

Η

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

7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 21^η Μαΐου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη - Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Μιχάλης Σειραδάκης και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 13.04.2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/785/13.04.2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...(...)...(...)-...» (εφεξής «προσφεύγων»), που εδρεύει στη ..., ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ...(...) εφεξής αναθέτουσα αρχή, νομίμως εκπροσωπούμενης και

Του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... (διακριτικός τίτλος: «...») που εδρεύει στον ..., επί της οδού ...αρ. ... (εφεξής παρεμβαίνων), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθούν: η υπ' αριθμ. ...απόφαση του ..., που κοινοποιήθηκε δια του αρ.πρωτ. ...διαβιβαστικού εγγράφου, καθ' ο μέρος αποφασίστηκε για τα τμήματα Α,Β,Δ,Ζ,Η α) η απόρριψη της προσφοράς του από τον διαγωνισμό και β) η αποδοχή της προσφοράς του ήδη παρεμβαίνοντος και η υπ' αριθμ. ...απόφαση, καθ' ο μέρος (ο ήδη παρεμβαίνων) ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος για τα τμήματα Δ, Ζ και Η.

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της υπό εξέταση προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, με την με αρ. πρωτ. ...και με αρ. ...διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο διεθνή ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών φύλαξης και προστασίας του Οργανισμού για ένα έτος με δυνατότητα παράτασης για 6 μήνες, προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.922.746,06 € πλέον ΦΠΑ 24%. Ειδικότερα η διακήρυξη περιλαμβάνει 8 τμήματα, με δικαίωμα υποβολής προσφοράς για ένα, περισσότερα ή για το σύνολο τους .

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 ε-παράβολο (Φορέας ΑΕΠΠ), συνολικού ύψους 6.687,00€ ευρώ (βλ. ηλεκτρονικά παράβολα με κωδικό ...ποσού 5.599,00€ και με κωδικό ...ποσού 1.088,00€, τις από 08 και 12.04.2021 αποδείξεις ηλεκτρονικής πληρωμής τους στην ALPHA BANK, αντίστοιχα και εκτύπωση από την ιστοσελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με αναφορά «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ» σε έκαστο εκ των ανωτέρω παραβόλων).

3. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, περίληψη της διακήρυξης απεστάλη προς δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 14.10.2019 (βλ. άρθρο 1.6 της

διακήρυξης), καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΑΔΑΜ: ...) στις 16.10.2019 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

4.Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας η οποία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016. Επομένως, θεμελιώνεται η καθ' ύλην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ.

5. Επειδή η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή, έχει ασκηθεί: α) εμπρόθεσμα, δοθέντος ότι οι προσβαλλόμενες κοινοποιήθηκαν στους ενδιαφερομένους στις 06.04.2021 δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, β) με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

6. Επειδή, ο προσφεύγων ως προσφέρων στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, θεμελιώνει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης απόφασης ως προς το μέρος με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά του. Ομοίως θεμελιώνει έννομο συμφέρον και ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή προσφοράς έτερου/ων προσφερόντων ανεξαρτήτως συνδρομής λόγων παραβίασης ίσου μέτρου κρίσης (βλ. μεταξύ πολλών ΑΕΠΠ 697, 839/2021 του 7ου κλιμακίου). Ειδικότερα, το Δ.Ε.Ε, ερμηνεύοντας τις διατάξεις της οδηγίας 89/665/EK, συνήγαγε, με τις αποφάσεις Fastweb και PFE, γενικότερης εφαρμογής νομολογιακή αρχή, σύμφωνα με την οποία, στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, κάθε διαγωνιζόμενος έχει έννομο συμφέρον που αντιστοιχεί στον αποκλεισμό της προσφοράς των άλλων, με σκοπό να του ανατεθεί η δημόσια σύμβαση (Fastweb, σκέψη 33, PFE, σκέψη 27). Τούτο δε, ανεξαρτήτως του αριθμού των μετεχόντων στη διαδικασία και του αριθμού εκείνων εξ αυτών που άσκησαν προσφυγή (PFE, σκέψη 29). Η νομολογιακή

αυτή αρχή εκκινεί από την αντίληψη ότι ο αποκλεισμός του ενός διαγωνιζόμενου μπορεί να έχει ως συνέπεια την άμεση ανάθεση της σύμβασης στον άλλο στο πλαίσιο της ίδιας διαδικασίας ή, στην περίπτωση αποκλεισμού όλων των διαγωνιζομένων και κίνησης νέας διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, τη συμμετοχή του αποκλεισθέντος διαγωνιζόμενου στη νέα διαδικασία και την, κατ' έμμεσο τρόπο, ανάθεση της σύμβασης σε αυτόν (PFE, σκέψη 27). Ο κανόνας των αποφάσεων Fastweb και PFE επιβεβαιώθηκε με την απόφαση BTG&CÖ (σκέψη 29), με την οποία έγινε, περαιτέρω, δεκτό ότι με την οδηγία 89/665/EK διασφαλίζεται «το δικαίωμα ασκήσεως αποτελεσματικών προσφυγών κατά παράτυπων αποφάσεων που λαμβάνονται στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, παρέχοντας τη δυνατότητα σε κάθε αποκλεισθέντα προσφέροντα να αμφισβητήσει όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού, αλλά και, επί όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που ακυρωνόταν ο αποκλεισμός του» (σκέψη 34). Περαιτέρω, όπως προσφάτως κρίθηκε από το ΔΕΕ στην υπόθεση C-771/19 της 24ης Μαρτίου 2021, NAMA Σύμβουλοι Μηχανικοί και Μελετητές Α.Ε. – LDK Σύμβουλοι Μηχανικοί Α.Ε., κατόπιν προδικαστικού ερωτήματος κατατεθέντος από το ανώτατο ακυρωτικό Δικαστήριο της χώρας, «ένας προσφέρων ο οποίος αποκλείστηκε από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης σε στάδιο προγενέστερο του σταδίου της ανάθεσης της σύμβασης αυτής και του οποίου η αίτηση για την αναστολή εκτέλεσης της απόφασης αποκλεισμού του από τη διαδικασία αυτή απορρίφθηκε μπορεί να προβάλει, με την ταυτοχρόνως ασκηθείσα αίτησή του για την αναστολή εκτέλεσης της απόφασης περί αποδοχής της προσφοράς άλλου προσφέροντος, όλους τους ισχυρισμούς που αφορούν παραβίαση της ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων ή των εθνικών κανόνων μεταφοράς της νομοθεσίας αυτής, συμπεριλαμβανομένων των ισχυρισμών που δεν έχουν σχέση με τις πλημμέλειες λόγω των οποίων αποκλείστηκε η

προσφορά του». Επομένως, μεθ' ενόμου συμφέροντος προβάλλονται ισχυρισμοί του προσφεύγοντος τόσο κατά της απόρριψης της προσφοράς του όσο και κατά του ήδη παρεμβαίνοντος αποδεκτού συμμετέχοντα και τούτο ανεξαρτήτως αποδοχής της προσφυγής του ως προς το σκέλος που αφορά στην μη νόμιμη απόρριψη της προσφοράς του ιδίου του προσφεύγοντος.

7. Επειδή, στις 14.04.2021, η αναθέτουσα αρχή προέβη δια της «επικοινωνίας» στην κοινοποίηση της προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο και απέστειλε στην ΑΕΠΠ εμπροθέσμως τις από 22.04.2020 απόψεις της, κατόπιν σχετικής κλήσης της ΑΕΠΠ, τις οποίες, ωστόσο, καίτοι ορίζεται στο άρθρο 365 παρ. 1 ν. 4412/2016 ως τροποποιηθέν ισχύει με το αρ. 43 παρ. 41 ν. 4609/2019 δεν τις κοινοποίησε στον προσφεύγοντα, παρότι επιπλέον κλήθηκε δε και προς τούτο με την με αρ. 913/14.04.2021 παρ. 5 Πράξη της Προέδρου Κλιμακίου.

8. Επειδή, ο παρεμβαίνων στις 26.04.2021 κατέθεσε την παρέμβασή του μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ), ήτοι εμπροθέσμως η οποία είναι νομίμως υπογεγραμμένη και ασκήθηκε μετ' ενόμου συμφέροντος δοθέντος ότι, η προσφορά του κρίθηκε αποδεκτή.

9. Επειδή, κατά το άρθρο 73 παρ.8 του διέποντος τον κρίσιμο διαγωνισμό ν.4412/2016, (άρθρο 2.2.3.8 της διακήρυξης), η επάρκεια ή μη των επανορθωτικών μέτρων που έχει λάβει οικονομικός φορέας, ο οποίος συμμετέχει στο διαγωνισμό και εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις, που συνιστούν λόγο αποκλεισμού του από το διαγωνισμό, διαπιστώνεται από ειδικώς συνιστώμενη προς τούτο Επιτροπή, που δεν αποτελεί όργανο της εκάστοτε αναθέτουσας αρχής, αλλά εντάσσεται στο Ελληνικό Δημόσιο, απαρτίζεται από εκπροσώπους διαφόρων Υπουργείων και οφείλει να ασκήσει

την αρμοδιότητά της μέσα σε χρονικό διάστημα 30 ημερών από την περιέλευση σε αυτήν του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής, που συνοδεύεται από όλα τα σχετικά στοιχεία. Η απόφαση της ως άνω Επιτροπής, ανεξαρτήτως του ότι δεν ανήκει στην αναθέτουσα αρχή, παράγει έννομα αποτελέσματα έναντι της αναθέτουσας αρχής, και, συνακόλουθα, εντάσσεται στην κρίσιμη διαγωνιστική διαδικασία, που αποσκοπεί στην κατάρτιση δημόσιας σύμβασης, και ενσωματώνεται στην απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Περαιτέρω, η τελευταία αυτή απόφαση της αναθέτουσας αρχής, επάγεται βλαπτικές έννομες συνέπειες για τον προσφεύγοντα και παραδεκτώς προσβάλλεται με προδικαστική προσφυγή (βλ. ΔΕΦΑΘ 71/2020 σκ.9).

Επομένως, σε συνέχεια των ανωτέρω, υπό την επιφύλαξη των αναγραφόμενων στη σκ. 6 της παρούσας, νομίμως και παραδεκτώς εισάγεται η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ενώπιον του 7ου κλιμακίου με την με αρ.913/14.04.2021 Πράξη της Προέδρου.

10. Επειδή εν προκειμένω με την υπ αρ. ...απόφαση του Δ.Σ του Οργανισμού εγκρίθηκαν τα κάτωθι:

1. τα αριθμ.20/27-11-2019,1/29-01-2020,9/29-04-2020,15/21-05-2020, 17/06-07-2020, 18/03-08-2020, 19/13-08 2020, 20/5&10/11-2020 και 21/22/01/2021 πρακτικά της ... της Διοίκησης του Οργανισμού, σχετικά με το Διεθνή Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου που θα αναλάβει την "ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΦΥΛΑΞΗΣ & ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΩΝ ΚΤΙΡΙΩΝ ΤΟΥ ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΕΝΑ (1) ΕΤΟΣ, με ΔΥΝΑΤΟΤΗΤΑ ΠΑΡΑΤΑΣΗΣ ΓΙΑΕΞΙ(6) ΜΗΝΕΣ" , 2. **η απόρριψη** της προσφοράς του οικονομικού φορέα ... λόγω μη επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων4. η αποδοχή της προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία : ..., διότι μετά την αποσφράγιση του φακέλου προσφοράς και από τον έλεγχο του περιεχομένου του διαπιστώθηκε πληρότητα και ορθότητα των υποβληθέντων

δικαιολογητικών συμμετοχής, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης. Πληρότητα επίσης υπάρχει σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και στο περιεχόμενο του φακέλου της τεχνικής προσφοράς όπως προέκυψε μετά την εξέταση του από την επιτροπή εμπειρογνομόνων.

2. Με την υπ αρ. ...απόφαση του Δ.Σ του Οργανισμού εγκρίθηκαν τα κάτωθι τα υπ. αρ. αριθμ. 22/22/05-02-2021 , 23/23/22-02-2021 και 24/24/16-03-2021 πρακτικά της ... της Διοίκησης του Οργανισμού, σχετικά με τον επίμαχο Διαγωνισμό όπου ο ήδη παρεμβαίνων ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος για τα τμήματα Γ, Δ, Ζ.Η.

11. Επειδή, ο προσφεύγων κατόπιν παράθεσης, σχετικού, ιστορικού, ισχυρίζεται ότι η μη ταύτιση του περιεχομένου του όρου 2.2.3.2 (γ) της διακήρυξης με τον όρο 2.2.3.4 (θ) οδηγεί εν προκειμένω σε αμφισημία ως προς το πεδίο εφαρμογής του σχετικού λόγου αποκλεισμού, η οποία όμως, εν όψει των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, δεν μπορεί να ερμηνευθεί σε βάρος τους, επιφέροντας την απόρριψη της προσφοράς τους (βλ. ΔΕφ/ωαν Ν6/2019, Δεφ Πει 4/2020, ΑΕΠΠ 265/2019, 438/2019) *«Επομένως, ο αποκλεισμός της εταιρίας μας, χωρίς να έχει επιβληθεί σε βάρος της καμία κύρωση για παράβαση της εργατικής νομοθεσίας με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ δεν είναι σύννομος, διότι οι όροι της Διακήρυξης προκαλούν αμφισημία ως προς το αν για τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα απαιτείται οι κυρώσεις που έχουν επιβληθεί να έχουν τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Ειδικότερα, με την ΔΕφ Ιωα 6/2019 έχει κριθεί ότι «Από τη συνδυαστική ερμηνεία των ανωτέρω διατάξεων συνάγεται κατ' αρχάς ότι σε επίπεδο νομοθετικής πρόβλεψης με αυτές θεσπίζονται όμοιοι λόγοι αποκλεισμού, διαφοροποιούνται σχετικά με το εάν απαιτείται ή όχι τελεσιδικία των σχετικών κυρώσεων, των δε διατάξεων του άρθρου 68 του Ν.3863/2010 που διέπουν τις συμβάσεις καθαρισμού/ φύλαξης, αρκούντων*

στη διαπίστωση των κυρώσεων χωρίς να προϋποθέτουν την τελεσιδικία αυτών. Ωστόσο, με την ένδικη Διακήρυξη τέθηκε το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού με αντικείμενο την «Παροχή υπηρεσιών φύλαξης των κτιριακών εγκαταστάσεων του ... Πανεπιστημίου». Ειδικότερα, με τον όρο 1.4 αυτής εντάχθηκε στο θεσμικό πλαίσιο του διαγωνισμού ο ν.4412/2016 καθώς και ο ν.3863/2010 και ιδίως το άρθρο 68 αυτού, ακολούθως δε προβλέφθηκαν και ρητώς, μεταξύ άλλων, οι ακόλουθοι δύο υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού οικονομικού φορέα από τη συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία: α) με τον όρο 2.2.3.2 γ της Διακήρυξης, λόγω επιβολής σε βάρος του φορέα προστίμων από το ..., με την πρόσθετη, σαφώς οριζόμενη, προϋπόθεση της τελεσιδικίας και δεσμευτικότητας των κυρώσεων, που ταυτίζεται ως προς το περιεχόμενο με την προεκτεθείσα διάταξη του άρθρου 73 παρ. 2 περ. γ' του Ν. 4412/2016 και β) με τον όρο 2.2.3.4. θ αυτής, λόγω διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα, για το οποίο του επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία, ως τέτοιου (σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος) νοουμένου, για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/ και φύλαξης, και της αναφερόμενης στην παρ. γ της παρ. 2 του άρθρου 68 Ν. 3862/2010 περιπτώσεως επιβολής προστίμων για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, όπου κατά τα προεκτεθέντα δεν τίθεται ως προϋπόθεση η τελεσιδικία και δεσμευτικότητα αυτών. Συνεπώς, με την ένταξη των ως άνω λόγων αποκλεισμού και μάλιστα ως υποχρεωτικών στην διακήρυξη, οι προεκτεθέντες κανόνες, που με αυτούς τέθηκαν, αποτέλεσαν το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού που δεσμεύει τόσο τους διαγωνιζομένους όσο και την αναθέτουσα αρχή (ΣτΕ 348/2010, 613/2009, 1502/2003), για το λόγο δε αυτό και δεδομένου ότι η ένδικη διακήρυξη με τους ως άνω διαλαμβανομένους σε αυτήν όρους πάντως διέπει τη διενέργεια διαγωνισμού για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης, ΔΕΝ τίθεται ζήτημα

εφαρμογής του άρθρου 68 παρ.2 περ.γ' του ν.3862/ 2010 ως ειδικότερης διάταξης. Κατόπιν τούτων, υπό την προϋπόθεση ότι με τον όρο 2.2.3.4. θ της Διακήρυξης η κρίση περί αποκλεισμού του φορέα εξάγεται αντικειμενικώς χωρίς να καταλείπεται πεδίο ενάσκησης της ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής (πρβλ. ΔΕΘ 8/2018), καίτοι σε αυτόν αναγράφεται ότι η επιβολή προστίμων για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας κατά το άρθρο 68 παρ.2γ' του ν.3862/ 2010 ως περίπτωση σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος συναρτάται με την αμφισβήτηση της ακεραιότητας του φορέα και την επιβολή ποινής που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής στη συγκεκριμένη διαδικασία, και δεδομένης της ερμηνείας του άρθρου 53 του ν.4412/ 2016, σύμφωνα με την οποία οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού, επιβάλλουν σαφή και ακριβή μνεία των απαιτούμενων, προς συμμετοχή στους διαγωνισμούς σύναψης δημοσίων συμβάσεων, όρων σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, η μη ταύτιση του περιεχομένου του όρου 2.2.3.2γ' με εκείνο του όρου 2.2.3.4.θ της Διακήρυξης ως προς την απαίτηση για τελεσιδικία των σχετικών κυρώσεων και η συνακόλουθη ασάφεια που εξ αυτού του λόγου προκαλείται, δεν μπορεί να ερμηνευθεί σε βάρος της παρεμβαίνουσας εταιρίας, επιφέροντας την απόρριψη της προσφοράς της.» Εν όψει των ανωτέρω, στην προκειμένη περίπτωση, εν όψει των ειδικών ρυθμίσεων της Διακήρυξης, που αποτελεί το ειδικό κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού και κατισχύει κάθε αντίθετης νομοθετικής διάταξης, η επιβολή κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας δύναται να οδηγήσει σε αποκλεισμό οικονομικού φορέα, μόνον εφόσον έχουν τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, το οποίο όμως δεν ίσχυε στην περίπτωση της εταιρίας μας, και άρα δεν συνέτρεχε εξ αρχής λόγος αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό. Σε κάθε περίπτωση, η συγκεκριμένη διάταξη της Διακήρυξης δημιούργησε αμφισημία ως προς την απαίτηση για τελεσιδικία των σχετικών κυρώσεων και η ασάφεια που δημιουργήθηκε δεν μπορεί να λειτουργήσει σε βάρος της καλόπιστης εταιρίας μας, και συνεπώς

υπό καμία εκδοχή δεν είναι νόμιμος ο αποκλεισμός της εταιρίας μας, στην οποία δεν έχει επιβληθεί καμία κύρωση με τελεσίδικη ισχύ.

ΔΕΥΤΕΡΟΝ: Η αιτιολογία με την οποία κρίθηκαν ανεπαρκή τα επανορθωτικά μέτρα αυτοκάθαρσης που έχει λάβει η εταιρία του παρίσταται ελλιπής και η απόφαση περί ανεπάρκειας των μέτρων εκδόθηκε κατά κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας αξιολόγησης της επάρκειας των μέτρων, χωρίς να αξιολογηθούν όλα τα δεδομένα και τα στοιχεία που επικαλέσθηκε . Η αναθέτουσα αρχή εξέφερε την κρίση ότι η εταιρία μας δεν έχει λάβει επαρκή μέτρα αυτοκάθαρσης και το θέμα εισήχθη στην αρμόδια Γνωμοδοτική Επιτροπή του άρθρου 73 Ν.4412/2016, προκειμένου να γνωμοδοτήσει για την επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων που η εταιρία μας αποδεδειγμένα έλαβε προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας της. Έτσι, στις 16-10-2020, η Γνωμοδοτική Επιτροπή επί της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων οικονομικών φορέων προς απόδειξη της αξιοπιστίας τους συνεδρίασε, προκειμένου να γνωμοδοτήσει σύμφωνα με της διατάξεις του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 για την επάρκεια ή μη των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων της εταιρίας της, τα οποία έλαβε για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της, μετά την επιβολή σε αυτήν προστίμων για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας. Η Επιτροπή γνωμοδότησε ομόφωνα ότι τα επανορθωτικά μέτρα της εταιρίας της δεν είναι επαρκή για την συμμετοχή της στη συνέχιση της διαδικασίας του διαγωνισμού (Συνεδρίαση 28η , Πράξη 28B), αναφέροντας τα κάτωθι: «Από τα ως άνω αναφερόμενα μέτρα και τα αποδεικτικά στοιχεία που προσκομίστηκαν προκύπτει ότι δεν καλύπτονται οι απαιτήσεις της νομοθεσίας περί αυτοκάθαρσης και συγκεκριμένα: - Αναφορικά με την τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ των κυρώσεων (πράξεων επιβολής προστίμου) που έχουν επιβληθεί από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας, αυτή καίτοι απαιτείται για τις παραβάσεις εργατικής νομοθεσίας για όλες εν γένει τις δημόσιες συμβάσεις, στην περίπτωση του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος για τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και

φύλαξης δεν απαιτείται οι κυρώσεις να έχουν τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. - Η αξιολόγηση για την διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, το οποίο θέτει εν αμφιβολή την ακεραιότητα του εν λόγω οικονομικού φορέα, πρέπει να βασιστεί σε πραγματικά γεγονότα (ύπαρξη πράξεων επιβολής προστίμου) και όχι σε εκτιμήσεις αναφορικά με την μελλοντική έκβαση των προσφυγών στα διοικητικά δικαστήρια ή σε δήλωση προθέσεων. -Το ισχύον νομικό πλαίσιο δεν συναρτά το πλήθος των παραβάσεων με το μέγεθος του οικονομικού φορέα (αριθμός εργαζομένων κτλ). -Κατά δήλωση του, ο οικονομικός φορέας έχει αναπτύξει μέσα από το σύστημα διαχείρισης ποιότητας ΕΛΟΤ EN ISO 9001:2015 που διαθέτει, ένα σύστημα εποπτείας των έργων το οποίο του επιτρέπει να προλαμβάνει σφάλματα που είχαν ως συνέπεια στο παρελθόν την επιβολή κυρώσεων από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας. Από το κατατεθειμένο σχετικό πιστοποιητικό συμμόρφωσης κατά ΕΛΟΤ EN ISO 9001:2015 προκύπτει ότι η ημερομηνία αρχικής πιστοποίησης είναι η 08.02.2010. Επομένως ο οικονομικός φορέας διέθετε την σχετική πιστοποίηση στο χρόνο επιβολής των κυρώσεων και αυτή δεν ήταν αρκετή ώστε να εγγυηθεί την αποφυγή σφαλμάτων που οδηγούν σε κυρώσεις. -Επίσης, ο οικονομικός φορέας δηλώνει ότι έχει εκπαιδεύσει το προσωπικό ασφαλείας του σε θέματα που αφορούν τις διαδικασίες που πρέπει να τηρηθούν ώστε να αποφευχθούν παρατυπίες στην εφαρμογή της εργατικής νομοθεσίας, μέσω του συστήματος διαχείρισης της υγείας και της ασφάλειας των εργαζομένων στην εργασία OHSAS 18001:2007/ ΕΛΟΤ 1801:2008. Από το κατατεθειμένο σχετικό πιστοποιητικό συμμόρφωσης κατά OHSAS 18001:2007/ ΕΛΟΤ 1801:2008 προκύπτει ότι η ημερομηνία αρχικής πιστοποίησης είναι η 20.12.2013. Επομένως ο οικονομικός φορέας διέθετε την σχετική πιστοποίηση στο χρόνο επιβολής των κυρώσεων και αυτή δεν ήταν αρκετή ώστε να εγγυηθεί την αποφυγή σφαλμάτων που οδηγούν σε κυρώσεις. Η μη αθέτηση των υποχρεώσεων του οικονομικού φορέα όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή

εισφορών κοινωνικής ασφάλισης δεν συνδέεται με οποιονδήποτε τρόπο με τις παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας και την διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Εν κατακλείδι τα περιγραφόμενα από τον οικονομικό φορέα μέτρα δεν μπορούν να αξιολογηθούν ως επαρκή, αφενός λόγω του αριθμού των κυρώσεων με χαρακτηρισμό «πολύ υψηλής» σοβαρότητας. Προς επίρρωση των ανωτέρω, επισημαίνονται τα κάτωθι: - Σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 39 παρ. (B) του ν. 4488/2017 «Αποκλεισμός από δημόσιες συμβάσεις και χρηματοδοτήσεις λόγω παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας»: Β) Η περίπτωση γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 115) αντικαθίσταται ως εξής: «γ) Η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους ή δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει από τη σύναψη της σύμβασης τις 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». Να σημειωθεί εξάλλου, ότι η αναγκαστικού δικαίου ειδική διάταξη για τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού και φύλαξης, ήτοι η περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 115) όπως αντικαταστάθηκε από το άρθρο 39 παρ. Α) του Ν. 4488/2017, ως ειδικότερη και νεώτερη κατισχύει οποιασδήποτε άλλης γενικότερης και παλαιότερης διάταξης. Η εν λόγω διάταξη δεν προβλέπει ως προϋπόθεση την τελεσιδικία των αποφάσεων επιβολής προστίμου, αλλά αρκεί η επιβολή τους, κατά τη ρητή διατύπωση της διάταξης. -Όπως προκύπτει η προσφεύγουσα εταιρεία ..., ενέπιπτε στην ως άνω περίπτωση. Συγκεκριμένα σύμφωνα με τα έγγραφα που απέστειλε η Δ/ση Προγραμματισμού & Συντονισμού Επιθεώρησης Ασφάλειας & Υγείας στην Εργασία του ... και η Δ/ση Προγραμματισμού & Συντονισμού Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων του ... με τα υπ. αριθμ. 147282/07-05-2020 (αρ. Πρωτ. Εισ26846/07-05-2020) & 145805/06-05- 2020 (αρ. Πρωτ 26845/07-05-2020) αντίστοιχα προκύπτουν: Από το με αρ. 145805/06-05-2020 έγγραφο της Δ/σης Προγραμματισμού & Συντονισμού Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων του ... προκύπτει ότι στον συμμετέχοντα στο Διαγωνισμό οικονομικό φορέα με την επωνυμία «...» έχουν επιβληθεί έξι (6) συνολικά πράξεις επιβολής προστίμου «πολύ υψηλής σοβαρότητας». Συγκεκριμένα στην προσφεύγουσα εταιρεία μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφοράς και δεδομένου ότι η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών στον διαγωνισμό ήταν η 20 Νοεμβρίου 2019, θα πρέπει να ληφθεί υπ' όψιν το χρονικό διάστημα από 21-11-2017 έως 20-11-2019. Κατά το διάστημα αυτό είχαν επιβληθεί εις βάρος της συνολικά έξι (6) πράξεις επιβολής προστίμου για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, οι οποίες είναι όλες «πολύ υψηλής σοβαρότητας», δηλαδή τέσσερις (4) περισσότερες από όσες ορίζει ο νόμος, γεγονός που

αποδεικνύει επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια της εταιρείας κατά την εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων, για το χρονικό διάστημα αυτό (από τα στοιχεία του φακέλου τα πρόστιμα έχουν υποβληθεί την 24-05-2018, 04-10- 2018, 23-10-2018, 05/12/2018, 29/11/2018, 12/09/2019), προ της διετίας από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. - Η προσφεύγουσα δεν επικαλέστηκε αναστολή των εν λόγω πράξεων επιβολής προστίμων, ως εκ τούτου αυτές είναι ενεργές, δεσμευτικές και παράγουσες έννομα αποτελέσματα. Συνεπώς οι προσφυγές της εν λόγω εταιρείας δεν αποτελούν επ' ουδενί μέτρα αυτοκάθαρσης. - Τα τεχνικά μέτρα αυτοκάθαρσης που επικαλείται η εν λόγω εταιρεία αφορούν νόμιμες υποχρεώσεις της εταιρείας, τις οποίες εάν δεν είχε εκπληρώσει η υποψήφια εταιρεία δεν θα μπορούσε να συμμετάσχει στον εν θέματι διαγωνισμό. Τα πιστοποιητικά διαχείρισης της υγείας κλπ τα οποία επικαλείται και προσκομίζει έχουν αποκτηθεί σε χρόνο προγενέστερο των προστίμων που της έχουν επιβληθεί και συγκεκριμένα κατά τα έτη 2010 και 2013, ενώ τασχετικά πρόστιμα έχουν επιβληθεί τα έτη 2018 και 2019. Η φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα καθώς και τα ασφαλιστήρια συμβόλαια αστικής ευθύνης, ουδεμία σχέση έχουν με τις παραβιάσεις της εργατικής νομοθεσίας στις οποίες υπέπεσε η υποψήφια εταιρεία και για τις οποίες τις επιβλήθηκαν τα σχετικά πρόστιμα. -Τα αναφερόμενα ως οργανωτικά μέτρα αυτοκάθαρσης και θέματα προσωπικού δεν αποδεικνύουν συμμόρφωση με τις επιβληθείσες αποφάσεις προστίμων λόγω παράβασης της εργατικής νομοθεσίας. Από τα έγγραφα που προσκομίζει η ως άνω εταιρεία δεν προκύπτει ότι έχει καταβάλει τα πρόστιμα που της επιβλήθηκαν με τις ως άνω αποφάσεις του Οι παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας δεν αφορούσαν ελλιπή εκπαίδευση του προσωπικού, ούτε συνεπώς τα σχετικά μέτρα εκπαίδευσης μπορούν να θεωρηθούν ως μέτρα αυτοκάθαρσης για τα συγκεκριμένα παραπτώματα. -Το γεγονός ότι η ως άνω εταιρεία έχει προσφύγει κατά των σχετικών αποφάσεων επιβολής προστίμων δεν αποδεικνύει συμμόρφωση ή αυτοκάθαρση, αντιθέτως αμφισβήτηση τους, η

οποία όμως δεν έχει ακόμη κριθεί δικαστικά. Εξάλλου για τις συγκεκριμένες αποφάσεις του ... δεν υπάρχει απόφαση αναστολής της εκτέλεσής στους, γεγονός που σημαίνει ότι αυτές είναι ενεργές και παράγουσες έννομα αποτελέσματα. Η Επιτροπή για το ανωτέρω θέμα 28B αφού μελέτησε το σύνολο των τεθέντων σε αυτήν στοιχείων και μετά από διαλογική συζήτηση μεταξύ των μελών της, θεωρεί πως λόγω ελλείψεως αποδεικτικών στοιχείων και σύμφωνα με τα ειδικότερα αναφερόμενα στις σελίδες 4-6 του ως άνω αναφερόμενου σχεδίου απόφασης και στις σελίδες 4-6 του Πρακτικού 104/22-9-2020 της Συνεδρίασης του Δ.Σ. του ...και στις σελίδες 59-62 της αρ....Απόφασης του Δ.Σ., ο ανωτέρω οικονομικός φορέας δεν αποδεικνύεται ότι έχει λάβει επαρκή επανορθωτικά μέτρα προς απόδειξη της αξιοπιστίας του. Κατόπιν των ανωτέρω, η Επιτροπή αποφασίζει ομόφωνα την παροχή σύμφωνης γνώμης επί του υποβληθέντος σχεδίου απόφασης του ...και επί της μη επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων της εταιρίας «...» προς απόδειξη της αξιοπιστίας της.». Κατόπιν των ανωτέρω, με την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. ...απόφαση έγινε δεκτή η ως άνω Γνωμοδότηση της Επιτροπής περί ανεπάρκειας των επανορθωτικών μέτρων της εταιρίας μας, και συνακόλουθα η εταιρία μας αποκλείστηκε από τον Διαγωνισμό. (γ) Εν όψει των ανωτέρω, η αιτιολογία περί ανεπάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων αυτοκάθαρσης παρίσταται ελλιπής και συγκεκριμένα διότι: Σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ. 7 ν. 4412/2016 «7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και

τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας παραγράφου κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση.». Εξάλλου όπως έχει κριθεί ο λόγος αποκλεισμού που προβλέπει η εν λόγω διάταξη του ν. 4412/2016 (αντίστοιχο είναι το άρθρο 57παρ.1-6 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ως «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα» συνιστά έννοια η οποία αντιστοιχεί στην παραβίαση αρχών που αφορούν την ηθική, την αξιοπρέπεια ή την επαγγελματική συνείδηση. Η παραβίαση αυτή θεμελιώνει επαγγελματική ευθύνη αυτού που τη διέπραξε μέσω, ιδίως, της κινήσεως πειθαρχικής διαδικασίας από τους αρμόδιους επαγγελματικούς φορείς ή ποινικής διαδικασίας για προσπάθεια απάτης σε άλλες διαγωνιστικές διαδικασίες κ.λπ. (Ε.Α ΣτΕ 403/2010). Για την εκτίμηση της τέλεσης ή μη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να λάβει υπόψη της οποιοδήποτε πρόσφορο στοιχείο που υποπίπτει στην αντίληψή της, χωρίς να κωλύεται η Αναθέτουσα Αρχή από το γεγονός ότι ο διαγωνισμός έχει φθάσει σε στάδιο κατακύρωσης (ΣτΕ 1668/2012). Για τη διαπίστωση της ύπαρξης «σοβαρού παραπτώματος» απαιτείται, κατ' αρχήν, να πραγματοποιηθεί συγκεκριμένη εκτίμηση και να εξατομικευθεί η στάση του οικείου οικονομικού φορέα (σκέψη 31 - υπόθεση C 465/11). Οι ανωτέρω

διατάξεις που προβλέπουν δυνατότητα αξιολόγησης και μη αποδοχής των μέτρων αυτοκάθαρσης του έχοντος υποπέσει σε παράπτωμα παρέχουν υπερβολικά ευρεία διακριτική ευχέρεια στα αρμόδια όργανα, χωρίς να προκύπτει ποια είναι τα όρια της συγκεκριμένης διακριτικής ευχέρειας και πότε τα επικαλούμενα μέτρα μπορεί να θεωρηθούν επαρκή ή ανεπαρκή. Αντίθετα, από μόνη τη διατύπωση του νόμου «Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής», δεν προκύπτει για ποιους λόγους τα μέτρα αυτά μπορεί να θεωρηθούν ανεπαρκή, ποια δικαιολογητικά απαιτούνται ή έστω να παρέχεται εξουσιοδότηση στον κανονιστικό νομοθέτη προκειμένου να καθορίσει το ειδικότερο περιεχόμενο των απαιτούμενων δικαιολογητικών απόδειξης όσων επικαλείται κάθε εταιρία κ.λπ. Κατ' επέκταση, οι συγκεκριμένες διατάξεις, καθ' ο μέρος παρέχουν τέτοια υπερβολικά ευρεία διακριτική ευχέρεια για την απόρριψη των επικαλούμενων μέτρων αυτοκάθαρσης πρέπει να θεωρηθούν ανίσχυρες και μη εφαρμοστέες (πρβλ σχετικώς ΣτΕ 3038/2008 Ολομ σκέψη 8 και Σ.τ.Ε. (Ολομ) 3316/2014 σκέψη 8) και μέχρι τη διόρθωση των σχετικών διατάξεων τα επικαλούμενα μέτρα αυτοκάθαρσης πρέπει να θεωρούνται ως κατά τεκμήριο επαρκή. Σε κάθε περίπτωση, εφόσον ήθελε κριθούν ως συνταγματικά ανεκτές οι συγκεκριμένες ρυθμίσεις, επισημαίνονται τα ακόλουθα: Στην αιτιολογική σκέψη (102) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ προβλέπονται τα εξής: «Θα πρέπει, ωστόσο, να επιτρέπεται στους οικονομικούς φορείς να υιοθετούν μέτρα συμμόρφωσης με στόχο την άρση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων και την αποτελεσματική πρόληψη των παρανομιών. Τα εν λόγω μέτρα μπορεί να συνίστανται ιδίως σε μέτρα που αφορούν το προσωπικό και την οργάνωση, όπως είναι η διακοπή όλων των δεσμών με πρόσωπα ή οργανισμούς που εμπλέκονται στην παράνομη συμπεριφορά, κατάλληλα μέτρα αναδιοργάνωσης προσωπικού, η εφαρμογή συστημάτων υποβολής εκθέσεων και ελέγχου, η δημιουργία δομής εσωτερικού ελέγχου για την παρακολούθηση της συμμόρφωσης και η έγκριση εσωτερικών κανόνων

ευθύνης και αποζημίωσης. Όταν τα εν λόγω μέτρα προσφέρουν επαρκείς εγγυήσεις, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν θα πρέπει πλέον να αποκλείεται για αυτούς τους λόγους και μόνον. Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να ζητούν να εξετάζονται τα μέτρα συμμόρφωσης που λαμβάνονται με σκοπό την πιθανή συμμετοχή τους στη διαδικασία προμήθειας. Θα πρέπει, εντούτοις, να εναπόκειται στα κράτη μέλη να καθορίζουν τους ακριβείς διαδικαστικούς και ουσιαστικούς όρους που θα ισχύσουν σε τέτοιες περιπτώσεις. Θα πρέπει ειδικότερα να έχουν την ελευθερία να αποφασίζουν αν επιθυμούν να επιτρέπουν στις επιμέρους αναθέτουσες αρχές να προβαίνουν οι ίδιες στις σχετικές αξιολογήσεις ή να αναθέτουν το καθήκον αυτό σε άλλες αρχές, σε κεντρικό ή μη επίπεδο». Κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν [βλ. συναφώς Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004, αρ. περ. 642 Β . Καψάλη, «Η αιτιολογία ως ουσιώδης τύπος των ατομικών διοικητικών πράξεων: μια υποβαθμισμένη διαδικαστική εγγύηση», ΕφημΔΔ 4/2010, σελ. 568 (σελ. 571 επ.). Ο, δε, επί της αιτιολογίας έλεγχος συνιστά γνήσιο έλεγχο της διακριτικής εξουσίας και «η διείσδυση του ελέγχου εντός της ουσιαστικής ορθότητας της αιτιολογίας και, επομένως, του πορίσματος που προέκυψε από την άσκηση της διακριτικής εξουσίας, δεν σημαίνει έλεγχο της σκοπιμότητας αυτού, αλλά αναζήτηση της ενδεχόμενης ασυμφωνίας αυτού προς τα άκρα όρια της διακριτικής εξουσίας» (βλ. Μ. Στασινόπουλο, Δίκαιον των Διοικητικών Πράξεων,..., 1982, σελ. 341 και σελ. 381). Οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης, και, της αναλογικότητας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, τότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π.

Δαγτόγλου Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191) (ΑΕΠΠ Σ626/2021). Έτσι, η απόφαση με την οποία αναθέτουσα αρχή διαπιστώνει την επάρκεια ή ανεπάρκεια των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων, σύμφωνα με το άρθρο 73 ν. 4412/2016, πρέπει να περιέχει σαφή, ειδική και επαρκή αιτιολογία περί του εάν οι πράξεις επιβολής προστίμων, δεδομένων των επανορθωτικών μέτρων, επηρεάζουν ή όχι τη φερεγγυότητα και την επαγγελματική αξιοπιστία του οικονομικού φορέα για την εκτέλεση του συγκεκριμένου υπό ανάθεση έργου, με ποιο τρόπο την επηρεάζουν και γιατί την επηρεάζουν (ΑΕΠΠ Σ1603/2020, Σ626/2021). Έτσι, κατά την έννοια των λόγων αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, στην περίπτωση κατά την οποία υποβάλλεται ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ΤΕΥΔ με το οποίο ο οικονομικός φορέας δηλώνει ότι συντρέχει τέτοιος λόγος, αυτός δεν αποκλείεται αυτόματα, όπως θα συνέβαινε εάν ενέπιπτε στην παρ. 1 του άρθρου 73 του εν λόγω νόμου, είναι, όμως, δυνατόν να αποκλεισθεί εφόσον η αναθέτουσα αρχή κρίνει αιτιολογημένα ότι το παράπτωμα επηρεάζει τη φερεγγυότητα ή την επαγγελματική αξιοπιστία του (ΑΕΠΠ 856/2018, 265/2019). Ειδικότερα, προκειμένου η απόφαση περί ανεπάρκειας των ληφθέντων μέτρων να είναι αιτιολογημένη, πρέπει να περιέχει τα εξής στοιχεία:

α) για ποιους λόγους έκαστο των υποβληθέντων επανορθωτικών μέτρων κρίνεται ανεπαρκές, β) να εξειδικεύεται σε τι συνίσταται η έλλειψη απόδειξης επάρκειάς τους και ποιο ακριβώς ήταν το αποδεικτέο ζήτημα που δεν αποδείχθηκε στην προκείμενη περίπτωση και γ) να γίνεται *ad hoc* αξιολόγηση των επικαλούμενων επανορθωτικών μέτρων σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του παραπτώματος, ως επιτάσσει η παρ. 7 του άρθρου 73 ν.4412/2016 (βλ. απόφαση ΑΕΠΠ 1397/2019, σκ. 18). Είναι δε προφανές ότι για τη διαμόρφωση της κρίσης περί επάρκειας ή ανεπάρκειας των επανορθωτικών μέτρων πρέπει να συνεκτιμηθούν όλα τα επικαλούμενα επανορθωτικά μέτρα και η παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να αποφανθεί αιτιολογημένα επί της επάρκειας κάποιου επανορθωτικού μέτρου καθιστά την

αιτιολογία της απόφασης ελλιπή και πλημμελή. Επισημαίνεται ότι η Α.Ε.Π.Π. οφείλει να εξετάζει τη νομιμότητα της αιτιολογίας της μη σύμφωνης γνωμοδότησης της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ.9 του ν.4412/2016, η πλημμέλεια της οποίας επηρεάζει τη νομιμότητα της πράξης της αναθέτουσας αρχής που προσβάλλεται με προδικαστική προσφυγή, διότι τυχόν άρνηση της Α.Ε.Π.Π. να ελέγξει τις πλημμέλειες της αιτιολογίας της μη σύμφωνης γνώμης, που καθιστά υποχρεωτικό τον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα από τον διαγωνισμό, συνεπάγεται την αδυναμία δικαστικής αμφισβήτησης αυτού του αποκλεισμού, κατά παράβαση των οριζόμενων στα άρθρα 360 και 367 του ν.4412/2016 και του δικαιώματος δικαστικής προστασίας (βλ. ΔΕφ Αθ 94/2020, 1716/2020). Στην υπό κρίση περίπτωση: i) Η εταιρία μας παρέθεσε τα ανωτέρω αναφερόμενα μέτρα αυτοκάθαρσης ώστε να δικαιολογήσει και να τεκμηριώσει την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της και τη φερεγγυότητά της για την εκτέλεση του εν θέματι έργου, με τα οποία αποδεικνύει ότι οι κυρώσεις της εργατικής νομοθεσίας που της επιβλήθηκαν είναι μεμονωμένες, οφείλονται σε κακό προγραμματισμό και αλλαγές της τελευταίας στιγμής και περαιτέρω έχει λάβει μια σειρά από μέτρα για να διασφαλίσει ότι δεν θα γίνουν ξανά τα ίδια σφάλματα και ότι συνεπώς δεν επηρεάζεται η επαγγελματική καταλληλότητά της εταιρίας μας για την εκτέλεση του εν θέματι έργου. ii) Η αρνητική σύμφωνη γνώμη της Γνωμοδοτικής Επιτροπής του άρθρου 73 Ν. 4412/2016 δεν είναι επαρκώς αιτιολογημένη, καθόσον ΔΕΝ έγινε ad hoc αξιολόγηση όλων των επικαλούμενων μέτρων, παρότι σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ. 7 «Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος». Στην προκειμένη περίπτωση, όσον αφορά την εταιρία μας, έγινε όπως αποσπασματική και γενική - και όχι ειδική- αξιολόγηση των επικαλούμενων επανορθωτικών μέτρων, και μάλιστα όχι όλων, αλλά επιλεκτικά μόνο ορισμένων εξ αυτών. Η οικεία Γνωμοδοτική Επιτροπή αρκείται σε μια γενικόλογη αναφορά περί μη επάρκειας των

τεχνικών μέτρων και των μέτρων σε επίπεδο προσωπικού, χωρίς να εξειδικεύει σε ποιο ακριβώς αναφέρεται και σε τι συνίσταται η ανεπάρκεια αυτή, ενώ ουδόλως γίνεται εκτίμηση των επικαλούμενων μέτρων αυτοκάθαρσης σε σχέση με τη βαρύτητα των επιβληθεισών κυρώσεων, το μέγεθός τους, το μέγεθος της εταιρίας, τις εν γένει περιστάσεις επιβολής των κυρώσεων, όπως αυτές προκύπτουν από τις κατατεθειμένες προσφυγές μας και την εν γένει σοβαρότητα και επίπτωση του αποδιδόμενου παραπτώματος στη συμπεριφορά και τη φερεγγυότητα της εταιρίας μας για να εκτελέσει το εν θέματι έργο (πρβλ. ΑΕΠΠ 1397/2019626/2021). Άλλωστε, η κρίση της Επιτροπής περί ανεπάρκειας των ληφθέντων μέτρων αυτοκάθαρσης είναι πλημμελώς αιτιολογημένη, διότι αν και αναφέρει η αρμόδια Επιτροπή αναλυτικά όλα τα στοιχεία και έγγραφα που έλαβε υπόψη η προσβαλλόμενη απόφαση, ωστόσο, ουδόλως αναφέρει με την αιτιολογία της κάποια - κατά την κρίση της - κατηγοριοποίηση των στοιχείων και εγγράφων που υπεβλήθησαν ενώπιόν της, ήτοι δεν συστοιχεί τις δοθείσες πληροφορίες και τα προσκομισθέντα προς απόδειξη έγγραφα, με την απαίτηση του αρ. 1.1.3.5. της διακήρυξης περί απόδειξης λήψης συγκεκριμένων τεχνικών και οργανωτικών μέτρων καθώς και μέτρων σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλων για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Περαιτέρω, δεν προβαίνει σε επαρκή τοποθέτηση αν όχι ανάλυση περί της αδυναμίας με το σύνολο των επικαλούμενων επανορθωτικών μέτρων αποφυγής περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων και δη σε συνάρτηση με τις ιδιαίτερες περιστάσεις του παραπτώματος, άλλως υπό ευρύτερη έννοια δεν εξειδικεύει η αιτιολογία της προσβαλλόμενης, για ποιο ειδικότερο λόγο τα επικαλούμενα και προσκομισθέντα έγγραφα δεν παρέχουν επαρκή τεκμηρίωση ως προς την αξιοπιστία της επιχείρησης (βλ. απόφαση ΑΕΠΠ Σ1603/2020 ad hoc για τα ίδια επανορθωτικά μέτρα της εταιρίας μας). Συγκεκριμένα, όπως αναλυτικώς έχει εκτεθεί και προς την Αναθέτουσα αρχή, η εταιρία μας, μετά την επιβολή των επίμαχων διοικητικών κυρώσεων, έλαβε

σταδιακά μια σειρά οργανωτικών μέτρων για τη διασφάλιση της τήρησης της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, προσπαθώντας να συντονίσει λογιστήριο, επόπτες, έργων και τη νομική υπηρεσία της σε 24ωρη βάση. Από το περιεχόμενο των διοικητικών κυρώσεων και των αντιστοίχων προσφυγών που προσκομίσαμε προκύπτει ότι σε όλες τις περιπτώσεις τα πρόστιμα αφορούσαν μεμονωμένες περιπτώσεις 1-2 εργαζομένων κάθε φορά επί συνόλου 300-400 εργαζομένων που συνολικώς απασχολούμε για τους οποίους έγινε τελευταία στιγμή αλλαγή προγράμματος και δεν έγινε έγκαιρη καταχώρησή τους κ.λπ. Τα μέτρα που ελήφθησαν από την εταιρία μας επέτυχαν να ελαχιστοποιήσουν τα σφάλματα αυτά, διότι προδήλως όσα έγιναν δεν έγιναν εσκεμμένα από την εταιρία μας, ούτε μαρτυρούν οι συγκεκριμένες διαπιστωθείσες περιστάσεις ροπή της εταιρίας μας σε μη τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, εφόσον η εταιρία μας ελέγχεται σταθερά και κατάπεριόδους ιδιαίτερα συχνά από όλους τους ελεγκτικούς μηχανισμούς. Προς απόδειξη τούτου, ουδέν άλλο πρόστιμο της εργατικής νομοθεσίας μας επιβλήθηκε τους τελευταίους 16 μήνες, ήτοι έως και σήμερα. Τα παραπάνω δεδομένα, ήτοι η έκταση της παραβατικότητας, το μέγεθος της επιχείρησης κ.λπ. ουδόλως εκτιμήθηκαν αιτιολογημένα με βάση την αρχή της αναλογικότητας στην προκειμένη περίπτωση, με αποτέλεσμα η κρίση περί μη επάρκειας των επικαλούμενων μέτρων να είναι ανεπαρκής, όχι εξειδικευμένη και άρα όλως εσφαλμένη και αναιτιολόγητη. Τα επικαλούμενα από την εταιρία μας μέτρα έπρεπε να εξεταστούν από την αρμόδια Γνωμοδοτική Επιτροπή σε συνάρτηση με κάθε επιβληθείσα κύρωση και όχι αποσπασματικά επί τη βάση γενικών πιθανολογήσεων περί εν γένει παραβατικότητας της εταιρίας μας και δήθεν σοβαρότητας των συγκεκριμένων παραβάσεων καθ'αυτών. Συγκεκριμένα, όπως είναι ευχερώς διαπιστώσιμο από τις επιβληθείσες στην εταιρία μας κυρώσεις της εργατικής νομοθεσίας και από την επισκόπηση των αντίστοιχων προσφυγών που ασκήθηκαν, όλες οι κυρώσεις αφορούν μη τήρηση του προγράμματος εργασίας από τους ανά φύλαξη εργαζομένους της

εταιρίας μας. Η διαπίστωση των παραβάσεων αφορά φυλάξεις της εταιρίας μας σε ..., ..., ..., ενώ η έδρα της εταιρίας μας είναι στη Με βάση τα δεδομένα αυτά είναι ευχερώς αντιληπτό ότι όλες οι διαπιστωθείσες παραβάσεις οφείλονταν σε κακή επόπτευση της λειτουργίας της εταιρίας μας και όχι σε πρόθεση καταστρατήγησης της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, στο μέτρο που απασχολούμε ετησίως 400 εργαζομένους κατά μέσο όρο, χωρίς να διαπιστωθεί ουδέν άλλο παράπτωμα παρά τους συνεχείς και αδιάκοπους ελέγχους που υφίστανται όλες οι επιχειρήσεις φύλαξης, Σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας και την κοινή λογική, το πρόβλημα της εταιρίας μας ήταν η κακή οργάνωση και επόπτευση. Εξ αυτού του λόγου, η εταιρία μας έλαβε σειρά οργανωτικών μέτρων, τα οποία περιέγραψε, ώστε να συνεργάζεται καλύτερα το προσωπικό της εταιρίας μας, καθιερώνοντας 24ωρη επόπτευση των έργων και του προσωπικού με επόπτες, οι ανέλαβαν το συγκεκριμένο καθήκον με ταυτόχρονη συνεργασία λογιστηρίου και δικηγόρου, ο οποίος λόγω της φύσης της εργασίας, είναι διαρκώς σε ετοιμότητα και μπορεί ανά πάσα στιγμή να επιλύσει ζητήματα και απορίες ως προς τον τρόπο ενδεδειγμένου και ορθής τήρησης της εργατικής νομοθεσίας. Επιπλέον, ίδρυσε τμήμα στο Λογιστήριο της εταιρίας για τη διαρκή επόπτευση της τροποποίησης και τήρησης των συμβάσεων και την εκπαίδευση του προσωπικού σε ζητήματα τήρησης της εργατικής νομοθεσίας. Τα παραπάνω περιγραφόμενα μέτρα ήταν κατάλληλα για την επίτευξη του σκοπού της μη επιβολής εκ νέου κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας, πράγμα το οποίο επιβεβαιώνεται εκ του ότι το τελευταίο έτος ουδεμία κύρωση μας έχει επιβληθεί εκ νέου. Περαιτέρω, όπως προκύπτει από την προσκομισθείσα φορολογική ενημερότητα, η εταιρία μας έχει καταβάλει πάσης φύσεως οφειλή της προς το Δημόσιο ή εν πάση περιπτώσει βρίσκεται σε διακανονισμό με καταβολή δόσεων. Ο τρόπος, λοιπόν, καταβολής των προστίμων, τα οποία σημειωτέον βεβαιώθηκαν στην ΔΟΥ και έχουν ήδη εξοφληθεί, ουδόλως είναι νομικά κρίσιμος για την κρίση περί της επάρκειας ή

μη των μέτρων αυτοκάθαρσης που έλαβε η εταιρία μας. Το ότι η εταιρία μας άσκησε αντίστοιχες προσφυγές ή δεν επικαλείται αναστολή των επίμαχων κυρώσεων δεν συνεπάγεται ούτε έλλειψη συμμόρφωσής της με τις επιβληθείσες διοικητικές κυρώσεις, ούτε άνευ ετέρου ανεπάρκεια των ληφθέντων μέτρων αυτοκάθαρσης. Απεναντίας, η εταιρία μας έλαβε, καθ' όλο το διάστημα αυτό, πολυάριθμα μέτρα αυτοκάθαρσης, τα οποία ουδόλως αξιολογήθηκαν αυτοτελώς σε συνάρτηση με το είδος των παραβάσεων και τις συντρέχουσες περιστάσεις. Άλλωστε, η Γνωμοδοτική Επιτροπή ουδόλως αιτιολογεί με ποιον τρόπο πλήττεται η αξιοπιστία της εταιρίας μας παρά τη λήψη όλων των ανωτέρω μέτρων που έχουν αναλυτικώς περιγραφεί και τεκμηριωθεί, μολονότι μάλιστα από πλευράς μας επικαλούμαστε συγκεκριμένα στοιχεία που αποδεικνύουν την αποκατάσταση της αξιοπιστίας μας, όπως ότι δεν έχει επιβληθεί στην εταιρία μας κανένα πρόστιμο για διάστημα τουλάχιστον 16 μηνών, παρά τους συχνούς ελέγχους που έχουν γίνει. Ειδικότερα, ουδεμία κρίση διατυπώνεται στο πώς και το γιατί η εταιρία μας δεν είναι αξιόπιστη για να εκτελέσει το συγκεκριμένο μικρού προϋπολογισμού έργο φύλαξης, λόγω του συγκεκριμένου είδους επαγγελματικού παραπτώματος στο οποίο έχει υποπέσει και πώς αυτό επηρεάζει παρά τα ληφθέντα μέτρα την αξιοπιστία και φερεγγυότητα της εταιρίας μας, ενόψει της συμμετοχής μας στο συγκεκριμένο έργο. Η μη επάρκεια των τεχνικών και οργανωτικών μέτρων και των μέτρων σε επίπεδο προσωπικού που αποδίδεται στην εταιρία μας είναι εσφαλμένη καθόσον η εταιρία μας έχει καταθέσει όλα τα αποδεικτικά έγγραφα που πιστοποιούν την πλήρη συμμόρφωση της προς τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας, ενώ παράλληλα και με το έγγραφο του ΤΕΥΔ απέδειξε και την πληθώρα αλλά και την επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων που έχει λάβει. Από τα εν λόγω έγγραφα διαφαίνεται η συντονισμένη προσπάθεια που έχει καταβάλλει η εταιρία μας για την καταπολέμηση οποιασδήποτε ενδεχόμενης παραβατικής συμπεριφοράς καθώς και η πρόθεση μας να μην επαναληφθούν τέτοια φαινόμενα στο μέλλον. Αντιθέτως, η Πράξη της Γνωμοδοτικής

Επιτροπής πάσχει διότι δεν διερευνήθηκε εξειδικευμένα και μεμονωμένα η αποτελεσματικότητα όλων των μέτρων που έχουν ληφθεί, δεν αναφέρθηκε σε τι συνίσταται ακριβώς η ανεπάρκεια κάθε επανορθωτικού μέτρου και ουδόλως εκτιμήθηκαν τα μέτρα συνδυαστικώς μεταξύ τους και περαιτέρω με τη βαρύτητα των τελεσθεισών παραβάσεων. Ως εκ τούτου, η μη σύμφωνη γνώμη της οικείας Γνωμοδοτικής Επιτροπής για την επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων της εταιρίας μας ερείδεται σε πλημμελή αιτιολογία. Ειδικότερα, η αρμόδια Γνωμοδοτική δεν εξέφρασε καμία απολύτως κρίση για τα ακόλουθα μέτρα που αναφέραμε στο ΤΕΥΔ μας, και αποδείξαμε με τα κατάλληλα έγγραφα: 1) Το γεγονός ότι έχουμε καθιερώσει στενή συνεργασία σε 24ωρη βάση με σύστημα ενδοεπικοινωνίας εκπροσώπου εταιρίας, λογιστηρίου, λογιστή, επόπτη έργου και εργαζομένων ώστε να αποφεύγεται κάθε σφάλμα ή αβλεψία. Σημειώνεται ότι ο λογιστής της εταιρίας μας καθώς και εξειδικευμένο γραφείο λογιστικής με το οποίο συνεργαζόμαστε είναι σε ετοιμότητα σε 24ώρη βάση ώστε να προλαμβάνουν κάθε αβλεψία και κάθε αιφνίδια αλλαγή προγράμματος ή αναγκών σε όλα τα έργα ανά την Επικράτεια τα οποία εκτελούμε. 2) Το γεγονός ότι παραδίνονται τα προγράμματα εργασίας στο προσωπικό, τα οποία υπογράφουν, ώστε να μπορούμε να διασφαλίσουμε ότι λαμβάνουν σωστά το πρόγραμμά τους και να αποφεύγονται οι πολλές αλλαγές, δεδομένου ότι τα επιβληθέντα πρόστιμα οφείλονται πρωτίστως σε κακό προγραμματισμό και έλλειψη συνεννόησης. Έτσι, έχει ήδη επιτευχθεί να μην επιβληθούν περισσότερα πρόστιμα της εργατικής νομοθεσίας στην εταιρία μας (πλην των συγκεκριμένων) παρά το ότι διατηρεί μεγάλο αριθμό προσωπικού σε πληθώρα έργων ανά την Ελλάδα, το οποίο αποδεικνύει την επιτυχία του συγκεκριμένου μέτρου. 3) Το γεγονός ότι κάθε μήνα διενεργείται έλεγχος για την διαπίστωση τυχόν παραλείψεων από εξειδικευμένο κλιμάκιο της εταιρίας μας ώστε να αποφευχθεί κάθε είδους παρατυπία στην εφαρμογή της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, της νομοθεσίας υγιεινής και ασφάλειας της εργασίας. 4) Το γεγονός ότι εξειδικευμένο γραφείο νομικής

υποστήριξης με το οποίο συνεργαζόμαστε είναι σε ετοιμότητα σε 24ώρη βάση και επιβλέπει όλα τα μέτρα που έχουν ληφθεί για την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας όσον αφορά το προσωπικό που απασχολούμε σε όλη την Ελλάδα. 5) Το γεγονός ότι έχουμε καθιερώσει στενή συνεργασία σε 24ωρη βάση με σύστημα ενδοεπικοινωνίας εκπροσώπου εταιρίας, λογιστηρίου, λογιστή, επόπτη έργου και εργαζομένων ώστε να αποφεύγεται κάθε σφάλμα ή αβλεψία. Ο λογιστής της εταιρίας μας καθώς και εξειδικευμένο γραφείο λογιστικής με το οποίο συνεργαζόμαστε είναι σε ετοιμότητα σε 24ώρη βάση ώστε να προλαμβάνουν κάθε αβλεψία και κάθε αιφνίδια αλλαγή προγράμματος ή αναγκών σε όλα τα έργα ανά την Επικράτεια τα οποία εκτελούμε. 6) Το γεγονός ότι η εταιρία έχει συστήσει μια νέα και ξεχωριστή Διεύθυνση εντός του Τμήματος του Λογιστηρίου της εταιρίας, την Διεύθυνση Υποβολής στο ΕΡΓΑΝΗ Τροποποιητικών Ε4 Πινάκων Προσωπικού. Οι αρμοδιότητες της νέας αυτής Διεύθυνσης που έχει συσταθεί έχουν καθοριστεί μέσω του υπ. αριθμ. 503 /23-9-2019 πρακτικού της έκτακτης γενικής συνέλευσης της εταιρίας μας υπό την παρουσία συμβολαιογράφου. Άλλωστε, προσκομίσαμε το πρακτικό σύστασης της εν λόγω Διεύθυνσης, ώστε δεν υπήρχε καμία αμφιβολία για την ύπαρξη αυτής. 7) Το γεγονός ότι οι παραβάσεις αφορούν μεμονωμένο αριθμό περιπτώσεων από τους συνολικά 300 εργαζομένους της εταιρίας μας και οφείλονται πάντοτε σε σφάλματα εκ παραδρομής λόγω συνεννοήσεων των εργαζομένων για αλλαγή βάρδιας χωρίς να ενημερωθεί πρώτα το λογιστήριο της εταιρίας και επ' ουδενί δεν οφείλονται σε πρόθεση της εταιρίας μας. Άλλωστε, έχουμε ασκήσει προσφυγές για όλα τα πρόστιμα, και συνεπώς αυτά δεν έχουν τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. 8) Το γεγονός ότι κάθε μήνα διενεργείται έλεγχος για την διαπίστωση τυχόν παραλείψεων από εξειδικευμένο κλιμάκιο της εταιρίας μας ώστε να αποφευχθεί κάθε είδους παρατυπία στην εφαρμογή της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, της νομοθεσίας υγιεινής και ασφάλειας της εργασίας. 9) Το γεγονός ότι η εταιρία μας έχει συνάψει ασφαλιστήριο

συμβόλαιο αστικής και επαγγελματικής και εργοδοτικής ευθύνης για οποιαδήποτε ζημία προκληθεί για πάσης φύσεως ζήτημα, ενώ η οικονομική επιφάνεια της εταιρίας είναι τέτοια που επαρκεί για να επανορθώσει οποιαδήποτε ζημία αν τυχόν προκύψει στο μέλλον. Συνεπώς, η αρμόδια Γνωμοδοτική Επιτροπή παρέλειψε να αξιολογήσει πολλά από τα επανορθωτικά μέτρα και στοιχεία αποκατάστασης της αξιοπιστίας της, που επικαλέστηκε η εταιρία μας, με συνέπεια η κρίση της να παρίσταται πλημμελώς αιτιολογημένη, διότι είναι προφανές ότι αν η Επιτροπή είχε εξετάσει συνδυαστικά το σύνολο των επανορθωτικών μέτρων που επικαλέστηκε η εταιρία μας, ως όφειλε, η κρίση της επί της επάρκειας των μέτρων μπορεί να ήταν τελείως διαφορετική. Τούτο διότι η αποκατάσταση της αξιοπιστίας της εταιρίας μας ερείδεται σε έναν συνδυασμό μέτρων, και συνεπώς αν δεν εξεταστούν όλα και σε συσχετισμό μεταξύ τους, είναι αδύνατο να εξαχθεί ασφαλής κρίση για την επάρκεια των μέτρων. Εν όψει των ανωτέρω, δεν υπήρξε από πλευράς της αρμόδιας Γνωμοδοτικής Επιτροπής και εν συνεχεία της αναθέτουσας αρχής αιτιολογημένη κρίση σχετικά με την επάρκεια ή ανεπάρκεια ενός εκάστου των ως άνω αναφερόμενων οργανωτικών μέτρων αυτοκάθαρσης, με τα οποία η εταιρία μας πέτυχε την κατάλληλη εκπαίδευση του προσωπικού της, ώστε να μην γίνονται σφάλματα από αβλεψία, και περαιτέρω πέτυχε να έχει 24ωρη πλήρη εποπτεία των εργαζομένων, των προγραμμάτων τους και τυχόν αλλαγών αυτών, με τη συνδρομή εξειδικευμένων επαγγελματιών (λογιστών και δικηγόρων), με αποτέλεσμα για πάνω από 16 μήνες να μην έχει επιβληθεί στην εταιρία κανένα απολύτως πρόστιμο για παράβαση της εργατικής νομοθεσίας. Αντίθετα, ως προς τα παραπάνω οργανωτικά μέτρα αναδιοργάνωσης του προσωπικού και της επόπτευσης αυτού, η Γνωμοδοτική Επιτροπή αρκέστηκε στην όλως γενική και αόριστη αναφορά: «Τα αναφερόμενα ως οργανωτικά μέτρα αυτοκάθαρσης και θέματα προσωπικού δεν αποδεικνύουν συμμόρφωση με τις επιβληθείσες αποφάσεις προστίμων λόγω παράβασης της εργατικής νομοθεσίας. Από τα

έγγραφα που προσκομίζει η ως άνω εταιρεία δεν προκύπτει ότι έχει καταβάλει τα πρόστιμα που της επιβλήθηκαν με τις ως άνω αποφάσεις του Οι παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας δεν αφορούσαν ελλιπή εκπαίδευση του προσωπικού, ούτε συνεπώς τα σχετικά μέτρα εκπαίδευσης μπορούν να θεωρηθούν ως μέτρα αυτοκάθαρσης για τα συγκεκριμένα παραπτώματα.». Η ως άνω αναφορά σε καμία περίπτωση δεν καλύπτει την υποχρέωση για σαφή, ειδική και επαρκή αιτιολογία περί της επάρκειας ή μη των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων, όπως άλλωστε έχει ήδη κριθεί από την ΑΕΠΠ σε όμοιες υποθέσεις για την εταιρία μας (ΑΕΠΠ Σ1603/2020, 1397/2019 Σ626/2021 σκ.22). Συνεπώς, η Γνωμοδοτική Επιτροπή που παρείχε αρνητική σύμφωνη γνώμη ως προς την επάρκεια των μέτρων της εταιρίας μας, στο μέτρο που αρκέστηκε σε γενικόλογες και αυθαίρετες κρίσεις ως προς τα περισσότερα από τα ληφθέντα μέτρα, αγνοώντας μάλιστα τη διαφορετική κρίση της επί ιδίων μάλιστα περιπτώσεων, και παραλείποντας να εξετάσει αρκετά από τα επικαλούμενα μέτρα αυτοκάθαρσης της εταιρίας μας, και περαιτέρω τα αποδεικτικά στοιχεία που επικαλεστήκαμε προς απόδειξη της αποκατάστασης της αξιοπιστίας μας, το οποίο αν είχε πράξει, η κρίση της επί της επάρκειας των μέτρων ενδεχομένως να ήταν διαφορετική, έσφαλε και επομένως τόσο η αρνητική σύμφωνη γνώμη όσο και η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής που την υιοθέτησε στη συνέχεια πιθανολογούνται ως πλημμελώς αιτιολογημένες και είναι ακυρωτές. Για όλους τους παραπάνω λόγους, η αιτιολογία της κρίσης περί ανεπάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης της εταιρίας μας είναι προδήλως ελλιπής και πλημμελής και δεν καλύπτει την υποχρέωση για σαφή, ειδική και επαρκή αιτιολογία περί της επάρκειας ή μη των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων.

ΤΡΙΤΟΝ: Δεν συντρέχει πλέον για την εταιρία μας ο λόγος αποκλεισμού της περ. γ' της παρ.2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, διότι κατά τα τελευταία δύο έτη επιβλήθηκε στην εταιρία μας μόνο μία πράξη επιβολής προστίμου για παράβαση της εργατικής νομοθεσίας – Η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε

κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, διότι η από 16-10-2020 Γνωμοδότηση της Επιτροπής κατέστη ανεπίκαιρη μέχρι την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης στις 2-2-2021. (α) Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 2.2.3 της Διακήρυξης «Λόγοι αποκλεισμού», αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαγωνιστική διαδικασία οικονομικός φορέας στον οποίο επιβλήθηκαν τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, εφόσον αυτές έχουν επιβληθεί μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς. Συνεπώς, τυχόν επιβολή κυρώσεων για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας σε χρονικό σημείο προγενέστερο των 2 ετών είναι απολύτως αδιάφορη, ΔΕΝ δύναται να οδηγήσει σε αποκλεισμό του οικονομικού φορέα και ο τελευταίος ΔΕΝ έχει υποχρέωση να αναφέρει τις συγκεκριμένες παραβάσεις στο ΕΕΕΣ του ούτε να επικαλεστεί μέτρα αυτοκάθαρσης, διότι άλλωστε εξ αρχής δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού του.Επομένως, από τις έξι παραβάσεις υψηλής σοβαρότητας που έχουν καταλογιστεί στην εταιρία μας, οι πέντε εξ αυτών αφορούν το έτος 2018, και επομένως στις 2-2-2021, οπότε εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση, είχε παρέλθει το κρίσιμο χρονικό διάστημα των δύο ετών, και άρα ΔΕΝ συνέτρεχε πλέον για την εταιρία μας ο λόγος αποκλεισμού που αφορά την επιβολή προστίμων για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας. Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή παρανόμως απέρριψε την προσφορά της εταιρίας μας, μολονότι δεν συντρέχει πλέον ο λόγος αποκλεισμού της παρ.2γ του άρθρου 73 ν. 4412/2016, διότι έχει παρέλθει το κρίσιμο χρονικό διάστημα των δύο ετών ήδη από τον Δεκέμβριο του 2020.Στην υπό κρίση περίπτωση, η Γνωμοδότηση της Επιτροπής της παρ.9 του άρθρου 73 ν. 4412/2016 για την επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων της εταιρίας μας ελήφθη στην από 16-10-2020 Συνεδρίαση της Επιτροπής. Έκτοτε, και μέχρι την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης στις 2-2-2021, παρήλθε χρονικό διάστημα 3,5

μηνών, εντός του οποίου μάλιστα επήλθε ουσιώδης μεταβολή των κρίσιμων δεδομένων που αφορούν την εταιρία μας, με αποτέλεσμα η εκδοθείσα Γνωμοδότηση της Επιτροπής να έχει καταστεί χρονικά και ουσιαστικά ανεπίκαιρη. Συγκεκριμένα, με βάση όσα παραπάνω αναφέρθηκαν, ήδη από τον Δεκέμβριο του 2020, παρήλθε το κρίσιμο χρονικό διάστημα των 2 ετών από την επιβολή των προστίμων για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας στην εταιρία μας και πλέον δεν συντρέχει καν για την εταιρία μας ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού. Συνεπώς, εκ του νόμου θεωρείται πλέον δεδομένη και αδιαμφισβήτητη η αποκατάσταση της αξιοπιστίας της εταιρίας μας, και δεν συντρέχει ήδη από τον Δεκέμβριο λόγος να αναφέρουμε στο ΕΕΕΣ μας τα πρόστιμα του 2018, και πολύ περισσότερο δεν υπάρχει λόγος να επικαλούμαστε μέτρα αυτοκάθαρσης. Το γεγονός αυτό συνιστά προδήλως ουσιώδη μεταβολή των κρίσιμων δεδομένων που σε συνδυασμό και με την πάροδο χρονικού διαστήματος 3,5 μηνών κατέστησε την αρχικώς εκδοθείσα γνωμοδότηση ανεπίκαιρη και συνακόλουθα δημιούργησε υποχρέωση στην αναθέτουσα αρχή να ζητήσει την έκδοση νέας επίκαιρης γνωμοδότησης, που θα λαμβάνει υπόψη το οψιγενές κρίσιμο δεδομένο, δηλαδή την πάροδο της κρίσιμης διετίας, που έχει ως αυτοδίκαιο αποτέλεσμα να θεωρείται εκ του νόμου ότι η αξιοπιστία της εταιρίας μας αποκαταστάθηκε και να μην τίθεται πλέον κανένα ζήτημα αποκλεισμού της εταιρίας μας από την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων. Είναι προφανές ότι το συγκεκριμένο δεδομένο είναι πολύ σημαντικό και είναι πολύ πιθανό ότι θα ασκούσε επιρροή στην κρίση της Επιτροπής περί του αν έχει επέλθει αποκατάσταση της αξιοπιστίας της εταιρίας μας. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να αποστείλει εκ νέου το ζήτημα της επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων και της αποκατάστασης της αξιοπιστίας της εταιρίας μας, αφότου παρήλθε το κρίσιμο χρονικό διάστημα της διετίας, στην αρμόδια Γνωμοδοτική Επιτροπή, προκειμένου να εκδώσει επίκαιρη γνωμοδότηση, δηλαδή με βάση το νέο ουσιώδες δεδομένο ότι δεν συντρέχει πλέον για την εταιρία μας ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού και

ότι έχει εκ του νόμου αποκατασταθεί η αξιοπιστία της. Άλλωστε, εν προκειμένω, μεταξύ της ορισθείσας στη Διακήρυξη ημερομηνίας διενέργειας του διαγωνισμού (26-11-2019) και της έκδοσης της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής παρήλθε χρονικό διάστημα περίπου 1 έτους και 3 μηνών, το οποίο έπρεπε να συνεκτιμηθεί, και να αξιολογηθεί η συνδρομή των λόγων αποκλεισμού με βάση τα επίκαιρα στοιχεία. Έτσι, στην εταιρία μας κατά τα τελευταία 2 έτη έχει υποβληθεί μόνο μία πράξη επιβολής προστίμου για παράβαση της εργατικής νομοθεσίας, και άρα δεν συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού της περ. γ' της παρ.2 του άρθρου 68 ν. 3863/2010, διότι έχει παρέλθει η κρίσιμη διετία από την επιβολή των προστίμων ήδη από τον Δεκέμβριο 2020. Μάλιστα, το τελευταίο πρόστιμο για παράβαση εργατικής νομοθεσίας επιβλήθηκε στην εταιρία μας τον Σεπτέμβριο του 2019, και άρα ήδη για περίπου 1,5 έτος δεν μάς έχει επιβληθεί κανένα απολύτως πρόστιμο. Σε κάθε περίπτωση, το γεγονός ότι η εταιρία μας, στην οποία το έτος 2018 επιβλήθηκαν 5 πρόστιμα για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, επέτυχε για παραπάνω από 18 μήνες να μην της επιβληθεί καμία απολύτως κύρωση, αποτελεί την πλέον περίτρανη απόδειξη περί του ότι α) τα αρχικώς επιβληθέντα πρόστιμα δεν οφείλονταν σε δόλο, αλλά σε αβλεψίες και σφάλματα των εργαζομένων και σε κακή οργάνωση της εταιρίας και β) στη συνέχεια η εταιρία μας έλαβε πληθώρα μέτρων για τη βελτίωση της οργάνωσης και της επίβλεψης των εργαζομένων της, που επέτυχαν το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα, δηλαδή να μην επιβληθεί κανένα απολύτως πρόστιμο στην εταιρία μας για τόσο μεγάλο χρονικό διάστημα. Συνεπώς, η Επιτροπή και η αναθέτουσα αρχή όφειλαν σε κάθε περίπτωση (δηλαδή ακόμα κι αν θεωρηθεί ότι συνέτρεχε λόγος αποκλεισμού παρά την πάροδο της διετίας) να συνεκτιμήσουν το μεγάλο χρονικό διάστημα που παρήλθε από την επιβολή των προστίμων και το ότι εν τω μεταξύ ουδέν νέο πρόστιμο επιβλήθηκε στην εταιρία μας. Πολύ περισσότερο, θα έπρεπε να συνεκτιμηθεί το γεγονός ότι μετά την πάροδο της κρίσιμης διετίας, θεωρείται εκ του νόμου

ότι έχει αποκατασταθεί η αξιοπιστία της εταιρίας μας, και δεν μπορεί αυτό να αμφισβητηθεί. Αντίθετα, εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφαση απόρριψης της προσφοράς της εταιρίας μας στις 2-2-2021, με βάση τη ληφθείσα στην από 16-10-2020 Συνεδρίαση, Γνωμοδότηση της Επιτροπής του άρθρου 73 ν. 4412/2016, η οποία όμως είχε καταστεί ανεπίκαιρη εξαιτίας της παρέλευσης χρονικού διαστήματος 3,5 μηνών, εντός του οποίου επήλθε ουσιώδης μεταβολή των δεδομένων που αφορούν την εταιρία μας, και συγκεκριμένα παρήλθε το κρίσιμο χρονικό διάστημα των 2 ετών από την επιβολή των επίμαχων προστίμων, και εξέλιπε ο οικείος λόγος αποκλεισμού, και άρα είναι πλέον δεδομένη εκ του νόμου η αποκατάσταση της αξιοπιστίας της εταιρίας μας. Συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία στηρίζεται σε ανεπίκαιρη Γνωμοδότηση της Επιτροπής του άρθρου 73 ν.4412/2016, εκδόθηκε κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, και είναι και εξ αυτού του λόγου ακυρωτέα (βλ. αποφάσεις ΣΤΕ 4495/2011, 3647/2009, 3848/2005).

12. Επειδή οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής, δεν λαμβάνονται υπόψη λόγω απουσίας κοινοποίησης τους στον προσφεύγοντα (βλ. σκ. 7 της παρούσας). Σημειώνεται, ωστόσο ότι η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη καθόσον ορθώς, νομίμως και αιτιολογημένα ενέκρινε το Πρακτικό με αρ. 20/10-11-2020 της Επιτροπής Αξιολόγησης Αποτελεσμάτων Δημοσίων Διαγωνισμών Διοίκησης (...) και απέρριψε την προσφορά του σε συνέχεια της με αρ. 28B/16-10-2020 Γνωμοδότησης - Πράξης της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 ν. 4412/2016 η οποία έκρινε τη **μη επάρκεια** των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων.

13. Επειδή ο παρεμβαίνων σε ουδένα ισχυρισμό προβαίνει αναφορικά με την επικαλούμενη εκ του προσφεύγοντος μη σύννομος απόρριψη της προσφοράς του.

14. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 73 «Λόγοι αποκλεισμού (άρθρο 57 παράγραφοι 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι

«2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: ... γ) γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. 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. [...]. 4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με κατάλληλα μέσα αθέτηση των ισχυουσών υποχρεώσεων που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18,στ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις (θ) εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του, για το οποίο του

επιβλήθηκε ποινή που του στερεί το δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης δημοσίων έργων και καταλαμβάνει τη συγκεκριμένη διαδικασία. [...]6.Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4. 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. **Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής.**

8. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της επόμενης παραγράφου, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της

αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής, καθώς και η απόφαση με την οποία γίνονται δεκτά ένδικα βοηθήματα κατ'αυτής, κοινοποιείται στην Αρχή.

9. Για τις ανάγκες των παραγράφων 7 και 8 συνιστάται επιτροπή που απαρτίζεται από εκπροσώπους του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, του Υπουργού Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, καθώς και του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων. Η ως άνω επιτροπή συγκροτείται με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού η οποία εκδίδεται εντός μηνός από τη δημοσίευση του παρόντος και ρυθμίζει τις αναγκαίες λεπτομέρειες οργάνωσης και λειτουργίας της. Χρέη Προέδρου εκτελεί ο εκπρόσωπος του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού.....».

15. Επειδή, ειδικότερα, με την με αριθμ. 50844/2018 (ΥΟΔΔ 279) ΥΑ ο Υπουργός Οικονομίας και Ανάπτυξης προέβη στην συγκρότηση και στον ορισμό μελών γνωμοδοτικής επιτροπής επί της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων οικονομικών φορέων προς απόδειξη της αξιοπιστίας τους. Τα, δε, άρθρα 2 και 3 αυτής αναφέρουν αυτολεξεί « Άρθρο 2. Αποστολή αιτήματος για γνωμοδότηση. Η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχέδιο απόφασης περί διαπίστωσης της επάρκειας ή μη των ληφθέντων από τον οικονομικό φορέα επανορθωτικών μέτρων, συνοδευόμενο από όλα τα σχετικά στοιχεία είτε ηλεκτρονικά στη διεύθυνση ηλεκτρονικού ταχυδρομείου ..., είτε ταχυδρομικά στη διεύθυνση της ..., ..., Τ.Κ. ..., ..., με την ένδειξη «Προς επιτροπή αρ. 73.ν. 4412/2016 -Επανορθωτικά μέτρα». Άρθρο 3 Γνωμοδότηση της επιτροπής. Η επιτροπή εκδίδει τη σύμφωνη γνώμη της εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής και όλων των σχετικών στοιχείων, στη διεύθυνση

ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του άρθρου 2 της παρούσας και εφόσον τα στοιχεία είναι πλήρη. Στην περίπτωση ταχυδρομικής αποστολής, η σύμφωνη γνώμη της επιτροπής εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την ημερομηνία πρωτοκόλλησης στη Γενική Γραμματεία Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή και εφόσον τα στοιχεία είναι πλήρη. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Οι γνωμοδοτήσεις της επιτροπής είναι αιτιολογημένες και σχηματίζονται με φανερή ψηφοφορία, κατά πλειοψηφία των μελών. Οι γνωμοδοτήσεις της επιτροπής, αποστέλλονται με επιμέλεια του Γραμματέα στην ενδιαφερόμενη αναθέτουσα αρχή, με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής καθώς και η απόφαση με την οποία γίνονται δεκτά ένδικα βοηθήματα κατ' αυτής, κοινοποιείται στην Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων».

16. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται « 2.2.3 Λόγοι αποκλεισμού Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης συμβάσης (διαγωνισμό) οικονομικός φορέας, 2.2.3.2. Στις ακόλουθες περιπτώσεις:..γ) ή Αναθέτουσα Αρχή γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα καταλληλά μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δυο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησής Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφασή 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) δυο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησής Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν στην αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δυο

(2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπο αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ (άρθρο 73 παρ. 2 περίπτωση γ του ν. 4412/2016 , ή οποία προστέθηκε με το άρθρο 39 του ν. 4488/2017).

2.2.3.3. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψής της παρούσας συμβάσης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (α) εάν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016.(θ) εάν ή αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με καταλληλά μέσα ότι έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα! του Ειδικά για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών φύλαξης ως σοβαρό! επαγγελματικό! παράπτωμα νοούνται, ιδίως, οι λόγοι που αναφέρονται στην περίπτωση γ της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010.

2.2.3.4. Ο οικονομικός φορέας αποκλείεται σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης της παρούσας συμβάσης, όταν αποδεικνύεται ότι βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεων του, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μια από τις ως άνω περιπτώσεις.

2.2.3.6. Οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1 και 2.2.3.3 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μετρά που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού (αυτοκάθαρσή). Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης συμβάσης. Τα μετρά που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτησή με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού! αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό! φορέα το σκεπτικό! της απόφασης αυτής..... Η απόφασή για την διαπίστωσή της επαρκείας ή μή των επανορθωτικών

μέτρων κατά! τήν προηγούμενη παράγραφό εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016.

17. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο. Η δε παράβαση ουσιωδών όρων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕλΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI) και αντιστοίχως η παραβίαση τους εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993).

18. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. ό.π C-278/14, σκ. 27). Επομένως, δεν μπορούν να τεθούν εκποδών διατάξεις που θεσπίσθηκαν επί ποινή αποκλεισμού (βλ., στο ίδιο πνεύμα, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C 496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I 3801, σκέψη 115).

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

των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης (βλ. σχετικά ...) ενώ ελάχιστο περιεχόμενο της αιτιολογίας συνιστά α) ο νομικός κανόνας επί του οποίου ερείδεται η προς έκδοση διοικητική πράξη και β) τα πραγματικά δεδομένα που εμπίπτουν στο κανονιστικό πλαίσιο (Βασίλειος Γκέρτσος, Δημήτριος Πυργάκης, Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ. 276 επ.). Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των

πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν ανατιμολογήτη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 516-518). Σε κάθε περίπτωση, με την αιτιολογία η Διοίκηση αποδεικνύει ότι είναι αμερόληπτη και χρηστή και ότι τηρεί την αρχή της νομιμότητας ενώ παράλληλα παρέχεται στους μεν ενδιαφερομένους η δυνατότητα να ασκήσουν τα δικαιώματά τους, στον, δε, δικαστή να ασκήσει τον δικαστικό έλεγχο, συμβάλλοντας στη διασφάλιση αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (βλ. απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 2011, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά ΕΤΕΠ, Τ 461/08, EU:T:2011:494, σκέψη 122, και αποφάσεις της 25ης Φεβρουαρίου 2003, Strabag Benelux κατά Συμβουλίου, Τ 183/00, EU:T:2003:36, σκέψη 55, της 24ης Απριλίου 2013, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, Τ 32/08, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2013:213, σκέψη 37, και της 28ης Ιουνίου 2016, AF Steelcase κατά EUIPO, Τ 652/14, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2016:370, σκέψη 43).

20. Επειδή ως κρίθηκε με την με αρ. Μον ΔΕΦ Αθ 214/2019 επί των με αρ. Αποφάσεων ΑΕΠΠ 390,391,392/2019 τις οποίες επικαλείται ο προσφεύγων «12.Επειδή, στη διακήρυξη του επίδικου διαγωνισμού, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο αυτού δεσμεύοντας τόσο την αναθέτουσα αρχή όσον και τους διαγωνιζόμενους (βλ. Ε.Α. 523/2010, 16/2011), προβλέπονται ως αυτοτελείς λόγοι αποκλεισμού, μεταξύ άλλων α) η αθέτηση εκ μέρους του υποψήφιου οικονομικού φορέα των υποχρεώσεων που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016, μεταξύ των οποίων και αυτών της εργατικής νομοθεσίας (παρ. 2.2.3.4 περ. α'), και β) η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, το οποίο θέτει «εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του», ως τέτοιο δε παράπτωμα νοείται, πλην

άλλων, για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, και η αναφερόμενη στην περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 Ν. 3862/2010 περίπτωση, ήτοι η επιβολή σε βάρος οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς, τριών (3) πράξεων επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, «υψηλής» ή/και «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους (παρ. 2.2.3.4 περ. θ'). Εξάλλου, όπως προεκτέθηκε, η διακήρυξη ενέταξε στο σύστημα κανόνων, που διέπουν τον επίδικο διαγωνισμό, το νόμο 3863/2010 και, ιδίως, το άρθρο 68 αυτού (βλ. όρο 1.4), το οποίο περιέχει ειδική πρόβλεψη ως προς το ζήτημα του αποκλεισμού των υποψήφιων αναδόχων για τις δημόσιες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, η πρόβλεψη δε αυτή, ως ειδική, φαίνεται ότι κατ'εξουσίαν, αναφορικά με το πιο πάνω ζήτημα, του όρου 2.2.3.2 περ. γ' της διακήρυξης, που προβλέπει ότι συνιστά λόγο αποκλεισμού η έκδοση των ίδιων ακριβώς ως άνω πράξεων σε βάρος του οικονομικού φορέα, υπό την πρόσθετη, όμως, προϋπόθεση ότι οι σχετικές κυρώσεις έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Περαιτέρω, όμως, σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 2.2.3.6 της διακήρυξης (βλ. και άρθρα 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016) ο ανωτέρω λόγος αποκλεισμού υποψηφίου δεν είναι αυτόματος, αλλά δύναται να αρθεί, εφόσον προσκομίσει στοιχεία από τα οποία προκύπτει ότι έλαβε επαρκή επανορθωτικά μέτρα τα οποία τεκμηριώνουν την αξιοπιστία του.16. «Εξάλλου, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στη δωδέκατη σκέψη, δεν πιθανολογείται σοβαρά ότι ο σχετικός όρος της διακήρυξης ενέχει ασάφεια, και ανεξάρτητα του ότι, σε κάθε περίπτωση, οι διαγωνιζόμενοι διατηρούσαν την ευχέρεια να ακολουθήσουν την καθοριζόμενη στην παρ. 2.1.3 της διακήρυξης διαδικασία και να ζητήσουν, πριν από την υποβολή της προσφοράς τους, την παροχή διευκρινίσεων, διαδικασία, ωστόσο, που δεν φαίνεται να ακολούθησαν».

21. Επειδή, στη διακήρυξη του επίδικου διαγωνισμού, προβλέπονται ως αυτοτελείς λόγοι αποκλεισμού, μεταξύ άλλων: α) η αθέτηση εκ μέρους του υποψήφιου οικονομικού φορέα των υποχρεώσεων που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016, μεταξύ των οποίων και αυτών της εργατικής νομοθεσίας (2.2.3.3 περ. α), β) η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, το οποίο θέτει «εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του», ως τέτοιο δε παράπτωμα νοείται, πλην άλλων, για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, και η αναφερόμενη στην περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 Ν. 3862/2010 περίπτωση, ήτοι η επιβολή σε βάρος οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς, τριών (3) πράξεων επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, «υψηλής» ή/και «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους (άρθρο 2.2.3.3 περ. θ.) αλλά και γ) η επιβολή σε βάρος οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς, τριών (3) πράξεων επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, «υψηλής» ή/και «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους (άρθρο 2.2.3.2 γ). Περαιτέρω, κατά τους όρους της διακήρυξης οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 2.2.3.1 και 2.2.3.3 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει την αξιοπιστία του παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Επομένως, στην περίπτωση που η επιβολή των ως άνω προστίμων έχει αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ κατά τους όρους της διακήρυξης ο οικονομικός φορέας αποκλείεται και τούτο διότι η παρ. 2.2.3.2 γ δεν

εντάσσεται στις περιπτώσεις για τις οποίες μπορεί να προσκομίσει στοιχεία αυτοκάθαρσης.

Έτι περαιτέρω, η διακήρυξη ενέταξε στο σύστημα κανόνων, που διέπουν τον επίδικο διαγωνισμό, το ν. 3863/2010 και ιδίως, το άρθρο 68 αυτού (βλ. όρο 14 των «Έχοντας υπόψη»), ΑΛΛΑ ΚΑΙ ΣΑΦΕΣΤΑΤΑ στο άρθρο 2.2.3.3 περ. θ περί σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος . ΟΥΔΕΜΙΑ ΑΣΑΦΕΙΑ δε υφίσταται εν προκειμένω στους όρους της διακήρυξης. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.3.6 της διακήρυξης (βλ. και άρθρα 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016) ο ανωτέρω λόγος αποκλεισμού υποψηφίου δεν είναι αυτόματος, αλλά δύναται να αρθεί, εφόσον αυτός προσκομίσει στοιχεία από τα οποία προκύπτει ότι έλαβε επαρκή επανορθωτικά μέτρα τα οποία τεκμηριώνουν την αξιοπιστία του παρότι συντρέχει ο οικείος λόγος αποκλεισμού.

22.Επειδή, σε συνέχεια της ανωτέρω σκέψης, ο πρώτος λόγος της προσφυγής περί ασάφειας της διακήρυξης λόγω *μη ταύτισης του περιεχομένου του όρου 2.2.3.2γ' με εκείνο του όρου 2.2.3.4.θ της Διακήρυξης ως προς την απαίτηση για τελεσιδικία των σχετικών κυρώσεων όπου η συνακόλουθη ασάφεια που εξ αυτού του λόγου προκαλείται, δεν μπορεί να ερμηνευθεί σε βάρος της παρεμβαίνουσας εταιρίας, επιφέροντας την απόρριψη της προσφοράς της.»* (ομοίως ΑΕΠΠ 438/2019, 390- 391-392/2019), κρίνεται απορριπτέος ως αβάσιμος και τούτο διότι η διακήρυξη ενέταξε με σαφήνεια στο σύστημα κανόνων, που διέπουν τον επίδικο διαγωνισμό, το νόμο 3863/2010 και, ιδίως, το άρθρο 68 αυτού, το οποίο περιέχει ειδική πρόβλεψη ως προς το ζήτημα του αποκλεισμού των υποψήφιων αναδόχων για τις δημόσιες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, η πρόβλεψη δε αυτή, εντάσσεται στην κατηγορία του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος για το οποίο χωρεί η κατάθεση μέτρων αυτοκάθαρσης σε αντίθεση με τον όρο 2.2.3.2 γ. Προφανώς δε και το

κατανόησε ο προσφεύγων ο οποίος και κατέθεσε μέτρα αυτοκάθαρσης παρά τους περί του αντιθέτου ισχυρισμούς του.

23. Επειδή, αναφορικά με τον 2^ο λόγο της προσφυγής περί πλημμελούς αιτιολογίας της προσβαλλόμενης ως προς την εκ μέρους του προσφεύγοντος λήψη επαρκών επανορθωτικών μέτρων, λαμβάνοντας υπόψη τα αναγραφόμενα στη σκέψη 19 της παρούσας και τα στοιχεία του φακέλου, λεκτέα είναι τα κάτωθι: Όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων και έχει κριθεί και από την ΑΕΠΠ η απόφαση με την οποία αναθέτουσα αρχή διαπιστώνει την επάρκεια ή ανεπάρκεια των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων, σύμφωνα με το άρθρο 73 ν. 4412/2016, πρέπει να περιέχει σαφή, ειδική και επαρκή αιτιολογία περί του εάν οι πράξεις επιβολής προστίμων, δεδομένων των επανορθωτικών μέτρων, επηρεάζουν ή όχι τη φερεγγυότητα και την επαγγελματική αξιοπιστία του οικονομικού φορέα για την εκτέλεση του συγκεκριμένου υπό ανάθεση έργου, με ποιο τρόπο την επηρεάζουν και γιατί την επηρεάζουν (ΑΕΠΠ Σ1603/2020, Σ626/2021). Ειδικότερα, προκειμένου η απόφαση περί ανεπάρκειας των ληφθέντων μέτρων να είναι αιτιολογημένη, πρέπει να περιέχει τα εξής στοιχεία: α) για ποιους λόγους έκαστο των υποβληθέντων επανορθωτικών μέτρων κρίνεται ανεπαρκές, β) να εξειδικεύεται σε τι συνίσταται η έλλειψη απόδειξης επάρκειάς τους και ποιο ακριβώς ήταν το αποδεικτέο ζήτημα που δεν αποδείχθηκε στην προκείμενη περίπτωση και γ) να γίνεται *ad hoc* αξιολόγηση των επικαλούμενων επανορθωτικών μέτρων σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του παραπτώματος, ως επιτάσσει η παρ. 7 του άρθρου 73 ν.4412/2016 (βλ. απόφαση ΑΕΠΠ 1397/2019, σκ. 18). Είναι δε προφανές ότι για τη διαμόρφωση της κρίσης περί επάρκειας ή ανεπάρκειας των επανορθωτικών μέτρων πρέπει να συνεκτιμηθούν όλα τα επικαλούμενα επανορθωτικά μέτρα και η παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να αποφανθεί αιτιολογημένα επί της επάρκειας τους συνολικά καθιστά την αιτιολογία της απόφασης ελλιπή και πλημμελή. Εν προκειμένω, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο

προσφεύγων, η προσβαλλόμενη δεν εξειδικεύει σε τι συνίσταται η ανεπάρκεια αυτή, καθόσον ναι μεν μέρος των επικαλούμενων ως επανορθωτικών μέτρων υφίστατο ήδη και προ της επιβολής των οικείων προστίμων, ως βασίμως ισχυρίζεται η Επιτροπή, ωστόσο αφενός δεν προκύπτει ότι γίνεται εκτίμηση των επικαλούμενων μέτρων αυτοκάθαρσης σε σχέση με τη βαρύτητα των επιβληθεισών κυρώσεων, το μέγεθός τους τις εν γένει περιστάσεις επιβολής των κυρώσεων, όπως αυτές προκύπτουν από τις κατατεθειμένες προσφυγές και την εν γένει σοβαρότητα και επίπτωση του αποδιδόμενου παραπτώματος στη συμπεριφορά και τη φερεγγυότητα της εταιρίας του για να εκτελέσει το εν θέματι έργο (πρβλ. ΑΕΠΠ 1397/2019 και αρ. 73 παρ. 7 ν. 4412/2016) πολλώ δε μάλλον συνδυαστικά με τα νέα ληφθέντα μέτρα. Ειδικότερα, δεν προβαίνει σε επαρκή τοποθέτηση περί της απουσίας αξιοπιστίας με το σύνολο των επικαλούμενων επανορθωτικών μέτρων αποφυγής περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων και δη σε συνάρτηση με τις ιδιαίτερες περιστάσεις του παραπτώματος άλλως υπό ευρύτερη έννοια δεν εξειδικεύει η αιτιολογία της προσβαλλόμενης, για ποιο ειδικότερο λόγο τα επικαλούμενα και προσκομισθέντα έγγραφα δεν παρέχουν επαρκή τεκμηρίωση ως προς την αξιοπιστία του (βλ. απόφαση ΑΕΠΠ Σ1603/2020 ad hoc για τα ίδια επανορθωτικά μέτρα της εταιρίας του) ιδωμένα συνολικά και κατόπιν εφαρμογής τους συνδυαστικά με τον λειτουργούντα πλέον τρόπο της επιχείρησης. Περαιτέρω, λαμβάνοντας υπόψη ότι κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν [βλ. συναφώς Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004, αρ. περ. 642 Β, Καψάλη, «Η αιτιολογία ως ουσιώδης τύπος των ατομικών διοικητικών πράξεων: μια υποβαθμισμένη διαδικαστική εγγύηση», ΕφημΔΔ 4/2010, σελ. 568 (σελ. 571 επ.). Ο, δε, επί της αιτιολογίας έλεγχος συνιστά γνήσιο έλεγχο της διακριτικής εξουσίας και «η

διείσδυση του ελέγχου εντός της ουσιαστικής ορθότητας της αιτιολογίας και, επομένως, του πορίσματος που προέκυψε από την άσκηση της διακριτικής εξουσίας, δεν σημαίνει έλεγχο της σκοπιμότητας αυτού, αλλά αναζήτηση της ενδεχόμενης ασυμφωνίας αυτού προς τα άκρα όρια της διακριτικής εξουσίας» (βλ. Μ. Στασινόπουλο, Δίκαιον των Διοικητικών Πράξεων, ..., 1982, σελ. 341 και σελ. 381). Επομένως, η προσβαλλόμενη απόφαση κρίνεται ακυρωτέα λόγω ελλιπούς αιτιολογίας, γεγονός που καθιστά την επί της ουσίας κρίση της ΑΕΠΠ και την εξέταση των συναφών ισχυρισμών της προσφεύγουσας εν προκειμένω αλυσιστελή (ad hoc ΑΕΠΠ Σ626/2021 σκ.22 και Σ1603/2020).

24. Επειδή αναφορικά με τον 3^ο λόγο της προσφυγής και τους εκεί προβαλλόμενους ισχυρισμούς ότι «Δεν συντρέχει πλέον για την εταιρία μας ο λόγος αποκλεισμού της περ. γ' της παρ.2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, διότι κατά τα τελευταία δύο έτη επιβλήθηκε στην εταιρία μας μόνο μία πράξη επιβολής προστίμου για παράβαση της εργατικής νομοθεσίας – Η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, διότι η από 16-10-2020 Γνωμοδότηση της Επιτροπής κατέστη ανεπίκαιρη μέχρι την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης στις 2-2-2021», «ΔΕΝ έχει υποχρέωση να αναφέρει τις συγκεκριμένες παραβάσεις στο ΕΕΕΣ του ούτε να επικαλεστεί μέτρα αυτοκάθαρσης, διότι άλλωστε εξαρχής δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού του», κρίνονται απορριπτέοι ως αβάσιμοι και τούτο διότι κατά τους σαφείς όρους της διακήρυξης και ανεξαρτήτως μεταβολής των πραγματικών δεδομένων 2.2.9.2 Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.7, κρίνονται και κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ήτοι δεδομένου ότι η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών στον διαγωνισμό ήταν η 20 Νοεμβρίου 2019, θα πρέπει να ληφθεί υπ' όψιν το χρονικό διάστημα από 21-11-2017 έως 20-11-2019.

25 .Επειδή σε συνέχεια των αναφερθέντων στη σκ. 6 της παρούσας μεθ εννόμου συμφέροντος προβάλλονται από τον προσφεύγοντα ισχυρισμοί που αφορούν στη μη νόμιμη συμμετοχή του ήδη παρεμβαίνοντος.

26. Επειδή **ο προσφεύγων** ισχυρίζεται ότι η προσφορά του ήδη παρεμβαίνοντος έπρεπε να απορριφθεί ως απαράδεκτη, διότι συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ.4 περ.γ' του Ν. 4412/2016, το οποίο η ως άνω εταιρία παρανόμως απέκρυψε από την αναθέτουσα αρχή. Παραθέτει τα άρθρα 73, 79 και 104 ν. 4412/2016 και ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι «(β) Ως ειδικότερη περίπτωση σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, προβλέπεται ως δυνητικός λόγος αποκλεισμού του οικονομικού φορέα (βλ. αιτιολογική σκέψη 101 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), η περίπτωση κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι αυτός συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Όπως συνάγεται από το όλο σύστημα ρυθμίσεών τους, τόσο η Οδηγία 2014/24/ΕΕ (βλ. ιδίως σκ. 101 και 102 του προοιμίου της) όσο και ο νόμος 4412/2016 αποσκοπούν ν' αποτρέψουν την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων σε οικονομικούς φορείς αμφιβόλου αξιοπιστίας και ακεραιότητας. Η διαπίστωση της αξιοπιστίας και ακεραιότητας του οικονομικού φορέα προϋποθέτει γνώση εκ μέρους της αναθέτουσας Αρχής της συνολικής συμπεριφοράς αυτού σε σχέση με την σύναψη συμφωνιών, στρεβλωτικών του ανταγωνισμού, διαχρονικά και όχι μόνο στο πλαίσιο του τρέχοντος εκάστοτε διαγωνισμού. Η ερμηνεία αυτή προκύπτει, άλλωστε, σαφώς και από την απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ενώσεως της 24.10.2018 επί της υποθέσεως C-124/17, (Vossloh Laeis GmbH κατά Stadtwerke München GmbH), η οποία, έχει προδήλως δεχθεί, εν όψει του πραγματικού εκείνης της υποθέσεως το λογικώς προαπαιτούμενο, ότι δηλαδή το άρθρο 57 παρ. 4 περ. (δ) της Οδηγίας 2014/24 αναφέρεται σε συμφωνίες στρεβλώσεως του ανταγωνισμού, οι οποίες έχουν συναφθεί σε χρόνο προγενέστερο της επίμαχης διαδικασίας αναθέσεως και ασυνδέτως προς

αυτήν. (βλ. απόφαση ΣΤΕ ΕΑ 40/2019). Εξάλλου, έχει κριθεί (ΔΕφΑθ σε συμβ. 341/2019, ΑΕΠΠ 2/2019 επταμελούς σύνθεσης, 300/2019) ότι υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις ότι οικονομικός φορέας έχει συνάψει συμφωνίες με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού κατά τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 4 γ' του Ν. 4412/2016, όταν η παράβαση, είτε έχει διαπιστωθεί από την αρμόδια αρχή, είτε έχει συνομολογηθεί από τον οικονομικό φορέα. Άλλωστε, η ανακριβής δήλωση του διαγωνιζομένου σχετικά με τη (μη) συνδρομή λόγων αποκλεισμού, η οποία περιλαμβάνεται στο υποβαλλόμενο με την προσφορά του ΕΕΕΣ, έχει αναχθεί από τον αναθέτοντα φορέα, σύμφωνα και σε αρμονία με όσα ορίζονται και με τις διατάξεις των άρθρων 79 παρ. 1 και 5, 103 παρ. 3 και 104 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και τον κανονισμό 2016/7 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σε αυτοτελή λόγο αποκλεισμού, ο οποίος προβλέπεται από τη διακήρυξη και συνεπάγεται, με τη διαπίστωσή του, την υποχρέωση του αναθέτοντος φορέα να θέσει εκτός διαγωνισμού τον διαγωνιζόμενο, η δήλωση του οποίου δια του ΕΕΕΣ διαπιστώνεται ότι είναι αντικειμενικά ανακριβής. Το ΕΕΕΣ, το οποίο, όπως προκύπτει από το άρθρο 59 παρ. 1 περ. α' και παρ. 2 της οδηγίας 2014/24, υποβάλλεται ταυτόχρονα με την αίτηση συμμετοχής ή την προσφορά του διαγωνιζομένου και έχει ειδικά τυποποιημένο περιεχόμενο, καθοριζόμενο από τον κανονισμό 2016/7 της Επιτροπής, επιτελεί ακριβώς τον διαγραφόμενο από τις διατάξεις του άρθρου 57 παρ. 1, 4 και 6 της ως άνω οδηγίας σκοπό, να λαμβάνει δηλαδή η αναθέτουσα αρχή (ή φορέας) πλήρη γνώση όλων των αναγκαίων στοιχείων για την εκφορά της κρίσης της περί της συνδρομής ή μη του λόγου αποκλεισμού του διαγωνιζομένου στο κατάλληλο στάδιο του διαγωνισμού. Με τον τρόπο αυτόν διασφαλίζεται η αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως των διαγωνιζομένων, ενώ ταυτόχρονα παρέχεται σε όλους τους υποψηφίους, επί ίσοις όροις, η δυνατότητα να θέσουν υπ' όψιν της αναθέτουσας αρχής ή φορέα όλα τα στοιχεία (λήψη επανορθωτικών μέτρων, λήξη περιόδου αποκλεισμού κλπ.), τα οποία, κατά την άποψή τους, αίρουν τον λόγο αποκλεισμού (πρβλ. Δ.Ε.Ε. απόφαση της

3.10.2019, Delta κλπ., C-267/18, EU:C:2019:826, σκ. 36). Επισημαίνεται ότι τα δηλωθέντα από τον οικονομικό φορέα στο ΕΕΕΣ στοιχεία δεν δύνανται να αναιρεθούν μεταγενεστέρως, με την παροχή συμπληρωματικών στοιχείων ή διευκρινίσεων σχετικά με τους λόγους που τον οδήγησαν στη συμπεριφορά αυτή. Τα μεταγενεστέρως υποβαλλόμενα στοιχεία, ακόμη και αν ήταν ικανά να άρουν τη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού περί σύναψης συμφωνιών με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, δεν αίρουν πάντως τη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού ο οποίος συνίσταται στην ανακριβή δήλωση και απόκρυψη (δια του ΕΕΕΣ) των σχετικών με τον προαναφερθέντα λόγο (της συμφωνία με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού) στοιχείων, αναγκαίων για τη διαμόρφωση της κρίσης της αναθέτουσας αρχής ή φορέα στον κρίσιμο χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ. Εξ άλλου, στην όλως ειδική περίπτωση κατά την οποία το συνιστόν τον λόγο αποκλεισμού γεγονός, δηλαδή η σύναψη συμφωνίας με σκοπό τη νόθευση του ανταγωνισμού, λαμβάνει χώρα μετά την υποβολή του ΕΕΕΣ, ο διαγωνιζόμενος, υποχρεούμενος να το δηλώσει "αμελλητί" σύμφωνα με το άρθρο 104 παρ. 2 του ν. 4412/2016, και ταυτόχρονα να επικαλεσθεί και τυχόν ληφθέντα μέτρα προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας του (βλ. απόφαση ΣτΕ 753/2020, ΕΑ 93/2020, ΔΕφ Θες/νίκης σε συμβ 189/2020). Επίσης, έχει κριθεί ότι το ερώτημα του ΕΕΕΣ «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;» αφορά στη δήλωση πραγματικού γεγονότος (σύναψη συμφωνιών με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού) και όχι στην κρίση του υποψηφίου περί της εν τέλει συνδρομής ή μη του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού, και άρα εφόσον ο οικονομικός φορέας έχει συνάψει κατά το παρελθόν συμφωνία με άλλον οικονομικό φορέα, οφείλει να δηλώσει τούτο σε κάθε περίπτωση στο ΕΕΕΣ του δημοσίου διαγωνισμού που συμμετέχει, ανεξάρτητα δηλαδή από το αν εν τέλει δεν στοιχειοθετείται λόγος αποκλεισμού του από τον διαγωνισμό (βλ. αποφάσεις ΣτΕ 753/2020, ΕΑ 93/2020, 279/2019, 40/2019). Περαιτέρω, η γέννηση του ως άνω λόγου αποκλεισμού,

στην περίπτωση που η ανακριβής δήλωση του διαγωνιζομένου δια του ΕΕΕΣ αφορά τη συμμετοχή του σε αντιαναγωνιστικές συμπράξεις, δεν εμποδίζεται από το γεγονός ότι μπορεί να συντρέχει λόγος απαλλαγής του από τις διοικητικές συνέπειες της παραβάσεως των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού για τον λόγο ότι έχει υπαχθεί σε καθεστώς «επιείκειας» ή σε διαδικασία «διευθέτησεως διαφοράς», σύμφωνα τις διατάξεις των άρθρων 25 παρ. 8, 25α και 44 παρ. 3 του ν. 3959/2011 (Α' 93), όπως ίσχυαν κατά τον κρίσιμο χρόνο, όπως άλλωστε προβλέπεται και στο άρθρο 79 Ν. 4412/2016(βλ. απόφαση ΣτΕ 753/2020, ΔΕφ Θεσ/νίκης 1898/2020). Αλλωστε, έχει κριθεί (ΔΕφ Αθ σε συμβ. 251/2020) ότι σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 4 περιπτώσεις γ' και θ' του ν.4412/2016, καθώς επίσης και εκείνες του άρθρου 44 παρ.3β' του ν.3959/2011, το να εμπίπτει ο οικονομικός φορέας, ο οποίος συνήψε συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού, στο πεδίο εφαρμογής της επιφύλαξης της παρ. 3β' του άρθρου 44 του ν.3959/2011, εξαιτίας υπαγωγής του στη διαδικασία διευθέτησης και οριστικής εξόφλησης του σε βάρος του επιβληθέντος από την Επιτροπή Ανταγωνισμού προστίμου, έχει την έννοια ότι η συγκεκριμένη συμπεριφορά του οικονομικού αυτού φορέα δεν δύναται μεν να οδηγήσει στην υπαγωγή του στον, περί της συνάψεως των προαναφερόμενων συμφωνιών στρεβλώσεως του ανταγωνισμού, λόγο της περ. γ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν.4412/2016, δύναται όμως να οδηγήσει, ως συμπεριφορά που αντιβαίνει ταυτόχρονα και στους κανόνες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, στην υπαγωγή αυτού στον, περί του επαγγελματικού παραπτώματος λόγο του εδαφίου θ' της παρ. 4 του αυτού κατά τα ανωτέρω άρθρου και νόμου. Η δε άρση των συνεπειών κατ' εφαρμογή των διατάξεων του ν.4635/2019 αφορά μόνο στην άρση των συνεπειών από την παράβαση των κανόνων περί ελεύθερου ανταγωνισμού (εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρου 44 παρ. 3β' του ν.3959/2011), όχι δε και στην εν γένει άρση των επιπτώσεων από τη διάπραξη επαγγελματικού παραπτώματος, το οποίο θα μπορούσε να κλονίσει την

αξιοπιστία και φερεγγυότητα του οικονομικού φορέα. (γ) Περαιτέρω, έχει κριθεί (βλ. ΣτΕ 1668/2012, ΔΕφΑθ 1252/2020) ότι η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους εταίρου ή διαχειριστή εταιρίας, αποτελεί λόγο αποκλεισμού από τον διαγωνισμό της εταιρίας ή της κοινοπραξίας στην οποία μετέχει, έστω και εάν το εν λόγω επαγγελματικό παράπτωμα διαπράχθηκε κατά την εκπλήρωση υποχρεώσεων, που είχαν αναλάβει τα ως άνω πρόσωπα ατομικώς ή ως μέλη άλλων επιχειρήσεων, ακόμη και σε χρόνο προγενέστερο της σύστασης της συμμετέχουσας στον διαγωνισμό εταιρίας. Έτσι, η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, δηλαδή μεταξύ άλλων η σύναψη συμφωνιών με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, αποτελεί λόγο αποκλεισμού του υποψηφίου αναδόχου από τον διαγωνισμό, και στις περιπτώσεις που το επαγγελματικό παράπτωμα διαπράχθηκε κατά τη διοίκηση και εκπροσώπηση άλλων επιχειρήσεων, υπό τον όρο ότι οι τελευταίες είναι άμεσα συνδεδεμένες με την επιχείρηση του υποψηφίου αναδόχου. Έτσι, με την απόφαση 1252/2020 Διοικητικού Εφετείου Αθηνών έγινε δεκτό ότι: «5. Επειδή, κατά την έννοια των ανωτέρω όρων της Διακήρυξης, ερμηνευομένων σε συνδυασμό με τις προπαρατιθέμενες διατάξεις του άρθρου 73 παρ.4 περ. θ' του ν.4412/2016 και της περ. γ' του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους του φυσικού προσώπου που συμμετέχει στον διαγωνισμό ως φορέας ατομικής επιχείρησης ή που διοικεί και εκπροσωπεί τη συμμετέχουσα σε αυτόν εταιρία, αποτελεί λόγο αποκλεισμού του υποψηφίου αναδόχου από τον διαγωνισμό, ανεξάρτητα από το εάν το λόγω παράπτωμα διαπράχθηκε κατά την εκπλήρωση υποχρεώσεων που το ως άνω πρόσωπο είχε αναλάβει ατομικώς, κατά την άσκηση των επαγγελματικών δραστηριοτήτων του, ή ως μέλος άλλων επιχειρήσεων, κατά την άσκηση των καθηκόντων διοίκησης και εκπροσώπησης αυτών (πρβλ. ΣτΕ 1668/2012, ΕΑ ΣτΕ 403/2010, 81/2009, 8/2009, 428/2008, 977/2007).».

(δ) Εν προκειμένω, όσον αφορά τις εταιρίες «...» και «...», ισχύουν τα εξής: Α. 1. Η εταιρία «...» συστάθηκε αρχικώς υπό την επωνυμία «...», στις 09-02- 2010 (ΦΕΚ136/22-2-2010, Καταστατικό 3.022/2010 της Συμβολαιογράφου), με έδρα το ... χλμ ..., με Πρόεδρο την ...και μέλη την ...και τον ... (ΣΧΕΤ.1 σελ. 1-4 και 42-43). Ακολούθως, επήλθαν στην εταιρία οι εξής μεταβολές: Στις 24/10/2012- ΦΕΚ 11922, ορίστηκαν μέλη του Δ.Σ. η ...και ..., ενώ Πρόεδρος παρέμεινε η ... (ΣΧΕΤ.1 σελ. 84-85). Επίσης, στις 24/10/2012- ΦΕΚ 11930, αποφασίστηκε τροποποίηση των σκοπών της εταιρίας. Στις 18/10/2012 με απόφαση της ΓΣ, αποφασίστηκε η αλλαγή της επωνυμίας της εταιρίας σε «...» (ΦΕΚ 12594 /8-11-2012) (ΣΧΕΤ.1, σελ. 95). Στο από 8/1/2014 ΦΕΚ 66 (ΣΧΕΤ.1, σελ. 141), ανακοινώθηκε ότι η εταιρία «...» κατέστη μοναδική μέτοχος της εταιρίας, κατόπιν αγοράς του 100% των μετοχών της. Στο από 30/1/2014 ΦΕΚ 855 (ΣΧΕΤ.1, σελ. 151) ανακοινώθηκε ότι η «...» θα παραχωρήσει την τεχνογνωσία-δάνεια εμπειρία της στη «...». Με το από 13/5/2016 καταστατικό (ΣΧΕΤ.1, σελ. 164) η έδρα της εταιρίας μεταφέρθηκε από το ...χλμ ... στον Δήμο ..., οδός Με το από 23/09/2016 Πρακτικό Δ.Σ., η ...παρέμεινε Πρόεδρος του Δ.Σ. και ορίστηκαν μέλη αυτού η ...και ο ... (ΣΧΕΤ.2).

2. Η εταιρία «...» ιδρύθηκε στις 13-11-2007 (ΦΕΚ 13482/26-11-2007, Καταστατικό 2188/2007 της Συμβολαιογράφου), με έδρα το ... χλμ ..., κατόπιν συγχώνευσης της προσωπικής εταιρίας με την ονομασία «...-...» που ιδρύθηκε το έτος ... και της εταιρίας «...-...» με δτ. ..., **με Πρόεδρο την ...και μέλη Δ.Σ. τον ...και την** (ΣΧΕΤ.3, σελ.6-9) Ακολούθως, επήλθαν στην εταιρία οι εξής μεταβολές: Στις 11/2/2013-ΦΕΚ 1011 (ΣΧΕΤ.3, σελ. 126) ορίστηκε ο ...ως νόμιμος εκπρόσωπος. Στις 2/4/2013-ΦΕΚ 1988 (ΣΧΕΤ.3, σελ.132) εισήλθε στο Δ.Σ. της εταιρίας ο ...αντί του Στις 5/8/2014-ΦΕΚ 8143 (ΣΧΕΤ.3, σελ. 174) ανέλαβε Πρόεδρος του Δ.Σ. η ..., ενώ παρέμειναν μέλη η ...και Στις 31/12/2014 με απόφαση της Γ.Σ. αποφασίστηκε αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου (ΣΧΕΤ.3, σελ. 146). Στις 30/9/2016 με απόφαση της

Γ.Σ. αποφασίστηκε η μεταφορά της έδρας της εταιρίας στον Δήμο ..., οδός ... (ΣΧΕΤ.3, σελ. 166). Από όλα τα παραπάνω, προκύπτει ότι μεταξύ των ανωτέρω εταιριών υπάρχει πρόδηλη και στενή σχέση, καθόσον στα Διοικητικά Συμβούλια τους εναλλάσσονται τα ίδια πρόσωπα ή συγγενικά αυτών. Ειδικότερα, παρατηρούνται τα εξής: 1. Η ... υπήρξε μέλος Δ.Σ. και των 2 εταιριών, και περαιτέρω στη Διοίκηση των 2 εταιριών εμπλέκεται και από 1 ακόμη μέλος της Οικογένειας ... (στη μεν ... ο ..., στη δε...). 2. Ο ... υπήρξε μέλος Δ.Σ. και των 2 εταιριών. 3. Στη ... Πρόεδρος Δ.Σ. είναι η ..., ενώ στη ... μέλος Δ.Σ. υπήρξε ο Επομένως, οι Διοικήσεις των δύο εταιριών ελέγχονται από τη σύστασή τους μέχρι και σήμερα από τα ίδια πρόσωπα ή μέλη των οικογενειών αυτών. Άλλωστε, η εταιρία «...» είναι μοναδική μέτοχος της εταιρίας «...». Β. Περαιτέρω, η άρρηκτη σύνδεση μεταξύ των δύο εταιριών επιβεβαιώνεται από την σχεδόν ίδια επωνυμία τους (διαφοροποιούνται κατά μία μόνο λέξη, δηλαδή τη λέξη SERVICES). Επίσης, αμφότερες οι εταιρίες διαθέτουν το ίδιο διακριτικό σήμα (ΣΧΕΤ.5,6). Γ. Στα site των εταιριών ρητώς αναφέρεται ότι ανήκουν αμφότερες στον κοινό όμιλο ... (ΣΧΕΤ.5,6). Δ. Επίσης, οι δύο εταιρίες διαθέτουν κοινό ασφαλιστήριο συμβόλαιο της εταιρίας «...» (ΣΧΕΤ.7). Ε. Η επιχειρησιακή συλλογική σύμβαση της ... υπογράφεται από τον εκπρόσωπο εργαζομένων κ. ..., και η επιχειρησιακή συλλογική σύμβαση της ... υπογράφεται από τον εκπρόσωπο εργαζομένων κ. ..., που έχει συγγενική σχέση (πιθανόν αδελφός) με τον πρώτο (ΣΧΕΤ.8,9). ΣΤ. Τέλος, οι δύο εταιρίες διαθέτουν κοινή άδεια εκμετάλλευσης δικαιωμάτων χρήσης ραδιοσυχνοτήτων (ΣΧΕΤ.4). Εν όψει των ανωτέρω, είναι πασιφανής η άμεση σύνδεση των 2 εταιριών, καθώς η μία κατέχει όλες τις μετοχές της άλλης και διοικούνται διαχρονικά από τα ίδια πρόσωπα. Επομένως, με βάση τα παγίως κριθέντα (βλ. ΣτΕ 1668/2012, ΔΕφΑθ 1252/2020), η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους των εταίρων της μίας εταιρίας αποτελεί λόγο αποκλεισμού από δημόσιους διαγωνισμούς και για την άλλη εταιρία. Έτσι, η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους

της εταιρίας ..., και των προσώπων που διοικούν αυτή, όπως είναι η σύναψη συμφωνιών στρεβλωτικών του ανταγωνισμού, συνιστά λόγο αποκλεισμού και για την εταιρία (δ) Ειδικότερα, εν προκειμένω για την εταιρία ..., ισχύουν τα εξής: Την 3-7-2020 κοινοποιήθηκε στην εταιρία ...η από 30-06-2020 Κλήτευση της Επιτροπής Ανταγωνισμού δυνάμει της οποίας καλείτο στην συνεδρίαση της Ολομέλειας της Επιτροπής. Συγκοινοποιήθηκε δε η σχετική Εισήγηση της Επιτροπής Ανταγωνισμού σύμφωνα με την οποία αποδόθηκε στην εταιρία η παράβαση των άρθρων 1 του ν.3959/2011 και 1 του ν.703/1977 κατά το αναφερόμενα σε αυτήν σκεπτικό για το χρονικό διάστημα από 13-12- 2011 έως 2-2-2012 καθώς και για το χρονικό διάστημα από 11-11-2010 έως 12-4-2011. Ακολούθως, την 30-11-2020 εκδόθηκε η αρ. 721/2020 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού σε Ολομέλεια, με την οποία διαπιστώθηκε ότι η εταιρία «...» παραβίασε, όπως άλλωστε αποδέχθηκε οριστικά ήδη από τον Οκτώβριο, τα άρθρα 1 Ν. 3959/2011 και 1 Ν. 703/1977, και τής επιβλήθηκε πρόστιμο ύψους διακοσίων πενήντα έξι χιλιάδων επτακοσίων πενήντα ευρώ και πενήντα επτά λεπτών (€256.750,57). Η εν λόγω απόφαση δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ 5992/31-12-2020 Τεύχος Β΄(ΣΧΕΤ.10). Επισημαίνεται ότι η παραπάνω απόφαση εκδόθηκε με βάση τη διαδικασία διευθέτησης διαφοράς του άρθρου 25α ν. 3959/2011, στο οποίο προβλέπεται ότι «Με απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η οποία λαμβάνεται σε Ολομέλεια, μπορεί να θεσπιστεί διαδικασία διευθέτησης διαφορών για τις επιχειρήσεις που παραδέχονται τη συμμετοχή στην αποδιδόμενη σε αυτούς οριζόντια σύμπραξη κατά παράβαση του άρθρου 1 του παρόντος νόμου ή/και του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης.». Επομένως, η ίδια η εταιρία, υπαγόμενη στη συγκεκριμένη διαδικασία, αποδέχθηκε και ομολόγησε την εμπλοκή της σε πράξεις που παραβιάζουν τη νομοθεσία περί ανταγωνισμού, και η τελευταία ως πραγματικό γεγονός είναι αδιαμφισβήτητη (ΔΕφΑθ σε συμβ. 341/2019). Συνακόλουθα, εφόσον κατά τα παγίως κριθέντα το ερώτημα του ΕΕΕΣ «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με

άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;» αφορά στη δήλωση πραγματικού γεγονότος (βλ. απόφαση ΣΤΕ 753/2020, ΕΑ 93/2020, 279/2019, 40/2019), η συνδιαγωνιζόμενη εταιρία όφειλε στην πραγματικότητα να απαντήσει θετικά στο ερώτημα αν έχει συνάψει συμφωνίες στρεβλωτικές του ανταγωνισμού, ήδη κατά την υποβολή του αρχικού ΕΕΕΣ της, οπότε προφανώς και γνώριζε την ύπαρξη αυτών των συμφωνιών, που εν τέλει αναγκάστηκε να παραδεχθεί μετά τη σχετική έρευνα που εκκίνησε η Επιτροπή Ανταγωνισμού. Ωστόσο, η συνδιαγωνιζόμενη εταιρία απάντησε αρνητικά στο ερώτημα του ΕΕΕΣ περί σύναψης συμφωνιών στρεβλωτικών του ανταγωνισμού, μολονότι προφανώς τελούσε σε γνώση των παράνομων συμφωνιών της εταιρίας ...και των (κοινών) προσώπων που τη διοικούν. Σε κάθε περίπτωση, δυνάμει της διάταξης του άρθρου 104 ν. 4412/2016, όφειλε να ενημερώσει «αμελλητί» την αναθέτουσα αρχή αμέσως μετά την έκδοση ή έστω τη δημοσίευση της απόφασης 721/2020 της Επιτροπής Ανταγωνισμού, δηλαδή στις 31-12-2020 (ΦΕΚ απόφασης 5992/31-12-2020 Τεύχος Β'). Αντίθετα, εν προκειμένω, παρήλθε ήδη χρονικό διάστημα 3,5 μηνών, κατά το οποίο η εταιρία ... παρέλειψε να ενημερώσει την αναθέτουσα αρχή για το επίμαχο γεγονός, αποκρύπτοντας έτσι κρίσιμη πληροφορία που σχετίζεται με λόγο αποκλεισμού και που εν όψει της διάταξης του άρθρου 104 όφειλε να δηλώσει «αμελλητί» στην αναθέτουσα αρχή, ήτοι το αργότερο λίγες μέρες μετά την 31-12-2020, που δημοσιεύθηκε η απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Με βάση όλα τα παραπάνω, δοθείσας της αδιαμφισβήτητης άρρηκτης σύνδεσης της εταιρίας ... με τη συνδιαγωνιζόμενη εταιρία, ιδίως δε της διοίκησης τους από τα ίδια πρόσωπα, το γεγονός της επιβολής προστίμου της Επιτροπής Ανταγωνισμού για σύναψη συμφωνιών στρεβλωτικών του ανταγωνισμού, συνιστά εξίσου λόγο αποκλεισμού και για την τελευταία εταιρία (ΣΤΕ 1668/2012). Συνεπώς, η προσφορά της εταιρίας ... είναι αποκλειστέα από τη διαγωνιστική διαδικασία, διότι α) αποδείχθηκε, μετά από δική της παραδοχή και επιβολή προστίμου της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ότι η άμεση

συνδεδεμένη ... και τα πρόσωπα που τη διοικούν έχουν συνάψει κατά το παρελθόν συμφωνίες στρεβλωτικές του ανταγωνισμού, και άρα συνέτρεχε ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ.4γ ν. 4412/2016 και β) απέκρυψε από την αναθέτουσα αρχή το ανωτέρω γεγονός, που σχετίζεται με λόγο αποκλεισμού, και ούτε φρόντισε να υποβάλει σχετική δήλωση οφινγενοῦς μεταβολής, έστω μετά τη δημοσίευση της απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, το οποίο συνιστά αυτοτελή λόγο αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό, λόγω απόκρυψης πληροφοριών και υποβολής ψευδούς δήλωσης (ΣτΕ 753/2020).

27. Επειδή ο παρεμβαίνων κατόπιν θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος του και παράθεσης σύντομου ιστορικού ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι «Ι. Η προσφεύγουσα εταιρεία πέραν του λόγου ακύρωσης που προβάλλει βάλλοντας κατά του αποκλεισμού της από την οικεία διαγωνιστική διαδικασία, δια της δεύτερης αιτιάσεώς της στρέφεται κατά της υποβληθείσας προσφοράς της εταιρείας μας, προβάλλοντας ότι αυτή έπρεπε να απορριφθεί ως απαράδεκτη, εξαιτίας συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ' του ν.4412/2016 που αποκρύψαμε παράνομα από την αναθέτουσα αρχή. Ωστόσο, ο υπό κρίση λόγος πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμος. Συγκεκριμένα, στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία συμμετέχουσα εταιρεία είναι η εταιρεία ..., που εδρεύει στον ..., οδός ...αρ. ... με ΑΦΜ .../ Δ.Ο.Υ. ΦΑΕ ... και με αριθμό Γ.Ε.ΜΗ Το Διοικητικό Συμβούλιο της εν λόγω εταιρείας απαρτίζεται από τους ...του ... υπό την ιδιότητα της Προέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου του κυρίου ...του ..., Μέλος Δ.Σ. και την ... του ..., Μέλος Δ.Σ. με θητεία έως την 23-09-2021, σύμφωνα με το από 23-09-2016 πρακτικό του Δ.Σ. της εταιρείας με κωδικό καταχώρισης στο Γ.Ε.ΜΗ 867335 και την από 23-09-2016 απόφαση της Γενικής Συνέλευσης των μετόχων της με κωδικό καταχώρισης ... Εν προκειμένω, σύμφωνα με την αρχή της αυτοτέλειας των νομικών προσώπων στις ΕΑ ΣτΕ 781/2007 σκ. 5, ΓενΔ ΕΕ Τ-457/10- Ενρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής σκ. 54, ΔΕΕ C-

538/07- Assitur σκ. 30), οι δύο εταιρείες ... και ... αποτελούν όλως αυτοτελή και διακριτά νομικά πρόσωπα με διαφορετική νόμιμη εκπροσώπηση και σύνθεση του Δ.Σ. αυτών. Ειδικότερα, η εταιρεία «...» αφορά έτερη διακριτή νομική οντότητα, με ξεχωριστή νομική προσωπικότητα και διάφορο ΑΦΜ (...), διάφορη έδρα (οδός ... αρ. ...) και το ΔΣ αυτής απαρτίζεται από διαφορετικά μέλη, ενώ Πρόεδρος και Διευθύνουσα Σύμβουλος είναι η κυρία Η αυτοτέλεια δε των δύο νομικών προσώπων, ήτοι των δύο ανωνύμων εταιρειών έχει ad hoc κριθεί δυνάμει της με αριθμ. 1060, 1061, 1062/2020 ενιαίας απόφασης της ΑΕΠΠ σκέψη 8: «Εν προκειμένω, στο διαγωνισμό συμμετείχε η εταιρεία με την επωνυμία «...», που εδρεύει στο ..., οδός ...αρ. ...9 και ... και με ΑΦΜ ..., ενώ τα όσα η πρώτη προσφεύγουσα αναφέρει αφορούν την εταιρεία «...» - όπως προκύπτει από την υπ' αριθ. πρωτ. ...απαντητική επιστολή της Επιτροπής Ανταγωνισμού - η οποία αποτελεί διακριτό νομικό πρόσωπο με ξεχωριστή νομική προσωπικότητα και ουδόλως τη συμμετέχουσα στην οικεία διαγωνιστική διαδικασία, ενώ ουδεμία διαπιστωτική απόφαση υφίσταται περί της ταυτότητας των ανωτέρω νομικών προσώπων, έστω και αν η επωνυμία των ομοιάσει και ως εκ τούτου εις ουδέν υφίσταται παραβίαση του κείμενου νομοθετικού πλαισίου από τον αναθέτοντα φορέα.» Μάλιστα, η έλλειψη στοιχειοθέτησης παράβασης εις βάρος της συμμετέχουσας και ήδη παρεμβαίνουσας εταιρείας ... προκύπτει ευθαρσώς και από την με αριθμ. πρωτ. 7114/4-8-2020 επιστολή της Επιτροπής Ανταγωνισμού σε έτερη αναθέτουσα αρχή, ήτοι την ...(πρβλ. σχετικό 1). Η όποια λοιπόν τυχόν στοιχειοθέτηση συνδρομής δυνητικού λόγου αποκλεισμού της περίπτωσης γ' του άρθρου 73 παρ. 4 του ν.4412/2016 ήθελε υποτεθεί ότι συντρέχει εις βάρος μίας εκ των δύο διακριτών νομικών οντοτήτων αυτή αφορά την έτερη ανώνυμη εταιρεία ... και ουδόλως την συμμετέχουσα στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία εταιρεία μας. Πέραν τούτου, η προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία διενεργήθηκε την 16-10-2019. Αναφορικά δε με την επικαλούμενη εκ μέρους της προσφεύγουσας απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού με αριθμ.

721/2020 , η οποία και δημοσιεύτηκε στο ΦΕΚ 5992/31-12-2020 (Τεύχος Β') λεκτέα είναι τα κάτωθι: Η εν λόγω απόφαση εκδόθηκε όπως αναγνωρίζει και η προσφεύγουσα εταιρία στο πλαίσιο της διαδικασίας διευθέτησης της διαφοράς του άρθρου 2α του ν.3959/2011 στο οποίο επέλεξε να ενταχθεί και η εμπλεκόμενη εταιρεία ... υποβάλλοντας την σχετική μνημονευόμενη την απόφαση αίτηση για υπαγωγή της. Η εν λόγω απόφαση της ΕΑ εκδόθηκε στο πλαίσιο της απλοποιημένης διαδικασίας κατά τα προβλεπόμενα στις παρ. 39 επ. της Ανακοίνωσης της Επιτροπής Ανταγωνισμού για τη Διαδικασία Διευθέτησης Διαφοράς, στο οποίο υπήχθησαν οι εμπλεκόμενες εταιρείες. Η εν λόγω απόφαση αποτελεί οριστική απόφαση για τη διευθέτηση της διαφοράς. Αναφέρουμε ότι σύμφωνα με το άρθρο 44 παρ. 3 περίπτωση β) του ν.3959/2011 ορίζεται ότι: «Εφόσον συντρέχει: (...) β) υπαγωγή στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α και ολοσχερής εξόφληση του προστίμου, επέρχεται πλήρης απαλλαγή της επιχείρησης και κάθε άλλου υπευθύνου προσώπου της παραγράφου 2(γ) του άρθρου 25 από κάθε είδους διοικητικές κυρώσεις. Στις ανωτέρω περιπτώσεις η διαπίστωση της σχετικής παράβασης δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεων, με την εξαίρεση της κατ' επανάληψη παράβασης του άρθρου 1 ή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η παρούσα διάταξη εφαρμόζεται στην περίπτωση παροχής διευκόλυνσης τμηματικής καταβολής του προστίμου και για όσο χρόνο διαρκεί η ρύθμιση και ο οφειλέτης είναι συνεπής με τους όρους της.» Περαιτέρω, σύμφωνα με το επικαλούμενο εκ μέρους της προσφεύγουσας δυνητικό λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 περίπτωση γ) ορίζεται ότι: «4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (...) γ) εάν, με την επιφύλαξη της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που

οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού," Κατά δε τα ανωτέρω, η παράγραφος 3β του άρθρου 44 του ν.3959/2011 εξαιρείται ρητώς πλέον από την στοιχειοθέτηση του λόγου αποκλεισμού της περίπτωσης γ) της παραγράφου 73 του ν.4412/2016. Τονίζουμε δε ότι η τροποποίηση του άρθρου 73 παράγραφος 4 περίπτωση γ' ως άνω παρατέθηκε και συμπληρώθηκε συντελέστηκε με τη διάταξη της παρ.5 του άρθρου 235 του ν. 4635/2019, η οποία έχει εφαρμογή σε διαγωνισμούς των οποίων οι διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης, είτε εκκινούν μετά τη θέση σε ισχύ της διάταξης της παρ.5 του άρθρου 235 του νόμου αυτού (ήτοι από τη δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως την 30-10- 2019 –ΦΕΚ Α'167-άρθρο 241 του νόμου), είτε έχουν εκκινήσει νωρίτερα αλλά δεν έχει ακόμη συμπληρωθεί και υποβληθεί το ΕΕΕΣ. Εν προκειμένω, η προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία και δη η εν θέματι διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 16-10-2019, ενώ το ΕΕΕΣ του συμμετέχοντος έτερου και διακριτού οικονομικού φορέα ... υποβλήθηκε την 20-11- 2019. Συνεπώς, τυγχάνουν εφαρμογής οι τροποποιηθείσες διατάξεις δυνάμει του άρθρου 235 του ν.4635/2019 στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία σε κάθε περίπτωση. Το επίμαχο δε άρθρο του ν.4635/2020 τροποποίησε και το άρθρο 79 παρ. 1 του ν.4412/2016 προσθέτοντας τα κάτωθι: «Κατά την απάντηση οικονομικού φορέα στο ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης για τυχόν σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η συνδρομή περιστάσεων, όπως η τριετής παραγραφή της παραγράφου 10 του άρθρου 73 ή η εφαρμογή της διάταξης της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, αναλύεται στο σχετικό πεδίο που προβάλλει κατόπιν θετικής απάντησης, ενώ ισχύουν τα όσα αναφέρονται στο προηγούμενο εδάφιο για την προσκόμιση δικαιολογητικών. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης δημόσιας σύμβασης, που είτε εκκινούν μετά τη θέση σε ισχύ της παρούσας διάταξης είτε έχουν εκκινήσει νωρίτερα αλλά

δεν έχει ακόμη συμπληρωθεί και υποβληθεί στο ΕΕΕΣ, οι τυχόν προηγούμενες αρνητικές απαντήσεις στο ανωτέρω ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης, από οικονομικούς φορείς οι οποίοι εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 44 παράγραφος 3β του ν. 3959/2011, δεν στοιχειοθετούν τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73 παράγραφος 4 περίπτωση ζ' ή/και θ' του παρόντος νόμου και δεν απαιτείται να δηλωθούν κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και κάθε αντίστοιχου εντύπου.» Σύμφωνα δε με τα κριθέντα από το ανώτατο ακυρωτικό δικαστήριο της χώρας και δη δυνάμει της με αριθμ. 1819/2020 απόφασης της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας που επικύρωσε την με αριθμ. 10/2020 απόφαση ΑΕΠΠ αναφέρονται τα κάτωθι: «33. (...). β) Σύμφωνα με την παρ. 16 της ...κανονιστικής αποφάσεως της Επ.Αντ. που διέπει την διαδικασία διευθετήσεως, η δήλωση των εμπλεκόμενων εταιρειών για συμμετοχή σε αυτή δεν συνεπάγεται παραδοχή από μέρους τους συμμετοχής στην παράβαση ούτε και ανάληψη της σχετικής ευθύνης, ενώ η Επιτροπή Ανταγωνισμού δεν δεσμεύεται επίσης από την δήλωση αυτή κρίνοντας οριστικά μετά το πέρας της διαδικασίας αυτής. (...) β) Ο λόγος ότι μόνη η υποβολή πρότασης και δήλωσης διευθέτησης (η οποία αφορά το σύνολο των παραβάσεων) συνιστά, κατά την νομοθεσία (...απόφαση Επιτροπής Ανταγωνισμού για την διαδικασία διευθέτησης), παραδοχή συμμετοχής σε συμπράξεις με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού, είναι απορριπτέος ως αβάσιμος εν όψει του ότι, όπως προαναφέρθηκε, η δήλωση εταιρείας περί υπαγωγής στην διαδικασία διευθετήσεως δεν σημαίνει και αποδοχή της ευθύνης της για την αποδιδόμενη σε αυτήν παράβαση, ενώ ούτε και η Επιτροπή Ανταγωνισμού δεσμεύεται από την δήλωση και πρόταση διευθετήσεως.» Δηλαδή, σε κάθε περίπτωση καταρχήν, ουδόλως έχει οιαδήποτε έννομη συνέπεια όπως έχει κριθεί δια της με αριθμ. 1819/2020 απόφασης της Ολομέλειας του ΣτΕ το γεγονός της υποβολής της εμπλεκόμενης εταιρείας επιστολής εκδήλωσης ενδιαφέροντος προς την Επιτροπή Ανταγωνισμού για τη διερεύνηση της δυνατότητας

υπαγωγής της υπόθεσης στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών ούτε ότι ακολούθησε η σχετική δήλωση διευθέτησής της προς την Επιτροπή Ανταγωνισμού. Συνεπώς, καταρχήν η ένταξη της εν λόγω εταιρείας στη διαδικασία διευθέτησης ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού δεν συνεπαγόταν την πλήρωση του οικείου λόγου αποκλεισμού της περίπτωσης γ' του άρθρου 73 παράγραφος 4 του ν.4412/2016, πόσω μάλλον της περίπτωσης θ' και ζ' αυτού. Σημειώνουμε δε ότι δυνάμει της απόφασης του ΔΕΕ επί της υποθέσεως C-124/2017 επιλύθηκε και το ζήτημα του χρονικού σημείου έναρξης της περιόδου των τριών ετών αποκλεισμού, λόγω συμφωνιών που συνήψε ο εμπλεκόμενος οικονομικός φορέας με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, το οποίο και άρχεται από το χρόνο έκδοσης της εκάστοτε απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού και εν προκειμένω και της κοινοποίησής της στα εμπλεκόμενα μέρη προκειμένου να λάβουν γνώση (17-12-2020) αλλά και εν τέλει της δημοσίευσής της στο ΦΕΚ (31-12-2020). Η δε προσπάθεια «άμεσης σύνδεσης» και «συσχετισμού» των δύο διακριτών εταιρειών εκ μέρους της προσφεύγουσας εταιρείας ... δια της αναφοράς της στην έννοια της επιχείρησης ως οικονομικής οντότητας προβάλλεται όλως αβασίμως, δεδομένου ότι πρόκειται για κανόνα που έχει αναπτυχθεί μόνο στο δίκαιο του ανταγωνισμού, το οποίο έχει αυτοτέλεια (και) έναντι του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων. Σύμφωνα μάλιστα από τη σχετική νομολογία του ΔΕΕ, χρησιμοποιείται η φράση «στο πλαίσιο της εφαρμογής των σχετικών με τον ανταγωνισμό διατάξεων του δικαίου της Ένωσης», πριν από την παράθεση του ορισμού της επιχείρησης ως «κάθε φορέα ο οποίος ασκεί οικονομική δραστηριότητα, ανεξαρτήτως του νομικού καθεστώτος που τον διέπει και του τρόπου χρηματοδοτήσεώς του» (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 12.7.2012, C-138/11, *Compass-Datenbank GmbH*, σκ. 35 με περαιτέρω παραπομπές στην -πάγια- σχετική νομολογία του). Αντίθετη, άλλωστε, εκδοχή θα ερχόταν σε αντίθεση με την πρόθεση του ενωσιακού νομοθέτη να ευνοήσει, με τις νέες οδηγίες, την συμμετοχή όσο το δυνατόν περισσότερων επιχειρήσεων χάριν ανάπτυξης

μεγαλύτερου ανταγωνισμού (βλ. 2η αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2014/24/ΕΕ), καθόσον θα καθιστούσε, λ.χ., απαγορευμένη την συμμετοχή στους διαγωνισμούς επιχειρήσεων του ίδιου ομίλου, πρακτική την οποία όμως το ΔΕΕ δέχεται παγίως (βλ. αποφάσεις της 17.5.2018, C-531/16, *Specializuotas transportas*, σκ. 22 και 38, της 8.2.2018 C-144/17, *Lloyd's of London*, σκ. 35 έως 37) ή την παροχή δάνειας εμπειρίας από θυγατρική (βλ. αποφάσεις της 18.12.1997, C-5/97, *Ballast Nedam Groep II*, σκ. 12-13 και της 14.4.1994, C-389/92, *Ballast Nedam Groep I*, σκ. 15-18, βλ. επίσης ΣΤΕ 1217/2018 σκ. 8 και ΕΑ ΣΤΕ 205/2019 σκ. 9). Συναφώς, απορριπτέος παρίσταται ο ισχυρισμός ότι, και αν ακόμη ισχύει η αρχή της αυτοτέλειας, πάντως το βάρος απόδειξης της ύπαρξης της φέρουν οι τυχόν συνδεδεμένες επιχειρήσεις, προεχόντως διότι τέτοια υποχρέωση δεν υφίσταται, αλλά και διότι ο ισχυρισμός αυτός, όπως προβάλλεται, προϋποθέτει αφενός ότι υφίσταται η άμεση σύνδεση (κοινή εκπροσώπηση των εταιρειών, ήτοι κοινά μέλη ΔΣ, που δεν συντρέχει εν προκειμένω) και αφετέρου ότι οι τυχόν συνδεδεμένες επιχειρήσεις συμμετέχουν αμφότερες στον διαγωνισμό, περίπτωση που δεν συντρέχει εν προκειμένω. Πέραν τούτου όπως έχει σχετικώς νομολογιακώς κριθεί δυνάμει της με αριθμ. 1819/2020 απόφασεως της Ολομέλειας του ΣΤΕ: «(...) έπεται ότι τότε μόνον συντρέχει λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπο συμμετέχοντος, αν ο ίδιος ή μέλος του, αν πρόκειται για ένωση προσώπων, έχει συνάψει συμφωνίες με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού και όχι άλλοι, τρίτοι φορείς, με τους οποίους μπορεί να συνδέεται με οιονδήποτε τρόπο, όπως π.χ. οι θυγατρικές του. Τούτο δε, διότι σε σχέση με τους προαιρετικούς λόγους αποκλεισμού που αφορούν επαγγελματικά παραπτώματα, στα οποία συστηματικά εντάσσονται και οι παραβάσεις των κανόνων ανταγωνισμού, έχει κριθεί (με παραπομπή στην απόφαση της ΑΕΠΠ 2/2019, σκ. 22) ότι δεν είναι νόμιμη η διεύρυνσή τους, αφού οι οικείες διατάξεις απαριθμούν κατά τρόπο εξαντλητικό τους λόγους, βάσει των οποίων μπορεί να δικαιολογείται ο αποκλεισμός ενός οικονομικού

φορέα από την συμμετοχή σε διαγωνισμό για λόγους απότομους των επαγγελματικών του ιδιοτήτων.» Σε κάθε δε περίπτωση στην μνημονευόμενη απόφαση 721/2020 της Επιτροπής Ανταγωνισμού δεν περιέχεται ρητή κρίση με την οποία να αποδίδεται στην εταιρεία ... ευθύνη για τις παραβάσεις της ... Αναφέρουμε μάλιστα ότι η αναφερόμενη στην με αριθμ. 721/2020 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο της απλοποιημένης διαδικασίας κατά τα προβλεπόμενα στις παρ. 39 επ. της Ανακοίνωσης της Επιτροπής Ανταγωνισμού για τη Διαδικασία Διευθέτησης Διαφοράς, στο οποίο υπήχθησαν οι εμπλεκόμενες εταιρείες, αφορά ήσσονος σημασίας και εύρους παράβαση συντελεσθείσα τα έτη 2010-2011. Συνεπώς, σε κάθε περίπτωση τα σχετικά με την όποια επικαλούμενη άμεση ή έμμεση σύνδεση των δύο εταιρειών εκ μέρους της προσφεύγουσας εταιρείας υποστηριζόμενα αποτελούν αυθαίρετες εκτιμήσεις της τελευταίας χωρίς να μπορεί να συναχθεί από την επικαλούμενη εκ μέρους της απόφαση οιαδήποτε διάπραξη επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους της συμμετέχουσας εταιρείας ... ή/και στρέβλωση των κανόνων του ανταγωνισμού. Ούτε άλλωστε θα δύνατο η αναθέτουσα αρχή, ήτοι ο ... ή η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού να προβεί στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας σε ερμηνεία της με αριθμ. 721/2020 απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού ή σε διερεύνηση του ζητήματος της σύνδεσης και της νομικής διαδοχής με βάση τους κανόνες που έθεσε η Επιτροπή Ανταγωνισμού. Και τούτο, διότι η διαγωνιστική διαδικασία δεν συνιστά συνέχεια της διαδικασίας ενώπιον της Επ.Αντ., καθόσον δεν έχει ως στόχο την διακρίβωση παραβάσεων του δικαίου του ανταγωνισμού, αλλά της εξασφάλισης της συναλλαγής της αναθέτουσας αρχής με αξιόπιστους οικονομικούς φορείς. Συνεπώς, ουδόλως η εταιρεία ... υπείχε οιαδήποτε υποχρέωση είτε δήλωσης στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία της στρέβλωσης του ανταγωνισμού (περίπτωση γ') ή της διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, είτε και υποβολής δήλωσης οψιγενούς μεταβολής κατ' άρθρο 104 του

ν.4412/2016. Σε κάθε δε περίπτωση, σύμφωνα με το άρθρο 104 του ν.4412/2016 η υποχρέωση δήλωσης οψιγενούς μεταβολής προβλέπεται ότι υποβάλλεται «αμελλητί» χωρίς ωστόσο να συγκεκριμενοποιείται και να οριοθετείται χρονικά η εν λόγω έννοια στο νόμο παρά μόνο να αναφέρεται ως απώτατο χρονικό σημείο υποβολής της η πρόσκληση προς τον προσωρινό ανάδοχο περί υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης. Άλλωστε, σύμφωνα με το άρθρο 104 του ν.4412/2016 ρητώς ορίζεται ότι: «Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ. 3 του άρθρου 105» Εάν ο ενωσιακός και ο εθνικός νομοθέτης ήθελε δε να οριοθετήσει το ακριβές χρονικό σημείο υποβολής της δήλωσης οψιγενών μεταβολών εκ μέρους των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων θα το είχε πράξει, ενώ προς τούτο συνάδει και η με αριθμ. 57/2020 απόφαση της ΕΑ του ΣτΕ σύμφωνα με την οποία επιβεβαιώθηκε το χρονικό σημείο απώτατης ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για οψιγενή μεταβολή ως αυτό της ημερομηνίας ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ της πρόσκλησης προς τον προσωρινό μειοδότη να προσκομίσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, αναφέροντας ότι: «Ούτε, όμως, οι διατάξεις των παραγράφων 2 και 3 του άρθρου 104 του ιδίου νόμου δύνανται να παράσχουν τέτοιο έρεισμα, δεδομένου ότι, όπως προκύπτει και από την εισηγητική τους έκθεση, δεν ιδρύουν λόγο απόρριψης της προσφοράς λόγω μη αμελλητί ενημερώσεως της αναθέτουσας αρχής σχετικά με γεγονότα που ανακύπτουν ή καθίστανται γνωστά μετά την υποβολή της προσφοράς και έχουν ως αποτέλεσμα να μην πληρούνται τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, κατά τα δηλωθέντα στο ΕΕΕΣ, αλλά παρέχουν την ευχέρεια στον προσφέροντα, στο πρόσωπο του οποίου επήλθαν γεγονότα ικανά να καταστήσουν την προσφορά του απορριπτέα, να αποφύγει την κατάπτωση της εγγυητικής του

επιστολής, εφόσον ενημερώσει εγκαίρως την αναθέτουσα αρχή για τα γεγονότα αυτά, όπως ειδικότερα προβλέπεται στις διατάξεις αυτές. Και ναι μεν, στη σκέψη 85 του προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, την οποία επικαλείται η ...στις απόψεις της, αναφέρεται ότι είναι σημαντικό οι αναθέτουσες αρχές να λαμβάνουν τις αποφάσεις τους βασιζόμενες σε πρόσφατη πληροφόρηση, ιδίως σε ό,τι αφορά τους λόγους αποκλεισμού, πλην όμως, στις διατάξεις της Οδηγίας (καθώς και του ν. 4412/2016) έχουν καταστρωθεί οι λόγοι αποκλεισμού καθώς και τα στάδια και ο τρόπος ελέγχου από την αναθέτουσα αρχή της συνδρομής τους, δεν δύναται δε να χωρήσει απόρριψη προσφοράς για λόγο που δεν προβλέπεται σαφώς στις διατάξεις του νόμου ή της διακήρυξης, όπως επιχειρήθηκε με την προσβαλλόμενη πράξη δια της συνδυασμένης ερμηνείας των άρθρων 103 παρ.3 και 104 παρ. 3 του ν. 4412/2016.» Τέλος, αντίθετη εκδοχή, κατά την οποία η συμμετέχουσα εταιρεία ... θα όφειλε, ενόψει των δεδομένων της συγκεκριμένης υπόθεσης, να απαντήσει θετικά στα ερωτήματα του ΕΕΕΣ της αναφορικά με τη διάπραξη επαγγελματικού παραπτώματος ή/και στρέβλωσης του ανταγωνισμού ή και να προβεί σε δήλωση οψιγενών μεταβολών κατ' άρθρο 104 του ν.4412/2016 θα οδηγούσε στο άτοπο αποτέλεσμα να μην είναι πλέον σε θέση να αποδείξει την αξιοπιστία της κατ' άρθρο 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016, εφ' όσον δεν θα είχε λάβει (διότι δεν χρειαζόταν, κατά νόμο, να το πράξει) μέτρα αυτοκάθαρσης για παραβάσεις που ουδέποτε της καταλογίσθηκαν ή της αποδόθηκαν (κατ' αναλογία με τα κριθέντα δυνάμει της με αριθμ. 1819/2020 ΟΛΣΤΕ). Συνεπώς, ασχέτως συνδρομής εννόμου συμφέροντος του μη οριστικώς αποκλεισθέντα προσφεύγοντα να προβάλλει λόγους αποκλεισμού κατά της προσφοράς της εταιρείας μας εξαιτίας της πρόσφατης νομολογιακής αντιμετώπισης του ΔΕΕ, ο οικείος προβαλλόμενος λόγος δέον όπως απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμος. Γ. Σύμφωνα με όσα προαναφέρθηκαν, η με αριθμ. πρωτ. 1001/10/2-2-2021 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ... δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε η αποδοχή των προσφορών της εταιρείας μας στα

Τμήματα Α, Β, Δ, Ζ και Η της εν θέματι διαγωνιστικής διαδικασίας ως πληρούσα τους όρους της διακήρυξης ως προς τα δικαιολογητικά συμμετοχής και τις τεχνικές προσφορές και η με αριθμ. ...απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ... καθό μέρος μετά των αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών ενέκρινε την υποβληθείσα οικονομική μας προσφορά στα εν λόγω Τμήματα και μας ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο του διαγωνισμού είναι ορθές και πρέπει να διατηρηθεί η ισχύς τους ως προς τούτο και ως εκ τούτου να απορριφθεί ως απαράδεκτη, νόμω και ουσία αβάσιμη η προδικαστική προσφυγή της εταιρείας ...»

29. Επειδή αναφορικά με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος ότι η προσφορά της εταιρίας ... είναι αποκλειστέα από τη διαγωνιστική διαδικασία, διότι α) αποδείχθηκε, μετά από δική της παραδοχή και επιβολή προστίμου της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ότι η άμεση συνδεδεμένη ... και τα πρόσωπα που τη διοικούν έχουν συνάψει κατά το παρελθόν συμφωνίες στρεβλωτικές του ανταγωνισμού, και άρα συνέτρεχε ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ.4γ ν. 4412/2016 και β) απέκρυψε από την αναθέτουσα αρχή το ανωτέρω γεγονός, που σχετίζεται με λόγο αποκλεισμού, και ούτε φρόντισε να υποβάλει σχετική δήλωση οψιγενούς μεταβολής, έστω μετά τη δημοσίευση της απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, το οποίο συνιστά αυτοτελή λόγο αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό, λόγω απόκρυψης πληροφοριών και υποβολής ψευδούς δήλωσης», κρίνονται απορριπτέοι, και τούτο διότι σύμφωνα με σχετικό έγγραφο υπογραφέν από τον Πρόεδρο της Επιτροπής Ανταγωνισμού με αρ. πρωτ. ...ρητά αναφέρεται ότι « *στην Εισήγηση διαπιστώνεται μεταξύ άλλων παράβαση των άρθρωναπό την εταιρεία» «Περαιτέρω ως προς την έτερη αναφερόμενη εταιρεία ...» δεν αποτελεί εμπλεκόμενο μέλος των παραβάσεων που εντοπίζονταιούτε εκκρεμεί σε βάρος της καταγγελία ενώπιον της Υπηρεσίας.....».*

Ειδικότερα, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων, τέτοια υποχρέωση δεν υφίσταται, όπως έχει σχετικώς νομολογιακώς κριθεί δυνάμει της με αριθμ.

1819/2020 αποφάσεως της Ολομέλειας του ΣΤΕ: «(...) έπεται ότι τότε μόνον συντρέχει λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπο συμμετέχοντος, αν ο ίδιος ή μέλος του, αν πρόκειται για ένωση προσώπων, έχει συνάψει συμφωνίες με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού και όχι άλλοι, τρίτοι φορείς, με τους οποίους μπορεί να συνδέεται με οιονδήποτε τρόπο, όπως π.χ. οι θυγατρικές του. Τούτο δε, διότι σε σχέση με τους προαιρετικούς λόγους αποκλεισμού που αφορούν επαγγελματικά παραπτώματα, στα οποία συστηματικά εντάσσονται και οι παραβάσεις των κανόνων ανταγωνισμού, έχει κριθεί ότι *«δεν είναι νόμιμη η διεύρυνσή τους, αφού οι οικείες διατάξεις απαριθμούν κατά τρόπο εξαντλητικό τους λόγους, βάσει των οποίων μπορεί να δικαιολογείται ο αποκλεισμός ενός οικονομικού φορέα από την συμμετοχή σε διαγωνισμό για λόγους απόρροιας των επαγγελματικών του ιδιοτήτων.»* Εν προκειμένω, κατά τα ανωτέρω, στην μνημονευόμενη απόφαση 721/2020 της Επιτροπής Ανταγωνισμού δεν περιέχεται ρητή κρίση με την οποία να αποδίδεται στην εταιρεία ... ευθύνη για τις παραβάσεις της ... Συνεπώς, δεν δύναται να συναχθεί από την επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος απόφαση της Επ. Αντ διάπραξη επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους της συμμετέχουσας εταιρείας ... ή/και στρέβλωση των κανόνων του ανταγωνισμού. Ούτε άλλωστε θα δύνατο η αναθέτουσα αρχή, ήτοι ο ... ή η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού να προβεί στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας σε ερμηνεία της με αριθμ. 721/2020 απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού ή σε διερεύνηση του ζητήματος της σύνδεσης και της νομικής διαδοχής με βάση τους κανόνες που έθεσε η Επιτροπή Ανταγωνισμού. Και τούτο, διότι η διαγωνιστική διαδικασία δεν συνιστά συνέχεια της διαδικασίας ενώπιον της Επ.Αντ., καθόσον δεν έχει ως στόχο την διακρίβωση παραβάσεων του δικαίου του ανταγωνισμού, αλλά της εξασφάλισης της συναλλαγής της αναθέτουσας αρχής με αξιόπιστους οικονομικούς φορείς. Επομένως, εφόσον η Επ.Αντ. δεν διαπίστωσε ρητώς, κατά τον λόγο της αρμοδιότητάς της, ότι η ... συμμετείχε, δια της ..., σε

παράνομη σύμπραξη με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού, δημιουργείται μαχητό τεκμήριο ως προς την αξιοπιστία της 1^{ης} εταιρείας και - κατά συνεκδοχή- ως προς την ανυπαρξία επαρκώς ευλόγων ενδείξεων για συμμετοχή της σε συμφωνίες με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού. Διάφορο, τέλος, είναι το ζήτημα εάν το τεκμήριο αυτό θα μπορούσε να ανατραπεί ενώπιον της αναθέτουσας αρχής (εν προκειμένω της αρχής που διενεργεί τον διαγωνισμό) με νέα στοιχεία ικανά να κλονίσουν τις διαπιστώσεις της Επ.Αντ. Συνεπώς, η εταιρεία ... δεν υπείχε οιαδήποτε υποχρέωση είτε δήλωσης στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία της στρέβλωσης του ανταγωνισμού ή της διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος και επακολούθως της υποβολής δήλωσης οφισγενοῦς μεταβολής κατ' άρθρο 104 του ν.4412/2016, απορριπτόμενων των οικείων ισχυρισμών του προσφεύγοντος και γενόμενων δεκτών των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος.

30. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

31. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

32. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων, πρέπει να επιστραφεί βάσει των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ/τος 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Αριθμός απόφασης: 1005/2021

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη με αρ. ...απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το σκεπτικό και ιδία τη σκέψη 23.

Ορίζει την επιστροφή των παραβόλων.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Μαΐου 2021 και εκδόθηκε στις 2 Ιουνίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρυσάνθη Ζαράρη

**Ελένη Λεπίδα
α/α Μιχάλης Σοφιανός**