

Η

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**3<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 22-11-2019 με την εξής σύνθεση:  
Μαρία-Ελένη Σιδέρη – Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή – Εισηγήτρια και  
Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου - Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από  
12-11-2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του  
διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό  
Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)  
1389/13-11-2019 της εταιρίας με την επωνυμία «\*\*\*\*\*», νομίμως  
εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «\*\*\*\*\*», νόμιμα  
εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα  
Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα  
επιδιώκει την ακύρωση α) της υπ' αριθμ.πρωτ.οικ.7144/05-11-2019  
απόφασης της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού, του Τμήματος Διοικητικής  
Υποστήριξης, περί της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων της  
προσφεύγουσας που αφορούν τον ηλεκτρονικό ανοιχτό δημόσιο μειοδοτικό  
διαγωνισμό για το έργο της παροχής υπηρεσιών ασφάλειας του κτιρίου επί  
της οδού \*\*\*\*\* στην Αθήνα, όπου στεγάζεται η \*\*\*\*\*[αναθέτουσα], ο  
οποίος προκηρύχθηκε με την αρ.πρωτ. \*\*\*\*\*διακήρυξη, με την οποία  
απόφαση ύστερα από έγκριση των από 20-09-2019 ,26-09-2019 και 04-11-  
2019 πρακτικών της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού αφενός η  
προσφεύγουσα αποκλείστηκε από την υπόψη διαδικασία σύναψης της

## Αριθμός απόφασης: Α 538/2019

σύμβασης και αφετέρου ματαιώθηκε ο διαγωνισμός ως άγονος και β) της υπ' αριθμ. πρωτ. 70971-11-2019 αρνητικής σύμφωνης γνώμης της Γνωμοδοτικής Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 8 του Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα εταιρία αιτείται όπως ανασταλεί η εκτέλεση των ανωτέρω πράξεων μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής.

2. Επειδή, με την με αρ.πρωτ.οικ. \*\*\*\*\*διακήρυξη προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοικτός διαγωνισμός κάτω των ορίων για την ανάθεση της σύμβασης παροχής υπηρεσιών ασφαλείας των γραφείων της \*\*\*\*\* για ένα έτος (1-1-2020 έως 31-12-2020), συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας ποσού 67.900,00€ πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ. Η εν λόγω σύμβαση κατατάσσεται στον κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) \*\*\*\*\* . Κριτήριο ανάθεσης ορίσθηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 26-8-2019. Η εν λόγω διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜ \*\*\*\*\* και καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Συστημικό Αριθμό α/α\*\*\*\*\*. Στο διαγωνισμό υπέβαλε προσφορά μόνον η προσφεύγουσα. Σύμφωνα με το από 20/09/2019 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας (το οποίο διαβιβάστηκε αρμοδίως με το υπ' αριθ. πρωτ. 5844/20.09.2019 έγγραφο), με αντικείμενο την ηλεκτρονική αποσφράγιση και αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς της μοναδικής υποψήφιας εταιρίας \*\*\*\*\*, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι, με βάση το υποβληθέν από την υποψήφια ανάδοχο ΤΕΥΔ, έχουν επιβληθεί σε βάρος της οι εκεί αναφερόμενες πράξεις επιβολής προστίμου για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, οι οποίες, κατά τη δήλωση της υποψήφιας αναδόχου, δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Κατόπιν αυτού, η Επιτροπή γνωμοδότησε ομόφωνα υπέρ της λήψης απόφασης για τη διαπίστωση της επάρκειας των δηλωθέντων επανορθωτικών μέτρων και ανέβαλλε την έκδοση γνωμοδότησης ως προς την αποδοχή ή μη της τεχνικής προσφοράς της υποψήφιας αναδόχου, προκειμένου να κριθεί από την επιτροπή όπως προβλέπεται από το άρθρο 73 του Ν. 4412/2016, ο επαρκής ή μη χαρακτήρας των μέτρων αυτοκάθαρσης που έλαβε κατά τα ανωτέρω η υποψήφια ανάδοχος. Ακολούθως με το από 26/09/2019 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας (το οποίο διαβιβάστηκε

## Αριθμός απόφασης: Α 538/2019

αρμοδίως με το υπ' αριθ. πρωτ. 6005/26.09.2019 έγγραφο), με αντικείμενο την υποβολή νέων στοιχείων από την υποψήφια ανάδοχο ως προς την λήψη μέτρων αυτοκάθαρσης, η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού γνωμοδότησε ομόφωνα ότι τα επιπλέον μέτρα που περιγράφονται στο έγγραφο, το οποίο υπέβαλε αυτοβούλως η υποψήφια ανάδοχος, ενισχύουν την επάρκεια των μέτρων αυτοκάθαρσης που έχει ήδη λάβει, δεδομένου ότι συγκεκριμενοποιούνται περαιτέρω τα οργανωτικά μέτρα ως προς τη λειτουργία της για την πρόληψη επανεμφάνισης των παραβατικών συμπεριφορών. Με το υπ' αριθμ. πρωτ. 5868/23-09-2019 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής με θέμα «Διαβίβαση του Σχεδίου Απόφασης για τη διαπίστωση επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων που έλαβε ο οικονομικός φορέας προς απόδειξη της αξιοπιστίας του» μαζί με το σύνολο των στοιχείων διαβιβάστηκαν για σύμφωνη γνώμη προς την Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9 Ν. 4412/2016, ενώ και με το υπ' αριθμ. πρωτ. 6008/26-09-2019 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής με θέμα «Επαναδιαβίβαση του Σχεδίου Απόφασης για τη διαπίστωση επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων που έλαβε ο οικονομικός φορέας προς απόδειξη της αξιοπιστίας του» η αναθέτουσα αρχή διαβίβασε στην ανωτέρω Επιτροπή σε αντικατάσταση του υπ' αριθμ. πρωτ. 5868/23.09.2019 συνοδευόμενο από πρόσθετο αποδεικτικό υλικό για τη διαπίστωση επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων που έλαβε ο οικονομικός φορέας "\*\*\*\*\*" προς απόδειξη της αξιοπιστίας του. Στη συνέχεια η αρμόδια Επιτροπή εξέδωσε την υπ' αριθμ. πρωτ. 7097/01-11-2019 Γνωμοδότησή της επί της μη επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων οικονομικών φορέων προς απόδειξη της αξιοπιστίας τους που αφορά το Σχέδιο Απόφασης του φορέα «\*\*\*\*\*». Μετά ταύτα η Επιτροπή Διενέργειας του διαγωνισμού με το από 04/11/2019 Πρακτικό της ομόφωνα γνωμοδότησε υπέρ του αποκλεισμού της «\*\*\*\*\*» από την υπόψη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, καθώς συντρέχει λόγος αποκλεισμού κατά το άρθρο 73 παρ. 4 σημ. α' και θ' Ν. 4412/2016, τα δε μέτρα αυτοκάθαρσης που έλαβε η υποψήφια ανάδοχος δεν κρίθηκαν, κατά τα προβλεπόμενα στη δεσμευτική Γνωμοδότηση της Γνωμοδοτικής Επιτροπής, επαρκή προς απόδειξη της αξιοπιστίας της με βάση τις παραγράφους 7 και 8 Ν. 4412/2016. Συνεπεία των προαναφερθέντων, η Επιτροπή ομόφωνα γνωμοδότησε υπέρ της ματαίωσης του Διαγωνισμού, με βάση το άρθρο 106

## Αριθμός απόφασης: Α 538/2019

παρ. 1 σημείο α' και τον όρο 3.5 της Διακήρυξης, λόγω αποκλεισμού της μοναδικής υποψηφίας αναδόχου και κατ' ακολουθία πρότεινε τη ματαίωση του οικείου διαγωνισμού βάσει του άρθρ. 106 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και την επανάληψή του βάσει του άρθρ. 106 παρ. 5 του ν. 4412/2016. Τέλος, η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη με αρ. 7144/5-11-2019 απόφασή της έκανε δεκτά τα από 20/09/2019, 26/09/2019 και 04/11/2019 Πρακτικά της Επιτροπής Διενέργειας και αποφάσισε τη ματαίωση του υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 5091/02.08.2019 διαγωνισμού, καθότι η διαγωνιστική διαδικασία απέβη άγονη.

3. Επειδή, ειδικότερα, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, υποστηρίζοντας τα εξής: 1. Η προσφεύγουσα, επικαλούμενη τους όρους 2.2.3 και 2.2.3.2. της διακήρυξης, στη σελίδα 11-12 του ΤΕΥΔ που υπέβαλε με την προσφορά της στο ερώτημα εάν έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα η προσφεύγουσα εταιρία απάντησε τα ακόλουθα: *«Στην εταιρία μας επιβλήθηκαν οι εξής πράξεις επιβολής προστίμων (οι οποίες δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ): α. Η υπ' αριθμ. \*\*\*\*\* πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της \*\*\*\*\*, για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο \*\*\*\*\* η ΠΡ \*\*\*\*\* εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 1). β. Η υπ' αριθμ. \*\*\*\*\* πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της \*\*\*\*\*, για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο \*\*\*\*\* η ΠΡ \*\*\*\*\* εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 2). γ. Η υπ' αριθμ. \*\*\*\*\* πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας \*\*\*\*\*, για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο \*\*\*\*\* η ΠΡ \*\*\*\*\* εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 3). δ. Η υπ' αριθμ. \*\*\*\*\* πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας \*\*\*\*\*, για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο \*\*\*\*\* η ΠΡ \*\*\*\*\* εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 4). ε. Η υπ' αριθμ. \*\*\*\*\* πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας \*\*\*\*\*, για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο \*\*\*\*\* η ΠΡ \*\*\*\*\* εμπρόθεσμη δικαστική*

## Αριθμός απόφασης: Α 538/2019

προσφυγή μας (συνημμένο 6). Επειδή η εταιρία μας δεν έχει παραβιάσει εν γνώσει της, τις υποχρεώσεις της, στον τομέα του εργατικού δικαίου και επειδή αμφισβητεί ότι οι συγκεκριμένες αποφάσεις αποτελούν εργατική παράβαση, τις έχει προσβάλει με προσφυγές. Επομένως η εταιρία δεν εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού σύμφωνα με το Ν4412/2016 άρθρο 73 παρ.2 περίπτωση γ, η οποία προστέθηκε με το άρθρο 39 του Ν4488/2017 διότι οι ανωτέρω πράξεις δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.3.2. της διακήρυξης.». Στη σελ.12-13 του ΤΕΥΔ της στο ερώτημα εάν έχει λάβει ο φορέας μέτρα αυτοκάθαρσης η προσφεύγουσα απάντησε τα κάτωθι: «Όπως προκύπτει από το σώμα των συνημμένων προσφυγών σε όλες τις περιπτώσεις η εταιρία μας διαφωνεί με την επιβολή των προστίμων και εκτιμάται ότι πολύ πιθανή η ευδοκίμηση των προσφυγών μας στα διοικητικά δικαστήρια. Σε κάθε περίπτωση οι καταλογιζόμενες παραβάσεις αφορούν μεμονωμένο αριθμό περιπτώσεων από τους 350 που απασχολεί κατά μέσο όρο η εταιρία μας, και οι παραβάσεις οφείλονται πάντοτε σε σφάλματα εκ παραδρομής λόγω συνεννοήσεων των εργαζομένων για αλλαγή βάρδιας χωρίς να ενημερωθεί πρώτα το λογιστήριο της εταιρίας και επ' ουδενί δεν οφείλονται σε πρόθεση της εταιρίας μας. Η εταιρία μας επισημαίνει ότι έχει λάβει όλα τα απαραίτητα μέτρα ώστε με βάση τον αριθμό του προσωπικού της να είναι απολύτως συμμορφούμενη με τις υποδείξεις της εργατικής νομοθεσίας, τηρώντας εγκαίρως όλες τις υποχρεώσεις της και έχοντας καθιερώσει στενή συνεργασία σε 24ωρη βάση με σύστημα ενδοεπικοινωνίας εκπροσώπου εταιρίας, λογιστηρίου, λογιστή, επόπτη έργου και εργαζομένων ώστε να αποφεύγεται κάθε σφάλμα ή αβλεψία. Σημειώνεται ότι ο λογιστής της εταιρίας μας καθώς και εξειδικευμένο γραφείο λογιστικής και νομικής υποστήριξης με το οποίο συνεργαζόμαστε είναι σε ετοιμότητα σε 24ώρη βάση ώστε να προλαμβάνουν κάθε αβλεψία και κάθε αιφνίδια αλλαγή προγράμματος ή αναγκών σε όλα τα έργα ανά την Επικράτεια τα οποία εκτελούμε. Επιπλέον, η εταιρία μας έχει αναπτύξει σύστημα εποπτείας των έργων με αυξημένο διοικητικό προσωπικό ώστε όλες οι μεταβολές προγραμμάτων να επισημαίνονται άμεσα και δια τηλεφώνου ώστε να γίνουν εγκαίρως όλες οι σχετικές τροποποιήσεις. Έτσι, έχει ήδη επιτευχθεί να μην επιβληθούν περισσότερα πρόστιμα της εργατικής νομοθεσίας στην εταιρία μας (πλην των ανωτέρω αναφερόμενων) παρά το ότι διατηρεί μεγάλο αριθμό

## Αριθμός απόφασης: Α 538/2019

προσωπικού σε πληθώρα έργων ανά την Ελλάδα. Τα συγκεκριμένα πρόστιμα είναι απολύτως μεμονωμένα και δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, εφόσον έχουμε ασκήσει για όλα διοικητικές προσφυγές και ως μεμονωμένα τα πρόστιμα αυτά σε συνδυασμό με τον αριθμό του προσωπικού μας δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει τελεστεί σοβαρό παράπτωμα, ενώ σε καμία περίπτωση αυτά δεν δημιουργούν καμία αμφιβολία για την αξιοπιστία για την φερεγγυότητα της εταιρίας μας, η οποία είναι απολύτως εντάξει στην εξόφληση εργοδοτικών και ασφαλιστικών εισφορών. Επίσης, κάθε μήνα διενεργείται έλεγχος για την διαπίστωση τυχόν παραλείψεων από εξειδικευμένο κλιμάκιο της εταιρίας μας ώστε να αποφευχθεί κάθε είδους παρατυπία στην εφαρμογή της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, της νομοθεσίας υγιεινής και ασφάλειας της εργασίας. Η εταιρία μας έχει συνάψει ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής και επαγγελματικής ευθύνης, σε κάθε περίπτωση, για οποιαδήποτε ζημία προκληθεί για πάσης φύσεως ζήτημα, ενώ η οικονομική επιφάνεια της εταιρίας είναι τέτοια που επαρκεί για να επανορθώσει οποιαδήποτε ζημία προκύψει στο μέλλον. Σε κάθε περίπτωση οι συγκεκριμένες διατάξεις του Ν3863 είναι αμφιβόλου συνταγματικότητας και ότι αφορά την εταιρία μας η επιβληθείσες κυρώσεις δεν είναι τελεσίδικες και δεσμευτικές. Η εταιρία μας βρίσκεται στη διάθεση να προσκομίσει τα αποδεικτικά στοιχεία, όποτε αυτά μας ζητηθούν.».

Η προσφεύγουσα προβάλλει ότι αφότου η Αναθέτουσα Αρχή έλαβε γνώση των επιβληθεισών κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας, ούτως ώστε να είναι εφαρμοστέος πλέον λόγος αποκλεισμού, με την Α.Π. οικ 5809/19-09-2019 επιστολή της ζήτησε διευκρινίσεις από την προσφεύγουσα για τις συγκεκριμένες κυρώσεις, επί της οποίας τούτη (προσφεύγουσα) με το 19-09-2019 έγγραφο ανέφερε τα ακόλουθα: «Όπως προκύπτει από το σώμα των προσφυγών, που καταθέσαμε στον φάκελο του διαγωνισμού, σε όλες τις περιπτώσεις η εταιρία μας διαφωνεί με την επιβολή των προστίμων και εκτιμάται ότι πολύ πιθανή η ευδοκίμηση των προσφυγών μας στα διοικητικά δικαστήρια. Σε κάθε περίπτωση οι καταλογιζόμενες παραβάσεις αφορούν μεμονωμένο αριθμό περιπτώσεων από τους 300 που απασχολεί κατά μέσο όρο η εταιρία μας, και οι παραβάσεις οφείλονται πάντοτε σε σφάλματα εκ παραδρομής λόγω συνεννοήσεων των εργαζομένων για αλλαγή βάρδιας χωρίς να ενημερωθεί πρώτα το λογιστήριο της εταιρίας και επ' ουδενί δεν

## Αριθμός απόφασης: Α 538/2019

οφείλονται σε πρόθεση της εταιρίας μας. Η εταιρία μας έχει λάβει όλα τα απαραίτητα μέτρα ώστε με βάση τον αριθμό του προσωπικού της να είναι απολύτως συμμορφούμενη με τις υποδείξεις της εργατικής νομοθεσίας, τηρώντας εγκαίρως όλες τις υποχρεώσεις της και έχοντας καθιερώσει στενή συνεργασία σε 24ωρη βάση με σύστημα ενδοεπικοινωνίας εκπροσώπου εταιρίας, λογιστηρίου, λογιστή, επόπτη έργου και εργαζομένων ώστε να αποφεύγεται κάθε σφάλμα ή αβλεψία. Σημειώνεται ότι ο λογιστής της εταιρίας μας καθώς και εξειδικευμένο γραφείο λογιστικής με το οποίο συνεργαζόμαστε είναι σε ετοιμότητα σε 24ώρη βάση ώστε να προλαμβάνουν κάθε αβλεψία και κάθε αιφνίδια αλλαγή προγράμματος ή αναγκών σε όλα τα έργα ανά την Επικράτεια τα οποία εκτελούμε. Επιπλέον, επειδή οι παραβάσεις οφείλονται πάντοτε σε σφάλματα εκ παραδρομής λόγω συνεννοήσεων των εργαζομένων για αλλαγή βάρδιας χωρίς να ενημερωθεί πρώτα το λογιστήριο της εταιρίας, που επ' ουδενί δεν οφείλονται σε πρόθεση της εταιρίας μας, η εταιρία μας έχει αναπτύξει σύστημα εποπτείας των έργων με αυξημένο διοικητικό προσωπικό ώστε όλες οι μεταβολές προγραμμάτων να επισημαίνονται άμεσα και δια τηλεφώνου ώστε να γίνουν εγκαίρως όλες οι σχετικές τροποποιήσεις. Επίσης παραδίνονται τα προγράμματα εργασίας στο προσωπικό, τα οποία υπογράφουν, ώστε να μπορούμε να διασφαλίσουμε ότι λαμβάνουν σωστά το πρόγραμμά τους και να αποφεύγονται οι πολλές αλλαγές. Έτσι, έχει ήδη επιτευχθεί να μην επιβληθούν περισσότερα πρόστιμα της εργατικής νομοθεσίας στην εταιρία μας (πλην των συγκεκριμένων) παρά το ότι διατηρεί μεγάλο αριθμό προσωπικού σε πληθώρα έργων ανά την Ελλάδα. Επίσης, κάθε μήνα διενεργείται έλεγχος για την διαπίστωση τυχόν παραλείψεων από εξειδικευμένο κλιμάκιο της εταιρίας μας ώστε να αποφευχθεί κάθε είδους παρατυπία στην εφαρμογή της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, της νομοθεσίας υγιεινής και ασφάλειας της εργασίας. Σημειώνεται ότι εξειδικευμένο γραφείο νομικής υποστήριξης με το οποίο συνεργαζόμαστε είναι σε ετοιμότητα σε 24ώρη βάση και επιβλέπει όλα τα μέτρα που έχουν ληφθεί για την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας όσον αφορά το προσωπικό που απασχολούμε σε όλη την Ελλάδα. Τα συγκεκριμένα πρόστιμα είναι απολύτως μεμονωμένα και δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, εφόσον έχουμε ασκήσει για όλα διοικητικές προσφυγές και ως μεμονωμένα τα πρόστιμα αυτά σε συνδυασμό με τον αριθμό του προσωπικού μας δεν μπορεί

## Αριθμός απόφασης: Α 538/2019

να θεωρηθεί ότι έχει τελεστεί σοβαρό παράπτωμα, ενώ σε καμία περίπτωση αυτά δεν δημιουργούν καμία αμφιβολία για την αξιοπιστία για την φερεγγυότητα της εταιρίας μας, η οποία είναι απολύτως εντάξει στην εξόφληση εργοδοτικών και ασφαλιστικών εισφορών. Σε κάθε περίπτωση η εταιρία μας έχει συνάψει ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής και επαγγελματικής και εργοδοτικής ευθύνης για οποιαδήποτε ζημία προκληθεί για πάσης φύσεως ζήτημα, ενώ η οικονομική επιφάνεια της εταιρίας είναι τέτοια που επαρκεί για να επανορθώσει οποιαδήποτε ζημία αν τυχόν προκύψει στο μέλλον.», ενώ με το 23-09-2019 έγγραφό της η προσφεύγουσα συμπλήρωσε τις εν λόγω διευκρινίσεις ως εξής: «θα θέλαμε να σας γνωρίσουμε και τις νέες αποφάσεις που έλαβε η εταιρία μας για την ενεργοποίηση επιπλέον μέτρων αυτοκάθαρσης και συγκεκριμένα :1)την σύσταση μιας νέας και ξεχωριστής Διεύθυνσης εντός του Τμήματος του Λογιστηρίου της εταιρίας , την Διεύθυνση Υποβολής στο ΕΡΓΑΝΗ Τροποποιητικών Ε4 Πινάκων Προσωπικού.2)την εκπαίδευση του προσωπικού ασφαλείας σε θέματα που αφορούν ποιες διαδικασίες θα ακολουθεί ώστε να αποφευχθεί κάθε είδους παρατυπία στην εφαρμογή της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, της νομοθεσίας υγιεινής και ασφάλειας της εργασίας.». Μάλιστα με το ίδιο ως άνω από 19-9-2019 έγγραφό της ανέφερε και τα ακόλουθα: «Προς απόδειξη των μέτρων αυτοκάθαρσης που δηλώσαμε, σας αποστέλλουμε με την παρούσα : - Βεβαίωση του Αρχιεπίσκοπου Β. Ελλαδος ο οποίος ελέγχει την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας (συνημμένο 1) -Βεβαίωση του Αρχιεπίσκοπου Ν. Ελλαδος ο οποίος ελέγχει την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας (συνημμένο 2) -Βεβαίωση του Δικηγόρου της εταιρίας για την επίβλεψη του λογιστηρίου και των διοικητικών υπηρεσιών μας για την τήρηση της εργατικής νομοθεσίας (συνημμένο 3) -Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο Αστικής, Επαγγελματικής και Εργοδοτικής ευθύνης της εταιρίας μας από την \*\*\*\*\* (συνημμένα 4-5) -Την σύμβαση με την εταιρία που μας παρέχει Ιατρούς Εργασίας και Τεχνικούς ασφαλείας για όλους τους εργαζόμενους της εταιρίας, σε όλα τα υπό φύλαξη σημεία, ώστε να είμαστε σύμφωνοι με τις κείμενες διατάξεις της εθνική νομοθεσίας για την υγεία και ασφάλεια των εργαζομένων (συνημμένο 6) -Δείγμα από τα προγράμματα εργασίας που παραδίδουμε στο προσωπικό μας, ώστε να μπορούμε να διασφαλίσουμε ότι λαμβάνουν σωστά το πρόγραμμά τους και έτσι να



## Αριθμός απόφασης: Α 538/2019

αποφεύγονται οι πολλές αλλαγές (συνημμένα 7) -Φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα όπου προκύπτει ότι είμαστε συνεπείς στις υποχρεώσεις μας (συνημμένα 8-9)». Επίσης, η προσφεύγουσα, ως επικαλείται, προσκόμισε για την απόδειξη των συμπληρωματικών μέτρων που έλαβε το πρακτικό υπ' αριθμ. 503/23-09-2019 με θέμα την απόφαση λήψης επιπλέον μέτρων για την αποφυγή επιπλέον προστίμων για παραβάσεις τις εργατικής νομοθεσίας, όπου χαρακτηριστικά αναφέρονται τα εξής: «Έχει καθιερωθεί στενή συνεργασία σε 24ωρη βάση με σύστημα ενδοεπικοινωνίας εκπροσώπου εταιρίας, λογιστηρίου, λογιστή, επόπτη έργου και εργαζομένων ώστε να αποφεύγεται κάθε σφάλμα ή αβλεψία. Ανέπτυξε σύστημα εποπτείας των έργων με αυξημένο διοικητικό προσωπικό ώστε όλες οι μεταβολές προγραμμάτων να επισημαίνονται άμεσα ώστε να γίνουν εγκαίρως όλες οι σχετικές τροποποιήσεις. Παραδίδονται προγράμματα εργασίας στο προσωπικό, τα οποία υπογράφουν, ώστε να διασφαλιστεί η σωστή λήψη προγραμμάτων και η αποφυγή αλλαγών. Έχει οριστεί εξειδικευμένο γραφείο νομικής υποστήριξης με το οποίο συνεργαζόμαστε είναι σε ετοιμότητα σε 24ώρη βάση και επιβλέπει όλα τα μέτρα που έχουν ληφθεί για την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας όσον αφορά το προσωπικό που απασχολούμε σε όλη την Ελλάδα. Κάθε μήνα διενεργούνται έλεγχοι για την διαπίστωση τυχόν παραλείψεων από εξειδικευμένο κλιμάκιο της εταιρίας μας ώστε να αποφευχθεί κάθε είδους παρατυπία στην εφαρμογή της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, της νομοθεσίας υγιεινής και ασφάλειας της εργασίας. Έχουν οριστεί Αρχιεπόπτες Β. Ελλάδος και Ν. Ελλάδος οι οποίοι ελέγχουν την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας και ιδιαίτερα την προσέλευση των φυλάκων στην εργασία τους σύμφωνα με τα ορισμένα προγράμματα εργασίας. Στη συνέχεια η Πρόεδρος της Συνέλευσης εισηγείται την λήψη επιπλέον μέτρων για την αποφυγή επιπλέον προστίμων για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας από τις αρμόδιες αρχές και συγκεκριμένα 1) την σύσταση μιας νέας και ξεχωριστής Διεύθυνσης εντός του Τμήματος του Λογιστηρίου της εταιρίας, την Διεύθυνση Υποβολής στο ΕΡΓΑΝΗ Τροποποιητικών Ε4 Πινάκων Προσωπικού το τμήμα θα αποτελείται από τέσσερα άτομα το οποίο θα επικοινωνεί με του υπεύθυνους προγραμμάτων, τους αρχιεπόπτες Β.Ελλάδος και Ν.Ελλάδος και αμέσως θα καταθέτει τις τυχόν τροποποιήσεις Ε4 των πινάκων - προγραμμάτων στο

## Αριθμός απόφασης: Α 538/2019

ΕΡΓΑΝΗ. Θα παρουσιάζει καθημερινές αναφορές στο Τμήμα Προσωπικού της εταιρίας στην προϊσταμένη λογιστηρίου, και κάθε 15νθήμερο στο γραφείο νομικής υποστήριξης, 2) την εκπαίδευση του προσωπικού ασφαλείας σε θέματα που αφορούν ποιες διαδικασίες θα ακολουθεί στις παρακάτω ενδεικτικά περιπτώσεις : Σε περίπτωση που καθυστερήσει το άτομο που τον αντικαθιστά θα πρέπει να ενημερώνει τον επόπτη ή τον αρχιεπόπτη ή τον υπεύθυνο προγραμμάτων, αυτοί αντίστοιχα την «Διεύθυνση Υποβολής στο ΕΡΓΑΝΗ Τροποποιητικών Ε4 Πινάκων Προσωπικού» της εταιρίας ώστε να δηλωθεί η υπερωρία ή υπερεργασία του στο ΕΡΓΑΝΗΣ σε περίπτωση που κάποιος από τους συναδέλφους του ζητήσει να ανταλλάξουν βάρδιες ενημερώνει τον υπεύθυνο προγραμμάτων για αυτό και ο υπεύθυνος προγραμμάτων αν θεωρήσει ότι μπορεί να γίνει η αλλαγή την Δηλώνει αμέσως στην «Διεύθυνση Υποβολής στο ΕΡΓΑΝΗ Τροποποιητικών Ε4 Πινάκων Προσωπικού» σε περίπτωση ατυχήματος - ασθένειας κατά την ώρα εργασίας [δεδομένου ότι πρέπει να αντικατασταθεί αμέσως στον υπό φύλαξη χώρο), ενημερώνει τον υπεύθυνο προσωπικού ή τον αρχιεπόπτη ή τον υπεύθυνο προγραμμάτων, οι οποίοι επικοινωνούν με την «Διεύθυνση Υποβολής στο ΕΡΓΑΝΗ Τροποποιητικών Ε4 Πινάκων Προσωπικού» ώστε να δηλωθεί ο αντικαταστάτης του.». Στην υπό κρίση περίπτωση, ως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, οι επιβληθείσες διοικητικές κυρώσεις δεν είναι δεσμευτικές και αμετάκλητες, ώστε να δικαιολογούν τον αποκλεισμό της, αλλά και ενόψει όλων των ανωτέρω αναλυθεισών περιστάσεων δεν είναι τόσο σοβαρές ώστε να θεωρηθεί ότι έχει τελεστεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα ικανό να οδηγήσει σε αποκλεισμό της, ενώ σε κάθε περίπτωση τούτη, είναι απολύτως συμμορφούμενη με τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας και έχουν αποδεδειγμένα ληφθεί επαρκή και πλήρη μέτρα αυτοκάθαρσης για τη μη επανάληψη των συγκεκριμένων περιστατικών. Εντούτοις, με την υπ' αριθμ. πρωτ. 7097/01-11-2019 αρνητική σύμφωνη γνώμη της η Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9 ν. 4412/2016 δεν ενέκρινε το σχέδιο απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής υπέρ της αποδοχής των εκ μέρους της (προσφεύγουσας) επικαλούμενων επανορθωτικών μέτρων, με αποτέλεσμα τελικώς να εκδοθεί η – ήδη προσβαλλόμενη - απόφαση της Γενικής Διεύθυνσης \*\*\*\*\* του Τμήματος Διοικητικής Υποστήριξης, με την οποία, καθ' υιοθέτηση της 7097/1-11-2019 αρνητικής σύμφωνης γνώμης και του

## Αριθμός απόφασης: Α 538/2019

αντίστοιχου από 4-112019 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, αποφασίστηκε ο αποκλεισμός της από τη διαδικασία σύναψης της σύμβασης. Η αρμόδια Γνωμοδοτική Επιτροπή, με την υπ' αριθμ.πρωτ.7097/1-11-2019 αρνητική σύμφωνη γνώμη της, δεν αποδέχτηκε το σχέδιο απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής με την αιτιολογία ότι: «...τα δε μέτρα αυτοκάθαρσης που έλαβε η υποψήφια ανάδοχος δεν κρίθηκαν, κατά τα προβλεπόμενα στη δεσμευτική Γνωμοδότηση της Γνωμοδοτικής Επιτροπής, επαρκή προς απόδειξη της αξιοπιστίας της με βάση τις παραγράφους 7 και 8 Ν. 4412/2016.». Η συγκεκριμένη, όμως, αιτιολογία δεν είναι σύννομη και πρέπει να ακυρωθεί διότι: α) Στο άρθρο 18 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «5. Η αθέτηση της υποχρέωσης της παραγράφου 2 συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα του οικονομικού φορέα κατά την έννοια της περίπτωσης θ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στις κείμενες διατάξεις. Ειδικά, κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται ιδίως τα προβλεπόμενα στο δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 115)». Ο Ν. 3863/2010 στο άρθρο 68 παρ. 2 περ' γ', η οποία τροποποιήθηκε με τον Ν 4488/2017 (άρθρο 39 περίπτωση β'), ορίζει ότι: «γ) η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από την σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφοράς τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους». Στο άρθρο 73 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: α) γνωρίζει ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας

## Αριθμός απόφασης: Α 538/2019

όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή/και β) μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. «γ) γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας ευτοβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β` 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα` και ββ` κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Ο λόγος αποκλεισμού δεν εφαρμόζεται όταν η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, είναι ίση ή κατώτερη από το ποσό των είκοσι χιλιάδων (20.000) ευρώ. .... 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παρ. 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξει 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

## Αριθμός απόφασης: Α 538/2019

ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας παραγράφου κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση. 8. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της επόμενης παραγράφου, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής, καθώς και η απόφαση με την οποία γίνονται δεκτά ένδικα βοηθήματα κατ' αυτής, κοινοποιείται στην Αρχή». Εξάλλου όπως έχει κριθεί ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού που προβλέπει η εν λόγω διάταξη του Ν. 4412/2016 (αντίστοιχο είναι το άρθρο 57παρ.1-6 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ως «σοβαρό επαγγελματικό παραπτώμα» συνιστά έννοια η οποία αντιστοιχεί στην παραβίαση αρχών που αφορούν την ηθική, την αξιοπρέπεια ή την επαγγελματική συνείδηση. Η παραβίαση αυτή θεμελιώνει επαγγελματική ευθύνη αυτού που τη διέπραξε μέσω, ιδίως, της κινήσεως πειθαρχικής διαδικασίας από τους αρμόδιους επαγγελματικούς φορείς ή ποινικής διαδικασίας για προσπάθεια απάτης σε άλλες διαγωνιστικές διαδικασίες κ.λπ. (Ε.Α ΣτΕ 403/2010). Για την εκτίμηση της τέλεσης ή μη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να λάβει υπόψη της οποιοδήποτε πρόσφορο στοιχείο που υποπίπτει στην αντίληψή της, χωρίς να κωλύεται η Αναθέτουσα Αρχή από το γεγονός ότι ο διαγωνισμός έχει φθάσει σε στάδιο κατακύρωσης (ΣτΕ 1668/2012). Επομένως, δεν απαιτείται απόφαση που έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου για τη διαπίστωση επαγγελματικού παραπτώματος, κατά την έννοια της διάταξης που περιλαμβάνεται στο εν λόγω εδάφιο, στοιχείο δ' (ΑΠΟΦΑΣΗ ΔΕΕ (τρίτο τμήμα) της 13ης Δεκεμβρίου 2012 - υπόθεση C 465/11 – σκέψη 28). Για τη διαπίστωση της ύπαρξης «σοβαρού παραπτώματος» απαιτείται, κατ' αρχήν,

## Αριθμός απόφασης: Α 538/2019

να πραγματοποιηθεί συγκεκριμένη εκτίμηση και να εξατομικευθεί η στάση του οικείου οικονομικού φορέα (σκέψη 31 - υπόθεση C 465/11- βλ. ανωτέρω). Μάλιστα έχει κριθεί από το ΔΕΕ (απόφαση (πέμπτο τμήμα) της 11ης Δεκεμβρίου 2014 – C- 440/2013 – βλ. σκέψη 28) ότι: «είναι χρήσιμο να διευκρινιστεί ότι οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 45, παράγραφος 2, στοιχεία δ' και ζ', της οδηγίας αυτής, παρέχουν επίσης στις αναθέτουσες αρχές τη δυνατότητα να αποκλείσουν κάθε οικονομικό φορέα ο οποίος διέπραξε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που αποδεδειγμένως διαπιστώθηκε με οποιοδήποτε μέσο ενδέχεται να διαθέτουν οι αναθέτουσες αρχές ή είναι ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων ή δεν παρέσχε τις αναγκαίες για την ποιοτική επιλογή των προσφορών πληροφορίες, χωρίς να απαιτείται να υπάρξει οριστική καταδικαστική απόφαση του οικονομικού φορέα...». Οι ανωτέρω διατάξεις που προβλέπουν δυνατότητα αξιολόγησης και μη αποδοχής των μέτρων αυτοκάθαρσης του έχοντος υποπέσει σε παράπτωμα παρέχουν υπερβολικά ευρεία διακριτική ευχέρεια στα αρμόδια όργανα, χωρίς να προκύπτει ποια είναι τα όρια της συγκεκριμένης διακριτικής ευχέρειας και πότε τα επικαλούμενα μέτρα μπορεί να θεωρηθούν επαρκή ή ανεπαρκή. Αντίθετα, από μόνη τη διατύπωση του νόμου «Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής», δεν προκύπτει για ποιους λόγους τα μέτρα αυτά μπορεί να θεωρηθούν ανεπαρκή, ποια δικαιολογητικά απαιτούνται ή έστω να παρέχεται εξουσιοδότηση στον κανονιστικό νομοθέτη προκειμένου να καθορίσει το ειδικότερο περιεχόμενο των απαιτούμενων δικαιολογητικών απόδειξης όσων επικαλείται κάθε εταιρία κ.λπ. Κατ' επέκταση, οι συγκεκριμένες διατάξεις, καθ' ο μέρος παρέχουν τέτοια υπερβολικά ευρεία διακριτική ευχέρεια για την απόρριψη των επικαλούμενων μέτρων αυτοκάθαρσης πρέπει να θεωρηθούν ανίσχυρες και μη εφαρμοστέες (πρβλ σχετικά ΣτΕ 3038/2008 Ολομ σκέψη 8 και Σ.τ.Ε. (Ολομ) 3316/2014 σκέψη 8) και μέχρι τη διόρθωση των σχετικών διατάξεων τα επικαλούμενα μέτρα αυτοκάθαρσης πρέπει να θεωρούνται ως κατά τεκμήριο επαρκή. 2. Σε κάθε περίπτωση, εφόσον ήθελε κριθούν ως συνταγματικά ανεκτές οι συγκεκριμένες ρυθμίσεις, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι παντελώς ανατιολόγητη και ελλιπής, διότι: Στην αιτιολογική σκέψη (101) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ επαναλαμβάνονται όσα και στην αιτιολογική σκέψη (106) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ αναφέρονται.

## Αριθμός απόφασης: Α 538/2019

Περαιτέρω, στην αιτιολογική σκέψη (102) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ προβλέπονται τα εξής: «Θα πρέπει, ωστόσο, να επιτρέπεται στους οικονομικούς φορείς να υιοθετούν μέτρα συμμόρφωσης με στόχο την άρση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων και την αποτελεσματική πρόληψη των παρανομιών. Τα εν λόγω μέτρα μπορεί να συνίστανται ιδίως σε μέτρα που αφορούν το προσωπικό και την οργάνωση, όπως είναι η διακοπή όλων των δεσμών με πρόσωπα ή οργανισμούς που εμπλέκονται στην παράνομη συμπεριφορά, κατάλληλα μέτρα αναδιοργάνωσης προσωπικού, η εφαρμογή συστημάτων υποβολής εκθέσεων και ελέγχου, η δημιουργία δομής εσωτερικού ελέγχου για την παρακολούθηση της συμμόρφωσης και η έγκριση εσωτερικών κανόνων ευθύνης και αποζημίωσης. Όταν τα εν λόγω μέτρα προσφέρουν επαρκείς εγγυήσεις, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν θα πρέπει πλέον να αποκλείεται για αυτούς τους λόγους και μόνον. Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να ζητούν να εξετάζονται τα μέτρα συμμόρφωσης που λαμβάνονται με σκοπό την πιθανή συμμετοχή τους στη διαδικασία προμήθειας. Θα πρέπει, εντούτοις, να εναπόκειται στα κράτη μέλη να καθορίζουν τους ακριβείς διαδικαστικούς και ουσιαστικούς όρους που θα ισχύσουν σε τέτοιες περιπτώσεις. Θα πρέπει ειδικότερα να έχουν την ελευθερία να αποφασίζουν αν επιθυμούν να επιτρέπουν στις επιμέρους αναθέτουσες αρχές να προβαίνουν οι ίδιες στις σχετικές αξιολογήσεις ή να αναθέτουν το καθήκον αυτό σε άλλες αρχές, σε κεντρικό ή μη επίπεδο.». Κατά την προσφεύγουσα στην υπό κρίση περίπτωση: i) τούτη παρέθεσε τα ανωτέρω αναφερόμενα μέτρα αυτοκάθαρσης, ώστε να δικαιολογήσει και να τεκμηριώσει τη φερεγγυότητά της για την εκτέλεση του εν θέματι έργου, υπό την έννοια ότι οι 6 κυρώσεις της εργατικής νομοθεσίας που της επιβλήθηκαν την τελευταία διετία είναι μεμονωμένες και δεν επηρεάζουν την επαγγελματική καταλληλότητά της για την εκτέλεση του εν θέματι έργου. ii) Η αρνητική σύμφωνη γνώμη της Γνωμοδοτικής Επιτροπής του άρθρου 73 Ν. 4412/2016 δεν είναι επαρκώς αιτιολογημένη, καθόσον δεν έγινε ad hoc αξιολόγηση των επικαλούμενων μέτρων, παρότι σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ. 7 «Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος». Στην προκειμένη περίπτωση,

## Αριθμός απόφασης: Α 538/2019

κατά την προσφεύγουσα, έγινε αποσπασματική και γενική - και όχι ειδική- αξιολόγηση των επικαλούμενων επανορθωτικών μέτρων. Μάλιστα η οικεία Γνωμοδοτική Επιτροπή παραβλέποντας, κατά την προσφεύγουσα, να αξιολογήσει όσα προσκόμισε, έκρινε, όλως αορίστως και ασαφώς, ότι: *«συντρέχει λόγος αποκλεισμού κατά το άρθρο 73 παρ.4 σημ. α' και θ' Ν.4412/2016, τα δε μέτρα αυτοκάθαρσης που έλαβε η υποψήφια ανάδοχος δεν κρίθηκαν, κατά τα προβλεπόμενα στη δεσμευτική Γνωμοδότηση της Γνωμοδοτικής Επιτροπής, επαρκή προς απόδειξη της αξιοπιστίας της με βάση τις παραγράφους 7 και 8 Ν.4412.2016»*. Ειδικότερα, ουδόλως εξειδικεύεται, εν προκειμένω, σε τι συνίσταται η έλλειψη απόδειξης, ποιο ακριβώς είναι το αποδεικτέο ζήτημα που δήθεν δεν αποδείχθηκε, ενώ ουδόλως γίνεται εκτίμηση των επικαλούμενων μέτρων αυτοκάθαρσης σε σχέση με τη βαρύτητα των επιβληθεισών κυρώσεων, το μέγεθός τους, το μέγεθος της εταιρίας, τις εν γένει περιστάσεις επιβολής των κυρώσεων, όπως αυτές προκύπτουν από τις κατατεθειμένες προσφυγές της και την εν γένει σοβαρότητα και επίπτωση του αποδιδόμενου παραπτώματος στη συμπεριφορά και τη φερεγγυότητα της προσφεύγουσας για να εκτελέσει το εν θέματι έργο. Συγκεκριμένα, ως προβάλλει η προσφεύγουσα, μετά την επιβολή των επίμαχων διοικητικών κυρώσεων έλαβε σταδιακά μια σειρά οργανωτικών μέτρων για τη διασφάλιση της τήρησης της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, προσπαθώντας να συντονίσει λογιστήριο, επόπτες, έργων και τη νομική υπηρεσία της σε 24ωρη βάση. Από το περιεχόμενο των διοικητικών που προσκόμισε, κατά τους ισχυρισμούς της, προκύπτει ότι σε όλες τις περιπτώσεις τα πρόστιμα αφορούσαν μεμονωμένες περιπτώσεις 1-2 εργαζομένων κάθε φορά επί συνόλου 300-400 εργαζομένων που συνολικά απασχολεί για τους οποίους έγινε τελευταία στιγμή αλλαγή προγράμματος και δεν έγινε έγκαιρη καταχώρησή τους κ.λπ. Τα μέτρα που ελήφθησαν πέτυχαν να ελαχιστοποιήσουν τα σφάλματα αυτά, διότι προδήλως όσα έγιναν δεν έγιναν εσκεμμένα, ούτε μαρτυρούν οι συγκεκριμένες διαπιστωθείσες περιστάσεις ροπή της σε μη τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, εφόσον η προσφεύγουσα ελέγχεται σταθερά και κατά περιόδους ιδιαίτερα συχνά από όλους τους ελεγκτικούς μηχανισμούς. Προς απόδειξη τούτου, ουδέν άλλο πρόστιμο της εργατικής νομοθεσίας της επιβλήθηκε τους τελευταίους 9 μήνες, ως ισχυρίζεται. Τα παραπάνω δεδομένα, ήτοι η έκταση



## Αριθμός απόφασης: Α 538/2019

της παραβατικότητας, το μέγεθος της επιχείρησης κ.λπ. ουδόλως εκτιμήθηκαν αιτιολογημένα με βάση την αρχή της αναλογικότητας στην προκειμένη περίπτωση, με αποτέλεσμα η κρίση περί μη επάρκειας των επικαλούμενων μέτρων να είναι ανεπαρκής, όχι εξειδικευμένη και άρα όλως εσφαλμένη και ανατιολόγητη. iii) Τα επικαλούμενα από την προσφεύγουσα μέτρα έπρεπε να εξεταστούν από την αρμόδια Γνωμοδοτική Επιτροπή σε συνάρτηση με τις επιβληθείσες κυρώσεις και όχι αποσπασματικά επί τη βάση γενικών πιθανολογήσεων περί εν γένει παραβατικότητας της προσφεύγουσας και δήθεν σοβαρότητας των συγκεκριμένων παραβάσεων καθ'αυτών. Συγκεκριμένα, κατά την προσφεύγουσα, όπως είναι ευχερώς διαπιστώσιμο από τις επιβληθείσες σε αυτήν κυρώσεις της εργατικής νομοθεσίας και από την επισκόπηση των αντίστοιχων προσφυγών που ασκήθηκαν, όλες οι κυρώσεις αφορούν μη τήρηση του προγράμματος εργασίας από τους ανά φύλαξη εργαζομένους της. Η διαπίστωση των παραβάσεων αφορά φυλάξεις της εταιρίας σε Χίο, Λάρισα, Αθήνα, ενώ η έδρα της εταιρίας είναι στη \*\*\*\*\*.

Με βάση τα δεδομένα αυτά, κατά την προσφεύγουσα, είναι ευχερώς αντιληπτό ότι όλες οι διαπιστωθείσες παραβάσεις οφείλονταν σε κακή επόπτευση της λειτουργίας της εταιρίας και όχι σε πρόθεση καταστρατήγησης της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, στο μέτρο που απασχολεί ετησίως 400 εργαζομένους κατά μέσο όρο, χωρίς να διαπιστωθεί ουδέν άλλο παράπτωμα παρά τους συνεχείς και αδιάκοπους ελέγχους που υφίστανται όλες οι επιχειρήσεις φύλαξης. Σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας και την κοινή λογική, το πρόβλημα της προσφεύγουσας ήταν η κακή οργάνωση και επόπτευση. Εξ αυτού του λόγου, έλαβε σειρά οργανωτικών μέτρων, τα οποία περιέγραψε, ώστε να συνεργάζεται καλύτερα το προσωπικό της, καθιερώνοντας 24ωρη επόπτευση των έργων και του προσωπικού με επόπτες, οι οποίοι ανέλαβαν το συγκεκριμένο καθήκον με ταυτόχρονη συνεργασία λογιστηρίου και δικηγόρου, ο οποίος λόγω της φύσης της εργασίας είναι διαρκώς σε ετοιμότητα και μπορεί ανά πάσα στιγμή να επιλύσει ζητήματα και απορίες ως προς τον τρόπο ενδεδειχούς και ορθής τήρησης της εργατικής νομοθεσίας. Επιπλέον, ίδρυσε τμήμα στο Λογιστήριο της εταιρίας για τη διαρκή επόπτευση της τροποποίησης και τήρησης των συμβάσεων και την εκπαίδευση του προσωπικού σε ζητήματα τήρησης της εργατικής νομοθεσίας. Τα παραπάνω περιγραφόμενα μέτρα ήταν κατάλληλα για την

## Αριθμός απόφασης: Α 538/2019

επίτευξη του σκοπού της μη επιβολής εκ νέου κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας, πράγμα το οποίο επιβεβαιώνεται εκ του ότι το τελευταίο έτος ουδεμία κύρωση της έχει επιβληθεί εκ νέου, ως ισχυρίζεται. Η Γνωμοδοτική Επιτροπή εστιάζει την προσοχή της στην, κατά την προσφεύγουσα, δήθεν έλλειψη απόδειξης των ληφθέντων μέτρων, αγνοώντας τα περιγραφόμενα μέτρα αυτά καθαυτά, τις διευκρινίσεις στις οποίες προχώρησε σχετικά με την προσφορά της και το είδος των κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας για τις οποίες κατέστη υπόλογη. Η ανάθεση καθηκόντων σε επόπτες, η τεταμένη προσοχή του προσωπικού της, η 24ωρη επαγρύπνηση στελεχών της, του λογιστηρίου της και του δικηγόρου της που είναι αρμόδιος για θέματα της εργατικής νομοθεσίας, εκ της φύσεως τους δεν χρήζουν περαιτέρω απόδειξης. Σε κάθε περίπτωση, είναι επαληθεύσιμη η τήρηση των μέτρων εκ του λόγου ότι δεν της επιβλήθηκε καμία νεότερη κύρωση μετά τον Δεκέμβριο του 2018. Επισημαίνεται ότι, σε αντίστοιχη περίπτωση άλλης εταιρίας στα πλαίσια του ίδιου διαγωνισμού του Υπουργείου Οικονομικών, η ίδια Γνωμοδοτική Επιτροπή αξιολόγησης των επικαλούμενων επανορθωτικών μέτρων παρείχε θετική σύμφωνη γνώμη, θεωρώντας ως επαρκή παρόμοιου περιεχόμενου επανορθωτικά μέτρα που επικαλέστηκε εταιρία φύλαξης, με αντίστοιχο αριθμό παραβάσεων. Ειδικότερα, η εν λόγω εταιρία \*\*\*\*\* επικαλέστηκε τη σύσταση εντός της εταιρίας «Διεύθυνσης Τροποποίησης Συμβάσεων» και παροχή εσωτερικής εκπαίδευσης για την αποφυγή των σφαλμάτων που προκάλεσαν την επιβολή σε αυτήν των κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας. Είναι προφανές, κατά την προσφεύγουσα, ότι τα επικαλούμενα επανορθωτικά μέτρα που έγιναν αποδεκτά είναι ίδιας φύσης και περιεχομένου με τα αντίστοιχα μέτρα που επικαλέστηκε στον προκείμενο διαγωνισμό η προσφεύγουσα, καθόσον κύριος σκοπός όλων αυτών των ενεργειών είναι η καλύτερη επόπτευση και λειτουργία της κάθε εταιρίας που απασχολεί τέτοιο αριθμό προσωπικού και έχει φυλάξεις σε όλη την Ελλάδα. Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι έλαβε αντίστοιχου επιπέδου και καταλληλότητας μέτρα με τον ίδιο σκοπό, δηλ. την αρτιότερη οργάνωσή της, επιτυγχάνοντας μάλιστα απολύτως τον σκοπό της, εφόσον δεν της επιβλήθηκε κανένα πρόστιμο μετά τον Δεκέμβριο του 2018, δηλ. επί 1 σχεδόν έτος. Σύμφωνα, λοιπόν, με την αρχή της αναλογικότητας και της ισότητας, δεν δικαιολογείται η διαφορετική μεταχείριση της εταιρίας \*\*\*\*\* σε σχέση με

## Αριθμός απόφασης: Α 538/2019

αυτήν, εφόσον, παρότι έλαβε ίδιου επιπέδου και αντιστοιχίας μέτρα, εντούτοις τα μέτρα που έλαβε η προσφεύγουσα δεν κρίθηκαν επαρκή για να τεκμηριώσουν την αξιοπιστία της.

Ειδικότερα, κατά την προσφεύγουσα, ουδεμία κρίση διατυπώνεται στο πώς και το γιατί δεν είναι αξιόπιστη για να εκτελέσει το συγκεκριμένο μικρού προϋπολογισμού έργο φύλαξης, λόγω του συγκεκριμένου είδους επαγγελματικού παραπτώματος στο οποίο έχει υποπέσει και πώς αυτό επηρεάζει παρά τα ληφθέντα μέτρα την αξιοπιστία και φερεγγυότητα της εταιρίας, ενόψει της συμμετοχής της στο συγκεκριμένο έργο. Η έλλειψη ISO που της αποδίδεται είναι εσφαλμένη, καθόσον, ως επικαλείται, έχει καταθέσει όλα τα απαιτούμενα ISO στον διαγωνισμό, ενώ όσα αναφέρονται για τη μη ύπαρξη κανονισμού που να αποδεικνύει τις αρμοδιότητες των τμημάτων της εταιρίας ή την παροχή εκπαίδευσης στο προσωπικό, δεν αναιρούν αξιοπιστία των ληφθέντων μέτρων, τα οποία δεν αμφισβητούνται, εφόσον τούτη τα δηλώνει, όντας αδιάφορο το εάν θα υπάρχει ρητή αποτύπωση των αρμοδιοτήτων στον κανονισμό ή σε απόφαση της εταιρίας. Αντιθέτως, η απόφαση της Γνωμοδοτικής Επιτροπής πάσχει διότι ουδόλως εκτιμήθηκαν τα μέτρα αυτά σε συνάρτηση με τις παραβάσεις, δεν διερευνήθηκε καν η αποτελεσματικότητα όσων μέτρων έχουν ληφθεί και ουδόλως εκτιμήθηκαν τα μέτρα συνδυαστικώς με τις τελεσθείσες παραβάσεις. Η προσφεύγουσα έλαβε αναμφισβήτητα τα συγκεκριμένα μέτρα, ως προβάλει, και ο τρόπος επίτευξής τους ανάγεται στη διακριτική ευχέρεια της εταιρίας. Ουδόλως μειώνεται η αποτελεσματικότητα των μέτρων, εάν αυτά θα αποτυπώνονται σε κανονισμό της εταιρίας ή σε Πρακτικό ΔΣ της εταιρίας, όπως έκρινε η αρμόδια Επιτροπή. Συνεπώς, τόσο η Γνωμοδοτική Επιτροπή που δεν παρείχε τη σύμφωνη γνώμη της επί του σχεδίου απόφασης αποδοχής, στο μέτρο που αρκέστηκε σε γενικόλογες και αυθαίρετες κρίσεις ως προς τα ληφθέντα μέτρα, αγνοώντας μάλιστα τη διαφορετική κρίση της επί ιδίων μάλιστα περιπτώσεων, έσφαλε και επομένως τόσο η αρνητική σύμφωνη γνώμη όσο και η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής που την υιοθέτησε στη συνέχεια πιθανολογούνται ως πλημμελώς αιτιολογημένες και είναι ακυρωτέες. 3. Σε κάθε περίπτωση, η διάταξη του άρθρου 68 παρ.2 περ. γ' του Ν. 3863/2010, η οποία μετατρέπει αδιακρίτως ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα την επιβολή 3 κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται ως υψηλής ή πολύ

## Αριθμός απόφασης: Α 538/2019

υψηλότητας την τελευταία 3ετία, χωρίς άλλη διαβάθμιση ανάλογα με το μέγεθος της επιχείρησης, τον αριθμό των απασχολούμενων εργαζομένων κ.λπ., με αποτέλεσμα η εφαρμογή της, ως ανωτέρω, να καταλήξει σε αποκλεισμό της, παρά τα επικαλούμενα μέτρα αυτοκάθαρσης που ελήφθησαν, αντίκειται στις εξής θεμελιώδεις συνταγματικές αρχές: i. Παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας: Η συγκεκριμένη ρύθμιση, εφαρμοζόμενη χωρίς έστω να συνδυάζεται με το άρθρο 73 παρ. 2 Ν. 4412/2016, δυνάμει του οποίου απαιτείται τελεσιδικία και δεσμευτική ισχύς των επιβληθεισών κυρώσεων, περιορίζει υπέρμετρα τη δραστηριότητα μίας επιχείρησης φύλαξης (όπως η προσφεύγουσα) εις βάρος της οποίας έχουν επιβληθεί 3 πράξεις επιβολής προστίμων «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας. Ειδικότερα, η ρύθμιση αυτή πρακτικώς συνεπάγεται την κατ' ουσίαν παύση λειτουργίας της επιχείρησής της για χρονικό διάστημα μέχρι και δύο ετών, εφόσον δεν θα μπορεί να συμμετέχει σε διαγωνισμούς του Δημοσίου, δεδομένου ότι, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011, η πλειοψηφία των παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας, ακόμη και αυτές που μπορεί να επισύρουν πρόστιμο 1.000- 1.500 ευρώ, χαρακτηρίζονται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας. Μάλιστα, ο λόγος αυτός αποκλεισμού επέρχεται εκ του νόμου (και εκ του ταυτόσημου περιεχομένου όρου της εν προκειμένω εφαρμοστέας διακήρυξης του Υπ. Οικονομικών) αδιακρίτως, ήτοι χωρίς να λαμβάνεται υπόψη ο αριθμός του απασχολούμενου προσωπικού της επιχείρησης, η διακινδύνευσή της με βάση τον αριθμό έργων που εκτελεί, η υπαιτιότητά της για την επιβολή των κυρώσεων, η οικονομική θέση της κ.λπ. και χωρίς να προβλέπεται ουδείς τρόπος άρσης του αποκλεισμού, πέραν από την επίκληση επανορθωτικών μέτρων για τα οποία όμως ουδεμία διάκριση ή εξειδίκευση δεν υφίσταται στις σχετικές διατάξεις με αποτέλεσμα κατά την αξιολόγησή τους να υφίσταται υπερβολικά ευρεία διακριτική ευχέρεια των αρμοδίων οργάνων, όπως ανωτέρω εξηγήθηκε. Έτσι, όμως, κατ' ουσίαν καθίσταται όμοια η μεταχείριση μίας εταιρίας που υποπίπτει σε παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, διαθέτοντας προσωπικό 30 ατόμων και εκτελώντας 2 έργα και μίας εταιρίας που διαθέτει προσωπικό 400 ατόμων, όπως η προσφεύγουσα, η οποία εκτελεί 50 έργα σε 50 διαφορετικούς χώρους. Επομένως, η μεταχείριση των εταιριών του

## Αριθμός απόφασης: Α 538/2019

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

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

## Αριθμός απόφασης: Α 538/2019

τέτοιες κυρώσεις είναι αρκετά συχνό φαινόμενο να ακυρώνονται από τον διοικητικό δικαστή σε αρκετά μεταγενέστερο χρόνο, έχοντας όμως ήδη προκαλέσει σοβαρή βλάβη σε όσους επιβλήθηκαν. Οποιαδήποτε άλλη εκδοχή δημιουργεί λίαν ανεπιεικείς και δυσανάλογες καταστάσεις που πρωτίστως πλήττουν το δημόσιο συμφέρον, με την έννοια ότι θίγεται η ανάπτυξη της επιχειρηματικής δραστηριότητας και μειώνεται ο ανταγωνισμός, εφόσον οι εταιρίες του κλάδου αποκλείονται διαδοχικώς και για υπέρμετρο χρονικό διάστημα από τη συμμετοχή τους σε δημόσιους διαγωνισμούς.

4. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων απέστειλε προς την ΑΕΠΠ τις με αρ.πρωτ.οικ.7396/15-11-2019 απόψεις της, με τις οποίες - προς απόρριψη του σχετικού αυτού αιτήματος - ισχυρίζεται ότι η θέση της Υπηρεσίας ταυτίστηκε απόλυτα με την επαρκώς αιτιολογημένη ομόφωνη απόφαση περί παροχής μη σύμφωνης γνώμης της καθ' ύλην αρμόδιας Επιτροπής, ότι τα ληφθέντα δηλαδή από την εταιρεία μέτρα αυτοκάθαρσης, δεν αποτελούν, κατά την εν λόγω Επιτροπή, εχέγγυο αξιοπιστίας της υποψηφίας αναδόχου. Επισημαίνει η αναθέτουσα αρχή σχετικώς ότι η Γνωμοδότηση της Ειδικής Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 8 και 9 Ν. 4412/2016 είναι δεσμευτική και ότι ως αναθέτουσα αρχή όφειλε να αποκλείσει τη μοναδική υποψήφια ανάδοχο κατά την παρ. 8 του άρθρου 73 Ν. 4412/2016 και την Κατευθυντήρια Οδηγία 20 της ΕΑΑΔΗΣΥ (απόφαση 42/30-05-2017 της εν λόγω αρχής). Ως εκ τούτου, η Επιτροπή Ανταγωνισμού ματαίωσε, ως όφειλε, τον ανωτέρω διαγωνισμό κατά το άρθρο 106 παρ. 1 σημ. α' του Ν. 4412/2016 και τον όρο 3.5 της Διακήρυξης και προέβη άμεσα στην επαναπροκήρυξή του με την υπ' αριθ. 7221/08.11.2019 (ΑΔΑ: 6Η6ΑΙΜΞ-ΙΣΩ, ΑΔΑΜ 19PROC005825622) Προκήρυξη, δεδομένου αφενός ότι η εν λόγω προμήθεια αντικειμένου Παροχής Υπηρεσιών αποτελεί μείζονος σημασίας υπηρεσιακή ανάγκη για την ασφάλεια των εργαζομένων της Αρχής μας κυρίως λόγω της γεωγραφικής θέσης των γραφείων της (δίπλα στην \*\*\*\*\* και στο \*\*\*\*\*) και του πρόσφατου ιστορικού εμπρηστικών επιθέσεων που έχει δεχθεί (κτήριο και υπηρεσιακό όχημα), και αφετέρου ότι δεν υφίσταται η δυνατότητα παρέκτασης της τρέχουσας σύμβασης φύλαξης η οποία λήγει την 31η Δεκεμβρίου 2019. Ενόψει όλων των ανωτέρω λόγων σε συνδυασμό με το υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 7395/15.11.2019 υπόμνημα απόψεων επί της υποβληθείσας, από τον εν λόγω οικονομικό φορέα, προσφυγής, η

## Αριθμός απόφασης: Α 538/2019

Επιτροπή Ανταγωνισμού δεν είναι υπέρ της αποδοχής του αιτήματος για αναστολή εκτέλεσης – προσωρινών μέτρων καθώς η τυχόν αποδοχή του θα αποτελέσει ανασταλτικό παράγοντα που ασφαλώς θα θέσει εν αμφιβόλω την ολοκλήρωση της τρέχουσας διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία εκ των πραγμάτων κινείται εντός ασφυκτικού χρονοδιαγράμματος, ήτοι έως και την 31/12/2019.

5. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό\*\*\*\*\*), ποσού 600€.

6. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

7. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. και κοινοποιήθηκε στον ενδιαφερόμενο στις 5-11-2019, οπότε και έλαβε γνώση αυτής, η δε εξεταζόμενη προσφυγή ασκήθηκε στις 12-11-2019.

8. Επειδή, η αιτούσα θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της υπό ανάθεση υπηρεσίας και έχει υποβάλει προσφορά, με αποτέλεσμα να υφίσταται βλάβη από την απόρριψη της οικονομικής προσφοράς της και τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας.

9. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017 και τη με αρ. 1754/2019 Πράξη της Προέδρου του 3<sup>ου</sup> Κλιμακίου.

10. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί*

## Αριθμός απόφασης: Α 538/2019

*σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».*

11. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: «1. Η ΑΕΠΠ μπορεί ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

12. Επειδή, όπως προκύπτει και από την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016 για το άρθρο 366, δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα, προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της Προδικαστικής Προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.



## Αριθμός απόφασης: Α 538/2019

13. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του Διαγωνισμού. Ωστόσο, δεν θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων του προσφεύγοντος μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

14. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν και κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010, ΦΕΚ Α΄ 173), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/2016, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

15. Επειδή, η αναστολή εκτέλεσης διοικητικής πράξης επιτρέπεται, κατ' αρχήν, μόνον για την διατήρηση υφισταμένης πραγματικής κατάστασης και όχι για την δημιουργία νέας. Κατά συνέπεια, επί άσκησης ασφαλιστικών μέτρων κατά πράξης με την οποία ματαιώνεται η διαδικασία διεξαγομένου διαγωνισμού, δεν υπάρχει στάδιο αναστολής εκτέλεσης της πράξης αυτής, διότι η χορήγηση αναστολής θα ισοδυναμούσε με επιβολή στην Διοίκηση της υποχρέωσης να συνεχίσει και να ολοκληρώσει τον διαγωνισμό και θα οδηγούσε, κατ' αυτόν τον τρόπο, στη δημιουργία νέας κατάστασης. Εάν όμως πιθανολογείται σοβαρά ότι η ματαίωση του διαγωνισμού εχώρησε κατά παράβαση κανόνα του κοινοτικού ή εθνικού δικαίου, το Δικαστήριο μπορεί, προκειμένου να αποτραπεί η ζημία του αιτούντος από την εν λόγω παράβαση, να διατάξει, ως ασφαλιστικό μέτρο,

## **Αριθμός απόφασης: Α 538/2019**

την μη έκδοση νέας Διακήρυξης προς διενέργεια διαγωνισμού με το αυτό αντικείμενο (ΔΕΦΑΘ 198/2017, Ε.Α. ΣτΕ 368/2016, 154/2016, 127/2016 κ.α.).

16. Επειδή, εν προκειμένω, η επαναπροκήρυξη της διαγωνιστικής διαδικασίας έχει ήδη λάβει χώρα με την υπ' αριθμ. 7221/08.11.2019 (ΑΔΑ:\*\*\*\*\*, ΑΔΑΜ\*\*\*\*\*) Διακήρυξη, στην οποία μάλιστα καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 18-11-2019, με αποτέλεσμα το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας, περί μη εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης ματαίωσης του προηγούμενου διαγωνισμού, να καθίσταται άνευ αντικειμένου.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να απορριφθεί.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ.Ιωάννη Ρέντη στις 22-11-2019 και εκδόθηκε στις 25-11-2019.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΜΑΡΙΑ ΕΛΕΝΗ ΣΙΔΕΡΗ**

**ΤΣΟΥΛΟΥΦΑ ΑΡΓΥΡΩ**