

**Η**

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

**6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 1 Δεκεμβρίου 2017 με την εξής σύνθεση:  
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλουπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 20-11-2017 Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/270/22-11-2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) VI/43/22-11-2017 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...»

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΚΕΝΤΡΟ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΠΡΟΝΟΙΑΣ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ΗΠΕΙΡΟΥ»

Και της πρώτης παρεμβαίνουσας “...”, νομίμως εκπροσωπούμενης

Και της δεύτερης παρεμβαίνουσας “...”

Με την προδικαστική προσφυγή ο αιτών ζητά ακυρωθεί η απόφαση της στην υπ’ αριθμ. 22/10-11-2017 Συνεδρίαση του ΔΣ της, τόσο κατά το σκέλος αυτής με το οποίο αποκλείει τη συμμετοχή του από ηλεκτρονικό ανοικτό τακτικό διαγωνισμό κάτω των ορίων της Διακήρυξης 7/2017 Παροχή Υπηρεσιών Καθαριότητας Κτιριακών Εγκαταστάσεων και περιβάλλοντος χώρου Παραρτημάτων ΑΜΕΑ Ιωαννίνων «Ο Νεομάρτυς Γεώργιος», ΑΜΕΑ Θεσπρωτίας-Μονάδα Ηγουμενίτσας, ΑΜΕΑ Θεσπρωτίας-Μονάδα Φιλιατών και Προστασίας Παιδιού Θεσπρωτίας του Κέντρου Κοινωνικής Πρόνοιας Περιφέρειας Ηπείρου έτους 2018, όσο και κατά το σκέλος της με το οποίο αποδέχεται τη συμμετοχή της πρώτης και δεύτερης παρεμβαίνουσας

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία 17463008395801150072 και ποσού ευρώ 600,00 ευρώ, όπως και αποδεικτικό περί πληρωμής του παραβόλου μέσω Τράπεζας Πειραιώς, η δε αρμόδια υπηρεσία της Α.Ε.Π.Π. βεβαιώνει τον έλεγχο και τη δέσμευση του παραβόλου.

2. Επειδή, η αναθέτουσα ήδη με το με αρ. πρωτ. 2651/22-11-2017 έγγραφό απόψεών της προς της ΑΕΠΠ κοινοποίησε σε αυτήν την Απόφαση ΔΣ της με αρ. 23/20-11-2017 Συνεδρίασής του, με την οποία ανακάλεσε την ως άνω προσβαλλόμενη κατά το σκέλος με το οποίο απέκλεισε τον προσφεύγοντα, κρίνοντας τον πλέον ως αποδεκτό για συμμετοχή στα επόμενα στάδια. Επομένως, η προσβαλλόμενη έχει παύσει να υφίσταται κατά το πρώτο προσβαλλόμενο σκέλος της και η ενώπιον της ΑΕΠΠ διαδικασία εξέτασής της καταργείται αντιστοίχως κατά το σκέλος αυτό (πρβλ. άρ. 32 παρ. 1 ΠΔ 18/89), συνεχίζει δε ως προς τους υπόλοιπους λόγους και τα λοιπά προσβαλλόμενα σκέλη της προσβαλλομένης. Τούτο δεδομένου ότι το άρ. 17 ΠΔ 39/2017 κατά το οποίο τίθεται στο αρχείο η προσφυγή κατά ανακληθείσας πράξης, προϋποθέτει ολική ανάκληση της προσβαλλόμενης, ήτοι κατά όλα τα προσβαλλόμενα δια προσφυγής σκέλη της. Εξάλλου, ο προσφεύγων ήδη πριν την εξέταση της παρούσας παραιτήθηκε από το πρώτο ως άνω σκέλος της προσφυγής του, κατόπιν της ως άνω ανάκλησης του πρώτου προσβαλλόμενου κεφαλαίου της προσβαλλομένης. Περαιτέρω, κατ' άρ. 5 παρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 παρ. 5 Ν. 4412/2016, το παράβολο επιστρέφεται στον προσφεύγοντα σε περίπτωση ανάκλησης της προσβαλλομένης πράξης και συνεπαγόμενης κατάργησης της εξέτασης (βλ. και άρ. 36 παρ. 4 ΠΔ 18/89 και άρ. 277 παρ. 9 ΚΔΔικ). Κατά ορθή ερμηνεία της ως άνω διάταξης, αυτή καταλαμβάνει και τις περιπτώσεις μερικής ανάκλησης όπως εν προκειμένω, καίτοι η εξέταση ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

καταργείται μερικώς κατά το αντίστοιχο ανακληθέν μέρος, πλην όμως συνεχίζει ως προς το μη ανακληθέν. Τούτο προκύπτει από την ανάλογη εφαρμογή της πρόβλεψης ολικής επιστροφής παραβόλου ακόμη και σε περίπτωση εν μέρει αποδοχής της προσφυγής, καθώς θα ήταν αντιφατικό και θα παραβιαζόταν η αρχή της ισότητας αν αποδιδόταν το παράβολο σε προσφεύγοντα που η προσφυγή του έγινε αποδεκτή κατά μέρος του αιτητικού της μετά από εξέταση της προσφυγής από την Α.Ε.Π.Π., αλλά όχι όταν η ίδια η αναθέτουσα αναγνωρίζοντας το σφάλμα προσβαλλομένου κεφαλαίου της πράξης της, ανακαλεί και διορθώνει η ίδια αυτοβούλως, με αποτέλεσμα να μην τυγχάνει εξέταση για το παραπάνω κεφάλαιο από την Α.Ε.Π.Π. Επομένως, η συνέπεια του άρ. 5 παρ. 5 ΠΔ 39/2017 περί επιστροφής του παραβόλου ισχύει σε κάθε περίπτωση ανάκλησης έστω και μέρους της προσβαλλομένης, υπό τον όρο βέβαια ότι αυτό περιλαμβάνεται στην προσφυγή ως προσβληθέν, ανεξαρτήτως μάλιστα τυχόν αποδοχής ή απόρριψης της προσφυγής ως προς τα λοιπά σκέλη της, ήτοι όσα αφορούν έτερα, μη ανακληθέντα, κεφάλαια της προσβαλλομένης.

3. Ειδικότερα, ο προσφεύγων, ο οποίος, δια της παραπάνω νεότερης πράξης ΔΣ της αναθέτουσας, έγινε πλέον αποδεκτός στα επόμενα στάδια του διαγωνισμού δια της παραπάνω προσβαλλομένης, αιτιάται ότι ο ως άνω πρώτος παρεμβαίνων κατέθεσε ΤΕΥΔ κενό ως προς το Τμήμα που αφορούσε η προσφορά του, με αποτέλεσμα αυτή να είναι αόριστη και ασαφής. Περαιτέρω, ότι οι συστατικές επιστολές που προσκόμισε για την απόδειξη του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής περί τριετούς εμπειρίας, κατά τη σελ. 23 της διακήρυξης, δεν καλύπτουν όλο το έτος 2014 και επομένως δεν τηρούν τον ως άνω επί ποινή αποκλεισμού όρο. Όσον αφορά τον δεύτερο παρεμβαίνοντα, ο προσφεύγων επικαλείται ότι υφίσταται για αυτόν επαγγελματικό παράπτωμα από προηγούμενες δημόσιες συμβάσεις, στοιχειοθετούμενο από πρόστιμα της κοινωνικοασφαλιστικής νομοθεσίας και προηγούμενες εκπτώσεις, ως και ψευδείς δηλώσεις σε προηγούμενους διαγωνισμούς και ούτως έπρεπε να αποκλειστεί κατ' άρ. 73 Ν. 4412/2016 και σύμφωνα και με τους ειδικότερους όρους της διακήρυξης. Ο πρώτος παρεμβαίνων αιτιάται ότι η προσφορά του ήταν σαφής διότι με επιστολή του αναφέρει σε ποιο τμήμα συμμετείχε, ενώ ότι οι συστατικές επιστολές που

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

προσκόμισε καλύπτουν το σύνολο του απαιτούμενου διαστήματος. Ο δε δεύτερος παρεμβαίνων αιτιάται ότι ο λόγος αποκλεισμού του που ο προσφεύγων προβάλλει, αφορά ζήτημα που δεν απαιτήθηκε από την αναθέτουσα να δηλωθεί στο ΤΕΥΔ. Περαιτέρω, αρνείται ότι έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και επικαλείται ότι διαθέτει την απαιτούμενη τεχνική επάρκεια και φερεγγυότητα για την εκτέλεση του έργου, καθώς δεν πληροί τις προϋποθέσεις τέτοιου παραπτώματος που θέτει το άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010, ως ίσχυε κατά τον χρόνο της διακήρυξης. Επιπλέον, ότι η απόφαση έκπτωσής του από σύμβαση με το ΨΝΑ Δρομοκαΐτειο έχει ανασταλεί δικαστικά και έχουν παρέλθει τρία έτη από αυτήν, ενώ οι αγωγές εργαζομένων στις οποίες αυτή βασίστηκε έχουν απορριφθεί, ενώ σε κάθε περίπτωση η αναθέτουσα έχει διακριτική ευχέρεια να κρίνει αν οι περιπτώσεις του άρ. 73 παρ. 4 Ν. 4412/2016 συνιστούν λόγους που καθιστούν τον οικονομικό φορέα μη φερέγγυο και επαρκή και εν προκειμένω η αναθέτουσα την άσκηση κρίνοντας τον αποδεκτό, ενώ σε κάθε περίπτωση η εταιρεία ΣΤΑΣΥ Α.Ε. της οποίας την απόφαση καταγγελίας σύμβασης με τον δεύτερο παρεμβαίνοντα επικαλείται ο προσφεύγων, επιτρέπει στον δεύτερο παρεμβαίνοντα τη συμμετοχή σε διαγωνισμούς της ήδη με την 2544/789/15-6-2017 απόφασής της. Επιπλέον, ο δεύτερος παρεμβαίνων επικαλείται ότι την ίδια ως άνω διακριτική ευχέρεια άσκησαν αναθέτουσες αρχές, όπως η Περιφέρεια Στερεάς Ελλάδος, το ΙΝΕΔΙΒΙΜ, το Εθνικό Θέατρο, το Εθνικό Κινηματολόγιο και το Κέντρο Εφοδιασμού Πολεμικού Ναυτικού, κρίνοντας τον φερέγγυο και υπογράφοντας σύμβαση μαζί του, ενώ και η εν προκειμένω αναθέτουσα βεβαιώνει την καλή εκτέλεση των υπηρεσιών του κατά την αμέσως προηγούμενη της προκείμενης δημοπρατούμενης, σύμβασής της με το ίδιο αντικείμενο. Εξάλλου, αιτιάται ότι έχει λάβει οργανωτικά διορθωτικά μέτρα για την τεκμηρίωση της αξιοπιστίας του, τα οποία και περιγράφει. Η αναθέτουσα κοινοποίησε με το με αρ. πρωτ. 2651/22-11-2017 απόψεις της με τις οποίες επικαλείται όσον αφορά τον πρώτο παρεμβαίνοντα ότι απέστειλε ψηφιακά υπογεγραμμένη επιστολή σύμφωνα με το άρ. 2.4.3.1 παρ. Α3 της διακήρυξης, η οποία ζητούσε σε αυτή την επιστολή να προσδιορίζεται για ποιο Παράρτημα ή μονάδα αυτού καταθέτει κάθε προσφεύγων προσφορά και επομένως η προσφορά του δεν ήταν άοριστη ή ασαφής. Περαιτέρω, ότι ο ίδιος πρώτος παρεμβαίνων προσκόμισε βεβαιώσεις συνεργασίας από την

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

Αποκεντρωμένη Διοίκηση Ηπείρου-Δυτικής Μακεδονίας, την Περιφέρεια Ηπείρου, την ίδια την αναθέτουσα και το Πανεπιστήμιο Ιωαννίνων εκ του συνδυασμού των οποίων προκύπτει πλήρης εκ μέρους του συμμόρφωση με τον οικείο όρο 2.4.3.1 παρ. Α.5 περί προηγούμενης εμπειρίας. Όσον αφορά τον δεύτερο παρεμβαίνοντα η αναθέτουσα επικαλείται το με αρ. πρωτ. ΕΞ275297-2017/10001/24-10-2017 απαντητικό έγγραφο του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας με συνημμένο το με αρ. πρωτ. 268858/18-10-2017 έγγραφο της Επιθεώρησης Ασφαλείας και Υγείας στην Εργασία και το με αρ. πρωτ. ΕΣ-274644-2017/10031/24-10-2017 έγγραφο της Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων, τα οποία απεστάλησαν στην αναθέτουσα σε συνέχεια του με αρ. πρωτ. 2213/13-10-2017 εγγράφου της περί του συνόλου των πράξεων επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος κάθε οικονομικού φορέα που μετείχε στον διαγωνισμό, σύμφωνα εξάλλου και με το αρ. 22 παρ. 2β Ν. 4144/2013. Από αυτά προκύπτει ότι ο δεύτερος παρεμβαίνων έχει καταλογιστεί με τρεις πράξεις επιβολής προστίμου σοβαρότητας «πολύ υψηλή» κατά τα τρία τελευταία έτη προ της λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς και δη με πρόστιμα κατά σειρά 1.500, 1550 και 2.250,75 ευρώ έκαστο (4/12/2014, 3/3/2015 και 26/5/2017 αντίστοιχα). Επομένως κατά τη διάταξη του αρ. 68 Ν. 3863/2010 ως ισχύει, το σύνολο των προστίμων υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας των τριών ετών προ της προθεσμίας υποβολής προσφοράς δεν υπερβαίνει τις 10.000 ευρώ, αλλά ανέρχεται σε 5.300,75 ευρώ, επομένως δεν στοιχειοθετείται σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα του δεύτερου παρεμβαίνοντος. Περαιτέρω, ότι έχει συνάψει με αυτόν τις υπ' αρ. 65/2016 και 66/2016 συμβάσεις για τα Παραρτήματα ΑΜΕΑ Ιωαννίνων «Ο Νεομάρτυς Γεώργιος» και «Παράρτημα ΑΜΕΑ Θεσπρωτίας-Μονάδα Ηγουμενίτσας» για την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας εγκαταστάσεων και περιβάλλοντος χώρου για το έτος 2017 και δεν έχει κηρυχθεί έκπτωτη από την ίδια την αναθέτουσα λόγω τυχών σοβαρών παραβάσεων ούτε υπάρχει στο αρχείο της απόφαση του αρ. 74 Ν. 4412/2016 περί αποκλεισμού του δεύτερου παρεμβαίνοντος από μελλοντικές ή εν εξελίξει διαδικασίες.

4. Επειδή, η από 20-11-2017 και κοινοποιηθείσα στους τρίτους μετέχοντες στον διαγωνισμό από 21-11-2017 Προσφυγή στρέφεται κατά

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα απόφασης έγκρισης πρακτικού τεχνικών προσφορών-δικαιολογητικών καθ' ο σκέλος αυτό αφενός έκρινε ως μη αποδεκτή την προσφορά του προσφεύγοντος, αφετέρου έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά των ως άνω έτερων διαγωνιζομένων. Αφορά δε διαδικασία που προκηρύχθηκε βάσει διακήρυξης ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού κάτω των ορίων με εκτιμώμενη αξία συνολικής σύμβασης 168.940,00 ευρώ άνευ ΦΠΑ και εκτιμώμενη αξία τμήματος 1 του διαγωνισμού, "ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΑΜΕΑ ΙΩΑΝΝΙΝΩΝ «Ο ΝΕΟΜΑΡΤΥΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ»" που αφορά η προσφυγή 90.000 ευρώ άνευ ΦΠΑ, με δημοσίευση διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ την 11-9-2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 17PROC001924278 και 17PROC001924485 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 11-9-2017 με συστημικό α/α 45918). Επομένως, υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η Προσφυγή παρίσταται ως εμπροθέσμως ασκηθείσα κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 10-11-2017), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από το ίδιο το φυσικό πρόσωπο του προσφεύγοντος, συνυπογράφεται δε, καίτοι δεν απαιτείται από νομίμως εξουσιοδοτηθέντα προς τούτο πληρεξούσιο δικηγόρο, με εξουσιοδότηση θεωρηθείσα κατά το γνήσιο της υπογραφής της από 16-11-2017. Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως Προσφυγής, αφού μετείχε στον διαγωνισμό με δικαιολογητικά-τεχνική προσφορά που κρίθηκε ως δεκτή για τα επόμενα στάδια, σύμφωνα με τα ως άνω στη σκ. 2 αναφερθέντα, επομένως προδήλως ευνοείται από τον αποκλεισμό έτερου ομοίως προκριθέντος στα επόμενα στάδια για το ίδιο Τμήμα διαγωνιζομένου. Επομένως, η Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατά την ουσία της. Ο δε ως άνω πρώτος έτερος διαγωνιζόμενος και ήδη πρώτος παρεμβαίνων, έχει ήδη καταθέσει το από 21-11-2017, ήτοι την επομένη της κατάθεσης της προσφυγής, ενώπιον της αναθέτουσας έγγραφό του, το οποίο περαιτέρω διαβιβάστηκε στην ΑΕΠΠ από την αναθέτουσα με το με αρ. πρωτ. 2680/24-11-2017 διαβιβαστικό της. Με ως άνω έγγραφο του, νομίμως υπογεγραμμένο

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

από τον νόμιμο εκπρόσωπό του, ο ως άνω οικονομικός φορέας αιτείται την απόρριψη της προσφυγής καθ' ο μέρος τον αφορά, επομένως, πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 132/2017 επέχει θέση παρέμβασης. Ο δεύτερος έτερος διαγωνιζόμενος και ήδη δεύτερος παρεμβαίνων κατέθεσε και αυτός την παρέμβασή του από 1-12-2017, ήτοι εντός δέκα ημερών από την από 21-11-2017 κοινοποίηση της προσφυγής, στο οικείο προδιατυπωμένο έντυπο, νομίμως υπογεγραμμένο από τον νόμιμο εκπρόσωπό του, αιτούμενος την απόρριψη της προσφυγής κατά το σκέλος που στρέφεται κατά της συμμετοχής. Άρα, αμφότερες οι παρεμβάσεις πρέπει ομοίως να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξεταστούν μετά της Προσφυγής κατά την ουσία τους.

5. Επειδή, όσον αφορά το σκέλος της προσφυγής με το οποίο στρέφεται κατά της προσφοράς του πρώτου παρεμβαίνοντος, αναφέρονται τα εξής. Κατά τον όρο 2.4.3.1 στοιχ. Α.5 της Διακήρυξης, οι μετέχοντες στον διαγωνισμό πρέπει να προσκομίσουν *“Αποδεικτικά Ζετούς εμπειρίας τα οποία να καλύπτουν χρονική διάρκεια των ετών 2014, 2015 & 2016. Ο υποψήφιος ανάδοχος θα καταθέσει (τουλάχιστον) τρεις (3) Συστατικές Επιστολές - Βεβαίωση Συνεργασίας, έκαστη για κάθε μία χρονιά παροχής υπηρεσιών καθαριότητας εγκαταστάσεων σε δημόσιους ή ιδιωτικούς φορείς και στην οποία θα πρέπει να αναγράφονται ευκρινώς ο αριθμός της Σύμβασης, η χρονική διάρκεια αυτής και το ύψος της Σύμβασης. Δίνεται επίσης στους οικονομικούς φορείς η δυνατότητα προσκόμισης μίας Συστατικής Επιστολής – Βεβαίωσης συνεργασίας από δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα, από την οποία όμως να προκύπτει αναλυτικά η απαιτούμενη εμπειρία των τριών ετών (αρ. Συμβάσεων, χρονική διάρκεια, ύψος σύμβασης).... Η μη υποβολή των παραπάνω Α(1), (2), (3), (4), (5), (6) και κατά περίπτωση (7) δικαιολογητικών συνεπάγεται αυτόματα την απόρριψη της προσφοράς από τον διαγωνισμό και αποκλεισμό του προμηθευτή από τον διαγωνισμό.”*. Κατά τον ως άνω όρο, ο οποίος δεν προσβλήθηκε και έγινε έτσι αποδεκτός ανεπιφυλάκτως από το σύνολο των διαγωνιζομένων, οι προσφέροντες και δη επί ποινή αποκλεισμού οφείλουν να αποδείξουν ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής περί την τεχνική και επαγγελματική τους επάρκεια (όπως είναι η αληθής έννοια του ως άνω όρου υπό το περιεχόμενό του, ήτοι ως αφορώντα εμπειρία κατ' άρ. 75 παρ. 4 Ν. 4412/2016, καίτοι η διακήρυξη εσφαλμένα στον όρο 2.2.6 δεν αναφέρει τον

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

ως άνω όρο περί εμπειρίας ως τέτοιο κριτήριο ποιοτικής επιλογής, αλλά το πρώτον τον εισάγει ως “δικαιολογητικό συμμετοχής” στον όρο 2.4.3, σφάλμα που πάντως δεν επηρεάζει το αντικείμενο της προκειμένης εξέτασης), εμπειρία στο συμβατικό αντικείμενο ήτοι υπηρεσίες καθαριότητας εγκαταστάσεων. Η εμπειρία αυτή, παρότι εσφαλμένα αναφέρεται καταρχήν ως τριετής (όρος που έχει την έννοια τριών ετών με αφετηρία μέτρησης την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς), εντός του ιδίου σε κάθε περίπτωση όρου διευκρινίζεται ότι πρέπει να αφορά τα έτη 2014, 2015 και 2016. Και μάλιστα, οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να αποδεικνύουν από μία σύμβαση για κάθε ένα από τα παραπάνω έτη ή έστω μία που να καλύπτει διάστημα εκτεινόμενο στα παραπάνω τρία συγκεκριμένα έτη (και για την ταυτότητα του νομικού λόγου, καίτοι δεν αναφέρεται ρητά, προκύπτει ότι αποδεκτές θα ήταν και δύο συμβάσεις που ομού και συνδυαστικά καλύπτουν διάστημα εντός των τριών συγκεκριμένων ετών). Σε κανένα όμως σημείο δεν προκύπτει ότι οι συμβάσεις αυτές θα πρέπει να καλύπτουν το σύνολο των παραπάνω ετών, ήτοι καθ’ έκαστο και τους δώδεκα μήνες αυτού. Τούτο διότι ως έχει ο ως άνω όρος “... να καλύπτουν χρονική διάρκεια των ετών 2014, 2015 & 2016... έκαστη για κάθε μία χρονιά” (και όχι τυχόν “να καλύπτουν όλη τη χρονική διάρκεια...”) προκύπτει ότι αρκεί για την πλήρωση του όρου το σύνολο των επικαλούμενων συμβάσεων συνδυαστικά να καλύπτει οιοδήποτε μέρος, της διακήρυξης μη διευκρινίζουσας ειδικότερα, από κάθε ένα από τα παραπάνω έτη, χωρίς υποχρέωση εξάντλησης του συνόλου αυτών. Τυχόν αντίθετη κρίση δεν θα είχε έρεισμα στο ως άνω γραμματικό περιεχόμενο της διακήρυξης και επομένως θα συνιστούσε απαγορευμένη διασταλτική της ερμηνεία, η οποία στο προκειμένο στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών-τεχνικών προσφορών θα παραβίαζε τις αρχές της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης, αφού αυτές θα θίγοντο, αν το πρώτον πλέον και άνευ καμίας συγκεκριμένης μνείας της διακήρυξης, αυτή ερμηνευόταν ως έχουσα θεσπίσει μια απαίτηση που δεν προέκυπτε από το γράμμα και το συνδυαστικό περιεχόμενο της διακήρυξης και των εγγράφων της σύμβασης (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 132/2017). Επομένως, ο σχετικός δεύτερος ισχυρισμός του προσφεύγοντος κατά του πρώτου παρεμβαίνοντος ερείδεται επί εσφαλμένης νομικής προϋπόθεσης και προβάλλεται προεχόντως αλυσιτελώς διότι ακόμη και αν ο πρώτος παρεμβαίνων δεν είχε καλύψει με τις επικαλούμενες συμβάσεις του το σύνολο



## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

των τριών ετών, ήτοι το διάστημα από 1/1/2014 έως και 31/12/2016, αλλά απλώς οιασδήποτε διάρκειας μέρος κάθε ενός έτους, και πάλι η προσφορά του δεν θα έπασχε προς τούτο. Περαιτέρω, όμως, προκύπτει πως εν προκειμένω ο πρώτος παρεμβαίνων προσκόμισε όντως τη με αρ. πρωτ. 1422/23-8-2016 συστατική επιστολή από το ΚΚΠΠ Ηπείρου με αναφορά στη σύμβαση 21/2013 με διάρκεια από 1/12/2013 έως 30/11/2014. Συγχρόνως, προσκόμισε τη με αρ. πρωτ. 19274/23-8-2016 συστατική επιστολή από το Πανεπιστήμιο Ιωαννίνων που αφορά σύμβαση διάρκειας από 16/7/2014 έως 10/9/2014, ως και σύμβαση από 11/9/2014 έως 10/9/2015, οι οποίες συνδυασμένες με την ως άνω συστατική του ΚΚΠΠ Ηπείρου καλύπτουν πλήρως το διάστημα 1/1/2014 έως και 31/12/2014, με αποτέλεσμα ο σχετικός δεύτερος ισχυρισμός του προσφεύγοντος κατά του πρώτου παρεμβαίνοντος να είναι και ουσία αβάσιμος.

6. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο ισχυρισμό του προσφεύγοντα κατά του πρώτου παρεμβαίνοντος, ήτοι περί ελλιπούς συμπλήρωσης ΤΕΥΔ όσον αφορά το ερώτημα του Μέρους ΙΙ, Ενότητα Α' *“Κατά περίπτωση, αναφορά του τμήματος ή των τμημάτων για τα οποία ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να υποβάλει προσφορά”*, το οποίο ο πρώτος παρεμβαίνων άφησε ασυμπλήρωτο, ήτοι άνευ απαντήσεως, παρατηρούνται τα εξής (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 89, 96, 98 και 120/2017). Το ΤΕΥΔ ναι μεν 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, ιδίως επί τον σκοπό της διευκόλυνσης συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων και τη μείωση του χρόνου προετοιμασίας μιας προσφοράς. Η υποβολή του ΤΕΥΔ, νομίμως υπογεγραμμένου και συμπληρωμένου στα απαιτούμενα από τη διακήρυξη πεδία και δη σε ολόκληρο τμήμα αυτού, αποτελεί ουσιώδη τυπική προϋπόθεση συμμετοχής στο διαγωνισμό. Η παράβαση δε του κανόνα αυτού εκ μέρους του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό, όσον αφορά πλημμέλειες της υπογραφής του ΤΕΥΔ καθιστά την προσφορά εν όλω παράνομη και ελλιπή μη δυνάμενη να διορθωθεί εκ των υστέρων ή να αναπληρωθεί η έλλειψη με άλλα έγγραφα και τούτο διότι αφενός, όσον αφορά τις ελλείψεις υπογραφής

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

προσώπων του άρ. 73 παρ. 1 Ν. 4412/2016 περί λόγων αποκλεισμού, καθιστά ελλιπές, ασαφές και μη νόμιμο το Μέρος ΙΙΙ του ΤΕΥΔ, δημιουργώντας περαιτέρω ζήτημα αβεβαιότητας περί της κατάληψης ή μη των οικείων στο ως άνω Μέρος στοιχείων από τη δήλωση του όντως υπογράφοντος προσώπου αντί των προσώπων που τα στοιχεία αυτά αφορούν, όπως και περί του χρόνου δήλωσης. Αφετέρου, όσον αφορά πλημμέλειες της υπογραφής του νομίμου εκπροσώπου του οικονομικού φορέα, αυτές καθιστούν εν όλω ασαφές αν αυτός όντως δηλώνει και σε ποιο χρόνο κάθε στοιχείο που αφορά το ΤΕΥΔ, αν το δηλώνει αρμοδίως και αν και σε ποιο χρόνο δεσμεύεται για την αλήθεια και την ακρίβειά τους και αναλαμβάνει κάθε σχετική έννομη συνέπεια. Τα ως άνω ζητήματα αν γινόταν επιτρεπτό να αναπληρωθούν από άλλα στοιχεία σύγχρονα ή ακόμα και μεταγενέστερα της προσφοράς, θα προσέβαλαν την ισότητα και τη διαφάνεια της διαδικασίας, αφήνοντας περιθώριο αβεβαιότητας περί του χρόνου ισχύος της δήλωσης, χρονικών κενών στις δηλώσεις ή εκ των υστέρων, ήτοι μετά την υποβολή του ΤΕΥΔ, εγκρίσεων των δηλουμένων ή και της ίδιας της υποβολής του ΤΕΥΔ, θέτοντας έτσι τους διαγωνιζόμενους σε άνιση μεταχείριση, παρέχοντας περισσότερο χρόνο προετοιμασίας ή για απόκτηση προσόντων που απαιτεί η διακήρυξη στους διαγωνιζόμενους υπέρ των οποίων θα αναγνωριζόταν αυτή η προνομιακή μεταχείριση ή και διακινδυνεύοντας τα ίδια τα συμφέροντα της αναθέτουσας, συνεπεία του κινδύνου αναληθών ή και σκοπίμως ελλιπών δηλώσεων, περί των οποίων όμως ουδείς θα έφερε την οικεία ποινική ευθύνη. Περαιτέρω, η έτερη περίπτωση ήτοι της υποβολής ελλιπούς ή εσφαλμένης κατά περιεχόμενο δήλωσης, συνιστά ομοίως μια καταρχήν ουσιώδη παράλειψη συνεπαγόμενη αποκλεισμού του υποψηφίου μη δυνάμενη καταρχήν να αναπληρωθεί με παροχή ύστερων της προσφοράς διευκρινήσεων. Η τελευταία, κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 παρέχεται μόνο για ασάφεια δικαιολογητικών και εγγράφων και επουσιώδη σφάλματα ιδίως όλως τυπικής φύσης, γραφικά, λεκτικά, φραστικά, ως προς τη σήμανση και τη συσκευασία του φακέλου και των εγγράφων και ως προς τη νομιμοποίηση και όχι για το πρώτον υπογραφή, συμπλήρωση και μεταβολή της απάντησης σε κεφάλαιο του ίδιου του ΤΕΥΔ, μεταβολή που συνεπάγεται ουσιώδη μεταβολή της ίδιας της προσφοράς (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 89/2017) και πάντως δεν δύναται να λάβει χώρα μετά την ολοκλήρωση της αξιολόγησης και δη την

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

έγκριση της προσφοράς. Τούτο όμως δεν σημαίνει ότι οδηγεί άνευ ετέρου σε αποκλεισμό, οιαδήποτε έλλειψη, γραφικό σφάλμα, συμπλήρωση των κελιών των απαντήσεων με εσφαλμένη σειρά ή παράλειψη συμπλήρωσης κάποιου από αυτά συνεπάγονται άνευ ετέρου και δη ανεξαρτήτως της βαρύτητάς τους, του μεγέθους τους σε συνάρτηση με όλα τα άλλα προσκομισθέντα έγγραφα, της ειδικότερης επίδρασής τους στην πληρότητα της προσφοράς και της ταυτόχρονης με την προσφορά συνυποβολής έτερων εγγράφων που δύνανται να καταστήσουν σαφές ότι η όποια ως άνω έλλειψη οφειλόταν σε πρόδηλο τυπικό σφάλμα. Αυτό ισχύει προεχόντως όταν μάλιστα η όποια έλλειψη απάντησης στο ΤΕΥΔ, αναπληρώνεται με σαφήνεια με έτερο νομίμως υπογεγραμμένο και δη ψηφιακά, με βεβαία χρονολογία υπογραφής και πρόσωπο υπογράφοντος, έτερο έγγραφο με το οποίο ο οικονομικός φορέας αντιμετωπίζει και απαντά διεξοδικά το ζήτημα της ερώτησης του ΤΕΥΔ, το οποίο έτερο έγγραφο, ως υποβαλλόμενο μετά του ΤΕΥΔ και της εν γένει προσφοράς του οικονομικού φορέα, έχει ούτως την έννοια και λειτουργία συμπληρώματος και συνημμένου παραρτήματος του ίδιου του ΤΕΥΔ. Πολλώ δε μάλλον ισχύουν τα παραπάνω όταν η υποβολή του συμπληρωματικού εγγράφου υποβάλλεται κατά ρητή απαίτηση της διακήρυξης, όπως εν προκειμένω όπου κατά τον όρο 2.4.3.1 παρ. Α.3, οι προσφέροντες οφείλουν να προσκομίσουν *«ψηφιακά υπογεγραμμένη επιστολή στην οποία να αναγράφεται για ποιο Παράρτημα ή μονάδα αυτού καταθέτουν Προσφορά, προκειμένου για τον υπολογισμό του ποσού της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν επίσης το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν.»* Περαιτέρω, η αναπλήρωση αυτή είναι δυνατή, μόνο υπό την προϋπόθεση ότι δεν θίγεται ο υγιής ανταγωνισμός, η διαφάνεια και η ίση μεταχείριση των διαγωνιζομένων ή ακόμη και η ασφάλεια δικαίου ως και η ασφάλεια των συμφερόντων της αναθέτουσας, αρχές και ζητούμενα τα οποία συνιστούν και το δικαιολογητικό έρεισμα της αρχής της τυπικότητας των διαγωνισμών και τίθενται ως εκ τούτου ως το άκρο όριο της δυνατότητας συμπλήρωσης μετά το άνοιγμα των προσφορών των επουσιωδών ελλείψεων, κατά ρητή μνεία του άρ. 102 παρ. 2, 3 και 4 Ν. 4412/2016 που προβλέπει ότι *«...2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα*

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση... λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους... Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 4. ... Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές.". Οι δε παραπάνω αρχές του ανταγωνισμού, της διαφάνειας, της αποφυγής ευνοϊκής μεταχείρισης και ισότητας των διαγωνιζομένων δεν θίγονται προεχόντως όταν η αναγνώριση ευχέρειας αναπλήρωσης της έλλειψης δεν θέτει κάποιον διαγωνιζόμενο σε πλεονεκτική έναντι άλλου θέση, όσον αφορά τον χρόνο και τις δυνατότητες που διατίθενται σε αυτόν για τη συλλογή των οικείων εγγράφων που πρέπει να υποβάλει μετά της προσφοράς του, απόκτηση προσόντων που απαιτεί η διακήρυξη, επίτευξη συνεργασίας με υπεργολάβο ή τρίτο οικονομικό φορέα του άρ. 78 Ν. 4412/2016, έγκριση της υποβολής της προσφοράς του από το σύνολο των διαχειριστικών του οργάνων ή ενημέρωση αυτών περί των υποχρεώσεων δήλωσής εκ μέρους τους, σύμπληξη κοινοπραξίας και ένωσης οικονομικών φορέων και γενικά για την εκ μέρους του ολοκλήρωση κάθε σχετικής με τη νόμιμη συμμετοχή στον διαγωνισμό ενέργειάς του. Δεν θίγονται επίσης ούτε αυτές ούτε η ασφάλεια δικαίου και τα συμφέροντα της αναθέτουσας, όταν δια της ως άνω αναπλήρωσης δεν παρέχεται εμμέσως στο υπέρ ου η αναγνώριση της ευχέρειας αυτής μέρος, η δυνατότητα υπεκφυγής και απαλλαγής από την υποχρέωσή τους προς υπεύθυνη δήλωση με κάθε σχετική έννομη συνέπεια και εν γένει κάθε είδους δυνατότητα, η οποία καθιστά τη θέση τους και κάθε ευθύνη τους ως συμμετέχοντες στον διαγωνισμό ευκολότερη και ελαφρύτερη σε σχέση με αυτή των άλλων μετεχόντων. Έτσι, επιτρεπτά νοείται τέτοια αναπλήρωση έλλειψης, όταν από

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

την αντιπαραβολή του συνόλου των εγγράφων της προσφοράς και ad hoc κρίση επ' αυτών, τόσο η έλλειψη είναι όλως επουσιώδης και ιδίως από αυτή δεν καταλείπεται περιθώριο εναλλακτικής ή αντιφατικής προσφοράς, ενώ συγχρόνως προκύπτει η οικεία απάντηση στο σχετικό ερώτημα από άλλο ταυτόχρονα συνυποβληθέν έγγραφο, αλλά και την ίδια την τεχνική προσφορά του προσφέροντος δια των οποίων προκύπτει με σαφήνεια η απάντηση στο παραπάνω ερώτημα και η πλήρης δικαιολόγηση της οικείας έλλειψης σε απλή παραδρομή. Τα ανωτέρω προκύπτουν και από τα άρ. 102 παρ. 2-4 Ν. 4412/2016 και την ίδια την Αιτιολογική Έκθεση του Ν. 4412/2016, η οποία επί του άρ. 102, τονίζει τον σκοπό της διάσωσης προσφορών, οι οποίες κατά τα λοιπά θα ήταν παραδεκτές και διακινδυνεύονται μόνο από επουσιώδεις ελλείψεις, υπογραμμίζει την υποχρέωση ερμηνείας αυτής της δυνατότητας υπό το πρίσμα των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, ως και την απαγόρευση συμπληρώσεων, μεταβολών και διορθώσεων που επιφέρουν έννομες συνέπειες και αναφέρει αναλυτικά τα εξής «*Με το άρθρο 102 εισάγεται ρύθμιση η οποία εξυπηρετεί στη διάσωση προσφορών οι οποίες πάσχουν από πρόδηλα σφάλματα ή επουσιώδεις παραλείψεις. Με τις παραγράφους 1, 2 και 3 δίνεται η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να καλεί τους προσφέροντες/υποψηφίους κατά τη διαδικασία ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή τα δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει. Ωστόσο, προκειμένου να διασφαλίζεται η αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων, η δυνατότητα συμπλήρωσης/ διευκρίνισης που παρέχεται αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωσης ή συμπλήρωσης και δεν επιτρέπεται να άγει σε μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή νέων εγγράφων σε συμμόρφωση των όρων της διακήρυξης, αλλά μόνο στην διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. Ενδεικτικά αναφέρονται περιπτώσεις που μπορεί να τύχει εφαρμογής αυτή η δυνατότητα όπως παράλειψη τινών μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το*

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελή σήμανση επικυρωμένων αντιγράφων και μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα δια του νόμου, κανονιστικών πράξεων ή των εγγράφων της σύμβασης καθιερωμένα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη. Κατ' αντιστοιχία, σύμφωνα με την παράγραφο 4, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητά έγγραφη διευκρίνιση του περιεχομένου της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς, εάν περιέχει ασάφειες, ήσσονος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που κρίνονται θεραπεύσιμα. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη τροποποίηση ή αλλοίωση της προσφοράς ή τη μεταβολή στην κατάταξη των προσφορών, σύμφωνα με τα κριτήρια ανάθεσης και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα της συγκεκριμένης προσφοράς σε σχέση με τις λοιπές. Σύμφωνα με την παράγραφο 5, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να ακολουθεί αυτή τη διαδικασία εάν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς. ». Εξάλλου, θα ήταν αντιφατικό αν αναγνωριζόταν κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 δυνατότητα διόρθωσης-συμπλήρωσης τυπικών σφαλμάτων σε έγγραφα της προσφοράς και δικαιολογητικά μετά το άνοιγμα των προσφορών, αλλά δεν αναγνωριζόταν η εξαρχής δυνατότητα συμπλήρωσής τους, δια συνδυαστικής τους θεωρήσεως μετά άλλων εγγράφων, βεβαίας υπογραφής και χρονολογίας αυτής, που συνυποβάλλονται ταυτόχρονα και ήδη δια της ίδιας της υποβολής της προσφοράς.

7. Επειδή, εν προκειμένω, με την από 4-10-2017 επιστολή του πρώτου παρεμβαίνοντος ψηφιακά υπογεγραμμένη από τη νόμιμη εκπρόσωπό του και σε συμμόρφωση με τον ως άνω αναφερθέντα στη σκ. 6 όρο 2.4.3.1 παρ. Α.3 της διακήρυξης, αυτός δήλωσε και αποσαφήνισε ότι συμμετέχει στον διαγωνισμό για το Παράρτημα ΚΚΠΗ του ΑΜΕΑ ΙΩΑΝΝΙΝΩΝ Ο ΝΕΟΜΑΡΤΥΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ, επιστολή που υπεβλήθη μετά της προσφοράς του στον διαγωνισμό, ηλεκτρονικά στο ΕΣΗΔΗΣ. Ομοίως, συνυπέβαλε και την από 4-10-2017 νομίμως υπογεγραμμένη ψηφιακά τεχνική προσφορά του που αφορά μόνο το συγκεκριμένο τμήμα και μάλιστα αναγράφει ρητά τούτο και κατονομάζει αυτό στη σελ. 1 της. Επομένως, είναι σαφές ότι η μη αναγραφή

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

απάντησης στο ΤΕΥΔ στο οικείο ως άνω ερώτημα συνιστούσε, σύμφωνα με όσα προεκτέθηκαν στη σκ. 6, απλά μια κατά τα ως άνω αναπληρώσιμη τυπική έλλειψη, οφειλόμενη σε πρόδηλο γραφικό σφάλμα, η οποία μάλιστα δεν διορθώθηκε τυχόν εκ των υστέρων, αλλά προκύπτει η απάντηση στο ερώτημα ήδη με τα σαφή έγγραφα που συνυποβλήθηκαν μετά του ΤΕΥΔ, χωρίς ούτως ή άλλως να δίνεται περιθώριο από τη μη απάντηση στο ΤΕΥΔ για συναγωγή πιθανότητας αντιφατικών ή εναλλακτικών δηλώσεων και προσφορών (όπως θα συνέβαινε αν επί παραδείγματι ο οικονομικός φορέας είχε αναγράψει στο οικείο ερώτημα κάποιο/α τμήμα/τα για τα οποία δεν υπέβαλε προσφορά ή αντίστροφα είχε υποβάλει προσφορά για κάποιο/α τμήματα ενώ στο ΤΕΥΔ είχε αναγράψει άλλο/α τμήμα/τα από αυτό/ά), ενώ η συναγωγή αυτής της αναπλήρωσης δεν προσβάλλει την ίση μεταχείριση και διαφάνεια ή την ασφάλεια δικαίου και τα συμφέροντα της αναθέτουσας, ιδίως δε αφού το ως άνω αποσαφηνιστικό έγγραφο-“επιστολή” του πρώτου παρεμβαίνοντος συνυποβλήθηκε με την προσφορά και το ΤΕΥΔ, ήτοι υπεβλήθησαν ταυτοχρόνως τα ανωτέρω έγγραφα και ούτως η παραπάνω επιστολή συνιστά παραδεκτά συμπλήρωμα στο ανωτέρω ΤΕΥΔ. Άρα, ορθώς η αναθέτουσα έκανε δεκτή την προσφορά του, η οποία κατά τα ανωτέρω ουδόλως ήταν αόριστη, αντιφατική, εναλλακτική, δυσερμήνευτη και ασαφής, ο δε περί του αντιθέτου πρώτος ισχυρισμός του προσφεύγοντα είναι κατά τα ανωτέρω απορριπτέος, ως και απορριπτέο τυγχάνει, συνεπεία και της κατά τη σκ. 5 απόρριψης του δεύτερου ισχυρισμού του, το σύνολο της προσφυγής αυτού κατά το σκέλος της με το οποίο στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς του πρώτου παρεμβαίνοντος.

**8.** Επειδή, όσον αφορά το σκέλος της προσφυγής που στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς του δεύτερου παρεμβαίνοντος προκύπτουν τα εξής. Κατά τον όρο 2.2.3.2 της διακήρυξης προβλέπεται αποκλεισμός του προσφέροντα όταν αυτός *«έχει αθετήσει, σύμφωνα με τα ειδικότερα προβλεπόμενα στην παρ. 2 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016, τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης (κύριας και επικουρικής και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή/και όταν η*

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Δεν αποκλείεται ο προσφέρων οικονομικός φορέας, όταν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του είτε καταβάλλοντας τους φόρους ή τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης που οφείλει, συμπεριλαμβανομένων, κατά περίπτωση, των δεδουλευμένων τόκων ή των προστίμων είτε υπαγόμενος σε δεσμευτικό διακανονισμό για την καταβολή τους.». Περαιτέρω, κατά τον όρο 2.2.3 προβλέπεται ότι « 2.2.3.3. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις (Τ.Ε.Υ.Δ.: μέρος ΙΙΙ Γ' - Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή (σοβαρό) επαγγελματικό παράπτωμα [με παραπομπή «ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται, ιδίως, οι λόγοι που αναφέρονται στην περίπτωση γ της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010»]: (α) εάν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στην παρ. 2 και 5 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα ειδικότερα προβλεπόμενα στην παρ. 4 περ. α & θ του άρθρου 73 του Ν.4412/2016. (β) εάν τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μην αποκλείει έναν οικονομικό φορέα ο οποίος βρίσκεται σε μία εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην περίπτωση αυτή, υπό την προϋπόθεση ότι αποδεικνύει 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.... 2.2.3.7. Οικονομικός φορέας, στον οποίο έχει επιβληθεί, με την κοινή υπουργική απόφαση του άρθρου 74 του ν. 4412/2016, η ποινή του αποκλεισμού, αποκλείεται αυτοδίκαια και από την παρούσα διαδικασία σύναψης της σύμβασης.». Περαιτέρω, στο ΤΕΥΔ που επισυνήφθη ως αναπόσπαστο παράρτημα (Παράρτημα 4) της διακήρυξης, στο Μέρος ΙΙΙ και δη στην Ενότητα Β' ερωτώνται όσα σχετικά αφορούν τον ως άνω όρο 2.2.3.2 (και άρ. 73 παρ. 2 Ν. 4412/2016). Στη δε Ενότητα Γ'



## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

«Πληροφορίες σχετικά με πιθανή αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα» ερωτάται μεταξύ άλλων αν «Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα; (Εφόσον στα έγγραφα της σύμβασης γίνεται αναφορά σε συγκεκριμένη διάταξη, να συμπληρωθεί ανάλογα το ΤΕΥΔ πχ άρθρο 68 παρ. 2 ν. 3863/2010)». Κατά το άρ. 18 παρ. 2 και 5 Ν. 4412/2016, στο οποίο παραπέμπει η διακήρυξη κατά τα ως άνω ορίζεται ότι “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....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)”. Σημειωτέον δε, ότι το άρ. 73 παρ. 4 Ν. 4412/2016 στο οποίο κατά τα ως άνω παραπέμπει ο όρος 2.2.3.3 της διακήρυξης, θεσπίζει λόγους δυνητικού αποκλεισμού. Κατά τη δε περ. α΄ άρ. 73 παρ. 4 Ν. 4412/2016 τέτοιος δυνητικός λόγος αποκλεισμού υφίσταται “εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με κατάλληλα μέσα αθέτηση των ισχυουσών υποχρεώσεων που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18,” κατά τη δε περ. 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.”. Τούτο έχει την έννοια αφενός ότι η αναθέτουσα δύναται, αλλά δεν υποχρεούται να εντάξει έναν, περισσότερους ή όλους εξ αυτών στους κανονιστικούς όρους της διακήρυξης (Απόφαση ΑΕΠΠ 118, 119/2017), εν προκειμένω δε ενέταξε τους

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

ως άνω των περ. α' και θ' του άρ. 73 παρ. 4 κατά σαφή μάλιστα παραπομπή στον νόμο, αφετέρου ότι ακόμη και αν τους συμπεριλάβει, μπορεί αλλά δεν υποχρεούται να αποκλείσει, σύμφωνα και με την ίδια τη διατύπωση της ως άνω διάταξης: *“Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις”* (και βλ. και ΣτΕ 1600/2011, 3900, 1190/2010, ΣτΕ ΕΑ 619/2010, 260/2008). Βέβαια, η συμπερίληψη τέτοιου δυνητικού λόγου αποκλεισμού στη διακήρυξη καθιστά μεν αυτόν μέρος της τελευταίας, άρα του προσδίδει υποχρεωτικότητα, υπό την έννοια όμως ότι η αναθέτουσα δεν δύναται να μην λάβει υπόψη περίπτωση όπου προκύπτει πιθανότητα συνδρομής του (ή αντίστροφα να λάβει υπόψη τέτοια περίπτωση καίτοι η διακήρυξη δεν προβλέπει τέτοιο λόγο αποκλεισμού) και όχι υπό την έννοια ότι απεμπολεί η ίδια η αναθέτουσα κάθε εκ μέρους της σταθμιστικής και αξιολογική ευχέρεια, αλλά και υποχρέωση, η οποία εξάλλου είναι σύμφυτη με την ίδια τη διατύπωση των σχετικών δυνητικών λόγων αποκλεισμού στο ίδιο το άρ. 73 παρ. 4 και το έρεισμά τους επί αορίστων και αξιολογικών εννοιών (βλ. κατωτέρω αναλυτικότερα). Εξάλλου, όσον αφορά την έννοια του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, υπό το νέο νομοθετικό καθεστώς του Ν. 4412/2016 παρατηρείται καταρχήν ότι αυτό αποσυνδέεται από τους λόγους υποχρεωτικού αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και εντάσσεται στη σφαίρα των δυνητικών λόγων αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 4. Κατά το δε άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010, όπως ίσχυε κατά τον χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης και έκδοσης της προσβαλλομένης, ειδικώς περί συμβάσεων καθαρισμού και φύλαξης, όπως εν προκειμένω θεσπίζεται περί του «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» και της κατάγνωσής του, ειδικώς στις διαδικασίες σύναψης σύμβασης καθαριότητας και φύλαξης, διάταξη που είναι αφενός ειδικότερη του άρ. 73 παρ. 4 περ. θ' Ν. 4412/2016 περί εν γένει σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, αφετέρου δεν είναι εξαντλητική αλλά ενδεικτική (“ιδίως”), υπό την έννοια ότι δεν αποκλείεται η αναθέτουσα να κρίνει την ύπαρξη τέτοιου επαγγελματικού παραπτώματος και λόγω άλλων περιστατικών πλην όσων αυστηρώς ορίζονται στις ως άνω υποπεριπτώσεις αα και ββ του άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010.

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

9. Επειδή, η δυνητικότητα των ως άνω λόγων αποκλεισμού, σύμφωνα με τη σκ. 8, στα οποία συγκαταλέγεται και το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, τόσο γενικά, όσο και ειδικά όσον αφορά τις υπηρεσίες καθαριότητας/φύλαξης σημαίνει ότι η αναθέτουσα έχει τη διακριτική ευχέρεια να σταθμίσει αναλόγως τη συνδρομή τους κατά μόνας ή συνδυαστικά με περισσότερους αντίστοιχους δυνητικούς λόγους, τον βαθμό πλήρωσής τους και τον τυχόν σφοδρό τους χαρακτήρα, το ειδικότερο περιεχόμενό τους, την τυχόν προσωπική της εμπειρία με τον οικονομικό φορέα, το αν συνιστούν τυχόν συμπτωματικά γεγονότα ή χαρακτηρίζουν την εν γένει συμπεριφορά αυτού, τη σχέση των τυχόν λόγων με την ικανότητα και φερεγγυότητα του φορέα ειδικώς ως προς την εκ μέρους του εκτέλεση του προκείμενου υπό ανάθεση συμβατικού αντικειμένου, το μέγεθός και τη σημασία τους αναλογικά με το περιεχόμενο και το μέγεθος του προκείμενου συμβατικού αντικειμένου, τις συνθήκες υπό τις οποίες οι λόγοι αυτοί πληρώθηκαν εκ των οποίων προκύπτει η οριστικότητα, το αναμφισβήτητο, ο βαθμός έντασής τους, η επαναληψιμότητα και η επίδρασή τους εν τέλει στην ως άνω κρίσιμη φερεγγυότητα του φορέα (κρίσιμη, υπό την έννοια του βαθμού στον οποίο δύνανται να διακινδυνευτούν τα συμφέροντά της κατά την εκτέλεση της σύμβασης), και εν τέλει να κρίνει αν με βάση τον συνδυασμό όλων των ανωτέρω θεωρεί ότι τυχόν ανάθεση του συμβατικού αντικειμένου στον συγκεκριμένο οικονομικό φορέα είναι πιθανό να θέσει σε κίνδυνο τόσο την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου όσο και άλλα συμφέροντά της επαπτόμενα τόσο αυτοτελώς με την ίδια όσο και με το εν γένει δημόσιο συμφέρον, το οποίο σε κάθε περίπτωση θα εξυπηρετηθεί δια της επίμαχης συμβάσεως. Εξάλλου, και διατύπωση της παραπάνω περ. γ' του άρ. 68 παρ. 2 Ν. 3863/2010 ("η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει") έχει και αυτή την έννοια ότι καθιερώνει (δυνητική) ευχέρεια της αναθέτουσας όπως, εξετάζοντας ανά περίπτωση τη βαρύτητα κ των όποιων παραπτωμάτων και σταθμίζοντας αυτή σε σχέση με άλλα στοιχεία, όπως τη πρότερη δική της εμπειρία με τον ίδιο οικονομικό φορέα, τυχόν ικανοποίησή της ή μη από τις υπηρεσίες του και την ακεραιότητα με τις οποίες τις εκπλήρωσε, το περιεχόμενο και μέγεθος της επίμαχης σύμβασης σε σχέση με το παράπτωμα, αλλά και τα ειδικά ποιοτικά, νομικά και υποκειμενικά χαρακτηριστικά αυτού του παραπτώματος και τα πραγματικά δεδομένα επί

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

των οποίων αυτό ερείδεται, πάντα με γνώμονα την αρχή της αναλογικότητας και με τελικό σκοπό της ίδιας της διάταξης του άρ. 73 παρ. 4 Ν. 4412/2016, κατά συνδυασμό με το άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010 τη διαφύλαξη και προστασία των ίδιων των συμφερόντων της σε ομαλή εκπλήρωση της παροχής και ακεραιότητας του αναδόχου, κρίνει η ίδια αν αυτός πρέπει να κριθεί ή όχι καταρχήν αποκλειστέος. Αντίστροφα, δεν θεσπίζει κάποια υποχρέωσή της όπως άνευ ετέρου και άνευ σταθμίσεως οιασδήποτε άλλης παραμέτρου προχωρήσει στην καταρχήν αυτόματη συναγωγή λόγου αποκλεισμού, με την επιφύλαξη βέβαια των τυχόν μέτρων αυτοκάθαρσης που ο οικονομικός φορέας έχει λάβει. Τα ως άνω προκύπτουν εξάλλου τόσο από την αρχή της αναλογικότητας, η οποία πρέπει να διέπει κάθε περιορισμό του ανταγωνισμού στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, μεταξύ των οποίων συγκαταλέγεται κάθε όρος της διακήρυξης, ο οποίος θεσπίζει κριτήριο ή εν γένει λόγο αποκλεισμού (πρβλ. Αποφάσεις Α.Ε.Π.Π. 14 και 39/2017), όσο και από το ίδιο το αντικείμενο του άρ. 73 παρ. 4 το οποίο στοχεύει στην προστασία της ίδιας της αναθέτουσας από αφερέγγυους και επικίνδυνους αναδόχους και όχι στην προστασία κάποιου ευρύτερου δημόσιου σκοπού ή των τυχόν ανταγωνιστών, όπως και από την εν γένει ανοικτή και βασιζόμενη σε αόριστες νομικές έννοιες ή ρητά επαφιόμενη στην αξιολογική κρίση της αναθέτουσας (σε αντίθεση με το απολύτως σαφές και μη επιδεχόμενο αξιολογήσεων περιεχόμενο των παρ. 1 και 2 του άρ. 73), άρα και ανά περίπτωση στάθμιση και προσδιορισμό, διατύπωση και περιεχόμενο αρκετών περιπτώσεων της ως άνω παρ. 4 (περ. γ' "εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα", περ. δ' "δεν μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα", περ. ε' "δεν μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα", περ. στ' "σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμύεια... ουσιώδους απαίτησης", περ. ζ' "σοβαρών ψευδών δηλώσεων", περ. η' "αθέμιτο τρόπο...αθέμιτο πλεονέκτημα...εξ αμελείας...ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς", περ. θ' "σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του"). Εξάλλου, και κατά την παρ. 101 του Προοιμίου 2014/24/ΕΕ προβλέπονται οι γενικές αρχές της διαδικασίας διάγνωσης τόσο περί εν γένει συναγωγής συμπεράσματος περί του ότι μια καταρχήν παράβαση συνιστά δυνητικό λόγο αποκλεισμού, όσο και ειδικώς περί του επαγγελματικού

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

παραπτώματος και της σοβαρότητάς του «Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να έχουν τη δυνατότητα να αποκλείουν οικονομικούς φορείς οι οποίοι έχουν φανεί αναξιόπιστοι, επί παραδείγματι λόγω παραβάσεων περιβαλλοντικών ή κοινωνικών υποχρεώσεων, συμπεριλαμβανομένων και των κανόνων σχετικά με τη δυνατότητα πρόσβασης ατόμων με αναπηρίες, ή λόγω άλλων μορφών σοβαρών επαγγελματικών παραπτωμάτων, όπως είναι οι παραβιάσεις των κανόνων περί ανταγωνισμού ή περί δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Θα πρέπει να διευκρινιστεί ότι το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα μπορεί να θέσει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα και, ως εκ τούτου, να καταστήσει τον οικονομικό φορέα ακατάλληλο να λάβει την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, ανεξαρτήτως εάν ο οικονομικός φορέας έχει άλλως την τεχνική και οικονομική ικανότητα να εκτελέσει τη σύμβαση. Όταν βασίζονται σε λόγους προαιρετικού αποκλεισμού, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να δίδουν ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας. Μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις μπορούν ελάχισσες παρατυπίες να οδηγήσουν στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα. Όταν, ωστόσο, συρρέουν επαναλαμβανόμενες περιπτώσεις ελασσόνων παρατυπιών, μπορεί να γεννηθούν αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία οικονομικού φορέα, οι οποίες μπορούν ενδεχομένως να δικαιολογούν τον αποκλεισμό του.». Εξάλλου, η αρχή της αναλογικότητας ως κύριος κανόνας του καθορισμού διάρκειας αποκλεισμού από δημόσιες συμβάσεις επιβεβαιώνεται και από τον σαφή κανόνα του άρ. 74 παρ. 2 Ν. 4412/2016 που κατά τον χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης προέβλεπε ότι «Η περίοδος αποκλεισμού καθορίζεται, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, λαμβάνοντας υπόψη ιδίως τη σοβαρότητα του αδικήματος ή παραπτώματος, τον χρόνο που έχει παρέλθει από τη διάπραξη του αδικήματος ή παραπτώματος, τη διάρκειά του, υποτροπή, την πρόθεση ή τον βαθμό αμέλειας του εκάστοτε οικονομικού φορέα και τα μέτρα που αυτός λαμβάνει προς αποφυγή διάπραξης παρόμοιων αδικημάτων ή παραπτωμάτων στο μέλλον. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθορισθεί από τελεσίδικη απόφαση, η μέγιστη περίοδος αποκλεισμού δεν υπερβαίνει τα πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με τελεσίδικη απόφαση στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 73 και τα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος στις περιπτώσεις που αναφέρονται

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

στην παρ. 4 του άρθρου 73.”, το δε εδ. β΄ τροποποιήθηκε με το άρ. 107 παρ. 11 Ν. 4497/2017 και ισχύ από 13-11-2017 ως εξής “Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθορισθεί από τελεσίδικη απόφαση, η μέγιστη περίοδος αποκλεισμού δεν υπερβαίνει τα πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 73 και τα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος στις περιπτώσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2γ και 4 του άρθρου 73 .”, ήτοι και η ειδική δια του Ν. 4488/2017 προστεθείσα προϋπόθεση υποχρεωτικού αποκλεισμού περί προστίμων Σ.ΕΠ.Ε., υπάγεται και αυτή στο ανώτατο όριο της τριετίας. Το δε σταθερώς ισχύον α΄ εδάφιο της παραπάνω διάταξης αποδίδει μια σειρά από ενδεικτικά κριτήρια καθορισμού της διάρκειας αποκλεισμού, συναρτώμενα με αξιολογική εκ μέρους της διοίκησης εκτίμηση των υποκειμενικών στοιχείων που συγκροτούν την ανά περίπτωση παράβαση και εν γένει συμπεριφορά του οικονομικού φορέα, τα οποία περαιτέρω σχετίζονται και με την επαναληψιμότητα, άρα και εν γένει επικινδυνότητα της δραστηριότητάς του. Η παραπάνω διάταξη καίτοι αυτή καθαυτή αφορά τον αποκλεισμό από δημόσιες συμβάσεις βάσει της ΚΥΑ του άρ. 74 παρ. 3, θα πρέπει για την ταυτότητα του νομικού λόγου να λαμβάνεται υπόψη από τις αναθέτουσες ως γνώμονας για την εκ μέρους τους ενάσκηση διακριτικής ευχέρειας κατά την εκτίμηση περί στοιχειοθέτησης μη υποχρεωτικού λόγου αποκλεισμού, ήτοι αυτών του άρ. 73 παρ. 4. Η παραπάνω διάταξη οδηγεί εξάλλου στο συμπέρασμα ότι στις περιπτώσεις τέτοιων λόγων δυνητικού αποκλεισμού και συγκεκριμένα στις περιπτώσεις που αυτοί συγκροτούνται με βάση υποκειμενικά κριτήρια που αφορούν όχι αυτή καθαυτή τη συμπεριφορά του οικονομικού φορέα με τη συγκεκριμένη αναθέτουσα και την επίδικη διαδικασία ανάθεσης, αλλά την εν γένει συμπεριφορά του λαμβανομένων υπόψη και στοιχείων που αφορούν προηγούμενες συμβάσεις, ήτοι όσον αφορά τις περιπτώσεις γ΄, στ΄, ζ΄ και θ του άρ. 73 παρ. 4, η αρχή της αναλογικότητας επιτάσσει απώτατο όριο για τα στοιχεία που λαμβάνονται υπόψη εις βάρος του οικονομικού φορέα τα τρία έτη, υπό την έννοια ότι η αναθέτουσα δεν δύναται να εκτιμήσει συμπεριφορές και γεγονότα που έλαβαν χώρα προ τριών ετών από τη διενέργεια του διαγωνισμού, ήτοι την καταληκτική ημέρα υποβολής των προσφορών, άρα το σημείο εκείνο στο οποίο οι προσφορές και οι συμμετοχές των οικονομικών

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

φορέων στη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης οριστικοποιούνται και παγιώνονται. Και αυτό δεν ισχύει μόνο ως προς την ειδική έννοια του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος στις συμβάσεις καθαρισμού/φύλαξης, όπου κατά το άρ. 18 παρ. 5 Ν. 4412/2016 και το άρ. 68 παρ. 2 Ν. 3863/2010, τίθενται για τη στοιχειοθέτησή του ειδικές προϋποθέσεις. Αλλά ισχύει για κάθε είδους σύμβαση, δεδομένου ότι από τον συγκερασμό όλων των ως άνω σχετικών προβλέψεων που όλες θέτουν την τριετία ως όριο προκύπτει πάγια και συστηματική νομοθετική βούληση καθιέρωσης αυτού του ορίου ως του απώτατου σημείου δια του οποίου δεν θίγεται η αρχή της αναλογικότητας (χωρίς αυτό να σημαίνει αντίστροφα ότι συνάγεται λόγος αποκλεισμού με μόνη τη συνδρομή παραπτώματος/συμπεριφοράς/παραβάσης εντός της τριετίας, αλλά υπό την έννοια πως γεγονότα προ της τριετίας δεν λαμβάνονται ούτε καταρχήν υπόψη ως δυνάμενα να στοιχειοθετήσουν λόγο αποκλεισμού και προς περαιτέρω στάθμιση με τα λοιπά υποκειμενικά κριτήρια).

**10.** Επειδή, εξάλλου, ο σκοπός των υποχρεωτικών αλλά και των δυνητικών λόγων αποκλεισμού του άρ. 73 Ν. 4412/2016, συμπεριλαμβανομένων και των δυνητικών λόγων που ως «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα» συγκεκριμενοποιούνται όσον αφορά ειδικώς τις συμβάσεις καθαρισμού/φύλαξης κατά το άρ. 68 παρ. 2 Ν. 3863/2010 έχει διττό σκοπό. Δηλαδή, αφενός κυρωτικό κατά του παραβάτη οικονομικού φορέα και άρα γενικοπροληπτικό και ειδικοπροληπτικό όσον αφορά τις οικείες παραβάσεις νομοθεσίας, οι οποίες αναλόγως βαρύτητας, επαναλαμβανόμενου χαρακτήρα και περιεχομένου δύνανται να στοιχειοθετούν συμπεριφορά με εν γένει αντικοινωνικό χαρακτήρα και ούτως η πρόληψη και καταστολή τους έχει ιδιαίτερη δικαιοπολιτική τους σημασία για τη σταθερότητα και ομαλότητα των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων ιδίως δε όταν αυτές αναπτύσσονται στο πλαίσιο δημοσίων συμβάσεων, αφετέρου προστατευτικό υπέρ της αναθέτουσας, υπό την έννοια ότι ο οικείος λόγος αποκλεισμού σκοπεί στην πρόληψη προβλημάτων που δύνανται να ανακύψουν κατά την εκτέλεση της σύμβασης και να βλάψουν έτσι την αναθέτουσα, το συμβατικό αντικείμενο και τα εξ αυτού ωφελούμενα και σχετιζόμενα μετά τούτου πρόσωπα και έννομα αγαθά. Πάντως, δεδομένης

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

της εκτιμητικής ευχέρειας που αποδίδεται στην ίδια την αναθέτουσα όσον αφορά το άρ. 73 παρ. 4 και της ενδεικτικής διατύπωσης του άρ. 68 παρ. 2 Ν. 3863/2010 προκύπτει ότι όσον αφορά τους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού, οι οποίοι αφορούν αυτή καθαυτή την προκείμενη διαδικασία ανάθεσης και τη συγκεκριμένη ανά περίπτωση αναθέτουσα, προκύπτει πως σε αυτούς προέχει το στοιχείο της προστασίας των συμφερόντων της αναθέτουσας ως κύριος γνώμονας εκ του οποίου συναρτάται η κρίση αν η εκάστοτε συμπεριφορά δύναται να εκτιμηθεί ως λόγος αποκλεισμού. Αντίθετα, όσον αφορά τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού, αλλά και τη γενικής έκτασης και εφαρμογής διάταξης του άρ. 74 περί απόφασης αποκλεισμού από δημόσιες συμβάσεις, ο κυρωτικός σκοπός παρίσταται ως εντονότερος σε σύγκριση με την παρουσία του στους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού και η σκοπιμότητα αποκλεισμού συνδέεται με το εν γένει δημόσιο συμφέρον παρά με το ειδικό συμφέρον μιας συγκεκριμένης αναθέτουσας και το ειδικό συμβατικό αντικείμενο μιας συγκεκριμένης διαδικασίας. Τα παραπάνω συνάγονται και εκ της παρ. 101 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η οποία συσχετίζει τέτοιους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού και δη το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα με τις πιθανές συνέπειες που θα υποστεί η ίδια η ανά περίπτωση αναθέτουσα από την επιλογή ακατάλληλου ή μη ακέραιου αναδόχου, ορίζοντας ότι *«Δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή φέρει την ευθύνη για τις συνέπειες πιθανής λανθασμένης της απόφασης, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να παραμένουν ελεύθερες να αποφαινούνται ότι έχει σημειωθεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα όταν, πριν την έκδοση τελικής και δεσμευτικής απόφασης για την ύπαρξη λόγων υποχρεωτικού αποκλεισμού, μπορούν να αποδείξουν με ενδεδειγμένα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει παραβεί τις υποχρεώσεις του, συμπεριλαμβανομένων των υποχρεώσεων που αφορούν την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, εκτός εάν το εθνικό δίκαιο ορίζει άλλως. Θα πρέπει επίσης να μπορούν να αποκλείουν υποψηφίους ή προσφέροντες των οποίων οι επιδόσεις σε παλαιότερες δημόσιες συμβάσεις παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις, όπως η αδυναμία παροχής ή εκτέλεσης, σημαντικές ελλείψεις στο παρασχεθέν προϊόν ή υπηρεσία με αποτέλεσμα να μην μπορεί να χρησιμοποιηθεί για τον σκοπό για τον οποίο προοριζόταν, ή ανάρμοστη διαγωγή που δημιουργεί σοβαρές αμφιβολίες για την αξιοπιστία του*



## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

*οικονομικού φορέα....».*

11. Επειδή, εξάλλου, η κρίση της αναθέτουσας περί «σοβαρότητας» επαγγελματικού παραπτώματος ως λόγου αποκλεισμού, ως αφορώσα μεταξύ άλλων, κατά τα ανωτέρω την εκτίμηση υποκειμενικών δεδομένων όσον αφορά τη βαρύτητα και τις συνθήκες τέλεσης τυχόν παραπτώματος καθώς και λοιπές περιστάσεις που ασκούν επιρροή στην κρίση επί της συσχέτισης του παραπτώματος με την ικανότητα του οικονομικού φορέα προς ακίνδυνη εκτέλεση της σύμβασης, θα πρέπει να ασκεί τη σχετική διακριτική και εκτιμητική της ευχέρεια σε συνάρτηση με τις αρχές της ισότητας και αναλογικότητας και η εκ μέρους της τήρηση αυτών των αρχών ελέγχεται δια προδικαστικής προσφυγής τόσο στην περίπτωση διάγνωσης όσο και αντιστρόφως, μη διάγνωσης τέτοιου σοβαρού παραπτώματος (πρβλ. ΣτΕ 452/2012, 1399, 4145/2009, 2289-2290, 2292, 2293/2008, 1251, 2861/2006, 1867/2005). Επομένως, καταλείπεται όσον αφορά τους ως άνω λόγους ελευθερία εκτιμήσεως στις αναθέτουσες, η οποία ελέγχεται βέβαια, πλην όμως όσον αφορά την τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων της παραπάνω διακριτικής ευχέρειας, η οποία υλοποιείται προεχόντως στην προκείμενη περίπτωση της κρίσης επί λόγων αποκλεισμού, άρα και περιορισμού των δυνάμενων να αναλάβουν τη σύμβαση, δια της κατά την άσκησή της παραβίασης της αρχής της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας (πρβλ. ΣτΕ 1315/2012 2022, 3527/2011), ως και προεχόντως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 39/2017), υπό την αξιολογική κατεύθυνση του οποίου προσδιορίζεται, στο πεδίο της ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, η λειτουργία των ως άνω αρχών της αναλογικότητας και ισότητας, οι οποίες διέπουν τον έλεγχο της ως άνω διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας. Τούτο, διότι το σύνολο των διατάξεων περί διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, τόσο του εθνικού όσο και του ενωσιακού δικαίου, συμπεριλαμβανομένης και της ερμηνείας των όρων διακήρυξης, θα πρέπει πάντα να ερμηνεύονται με γνώμονα την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού, σύμφωνα εξάλλου και του άρ. 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016, η οποία εντός του πλαισίου του ενωσιακού δικαίου συνιστά πρωταρχικό πυλώνα της ασκούμενης δια των δημοσίων συμβάσεων οικονομικής δραστηριότητας και θεμελιακή αξία για τις διαδικασίες ανάθεσής

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

τους (βλ. και A.S. Graelis, *Public Procurement and the EU Competition Rules* (Hart 2015, 2<sup>η</sup> εκδ.) 6.II.A.vii). Αυτό προκύπτει εξάλλου, αφενός από τη θέση των άρ. 101 επ. ΣΛΕΕ στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, αφετέρου από σωρεία προβλέψεων της οικείας Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι οποίες θέτουν τον όχι απλώς ονομαστικό και θεωρητικό, αλλά αποτελεσματικό, βιώσιμο και ουσιώδη ανταγωνισμό (βλ. εν γένει περί «βιώσιμου» ανταγωνισμού ενδεικτικά σε ΔΕΕ, Απόφαση της 19<sup>ης</sup> Απριλίου 2012, C-549/10P *TOMRA*, Ψηφ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:221, ΠΕΚ Απόφαση της 17<sup>ης</sup> Σεπτεμβρίου 2007, T-201/04 *Microsoft*, Συλλογή 2007, σ. II-3601, παρ. 436, Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Απόφαση της 13<sup>ης</sup> Αυγούστου 2003, 2003/741/ΕΚ στην Υπόθεση COMP D3/38.044-*NDC Health/IMS Health: Interim Measures C(2003)2920*, παρ. 15 περί βιώσιμου ανταγωνισμού) στο επίκεντρο και ως συστατικό του πυρήνα κάθε ειδικότερου κανόνα επί των δημοσίων συμβάσεων, άρα κάθε επιμέρους διαδικασίας και διάταξης (βλ. παρ. 1,7, 31, 32, 33, 36, 49, 50, 59, 61, 63, 69, 74, 78, 79, 90, 92 96 Προοιμίου και άρ. 24, 30, 32, 40, 41, 49, 57, 66, 67 Οδηγίας). Ειδικότερα, αυτό σημαίνει ότι η ως άνω αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού θα πρέπει να διέπει την κατά τα ως άνω εφαρμογή και της παρ. 4 του άρ. 73 Ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα η κρίση επί της τυχόν συνδρομής των δυνητικών λόγων αποκλεισμού και ειδικότερα του τρόπου με τον οποίο οι τιθέμενες εξ αυτών αόριστες και καταλείπουσες εκτιμητική ευχέρεια στην αναθέτουσα, έννοιες θα ερμηνευθούν ώστε να λάβει χώρα η υπαγωγή του προκείμενου πραγματικού, δεν θα πρέπει να φθάνουν τέτοιο επίπεδο, ώστε να περιορίζουν τον ανταγωνισμό υπό την έννοια αποκλεισμού οικονομικού φορέα και ως εκ τούτου μείωσης των υποψηφίων προς ανάληψη της σύμβασης, χωρίς τούτος ο περιορισμός να είναι απόλυτα αναγκαίος για τη διασφάλιση ομαλής εκτέλεσης του αντικειμένου της σύμβασης. Οι δε αρχές της σχετικότητας, αναλογικότητας και αντικειμενικής σύνδεσης των κριτηρίων αυτών με το αντικείμενο και τον σκοπό της σύμβασης πρέπει ομοίως να ερμηνεύονται υπό το ως άνω πρίσμα και στην ειδική περίπτωση των λόγων αποκλεισμού. Αυτά έχουν ως συνέπεια ότι μεταξύ άλλων ότι οι όποιοι λόγοι δυνητικού αποκλεισμού, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτοί και η τυχόν εξέταση πλήρωσής τους υποχρεωτική για την αναθέτουσα αν προκύπτουν στοιχεία που παραπέμπουν σε πιθανότητα συνδρομής τους, δεν θα πρέπει να εφαρμόζονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι είναι κατά τα λοιπά ικανοί για την εκτέλεση της σύμβασης και υπό άλλη, κρίση, όσον αφορά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού, θα μετείχαν ως το πέρας της διαδικασίας ανάθεσης, τονώνοντας ούτως τον ανταγωνισμό. Συνεπεία των ανωτέρω, δεν είναι θεμιτή μια ιδιαίτερα ευρεία εφαρμογή των ως άνω δυνητικών λόγων αποκλεισμού, η οποία καταλήγει στην αναγωγή οιασδήποτε παράβασης και οιοδήποτε επαγγελματικού παραπτώματος, ανεξαρτήτως βαθμού, είδους, χρόνου τέλεσης και ιδίως συσχέτισης με την ικανότητα εκτέλεσης του συμβατικού αντικειμένου, ενός οικονομικού φορέα σε άνευ ετέρου αιτία αποκλεισμού του, τόσο γιατί υπερβαίνει τον κυρωτικό, γενικοπροληπτικό και ειδικοπροληπτικό σκοπό που η εν γένει διάταξη του άρ. 73 παρ. 4, επιφυλάσσει για ορισμένες συμπεριφορές, όσο και γιατί υπερακοντίζει τον σκοπό της προστασίας της αναθέτουσας, ο οποίος κατά τα παραπάνω προέχει όσον αφορά την ως άνω διάταξη.

12. Επειδή, τα ανωτέρω που αναφέρονται στις σκ. 10-11, ισχύουν και όσον αφορά τυχόν παραβιάσεις της εργατικής νομοθεσίας, τόσο στο πλαίσιο του άρ. 18 παρ. 2 όσο και του άρ. 73 παρ. 4 περ. α' Ν. 4412/2016 και ειδικώς όσον αφορά τις υπηρεσίες καθαρισμού/φύλαξης στο περαιτέρω πλαίσιο του άρ. 18 παρ. 5 και του άρ. 73 παρ. 4 περ. θ' περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Και σε αυτές τις περιπτώσεις, η αναθέτουσα δεν θα πρέπει να εφαρμόζει τους οικείους λόγους αποκλεισμού, με τρόπο που δια αποκλεισμού οικονομικού φορέα για κάθε βαρύτητας και συσχέτισης με το συμβατικό αντικείμενο παράπτωμα, θα περιορίζει τον ανταγωνισμό δυσανάλογα ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό της αυτοπροστασίας της, αλλά οφείλει να οριοθετεί την οικεία κρίση της επί πραγματικών δεδομένων τα οποία δύνανται να οδηγήσουν αντικειμενικά στο συμπέρασμα ότι ο ανά περίπτωση οικονομικός φορέας, δεν είναι απλά ένας περιστασιακός παραβάτης ή η όποια παραβατική του συμπεριφορά είναι ήσσονος σημασίας, αλλά ότι αυτή είναι συστηματική και αφορά ιδιαίτερης βαρύτητας παραβιάσεις της οικείας νομοθεσίας. Αυτή είναι και η έννοια της παραπομπής εκ του ως άνω άρ. 18 παρ. 5 Ν. 4412/2016, αλλά και της ίδιας της διακήρυξης στο άρ. 68 παρ. 2 εδ. γ' Ν. 3863/2010, το οποίο θέτει σαφείς προϋποθέσεις για την κατάγνωση της «σοβαρότητας» του επαγγελματικού παραπτώματος που

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

συγκροτείται από παράβαση της εργατικής νομοθεσίας, καθώς και ρητά αποδεικτικά στοιχεία επί των οποίων αυτή η «σοβαρότητα» συνάγεται. Περαιτέρω, και ο όρος «ιδίως» που κατά τα ως άνω τίθεται στη διάταξη του άρ. 18 παρ. 5 Ν. 4412/2016 και σε αυτή του άρ. 68 παρ. 2 εδ. γ' Ν. 3863/2010 και καθιστά τον καθορισμό του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος βάσει των οικείων αναφερόμενων στην ανωτέρω δεύτερη και ειδική διάταξη, προϋποθέσεων ως καταρχήν ενδεικτική, θα πρέπει να ερμηνεύεται υπό αντίστοιχο πρίσμα. Τούτο εν τοις πράγμασι σημαίνει ότι αφενός ναι μεν στις διαδικασίες σύναψης σύμβασης καθαρισμού/φύλαξης καταρχήν ο έλεγχος περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος επικεντρώνει στα ορισθέντα από την παραπάνω διάταξη του Ν. 3863/2010, πλην όμως δεν αποκλείεται η διαπίστωση τέτοιου παραπτώματος επί δεδομένων που αφορούν ζητήματα άλλα από την τήρηση της εργατικής νομοθεσίας. Αφετέρου, όμως, ότι πρώτον όσον αφορά ειδικώς τα ζητήματα τήρησης της εργατικής νομοθεσίας, ο όποιος έλεγχος περί επαγγελματικού παραπτώματος επί τη βάσει προστίμων του Σ.Ε.Π.Ε. και εξ αυτού διαγνωσθεισών παραβάσεων, σε κάθε περίπτωση εξαντλείται στις προϋποθέσεις του άρ. 68 παρ. 2 εδ. γ' Ν. 3863/2010, άλλως (δηλαδή αν η αναθέτουσα δύνατο να εντοπίσει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα σε περιπτώσεις που δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις αυτές), η οικεία διάταξη θα καθίστατο άνευ νοήματος. Δεύτερον, ότι η τυχόν πρότερη έκπτωση του οικονομικού φορέα ή πρότερη ψευδής δήλωσή του σε άλλον διαγωνισμό και άλλη διαδικασία δημόσιας σύμβασης, περιπτώσεις που στοιχειοθετούν αυτοτελείς και διαφορετικού περιεχομένου δυνητικούς λόγους αποκλεισμού συνεχόμενες με υποκειμενική συμπεριφορά του οικονομικού φορέα, στο πλαίσιο του άρ. 73 παρ. 4 και συγκεκριμένα αυτούς των περ. γ', δ', ε', στ', ζ' και η', οι οποίες σημειωτέον δεν ενσωματώθηκαν και ούτως δεν επελέγησαν ως λόγοι αποκλεισμού στην προκείμενη διακήρυξη (ούτε ερωτήθησαν σχετικά οι οικονομικοί φορείς στο Τ.Ε.Υ.Δ. από το οποίοι οι σχετικές ερωτήσεις απαλείφθησαν) δεν είναι δυνατόν να θεωρηθούν ως «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα» κατά την έννοια της περ. θ'. Και αυτό διότι σε αντίθετη περίπτωση (όπου η έννοια του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος θα δύνατο να «στεγάσει» κάθε άλλον επιμέρους δυνητικό λόγο αποκλεισμού της παρ. 4, καθιστάμενο αυτό ούτως και κατ' αντίθεση στη ρητή νομοθετική βούληση να το διαχωρίσει, σε έναν γενικής, σωρευτικής,

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

συνδυαστικής με κάθε άλλο λόγο, και εν τέλει όλως αόριστης φύσης λόγο αποκλεισμού) θα παραβιαζόταν η αυτοτέλεια των περιπτώσεων του άρ. 73 παρ. 4 ως και ο δικαιολογητικός σκοπός αυτής, αλλά και η εκ μέρους της αναθέτουσας δυννητική ευχέρεια ένταξής τους ή μη στη διακήρυξη δια επιλογής μεταξύ τους μαζί με τον νομοθετικό σκοπό για προαιρετική χρήση αυτών των λόγων, θα θεσπίζονταν εκ πλαγίου και χωρίς ρητή αναφορά στη διακήρυξη πρόσθετοι λόγοι αποκλεισμού ως προκύπτουσες εξ ερμηνείας από άλλου περιεχομένου λόγου κατά παράβαση της αρχής της διαφάνειας και συγχρόνως θα χανόταν και ο σκοπός της ειδικής διάταξης του άρ. 68 παρ. 2 εδ. γ' Ν. 3863/2010. Τρίτον, όσον αφορά τις υποχρεώσεις δήλωσης στο Τ.Ε.Υ.Δ./ΕΕΕΣ, ιδίως υπό τα δεδομένα της προκείμενης μάλιστα διακήρυξης, όπου το ίδιο το Τ.Ε.Υ.Δ., αλλά και οι σχετικές εκ της κυρίως διακήρυξης παραπομπής αναφέρονταν στον Ν. 3863/2010, είναι εύλογο να αναμένεται ότι ο οικονομικός φορέας θα συμπληρώσει τα αντίστοιχα πεδία περί επαγγελματικού παραπτώματος με βάση την εκ μέρους του πλήρωση ή μη των προϋποθέσεων δυννητικού αποκλεισμού της ως άνω ειδικής διάταξης του άρ. 68 παρ. 2 εδ. γ' Ν. 3863/2010 και επομένως σε περίπτωση μη πλήρωσής τους, νομίμως και ορθώς δεν δηλώνει σχετικώς. Εξάλλου, αυτές οι προϋποθέσεις τίθενται εκ του Ν. 3863/2010, τόσο υπό την διατύπωσή του τελευταίου κατά τη δημοσίευση της διακήρυξης ισχύουσα όσο και τώρα, βάσει αντικειμενικών και σαφών κριτηρίων χρόνου, διαδικασίας, αριθμού ελέγχων, είδους παράβασης και ποσού, με αποτέλεσμα ευλόγως να αναμένεται από έναν καλόπιστο οικονομικό φορέα ότι σε περίπτωση που δεν τις πληροί θα δηλώσει αρνητικά στο οικείο ερώτημα του Τ.Ε.Υ.Δ./Ε.Ε.Ε.Σ. κάτι που δεν συντρέχει σε άλλου είδους και αντικειμένου συμβάσεις, όπου δεν ισχύουν ειδικές διατάξεις περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, οπότε ο οικονομικός φορέας οφείλει να δηλώσει στο οικείο ερώτημα κάθε δεδομένο που δύναται να οδηγήσει σε σχετική κρίση περί ύπαρξής του, ώστε να δώσει στην αναθέτουσα τη δυνατότητα πρώτον να εκτιμήσει αν τέτοιο παράπτωμα συντρέχει, δεύτερον να το αξιολογήσει περί της τυχόν σοβαρότητάς του και τρίτον να το εκτιμήσει περαιτέρω και σε σχέση με τα τυχόν επανορθωτικά μέτρα. Άλλως, δεδομένου τόσο ενός νομοθετικού όσο και ενός κανονιστικού, δια της διακηρύξεως, πλαισίου, που όσον αφορά το συγκεκριμένο είδος συμβάσεων (καθαρισμού/φύλαξης) περιλαμβάνει ειδικό και αυτοτελή ορισμό

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

του «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος», μια ερμηνεία των οικείων υποχρεώσεων στη συμπλήρωση Τ.Ε.Υ.Δ./Ε.Ε.Ε.Σ., η οποία θα προϋπέθετε ότι ο οικονομικός φορέας δύναται να υπολάβει πλήρωση της περιπτώσεως του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος δια της συνδρομής δεδομένων που δεν αφορούν την παραπάνω διάταξη του άρ. 3863/2010, αλλά τυχόν άλλους λόγους αποκλεισμού οι οποίοι δεν επελέγησαν από την αναθέτουσα, δεν ενσωματώθηκαν στη διακήρυξη και δεν προκύπτουν με σαφή τρόπο από αυτήν, η οποία κατά τη διατύπωσή της αλλά και των ερωτημάτων του Τ.Ε.Υ.Δ. παραπέμπει αντίθετα σε μη συμπερίληψή τους, θα καθίστατο υπερβολικά αυστηρή, αντίθετη με την αρχή της χρηστής διοίκησης και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου, δυσανάλογη ως προς τον σκοπό της οικείας δηλώσεως και ασυσχέτιστη με την εκ μέρους της αναθέτουσας επιλογής των όποιων δυνητικών λόγων αποκλεισμού και εν τέλει περιορίζουσα υπέρμετρα τον ανταγωνισμό (δια της τυχόν συναγωγής έλλειψης στο Τ.Ε.Υ.Δ./Ε.Ε.Ε.Σ. και των οικείων συνεπειών) χωρίς ανάλογο δικαιολογητικό έρεισμα. Επομένως, στην ειδικότερη περίπτωση διακήρυξης περί ανάθεσης σύμβασης καθαρισμού/φύλαξης, όπου η αναθέτουσα επέλεξε να μην συμπεριλάβει ως λόγους αποκλεισμού τις περ. γ-η του άρ. 73 παρ. 4 Ν. 4412/2016, δεν δύναται η έννοια του «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» της περ. θ' της διάταξής αυτής, να ερμηνευθεί και εφαρμοστεί με τρόπο τέτοιο που επιτρέπει τη συναγωγή τέτοιου παραπτώματος από στοιχεία που αφορούν τις ως άνω περιπτώσεις αποκλεισμού γ'-η' ούτε υφίσταται παράβαση του οικονομικού φορέα αν δεν δηλώσει στο Τ.Ε.Υ.Δ./Ε.Ε.Ε.Σ. του και όσον αφορά το επαγγελματικό παράπτωμα στοιχεία που αφορούν μη συμπεριληφθείσες στη διακήρυξη περιπτώσεις αποκλεισμού και κατ' αποτέλεσμα, δεν προκύπτει παράβασή του λόγω ελλιπούς δήλωσης, αν δηλώσει αρνητικώς στο οικείο περί επαγγελματικού παραπτώματος ερώτημα, εφόσον τόσο αυτός δεν πληροί τις προϋποθέσεις του άρ. 68 παρ. 2 εδ. γ' Ν. 3863/2010, όσο και η διακήρυξη δεν προβλέπει τους λόγους αποκλεισμού των περ. γ'-η' της παρ. 4 του άρ. 73 Ν. 4412/2016.

**13.** Επειδή, όσον αφορά τον δυνητικό λόγο αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 4 περ. α' περί παραβίασης περιβαλλοντικής, κοινωνικής και

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

εργατικής νομοθεσίας, πρέπει να γίνει δεκτό κατά το σύνολο των παραπάνω ότι και αυτός τελεί υπό την προϋπόθεση της αρχής της αναλογικότητας και δη κατά την ειδική της έκφανση σε συνάρτηση με την αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού και επομένως δεν δύναται να καταλήξει σε μια δυνατότητα άνευ ετέρου αποκλεισμού οικονομικού φορέα για οιοδήποτε είδους, βαρύτητας και αντικειμένου παράβαση άνευ σταθμίσεως με τα επιμέρους κριτήρια που αναλυτικά αναφέρονται παραπάνω στη σκ. 9. Τούτο πολύ περισσότερο λόγω μάλιστα αφενός του ότι σε μεγάλο βαθμό το πραγματικό της συρρέει και επικαλύπτεται από λοιπές περιπτώσεις δυνητικού αποκλεισμού, όπως αυτές των περ. στ' και θ' του άρ. 73 παρ. 4, αφετέρου της ιδιαίτερα ευρείας διατύπωσης της παραπάνω περίπτωσης. Τα στοιχεία αυτά δύναται να οδηγήσουν σε καταστρατηγήσεις και υπέρμετρο περιορισμό του ανταγωνισμού ή να αποτελέσουν έρεισμα για κατά τα λοιπά αδικαιολόγητους και δυσανάλογης βαρύτητας αποκλεισμούς ή ακόμη για εκ πλαγίου και δι' ερμηνείας εισαγωγή νέων λόγων δυνητικού αποκλεισμού, από τους συμπεριλαμβανόμενους στο άρ. 73 παρ. 4 οι οποίοι δεν είχαν συμπεριληφθεί στη διακήρυξη ή ελαστικοποίηση των προϋποθέσεων που ορίζονται ειδικώς για κάθε μία από τις λοιπές περιπτώσεις δυνητικού αποκλεισμού και ούτως υπογραμμίζουν τη σημασία της ιδιαίτερης φειδούς με την οποία οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να χρησιμοποιούν την ως άνω περίπτωση. Πάντως, δε θα πρέπει να χρησιμοποιείται με τρόπο τέτοιο ώστε να επιτρέπει διάγνωση λόγου αποκλεισμού επί δεδομένων τα οποία καταρχήν υπάγονται σε μια από τις υπόλοιπες περιπτώσεις αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 4, πλην όμως είτε οι περιπτώσεις αυτές δεν εντάχθησαν στη διακήρυξη είτε τα δεδομένα δεν πληρούν τις ειδικότερες για τις περιπτώσεις αυτές προϋποθέσεις. Ειδικώς, όσον αφορά συμβάσεις καθαρισμού/φύλαξης, δεδομένης της ειδικής διάταξης του άρ. 68 παρ. 2 Ν. 3863/2010 περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος συνδεδεμένου με πράξεις επιβολής προστίμου της εργατικής νομοθεσίας, αλλά και της ομοίως ειδικής διάταξης του άρ. 18 παρ. 5 και δη του εδ. β' αυτού, η περ. α' του άρ. 73 παρ. 4 Ν. 4412/2016 η οποία παραπέμπει στο άρ. 18 παρ. 2, ακόμη και αν συμπεριληφθεί στη διακήρυξη ως δυνητικός λόγος αποκλεισμού λαμβάνεται υπόψη προεχόντως όσον αφορά την περιβαλλοντική και κοινωνική νομοθεσία ή την παράβαση εργατικών δικαιωμάτων που κατοχυρώνονται από

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

συμβάσεις της ΔΟΕ του Παραρτήματος Χ του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (αναγκαστική εργασία, ισότητα φύλων, παιδική εργασία, συνδικαλιστική ελευθερία) και σε καμία περίπτωση δεν λαμβάνεται υπόψη για τη συναγωγή λόγου αποκλεισμού βάσει μιας οιασδήποτε είδους παράβασης της εργατικής νομοθεσίας, όταν δεν πληρούνται οι ειδικές για τέτοιες συμβάσεις προϋποθέσεις περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος βάσει παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας.

14. Επειδή, κατά το άρ. 73 παρ. 2 Ν. 4412/2016 (στο οποίο παραπέμπει και ο ως άνω όρος 2.2.3.2 της διακήρυξης) ως ίσχυε κατά τον χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, ο οποίος κατ' άρ. 61 παρ. 4 και 120 παρ. 1 Ν. 4412/2016 συνιστά τον χρόνο εκκίνησης της παρούσας διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, ήτοι κατά την 11-9-2017, βλ. παραπάνω σκ. 4, και προ των προσθηκών και τροποποιήσεων που επέφερε ο Ν. 4488/2017, προβλεπόταν ότι *“2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: α) γνωρίζει ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή/και β) μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Αν ο οικονομικός φορέας είναι Έλληνας πολίτης ή έχει την εγκατάστασή του στην Ελλάδα, οι υποχρεώσεις του που αφορούν τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης καλύπτουν τόσο την κύρια όσο και την επικουρική ασφάλιση. Η παρούσα παράγραφος παύει να εφαρμόζεται όταν ο οικονομικός φορέας εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του είτε καταβάλλοντας τους φόρους ή τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης που οφείλει, συμπεριλαμβανομένων, κατά περίπτωση, των δεδουλευμένων τόκων ή των προστίμων είτε υπαγόμενος σε δεσμευτικό διακανονισμό για την καταβολή τους.”* Με το δε άρθρο 39 παρ. Α.1 Ν.4488/2017, ΦΕΚ Α 137/13.9.2017, που ισχύει, σύμφωνα με τη παρ.5 του αυτού άρθρου και νόμου, από 14.11.2017 και δεν καταλαμβάνει διαδικασίες που έχουν ήδη ξεκινήσει, κατά την έννοια των άρθρων 61,120,290 και 330



## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

του παρόντος νόμου, προστέθηκε στο άρ. 73 παρ. 2 και περ. γ' κατά την οποία αποκλειστέος είναι και ο οικονομικός φορέας αν η αναθέτουσα "γ) γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Ο λόγος αποκλεισμού δεν εφαρμόζεται όταν η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, είναι ίση ή κατώτερη από το ποσό των είκοσι χιλιάδων (20.000) ευρώ.". Η ανωτέρω όμως πρόσθετη διάταξη, κατά τα παραπάνω, ρητώς προβλέπεται ότι δεν καταλαμβάνει ήδη δημοσιευθείσες και τρέχουσες κατά την 14.11.2017 διακηρύξεις, όπως εξάλλου και αυτή του προκείμενου διαγωνισμού, η οποία κατά την ως άνω σκ. 4, δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ ήδη από 11.9.2017, ήτοι πριν την έναρξη εφαρμογής της διάταξης και πριν καν την εισαγωγή της στην έννομη τάξη και εξάλλου δεν συμπεριελήφθη στη διακήρυξη. Επομένως, κατά τον χρόνο της διακήρυξης και όσον αφορά τον προκείμενο διαγωνισμό, ληπτέες υπόψη είναι μόνο οι δύο πρώτες περιπτώσεις του άρ. 73 παρ. 2, όπως προαναφέρθηκαν ανωτέρω και όπως ενσωματώθηκαν στον όρο 2.2.3.2 της διακήρυξης. Όμως οι ως άνω πρώτες δύο περιπτώσεις αναφέρονται σε αθέτηση υποχρεώσεων όσον αφορά την καταβολή εισφορών κύριας και επικουρικής κοινωνικής ασφάλισης, δηλαδή σε οφειλή βεβαιωμένων και ληξιπρόθεσμων εισφορών και μάλιστα μόνο όταν αυτές εξακολουθούν να μην έχουν πληρωθεί ή έστω υπαχθεί σε ρύθμιση πληρωμής τους. Αντίθετα, οι ως άνω πρώτες δύο περιπτώσεις δεν αναφέρονται σε πρόστιμα της κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας. Η δε έννοια του προστίμου αντιδιαστέλλεται σαφώς από αυτήν

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

της εισφοράς, καθώς η πρώτη συνέχεται με την διάπραξη μιας παράβασης ενώ η δεύτερη με την παροχή εργασίας προς τον οικονομικό φορέα και συνεπώς δεν είναι δυνατόν διάταξη που θεσπίζει λόγο αποκλεισμού από δημόσια σύμβαση κα επομένως έχει κυρωτικό χαρακτήρα να τύχει διασταλτικής και αναλογικής ερμηνείας εις βάρος του οικονομικού φορέα (ούτως θέτοντας επιπρόσθετους των νομίμων όρους αποκλεισμού και περιορίζοντας τον ανταγωνισμό) και η οποία ρητά αναφέρεται σε αθέτηση υποχρέωσης καταβολής, άρα οφειλή “εισφορών”, να εφαρμοστεί ως εννοούσα πλην των εισφορών και τα κάθε είδους πρόστιμα της κοινωνικοασφαλιστικής νομοθεσίας ή ακόμα και της εργατικής, της οποίας οι προβλέψεις είναι όλως διαφορετικές και δεν σχετίζονται με την “καταβολή εισφορών”. Ούτως, μια παράβαση της εργατικής νομοθεσίας δεν συνιστά παράβαση της κοινωνικοασφαλιστικής, πολλώ δε μάλλον οφειλή εισφοράς ούτε τα πρόστιμα της εργατικής νομοθεσίας συνιστούν ή μπορούν να θεωρηθούν “ασφαλιστικές εισφορές”. Ομοίως, η κοινωνικοασφαλιστική νομοθεσία προβλέπει πρόστιμα τα οποία δεν ταυτίζονται με αυτές καθαυτές τις εισφορές. Εισφορές καταλογίζονται όσον αφορά το ΙΚΑ-ΕΤΑΜ με Πράξεις Επιβολής Εισφορών (Π.Ε.Ε.), ενώ αυτή διαχωρίζεται από τις πράξεις με τις οποίες καταλογίζονται “πρόστιμα”, ήτοι την Πράξη Επιβολής Προστίμου Ακαταχώρητων Εργαζομένων (Π.Ε.Π.Α.Ε.) και την Πράξη Επιβολής Προστίμου Πρόσθετης Επιβάρυνσης Εισφορών (Π.Ε.Π.Ε.Ε.) οι οποίες εκδίδονται επιπλέον της Π.Ε.Ε. και επιβάλλουν πρόσθετο καταλογισμό στον εργοδότη πέραν και επιπλέον των όποιων οφειλόμενων εκ της Π.Ε.Ε. εισφορών. Οι τελευταίες αυτές περιπτώσεις, ήτοι των αυτών καθαυτών προστίμων, δεν περιλαμβάνονται στις οφειλές “εισφορών” στις οποίες αναφέρονται οι περ. α’ και β’ του άρ. 73 παρ. 2, πράγμα που προκύπτει και από τη μνεία που ακολουθεί εντός της διάταξης ως ίσχυε ήδη κατά τον χρόνο της διακήρυξης περί εκ μέρους του οικονομικού φορέα καταβολής των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης που οφείλει, συμπεριλαμβανομένων κατά περίπτωση και των προστίμων, διάταξη που δεν θα είχε κανένα νόημα και θα ήταν κυκλική και ως εκ τούτου αντιφατική, αν και τα “πρόστιμα” θεωρούνταν εξ αρχής ως “εισφορές”. Εν προκειμένω, όμως, τόσο η προσφυγή όσο και οι απόψεις της διοίκησης αναφέρονται σε πρόστιμα του Σ.Ε.Π.Ε. Από την κατάσταση που με τις απόψεις της υπέβαλε η αναθέτηση δεν προκύπτει κατά

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

ποσό ότι στα ως άνω πρόστιμα στα οποία αναφέρεται συγκαταλέγεται πρόστιμο περί αδήλωτης εργασίας κατά την ΚΥΑ 27397/122/19.8.2013 (18πλάσιο κατώτατου μισθού). Περαιτέρω, τα πρόστιμα του Σ.Ε.Π.Ε. δεν αφορούν ούτε εκδίδονται λόγω τυχόν οφειλής εισφορών, αλλά λόγω παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας και σχετίζονται με θέματα παραβίασης νομοθεσίας περί αδειών, περί αναρτήσεων και καταθέσεων πινάκων προσωπικού, περί χρόνου εργασίας, αργιών, εβδομαδιαίας ανάπαυσης, αντικανονικών υπερωρών, περί μη καταβολής δεδουλευμένων και επιδομάτων, περί απασχόλησης ανηλίκων χωρίς τήρηση των νομοθετικών προβλέψεων, περί παράβασης ίσης μεταχείρισης, προστασίας μητρότητας και οικογενειακών υποχρεώσεων, νομοθεσίας περί ομαδικών απολύσεων, γνωστοποιήσεων όρων εργασίας, διαβουλεύσεων με εργαζόμενους, χορήγησης εκκαθαριστικών ή παροχής πρόσβασης σε αρχεία, παράλειψης κατάρτισης κανονισμού, μη εφαρμογής ΣΣΕ ή κανονισμού εργασίας και εν γένει ζητήματα που δεν αφορούν την οφειλή εισφορών. Επομένως, η εκ μέρους του προσφεύγοντος επίκληση του άρ. 73 παρ. 2 ερείδεται επί εσφαλμένης νομικής προϋπόθεσης.

15. Επειδή, εξάλλου κατά το άρ. 68 παρ. 2 περ. γ του Ν. 3863/2010, όπως αυτό τροποποιήθηκε και ισχύει από 13-9-2017 κατά το άρ. 39 παρ. Β Ν. 4488/2017 προβλέπεται πλέον ότι *“Η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β` 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους ή δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει από τη σύναψη της σύμβασης τις*

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης: αα) οι οποίες έχουν κηρυχθεί έκπτωτες κατ' εφαρμογή της παραγράφου 7 του παρόντος μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς ή ββ) στις οποίες έχει επιβληθεί η κύρωση της προσωρινής διακοπής της λειτουργίας συγκεκριμένης παραγωγικής διαδικασίας ή τμήματος ή τμημάτων ή του συνόλου της επιχείρησης ή εκμετάλλευσης κατ' εφαρμογή της παρ. 1B του άρθρου 24 του ν. 3996/2011 (Α` 170) μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς.».

Επομένως, κατά την νυν ισχύουσα διάταξη καθιερώνονται δύο είδη λόγων αποκλεισμού ειδικώς για επιχειρήσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης. Αφενός, επάγεται υποχρεωτικό αποκλεισμό η διαζευκτική κατάσταση είτε της σωρευτική συνδρομή των εξής προϋποθέσεων, ήτοι α) επιβολή εντός των τελευταίων δύο ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφορών (ήτοι για διάστημα 24 μηνών μετρούμενο προς τα πίσω με αφετηρία την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών), β) τριών πράξεων επιβολής προστίμου Σ.ΕΠ.Ε., γ) για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας “υψηλής” ή “πολύ υψηλής” σοβαρότητας” και δ) όταν προκύπτουν αθροιστικά από τρεις διενεργηθέντες ελέγχους είτε της σωρευτικής συνδρομής των εξής προϋποθέσεων ήτοι α) εντός πάλι των τελευταίων δύο ετών από τη λήξη υποβολής προσφορών, β) επιβολή δύο πράξεων επιβολής προστίμου του Σ.ΕΠ.Ε., β) που προκύπτουν από δύο ελέγχους και γ) αφορούν ειδικώς αδήλωτη εργασία. Αφετέρου, παρέχεται ευχέρεια στην αναθέτουσα να αποκλείσει στην περίπτωση είτε της εντός των προηγούμενων τριών ετών προ της καταληκτικής ημερομηνίας προσφορών έκπτωσης για παραβάσεις που αφορούν την αδήλωτη εργασία, την παράνομη απασχόληση αλλοδαπών ή παραβάσεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας είτε λόγω, πάλι της ως άνω τριετίας, επιβολή κύρωσης προσωρινής διακοπής λειτουργίας. Παρατηρείται δε, ότι η προστεθείσα δια του ιδίου Ν. 4488/2017 και δη του ιδίου άρθρου αυτού (άρ. 39) διάταξη της γ' περίπτωσης του άρ. 73 παρ. 2 Ν. 4412/2016 επαναλαμβάνει την ίδια διατύπωση και της ως άνω νέας διάταξης του Ν. 3863/2010, όσον αφορά τις ως άνω δύο περιπτώσεις υποχρεωτικών λόγων αποκλεισμού, με μόνη διαφορά ότι στη διάταξη του 4412/2016 περιλαμβάνεται πρόβλεψη περί μη ισχύος των ως άνω λόγων αποκλεισμού

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

για διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης με εκτιμώμενη αξία ίση ή κατώτερη των 20.000 ευρώ άνευ ΦΠΑ και ότι οι πράξεις επιβολής προστίμου πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Από τη συνδυαστική δε ερμηνεία των ως άνω δύο διατάξεων του ίδιου άρθρου (άρ. 39 Ν. 4488/2017) προκύπτει ότι η διάταξη που προστάθηκε στο άρ. 68 Ν. 3863/2010 κατισχύουν ως ειδικότερες, αφού η διάταξη αυτή ρητά αναφέρεται στις συμβάσεις με εργολάβους καθαρισμού/φύλαξης (σημειωτέον δε ότι και το άρ. 68 παρ. 1 αναφερόμενο σε ειδικές προϋποθέσεις προσφορών σε τέτοιες συμβάσεις, αφορά και τις απευθείας αναθέσεις, ήτοι συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία κάτω των 20.000 ευρώ άνευ ΦΠΑ) και επομένως οι τελευταίες επιπλέον προβλέψεις που προστέθηκαν στον Ν. 4412/2016 και οι οποίες ουδόλως αντικρούουν τη διάταξη που προστέθηκε στον Ν. 3863/2010, δεν εφαρμόζονται πάντως όσον αφορά τις διαδικασίες σύναψης σύμβασης περί καθαρισμό/φύλαξη. Αντίθετα, η προϊσχύουσα έως και 13.9.2017 διάταξη του άρ. 68 παρ. 2 εδ. γ' Ν. 3863/2010 προέβλεπε ότι *“Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης λόγω διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοείται ιδίως: αα) Η επιβολή σε βάρος της υποψήφιας εταιρείας, μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τουλάχιστον δύο (2) πράξεων επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας συνολικού ύψους τουλάχιστον δέκα χιλιάδων (10.000) ευρώ, για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, καθεμιά από τις οποίες χαρακτηρίζεται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας κατ' εφαρμογή της υ.α. 2063/Δ1 632/2011 ή οποιασδήποτε διάταξης ρυθμίσει μελλοντικά το περιεχόμενο των παραβάσεων «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, ββ) η κήρυξη ως έκπτωτης της υποψήφιας εταιρείας κατ' εφαρμογή της παραγράφου 7 του παρόντος, μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, γγ) η επιβολή της κύρωσης της προσωρινής διακοπής της λειτουργίας συγκεκριμένης παραγωγικής διαδικασίας ή τμήματος ή τμημάτων της επιχείρησης ή εκμετάλλευσης κατ' εφαρμογή της παρ. 1B του άρθρου 24 του ν. 3996/2011, μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας*

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

υποβολής της προσφοράς.” Η δε παρ. 7 του παραπάνω άρθρου στην οποία και παραπέμπει η υποπερίπτωση ββ) αυτού, ορίζει τα εξής: “Όταν οι ελεγκτικοί μηχανισμοί του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας (ΣΕΠΕ) και του ΙΚΑ-ΕΤΑΜ διαπιστώνουν παραβάσεις που αφορούν την αδήλωτη εργασία, την παράνομη απασχόληση αλλοδαπών ή παραβάσεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, ενημερώνουν εγγράφως την αναθέτουσα αρχή. Επίσης, ενημερώνουν εγγράφως την αναθέτουσα αρχή για τις πράξεις επιβολής προστίμου που αφορούν τις ανωτέρω διαπιστωθείσες παραβάσεις. Η πράξη επιβολής προστίμου στον εργολάβο για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται από τις κείμενες διατάξεις ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας για δεύτερη φορά κατά τη διάρκεια λειτουργίας της σύμβασης οδηγεί υποχρεωτικά στην καταγγελία της σύμβασης από την αναθέτουσα αρχή και στην κήρυξη του εργολάβου έκπτωτου.”. Ούτως, το ισχύσαν έως και 13-9-2017 δίκαιο, δεν προέβλεπε κανένα λόγο υποχρεωτικού αποκλεισμού ειδικώς για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού/φύλαξης, αλλά λόγο δυνητικού αποκλεισμού, όπως συνάγεται και από τη διατύπωση “μπορεί να αποκλείσει”. Ο λόγος αυτός συνέχεται με το “σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα” το οποίο σε διαδικασίες σύναψης τέτοιων συμβάσεων συνέχεται “ιδίως”, άρα αφενός ενδεικτικά, αφετέρου κατά νομοθετική έμφαση, είτε στη σωρευτική πλήρωση α) της, εντός τριών ετών προ καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών, β) επιβολής δύο πράξεων επιβολής προστίμου, γ) συνολικού ύψους 10.000 ευρώ και δ) ειδικώς για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας “υψηλής” ή “πολύ υψηλής” σοβαρότητας, είτε στους λόγους που στο νυν ισχύον καθεστώς αναφέρονται ως λόγοι δυνητικού αποκλεισμού κατά τα ανωτέρω (δηλαδή εντός της τριετίας είτε έκπτωση για λόγο που αφορά αδήλωτη εργασία, κλπ είτε προσωρινή διακοπή λειτουργίας). Επομένως, το προϊσχύον έως και 13.9.2017 καθεστώς διαφέρει από το έκτοτε ισχύον κατά το ότι πρώτον, οι οικείοι λόγοι αποκλεισμού ήταν στο σύνολό τους δυνητικοί και δη όχι υπό την έννοια ότι επαφιόταν στην αναθέτουσα αν θα τους καταστήσει δια της συμπεριλήψεως ή μη στη διακήρυξη ως υποχρεωτικούς, αλλά ότι παρεχόταν σε αυτήν διακριτική ευχέρεια περί του αν η συνδρομή των ως άνω σωρευτικών ανά περίπτωση προϋποθέσεων θα συνεπαγόταν ή όχι αποκλεισμό του οικονομικού φορέα, δεύτερον προέβλεπε όσον αφορά τα πρόστιμα χρονικό βάθος τριετίας αντί

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

της πλέον ισχύουσας διετίας (με ίδιο σημείο αφετηρίας ήτοι τον καταληκτικό χρόνο υποβολής προσφορών), τρίτον αποτελούσε απαραίτητη προϋπόθεση για τη συναγωγή του δυνητικού λόγου αποκλεισμού εκ προστίμων η άθροιση 10.000 ευρώ και δη αποκλειστικώς εξ αυτών που λαμβάνονταν υπόψη, ήτοι μόνο από αυτά “υψηλής” ή “πολύ υψηλής” σοβαρότητας και τέταρτον το στοιχείο του αριθμού των ελέγχων με την οποία διαπιστώθηκαν οι παραβάσεις ως και η τυχόν αιτία τους, ήτοι περί αδήλωτης εργασίας, ήταν αδιάφορες για τη συναγωγή του δυνητικού ως άνω λόγου. Πέμπτον, ο παραπάνω δυνητικός λόγος αποκλεισμού εκ προστίμων δεν τίθεται κατά το ισχύσαν έως και 13-9-2017 δίκαιο ως νομικά αυτοτελής και αυτοδύναμος, αλλά διαμεσολαβείτο από την έννοια του “σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος”. Σε κάθε περίπτωση, πάντως, όσον αφορά το επαγγελματικό παράπτωμα και δη σε σχέση με την επίδικη περίπτωση της συσχέτισής του με διαδικασία ανάθεσης σύμβασης καθαριότητας, εφαρμοστέο εν προκειμένω είναι το ισχύσαν έως και 13-9-2017 δίκαιο, ήτοι ως αυτό είχε κατά τον χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης, η οποία εξάλλου δεν τροποποιήθηκε ποτέ για να συμπεριλάβει τις τυχόν μεταγενέστερες της δημοσιεύσεώς της διατάξεις. Και τούτο διότι, αφενός οι διατάξεις της διακήρυξης, οι οποίες διέπουν τον διαγωνισμό, περιέχουν ειδικές ρυθμίσεις που είναι υποχρεωτικά εφαρμοστέες και υπερισχύουν κάθε αντίθετης ρύθμισης (βλ. ΣτΕ 1502/2003, ΣτΕ ΕΑ 348/2010, 613/2009, 16/2005, 977/2004, ΔΕφΑθ 2277/2014, ΔΕφΑθ Ασφ. 518/2014, 889, 890, 895/2012), ως ειδικότερες και αφορώσες το συγκεκριμένο διαγωνισμό. 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 (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54) το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο παγιώνεται με την αποδοχή της προκήρυξης. Αυτό σημαίνει ότι όταν μια διακήρυξη παραπέμπει σε μια νομοθετική διάταξη, προφανώς την περικλείει και την εντάσσει στο κανονιστικό της πλαίσιο ως όρο της, υπό την εκδοχή και μορφή που αυτή η νομοθετική διάταξη είχε κατά τον χρόνο παγίωσης της διακήρυξης και δημοσίευσής της. Άλλως, θα επρόκειτο για

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

περίπτωση μεταγενέστερης της διακήρυξης μεταβολής των όρων του διαγωνισμού κατά πρόδηλη παράβαση της αρχής της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης. Αφετέρου, διότι η ως άνω προστεθείσα από 13-9-2017 στον Ν. 3863/2010 διάταξη ουδόλως θεσπίσθηκε ως έχουσα αναδρομική ισχύ και επομένως ούτως ή άλλως δεν δύναται να επηρεάσει και να καταλάβει, πολλώ δε μάλλον να θεσπίσει το πρώτον νέους λόγους αποκλεισμού και να επιδεινώσει τυχόν τη θέση των ενδιαφερομένων για συμμετοχή, όσων αφορά διαδικασίες σύναψης σύμβασης, οι οποίες έχουν ήδη εκκινήσει, όπως η προκείμενη σύμφωνα και με τα εκτεθέντα στη σκ. 4.

**16.** Επειδή, εν προκειμένω, προκύπτουν τα εξής. Με δεδομένο ότι η προκείμενη διακήρυξη προέβλεπε καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 6-10-2017, η κατά το άρ. 68 παρ. 2 εδ. γ' Ν. 3863/2010 ως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης, τριετία αναζήτησης προστίμου του Σ.ΕΠ.Ε. όσον αφορά τη στοιχειοθέτηση τυχόν σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, φθάνει έως και την 7-10-2014. Κατά τα αναφερθέντα στη σκ. 3 έγγραφα του Σ.ΕΠ.Ε. που προσκόμισε η αναθέτουσα από την 7-10-2014 έως και την 6-10-2017, ο δεύτερος παρεμβαίνων είχε υποπέσει σε τρεις παραβάσεις “πολύ υψηλής” σοβαρότητας και καμία “υψηλής” σοβαρότητας, άρα συνολικά τρεις παραβάσεις που λαμβάνονται υπόψη κατά την παραπάνω διάταξη. Αυτές αφορούν πρόστιμα α) η πράξη της 4-12-2014 ποσού 1.500 ευρώ, β) η πράξη της 3-3-2015 ποσού 1.550 ευρώ και γ) η πράξη της 26-5-2017 ποσού 2.250,75 ευρώ και αθροιστικά 5.300,75 ευρώ, ποσού δηλαδή που υπολείπεται των 10.000 ευρώ που απαιτούνται, ως άθροισμα των επιμέρους εντός της τριετίας προστίμων για παραβάσεις υψηλής/πολύ υψηλής σοβαρότητας για τη διάγνωση σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Περαιτέρω, η έκπτωση του δεύτερου παρεμβαίνοντος από τη σύμβασή του με το ΨΝΑ Δρομοκαΐτειο με αρ. 7527/712193/14-6-2013, επιβλήθηκε με την από 7-7-2014 απόφαση του ΔΣ του στη συνεδρίαση 2206, θέμα 1ο αυτού και κοινοποιήθηκε στον δεύτερο παρεμβαίνοντα με το από 9-7-2017 και με αρ. πρωτ. 8490/729360 έγγραφό του, ήτοι έλαβε χώρα σε χρόνο προ της 7-10-2014, ήτοι την έναρξη της τριετίας προ της καταληκτικής υποβολής προσφορών του προκείμενου διαγωνισμού, σημείο που τίθεται ως αφετηρία



## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

για τη λήψη υπόψη τυχόν εκπτώσεων ως σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος κατά την περ. ββ' του εδ. γ' του άρ. 68 παρ. 2 Ν. 3863/2010. Εξ ου και η εκ του προσφεύγοντος επίκληση της ΔΕφΘεσ (Ασφ.) 60/2017 που αναφέρεται μεταξύ άλλων στο ιστορικό περί το ΨΝΑ Δρομοκαΐτειο και η οποία συζητήθηκε την 2-6-2017 ήτοι προ της παρέλευσης της ως άνω τριετίας, ερείδεται επί εσφαλμένης νομικής προϋπόθεσης και δεν δύναται να ληφθεί υπόψη. Αυτά δε ασχέτως του ότι η παραπάνω απόφαση έκπτωσης ανεστάλη δικαστικά δυνάμει της ΔΕφΑθ (Αναστ.) 276/2014, του ότι δεν προκύπτει από την απόφαση αυτήν περί έκπτωσης ότι αποφασίστηκε βάσει της κατ' άρ. 68 παρ. 7 Ν. 3863/2010 διαπίστωσης εντός του συμβατικού χρόνου για δεύτερη φορά παραβάσεων που αφορούν την αδήλωτη εργασία, την παράνομη απασχόληση αλλοδαπών ή παραβάσεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, που χαρακτηρίζονται ως υψηλής/πολύ υψηλής σοβαρότητας, ενώ αντίθετα από τα ως άνω έγγραφα του Σ.ΕΠ.Ε. προκύπτει ότι εντός του διαστήματος από 14-6-2013, όταν και συνήφθη κατά τον ως άνω αριθμό και στοιχεία της η παραπάνω σύμβαση ως και την 7-7-2014 όταν και εκδόθηκε η ως άνω απόφαση έκπτωσης, στον δεύτερο παρεμβαίνοντα επεβλήθη μόνο μία πράξη επιβολής προστίμου του Σ.ΕΠ.Ε., υψηλής/πολύ υψηλής σοβαρότητας, ήτοι αυτή της 20-6-2013 πολύ υψηλής σοβαρότητας, χωρίς καν να προκύπτει ότι και αυτή ακόμα αφορά την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου της παραπάνω σύμβασης με το ΨΝΑ Δρομοκαΐτειο και απασχόληση εργαζομένων στο πλαίσιο λειτουργίας αυτής του ότι η οικεία έγκληση των εργαζομένων του δεύτερου παρεμβαίνοντος επί των γεγονότων που συγκρότησαν την έκπτωση τέθηκε στο αρχείο με τη με αρ. ΕΓ87-15/21/20Δ/16 Διάταξη του Εισαγγελέα Πρωτοδικών Αθηνών, μετά από προκαταρκτική εξέταση από την οποία ανεφάνη ότι αφενός την 15-6-2014 συνήφθη νέα σύμβαση μεταξύ του δεύτερου παρεμβαίνοντος και του ΨΝΑ Δρομοκαΐτειου με διάρκεια έως και 14-7-2014, οπότε και πάλι δεν προκύπτουν στο διάστημα αυτό δύο παραβάσεις υψηλής/πολύ υψηλής σοβαρότητας, και συγχρόνως ότι ο δεύτερος παρεμβαίνων δεν υπέπεσε σε παράβαση της εργατικής νομοθεσίας κατά την εκτέλεση της σύμβασης, πλην της καθυστερημένης αναγραφής της τροποποίησης κάποιων ρεπό στην κατάσταση προσωπικού, αλλά όπως αναφέρει η παραπάνω Εισαγγελική Διάταξη, τα πραγματικά γεγονότα στα οποία βασίστηκε η έκπτωση

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

προέκυψαν αναληθή, ενώ απερρίφθη με την ΕιρΚαλλιθ 154/2015 και η επί των ιδίων γεγονότων αίτηση συντηρητικής κατάσχεσης των εργαζομένων του δεύτερου παρεμβαίνοντος κατά του ιδίου, καθώς δεν πιθανολογήθηκε οφειλή του σε αυτούς ή στοιχειοθέτηση ότι δεν τους κατέβαλε δεδουλευμένα.

17. Επειδή, ομοίως με τα ανωτέρω αναφερόμενα στη σκ. 16, ούτε όσον αφορά τη σύμβαση του δεύτερου παρεμβαίνοντος με την ΣΤΑΣΥ Α.Ε. προκύπτει ότι κηρύχθηκε την 15-6-2017 έκπτωτος και δη λόγω τυχόν δεύτερης παράβασης της εργατικής νομοθεσίας ή λόγω αδήλωτης εργασίας ή απασχόλησης αλλοδαπού και μάλιστα κατά την εκτέλεσή μιας συγκεκριμένης σύμβασης, ενώ εξάλλου αφενός κατά το επίμαχο διάστημα της συνδυαστικής μάλιστα διάρκειάς των αναφερόμενων στο οικείο έγγραφο επιμέρους συμβάσεων (η οποία διάρκεια, όπως προκύπτει από το ΚΗΜΔΗΣ όσον αφορά την ΤΔ-031/17 με ΑΔΑΜ 17SYMV001682418 είχε διάρκεια από 1-6-2017 έως 20-6-2017, ενώ όπως προκύπτει από το αρχείο διαγωνισμών στην ιστοσελίδα της ως άνω αναθέτουσας όσον αφορά την ΤΔ 225/15 αυτή αφορά διαγωνισμό που έλαβε χώρα την 16-12-2015 για ένα έτος με δικαίωμα παράτασης για ακόμη ένα έτος και όσον αφορά την ΤΔ 55/15 αφορά διαγωνισμό που έλαβε χώρα την 10-7-2015 και προφανώς οι οικείες συμβάσεις συνήφθησαν αργότερα) του επεβλήθη μόνο ένα πρόστιμο για παράβαση πολύ υψηλής σοβαρότητας, ήτοι την 26-5-2017 και κανένα υψηλής (ενώ το αμέσως προηγούμενο πρόστιμο για υψηλή ή πολύ υψηλής σοβαρότητας παράβαση έλαβε χώρα την 3-3-2015, ήτοι σε χρόνο νωρίτερο της σύναψης των παραπάνω τριών συμβάσεων), αφετέρου όπως προκύπτει από το ίδιο το έγγραφο καταγγελίας ο δεύτερος παρεμβαίνων εκτελούσε συγχρόνως τρεις διαφορετικές συμβάσεις με την ίδια αναθέτουσα (ΤΔ-055/15, ΤΔ 225/15, ΤΔ-031/17), χωρίς να προκύπτει στο πλαίσιο ποιας εξ αυτών συγκεκριμένα έλαβε τυχόν χώρα η παράβαση και τι ακριβώς είδους αυτή ήταν. Εξάλλου, το επικαλούμενο από τον προσφεύγοντα έγγραφο αφορά εν μέρει καταγγελία της σύμβασης, ενώ μεταξύ άλλων αποφασίστηκε στα σημ. 2 και 6 της η συνέχιση εκτέλεσης της σύμβασης για πέντε ακόμη ημέρες και πληρωμή του δεύτερου παρεμβαίνοντος για το ίδιο διάστημα, αλλά και την ομαλή ολοκλήρωση, κατά το σημ. 9 της απόφασης, άλλης επιμέρους σύμβασης, ενώ περαιτέρω, κατά το σημ. 11, αποφασίστηκε ο αποκλεισμός

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

του δεύτερου παρεμβαίνοντος από διαγωνισμούς (μόνο φύλαξης) της ίδιας αναθέτουσας για διάστημα μόλις έξι μηνών, και το οποίο πλέον έχει ήδη σχεδόν παρέλθει, στοιχεία που δεν συνιστούν ενδείξεις ιδιαίτερης βαρύτητας παράβασης ή παραπτώματος. Επειδή, περαιτέρω, δεν προκύπτει ότι έχει διαταχθεί εις βάρος του δεύτερου παρεμβαίνοντος η κύρωση του αποκλεισμού του άρ. 74 Ν. 4412/2016 ούτε αυτή της προσωρινής διακοπής της λειτουργίας συγκεκριμένης παραγωγικής διαδικασίας ή τμήματος ή τμημάτων της επιχείρησης ή εκμετάλλευσης κατ εφαρμογή της παρ. 1B του άρθρου 24 του ν. 3996/2011, εν γένει και δη μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, ήτοι έως και την 7-10-2014. Επιπλέον, τα όσα ο προσφεύγων αναφέρει όλως αορίστως περί ψευδών δηλώσεων του δεύτερου παρεμβαίνοντος ούτε προκύπτουν από οιοδήποτε έγγραφο που προσκομίστηκε ούτε επεξηγούνται και προσδιορίζονται στην προσφυγή, ενώ ακόμη και αν αυτά ίσχυαν και αποδεικνύονταν, η διακήρυξη δεν προέβλεψε και συμπεριέλαβε ως λόγο αποκλεισμού την περ. ζ' του άρ. 73 παρ. 4 Ν. 4412/2016, οπότε ούτως ή άλλως ο σχετικός ισχυρισμός του προσφεύγοντος είναι νόμω αβάσιμος. Εξάλλου, σε κάθε περίπτωση, ο προσφεύγων με την προσφυγή του φέρει το βάρος επίκλησης και καταρχήν απόδειξης των οικείων ισχυρισμών του (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 98/2017) και όχι τυχόν το Κλιμάκιο, το οποίο για να εξετάσει σχετικώς θα πρέπει να τίθεται ενώπιον συγκεκριμένων λόγων που στοιχειοθετούνται με σαφήνεια, ιδίως όταν αυτοί δεν προκύπτουν από τα έγγραφα της προκείμενης διαδικασίας ή από έγγραφα στη διάθεση της αναθέτουσας, αλλά αφορούν άλλες διαδικασίες, άλλες αναθέτουσες και έγγραφα άσχετα με την προκείμενη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης επί της οποίας ασκείται η προσφυγή. Ομοίως, δεν έχει σχετικό βάρος απόδειξης ούτε η αναθέτουσα ούτε ο παρεμβαίνων, του οποίου ο δικονομικός ρόλος στην ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. διαδικασία εξαντλείται στην αντίκρουση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος (στον βαθμό που στρέφονται κατά του ίδιου), πράγμα που προϋποθέτει σαφείς, ορισμένους και στοιχειοθετημένους αποδεικτικά ισχυρισμούς, και όχι η εκ των προτέρων απόδειξη αντίκρουσης κάθε δυνητικού εις βάρος του προβαλλόμενου ισχυρισμού. Επομένως, ανεξαρτήτως όλων των ανωτέρω, κάθε άλλος ισχυρισμός του προσφεύγοντος κατά της αποδοχής του δεύτερου

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

παρεμβαίνοντος, πλην αυτού που αφορά την έκπτωση αυτού από τη σύμβαση του με το ΨΝΑ Δρομοκαίτειο προβάλλεται αορίστως και αναπόδεικτα.

18. Επειδή, συνεπεία όλων των ανωτέρω, δεν προκύπτει εν προκειμένω σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα του δεύτερου παρεμβαίνοντος. Περαιτέρω, σύμφωνα με όσα έγιναν ήδη δεκτά στη σκ. 12, όσον αφορά διαδικασίες ανάθεσης σύμβασης υπηρεσίας καθαρισμού/φύλαξης, κάθε ζήτημα έκπτωσης ή καταγγελίας σύμβασης όταν δεν συνέχεται με τα γεγονότα του άρ. 68 παρ. 2 εδ. γ' Ν. 3863/2010 δεν συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, ενώ οι οικείοι λόγοι αποκλεισμού περί καταγγελίας προηγούμενης δημόσιας σύμβασης και εν γένει έκπτωσης, δεν έχουν καν τεθεί από την αναθέτουσα στη διακήρυξη. Επιπλέον, δεν προέκυψε ούτε στοιχειοθέτηση του λόγου αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 4 περ. α', αφού ούτε παράβαση της περιβαλλοντικής και κοινωνικής νομοθεσίας ή των συγκαταλεγόμενων στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ διεθνών συμβάσεων εργασίας προέκυψε σε προηγούμενη σύμβαση ούτε με βάση όσα έγιναν δεκτά στη σκ. 13 είναι δυνατό να συναχθεί ο οικείος λόγος αποκλεισμού στις συμβάσεις καθαρισμού/φύλαξης από μια οιαδήποτε και εκτός των ανωτέρω παράβαση της εθνικής εργατικής νομοθεσίας όταν δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος λόγω τέτοιων παραβάσεων κατά τα οριζόμενα στις οικείες ειδικές διατάξεις. Περαιτέρω, δεδομένου ότι δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις των ως άνω λόγων αποκλεισμού ούτε περιλαμβάνονται στη διακήρυξη άλλοι λόγοι αποκλεισμού εκ των περιπτώσεων του άρ. 73 παρ. 4, ενώ ιδίως ο δεύτερος παρεμβαίνων δεν συγκεντρώνει τις σωρευτικές προϋποθέσεις περί συναγωγής σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος κατά το άρ. 68 παρ. 2 Ν. 3863/2010 προκύπτει, σύμφωνα και με τα αναφερθέντα στη σκ. 12, ότι αυτός δεν είχε ούτως ή άλλως υποχρέωση δήλωσης των οικείων γεγονότων που επικαλείται ο προσφεύγων, στο Τ.Ε.Υ.Δ. του, όπου εξάλλου ερωτάτο αν έχει τελέσει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα με ρητή παραπομπή στο άρ. 68 Ν. 3863/2010, η δε εύλογη και ειλικρινής απάντηση ήταν αρνητική και ορθώς ούτως δηλώθηκε σχετικώς και κατά συνέπεια ορθώς και πλήρως υπεβλήθη η

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

οικεία δήλωση δια του Τ.Ε.Υ.Δ..

19. Επειδή, εξάλλου, σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν στις σκ. 8-12, όλα τα ανωτέρω που επικαλείται ο προσφεύγων, σε κάθε περίπτωση, ακόμη και αν συνέτρεχαν, θα συνιστούσαν λόγους δυνητικού αποκλεισμού, ήτοι και πάλι η αναθέτουσα θα όφειλε να σταθμίσει τη σχετική βαρύτητά τους και συσχετίσή τους με τυχόν διακινδύνευση των συμφερόντων της από ανάθεση του συμβατικού αντικειμένου στον οικονομικό φορέα κατά τα αναλυτικώς εκτεθέντα στις ως άνω σκέψεις κριτήρια και πάντα με γνώμονα τις αρχές της αναλογικότητας, ισότητας και αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Εν προκειμένω όμως, η ίδια η αναθέτουσα, η οποία εν γνώσει όλων όσων επικαλείται ο προσφεύγων, στις ενώπιον της ΑΕΠΠ απόψεις της, όχι απλώς δεν επικαλείται εκ μέρους της πιθανολόγηση κινδύνου από τον μη αποκλεισμό του ως άνω οικονομικού φορέα, αλλά δηλώνει ότι ουδέν πρόβλημα αντιμετώπισε στη συμβατική της σχέση μαζί του κατά τις πρόσφατες δύο συμβάσεις της μαζί του, στοιχείο που σαφώς υποδεικνύει ότι κατά τη δική της στάθμιση και ενάσκηση της διακριτικής της ευχέρειας δεν θεωρεί ότι τα εκ του προσφεύγοντος επικαλούμενα συσχετίζονται με το υπό ανάθεση συμβατικό αντικείμενο και δικαιολογούν αποκλεισμό του δεύτερου παρεμβαίνοντος. Επιπλέον, η ως άνω κρίση της δεν παρίσταται ως υπερβαίνουσα τα άκρα όρια της διακριτικής της ευχέρειας και της αρχής της αναλογικότητας, αφού αφενός το γεγονός της μη τέλεσης κάποιας σοβαρής παράβασης κάθε είδους με την προκειμένη αναθέτουσα, αφετέρου το γεγονός ότι ο δεύτερος παρεμβαίνων έχει εκτελέσει και συνεχίζει να εκτελεί μεγάλο αριθμό συμβάσεων του επίδικου αντικειμένου με μεγάλο αντίστοιχο αριθμό αντισυμβαλλομένων αναθετουσών, οδηγούν στο συμπέρασμα ότι οι εκ του προσφεύγοντος εκ μέρους του παραβάσεις συνιστούν μη ενδεικτικό στοιχείο της εν γένει συμπεριφοράς του και του τρόπου με τον οποίο διεξάγει τις επιχειρήσεις του και σε κάθε περίπτωση δεν δύνανται να στοιχειοθετήσουν παράσταση επικινδυνότητας και συστηματικής ανεπάρκειας, αφερεγγυότητας ή μη ακεραιότητάς του κατά την εκτέλεση των συμβατικών του καθηκόντων τόσο γενικά όσο και ειδικά επί της προκειμένης υπό ανάθεση σύμβασης. Αντίθετα, τα παραπάνω σημαίνουν ότι τυχόν αποκλεισμός του βάσει των επικαλούμενων από τον προσφεύγοντα δεδομένων, ασχέτως του αν ισχύουν,

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

του ότι σε κάθε περίπτωση δεν συνιστούν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και του ότι δεν προβλέπονται ούτως ή άλλως ούτε ως δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού στη διακήρυξη, συνεπάγεται, δεδομένης και της δραστήριας παρουσίας του δεύτερου παρεμβαίνοντος στην εν γένει αγορά αναφοράς, σημαντικό και μακροχρόνιο μεν περιορισμό του ανταγωνισμού (λαμβάνομένης υπόψη της έκτασης της τυχόν σύμβασης από την οποία ο επικαλούμενος οφειλόμενος αποκλεισμός σε σχέση με τη χρονική τοποθέτηση των γεγονότων βάσει των οποίων τυγχάνει χώρα η σχετική εκ του προσφεύγοντος επίκληση), δυσανάλογο δε σε σχέση τόσο με τη συνάρτηση του επικαλούμενου για τον αποκλεισμό πραγματικού και της εν γένει δραστηριότητας του οικονομικού φορέα αλλά και της μη συσχέτισής του με το επίμαχο συμβατικό αντικείμενο, όσο με τον επιδιωκόμενο, αφενός κυρωτικό αφετέρου προστατευτικό της αναθέτουσας, σκοπό των οικείων δυνητικών λόγων αποκλεισμού (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 14/2017). Τα παραπάνω μάλιστα επιβεβαιώνονται ότι και η από 15-6-2017 καταγγελία εκ μέρους της ΣΤΑΣΥ Α.Ε., που επικαλείται ο προσφεύγων δεν εκτείνει τις συνέπειες αποκλεισμού του δεύτερου παρεμβαίνοντος από τις ίδιες τις διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης της καταγγέλουσας σε χρόνο μεγαλύτερο του εξαμήνου, ήτοι έως και την 15-12-2017, δηλαδή χρονικό διάστημα το οποίο έχει ήδη παρέλθει σε μεγάλο βαθμό, πράγμα που σημαίνει ότι, ασχέτως όλων των υπολοίπων, η δια της θεώρησης της καταγγελίας αυτής ως λόγου αποκλεισμού από την προκείμενη υπό ανάθεση σύμβαση διάρκειας δώδεκα μηνών (κατά τον όρο 1.3 της διακήρυξης) και συγκεκριμένα από 1.1.2018-31.12.2018, η όποια συνέπεια του τυχόν στοιχειοθετούντος τον επικαλούμενο αποκλεισμό ερείσματος (καταγγελία από ΣΤΑΣΥ ΑΕ) επεκτείνει τη διάρκειά της και τον εξ αυτής περιορισμό επί του ανταγωνισμού κατά 13 μήνες πέραν της εκ της ίδιας της καταρχήν από προηγούμενη αναθέτουσα καταγγελίας διάρκειας του αποκλεισμού από τις δικές της διαδικασίες ανάθεσης και ούτως τριπλασιάζει εν τοις πράγμασι τη περιοριστική επί του ανταγωνισμού και κυρωτική επί του οικονομικού φορέα επίπτωση. Συνεπώς, και για αυτόν τον λόγο τυχόν χρήση της ως άνω καταγγελίας (πολλώ δε μάλλον της επικληθείσας όσον αφορά το ΨΝΑ Δρομοκαΐτειο, η οποία έχει ήδη εξαντλήσει τις όποιες απώτατες έννομες συνέπειές της ως λόγος αποκλεισμού από περαιτέρω δημόσιες συμβάσεις ήδη προ πέντε μηνών, ήτοι από 7-7-2017) ως

## Αριθμός Απόφασης: 187/2017

λόγου αποκλεισμού από την προκείμενη διαδικασία άρα και εφεξής περιορισμού του ανταγωνισμού, τελεί σε δυσαναλογία ως προς τη σχέση μέσων, επιπτώσεων και επιδιωκόμενου σκοπού, άρα θα περιόριζε μη νομίμως τον ανταγωνισμό. Επιπλέον, ο δεύτερος παρεμβαίνων προβάλλει την εκ μέρους του ήδη λήψη ευρείες παρεμβάσεις στην οργανωτική του δομή, οι οποίες σε κάθε περίπτωση δύνανται να αποτρέψουν εφεξής την τέλεση περαιτέρω παραβάσεων. Τέτοια επανορθωτικά μέτρα δεν χρήζουν ούτε ή άλλως επίκλησης εν προκειμένω ούτε απαιτούνταν να δηλωθούν στο Τ.Ε.Υ.Δ., αφού δεν προκύπτει κατά τα ανωτέρω καταρχήν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα ή άλλος λόγος δυνητικού αποκλεισμού εξ όσων περιελήφθησαν στη διακήρυξη, επομένως δεν υφίσταται περιθώριο εφαρμογής του άρ. 73 παρ. 7 περί επίκλησης και περαιτέρω εξέτασης επάρκειας τυχόν επανορθωτικών μέτρων, η οποία προϋποθέτει το πρώτον πλήρωση λόγου αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 1 και 4 (και πλέον, από 13-11-2017 και δια του άρ. 107 παρ. 8 Ν. 4497/2017 και της παρ. 2 περ. γ'), η οποία εν προκειμένω ούτε ή άλλως δεν υφίσταται, αλλά ούτε μπορούσε να εκτιμηθεί ή ευλόγως και καλόπιστα να υποτεθεί μια περί αυτής (της πλήρωσης λόγου αποκλεισμού) υπαρκτή πιθανότητα, από τον οικονομικό φορέα, βάσει της εκ μέρους του μη πλήρωσης των προϋποθέσεων του άρ. 68 παρ. 2 Ν. 3863/2010. Όμως, σε κάθε περίπτωση, τα επικαλούμενα από τον δεύτερο παρεμβαίνοντα σχετικά μέτρα, συνεκτιμώμενα με όλα όσα προεκτέθηκαν στην παρούσα σκέψη, επιτείνουν το δυσανάλογο και αδικαιολόγητο του περιορισμού του ανταγωνισμού που θα επερχόταν από τον τυχόν αποκλεισμό του από την προκείμενη διαδικασία βάσει όσων ο προσφεύγων επικαλείται. Κατ' αποτέλεσμα όλων των ανωτέρω, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος κατά της αποδοχής της προσφοράς του δεύτερου παρεμβαίνοντος τυγχάνουν απορριπτέοι.

**20.** Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί κατά το σύνολο του μη κατηρημένου, κατά την ως άνω σκ. 2, σκέλους της, ήτοι όσον αφορά τις προσφορές αμφοτέρων των παρεμβαίνόντων.

**Αριθμός Απόφασης: 187/2017**

21. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκ. 2, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων ποσού εξακοσίων (600) ευρώ, ανεξαρτήτως της απόρριψης της προσφυγής κατά το μη κατηγορημένο σκέλος της.

**ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Καταργεί την εξέταση ως προς το πρώτο σκέλος της προσφυγής που στρέφεται κατά του ήδη ανακληθέντος αποκλεισμού του προσφεύγοντος.

Απορρίπτει την προσφυγή κατά τα λοιπά.

Δέχεται αμφότερες τις παρεμβάσεις.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού εξακοσίων (600) ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 1-12-2017 και εκδόθηκε την 8-12-2017.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΜΠΑΚΟΥ ΒΑΣΙΛΙΚΗ**