

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 27 Οκτωβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη-Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Σε συμμόρφωση με την υπ'αριθμ. 341/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, με την οποία η υπόθεση αναπέμφθηκε στην ΑΕΠΠ, κατόπιν σιωπηρής απόρριψης της προσφυγής, για να εξετάσει την από 19.04.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 842/20.04.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «....», εφεξής «ο προσφεύγων», που εδρεύει στ.. ..., οδός ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή) και συγκεκριμένα της απόφασης της Συγκλήτου που ελήφθη στις 7-4-2021 (25η συνεδρία - έκτακτη με τηλεδιάσκεψη- ακαδημαϊκού έτους 2020-21) με Θέμα 1ο: Έγκριση πρακτικών Επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης, μετά τη γνωστοποίηση της παροχής σύμφωνης της Γνωμοδοτικής Επιτροπής Επάρκειας Επανορθωτικών Μέτρων (άρθ. 73 ν. 4412/2016), με την οποία όσον αφορά την υποβληθείσα προσφορά του ήδη προσφεύγοντος για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού, αποφασίστηκε να απευθύνει αρμοδίως πρόσκληση προς αυτόν προκειμένου να αντικαταστήσει τον στηρίζοντα οικονομικό φορέα «...» λόγω της συνδρομής λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο του τελευταίου και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον δ.τ. «...», εφεξής «ο α' παρεμβαίνων», που εδρεύει στ.. ..., οδός ... και

Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... (δ.τ «...»)), εφεξής «ο β' παρεμβαίνων», που εδρεύει στ.. ..., οδός ...,

Αριθμός Απόφασης : Σ1670/2021

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλομένη κατά το ως άνω σκέλος.

Με την παρέμβασή του ο α' παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της ασκηθείσας προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης.

Με την παρέμβασή του ο β' παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της ασκηθείσας προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί 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, συνολικού ποσού 15.000 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 19.04.2021 πληρωμή στην Εθνική Τράπεζα και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), που αποτελεί το ανώτερο ποσό νομίμου παραβόλου και υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ του τμήματος 1 της σύμβασης στο πλαίσιο του οποίου ασκείται η υπό κρίση προσφυγή ποσού 6.001.214,11 € .

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τη με αριθμό ... Διακήρυξη της προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με σκοπό την ανάδειξη αναδόχου για τη σύναψη συμβάσης για την «Παροχή υπηρεσιών φύλαξης των κτηρίων του» για χρονικό διάστημα τριάντα δυο (32) μηνών και επτά (7) ημέρων, ήτοι από 24.04.2021 έως 31.12.2023, εκτιμώμενης αξίας 6.181.052,82 € πλέον Φ.Π.Α., ήτοι εν συνόλω 7.664.505,50 € συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24 %, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής για κάθε Τμήμα και στο σύνολο των υπηρεσιών του Τμήματος. Η σύμβαση υποδιαιρείται:• Τμήμα 1: παροχή υπηρεσιών φύλαξης των κτιρίων του στο νομό ..., με αξία 6.001.214,11 € • Τμήμα 2: παροχή υπηρεσιών φύλαξης του συνόλου της έκτασης που καταλαμβάνουν οι εγκαταστάσεις του συγκροτήματος ... του στ... ... με αξία 179.838,71 € πλέον Φ.Π.Α. Ως

Αριθμός Απόφασης : Σ1670/2021

ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφορών ορίστηκε η 06/11/2020, ημέρα Παρασκευή και ώρα 13:30.

3. Επειδή, το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 1-10-2020 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ...

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 19.04.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 9.04.2021 , β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον 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 ΠΔ 39/2017.

6.Επειδή, ο προσφεύγων έχει έννομο συμφέρον στην άσκηση της υπό κρίση προσφυγής καθώς, ως ισχυρίζεται με την προσφυγή του, η προσβαλλόμενη θίγει άμεσα τα έννομα συμφέροντά του, δεδομένου ότι νόμιμα συμμετέχει στο διαγωνισμό για το Τμήμα 1 και προσδοκά να κατακυρωθεί στον ίδιο το αποτέλεσμα του. Ως ειδικώς δε επικαλείται ζημιώνεται από τη μη νόμιμη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η οποία, δυνάμει της προσβαλλομένης, απηύθυνε αρμοδίως πρόσκληση προς αυτόν, όπως, εντός εύλογου χρονικού διαστήματος, το οποίο ορίζεται σε διάστημα 15 ημερολογιακές ημέρες, αντικαταστήσει τον στηρίζοντα οικονομικό φορέα «....» για τον οποίον δήθεν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, αν και, κατά τον προσφεύγοντα, ουδόλως συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού αυτού καθώς και από την κρίση της Επιτροπής του άρθρου 73 Ν. 4412/2016 περί μη επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων της εταιρείας στις ικανότητες της οποίας στηρίζεται η προσφέρουσα εταιρεία, καθόσον σε κάθε περίπτωση τα

Αριθμός Απόφασης : Σ1670/2021

επανορθωτικά μέτρα που έλαβε η εν λόγω εταιρεία επαρκούν πλήρως προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας της.

7. Επειδή στις 24.04.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς τους έτερους ενδιαφερόμενους στη διαγωνιστική διαδικασία σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1000/20.04.2021 Πράξη της Προέδρου 7^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία εξέτασης της η 28.05.2021, η οποία απορρίφθηκε σιωπηρά. Στην συνέχεια με την με αρ. 2380/2021 όμοια Πράξη ορίσθηκε εκ νέου Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης της κατόπιν αναπομπής της στην ΑΕΠΠ με την υπ'αριθμ. 341/2021 απόφαση του ΔΕΦΑΘ.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ απόψεις της επί της Προσφυγής με αριθμ.πρωτ. 25792/23-04-2021.

10. Επειδή ο α' παρεμβαίνων άσκησε στις 29-04-2021 παρέμβασή του νομίμως κι εμπροθέσμως, ήτοι εντός δεκαημέρου από την κοινοποίηση σε αυτόν της ασκηθείσας προσφυγής και με έννομο συμφέρον καθώς τα έννομα συμφέροντά του θίγονται σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής.

11. Επειδή ο β' παρεμβαίνων άσκησε στις 3-05-2021 παρέμβασή του νομίμως κι εμπροθέσμως, ήτοι εντός δεκαημέρου από την κοινοποίηση σε αυτόν της ασκηθείσας προσφυγής και με έννομο συμφέρον καθώς τα έννομα συμφέροντά του θίγονται σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής.

12. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 7ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

13. Επειδή, στο διαγωνισμό που προκηρύχθηκε με την ανωτέρω διακήρυξη, για το Τμήμα 1, έλαβαν μέρος οι οικονομικοί φορείς:

- ...
- ...
- ...
- ...
- ...

Μετά την αποσφράγιση των προσφορών, για το Τμήμα 1, η Επιτροπή Διενέργειας και Αξιολόγησης ομόφωνα έκρινε ως προς τα Δικαιολογητικά Συμμετοχής και τις Εγγυητικές Επιστολές των οικονομικών φορέων τα εξής:

Αριθμός Απόφασης : Σ1670/2021

Οι οικονομικοί φορείς «...», «....» (α ' παρεμβαίνων) και «...» (β' παρεμβαίνων), καλύπτουν τις απαιτήσεις κατά το στάδιο αυτό και αποφασίζει να προχωρήσει στον έλεγχο και στην αξιολόγηση των Τεχνικών Προσφορών τους. Για το ίδιο Τμήμα και για τους οικονομικούς φορείς «....» που συμμετέχει ως φορέας 'στήριξης' του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «...», και «...», η Επιτροπή ομόφωνα έκρινε ότι, για τους λόγους που αναγράφονται στο υπ' αριθ. 2 Πρακτικό της, συντρέχει μεν λόγος αποκλεισμού τους από τον διαγωνισμό λόγω σοβαρού παραπτώματος, ωστόσο τα επανορθωτικά μέτρα που έλαβαν αξιολογήθηκαν ως επαρκή. Κατόπιν τούτου και δεδομένου ότι η απόφαση διαπίστωσης της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παραγράφους 8 και 9, του άρθρου 73, του ν. 4412/2016 ως ισχύει, εξήτησε από την αναθέτουσα αρχή να προβεί στις απαραίτητες ενέργειες για την έκδοση της σχετικής πράξης. Μετά ταύτα, η Επιτροπή της παρ. 9 του αρθρ. 73 του ν. 4412/2016, με τις υπ' αριθ. 35Δ και 35Γ γνωμοδοτήσεις της, για τις ως άνω εταιρείες αντίστοιχα, παρείχε μη σύμφωνη γνώμη επί του υποβληθέντος σχεδίου του ... και περί της μη επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων των ως άνω οικονομικών φορέων, για τους λόγους που εκτίθενται σε αυτές. Ακολουθώντας, η αναθέτουσα αρχή, αφού έλαβε υπ' όψη της τις ως άνω γνωμοδοτήσεις, απηύθυνε πρόσκληση προς την προσφεύγουσα εταιρεία, εντός χρονικού διαστήματος 15 ημερολογιακών ημερών, να αντικαταστήσει τον τρίτο - στηρίζοντα αυτήν, οικονομικό φορέα (....) για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού και απορρίπτει την προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας ... Ειδικότερα, δυνάμει της προσβαλλομένης έγιναν δεκτά τα ακόλουθα: «[...] η Σύγκλητος λαμβάνοντας υπόψη[...] Για το ΤΜΗΜΑ 1 του διαγωνισμού (Παροχή υπηρεσιών φύλαξης κτηρίων του ... στο ...). Με τις ανωτέρω Γνωμοδοτήσεις, η Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, αποφαινεται αρνητικά σχετικά με την επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων που υπεβλήθησαν από τους οικονομικούς φορείς στο πλαίσιο του διαγωνισμού και παρέχει ΜΗ σύμφωνη γνώμη επί του υποβληθέντος σχεδίου του και περί της ΜΗ επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων των οικονομικών φορέων για τους οποίους συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού. Σε ό,τι αφορά τον οικονομικό φορέα

... (ο οποίος είναι στηρίζων φορέας της προσφέρουσας εταιρείας ...) και λαμβάνοντας υπόψη την υπ' αριθμ. 35Δ γνωμοδότηση της Διυπουργικής Επιτροπής η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 78 του ν. 4412/16 «...η Αναθέτουσα Αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού των παρ. 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....». Η αντικατάσταση του στηρίζοντος γίνεται μετά από πρόσκληση της Αναθέτουσας Αρχής προς τον προσφέροντα οικονομικό φορέα και εντός εύλογου χρονικού διαστήματος. Τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας σε σχέση με το συνολικό χρόνο της δημοσίευσης της διακήρυξης, ο οποίος ήταν 35 ημερολογιακές ημέρες, εύλογος χρόνος δύναται να θεωρηθεί διάστημα 15 ημερολογιακών ημερών. (Επισημαίνεται, ότι το άρθρο 78 του ν. 4412/2016 με τις τελευταίες αλλαγές από το ν. 4782/2021 το οποίο έχει ισχύ από 01.06.2021, ορίζει η πρόσκληση να γίνεται από την αναθέτουσα αρχή προς τον οικονομικό φορέα, εντός τριάντα (30) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης της πρόσκλησης στον οικονομικό φορέα...) [...]

Για το Τμήμα 1

• Να απευθυνθεί αρμοδίως πρόσκληση προς στον προσφέροντα οικονομικό φορέα ..., εντός εύλογου χρονικού διαστήματος, το οποίο ορίζεται σε διάστημα 15 ημερολογιακών ημερών, να αντικαταστήσει τον στηρίζοντα οικονομικό φορέα ... για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού[...].».

14. Επειδή, σύμφωνα με τον προσφεύγοντα η προσβαλλομένη πρέπει ν'ακυρωθεί καθώς α) η μη ταύτιση του περιεχομένου του όρου 2.2.3.2. της διακήρυξης με την διάταξη του άρθρου 68 Ν.3863/2010 ως προς την απαίτηση για τελεσιδικία των επιβληθεισών κυρώσεων από την επιθεώρηση εργασίας επάγεται την αμφισημία των όρων της διακήρυξης ως προς τους λόγους αποκλεισμού, η οποία δεν μπορεί να ερμηνευθεί σε βάρος της ίδιας, αφού ως παγίως γίνεται δεκτό από τα δικαστήρια η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν

ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του. Ειδικότερα, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, οι επιβληθείσες από την επιθεώρηση εργασίας πράξεις επιβολής προστίμου υψηλής και πολύ υψηλής σπουδαιότητας στη δανείζουσα εταιρεία «....» δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, ως εκ τούτου, κατά τον προσφεύγοντα, η δανείζουσα εταιρεία δεν εμπίπτει σε λόγο αποκλεισμού και για το λόγο αυτό η αναθέτουσα αρχή και η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού όφειλαν κατά δέσμια αρμοδιότητα να αποδεχθούν τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς της β) περαιτέρω, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα, όλως μη νομίμως και αβασίμως η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε να απευθυνθεί αρμοδίως πρόσκληση προς αυτόν, εντός εύλογου χρονικού διαστήματος, το οποίο ορίζεται σε διάστημα 15 ημερολογιακών ημερών, να αντικαταστήσει τον στηρίζοντα οικονομικό φορέα «....» για τον οποίον δήθεν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, κατόπιν της συμμόρφωσής της προς την μη σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016 με ΘΕΜΑ 35Δ. Και τούτο διότι η Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016 κατέληξε σε μη σύμφωνη γνώμη, αναφορικά με την επάρκεια ή μη των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων της δανείζουσας εταιρείας «...», αποφαινόμενη με όλως μη νόμιμη και ανεπαρκή αιτιολογία ότι τα ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα της ως άνω εταιρείας δήθεν δεν επαρκούν προς απόδειξη της αξιοπιστίας της.

15. Επειδή, σύμφωνα με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, δεδομένης της ισχύος των διατάξεων του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 σε συνδυασμό και με τις διατάξεις των άρθρων 73 και 18 του ν. 4412/2016 η διακήρυξη ουδεμία παρουσιάζει αμφισημία. Αντιθέτως ευθέως προκύπτει ότι ειδικώς για την παροχή υπηρεσιών καθαρισμού και φύλαξης ο συμμετέχουν στο διαγωνισμό οικονομικός φορέας λογίζεται ότι έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα το οποίο θέτει εν αμφιβάλω την ακεραιότητά του, σε περίπτωση της επιβολής σε βάρος του των πράξεων επιβολής προστίμου, οι οποίες συγκεντρώνουν τις προϋποθέσεις του άρθρου 68 παρ. 2 περ. γ' εδαφ. α' του ν. 3863/2010, ο δε εκ του λόγου αυτού αποκλεισμός του συμμετέχοντος έχει νόμιμο αιτιολογικό έρεισμα. Επί του υπό κρίση ζητήματος

η αναθέτουσα αρχή επικαλείται την υπ.αριθ. 1182/2020 (ΑΚΥΡΩΤΙΚΟ Τμήμα IB) του ΔΕφΑθ, σύμφωνα με την οποία οι διατάξεις του άρθρου 68 παρ. 2 περ γ ως ειδικότερες, κατισχύουν αυτών της περ. γ παρ. 2 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. Περαιτέρω, σύμφωνα με την αναθέτουσα αρχή ανεπικαίρως ο προσφεύγων προσβάλλει τους όρους της διακήρυξης, ήτοι με την ευκαιρία της προσβολής μεταγενέστερων πράξεων της αναθέτουσας αρχής. Ακόμη, ως η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται, κατά το γράμμα της εν θέματι Διακήρυξης και του νόμου, η προσβαλλόμενη απόφαση με την οποία η αναθέτουσα αρχή αιτήθηκε την αντικατάσταση του στηρίζοντος φορέα λόγω συνδρομής λόγων αποκλεισμού ως προς αυτόν, εκδόθηκε κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, μη δυνάμενης αυτής να αποστεί από την αρνητική σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής.

16. Επειδή, σύμφωνα με τον α' παρεμβαίνοντα 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. 2.2.3.3, περ. θ' και ι 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 πλαίσιο όσο και με την διατύπωση του σχετικού όρου 2.2.3.4, περ. α' τον ως άνω λόγο αποκλεισμού. Εφόσον, περαιτέρω, η διακήρυξη προβλέπει αυτοτελείς λόγους αποκλεισμού και ο οικονομικός φορέας εμπίπτει 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 εκδοθεί πράξεις επιβολής προστίμων σε δημόσιο διαγωνισμό, ενδεχόμενο που οδηγεί σε νομικό και λογικό παράδοξο. Ακόμη, ο α' παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι αναφορικά με τα μέτρα αυτοκάθαρσης 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). Ομοίως, επί του αυτού ζητήματος η Α.Ε.Π.Π. έχει κρίνει ότι 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, 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.

17. Επειδή, σύμφωνα με τον β' παρεμβαίνοντα από την ένταξη των υπό κρίση λόγων αποκλεισμού στο κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης ουδεμία αμφισημία ή ασάφεια δημιουργείται στους υποψηφίους φορείς για το αναντίρρητο γεγονός ότι έκαστος των ανωτέρω λόγων αποτελεί έναν αυθύπαρκτο λόγο αποκλεισμού του υποψηφίου έστω κι αν σε κάποιο βαθμό οι λόγοι αυτοί αλληλοκαλύπτονται. Ακόμη, η τελεσιδικία των επίμαχων προστίμων θα ήταν κρίσιμη μόνον για την περίπτωση που ο λόγος

αποκλεισμού της δανείζουσας ερείδετο στην διάταξη 2.2.3.2.γ.. Ωστόσο, τώρα που η απόρριψη της δανείζουσας εταιρείας ερείδεται στις διατάξεις 2.2.3.3. περ. α και θ, η τελεσιδικία των επίμαχων προστίμων είναι άνευ σημασίας δοθέντος ότι οι σχετικές διατάξεις της διακήρυξης (ως αυτοτελείς λόγοι αποκλεισμού) δεν θέτουν ως προϋπόθεση εφαρμογής τους την τελεσιδικία των επίμαχων προστίμων. Περαιτέρω, η κατ' επανάληψη παραβίαση της εργατικής νομοθεσίας με πληθώρα προστίμων εκ μέρους της εδώ δανείζουσας συνιστά από μόνο του γεγονός που αποδεικνύει την ανεπάρκεια των μέτρων που η ίδια έχει λάβει καθώς και ότι επικαλείται διάφορες ενέργειες της προς αποτροπή των σχετικών παραβάσεων, η εταιρεία αυτή υποπίπτει και πάλι σε παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας και συνεπώς θα πρέπει να λάβει σοβαρότερα μέτρα αυτοκάθαρσης. Σε κάθε δε περίπτωση, η προσβαλλομένη είναι αιτιολογημένοι και οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος θα πρέπει ν' απορριφθούν ως αβάσιμοι.

18. 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).».

19.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 άρτιωνπροσφορών. 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.)...».

20. 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

Αριθμός Απόφασης : Σ1670/2021

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....»

21.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.[...]

22.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. [...]».

23.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 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.[...]».

24.Επειδή το άρθρου 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

Αριθμός Απόφασης : Σ1670/2021

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.[...].

25.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 του (εάν πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων) ένας ή περισσότεροι από τους ακόλουθους λόγους:[...] 2.2.3.2 Στις ακόλουθες περιπτώσεις: [...] γ) ο Αναθέτων Φορέας γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ.» [...] 2.2.3.3 [...] (θ) «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης,

οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:...

θ) εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του (ι) ειδικά για τη σύναψη σύμβασης παροχής υπηρεσιών φύλαξης και τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 113), όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, η αναθέτουσα αρχή αποκλείει τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Επισημαίνεται ότι η αναθέτουσα αρχή αμέσως μετά την λήξη της ημερομηνίας υποβολής των προσφορών υποχρεούται να υποβάλλει γραπτό αίτημα στην Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού της Επιθεώρησης Εργασίας για την χορήγηση πιστοποιητικού από το οποίο να προκύπτουν όλες οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν επιβληθεί σε βάρος ενός εκάστου των εργολάβων. Το πιστοποιητικό αποστέλλεται στην αναθέτουσα αρχή μέσα σε 15 ημέρες από την αποστολή του αιτήματος. Σε περίπτωση άπρακτης προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή δικαιούται να προχωρήσει στη σύναψη της σύμβασης. Εάν στις περιπτώσεις (α) έως (ι) η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθορισθεί με αμετάκλητη απόφαση αυτή ορίζεται σε τρία χρόνια από την ημερομηνία του γεγονότος.

2.2.3.6. Οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 του άρθρου 73 Ν.4412/2016 δηλ. αντιστοίχως των παρ. 2.2.3.1 , 2.2.3.2. γ) και 2.2.3.3 της παρούσας 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 ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, 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.

2.2.3.7 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.[...]

2.2.9 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής.

2.2.9.1 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 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, 79Α του ν. 4412/2016 και Κατευθυντήρια Οδηγία 15 ΕΑΑΔΗΣΥ). [...] όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις πληροφορίες όσον αφορά τους φορείς αυτούς. 2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα. Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, 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, 2.2.3.3 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 [...] 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 VI.[...] 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 παρούσης 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».

26.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.

27.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. Ι-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. Ι-2043, σκέψη 54).

28. 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. 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

Αριθμός Απόφασης : Σ1670/2021

Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. Ι-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. Ι-2043, σκέψη 54).

29. 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. Αριθμός απόφασης: 648-649/2021 77 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.

30.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 απαράδεκτως (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

Αριθμός Απόφασης : Σ1670/2021

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).

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

32.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 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 δημόσιων συμβάσεων.Ειδικότερα, 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.

Περαιτέρω, 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 περίστασης 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.

33. 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.

34. 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

Αριθμός Απόφασης : Σ1670/2021

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).

35.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 2.2.3.3 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 ανωτέρω, οι προαναφερθείσες περιπτώσεις του όρου 2.2.3.3 ανάγονται σε υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού (βλ. μεταξύ άλλων ΑΕΠΠ 648-649/2021). Επιπροσθέτως, στον όρο 2.2.3.3 (i) της διακήρυξης διευκρινίζεται ότι ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται ιδίως 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 2.2.3.3 (i) της διακήρυξης ενσωματώνεται η διάταξη της παρ. 5 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016.

36.Επειδή περαιτέρω στον όρο 2.2.3.6 της διακήρυξης ρητώς ορίζεται ότι αν ο συμμετέχων εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στους όρους 2.2.3.2 γ) και 2.2.3.3 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. Περαιτέρω, στον όρο 2.2.9.2 της διακήρυξης προβλέπεται ότι σε περίπτωση που οι συμμετέχοντες στηρίζονται στις 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.

37. Επειδή, ειδικότερα, κατά τα εκτεθέντα ανωτέρω, στην περίπτωση που ο τρίτος οικονομικός φορέας στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο προσφέρων 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 2.2.3.3 θ (ι)' της διακήρυξης, 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. Ως εκ τούτου, σύμφωνα με τα ως άνω αναφερόμενα, ανεπικαίρως, διότι βάλλει κατ' ουσίαν κατά του όρου 2.2.3.6 της διακήρυξης και, άρα απαραδέκτως ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι προκύπτει αμφισημία καθώς ο όρος 2.2.3.2 γ' έρχεται σε αντίθεση με τη διάταξη του άρθρου 68 παρ. 2γ του ν. 3863/2010. Περαιτέρω, απαραδέκτως, χωρίς έρεισμα στους όρους της διακήρυξης ισχυρίζεται ο προσφεύγων ότι δεν τυγχάνει εφαρμοστέα η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει την αντικατάσταση του τρίτου φορέα στο πρόσωπό του οποίου συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3.3.θ' 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 2.2.9.2 της διακήρυξης ότι σε περίπτωση που συντρέχει λόγος αποκλεισμού είτε του όρου 2.2.3.2 γ είτε του όρου 2.2.3.3 θ (ι), τότε η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να ζητήσει την αντικατάστασή του. Άλλωστε και σε κάθε περίπτωση αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται την αμφισημία της διακήρυξης ως λόγο ακύρωσης της απόφασης της αναθέτουσας αρχής με την οποία τον προσκάλεσε ν' αντικαταστήσει τον τρίτο αφού η εν λόγω επίκληση από μέρους του προσφεύγοντος αφορά στον μη αποκλεισμό υποψηφίου, που δεν συντρέχει εν προκειμένω που το ζήτημα είναι η αντικατάσταση ή μη της δανείζουσας εμπειρία εταιρείας.

38. Επειδή, ειδικότερα, εν προκειμένω, ο προσφεύγων, όπως συνάγεται από το Ε.Ε.Ε.Σ. που υπέβαλε, εδήλωσε ότι στηρίζεται στην εταιρεία (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 : *«Στην εταιρεία μας 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. Κατά των ανωτέρω πράξεων επιβολής προστίμου έχουν ασκηθεί νομίμως και εμπροθέσμως προσφυγές ενώπιον των αρμοδίων Διοικητικών Πρωτοδικείων. Επομένως, οι ανωτέρω κυρώσεις ΔΕΝ ΕΧΟΥΝ ΑΠΟΚΤΗΣΕΙ ΤΕΛΕΣΙΔΙΚΗ ΚΑΙ ΔΕΣΜΕΥΤΙΚΗ ΙΣΧΥ και για το λόγο αυτό η εταιρεία μας ΔΕΝ ΕΜΠΙΠΤΕΙ στους λόγους αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.2.γ της διακήρυξης και του άρθρου 73 παρ. 2 περ. γ του Ν. 4412/2016. Σε κάθε πάντως περίπτωση, ΚΑΤΑ ΠΑΓΙΑ ΚΡΙΣΗ ΤΗΣ ΑΡΧΗΣ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ, οι ανωτέρω πράξεις επιβολής προστίμου ΣΕΠΕ στην εταιρεία*

μας, οι οποίες δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, ΔΕΝ ΜΠΟΡΟΥΝ να αποτελέσουν λόγο αποκλεισμού της εταιρείας μας (βλ. ΑΕΠΠ 501 & 502 /2019, 265/2019). Και τούτο διότι η μη ταύτιση του περιεχομένου του όρου 2.2.3.2.γ της διακήρυξης με τη διάταξη του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, ως προς την απαίτηση για τελεσιδικία των σχετικών κυρώσεων, οδηγεί εν προκειμένω σε αμφισημία των όρων της διακήρυξης σχετικά με τον επίμαχο λόγο αποκλεισμού, η οποία σύμφωνα με τα ανωτέρω δεν μπορεί να ερμηνευθεί εις βάρος της εταιρείας μας, επιφέροντας την απόρριψη της προσφοράς μας, καθώς η Αναθέτουσα Αρχή, όπως ΑΔ ΗΟC έχει κριθεί από την ΑΕΠΠ (βλ. ΑΕΠΠ 501 & 502/2019, 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. Υπό αυτές τις περιστάσεις και δεδομένης της ασάφειας των επίμαχων όρων της διακήρυξης, ΟΥΔΟΛΩΣ ΘΑ ΜΠΟΡΟΥΣΕ ΝΑ ΘΕΜΕΛΙΩΘΕΙ ΒΑΣΙΜΑ λόγος αποκλεισμού της εταιρείας μας κατά τα άρθρα 2.2.2.3.γ και 2.2.3.3. της διακήρυξης, καθώς 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 ζήτημα ασάφειας μεταξύ των ισχυόντων λόγων αποκλεισμού. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 2.2.3.6. της διακήρυξης ορίζεται επί λέξει ότι «οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1, 2.2.3.2.γ) και 2.2.3.3 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)». Επειδή για την εφαρμογή του όρου 2.2.3.6 της διακήρυξης σχετικά με την εκτίμηση των μέτρων αυτοκάθαρσης που έλαβε ο εκάστοτε διαγωνιζόμενος για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του ΑΠΑΡΑΙΤΗΤΗ ΠΡΟΫΠΟΘΕΣΗ είναι κατ' αρχήν ο διαγωνιζόμενος να εμπίπτει σε έναν από τους προβλεπόμενους με τους όρους 2.2.3.1, 2.2.3.2.γ) και 2.2.3.3 της διακήρυξης λόγους αποκλεισμού, προϋπόθεση η οποία ΔΕΝ ΣΥΝΤΡΕΧΕΙ εν προκειμένω για την εταιρεία μας. Επομένως η εταιρεία μας

ΔΕΝ ΕΜΠΙΠΤΕΙ στους λόγους αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.2.γ., άρθρου 2.2.3.3. της διακήρυξης και του άρθρου 73 παρ. 2 περ. γ του Ν. 4412/2016 και ως εκ τούτου δεν υφίσταται λόγος υποβολής ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων κατά άρθρο 2.2.3.6. της διακήρυξης.» Ενώ ως προς τα μέσα αυτοκάθαρσης δηλώνει «Σε κάθε δε περίπτωση, αν και η εταιρεία μας ΔΕΝ ΕΜΠΙΠΤΕΙ στους λόγους αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.2.γ., άρθρου 2.2.3.3. της διακήρυξης και του άρθρου 73 παρ. 2 περ. γ του Ν. 4412/2016 και ως εκ τούτου δεν υφίσταται λόγος υποβολής ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων κατά άρθρο 2.2.3.6. της διακήρυξης, έχει λάβει επανορθωτικά και προσήκοντα μέτρα τα οποία επιβεβαιώνουν την αξιοπιστία και τη φερεγγυότητά της. Ειδικότερα, μετά την επιβολή πράξεων επιβολής προστίμου ΣΕΠΕ, οι οποίες αφορούσαν ιδίως ζητήματα τροποποίησης ωραρίου εργαζομένων και μη έγκαιρης και εμπρόθεσμης δήλωσης αλλαγής του χρόνου απασχόλησης πριν την έναρξη της εργασίας, συμμορφούμενη με τις υποδείξεις της εργατικής νομοθεσίας, ώστε να αποφεύγεται κάθε σφάλμα ή αβλεψία. Πιο συγκεκριμένα, η εταιρεία μας έχει ιδρύσει και λειτουργεί μία νέα Διεύθυνση στο Τμήμα Προσωπικού, προσλαμβάνοντας διοικητικό προσωπικό, ειδικά εκπαιδευμένο και τεχνικά καταρτισμένο: · Συστάθηκε ξεχωριστή διεύθυνση στο Τμήμα Προσωπικού της εταιρείας, ήτοι η Διεύθυνση Υποβολής Τροποποιητικών Πινάκων Ε4 Εργαζομένων. Η εν λόγω Διεύθυνση αποτελείται από εργαζόμενους που προσελήφθησαν και θα προσληφθούν στην εταιρεία με τα ακόλουθα καθήκοντα και αρμοδιότητες: α) 24ωρη επικοινωνία με τους Υπευθύνους κάθε τομέα δραστηριότητας της εταιρείας μας (Φύλαξη, Καθαριότητα, Σίτιση, Υποστήριξη Λειτουργίας), β) έγκαιρη και εμπρόθεσμη υποβολή στο Ηλεκτρονικό Σύστημα «ΕΡΓΑΝΗ» των μηνιαίων προγραμμάτων εργασίας και των αντίστοιχων τροποποιήσεων του ωραρίου εργασίας όλων των εργαζομένων, γ) ενημέρωση του λογιστηρίου για κάθε τροποποίηση ωραρίου, δ) καθημερινό έλεγχο των υποβληθέντων τροποποιήσεων ωραρίου στο Σύστημα «ΕΡΓΑΝΗ». · Προσελήφθη και δεύτερος υπάλληλος ηλεκτρονικών υπολογιστών, χειριστής εισαγωγής δεδομένων, αποκλειστικό για την ηλεκτρονική οργάνωση της νεοσυσταθείσας Διεύθυνσης Υποβολής Τροποποιητικών Πινάκων Ε4 Εργαζομένων και την υποστήριξη των προγραμμάτων ηλεκτρονικών υπολογιστών αυτής. · Εκπαιδεύτηκαν οι

Αριθμός Απόφασης : Σ1670/2021

εργαζόμενοι της εταιρείας μας, μέσα από επιμορφωτικά σεμινάρια, για τον ακριβή τρόπο έγκαιρης γνωστοποίησης στην εταιρεία της αλλαγής του χρόνου εργασίας τους. Επομένως η εταιρεία μας δημιούργησε νέες διαδικασίες σε επίπεδο διαχείρισης προσωπικού, κατάλληλες για την ορθή λειτουργία της και για την αποφυγή περαιτέρω παραπτώματων που αφορούσαν τεχνικά σφάλματα και αβλεψίες ως προς τη λειτουργία του ηλεκτρονικού συστήματος «ΕΡΓΑΝΗ», με μοναδικό σκοπό την απαρέγκλιτη τήρηση της εργατικής νομοθεσίας. Ως εκ τούτου, η εταιρεία μας, ακολουθώντας κατά γράμμα τις επιταγές του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, μετά τις επιβληθείσες πράξεις επιβολής προστίμου ΣΕΠΕ του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, προς επίρρωση της ικανότητάς της, έλαβε όλα τα προσήκοντα διορθωτικά μέτρα για την τεκμηρίωση της αξιοπιστίας της (ΥΠ' ΑΡΙΘΜ. 9 ΠΡΑΚΤΙΚΟ ΓΝΩΜΗ 9/2019 ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 73 ΠΑΡ. 8 ΤΟΥ Ν. 4412/2016). Συνεπώς, αν και η εταιρεία μας ΔΕΝ ΕΜΠΙΠΤΕΙ στους λόγους αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3.2.γ., άρθρου 2.2.3.3. της διακήρυξης και του άρθρου 73 παρ. 2 περ. γ του Ν. 4412/2016, έλαβε όλα τα προσήκοντα μέτρα και για το λόγο αυτό η συμμετοχή μας στον υπό κρίση διαγωνισμό του «...» με αριθμό Διακήρυξης ..., είναι απολύτως νόμιμη». Περαιτέρω από το έγγραφο του Σ.Ε.Π.Ε. διαπιστώθηκε ότι μέσα στο χρονικό διάστημα των δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία (6/11/2020) λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς ήτοι μετά από την 5/11/2018 στην εταιρεία έχουν επιβληθεί έξι (6) ΠΕΠ και ειδικότερα :

Έτος	Πράξεις επιβολής προστίμου	Σοβαρότητα	Στοιχεία ελέγχου
2018	Δυο (2) «υψηλή» και «πολύ ψηλή»	04/12/2018_... και 03/12/2018_...	
2019	Τέσσερεις (4) «πολύ ψηλή»	12/12/2018 ... 09/07/2018 ... 26/03/2019 ... 19/05/2019	

...

Κατόπιν των ανωτέρω, οι πράξεις που έχουν επιβληθεί εις βάρος της δανείζουσας, ως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή και οι παρεμβαίνοντες, συνιστούν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και αποτελούν λόγο αποκλεισμού της εν λόγω εταιρείας κατά την παρ. 2.2.3.3 περ. θ και ι 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 (2.2.3Α περ. α) της διακήρυξης. Εφόσον, λοιπόν, η διακήρυξη προβλέπει αυτοτελείς λόγους αποκλεισμού, κατά τα εκτιθέμενα ανωτέρω, και ο οικονομικός φορέας

εμπίπτει 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. Με τα δεδομένα αυτά, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος 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 εν προκειμένω εφαρμόζεται η διάταξη του όρου 2.2.3.3 θ' και ι', που επαναλαμβάνει τη ρύθμιση του άρθρου 68 παρ. 2γ του ν. 3863/2010. Τέλος, απορριπτέος τυγχάνει και ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος περί της αλλαγής του χαρακτηρισμού των πράξεων καθόσον προβάλλεται απαραδέκτως διότι 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. Κατά την ειδική γνώμη του Μέλους Χ. Ζαράρη, ως προς τον «αποχαρακτηρισμό» των παραβάσεων, λεκτέα είναι τα κάτωθι: «Ο ίδιος ο τρίτος στο από **06.11.2020 ΕΕΕΣ** του το οποίο κατατέθηκε, ως όφειλε, με την προσφορά του προσφεύγοντος, δηλώνει υπευθύνως ότι στην εταιρεία του 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. Τα εν λόγω στοιχεία επιβεβαιώνονται με τα κατόπιν αιτήσεως της αναθέτουσας αρχής στο πλαίσιο της επίμαχης διαδικασίας, σχετικά έγγραφα του ΣΕΠΕ, με τον αυτό χαρακτηρισμό. Περαιτέρω, στην προσφυγή του, ο προσφεύγων επικαλείται μεν ρητά την ΥΑ Αριθμ. 60201/Δ7.1422/2019 (ΦΕΚ 4997/Β/31-12-2019), η οποία σημειωτέον ίσχυε σχεδόν 1 έτος προ της ως άνω δήλωσης στο ΕΕΕΣ περί των οικείων παραβάσεων, χωρίς όμως να αποδεικνύει ότι καταλαμβάνει και τις επίμαχες παραβάσεις του στηρίζοντος αυτόν, που έλαβαν χώρα σε πρότερο της

δημοσίευσης της ως άνω ΥΑ χρόνο, παρά μόνο αορίστως ισχυρίζεται ότι η εν λόγω παράβαση σύμφωνα με την ως άνω ΥΑ έχει ήδη τραπή σε σημαντικής σοβαρότητας και παραπέμπει στο Παράρτημα II αυτής. Περαιτέρω, ουδόλως αποδεικνύει ότι ο αποχαρακτηρισμός διενεργείται αυτόματα, ούτε όμως αποδεικνύει ότι τα δηλωθέντα και ήδη χαρακτηρισθέντα πρόστιμα έστω καταλαμβάνονται καθαυτά από την εν λόγω ΥΑ και τις σχετικές αυτής διατάξεις και είναι εφαρμοστέα. Επομένως, ο οικείος ισχυρισμός κρίνεται απορριπτέος προεχόντως ως απαράδεκτος. ».

39.Επειδή, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής δέον να σημειωθούν τα ακόλουθα: κατά τη ρητή πρόβλεψη του άρθρου 2.2.9.2Α της διακήρυξης ο αναθέτων φορέας υποχρεούται ν'αντικαθιστά τον τρίτο στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται στην περίπτωση που συντρέχει λόγος αποκλεισμού, μεταξύ άλλων, από όσους προβλέπονται στα άρθρα 2.2.3.2, 2.3.3.3 της διακήρυξης ενώ δεν προβλέπεται για τον τρίτο οικονομικό φορέα, όπως προβλέπεται για τον ίδιο τον συμμετέχοντα στου οποίου το πρόσωπο συντρέχουν οι ανωτέρω λόγοι αποκλεισμού δυνατότητα χρήσης των ευνοϊκών ρυθμίσεων του άρθρου 73 Ν.4412/2016 για τα μέτρα αυτοκάθαρσης (άρθρο 2.2.3.6 της διακήρυξης). Η ανωτέρω ρύθμιση της διακήρυξης επί της ουσίας επαναλαμβάνει την αντίστοιχη ρύθμιση του άρθρου 78 Ν.4412/2016. Συνεπώς, αλυσιτελώς προβάλλεται από τον προσφεύγοντα η έλλειψη νόμιμης αιτιολογίας της γνώμης της επιτροπής του άρθρου 73 Ν.4412/2016 και κατ'επέκταση της προσβαλλομένης αναφορικά με την επάρκεια των μέτρων αυτοκάθαρσης.

40. Κατόπιν των ανωτέρω, η προσφυγή πρέπει ν'απορριφθεί και να γίνουν δεκτές οι παρεμβάσεις.

41. Κατόπιν της προηγούμενης σκέψης θα πρέπει να καταπέσει το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προσφυγή

Δέχεται την α' παρέμβαση.

Δέχεται την β' παρέμβαση.

Αριθμός Απόφασης : Σ1670/2021

Διατάσσει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 27-10-2021 και εκδόθηκε στις 12.11.2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΥΣΑΝΘΗ ΖΑΡΑΡΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ