι με το ίδιο ακριβώς περιεχόμενο - περί τελεσιδικής/δεσμευτικής ισχύος των πράξεων - τίθενται σε όλες σχεδόν τις διακηρύξεις έχει κριθεί ότι: «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), προβλέπεται ως αυτοτελής λόγος αποκλεισμού για τους συμμετέχοντες η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, το οποίο θέτει «εν αμφιβάλω την ακεραιότητά τους», ως τέτοιο δε παράπτωμα νοείται ειδικό για τις συμβάσεις παροχής

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης η αναφερόμενη στην περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 Ν. 3863/2010 περίπτωση, ... Η διάταξη αυτή, ως ειδικότερη, δεδομένου ότι έχει ως πεδίο εφαρμογής τους διαγωνισμούς υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, φαίνεται ότι κατισχύει του όρου 2.2.3.2 περ γ' της διακήρυξης, ο οποίος, αποδίδοντας το περιεχόμενο των διατάξεων του άρθρου 73 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016, προβλέπει ότι συνιστά σπουδαίο λόγο αποκλεισμού η έκδοση των ίδιων ακριβώς ως άνω πράξεων σε βάρος του οικονομικού φορέα, υπό την πρόσθετη, όμως, προϋπόθεση ότι οι σχετικές κυρώσεις έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. ... πιθανολογείται σοβαρά ότι ο αποκλεισμός της διαγωνιζόμενης εταιρείας βρίσκει, κατ' αρχήν, νόμιμο αιτιολογικό έρεισμα στον όρο 2.2.3.3 περ. θ' της διακήρυξης, στον οποίο έχει ενσωματωθεί η διάταξη του άρθρου 68 παρ. 2 περ. γ του ν. 3863/2010, ... Συνεπώς, η αποδοχή, με την προσβαλλόμενη πράξη της Α.Ε.Π.Π., ως βάσιμων των ισχυρισμών της εταιρείας .. ότι δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού της, αφενός, λόγω της μη τελεσίδικης και δεσμευτικής ισχύος των εκδοθεισών σε βάρος της δανείζουσας εμπειρία εταιρείας πράξεων επιβολής προστίμου, αφετέρου δε, λόγω της αμφισημίας των διατάξεων της διακήρυξης σχετικά με το επίμαχο ζήτημα δεν φαίνεται νομίμως αιτιολογημένη.» (Δ.Εφ.ΑΘ. ΙΒ' Μον.Ακυρ. 153/2020, σκ. 11)

«Επειδή, υπό τα εκτεθέντα δεδομένα, το γεγονός ότι το άρθρο 3 της διακηρύξεως επαναλαμβάνει, όσον αφορά τους λόγους αποκλεισμού των διαγωνιζομένων, το άρθρο 73 του ν. 4412/2016, ασφαλώς και δεν καταλείπει πεδίο αμφιβολίας ως προς την εφαρμοστέα εν προκειμένω, διάταξη του άρθρου 68 παρ. 2 περίπτ. γ' του ν. 3863/2010. Και τούτο, διότι, εν όψει ακριβώς του αντικειμένου της διακηρύξεως που κατατείνει στην σύναψη συμβάσεως παροχής υπηρεσιών φυλάξεως, επίκληση του συγκεκριμένου άρθρου 68 γίνεται στο προοίμιο της διακηρύξεως, όπου ορίζεται το θεσμικό αυτής πλαίσιο, ενώ ιδιαίτερη υπόμνηση με επεξήγηση για την εφαρμογή της συγκεκριμένης διατάξεως της παρ. 2, περίπτ. γ' του ίδιου άρθρου 68 γίνεται στο ως άνω άρθρο 3 της διακηρύξεως. Ούτω, ασχέτως αν στο άρθρο αυτό της

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

διακηρύξεως δεν παρατίθεται το κείμενο του άρθρου 68 παρ. 2, περίπτ. γ' του ν. 3863/2010, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι λόγω της παραθέσεως του ως άνω άρθρου 73 του ν. 4412/2016 - (που εφαρμόζεται στις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών, εξαιρουμένων αυτών του καθαρισμού και της φυλάξεως) – προκύπτει «αμφισημία» ως προς το αν για τον αποκλεισμό διαγωνιζομένου λόγω διαπράξεως σοβαρού επαγγελματικού λάθους τα επιβληθέντα εις βάρος αυτού πρόστιμα πρέπει να έχουν αποκτήσει ή όχι τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, δεδομένου ότι το συγκεκριμένο άρθρο της διακηρύξεως παραπέμπει όσην εφαρμογή ακριβώς και σαφώς της προεκτεθείσης διατάξεως του άρθρου 68 παρ.2, περίπτ. γ' του ν. 3863/2010, με τη θέσπιση του σχετικού όρου, η δε διάταξη αυτή, κατά την οποία για τον αποκλεισμό διαγωνιζομένου αρκεί η διαπίστωση διαπράξεως σοβαρού επαγγελματικού λάθους, επιφέρει ευθέως στους διαγωνιζόμενους τις συνέπειες της παραβιάσεώς της, ανεξαρτήτως, δηλαδή, της υπάρξεως ή όχι σχετικής προβλέψεως στη διακήρυξη (πρβλ. Σ.τ.Ε. Επ.Αν. 51/2011, 1323/2010 και τις εκεί παραπομπές, στις οποίες η 2213/1977 Ολόμ.) ...Εξ άλλου, εκτός από τις εν λόγω διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, των οποίων σκοπός είναι, κατά την σχετική αιτιολογική έκθεση (αιτιολογική έκθεση επί του άρθρου 22 του ν. 414/2013), να αποκλείονται εξ αρχής από τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φυλάξεως οι υποψήφιοι ανάδοχοι που έχουν διαπράξει στο πρόσφατο παρελθόν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, ώστε να επιλέγονται, από τις οικείες αναθέτουσες αρχές, φερέγγυοι, αξιόπιστοι και κοινωνικά υπεύθυνοι ανάδοχοι αι να διασφαλίζεται, με τον τρόπο αυτό, η ομαλή εκτέλεση των οικείων δημοσίων συμβάσεων, συνάγεται ότι για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό για την ανάθεση των επίμαχων υπηρεσιών φυλάξεως ήταν αναγκαίο να μην συντρέχει περίπτωση εκδόσεως εις βάρος των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων πράξεων επιβολής προστίμου .Ως εκ τούτου, εν όψει και της φύσεως των συγκεκριμένων διατάξεων του άρθρου 68 παρ. 2 του ν. 3863/2010, ως αναγκαστικού δικαίου, δεν συντρέχει περίπτωση παραβιάσεως ουδεμίας συνταγματικής αρχής, ο δε

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

προβαλλόμενος σχετικός ισχυρισμός της παρεμβαινούσης εταιρείας πιθανολογείται σοβαρώς ως αβόσιμος. Εξ άλλου, δοθέντος ότι η αναθέτουσα αρχή, αφού διεπίστωσε τη συνδρομή του μνημονευθέντος λόγου αποκλεισμού κατά τα προεκτεθέντα, ήταν υποχρεωμένη να προβεί στον αποκλεισμό της νυν παρεμβαινούσης εταιρείας από τον διαγωνισμό (πρβλ. Σ.τ.Ε. 754/2020, σκέψη 16), είναι αλυσιτελής η εξέταση της προσβαλλομένης αποφόσεως, από την άποψη της λήψεως ή μη μέτρων αποκαταστάσεως της αξιοπιστίας της εν λόγω εταιρείας» (Δ.Εφ.Λαρ. Γ' Τριμ.Συμβ.Ακυρ. 22/2020, σκ. 13).

Συνεπώς, ο ισχυρισμός περί αμφισημίας δεν συνιστά νόμιμη αιτιολογία αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας.

Αναφορικά με τα μέτρα αυτοκάθαρσης, και πέραν όσων εκθέτω στην ασκηθείσα προσφυγή μου έχει κριθεί:

«Επειδή, στη διακήρυξη του επίδικου διαγωνισμού προβλέπονται ως αυτοτελείς λόγοι αποκλεισμού, μεταξύ άλλων: α) η ανάθεση εκ μέρους του προσφέροντος οικονομικού φορέα των υποχρεώσεων που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016, β) η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, το οποίο θέτει εν αμφιβάλω την ακεραιότητά του, για το οποίο επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία (2.2.3.3.α και θ αντίστοιχα). Συγχρόνως, με σχετικό όρο της διακήρυξης, υπό στοιχείο 3.1.2. ορίσθηκε ότι: ... Με τον όρο αυτό, που είναι όμοιος κατά την διατύπωσή του με την περίπτωση γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 (Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών") του ν. 3863/2010 (όπως η περίπτωση αυτή αντικαταστάθηκε με το άρθρο 39 παρ. Β του ν. 4488/2017, Α' 137/13.9.2017), εντάχθηκε στους κανόνες που διέπουν τη διακήρυξη η τελευταία αυτή διάταξη, η οποία διαλαμβάνει ειδική πρόβλεψη για τον αποκλεισμό υποψηφίων εταιρειών παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης από τη σύναψη των σχετικών συμβάσεων, χωρίς να απαιτεί ως προϋπόθεση εφαρμογής της να έχουν καταστεί οι εκδοθείσες σε βάρος των εταιριών πράξεις επιβολής προστίμου τελεσίδικες ή να έχουν αποκτήσει

δεσμευτική ισχύ. Εξάλλου, για τις περιπτώσεις αυτές ο κανονιστικός νομοθέτης δεν παρέσχε τη δυνατότητα στους οικονομικούς φορείς να αποτρέψουν τον αποκλεισμό τους από τη διαγωνιστική διαδικασία με προσκόμιση στοιχείων της αξιοπιστίας τους (αυτοκάθαρση) (άρθρο 74 παρ. 7 του ν. 4412/2016), όπως αντιθέτως προέβλεπε για τις άλλες περιπτώσεις αποκλεισμού στον υπ' αριθ. 2.2.3.5 όρο της διακήρυξης (υπό στοιχεία 2.2.3.1, 2.2.3.2 και 2.2.3.4. περιπτώσεις). Υπό τις προϋποθέσεις, όμως, αυτές η επιβολή σε βάρος του οικονομικού φορέα προστίμων ΣΕΠΕ για παραβάσεις "υψηλής" ή "πολύ υψηλής" σοβαρότητας, ανάγεται από την αναθέτουσα αρχή σε υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού του από τη διαγωνιστική διαδικασία.» (Δ.Εφ.Θεσ/νίκης 147/2019, σκ. 9).

«Επειδή, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε προτού απορρίψει την προσφορά της να εξετάσει και να αξιολογήσει τα μέτρα αυτοκάθαρσης, όπως η ίδια τα δήλωσε στο ΕΕΕΣ, σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.3.4 και 2.2.3.6. της Διακήρυξης και ύστερα από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής του άρθρου 73 παρ.9 του Ν. 4412/2016, προβάλλεται αλυσιτελώς και τούτο διότι στην υπό κρίση περίπτωση εφαρμόστηκε ως ειδικότερη η διάταξη του άρθρου 68 παρ. 2 εδάφιο γ' του Ν.3863/2010. Ως εκ τούτου η αναθέτουσα αρχή είχε δέσμια αρμοδιότητα να αποκλείσει την προσφεύγουσα από τη στιγμή που η προσφορά της ήταν αντίθετη με το ως άνω άρθρο.» (Α.Ε.Π.Π. 1337/2019, σκ. 17)

Αναφορικά με το ζήτημα της αντικατάστασης της δανείζουσας στο πρόσωπο της οποίας συντρέχουν οι εκτιθέμενοι λόγοι αποκλεισμού, θα πρέπει να επισημανθεί ότι, η διαγωνιζόμενη - παρεμβαίνουσα, είναι επιχείρηση που δραστηριοποιείται συστηματικά και επί σειρά ετών στον συγκεκριμένο τομέα διαγωνισμών (παροχή υπηρεσιών φύλαξης), και ως εκ τούτου γνωρίζει ή δεν νοείται να αγνοεί την διάταξη του άρθρου 68§2.γ του ν. 3863/2010, που αφορά τη συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία.

Ούτω, και για την εφαρμογή της ως άνω διάταξης είχε τη δυνατότητα να ζητήσει διευκρινίσεις, σύμφωνα με τον σχετικό όρο της διακήρυξης. Παρά

ταύτα, συμμετείχε ανεπιφύλακτα στον διαγωνισμό, αποδεχόμενη κατά τον τρόπο αυτό, τη νομιμότητα της διακήρυξης και επέλεξε να στηρίξει την συμμετοχή της σε οικονομικό φορέα εις βάρος του οποίου πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 68§2.γ του ν. 3863/2010. Εφόσον, λοιπόν, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, συνέτρεχε λόγος αποκλεισμού του δανείζοντος και τούτο ήταν γνωστό στην διαγωνιζόμενη, επέρχεται αυτόματα ο αποκλεισμός της, χωρίς την δυνατότητα αντικατάστασης τρίτου, κατά τα εκτιθέμενα στην υπό κρίση προσφυγή μου.

Ήδη με την 506/2021 απόφαση της Α.Ε.Π.Π., που εκδόθηκε για διαγωνισμό στον οποίο η ίδια διαγωνιζόμενη συμμετείχε στο διαγωνισμό στηριζόμενη στον ίδιο τρίτο - δανείζοντα, κρίθηκε ότι νομίμως, κατά την αναθέτουσα αρχή, ο τρίτος κρίθηκε ως αποκλειστέος, λόγω σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος και ότι ο αναθέτων φορέας πρέπει να απαιτήσει την αντικατάστασή του, καθόσον συντρέχει λόγος αποκλεισμού και να κινήσει τη σχετική διαδικασία κατ' άρθρο 308 παρ. 2 του ν. 4412/2016. [...]».

24. Επειδή ο δεύτερος προσφεύγων επικαλούμενος τους όρους 2 2.3.4 και 2.4.3 της διακήρυξης και τη νομολογία ισχυρίζεται τα ακόλουθα : « [...] Β1. ΜΗ ΝΟΜΙΜΗ Η ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ «...», ΑΝ ΚΑΙ ΑΥΤΗ ΠΑΡΑΒΙΑΖΕΙ ΕΠΙ ΠΟΙΝΗ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ - ΔΕΝ ΔΗΛΩΣΕ, ΣΤΟ ΥΠΟΒΛΗΘΕΝ Ε.Ε.Ε.Σ. ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΗΣ, ΚΑΙ ΔΗ ΣΤΟ ΠΕΔΙΟ ΑΘΕΤΗΣΗΣ ΤΗΣ ΕΡΓΑΤΙΚΗΣ ΝΟΜΟΘΕΣΙΑΣ, ΤΙΣ ΔΥΟ (2) ΕΠΙΒΛΗΘΕΙΣΕΣ ΣΕ ΑΥΤΗΝ ΠΡΑΞΕΙΣ ΕΠΙΒΟΛΗΣ ΠΡΟΣΤΙΜΟΥ «ΥΨΗΛΗΣ» Η «ΠΟΛΥ ΥΨΗΛΗΣ» ΣΟΒΑΡΟΤΗΤΑΣ, ΑΝ ΚΑΙ ΤΟΥΤΟ ΑΠΑΙΤΕΙΤΑΙ ΕΠΙ ΠΟΙΝΗ ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ - ΚΑΤΑΦΩΡΗ ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ ΤΟΥ ΟΡΟΥ 2.2.3.4. περ. α ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ, ΚΑΘΩΣ ΚΑΙ ΤΗΣ ΑΡΧΗΣ ΤΗΣ ΤΥΠΙΚΟΤΗΤΑΣ

Διότι η εταιρεία «...» υπέβαλε στο φάκελο Δικαιολογητικών Συμμετοχής-Τεχνικής της Προσφορά μη νόμιμο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης, δεδομένου ότι παρέλειψε να δηλώσει, ΑΝ ΚΑΙ ΤΟΥΤΟ ΑΠΑΙΤΕΙΤΑΙ ΑΠΟ ΤΗ

ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ ΕΠΙ ΠΟΙΝΗ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ, στο πεδίο «Ο οικονομικός φορέας έχει, εν γνώσει του, αθετήσει τις υποχρεώσεις του στους τομείς του εργατικού δικαίου;» του υποβληθέντος Ε.Ε.Ε.Σ. της προσφοράς της, τις πράξεις επιβολής προστίμου «υψηλής» και «πολύ υψηλής» σοβαρότητας που έχουν επιβληθεί στην εταιρεία αυτή από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του ΣΕΠΕ μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στον εν λόγω διαγωνισμό.

Γι' αυτό το λόγο η εταιρεία αυτή υπέβαλε μη νόμιμο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης στο φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικής προσφοράς κατά παράβαση ρητής και επί ποινή αποκλεισμού απαίτησης της διακήρυξης. Ως εκ τούτου μη νόμιμα έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας αυτής, ενώ αντίθετα, όφειλε η Αναθέτουσα Αρχή να αποκλείσει την προσφορά της εταιρείας «...» λόγω παράβασης ρητού και επί ποινή αποκλεισμού όρου της Διακήρυξης

[...]Από την αδιάστικτη γραμματική διατύπωση των όρων της διακήρυξης, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να συμπληρώσουν και να συμπεριλάβουν στο φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής τους το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης, σύμφωνα με το πρότυπο του Παραρτήματος II της διακήρυξης. Με βάση της ρητή διατύπωση του άρθρου 2.2.3.4. περίπτωση α της διακήρυξης με αριθμό .../2020 προκύπτει αδιαμφισβήτητα ότι οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να δηλώσουν τις επιβληθείσες σε αυτούς πράξεις επιβολής προστίμου «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας από το Σώμα Επιθεώρησης Εργασίας τόσο στο πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ. για την αθέτηση των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου όσο και στο πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ. για τη διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Η παράλειψη δήλωσης των πράξεων επιβολής προστίμου έστω και σε ένα από τα ανωτέρω δύο πεδία του Ε.Ε.Ε.Σ. από τους οικονομικούς φορείς συνεπάγεται τον υποχρεωτικό αποκλεισμό της προσφοράς τους. Τυχόν δε προσφορά που δεν πληροί την ως άνω απαίτηση καθίσταται απορριπτέα λόγω παραβίασης απαίτησης της διακήρυξης που έχει τεθεί επί ποινή απόρριψης

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

προσφοράς και της νομοθεσίας που διέπει αυτήν, ενόψει και της αρχής της τυπικότητας, που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς σχετικά με την σύνταξη των προσφορών τους αλλά και της αρχής της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων

[...]η εταιρεία «...» απάντησε θετικά στο ερώτημα «Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα;» και δήλωσε συγκεκριμένα ότι έχουν επιβληθεί στην εταιρεία αυτή δύο πράξεις επιβολής προστίμου «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας μέσα σε χρονικό διάστημα δύο ετών πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στο διαγωνισμό (12/11/2020), ήτοι η ΠΕΠ .../5-8-2019 ΤΕΕΣ ... και η ΠΕΠ .../20-11-2018 ΤΕΕΣ

Ωστόσο η εταιρεία «...» απάντησε αρνητικά στο πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ. «Αθέτηση των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου» και στο ερώτημα «Ο οικονομικός φορέας έχει, εν γνώσει του, αθετήσει τις υποχρεώσεις του στους τομείς του εργατικού δικαίου;» και ως εκ τούτου ΔΕΝ ΔΗΛΩΣΕ τις ανωτέρω δύο Πράξεις Επιβολής Προστίμου ΣΕΠΕ που της έχουν επιβληθεί στο συγκεκριμένο πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ., αν και επί ποινή αποκλεισμού όφειλε να δηλώσει τις πράξεις αυτές όχι μόνο στο πεδίο του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος ΑΛΛΑ ΚΑΙ στο πεδίο της αθέτησης της εργατικής νομοθεσίας.

Σημειωτέον δε ότι ακόμη και αν υποτεθεί ότι η αρνητική δήλωσή της στο ως άνω πεδίο «Ο οικονομικός φορέας έχει, εν γνώσει του, αθετήσει τις υποχρεώσεις του στους τομείς του εργατικού δικαίου;» του Ε.Ε.Ε.Σ. έγινε εκ παραδρομής, η άρση της παραδρομής αυτής γίνεται μόνον με αντικατάσταση του εντύπου Ε.Ε.Ε.Σ. και εκ νέου συμπλήρωσή του, γεγονός που απαγορεύεται ρητώς με την παρ. 2 του άρθρου 102 του ν.4412/2016 (πρβλ ΣτΕ 135/2018, ΑΔ ΗΟC ΔεφΑΘ 248/2020).

Ως εκ τούτου, το υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. της ανωτέρω εταιρείας παραβιάζει ρητή και επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση της διακήρυξης, ήτοι την ρητή απαίτηση του άρθρου 2.2.3.4. περίπτωση α της διακήρυξης, καθώς και την αρχή της τυπικότητας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς

[...]ΟΥΔΕΜΙΑ ασάφεια προκύπτει επί δηλωθείσας πληροφορίας της εταιρείας «...», αλλά σαφής αρνητική απάντηση και παράλειψη δήλωσης των ΠΕΠ .../5-8-2019 ΤΕΕΣ ... και ΠΕΠ .../20-11-2018 ΤΕΕΣ ... που επιβλήθηκαν στην εταιρεία αυτή στο ερώτημα «Ο οικονομικός φορέας έχει, εν γνώσει του, αθετήσει τις υποχρεώσεις του στους τομείς του εργατικού δικαίου;» του υποβληθέντος Ε.Ε.Ε.Σ. της προσφοράς της, η οποία, ΔΕΝ ΕΙΝΑΙ ΔΥΝΑΤΟΝ να μη ληφθεί υπόψη και να θεωρηθεί ως πρόδηλο τυπικό σφάλμα, επιτρέποντας ούτως την αντιστροφή του περιεχομένου της, καθώς τούτο θα συνιστούσε μεταβολή και δη πλήρη, ουσιώδους στοιχείου της προσφοράς και όχι απλή διόρθωση σε μια καταρχήν αμετάβλητη κατά το κύριο μέρος της απάντηση (όπως επί παραδείγματι, η διόρθωση ενός σφάλματος στο ψηφίο του αριθμού της αξίας μιας δηλωθείσας προηγούμενης σύμβασης) (βλ. ΑΕΠΠ 734 και 735/2020). Σημειωτέον δε ότι η εσφαλμένη αρνητική της δήλωση στο εν λόγω πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ. δεν δύναται να θεραπευθεί ΟΥΤΕ από τα οριζόμενα στη διάταξη του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 περί κλήσεως του οικονομικού φορέα για παροχή διευκρινίσεων.

Και τούτο διότι, η αρνητική δήλωση της εταιρείας «...» ΔΕΝ επιδέχεται οιασδήποτε περαιτέρω διευκρίνισης ή εκ παραδρομή συμπλήρωση αυτής. Άλλωστε, το Ε.Ε.Ε.Σ. ως μοναδικό δικαιολογητικό συμμετοχής με πλήρη αποδεικτική ισχύ έναντι πάντων, το οποίο και μόνο δεσμεύει τον δηλούντα οικονομικό φορέα ή τρίτο, δεν επιτρέπεται ούτε να διορθωθεί εκ των υστέρων ούτε να «ερμηνευτεί» από άλλα στοιχεία (πρβλ. ΔΕφΘεσ 166/2018). Οι οποιοσδήποτε δε ανακρίβειες ή μη νόμιμες παραλείψεις αναφοράς συγκεκριμένων στοιχείων του Ε.Ε.Ε.Σ. οδηγούν σε απόρριψη της προσφοράς διότι αποτελούν αντιφατικές προτάσεις πλήρωσης των όρων της διακήρυξης που καθιστούν το σύνολο της προσφοράς αόριστο και δεν είναι επιτρεπτή η με τη διαδικασία της κλήσης σε διευκρινίσεις διόρθωσή του, δεδομένου ότι αυτό θα συνιστούσε ουσιώδη μεταβολή της προσφοράς, ουσιώδη αλλοίωση αυτής και κατά τούτο ευνοϊκή άνιση μεταχείριση έναντι των λοιπών διαγωνιζομένων

(πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 135/2018, ΕΑ ΣτΕ 40/2019) καθώς η διευκρίνιση αυτή θα απαιτούσε την ανεπίτρεπτη επανυποβολή του ΕΕΕΣ.

Επειδή κατά την νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, η άρση της οιασδήποτε φερόμενης παραδρομής, όπως της αναμφισβήτητης πλημμέλειας της προσφοράς που αιτιώμεθα με την παρούσα προσφυγή, δεν είναι δυνατή με την απλή εναρμόνιση ή αντιπαραβολή δικαιολογητικών ή άλλων εγγράφων, αλλά προϋποθέτει την αντικατάσταση του υποβληθέντος από την εταιρεία «...» ΕΕΕΣ με νέο ΕΕΕΣ στο οποίο, όσον αφορά το επίμαχο πεδίο της ερώτησης περί παραβίασης διατάξεων του εργατικού δικαίου, θα αναφέρονται, το πρώτον, μετά την υποβολή προφοράς, οι Πράξεις Επιβολής Προστίμων, το πρώτον, από όπου προκύπτει η ανακρίβεια της δήλωσης στο ΕΕΕΣ της εν λόγω εταιρείας. Σύμφωνα όμως με τη ρητή διάταξη του άρθρου 102 παρ. 3 του ν. 4412/2016, την οποία επαναλαμβάνει η διάταξη της προκήρυξης, η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση εγγράφων δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση εγγράφων που έχουν υποβληθεί σύμφωνα με τους όρους της προκήρυξης (πρβλ. Ε.Α. 1065/2009, 1044/2010 κ.ά.) και μάλιστα, όπως εν προκειμένω, του ΕΕΕΣ δηλαδή, του ουσιώδους εκείνου δικαιολογητικού συμμετοχής το οποίο, σύμφωνα με το άρθρο 79 του ν. 4412/2016, επέχει θέση υπευθύνου δηλώσεως, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986, και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που ορίζονται στην οικεία προκήρυξη και στην κείμενη νομοθεσία (βλ. *ad hoc* ΕΑ ΣτΕ 135/2018) Συνεπώς, μη νόμιμα και κατά παράβαση της Διακήρυξης και της αρχής της τυπικότητας που διέπει τον υπό κρίση διαγωνισμό (μη νόμιμη συμπλήρωση και υποβολή του απαιτούμενου Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης) έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας «...», γι' αυτό το λόγο θα πρέπει να ακυρωθεί, άλλως οίκοθεν ανακληθεί ή τροποποιηθεί η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος κατά το οποίο μη νόμιμα κρίθηκε αποδεκτός ο φάκελος δικαιολογητικών συμμετοχής της εταιρείας «...» στον υπό κρίση διαγωνισμό.».

25. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί της δεύτερης προσφυγής ισχυρίζεται τα ακόλουθα : « [...]Η πρόβλεψη της διακήρυξης για υποχρέωση συμπλήρωσης σε 2 πεδία του ΕΕΕΣ της επιβολής των πράξεων Σ.ΕΠ.Ε. αποσκοπεί στο να λάβει πλήρη γνώση η αναθέτουσα αρχή όλων των αναγκαίων στοιχείων για την εκφορά της κρίσης της περί συνδρομής ή μη λόγου αποκλεισμού του διαγωνιζομένου. Συνεπώς, η τήρηση της υποχρέωσης ταύτης (δήλωση σε 2 πεδία) είναι άρρηκτα συνδεδεμένη με τη συνδρομή ή μη λόγου αποκλεισμού, εκ της οποίας «γεννάται» η αναγκαιότητα συμπλήρωσης και των δύο πεδίων του ΕΕΕΣ.

[...] Όπως προκύπτει από την επισκόπηση του υποβληθέντος από τη συμμετέχουσα εταιρία ... ΕΕΕΣ έχουν επιβληθεί σε αυτή δύο (2) και όχι τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από το ΣΕΠΕ εντός 2 ετών από την ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης, κατά τρόπο ώστε να μην πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 68 παρ. 2 γ' δεύτερο εδάφιο του Ν. 3863/2010 περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που να επισύρει τον αποκλεισμό της.

Ειδικότερα, για τα πρόστιμα του ΣΕΠΕ λόγω παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται σύμφωνα με το ανωτέρω άρθρο ως υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας, απαιτείται, κατά τον κρίσιμο χρόνο που ορίζει αυτό, η επιβολή τριών (3) προστίμων που να προκύπτουν από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους.

Με άλλα λόγια, στην περίπτωση των προστίμων του ΣΕΠΕ, προκύπτει ότι, ακόμα κι αν αυτά επιβάλλονται ένεκα παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας, θα πρέπει, για την θεμελίωση του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού να πληρούνται τα αριθμητικά κριτήρια που θέτει το οικείο άρθρο, με συνέπεια, η επιβολή ενός ή δύο μόνον τέτοιων προστίμων να μην αρκεί για τον αποκλεισμό του εκάστοτε οικονομικού φορέα. Ως εκ τούτου, η εταιρεία ... δεν παρίστατο αποκλειστέα λόγω της επιβολής σε αυτή μόνο 2 προστίμων ΣΕΠΕ.

.Στο ΕΕΕΣ η εν λόγω συμμετέχουσα εταιρεία ... έχει δηλώσει τις επιβληθείσες σε αυτή πράξεις επιβολής προστίμου και τα ληφθέντα μέτρα

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

αξιοπιστίας (αυτοκάθαρση), κατά τρόπο ώστε να μην τίθεται ζήτημα απόκρυψης στοιχείων ή παροχής παραπλανητικών πληροφοριών δυνάμενων να επηρεάσουν την κρίση του Νοσοκομείου ως αναθέτουσας αρχής για τον αποκλεισμό της, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.3.4 περ. η' της διακήρυξης, αφού όλα τα ανωτέρω ετέθησαν ευθύς εξ αρχής σε πλήρη γνώση ημών.

Ειδικότερα, στο άρθρο 2.2.3.7 της διακήρυξης προβλέπεται ότι στην περίπτωση που προσφέρων εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στα άρθρα 2.2.3.1, 2.2.3.2 περ. γ' και 2.2.3.4 δύναται να προσκομίσει στοιχεία που να αποδεικνύουν ότι έλαβε μέτρα αυτοκάθαρσης, τα οποία επαρκούν για την αξιοπιστία του, παρά την συνδρομή του εκάστοτε λόγου αποκλεισμού. Τα μέτρα αυτοκάθαρσης αξιολογούνται από την αναθέτουσα αρχή προκειμένου να αποφασίσει αιτιολογημένα για τον αποκλεισμό ή μη του προσφέροντα από τη διαγωνιστική διαδικασία, κατά τα οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 8-9 του Ν. 4412/2016. Επομένως, εκ των όρων της διακήρυξης και αντιστοίχως της ισχύουσας νομοθεσίας δεν θεμελιούται δέσμια αρμοδιότητα ημών ως Αναθέτουσας Αρχής να αποκλείσει αυτομάτως διαγωνιζόμενο που εμπίπτει σε κάποιον από τους λόγους αποκλεισμού των άρθρων 2.2.3.2 περ. γ' και 2.2.3.4 περ. α' της διακήρυξης, αλλά τυχόν αποκλεισμός του επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια της Επιτροπής αξιολόγησης του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016, η οποία αξιολογεί την αξιοπιστία του προσφέροντα βάσει των μέτρων αυτοκάθαρσης που έλαβε έως τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του.

Στην εξεταζόμενη περίπτωση, η συμμετέχουσα εταιρεία ... απάντησε στο ερώτημα του πεδίου Γ - Μέρος III της διακήρυξης εάν έχει λάβει μέτρα για την αξιοπιστία της (αυτοκάθαρση), 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. Στο πλαίσιο αυτό έχει ενισχύσει αριθμητικά το Τμήμα Προσωπικού της, οι αρμοδιότητες του οποίου περιγράφονται αναλυτικά στο εν

λόγω πεδίο, ενημέρωσε προφορικώς και εγγράφως τους εργαζομένους της για την πιστή τήρηση των προγραμμάτων εργασίας και τον ακριβή τρόπο έγκαιρης γνωστοποίησης των αλλαγών χρόνου εργασίας και προέβη στη σύσταση Τμήματος Εσωτερικού Ελέγχου, καθώς και στην εγκατάσταση συστήματος 24ωρης ενδοεπικοινωνίας του λογιστηρίου της με το απασχολούμενο σε αυτή προσωπικό, ήτοι δήλωσε επαρκή στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι έλαβε μέτρα που να θεμελιώνουν την αξιοπιστία της. Τα ανωτέρω δηλωθέντα μέτρα αυτοκάθαρσης ελήφθησαν υπόψη από την Επιτροπή αξιολόγησης του προκειμένου διαγωνισμού και για το λόγο αυτό δεν εισηγήθηκε τον αποκλεισμό της συμμετέχουσας εταιρείας

Εξάλλου, για την εφαρμογή του άρθρου 2.2.3.7 της διακήρυξης σχετικά με την εκτίμηση των μέτρων αυτοκάθαρσης που έλαβε ο εκάστοτε διαγωνιζόμενος για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του απαραίτητη προϋπόθεση είναι κατ' αρχήν ο διαγωνιζόμενος να εμπίπτει σε έναν από τους προβλεπόμενους με τους όρους 2.2.3.2 περ. γ' ή/και 2.2.3.4 περ. α' της διακήρυξης λόγους αποκλεισμού, προϋπόθεση η οποία δεν συντρέχει εν προκειμένω για τη συμμετέχουσα εταιρεία ..., κατά τα προδιαληφθέντα. Ενόψει των ανωτέρω, στο πλαίσιο των αρχών της χρηστής διοίκησης και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, η Επιτροπή αξιολόγησης ορθώς δεν εισηγήθηκε και το Διοικητικό Συμβούλιο του Νοσοκομείου ορθώς δεν αποφάσισε τον αποκλεισμό της συμμετέχουσας ... για τους ανωτέρω λόγους.

Από την διάταξη του άρθρου 18 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 [...] προκύπτει ότι οι παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας και ειδικά για τους οικονομικούς φορείς που δραστηριοποιούνται στην παροχή υπηρεσιών φύλαξης, ιδίως η υπαγωγή σε μία από τις περιπτώσεις του άρθρου 68 παρ. 2 περίπτωση γ' δεύτερο εδάφιο του Ν. 3863/2010 (κήρυξη του προσφέροντα ως έκπτωτου, προσωρινή διακοπή λειτουργίας τμήματος/συνόλου της επιχείρησής του) στοιχειοθετούν ταυτόχρονα και σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα.

Αν ο νομοθέτης ήθελε να προβλέψει ότι η οποιαδήποτε παράβαση της εργατικής νομοθεσίας θα ήταν λόγος αποκλεισμού, δεν θα υπήρχε λόγος να

προβλέπει ότι λόγο αποκλεισμού αποτελεί η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος σύμφωνα με το δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, δηλαδή τα τρία πρόστιμα που προέρχονται από τρεις ελέγχους. Έτσι, αν δεν συντρέχει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα στον τομέα της εργατικής νομοθεσίας, δεν συντρέχει και ζήτημα αθέτησης των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου και παράβασης της εργατικής νομοθεσίας (υπό την έννοια που της προσδίδει το Ε.Ε.Ε.Σ. και οι σχετικές διατάξεις) και ούτε ο σχετικός λόγος αποκλεισμού.

Σε αντίθεση με την επιβολή προστίμου, που αποτελεί αντικειμενικό γεγονός, ο όρος «αθέτηση των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου», πέραν της γενικότητάς του, δεν αποτελεί αντικειμενικό γεγονός και δεν μπορεί να θεωρείται δεδομένη στις περιπτώσεις που μία πράξη επιβολής προστίμου έχει προσβληθεί και εκκρεμεί ενώπιον των Δικαστηρίων, ιδίως όταν η «αθέτηση» αποτελεί λόγο αποκλεισμού. Στις περιπτώσεις αυτές, τέτοια «αθέτηση» και συνεπώς τέτοιος λόγος αποκλεισμού από διαγωνισμούς μπορεί να διαπιστωθεί μόνο ύστερα από τελεσίδικη δικαστική κρίση. Συνεπώς «ΝΑΙ» στο πεδίο του ΕΕΕΣ «αθέτηση των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου» μπορεί να απαντηθεί μόνο όταν η αθέτηση έχει διαγνωστεί τελεσίδικα από Δικαστήριο.

Υπό τα δεδομένα αυτά, δεν στοιχειοθετείτο, εν προκειμένω, νόμιμος λόγος αποκλεισμού της συμμετέχουσας εταιρείας ..., αφού δεν συντρέχει, κατά τα ανωτέρω αναφερόμενα, περίπτωση αθέτησης εκ μέρους της των υποχρεώσεών της, που απορρέουν από την εργατική νομοθεσία. Άλλωστε, με την αρνητική της απάντηση στο πεδίο του υποβληθέντος ΕΕΕΣ δεν απέκρυψε πληροφορία, που απαιτούνταν για την εξακρίβωση της απουσίας νόμιμου λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπό της και ως εκ τούτου δεν έχει επιλοχώσει παράβαση του άρθρου 2.2.3.4 περ. ζ και η' της οικείας Διακήρυξης. Δεδομένων των άνω δεν τίθεται ζήτημα παράλειψης συμπλήρωσης πεδίου του νομίμως υποβληθέντος ΕΕΕΣ εκ της εταιρείας ...,

διότι αφ' ης στιγμής προκύπτει πως από την παράλειψη αυτή δεν μπορεί να συναχθεί ότι η συγκεκριμένη διαγωνιζόμενη εταιρεία τελεί σε κατάσταση που της απαγορεύει τη συμμετοχή στον διαγωνισμό, τυχόν αποκλεισμός της θα προσέκρουε στην αρχή της αναλογικότητας. Συνεπώς, στο πλαίσιο και των αρχών της χρηστής διοίκησης και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, η Επιτροπή αξιολόγησης ορθώς δεν εισηγήθηκε και το Διοικητικό Συμβούλιο του Νοσοκομείου ορθώς δεν αποφάσισε τον αποκλεισμό της συμμετέχουσας ... για τους ανωτέρω λόγους.».

26. Επειδή ο παρεμβαίνων επί της δεύτερης προσφυγής προβάλλει τα ακόλουθα:« [...] 1) Για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών φύλαξης, ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται τα προβλεπόμενα στο άρθρο 68§2γ εδάφιο β' του ν. 3863/2010. Επομένως, σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που επιφέρει τον αποκλεισμό του διαγωνιζόμενου είναι η έκδοση εις βάρος του 3 πράξεων επιβολής προστίμου (εφεξής Π.Ε.Π.) από το Σ.ΕΠ.Ε., μέσα σε χρονικό διάστημα 2 ετών, κατά τα οριζόμενα στο ως άνω άρθρο.

Η υποχρέωση συμπλήρωσης σε 2 πεδία του Ε.Ε.Ε.Σ. της επιβολής των πράξεων Σ.ΕΠ.Ε. αποσκοπεί στο να λάβει πλήρη γνώση η αναθέτουσα αρχή όλων των αναγκαίων στοιχείων για την εκφορά της κρίσης της περί συνδρομής ή μη λόγου αποκλεισμού του διαγωνιζόμενου. Δηλαδή σε αυτό που αποσκοπεί η διακήρυξη, δεν είναι αυτή καθαυτή η «τυπική» αναγραφή της αυτής περιπτώσεως σε δυο πεδία, αλλά η εξάλειψη του κινδύνου παραπλάνησης της αναθέτουσας αρχής, με την απόκρυψη λόγου που επιφέρει τον αποκλεισμό. Συνεπώς, η τήρηση της υποχρέωσης ταύτης (δήλωση σε 2 πεδία) είναι άρρηκτα συνδεδεμένη με τη συνδρομή ή μη λόγου αποκλεισμού.

Περαιτέρω, από τη σύνδεση της απαίτησης για διπλή δήλωση των Π.Ε.Π. με τους υπόλοιπους όρους της διακήρυξης συνάγεται ότι η παράλειψη της δήλωσης σε 1 πεδίο δεν συνεπάγεται αυτόματα τον αποκλεισμό του διαγωνιζόμενου, αλλά για να επέλθει ο αποκλεισμός που ορίζεται στην περίπτωση α' του όρου 2.2.3.4, θα πρέπει να συντρέχει είτε όσα ορίζονται

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

στην περίπτωση ε' του αυτού όρου (2.2.3.4) είτε στον όρο 2.2.3.7., στους οποίους παραπέμπει η ως άνω περ. α' του αυτού όρου. Δηλαδή ότι ο οικονομικός φορέας να επεχείρησε να παράσχει παραπλανητικές πληροφορίες που μπορεί να επηρεάσουν την κρίση για τον αποκλεισμό του κ.λπ. (2.2.3.4.η) και μη προσκόμιση στοιχείων και απόδειξη μέτρων αξιοπιστίας - αυτοκάθαρση (2.2.3.7).

Στην προκειμένη περίπτωση, όπως συνάγεται από το Ε.Ε.Ε.Σ. που υπέβαλε η ημετέρα εταιρεία, δεν έχουν επιβληθεί εις βάρος της τρεις (3) Π.Ε.Π. από το Σ.Ε.Π.Ε. Εφόσον, λοιπόν, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού - με βάση όσα ορίζονται στην περ. α του όρου 2.2.3.4 - και η πρόβλεψη της διπλής δήλωσης συνδέεται με την απόκρυψη λόγου αποκλεισμού με σκοπό την παραπλάνηση της αναθέτουσας αρχής, δεν μπορεί να επέλθει ο αποκλεισμός, λόγω της παράλειψης της διπλής δηλώσεως των Π.Ε.Π., ως επαγγελματικού παραπτώματος και παραβίασης της εργατικής νομοθεσίας. Και τούτο, διότι, αφού δεν έχουν επιβληθεί Π.Ε.Π., ικανές να οδηγήσουν στον αποκλεισμό, δεν μπορεί να επέλθουν οι συνέπειες με τις οποίες ρητά, κατά τη διακήρυξη, συνδέεται η μη δήλωση. Δηλαδή, ο κίνδυνος απόκρυψης κ.λπ. Ούτω, είναι εμφανές ότι η ημετέρα εταιρεία, μη δηλώνοντας τις δυο (2) Π.Ε.Π. και στο πεδίο «Αθέτηση υποχρεώσεων εν γνώσει, στον τομέα του εργατικού δικαίου», δεν επιχείρησε να αποκρύψει πληροφορίες με σκοπό την παραπλάνηση της αναθέτουσας αρχής, αφενός μεν διότι εδήλωσε ευθαρσώς στο πεδίο του επαγγελματικού παραπτώματος την έκδοση εις βάρος της δυο (2) Π.Ε.Π. και τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έλαβε μετά την έκδοση των εν λόγω πράξεων και αφετέρου γιατί δεν είχε λόγο (πρόθεση) να ενεργήσει κατ' αυτόν τον τρόπο, αφού αναμφισβήτητα δεν συντρέχουν στο πρόσωπό της λόγοι αποκλεισμού, όπως οι λόγοι αυτοί προσδιορίζονται στο νόμο και τη διακήρυξη.

Συνεπώς, από τον αριθμό και μόνο των δηλωθέντων Π.Ε.Π., συνάγεται ότι δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού και κατ' επέκταση κίνδυνος παραπλάνησης της αναθέτουσας αρχής για την εκφορά της σχετικής κρίσεως, επί του ζητήματος τούτου (του αποκλεισμού). Επομένως, και αφού δεν συντρέχει λόγος

αποκλεισμού της για παράβαση της διάταξης του άρθρου 68§2.γ του ν. 3863/2010, δεν μπορεί κατά λογική ακολουθία να επέλθει η κύρωση από τη μη αναγραφή και στο έτερο πεδίο των αυτών πράξεων.

2) Όπως προκύπτει από τα ανωτέρω η διακήρυξη στον ανωτέρω όρο 2.2.3.4.α ορίζει ότι η παραβίαση της εργατικής νομοθεσίας δηλώνεται, «τόσο ως σοβαρό εργατικό παράπτωμα, όσο και ως παραβίαση της εργατικής νομοθεσίας».

Όμως, στο υπόδειγμα Ε.Ε.Ε.Σ. που συμπληρώθηκε, υπάρχουν τα εξής πεδία:

- Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα;
- Ο οικονομικός φορέας έχει, εν γνώσει του, αθετήσει τις υποχρεώσεις του στους τομείς του εργατικού δικαίου;

Από τα ανωτέρω παρατιθέμενα χωρία της διακήρυξης και του Ε.Ε.Ε.Σ. συνάγεται ότι, ενώ το πεδίο του επαγγελματικού παραπτώματος ταυτίζεται πλήρως με την διατύπωση της διακήρυξης στον όρο 2.2.3.4.α, το πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ. για την εν γνώσει αθέτηση των υποχρεώσεων του εργατικού δικαίου έχει λεκτική απόκλιση με τον διατυπούμενο στον ως άνω όρο της διακήρυξης για παραβίαση της εργατικής νομοθεσίας και, σε κάθε περίπτωση, δεν ταυτίζεται εννοιολογικά με τον όρο τούτο, αφού η προσθήκη εν γνώσει, παραπέμπει σε πρόθεση, με συνείδηση του οικονομικού φορέα προς παραβίαση, που σαφώς αντιδιαστέλλεται από την διαπιστωθείσα από την αρχή (Σ.ΕΠ.Ε.), η οποία (παραβίαση) μπορεί αν είναι και αντικειμενική, με βάση κάποιες διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας. Άλλωστε, στο δίκαιο ο όρος «εν γνώσει» προϋποθέτει στο βουλητικό μέρος του πράττοντος δόλο για την παραβίαση της νομοθεσίας.

[...] Από τα δηλωθέντα στο Ε.Ε.Ε.Σ. που υπέβαλλε η ημετέρα εταιρεία προκύπτουν αναμφισβήτητα τα εξής:

- ότι έχουν εκδοθεί 2 Π.Ε.Π. από το Σ.ΕΠ.Ε., οπότε δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 68§2.γ εδ. β και δεν συντρέχει, από το νόμο και τη διακήρυξη, λόγος αποκλεισμού.

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

-ότι δεν υπάρχει απόκρυψη των πράξεων στο Ε.Ε.Ε.Σ. ούτε μη αναφορά των ληφθέντων μέτρων αξιοπιστίας. Ούτω, η ημετέρα εταιρεία δεν επεχείρησε να παράσχει παραπλανητικές πληροφορίες που μπορεί να επηρεάσουν την κρίση για τον αποκλεισμό της (2.2.3.4.η) και προσκόμισε στοιχεία και απόδειξη μέτρων αξιοπιστίας - αυτοκάθαρση (2.2.3.7)

-ότι δια της δηλώσεως της εταιρείας, η αναθέτουσα αρχή έλαβε πλήρη γνώση των πράξεων και των μέτρων αυτοκάθαρσης. Άλλωστε η ημετέρα εταιρεία έχει ασκήσει Προσφυγές κατά των Π.Ε.Π. και όπως η ίδια ρητά δηλώνει δεν αναγνωρίζει τις εν λόγω ΠΕΠ ως παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας και κατ' επέκταση ως παραβάσεις στον τομέα του εργατικού δικαίου. Σε διαφορετική περίπτωση δηλαδή στην περίπτωση που αναγνώριζε αυτές ως παραβάσεις των υποχρεώσεων της στον τομέα του εργατικού δικαίου πιθανολογείται ότι δεν θα ασκούσε οιοδήποτε ένδικο μέσο, αμφισβητώντας τις παραβάσεις αυτές και δεν θα ανέμενε την έκδοση σχετικής απόφασης από τις αρμόδιες δικαστικές αρχές προκειμένου να είναι «εν γνώσει» της πλέον η παραβίαση των διατάξεων του εργατικού δικαίου.

-δεν συντρέχει περίπτωση παραπλάνησης, για το σχηματισμό της κρίσης της αναθέτουσας αρχής, αφενός μεν γιατί δηλώθηκαν οι εκδοθείσες πράξεις επιβολής προστίμου, οπότε τεκμαίρεται γνώση και αφετέρου γιατί η επιβολή των 2 πράξεων δεν επιφέρει κατά τη διακήρυξη και το νόμο τον αποκλεισμό. Δηλαδή, με τη μη συμπλήρωση του πεδίου δε δημιουργείται παραπλάνηση ικανή να επηρεάσει την απόφαση περί αποδοχής ή μη της προσφοράς της εν λόγω εταιρείας, λαμβανομένου υπ' όψη ότι δεν συντρέχουν από το νόμο λόγοι απορρίψεως της προσφοράς της, ενώ από το προσκομιζόμενο Ε.Ε.Ε.Σ. αυτής προκύπτει χωρίς καμία αμφισημία ότι αυτή (η εταιρεία) δεν έχει παραβιάσει «εν γνώσει» της το εργατικό δίκαιο.

-Η δήλωση (ΟΧΙ) στο σχετικό πεδίο {"Αθέτηση των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου: Ο οικονομικός φορέας έχει, εν γνώσει του, αθετήσει τις υποχρεώσεις του στους τομείς του εργατικού δικαίου;"}, υποδηλώνει ότι ουδέποτε με δόλο παραβίασε την εργατική νομοθεσία και ότι για τις

παραβιάσεις που αναφέρονται στις εκδοθείσες Π.Ε.Π., δεν κινήθηκε με δόλο ούτε άλλωστε προκύπτει κάτι τέτοιο (πρόθεση, γνώση) από τις ίδιες τις πράξεις.

-Ούτως, μη υπάρχοντος πεδίου στο Ε.Ε.Ε.Σ. με την αυτή επακριβώς διατύπωση «παραβίαση της εργατικής νομοθεσίας» χωρίς την πρόσθεση του όρου «εν γνώσει» όπως αναγράφεται στο Ε.Ε.Ε.Σ. η ημετέρα εταιρεία ως και η ίδια δηλώνει δεν παραβίασε εν γνώσει της το εργατικό δίκαιο και συμπλήρωσε το εν λόγω πεδίο, δηλώνοντας αρνητικά, ενώ στο πεδίο του επαγγελματικού παραπτώματος, εδήλωσε με ακρίβεια, τόσο τις πράξεις όσο και τα μέτρα αυτοκάθαρσης.

Σε κάθε περίπτωση, ακόμη κι αν θεωρηθεί ότι, η ημετέρα εταιρεία, πράττοντας τα ανωτέρω, παρερμήνευσε τις υποχρεώσεις της, για την παρερμηνεία αυτή, δεν ευθύνεται η ίδια, λόγω της ως άνω λεκτικής απόκλισης του όρου της διακήρυξης και του πεδίου του Ε.Ε.Ε.Σ., με συνέπεια να μην είναι επιτρεπτή η επιβολή εις βάρος της, της κύρωσης του αποκλεισμού από τον διαγωνισμό, για το λόγο αυτό και εξαιτίας όρου, που δημιουργεί εύλογη αμφιβολία. Και τούτο, γιατί παγίως γίνεται δεκτό, η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (Εφ.ΑΘ. 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, Εφ.Θεσ. 501/1987 Ε.ΔημΕργ 1990/1 σελ. 84, Α. Τάχος Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776).

Με τα δεδομένα αυτά, και αφού δεν υπάρχει πεδίο στο Ε.Ε.Ε.Σ. με την ίδια επακριβώς διατύπωση με τον όρο της διακήρυξης, δεν μπορεί να συναχθεί παράλειψη δηλώσεως των αυτών Π.Ε.Π. και στο πεδίο τούτο. Ακόμη, και κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, η απάντηση που δόθηκε εκ μέρους μου στο επίμαχο πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ., δεν συνιστά παραπλανητική πληροφορία, αφενός μεν γιατί στα επόμενα πεδία δηλώνονται οι Π.Ε.Π. και τα μέτρα αυτοκάθαρσης και αφετέρου δεν συντρέχει κάποιος λόγος αποκλεισμού, που με την δοθείσα απάντηση στο επίμαχο πεδίο (ΟΧΙ) να επιχειρείται η απόκρυψή του.

III) Κατά την εν ευρεία έννοια, άλλως ενδοτική εφαρμογή, της αρχής της τυπικότητας, ο αποκλεισμός του συμμετέχοντος, κατ' εφαρμογή της αρχής αυτής, θα πρέπει να επέρχεται όταν υπάρχει ουσιώδης απόκλιση από τους όρους της διακηρύξεως

[...] το ΔΕΕ συνδέει την παροχή των πληροφοριών με την βαριά αμέλεια του συμμετέχοντος, η οποία (αμέλεια) έχει καθοριστική σημασία στην απόφαση που θα λάβει η αναθέτουσα αρχή, όταν, όντως, συντρέχουν στο πρόσωπό του λόγοι αποκλεισμού. Εξ αντιδιαστολής προς τα ανωτέρω, συνάγεται ότι οι εσφαλμένες πληροφορίες, οι οποίες δεν έχουν καθοριστική επιρροή γιατί δεν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, δεν αποτελούν λόγο απόρριψης.

Περαιτέρω, η ευρωπαϊκή επιτροπή σε επιστολή της προς τις ελληνικές αρχές, αναφορικά με την εφαρμογή της αρχής της τυπικότητας στους δημόσιους διαγωνισμούς έγραψε: «Πρόκειται περί της επιδείξεως ακραιφνούς τυπολατρίας βασιζόμενης σε μια επινοηθείσα και ουδόλως υπό της νομολογίας του Δ.Ε.Κ. καταξιωμένης γενικής αρχής της ούτω αποκαλουμένης "αρχής της τυπικότητας", η οποία δίδει τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές αν αποκλείουν προσφορές κατά παράβαση των αρχών του υγιούς ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων» (Δ.Δικ. 24/2012 - Αρχή της Τυπικότητας στους δημόσιους διαγωνισμούς Κ. Καφτάνη, σελ. 545 επ.).

Ούτω, από τα ανωτέρω εκτεθέντα συνάγεται ότι η παροχή των πληροφοριών συνδέεται με την συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και είναι καταδικαστέα όταν με αυτήν επιχειρείται να αποκρυφτούν οι λόγοι, για τους οποίους η αναθέτουσα αρχή θα απέκλειε τον συμμετέχοντα από τον διαγωνισμό αλλά δυσχεραίνεται προς τούτο, εξαιτίας της επιχειρούμενης απόκρυψης. Επίσης, ότι η αρχή της τυπικότητας δεν πρέπει ερμηνεύεται δογματικώς και με επίκληση την αρχή ταύτην να τιμωρείται ο διαγωνιζόμενος για τον παραμικρό επουσιώδη λόγο ή εκ παραδρομής αβλεψία.

Περαιτέρω, η αρχή της αναλογικότητας εισήχθη για πρώτη φορά με την οδηγία 2014/24/Ε.Ε. και το άρθρο 18 του ν. 4412/2016, ως μία από τις αρχές, η οποία πρέπει να τηρείται κατά τη σύναψη των δημοσίων συμβάσεων.

Ειδικότερα, σύμφωνα με την ως άνω αρχή της αναλογικότητας, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως: αναγκαίο, πρόσφορο και κατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. Ακόμη, η αρχή της αναλογικότητας περιλαμβάνει το στοιχείο της προσφορότητας, της αναγκαιότητας και της αναλογικότητας με τη στενή έννοια. Έτσι, το μέτρο δεν θα πρέπει να είναι ευθέως δυσανάλογο, σε σχέση με το σκοπό της διαδικασίας του δημόσιου διαγωνισμού, που αποβλέπει στην προστασία του ανταγωνισμού, δηλαδή στη διασφάλιση της συμμετοχής όσο το δυνατόν περισσότερων υποψηφίων αναδοχών, και υπέρμετρο σε σχέση με την υποτιθέμενη παράβαση.

Εν προκειμένω, το ουσιώδες του επίμαχου όρου της διακήρυξης είναι, αν συντρέχουν στο πρόσωπο του συμμετέχοντος οι λόγοι αποκλεισμού που ορίζονται στη συγκεκριμένη διάταξη. Με αυτό το δεδομένο, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να δηλώσει τις Π.Ε.Π. που έχουν εκδοθεί εις βάρος του, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να κρίνει για τη συμμετοχή του ή μη στο διαγωνισμό. Εφόσον λοιπόν, δηλώθηκαν οι Π.Ε.Π. που έχουν εκδοθεί και από τη δήλωση αυτή, μπορεί με ασφάλεια η αναθέτουσα αρχή να διαμορφώσει την κρίση της έχει καλυφθεί η απαίτηση της διακήρυξης και δεν υφίσταται ουσιώδης απόκλιση από τον σχετικό όρο.

Προσέτι, και εξειδικεύοντας τις ως άνω αρχές στην προκειμένη περίπτωση, η απόρριψη της προσφοράς μου, για τον λόγο που προβάλλει η προσφεύγουσα, παρά το γεγονός, ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό μου λόγος αποκλεισμού, υπερβαίνει προφανώς το αναγκαίο μέτρο και το σκοπό για τον οποίο τέθηκε η σχετική πρόβλεψη της διακήρυξης για την διπλή δήλωση. Ούτω, και κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας, εφόσον δεν συντρέχουν στο πρόσωπό μου λόγοι αποκλεισμού, που προβλέπονται στο νόμο και τη διακήρυξη, η μη δήλωση σε ένα πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ., των πράξεων που αποδεδειγμένα δεν επιφέρουν τον αποκλεισμό, δεν μπορεί να αιτιολογήσει τον ζητούμενο με την προσφυγή αποκλεισμό μου, γιατί τούτο υπερβαίνει προφανώς το σκοπό για τον οποίο τέθηκε η απαίτηση αυτή. Δηλαδή, όπως

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

εκτέθηκε ανωτέρω, να συντρέχει λόγος αποκλεισμού και κίνδυνος παραπλάνησης της αναθέτουσας αρχής.

Επιπλέον στην αιτιολογική έκθεση 101 της οδηγίας 2014/24/Ε.Ε. ορίζεται: «Όταν βασίζεται σε λόγους προαιρετικού αποκλεισμού, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να δίδουν ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας. Μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις μπορεί ελάχιστονες παρατυπίες να οδηγήσουν στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα ...». Ούτω, η αρνητική δήλωση της ημετέρας εταιρείας στο εν λόγω πεδίο σύμφωνα με τα αναγραφόμενα στο πεδίο για τα επαγγελματικά παραπτώματα με βάση την ερμηνεία της φράσης «εν γνώσει» (όπως άλλωστε και η ίδια δηλώνει στο Ε.Ε.Ε.Σ.) δεν συνιστά λόγο ικανό να έχει καθοριστική επιρροή στην απόφαση αν συντρέχουν στο πρόσωπό της λόγοι αποκλεισμού λόγω παραβίασεως της εργατικής νομοθεσίας και σύμφωνα με τον κανόνα *de minimis*, που αποτυπώνεται στην ως άνω οδηγία και δεν μπορεί να οδηγήσει στον αποκλεισμό της.

Επιπρόσθετα, η προσφεύγουσα συμμετέχει στο διαγωνισμό, στηριζόμενη στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα, εις βάρος του οποίου έχουν καταλογιστεί έξι (6) Π.Ε.Π. για παραβίαση της εργατικής νομοθεσίας. Ούτω, στο πρόσωπο του τρίτου συντρέχει λόγος αποκλεισμού, κατά τα εκτιθέμενα στην ασκηθείσα με Γ.Α.Κ. 417/25-2-2021 προδικαστική προσφυγή μου. Με τα δεδομένα αυτά, τυχόν αποκλεισμός της ημετέρας εταιρείας, για την οποία δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού και η παραμονή μόνο της προσφεύγουσας στον διαγωνισμό, εις βάρος της οποίας συντρέχουν βάσιμοι και ουσιαστικοί λόγοι αποκλεισμού, εκτός των άλλων, και λόγω των πράξεων του Σ.ΕΠ.Ε. εις βάρος του τρίτου - παρέχοντος την εμπειρία, άλλως την αντικατάστασή του, αποτελεί σαφή παραβίαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του υγιούς ανταγωνισμού, καθόσον θα εξαλείψει την ανταγωνιστική του βάση, δεδομένου ότι θα παραμείνει μόνο η προσφεύγουσα εταιρεία.

[...]η διαφορετική δήλωση στο κατατεθέν ΕΕΕΣ, λόγω μη εμφάνισης, κατ' αποτέλεσμα, του αυτού σχετικού ερωτήματος, χρήζει διευκρινίσεως και δεν οδηγεί στον αποκλεισμό της άνευ ετέρου, δεδομένου ότι μόνο η μη έγκυρη

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

υποβολή του ΕΕΕΣ ήτοι η έλλειψη ή η μη νόμιμη υπογραφή του δεν επιτρέπει τη δυνατότητα συμπλήρωσης του και, πρωτίστως, η επίμαχη παράλειψη αφορά εμμέσως τους λόγους αποκλεισμού, θα πρέπει ωστόσο να ιδωθεί υπό το σύνολο των δηλώσεων στο ΕΕΕΣ του διαγωνιζομένου και ειδικότερα όσων δηλώνει στο σχετικό πεδίο των λόγων αποκλεισμού καθώς και της τήρησης εν προκειμένω από τον διαγωνιζόμενο της αληθούς συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ. Ενόψει τούτων, και εφόσον στην προκειμένη περίπτωση, κριθεί, ότι το κατατεθέν ΕΕΕΣ, δεν ανταποκρίνεται πλήρως στις απαιτήσεις της διακήρυξης, υπό την έννοια όμως ότι εμπεριέχει επουσιώδεις σφάλμα δεκτικό διευκρινίσεως, η αναθέτουσα αρχή δύναται και υποχρεούται να καλέσει τον διαγωνιζόμενο για την παροχή διευκρινίσεων (ΣΤΕ ΕΑ 346/2017), εφαρμόζοντας τις διατάξεις του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 (βλ. σκ. 7) ...» (Α.Ε.Π.Π. 1565 - 1566, σκ. 8).

Από την ανωτέρω διάταξη του νόμου συνάγεται ότι είναι επιτρεπτή η παροχή διευκρινίσεως επί στοιχείων, τα οποία έχουν συμπεριληφθεί στην προσφορά, δηλαδή ότι το αντικείμενο της διευκρίνισης θα πρέπει να προκύπτει ευθέως από τα υποβληθέντα στοιχεία της προσφοράς και όχι να επαφίεται στην εκ των υστέρων δήλωση του προσφέροντος.

Εν προκειμένω, μόνο η παράλειψη συμπλήρωσης του σχετικού πεδίου που αφορά την εργατική νομοθεσία, θα συνιστούσε ουσιώδη έλλειψη της προσφοράς και ίσως για τον λόγο αυτό δε θα ετύγχανε εφαρμογής η ανωτέρω διάταξη του νόμου. Όμως, και αφού έχει συμπληρωθεί και το πεδίο τούτο (αθέτησης εργατικής νομοθεσίας), ενόψει της διαφορετικής συμπλήρωσής του, με το πεδίο του σοβαρού εργατικού παραπτώματος - στο οποίο παρατίθενται οι Π.Ε.Π. κ.λπ. - είναι προφανές ότι απαιτείται η παροχή διευκρινίσεως επί της δηλώσεως, στο πεδίο τούτο καθόσον όσα θα διευκρινιστούν έχουν ήδη δηλωθεί στο Ε.Ε.Ε.Σ. στο αμέσως επόμενο πεδίο (του επαγγελματικού παραπτώματος), κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα. Με τα δεδομένα αυτά, η δήλωση αυτή δεν θα συνιστά ουσιώδη αλλοίωση ούτε ουσιώδη μεταβολή των όσων έχουν ήδη δηλωθεί στο Ε.Ε.Ε.Σ. και ως εκ τούτου δε θα συνεπάγεται την

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

υποβολή νέων στοιχείων της προσφοράς μου και κατ' επέκταση νέας προσφοράς.

Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί του αντιθέτου είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, διότι:

Δεν υπάρχει παράλειψη, η οποία δεν επιτρέπει την για πρώτη φορά συμπλήρωση του ελλείποντος, αλλά διαφορετική απάντηση σε σχέση με την απάντηση σε επόμενο συναφές πεδίο και η οποία (απάντηση) κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα προέκυψε από το τεθέν ερώτημα.

Προκύπτει με σαφήνεια το στοιχείο που χρήζει διευκρίνισης/διόρθωσης

Το αντικείμενο της διευκρίνισης σχετίζεται, ευθέως, με τα υπόλοιπα στοιχεία, που έχουν ήδη δηλωθεί στο Ε.Ε.Ε.Σ.

Με τη διευκρίνιση που θα δοθεί, δε θα αλλοιωθεί ούτε θα μεταβληθεί το περιεχόμενο του Ε.Ε.Ε.Σ. και της προσφοράς μου.

Η άρση της παραδρομής είναι δυνατή με την απλή αντιπαραβολή των δηλωθέντων στοιχείων στο Ε.Ε.Ε.Σ. και δεν προϋποθέτει καμία αλλαγή αντικατάσταση του υποβληθέντος Ε.Ε.Ε.Σ., σχετικά με το επίμαχο ζήτημα της συνδρομής λόγων αποκλεισμού, δεδομένου ότι δεν θα δηλωθούν για πρώτη φορά Π.Ε.Π. ούτε θα αντικατασταθεί οποιοδήποτε στοιχείο από τα ήδη δηλωθέντα.

Για το ζήτημα αυτό, έχει κριθεί, ότι είναι επιτρεπτή η διευκρίνιση - διόρθωση της προσφοράς, εφόσον αφενός τηρούνται οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας και αφετέρου συμμορφώνεται ήδη η προσφορά με τους ουσιώδεις όρους της διακήρυξης.

Εφόσον, στο Ε.Ε.Ε.Σ. που υπέβαλα, και το οποίο λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη, πληρούνται οι προϋποθέσεις συμμετοχής μου στον επίδικο διαγωνισμό, παραδεκτώς η αναθέτουσα αρχή μπορεί και υποχρεούται να ζητήσει διευκρινίσεις επί των δηλωθέντων σε αυτό στοιχείων.

Κατόπιν τούτου, και για όλους τους λόγους που ανωτέρω εκτίθενται, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι».

27. Επειδή το άρθρο 18 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης[...]2. Κατά την εκτέλεση των δημόσιων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α΄. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους. [...] 4. Η υποχρέωση της παραγράφου 2: (α) επισημαίνεται στα έγγραφα της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 53 και (β) αποτελεί ειδικό όρο της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 130. 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. 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).».

28. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρωνπροσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης....περιέχουν ιδίως:... β) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού,

την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς... κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...»

29. Επειδή το άρθρο 73 του ν.4412/2016 ορίζει ότι: «[...] 2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: ... γ) γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β΄ 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα΄ και ββ΄ κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. [...]4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με κατάλληλα μέσα αθέτηση των ισχυουσών υποχρεώσεων που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18, [...] θ) Εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του 5. Κατά παρέκκλιση από τα οριζόμενα στην περίπτωση β΄ της παρ. 4, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μην αποκλείει έναν

οικονομικό φορέα, ο οποίος βρίσκεται σε μια εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην παραπάνω περίπτωση, υπό την προϋπόθεση ότι η αναθέτουσα αρχή έχει αποδείξει ότι ο εν λόγω φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψη τις ισχύουσες διατάξεις και τα μέτρα για τη συνέχιση της επιχειρηματικής του λειτουργίας, στην περίπτωση των καταστάσεων της περίπτωσης β' της παρ. 4. [...] 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. [...] 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...»

30. Επειδή το άρθρο 78 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « [...] Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2. του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74.[...]

31. Επειδή το άρθρο 79 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «. [...]1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, [...] Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. [...]».

32. Επειδή το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. γ) Για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102.[...].».

33. Επειδή στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α΄ 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα

υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσονος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές. 5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς».

34. Επειδή το άρθρο 68 του ν. 3863/2010 ορίζει ότι : «...2.α) Οι πράξεις επιβολής προστίμου που επιβάλλονται σε βάρος εταιρειών παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης καταχωρούνται στο αντίστοιχο «Μητρώο Παραβατών Εταιρειών Παροχής Υπηρεσιών Καθαρισμού ή/και Φύλαξης» που τηρείται στη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας. β) Η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, αμέσως μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, να

υποβάλει γραπτό αίτημα προς τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για τη χορήγηση πιστοποιητικού, από το οποίο να προκύπτουν όλες οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος εκάστου των υποψήφιων εργολάβων. Το πιστοποιητικό αποστέλλεται στην αναθέτουσα αρχή μέσα σε δεκαπέντε (15) ημέρες από την υποβολή του αιτήματος. Σε περίπτωση άπρακτης παρέλευσης της προθεσμίας, η αναθέτουσα αρχή δικαιούται να προχωρήσει στη σύναψη της σύμβασης. 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.[...]

35. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : « [...] 1.4 Θεσμικό πλαίσιο. Η ανάθεση και εκτέλεση της σύμβασης διέπεται από την κείμενη νομοθεσία και τις κατ' εξουσιοδότηση αυτής εκδοθείσες κανονιστικές πράξεις, όπως ισχύουν και ιδίως: [...] - του Ν. 3863/2010 (Α'115) «Νέο Ασφαλιστικό Σύστημα και συναφείς διατάξεις, ρυθμίσεις στις εργασιακές σχέσεις» (ιδίως σύμφωνα με το Ν. 4387/2016), [...]

2.2.3 Λόγοι αποκλεισμού.

Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) οικονομικός φορέας, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (εάν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

του (εάν πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων) ένας ή περισσότεροι από τους ακόλουθους λόγους:[...]

2.2.3.2 Στις ακόλουθες περιπτώσεις:

[...] γ) η Αναθέτουσα Αρχή γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 29164/755 (ΦΕΚ Β' 2686/02.07.2019) «Κατηγοριοποίηση παραβάσεων και καθορισμός ύψους προστίμων που επιβάλλονται από τους Επιθεωρητές Εργασίας του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας (ΣΕΠΕ)», ως έχει τροποποιηθεί και ισχύει δυνάμει του άρθρου 4 της ΥΑ 60201/Δ7.1422 (ΦΕΚ Β' 4997/31.12.2019), 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 [...]

2.2.3.4 Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:

(α) εάν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016. Ειδικά, κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών φύλαξης, ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται ιδίως, και όχι αποκλειστικά, τα προβλεπόμενα στο δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 115) όπως ισχύει. Συνεπώς, οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να δηλώσουν στα οικεία πεδία του ΕΕΕΣ τις τυχόν παραβιάσεις της εργατικής

νομοθεσίας οι οποίες χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με τις ΥΑ 29164/755/27.06.2019 (Β' 2686/02.07.2019) και 60201/Δ7.1422 (ΦΕΚ Β' 4997/31.12.2019) ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, ανεξαρτήτως του αριθμού των διενεργηθέντων ελέγχων από τους οποίους προκύπτουν και, του είδους των παραβάσεων που αφορούν. Τυχόν παραβίαση της εργατικής νομοθεσίας όπως αυτή περιγράφεται στο ανωτέρω εδάφιο, δηλώνεται από τους οικονομικούς φορείς τόσο ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα όσο και ως παραβίαση της εργατικής νομοθεσίας. Παράλειψη της σχετικής δήλωσης έστω και σε ένα εκ των δυο πεδίων του ΕΕΕΣ συνεπάγεται τον αποκλεισμό του υποψηφίου οικονομικού φορέα κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση η) της παρούσας παραγράφου 2.2.3.4, στην παράγραφο 2.2.3.7 και στους λοιπούς όρους της διακήρυξης.

[...](η) εάν διαπιστωθεί από την επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού ή το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής ότι επιχείρησε να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιαδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση,

(θ) εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του, για το οποίο του επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης προμηθειών και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία.[...]

2.2.3.7. Οικονομικός φορέας που εμπíπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1 , 2.2.3.2. γ) και 2.2.3.4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού (αυτοκάθαρση). Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης

σύμβασης. 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, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, με τελεσίδικη απόφαση, σε εθνικό επίπεδο, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της ανωτέρω δυνατότητας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση.

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

2.2.10 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής.

2.2.10.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών.

Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6, 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα 2, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΕΕΕΣ

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος 1 του εν λόγω Κανονισμού. [...]

Η υποβολή του ΕΕΕΣ παρέχει προαπόδειξη, αντικαθιστώντας τα σχετικά πιστοποιητικά που εκδίδονται από τις δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη (άρθρα 79, 79^Α του ν. 4412/2016 και Κατευθυντήρια Οδηγία 15 ΕΑΑΔΗΣΥ). [...]

2.2.10.2 Αποδεικτικά μέσα.

Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.9, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ' του ν. 4412/2016.

Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8. της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (παράγραφοι 2.2.4-2.2.8). Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 2.2.3.1, 2.2.3.2 και 2.2.3.4.[...]

2.4.2.3 Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν ηλεκτρονικά με την προσφορά τους τα ακόλουθα:

(α) έναν (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνονται τα κατά περίπτωση απαιτούμενα δικαιολογητικά και η τεχνική προσφορά σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και την παρούσα διακήρυξη.[...]

2.4.3. Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά».

2.4.3.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν:

α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν.4412/2016 και στο Παράρτημα 2 της παρούσας διακήρυξης. Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό πρότυπο ΕΕΕΣ το οποίο έχει αναρτηθεί, σε μορφή αρχείων τύπου XML και PDF, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gr του ΕΣΗΔΗΣ και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης (Παράρτημα 2).[...]

2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών.

Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:

α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών), 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας, β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας διακήρυξης,[...]

3.1.1 Ηλεκτρονική αποσφράγιση προσφορών.

[...] Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν

υποβληθεί, ή να διευκρινίσουν το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς τους, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016».

36. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

37. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27). Περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725,

σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

38. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

39. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

40. Επειδή, τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια ή την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική, προσφορά τους (Ε.Α. ΣΤΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (Εφαθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ.

1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776). Επομένως, η παραβίαση αμφίσημων όρων της διακήρυξης δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζομένου, αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεών του

41. Επειδή όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία, στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της, κατά στάδια, προβολής των λόγων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣΤΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόπτοντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών, με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣΤΕ 305/2011, 65/2012). Συνεπώς, λόγοι που αφορούν τους όρους της Διακήρυξης ή και προγενέστερο στάδιο του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπικαίρως στο παρόν στάδιο κι επομένως απαραδέκτως (βλ. ΣΤΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66).

42. Επειδή, οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού αποτελούν στοιχείο κρίσης και επιλογής της αναθέτουσας κατά το στάδιο της κατάρτισης των συμβατικών τευχών, οπότε εφόσον επιλεγούν και συμπεριληφθούν στη διακήρυξη, θεσπίζονται κανόνες υποχρεωτικής εφαρμογής κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής.

43. Επειδή, το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ παρέχει προαπόδειξη προς τον σκοπό της επιτάχυνσης των διαγωνιστικών διαδικασιών και ελάφρυνσης των

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

διαγωνιζομένων από την υποχρέωση προσκόμισης πολυάριθμων πιστοποιητικών και εγγράφων ως προς τα κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής και ενέχει, προϋποθέτει και ερείδεται επί μιας καταρχήν εμπιστοσύνης ως προς τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς και όσον αφορά τα εξ αυτού δηλούμενα, τα οποία θα ελεγχθούν επισταμένως κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης πριν την οριστικοποίηση της ανακήρυξης του ως αναδόχου. Περαιτέρω, η στήριξη στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα δεν αίρει την υποχρέωση ρητής αναφοράς της στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ του προσφέροντος και περαιτέρω την υποβολή εκ του προσφέροντος αυτοτελούς ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ συνταχθέντος και ψηφιακά υπογεγραμμένου εκ του τρίτου οικονομικού φορέα περί τη μη συνδρομή στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού και τη συγκέντρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής επί των οποίων θα στηριχθεί ο προσφέρων, στην περίπτωση δε που οι παραπάνω προϋποθέσεις δεν πληρούνται ή δεν υποβληθεί το οικείο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα ήδη με την προσφορά, τότε οι ικανότητες του τρίτου δεν μπορούν να λογιστούν υπέρ του προσφέροντος, η δε προσφορά του τελευταίου, ως συνδυαζόμενη και συνεχόμενη με τις ικανότητες του τρίτου είναι επομένως αόριστη και τελεί σε ουσιώδη έλλειψη (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 96, 246/2017, 253/2017).

44. Επειδή τα κριτήρια και οι προϋποθέσεις επιλογής και οι διατάξεις περί αποκλεισμού υποψήφιων αναδόχων στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων και υπό το πρίσμα του νέου Ν 4412/2016 θα πρέπει να ερμηνεύονται και να εφαρμόζονται ουσιαστικά και όχι τυπολατρικά με βασικό γνώμονα την εξυπηρέτηση της θεμελιώδους αρχής του ελεύθερου, πραγματικού και αποτελεσματικού ανταγωνισμού που εγγυάται την ακώλυτη πρόσβαση όλων των υποψηφίων στην αγορά των δημοσίων συμβάσεων. Επομένως, οι οικονομικοί φορείς δέον είναι να προβαίνουν στη σχετική δήλωση (βλ. Δ. Ράικο, Ε. Βλάχου, Ε. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018 σελ. 688, παρ.89) η οποία όχι μόνο δεν επιφέρει τον αυτόματο αποκλεισμό τους αλλά τους

παρέχει τη δυνατότητα να εκθέσουν ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τους λόγους για τους οποίους δεν διακυβεύεται σε περίπτωση εκ μέρους τους ανάληψης της σύμβασης, η ορθή εκτέλεση της. Ειδικότερα, η κατά τα ως άνω σχετική δήλωση εκ μέρους του οικονομικού φορέα στο ΕΕΕΣ του περί συνδρομής στο πρόσωπο του κάποιας κατά τα ως άνω περίπτωσης αποκλεισμού, μαζί με την εκ μέρους του παράθεση εξηγήσεων, λεπτομερειών, ως και ανάλυση των τυχόν επανορθωτικών μέτρων που ο ίδιος έλαβε, συνιστούν αναγκαίες προϋποθέσεις για την περαιτέρω θεμελίωση της υπέρ αυτού ευνοϊκής διαδικασίας του άρ. 73 παρ. 7 επ.(ΑΕΠΠ 118/2017).

45. Επειδή όπως έχει κριθεί (ΕΑ ΣτΕ 40/2019) η απάντηση οικονομικού φορέα σε ερώτημα του ΕΕΕΣ αναφορικά με το Μέρος ΙΙΙ («Λόγοι αποκλεισμού») Τμήμα Γ` αφορά σε δήλωση πραγματικού γεγονότος και μόνον και δεν είναι αντικείμενο ερωτήματος η εκ μέρους του διαγωνιζομένου φορέα δήλωση, αν συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού εξαιτίας του πραγματικού αυτού γεγονότος. Το τελευταίο τούτο ζήτημα τίθεται προς διευκρίνιση στα επόμενα κατά τ' ανωτέρω στάδια, εφ' όσον δηλαδή ο διαγωνιζόμενος έχει απαντήσει θετικά («ΝΑΙ») στο σχετικό ερώτημα, οπότε και καλείται, απαντώντας διαδοχικά στα περαιτέρω ερωτήματα, να παράσχει όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, προκειμένου η αναθέτουσα Αρχή να διαπιστώσει εν τέλει, αν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού του από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία.

46. Επειδή ενόψει των αρχών της τυπικότητας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η συνυποβολή της υπεύθυνης δήλωσης στο σταθερό χρονικό σημείο της υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων με το προβλεπόμενο σε αυτές περιεχόμενο, αποτελεί ουσιώδη τυπική προϋπόθεση συμμετοχής στο διαγωνισμό, παράβαση δε του εν λόγω κανόνα εκ μέρους του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό καθιστά την υποβληθείσα προσφορά του απαράδεκτη, διότι η ανακρίβεια των δηλώσεων της Υπεύθυνης Δήλωσης και εν προκειμένω του Ε.Ε.Ε.Σ/ΤΕΥΔ, επιφέρουσα κατά τα ανωτέρω την

απόρριψη της προσφοράς, δεν συνιστά ασάφεια ή επουσιώδη πλημμέλεια, δυνάμενη να αρθεί στο πλαίσιο του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, αφού η διόρθωσή του θα είχε ως συνέπεια τη μεταγενέστερη αντικατάσταση ουσιώδους εγγράφου κατά τρόπο ώστε να αίρεται το απαράδεκτο της επίμαχης προσφοράς (βλ. μεταξύ άλλων ΕΑ ΣτΕ 117/2019, 135/2018, ΑΕΠΠ 1425/2020)

47. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η υποχρέωση διαφάνειας αντιτίθενται επίσης σε κάθε διαπραγματεύση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και ενός προσφέροντος στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, πράγμα που συνεπάγεται ότι, καταρχήν, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31). Συγκεκριμένα, αν γινόταν δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή έχει την εξουσία να ζητεί διευκρινίσεις από συγκεκριμένο υποψήφιο την προσφορά του οποίου κρίνει ανακριβή ή μη σύμφωνη με τις τεχνικές προδιαγραφές της συγγραφής υποχρεώσεων, η εν λόγω αρχή θα κινδύνευε να θεωρηθεί ύποπτη, σε περίπτωση που τελικώς επέλεγε την επίμαχη προσφορά, ότι διεξήγαγε μυστικές διαπραγματεύσεις με τον οικείο υποψήφιο, εις βάρος των λοιπών υποψηφίων και κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης (απόφαση της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 37). Εντούτοις, το Δικαστήριο έχει κρίνει επίσης ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν απαγορεύει τη διόρθωση ή κατά περίπτωση συμπλήρωση της προσφοράς, μεταξύ άλλων, επειδή απαιτείται προφανώς η απλή διευκρίνισή της ή η διόρθωση πρόδηλων εκ παραδρομής σφαλμάτων, υπό τον όρο ωστόσο ότι θα τηρηθούν ορισμένες προϋποθέσεις. Η δε αίτηση διευκρίνισης δεν δύναται να καταλήξει στο να υποβάλει, στην πραγματικότητα, ο συγκεκριμένος προσφέρων νέα προσφορά (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10,

EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Επιπροσθέτως η αναθέτουσα αρχή, κατά την άσκηση της ευχέρειας εκτιμήσεως που διαθέτει όσον αφορά τη δυνατότητα να ζητήσει από τους υποψήφιους να διευκρινίσουν την προσφορά τους, πρέπει να μεταχειρίζεται τους υποψήφιους με ισότιμο και ειλικρινή τρόπο, κατά τρόπο ώστε μια αίτηση διευκρίνσεως να μη δύναται, κατά το πέρας της διαδικασίας επιλογής των προσφορών και λαμβανομένου υπόψη του αποτελέσματός της, να εκληφθεί ως έχουσα αδικαιολογήτως περιαγάγει σε ευμενή ή δυσμενή θέση τον υποψήφιο ή τους υποψήφιους τους οποίους αφορά η αίτηση αυτή (απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 37, απόφαση της 6ης Νοεμβρίου 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, σκέψη 43)». Η δε δυνατότητα παροχής διευκρινίσεων εκ μέρους του υποψηφίου, κατά τις παραγράφους 1 έως 4 του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, εάν επίκειται αποκλεισμός από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς, σύμφωνα με την παράγραφο 5 του ίδιου άρθρου, χωρίς βέβαια να μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών των οποίων η κοινοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., συναφώς, απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 40).

48. Επειδή, στον όρο 2.2.9.1 της διακήρυξης προβλέπεται ότι οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλουν με την προσφορά τους ΕΕΕΣ προς τον σκοπό προαπόδειξης, μεταξύ άλλων, της μη συνδρομής λόγου αποκλεισμού του όρου 2.2.3 της διακήρυξης. Ειδικότερα, σύμφωνα με τον όρο 2.2.3.2γ της διακήρυξης, αποκλείεται από τη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικός φορέας όταν αποδεικνύεται ότι έχουν επιβληθεί εις βάρος του μέσα σε χρονικό διάστημα δύο ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς είτε τρεις πράξεις επιβολής προστίμου για

παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας και οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις διενεργηθέντες ελέγχους είτε δύο πράξεις επιβολής προστίμου για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία και οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο διενεργηθέντες ελέγχους, μόνον εφόσον οι εν λόγω κυρώσεις έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Σημειωτέον ότι ο εν λόγω όρος της διακήρυξης ταυτίζεται ως προς το περιεχόμενο με τον υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 2 περ. γ' του Ν. 4412/2016. Επίσης, στον όρο 2.2.3.4 της διακήρυξης θεσπίζονται, μεταξύ άλλων, οι ακόλουθοι λόγοι αποκλεισμού οικονομικού φορέα : εάν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016 (περίπτωση α') και εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του (περίπτωση θ'). Θα πρέπει να επισημανθεί ότι οι ως άνω λόγοι αποκλεισμού ταυτίζονται ως προς το περιεχόμενο με τους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού των διατάξεων του άρθρου 73 παρ. 4 περ. α' και θ' του Ν. 4412/2016. Επομένως, με τη συμπερίληψη τους στη διακήρυξη που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 41, οι προαναφερθείσες περιπτώσεις του όρου 2.2.3.4 ανάγονται σε υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού, ως βασίμως υποστηρίζει ο πρώτος προσφεύγων. Επιπροσθέτως, στον όρο 2.2.3.4 α' της διακήρυξης διευκρινίζεται ότι ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται ιδίως, και όχι αποκλειστικά, τα προβλεπόμενα στο δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, ήτοι αν έχουν επιβληθεί εις βάρος του οικονομικού φορέα μέσα σε χρονικό διάστημα δύο ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς είτε τρεις πράξεις επιβολής προστίμου για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας και οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις διενεργηθέντες ελέγχους είτε δύο πράξεις επιβολής προστίμου για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν

την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο διενεργηθέντες ελέγχους, χωρίς να απαιτείται οι εν λόγω κυρώσεις να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, ήτοι στον όρο 2.2.3.4 α' της διακήρυξης ενσωματώνεται η διάταξη της παρ. 5 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016. Πέραν τούτου, στον ίδιο όρο επισημαίνεται ότι οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να δηλώσουν τυχόν παραβιάσεις της εργατικής νομοθεσίας, ανεξαρτήτως του αριθμού των διενεργηθέντων ελέγχων από τους οποίους αυτές προκύπτουν και του είδους των παραβάσεων, στα οικεία πεδία του ΕΕΕΣ ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και ως παραβίαση της εργατικής νομοθεσίας. Παράλειψη δε της σχετικής δήλωσης έστω και σε ένα εκ των ως άνω δυο πεδίων του ΕΕΕΣ συνεπάγεται τον αποκλεισμό του υποψηφίου οικονομικού φορέα κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση η) του όρου 2.2.3.4, στον όρο 2.2.3.7 και στους λοιπούς όρους της διακήρυξης. Επομένως, εκ του ως άνω περιεχομένου του όρου 2.2.3.4 α' της διακήρυξης δεν καταλείπεται αμφιβολία αφενός μεν ως προς την υποχρέωση, επί ποινή αποκλεισμού, διπλής αναγραφής στο ΕΕΕΣ τυχόν πράξεων επιβολής προστίμου που έχουν επιβληθεί σε διαγωνιζόμενο λόγω παράβασης της εργατικής νομοθεσίας αφετέρου ως προς τα συγκεκριμένα πεδία του ΕΕΕΣ στα οποία απαιτείται αυτές να δηλωθούν.

49. Επειδή περαιτέρω στον όρο 2.2.3.7 της διακήρυξης ρητώς ορίζεται ότι αν ο συμμετέχων εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στον όρους 2.2.3.2 γ) και 2.2.3.4 τότε μπορεί να προσκομίσει στοιχεία που να αποδεικνύουν ότι έλαβε μέτρα αυτοκάθαρσης, η δε απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων εκδίδεται κατά τη διαδικασία των παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016. Συνεπώς, και κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 42-43, στην περίπτωση που ένας διαγωνιζόμενος δηλώσει στο ΕΕΕΣ ότι έχουν επιβληθεί εις βάρος του μέσα σε χρονικό διάστημα δύο ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς είτε τρεις πράξεις επιβολής προστίμου για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που

χαρακτηρίζονται, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας και οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις διενεργηθέντες ελέγχους είτε δύο πράξεις επιβολής προστίμου για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία και οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο διενεργηθέντες ελέγχους κατ' εφαρμογήν είτε του όρου 2.2.3.2 γ' είτε του όρου 2.2.3.4 α' της διακήρυξης καθώς και ότι έχει λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης δεν αποκλείεται αυτόματα αλλά ενεργοποιείται η ευνοϊκή διαδικασία των παρ. 7 επ. του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016. Ως εκ τούτου, σύμφωνα με τα αναφερόμενα υπό σκέψη 41, ανεπικαίρως διότι βάλλει κατ' ουσίαν κατά του όρου 2.2.3.7 της διακήρυξης και άρα απαραδέκτως ο πρώτος προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ο εν λόγω όρος έρχεται σε αντίθεση με τη διάταξη του άρθρου 68 παρ. 2γ του ν. 3863/2010. Ειδικότερα απαραδέκτως χωρίς έρεισμα στους όρους της διακήρυξης ισχυρίζεται ο πρώτος προσφεύγων ότι δεν τυγχάνει εφαρμοστέα η δυνατότητα επίκλησης επανορθωτικών μέτρων όταν συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4.α' της διακήρυξης περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος λόγω επιβολής εις βάρος του οικονομικού φορέα μέσα σε χρονικό διάστημα δύο ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς είτε τριών πράξεων επιβολής προστίμου για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας και οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις διενεργηθέντες ελέγχους είτε δύο πράξεων επιβολής προστίμου για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο διενεργηθέντες ελέγχους, χωρίς να απαιτείται οι εν λόγω κυρώσεις να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, καθώς, παρά τους αντίθετους ισχυρισμούς της προσφυγής, ρητά ορίζεται στον όρο 2.2.3.7 της διακήρυξης ότι σε περίπτωση που συντρέχει λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4, τότε εξετάζονται μέτρα αυτοκάθαρσης.

50. Επειδή, περαιτέρω, στον όρο 2.2.10.2Α της διακήρυξης προβλέπεται ότι σε περίπτωση που οι συμμετέχοντες στηρίζονται στις

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

ικανότητες τρίτου φορέα υποχρεούνται να προσκομίσουν με την προσφορά τους ΕΕΕΣ του τρίτου φορέα προκειμένου να προαποδείξουν ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπο του τρίτου φορέα κάποιος από τους λόγους αποκλεισμού του όρου 2.2.3 της διακήρυξης. Εφόσον δε συντρέχει λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3 της διακήρυξης για τον τρίτο φορέα, ο διαγωνιζόμενος υποχρεούται να τον αντικαταστήσει. Σημειωτέον ότι κατά το άρθρο 78 παρ. 2 του ν. 4412/2016 η αναθέτουσα αρχή οφείλει κατά δεσμία αρμοδιότητα να αιτηθεί από τον διαγωνιζόμενο την αντικατάσταση του τρίτου φορέα στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού, ενώ διαθέτει διακριτική ευχέρεια προς τούτο αν συντρέχει στο πρόσωπο του τρίτου φορέα δυνητικός λόγος αποκλεισμού. Αβασίμως δε ο πρώτος προσφεύγων υποστηρίζει ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αποκλείσει διαγωνιζόμενο όταν στο πρόσωπο του τρίτου φορέα συντρέχει λόγος αποκλεισμού με τον ισχυρισμό ότι η υποχρέωση αντικατάστασης του τρίτου φορέα ανακύπτει μόνον σε περίπτωση οψιγενούς λόγου αποκλεισμού του τρίτου φορέα, ήτοι λόγου που ανέκυψε μετά την υποβολή των προσφορών. Και τούτο διότι, αφενός μεν ουδόλως τούτο προβλέπεται ρητώς στο νόμο ή στη διακήρυξη και αφετέρου, εν προκειμένω, η υποχρέωση αντικατάστασης του τρίτου φορέα περιλαμβάνεται στον όρο 2.2.10.2.A της διακήρυξης που προβλέπει ότι το δικαίωμα και οι προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό κρίνονται και κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς και άρα δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι η υποχρέωση αντικατάστασης καταλαμβάνει και λόγους αποκλεισμού που συνέτρεχαν κατά το στάδιο υποβολής των προσφορών. Επίσης αβασίμως ο δεύτερος προσφεύγων ισχυρίζεται ότι εφόσον συντρέχει στο πρόσωπο του τρίτου φορέα λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4 της διακήρυξης η αναθέτουσα αρχή διαθέτει διακριτική ευχέρεια είτε να αποδεχτεί την προσφορά είτε να αιτηθεί την αντικατάσταση του τρίτου φορέα καθώς ο όρος 2.2.3.4 περιλαμβάνει υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού. Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, αν η αναθέτουσα αρχή διαπιστώσει τη συνδρομή στο πρόσωπο τρίτου φορέα

κάποιου εκ των υποχρεωτικών λόγων αποκλεισμού του όρου 2.2.3 της διακήρυξης τότε υποχρεούται προτού αποδεχτεί την προσφορά του διαγωνιζόμενου να του ζητήσει να αντικαταστήσει τον τρίτο φορέα. Ουδόλως δε ανακύπτει υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να τηρήσει τη διαδικασία των όρων 2.2.3.7-8 της διακήρυξης, ακόμη και αν ο τρίτος φορέας έχει δηλώσει στο ΕΕΕΣ του επανορθωτικά μέτρα, διότι, καταρχάς, η ευεργετική διαδικασία των όρων 2.2.3.7-8 της διακήρυξης προβλέπεται ρητώς μόνον για τον οικονομικό φορέα και όχι τον τρίτο δανείζοντα εμπειρία για τον οποίο ισχύει η ειδική διάταξη του όρου 2.2.10.2 της διακήρυξης. Περαιτέρω, εφόσον κατά το άρθρο 78 παρ. 2 του ν. 4412/2016 η αναθέτουσα αρχή οφείλει κατά δεσμία αρμοδιότητα να αιτηθεί την αντικατάσταση τρίτου φορέα στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού, η επιβολή ενός πρόσθετου σταδίου εκτίμησης των επανορθωτικών μέτρων του τρίτου φορέα πριν την υποβολή από την αναθέτουσα αρχή του κατά δεσμία αρμοδιότητα αιτήματος περί αντικατάστασης του τρίτου φορέα στερείται πρακτικού και λογικού νοήματος, δοθέντος ότι, η όποια κρίση περί της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης του τρίτου φορέα ουδόλως δύναται να αναιρέσει την κατά το νόμο δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής να αιτηθεί από τον διαγωνιζόμενο την αντικατάσταση του τρίτου φορέα.

51. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο δεύτερος προσφεύγων δήλωσε στο Μέρος III του ΕΕΕΣ ότι στηρίζεται στον τρίτο οικονομικό φορέα «...». Περαιτέρω, στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της η εταιρεία «...» έχει απαντήσει καταφατικά τόσο στο πεδίο περί διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος όσο και στο πεδίο περί αθέτησης των υποχρεώσεων που απορρέουν από την εργατική νομοθεσία και συγκεκριμένα έχει δηλώσει ότι έχουν επιβληθεί εις βάρος, της μέσα σε χρονικό διάστημα δύο ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς έξι (6) πράξεις επιβολής προστίμου για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας και οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις

διενεργηθέντες ελέγχους, οι οποίες δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ καθώς και σχετικά επανορθωτικά μέτρα που έχει λάβει. Επομένως, βασίμως ισχυρίζεται ο πρώτος προσφεύγων ότι στο πρόσωπο του τρίτου φορέα «...» συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4 α΄ της διακήρυξης περι σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος λόγω επιβολής εις βάρος του μέσα σε χρονικό διάστημα δύο ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς τριών πράξεων επιβολής προστίμου για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας και οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις διενεργηθέντες ελέγχους οι οποίες δεν απαιτείται να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Ωστόσο, αλυσιτελώς ο πρώτος προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ο όρος 2.2.3.4α΄ της διακήρυξης κατ'ισχύει του όρου 2.2.3.2γ΄ της διακήρυξης καθώς αμφότεροι ενσωματώνουν υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού η διαπίστωση των οποίων δεν συνεπάγεται τον αυτόματο αποκλεισμό του διαγωνιζόμενου αλλά και αβασίμως, διότι αμφότεροι όροι εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, ως αυτοτελείς και αυθύπαρκτοι λόγοι αποκλεισμού και δεσμεύουν εξίσου την αναθέτουσα αρχή και τους συμμετέχοντες. Ομοίως για τους ίδιους λόγους αφενός μεν αλυσιτελώς και αβασίμως ο πρώτος προσφεύγων προβάλλει ότι κατ'ισχύουν οι διατάξεις των άρθρων 18 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και 68 παρ. 2γ του ν. 3863/2010 έναντι της διάταξης του άρθρου 73 παρ.4 περίπτωση θ΄ του ν. 4412/2016 και αφετέρου αλυσιτελώς ο δεύτερος προσφεύγων προβάλλει αμφισημία του όρου 2.2.3.4α΄ της διακήρυξης έναντι του όρου 2.2.3.2γ΄ της διακήρυξης λόγω σχέσης γενικού προς ειδικού. Επίσης, αλυσιτελώς ο δεύτερος προσφεύγων ισχυρίζεται αμφισημία του όρου 2.2.3.2 γ΄ της διακήρυξης με το άρθρο 68 παρ. 2γ του ν. 3863/2010 καθώς, εν προκειμένω, ο πρώτος προσφεύγων προβάλλει τη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος του όρου 2.2.3.4 α΄ της διακήρυξης. Πέραν των ανωτέρω, κατά τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, αλυσιτελώς αμφότεροι οι

προσφεύγοντες και η αναθέτουσα αρχή προβάλλουν εκατέρωθεν ισχυρισμούς περί υποχρέωσης ή μη εξέτασης των επανορθωτικών μέτρων που ο τρίτος φορέας έχει δηλώσει στο ΕΕΕΣ του. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα αφενός μεν να διαπιστώσει τη συνδρομή στο πρόσωπο του τρίτου φορέα «...» του λόγου αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4 α΄ της διακήρυξης περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος και αφετέρου, να μην αποδεχτεί την προσφορά του δεύτερου προσφεύγοντος αλλά να αιτηθεί από αυτόν την αντικατάσταση του τρίτου φορέα διότι συντρέχει στο πρόσωπο του τρίτου φορέα υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού και άρα ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός ως βάσιμος.

Επειδή, κατά την ειδική γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου, Ε. Αψοκάρδου, η αναθέτουσα αρχή στο άρθρο 2.2.8 της Διακήρυξης ουδόλως έχει συμπεριλάβει τις διατάξεις του άρθρου 78 του Ν.4412/2016 σύμφωνα με τις οποίες διαθέτει διακριτική ευχέρεια να ζητήσει την αντικατάσταση του τρίτου οικονομικού φορέα στην περίπτωση που συντρέχουν στο πρόσωπό του οι δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 (εννοιολογικά ταυτόσημου με το άρθρο 2.2.3.4 της Διακήρυξης) και δέσμια αρμοδιότητα για τις περιπτώσεις που συντρέχουν στο πρόσωπό του τρίτου οι υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 73, ενώ ρητώς προβλέπει ότι εφόσον η στήριξη αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, ως εν προκειμένω, οι οικονομικοί φορείς και οι φορείς στις ικανότητες των οποίων στηρίζονται, είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Παράλληλα, στο άρθρο 2.2.10.2 ρητώς προβλέπεται ότι οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να αντικαταστήσουν έναν φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζονται για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των άρθρων 2.2.3.1, 2.2.3.2, και 2.2.3.4. Η δε διαπίστωση της συνδρομής ή μη των λόγων αποκλεισμού λαμβάνει χώρα το πρώτον κατά την αξιολόγηση της προσφοράς από την αναθέτουσα αρχή. Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή, ως αναφέρει και στις απόψεις της, εφόσον έκρινε ως

επαρκή τα επανορθωτικά μέτρα που δήλωσε ο τρίτος οικονομικός φορέας στο ΕΕΕΣ του, παραδέχεται εμμέσως ότι διαπίστωσε στο πρόσωπο του τρίτου οικονομικού φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο δεύτερος προσφεύγων λόγο αποκλεισμού σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.3.1, 2.2.3.2 περ. γ' και 2.2.3.4 της Διακήρυξης, για τα οποία το άρθρο 2.2.3.7 προβλέπει τη δυνατότητα του οικονομικού φορέα να αποδείξει την αξιοπιστία του. Ωστόσο, κατά τα ως άνω αναλυθέντα, προβλέποντας την υποχρέωση του οικονομικού φορέα να αντικαταστήσει τον τρίτο στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται στην περίπτωση συνδρομής λόγων αποκλεισμού των άρθρων 2.2.3.1, 2.2.3.2 και 2.2.3.4, η αναθέτουσα αρχή δεν διαθέτει ούτε τη διακριτική ευχέρεια που προβλέπεται στο άρθρο 78 στην περίπτωση των λόγων δυνητικού αποκλεισμού. Επομένως, ο δεύτερος προσφεύγων έχει την υποχρέωση της αντικατάστασης του τρίτου οικονομικού φορέα, εφόσον έχει διαπιστωθεί στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού των άρθρων 2.2.3.1, 2.2.3.2, και 2.2.3.4, και δη χωρίς προηγουμένως η αναθέτουσα αρχή να έχει τη δυνατότητα να αξιολογήσει ενδεχομένως τα δηλωθέντα στο υποβληθέν ΕΕΕΣ επανορθωτικά μέτρα του τρίτου στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο δεύτερος προσφεύγων και να ασκήσει τη διακριτική της ευχέρεια ως προς την απαίτηση ή μη της αντικατάστασής του (βλ. και ΕΑΑΔΗΣΥ, απόφαση ΣΥΜ 1/2019).

52. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, η εξέταση των λοιπών λόγων της πρώτης προσφυγής περί μη νόμιμης αποδοχής της προσφοράς του δεύτερου προσφεύγοντος παρέλκει ως αλυσιτελής δοθέντος ότι η ως άνω πλημμέλεια παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το σκέλος που αφορά την αποδοχή της προσφοράς του δεύτερου προσφεύγοντος (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007. Βλ. και ΑΕΠΠ 1374/2019. 782/2020).

53. Επειδή, περαιτέρω, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο πρώτος προσφεύγων απάντησε καταφατικά στο πεδίο του Μέρους ΙΙΙ του ΕΕΕΣ περί διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος και ειδικότερα δήλωσε ότι έχουν επιβληθεί εις βάρος του δυο πράξεις επιβολής

προστίμου για παραβάσεις εργατικής νομοθεσίας οι οποίες δεν αφορούν αδήλωτη εργασία και δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Ωστόσο, στο πεδίο του Μέρους III του ΕΕΕΣ που αφορά την αθέτηση των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου έχει απαντήσει αρνητικά, παρά τη ρητή απαίτηση του όρου 2.2.3.4.α της διακήρυξης περί αναγραφής των πράξεων επιβολής προστίμου συγχρόνως τόσο στο πεδίο που αφορά τη διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος όσο και στο πεδίο που αφορά την αθέτηση των υποχρεώσεων στο τομέα του εργατικού δικαίου, ως βασίμως ισχυρίζεται ο δεύτερος προσφεύγων. Ανεπικαίρως κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 41 και άρα απαραδέκτως η αναθέτουσα αρχή και ο πρώτος προσφεύγων προβάλλουν ότι η υποχρέωση διπλής αναγραφής αποσκοπεί στη μη απόκρυψη στοιχείων και ως εκ τούτου ο αποκλεισμός λόγω μη διπλής αναγραφής ισχύει μόνον όταν ο διαγωνιζόμενος επιχειρεί κατ' αυτόν τον τρόπο να παράσχει παραπλανητικές πληροφορίες που μπορούν να επηρεάσουν την κρίση περί της προσφοράς του κατά τα αναφερόμενα στην περίπτωση η' του όρου 2.2.3.4 της διακήρυξης, καθώς βάλλουν κατ' ουσίαν κατά του όρου 2.2.3.4.α' της διακήρυξης αλλά και αβασίμως διότι ρητώς η εν λόγω διατάξη αναφέρει ότι ο αποκλεισμός του διαγωνιζόμενου λόγω παράλειψης αναγραφής των παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας σε ένα εκ των δύο πεδίων δεν ερείδεται μόνον στην συνδρομή των προϋποθέσεων της περίπτωσης η' του όρου 2.2.3.4 της διακήρυξης, ήτοι όταν υπάρχει παραπλάνηση προς τον σκοπό ευνοϊκής κρίσης. Ομοίως αλυσιτελώς η αναθέτουσα αρχή και ο πρώτος προσφεύγων ισχυρίζονται ότι στο πεδίο περί διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος δηλώνεται μόνον η έκδοση τριων πράξεων επιβολής προστίμου για παραβιάσεις της εργατικής νομοθεσίας καθώς εν προκειμένω ο δεύτερος προσφεύγων δεν προβάλλει ότι συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού που ερείδεται στην υποχρέωση αναγραφής στο πεδίο του ΕΕΕΣ περί αθέτησης των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου των πράξεων επιβολής προστίμου αλλά ότι συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού που ερείδεται στη μη αναγραφή στο πεδίο του ΕΕΕΣ περί

αθέτησης των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου των πράξεων επιβολής προστίμου που έχουν ήδη δηλωθεί στο πεδίο του ΕΕΕΣ ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Επίσης για τον ίδιο λόγο αλυσιτελώς η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι εφόσον δεν συντρέχει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα δεν συντρέχει και ζήτημα αθέτησης των υποχρεώσεων στο τομέα του εργατικού δικαίου αλλά και αβασίμως διότι ουδόλως τούτο προβλέπεται ρητώς ούτε προκύπτει από το νόμο και τη διακήρυξη. Πέραν των ανωτέρω, ανεπικαίρως κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 41 και άρα απαραδέκτως ο πρώτος προσφεύγων ισχυρίζεται ότι συντρέχει ασάφεια λόγω μη ταύτισης της διατύπωσης του πεδίου του ΕΕΕΣ που αφορά την αθέτηση των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου με τον όρο 2.2.3.4 α΄ της διακήρυξης αλλά και αβασίμως, διότι, καταρχάς ρητώς στον όρο 2.2.3.4. α΄ της διακήρυξης αναφέρονται τα δυο συγκεκριμένα και διακριτά πεδία του ΕΕΕΣ όπου πρέπει να δηλωθούν οι πράξεις επιβολής προστίμου και αφετέρου δεν υπάρχουν έτερα πεδία στο Μέρος ΙΙΙ του ΕΕΕΣ που σχετίζονται με παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας ώστε να δύναται να υποστηριχθεί ότι δημιουργείται σύγχυση, πολλώ δε μάλλον, καθώς, κατά τα αναφερόμενα υπό σκέψη 45, στο Μέρος ΙΙΙ του ΕΕΕΣ δηλώνονται πραγματικά γεγονότα και δεν είναι αντικείμενο ερωτήματος η εκ μέρους του διαγωνιζομένου δήλωση της όποιας πρόθεσής του ή αξιολογικής εκτίμησής του περί τέλεσης παράβασης. Περαιτέρω, αλυσιτελώς ο πρώτος προσφεύγων ισχυρίζεται ότι εφόσον αποκλειστεί θα παραμείνει στο διαγωνισμό κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης μόνον ο δεύτερος προσφεύγων για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού που ερείδονται σε πράξεις επιβολής προστίμου, αλλά και αβασίμως καθώς ουδόλως αιτιάζεται ότι συντρέχει και για τον δεύτερο προσφεύγοντα ο λόγος αποκλεισμού που προβάλλεται ότι ισχύει για αυτόν τον ίδιο, ώστε να μπορεί να επικαλεστεί την αρχή της ίσης μεταχείρισης. Όσον αφορά δε τον ισχυρισμό του πρώτου προσφεύγοντος περί υποχρέωσης κλήσης του από την αναθέτουσα αρχή προς συμπλήρωση του ΕΕΕΣ επισημαίνεται ότι, ως έχει εκτεθεί υπό σκέψεις

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

46-47, η μη δήλωση στο πεδίο του ΕΕΕΣ περί αθέτησης των υποχρεώσεων του στον τομέα του εργατικού δικαίου των πράξεων επιβολής προστίμου που έχουν δηλωθεί στο πεδίο του ΕΕΕΣ περί διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος δεν δύναται να θεωρηθεί πρόδηλο τυπικό σφάλμα ή επουσιώδης πλημμέλεια δεκτική διευκρινίσεως, σε κάθε δε περίπτωση τυχόν αποδοχή του ισχυρισμού του πρώτου προσφεύγοντος περί εφαρμογής του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 θα συνεπαγόταν, εν προκειμένω, ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων τροποποίηση της προσφοράς του. Επομένως, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 36-41, η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά του πρώτου προσφεύγοντος, ο οποίος αβασίμως επικαλείται την εφαρμογή των αρχών της χρηστής διοίκησης και της αναλογικότητας οι οποίες προϋποθέτουν διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής ως προς τον αποκλεισμό του και άρα ο μόνος λόγος της δεύτερης προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

54. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

55. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η πρώτη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή κατά το σκέλος που κρίνεται αποδεκτή η προσφορά του δευτέρου προσφεύγοντος κατά τα αναφερόμενα υπό σκέψη 51.

56. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η δεύτερη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

57. Επειδή, η παρέμβαση επί της πρώτης προσφυγής πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

58. Επειδή, η παρέμβαση επί της δεύτερης προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

60. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 55, πρέπει να επισταφεί το παράβολο που κατέθεσε ο πρώτος προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Αριθμός απόφασης: 648-649/2021

61. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 56, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο δεύτερος προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει ην πρώτη προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται τη δεύτερη προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση επί της πρώτης προσφυγής.

Απορρίπτει την παρέμβαση επί της δεύτερης προσφυγής.

Ακυρώνει την απόφαση που ελήφθη κατά την 63^η/12.02.2021 συνεδρίαση (Θέμα 2^ο) του Διοικητικού Συμβουλίου κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου επί της πρώτης προσφυγής.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου επί της δεύτερης προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 2 Απριλίου 2021 και εκδόθηκε την 8^η Απριλίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ