

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 18 Νοεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση - Εισηγήτρια, και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14-11-2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1401/15-11-2019 της εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στη ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της ... (...) (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται και κατά

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» και τον δ.τ. «...», που εδρεύει στο ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρεία επιδιώκει να ακυρωθούν: 1) Η με Αριθ.Πρωτ.:111604/11030 απόφαση της Γεν. Δ/σης Εσωτερικής Λειτουργίας – Δ/σης Οικονομικού, του Τμήματος Προμηθειών, Διαχείρισης Υλικού και Κρατικών Οχημάτων περί της επάρκειας ή μη των μέτρων αυτοκάθαρσης της ίδιας που αφορούν τον ηλεκτρονικό ανοιχτό δημόσιο μειοδοτικό διαγωνισμό για το έργο της παροχής υπηρεσιών φύλαξης και ασφάλειας των Διευθύνσεων Αλλοδαπών και Μετανάστευσης της ..., της υπ' αριθ. ... διακήρυξης, με την οποία, ύστερα από έγκριση των Νο1/ 16-7-2019 και Νο2/25-07-2019 Πρακτικών της Επιτροπής Αποσφράγισης & Αξιολόγησης των αποτελεσμάτων των διαγωνισμών της ... έτους 2019, αφενός διαπιστώθηκε η μη επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων αυτοκάθαρσης της προσφεύγουσας κι αφετέρου αποκλείστηκε από τα επόμενα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας, 2) Η υπ' αριθμ. 14Α/7-10-2019 Πράξη της Γνωμοδοτικής Επιτροπής του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, 3) η παράλειψη αποκλεισμού της παρεμβαίνουσας.

Με την παρέμβαση η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό εξέταση προσφυγής κατά το μέρος που την αφορά.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 e-παράβολο, ύψους ευρώ 706,00 ήτοι ειδικότερα, έχει εκδοθεί, πληρωθεί, δεσμευθεί και κατατεθεί e-παράβολο (βλ. παράβολο με αριθμό ... με αποδεικτικό της ... της 14/11/2019 περί ηλεκτρονικής πληρωμής του ανωτέρω παραβόλου και εκτύπωση από την ιστοσελίδα του ΓΓΠΣ όπου το παράβολο φέρεται ως «δεσμευμένο»).

2. Επειδή, με την με αριθμό ... (αρ. πρωτ. οικ: ...) διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης και ασφαλείας για τις Διευθύνσεις Αλλοδαπών και Μετανάστευσης της ..., προϋπολογισμού 175.000,00€ (εκατόν εβδομήντα πέντε χιλιάδων ευρώ), συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. (150.000,00€ εκτιμώμενη συμβατική αξία για 18 μήνες + 25.000,00€ δικαίωμα παράτασης για 3 επιπλέον μήνες) και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε στις 20-6-2019 στο ΚΗΜΔΗΣ (Α.Δ.Α.Μ ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ και έλαβε αριθμό Συστήματος ... . Στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχαν τέσσερις οικονομικοί φορείς υποβάλλοντας προσφορές μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα με την με α/α συστήματος ... προσφορά και η παρεμβαίνουσα με την α/α συστήματος ... προσφορά της αντίστοιχα. Εν συνεχεία, η Επιτροπή Διαγωνισμού συνήλθε σε τρεις συνεδριάσεις, ήτοι στις 12-07-2019, στις 15-07-2019 και στις 16-07-2019, για την αποσφράγιση και αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών όλων των οικονομικών φορέων και προέβη στην σύνταξη του Νο1/16-7-2019 Πρακτικού του Διαγωνισμού, μέσω του οποίου μάλιστα κλήθηκε η προσφεύγουσα να παράσχει διευκρινίσεις επί του ΤΕΥΔ και

του Ασφαλιστηρίου Συμβολαίου 2019. Ακολούθως, η Επιτροπή Διαγωνισμού συνήλθε και πάλι στις 25-7-2019 για την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών ύστερα από την παροχή διευκρινίσεων της προσφεύγουσας, οπότε και συνέταξε το Νο 2/25-07-2019 Πρακτικό του Διαγωνισμού, βάσει του οποίου ομόφωνα εισηγήθηκε τον χαρακτηρισμό των ληφθέντων από την προσφεύγουσα μέτρων αυτοκάθαρσης ως επαρκή και την έκδοση απόφασης για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη αυτών ύστερα από τη σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής της παραγράφου 9 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016. Κατόπιν των ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή του Διαγωνισμού υπέβαλε το με αριθ. πρωτ. οικ. 81819/8251/3-9-2019 σχέδιο απόφασης και τα σχετικά δικαιολογητικά στην Επιτροπή της παραγράφου 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 για γνωμοδότηση, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2 της υπ' αριθ. ΥΑ 50844/17-5-2018 (ΦΕΚ 279/ΥΟΔΔ/17-5-2018). Ωστόσο η Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 του Υπουργείου ... με το υπ' αριθ. 97415/27-9-2019 έγγραφό της ζήτησε εκ νέου σχέδιο απόφασης, το οποίο και υπέβαλε η ως άνω αρχή με αριθ. πρωτ. 95748/9677/2-10-2019. Εν συνεχεία, η Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 παρείχε ομόφωνα μη σύμφωνη γνώμη επί του υποβληθέντος σχεδίου απόφασης της Γενικής Δ/σης Εσωτερικής Λειτουργίας της ... και περί της μη επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων της προσφεύγουσας προς απόδειξη της αξιοπιστίας της, σύμφωνα με την Γνωμοδότηση (Θέμα 14Α) που εστάλη την 1-11-2019 με mail στην .... Επισημαίνεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση μετά της γνωμοδότησης της αρμόδιας Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016 κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα – η απόφαση κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες - μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 11/11/2019.

3. Επειδή, με την προσβαλλόμενη Αριθ. Πρωτ.: 111604/11030 της 11/11/2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής και σε συνέχεια αρνητικής σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής της παρ. 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 επί του υποβληθέντος σχεδίου απόφασης της Γενικής Δ/σης Εσωτερικής Λειτουργίας της ... και περί της μη επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών

μέτρων της εταιρείας «...» προς απόδειξη της αξιοπιστίας της, σύμφωνα με την Γνωμοδότηση (Θέμα 14Α) που εστάλη την 1-11-2019 με mail στην ... αποφασίστηκε Α) η διαπίστωση της μη επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων αυτοκάθαρσης του οικονομικού φορέα «...», σύμφωνα με την Γνωμοδότηση (θέμα 14Α) της Επιτροπής της παραγράφου 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 και Β) ο αποκλεισμός της εν λόγω εταιρείας από τα επόμενα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ειδικότερα η εν θέματι απόφαση οδηγήθηκε στην ανωτέρω κρίση κατά τα κατωτέρω ειδικότερα διαλαμβανόμενα : «*..[.] Η Επιτροπή Διαγωνισμού συνήλθε, μετά από πρόσκληση της Προέδρου, σε τρεις συνεδριάσεις για την αποσφράγιση και αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των ανωτέρω οικονομικών φορέων. Στις 12-7-2019, στις 15-7-2019 και στις 16-7-2019, οπότε και συνέταξε το 1ο Πρακτικό του Διαγωνισμού, που υποβλήθηκε ηλεκτρονικά στην Αναθέτουσα Αρχή μέσω της λειτουργίας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Ως προς τον κρινόμενο από την Γνωμοδοτική Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, οικονομικό φορέα ..., η Επιτροπή Διαγωνισμού ομόφωνα εισηγήθηκε την έγγραφη κλήση του, προκειμένου να διευκρινιστούν οι παρατηρήσεις επί του ΤΕΥΔ και επί της σήμανσης του αρχείου «Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο 2019» ως εμπιστευτικό.*

3. Από το Τ.Ε.Υ.Δ. που υπέβαλε ο οικονομικός φορέας ... παρατηρήθηκαν τα εξής:

Α) Στο ερώτημα (σελ. 10) «Ο οικονομικός φορέας έχει, εν γνώσει του, αθετήσει τις υποχρεώσεις του στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου;», έχει απαντήσει «ΝΑΙ», δηλώνοντας τα εξής:

«Στην εταιρία μας επιβλήθηκαν οι εξής πράξεις επιβολής προστίμων (οι οποίες δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ): α. Η υπ αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 1). β Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 2). γ. Η

υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 3). δ. Η υπ αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 4). ε. Η υπ αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 5). στ. Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... 11825/12-12-2018 εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 6). Επειδή η εταιρία μας δεν έχει παραβιάσει εν γνώσει της, τις υποχρεώσεις της, στον τομέα του εργατικού δικαίου και επειδή αμφισβητεί ότι οι συγκεκριμένες αποφάσεις αποτελούν εργατική παράβαση, τις έχει προσβάλει με προσφυγές. Επομένως η εταιρία δεν εμπíπτει στους λόγους αποκλεισμού σύμφωνα με το Ν4412/2016 άρθρο 73 παρ.2 περίπτωση γ, η οποία προστέθηκε με το άρθρο 39 του Ν4488/2017 διότι οι ανωτέρω πράξεις δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με το άρθρο 1.1.3.2. της διακήρυξης».

Ακολούθως, στην ερώτηση «ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη αυτού του λόγου αποκλεισμού ("αυτοκάθαρση");», έδωσε την απάντηση «ΝΑΙ», περιγράφοντας τα μέτρα ως εξής:

«Όπως προκύπτει από το σώμα των συνημμένων προσφυγών σε όλες τις περιπτώσεις η εταιρία μας διαφωνεί με την επιβολή των προστίμων και εκτιμάται ότι πολύ πιθανή η ευδοκίμηση των προσφυγών μας στα διοικητικά δικαστήρια. Σε κάθε περίπτωση οι καταλογιζόμενες παραβάσεις αφορούν μεμονωμένο αριθμό περιπτώσεων από τους 350 που απασχολεί κατά μέσο όρο η εταιρία μας, και οι παραβάσεις οφείλονται πάντοτε σε σφάλματα εκ παραδρομής λόγω συνεννοήσεων των εργαζομένων για αλλαγή βάρδιας χωρίς να ενημερωθεί πρώτα το λογιστήριο της εταιρίας και επ' ουδενί δεν οφείλονται σε πρόθεση της εταιρίας μας. Η εταιρία μας επισημαίνει ότι έχει λάβει όλα τα

απαραίτητα μέτρα ώστε με βάση τον αριθμό του προσωπικού της να είναι απολύτως συμμορφούμενη με τις υποδείξεις της εργατικής νομοθεσίας, τηρώντας εγκαίρως όλες τις υποχρεώσεις της και έχοντας καθιερώσει στενή συνεργασία σε 24ωρη βάση με σύστημα ενδοεπικοινωνίας εκπροσώπου εταιρίας, λογιστηρίου, λογιστή, επόπτη έργου και εργαζομένων ώστε να αποφεύγεται κάθε σφάλμα ή αβλεψία. Σημειώνεται ότι ο λογιστής της εταιρίας μας καθώς και εξειδικευμένο γραφείο λογιστικής και νομικής υποστήριξης με το οποίο συνεργαζόμαστε είναι σε ετοιμότητα σε 24ώρη βάση ώστε να προλαμβάνουν κάθε αβλεψία και κάθε αιφνίδια αλλαγή προγράμματος ή αναγκών σε όλα τα έργα ανά την Επικράτεια τα οποία εκτελούμε. Επιπλέον, η εταιρία μας έχει αναπτύξει σύστημα εποπτείας των έργων με αυξημένο διοικητικό προσωπικό ώστε όλες οι μεταβολές προγραμμάτων να επισημαίνονται άμεσα και δια τηλεφώνου ώστε να γίνουν εγκαίρως όλες οι σχετικές τροποποιήσεις. Έτσι, έχει ήδη επιτευχθεί να μην επιβληθούν περισσότερα πρόστιμα της εργατικής νομοθεσίας στην εταιρία μας (πλην των ανωτέρω αναφερόμενων) παρά το ότι διατηρεί μεγάλο αριθμό προσωπικού σε πληθώρα έργων ανά την Ελλάδα. Τα συγκεκριμένα πρόστιμα είναι απολύτως μεμονωμένα και δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, εφόσον έχουμε ασκήσει για όλα διοικητικές προσφυγές και ως μεμονωμένα τα πρόστιμα αυτά σε συνδυασμό με τον αριθμό του προσωπικού μας δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει τελεστεί σοβαρό παράπτωμα, ενώ σε καμία περίπτωση αυτά δεν δημιουργούν καμία αμφιβολία για την αξιοπιστία για την φερεγγυότητα της εταιρίας μας, η οποία είναι απολύτως εντάξει στην εξόφληση εργοδοτικών και ασφαλιστικών εισφορών. Επίσης, κάθε μήνα διενεργείται έλεγχος για την διαπίστωση τυχόν παραλείψεων από εξειδικευμένο κλιμάκιο της εταιρίας μας ώστε να αποφευχθεί κάθε είδους παρατυπία στην εφαρμογή της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, της νομοθεσίας υγιεινής και ασφάλειας της εργασίας. Η εταιρία μας έχει συνάψει ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής και επαγγελματικής ευθύνης, σε κάθε περίπτωση, για οποιαδήποτε ζημία προκληθεί για πάσης φύσεως ζήτημα, ενώ η οικονομική επιφάνεια της εταιρίας είναι τέτοια που επαρκεί για να επανορθώσει οποιαδήποτε ζημία προκύψει στο μέλλον. Σε κάθε περίπτωση οι

συγκεκριμένες διατάξεις του Ν3863 είναι αμφιβόλου συνταγματικότητας και ότι αφορά την εταιρία μας η επιβληθείσες κυρώσεις δεν είναι τελεσίδικες και δεσμευτικές».

Β) Στο ερώτημα (σελ. 12) «Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας, σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα;», έχει απαντήσει «ΝΑΙ», δηλώνοντας τα εξής:

«Στην εταιρία μας επιβλήθηκαν οι εξής πράξεις επιβολής προστίμων (οι οποίες δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ): α. Η υπ' αριθμ ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 1). β Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 2). γ. Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 3). δ. Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 4). ε. Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 5). στ. Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 6). Επειδή η εταιρία μας δεν έχει παραβιάσει εν γνώσει της, τις υποχρεώσεις της, στον τομέα του εργατικού δικαίου και επειδή αμφισβητεί ότι οι συγκεκριμένες αποφάσεις αποτελούν εργατική παράβαση, τις έχει προσβάλει με προσφυγές. Επομένως η εταιρία δεν εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού σύμφωνα με το Ν4412/2016 άρθρο 73 παρ.2 περίπτωση γ, η οποία προστέθηκε με το άρθρο 39 του Ν4488/2017 διότι οι ανωτέρω πράξεις δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με το άρθρο 1.1.3.2. της διακήρυξης».

Ακολουθως, στην ερώτηση εάν ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης, η εταιρεία ... απάντησε «ΝΑΙ», περιγράφοντας τα μέτρα ως εξής:

«Όπως προκύπτει από το σώμα των συνημμένων προσφυγών σε όλες τις περιπτώσεις η εταιρία μας διαφωνεί με την επιβολή των προστίμων και εκτιμάται ότι πολύ πιθανή η ευδοκίμηση των προσφυγών μας στα διοικητικά δικαστήρια. Σε κάθε περίπτωση οι καταλογιζόμενες παραβάσεις αφορούν μεμονωμένο αριθμό περιπτώσεων από τους 350 που απασχολεί κατά μέσο όρο η εταιρία μας, και οι παραβάσεις οφείλονται πάντοτε σε σφάλματα εκ παραδρομής λόγο συνεννοήσεων των εργαζομένων για αλλαγή βάρδιας χωρίς να ενημερωθεί πρώτα το λογιστήριο της εταιρίας και επ' ουδενί δεν οφείλονται σε πρόθεση της εταιρίας μας. Η εταιρία μας επισημαίνει ότι έχει λάβει όλα τα απαραίτητα μέτρα ώστε με βάση τον αριθμό του προσωπικού της να είναι απολύτως συμμορφούμενη με τις υποδείξεις της εργατικής νομοθεσίας, τηρώντας εγκαίρως όλες τις υποχρεώσεις της και έχοντας καθιερώσει στενή συνεργασία σε 24ωρη βάση με σύστημα ενδοεπικοινωνίας εκπροσώπου εταιρίας, λογιστηρίου, λογιστή, επόπτη έργου και εργαζομένων ώστε να αποφεύγεται κάθε σφάλμα ή αβλεψία. Σημειώνεται ότι ο λογιστής της εταιρίας μας καθώς και εξειδικευμένο γραφείο λογιστικής και νομικής υποστήριξης με το οποίο συνεργαζόμαστε είναι σε ετοιμότητα σε 24ώρη βάση ώστε να προλαμβάνουν κάθε αβλεψία και κάθε αιφνίδια αλλαγή προγράμματος ή αναγκών σε όλα τα έργα ανά την Επικράτεια τα οποία εκτελούμε. Επιπλέον, η εταιρία μας έχει αναπτύξει σύστημα εποπτείας των έργων με αυξημένο διοικητικό προσωπικό ώστε όλες οι μεταβολές προγραμμάτων να επισημαίνονται άμεσα και δια τηλεφώνου ώστε να γίνουν εγκαίρως όλες οι σχετικές τροποποιήσεις. Έτσι, έχει ήδη επιτευχθεί να μην επιβληθούν περισσότερα πρόστιμα της εργατικής νομοθεσίας στην εταιρία μας (πλην των ανωτέρω αναφερόμενων) παρά το ότι διατηρεί μεγάλο αριθμό προσωπικού σε πληθώρα έργων ανά την Ελλάδα. Τα συγκεκριμένα πρόστιμα είναι απολύτως μεμονωμένα και δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, εφόσον έχουμε ασκήσει για όλα διοικητικές προσφυγές και ως μεμονωμένα τα πρόστιμα αυτά σε συνδυασμό με τον αριθμό του προσωπικού μας δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει



τελεστεί σοβαρό παράπτωμα, ενώ σε καμία περίπτωση αυτά δεν δημιουργούν καμία αμφιβολία για την αξιοπιστία για την φερεγγυότητα της εταιρίας μας, η οποία είναι απολύτως εντάξει στην εξόφληση εργοδοτικών και ασφαλιστικών εισφορών. Επίσης, κάθε μήνα διενεργείται έλεγχος για την διαπίστωση τυχόν παραλείψεων από εξειδικευμένο κλιμάκιο της εταιρίας μας ώστε να αποφευχθεί κάθε είδους παρατυπία στην εφαρμογή της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, της νομοθεσίας υγιεινής και ασφάλειας της εργασίας. Η εταιρία μας έχει συνάψει ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής και επαγγελματικής ευθύνης, σε κάθε περίπτωση, για οποιαδήποτε ζημία προκληθεί για πάσης φύσεως ζήτημα, ενώ η οικονομική επιφάνεια της εταιρίας είναι τέτοια που επαρκεί για να επανορθώσει οποιαδήποτε ζημία προκύψει στο μέλλον. Σε κάθε περίπτωση οι συγκεκριμένες διατάξεις του Ν3863 είναι αμφιβόλου συνταγματικότητας και ότι αφορά την εταιρία μας οι επιβληθείσες κυρώσεις δεν είναι τελεσίδικες και δεσμευτικές».

Γ) Στο ερώτημα (σελ. 15) «Έχει επιδείξει ο οικονομικός φορέας 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;», έχει απαντήσει «ΝΑΙ», δηλώνοντας τα εξής:

«Με την 10η/11-4-2018 απόφαση του ΔΣ του ... «...» καταγγέλθηκε η σύμβαση φύλαξης που εκτελούνταν από 25/8/2016. Με την 61/2018 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ... (σε συμβ.) αποφασίστηκε η αναστολή της ανωτέρω απόφασης του νοσοκομείου ως προς όλο το σκεπτικό της (συνημμένο 7 απόφαση αναστολής από το ΔΕφ. ...). Τελικώς, με την απόφαση 13η /10-05-2018 θέμα 1ο το ΔΣ του ... «...» αποφάσισε την ανάκληση της ανωτέρω απόφασης (10η/11-4-2018) και την συνέχιση από την εταιρία μας της καταγγελθείσας σύμβασης η οποία εκτελέστηκε προσηκόντως μέχρι τη λήξη της 24/8/2018 (συνημμένο 8 απόφαση 13η/10-5-2018 του ...). Στην εταιρία έχουν επιβληθεί προ διετίας πρόστιμα από το ..., τα οποία ήταν χαμηλού ύψους για

ήσσονος σημασίας παραβάσεις της εκτελούμενης σύμβασης, ύψους 100€, 200€, 300€, 1.000€, πλην όμως έχουμε ασκήσει προσφυγή κατά όλων των επιβληθέντων προστίμων και εκκρεμεί η εκδίκασή τους. Η σύμβασή μας δεν καταγγέλθηκε ποτέ, πληρωθήκαμε όλη τη σύμβαση και επεστράφη η εγγυητική καλής εκτέλεσης».

Ακολουθως, στην ερώτηση εάν ο οικονομικός φορέας έχει λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης», η εταιρεία ... απάντησε «ΝΑΙ», περιγράφοντας τα μέτρα ως εξής:

«Ουδέποτε εκ τότε δεν μας επιβλήθηκαν παρόμοιες κυρώσεις διότι τηρούμε αποτελεσματικό σύστημα εποπτείας των έργων και αποφεύγουμε εγκαίρως την τέλεση οποιασδήποτε πλημμέλειας κατά την εκτέλεση των συμβάσεων».

4. Ο οικονομικός φορέας υπέβαλε ηλεκτρονικά μέσω του ΕΣΗΔΗΣ μαζί με τα δικαιολογητικά συμμετοχής και την τεχνική του προσφορά:

A) Την προσφυγή κατά του ... για την ακύρωση - τροποποίηση της υπ' αριθ. ... πράξης επιβολής προστίμου

B) Την προσφυγή κατά του ... για την ακύρωση - τροποποίηση της υπ' αριθ. ... πράξης επιβολής προστίμου

Γ) Την προσφυγή κατά του ... για την ακύρωση - τροποποίηση της υπ' αριθ. ... πράξης επιβολής προστίμου

Δ) Την προσφυγή κατά του ... για την ακύρωση - τροποποίηση της υπ' αριθ. ... πράξης επιβολής προστίμου

E) Την προσφυγή κατά του ... για την ακύρωση - τροποποίηση της υπ' αριθ. ... πράξης επιβολής προστίμου

ΣΤ) Την προσφυγή κατά του ... για την ακύρωση - τροποποίηση της υπ' αριθ. ... πράξης επιβολής προστίμου

Z) Την 61/2018 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ... περί αναστολής εκτέλεσης της πράξης καταγγελίας της σύμβασης από το ... και

H) Την Νο 13/10-5-2018 απόφαση του Δ.Σ. του ... περί συμμόρφωσης στη δικαστική απόφαση 61/2018 Δ.Ε. ....

5. Σχετικά με την τελεσιδικία των προσφυγών κατά των ανωτέρω πράξεων επιβολής προστίμων, η ... αυτεπαγγέλτως αναζήτησε μέσω του link ... την Παρακολούθηση Υπόθεσης για τις ανωτέρω προσφυγές και διαπιστώθηκε ότι δεν έχουν τελεσιδικήσει.

6. Εστάλησαν από τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας, κατ' εφαρμογή του άρθρου 22 παρ. 2β του ν.4144/2013 (Α' 88) όπως ισχύει, τα υπ' αριθ. ... και ... πιστοποιητικά από τα οποία προκύπτουν όλες οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος εκάστου των προσφερόντων.

7. Ο οικονομικός φορέας ... ύστερα από το αριθμ. οικ. 72021/7264/17-7-2019 έγγραφο της Δ/σης Οικονομικού περί πρόσκλησης υποβολής διευκρινίσεων, υπέβαλε με μήνυμά του μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ:

Α) Το από 22-7-2019 απαντητικό έγγραφο, δηλώνοντας τα εξής:

«Σχετικά με την με α.π. οικ. 72021/7264/17-7-2019 επιστολή της Υπηρεσίας σας θα θέλαμε να σας διευκρινίσουμε τα εξής:

α) Με την 10η/11-4-2018 απόφαση του ΔΣ του ... «...» καταγγέλθηκε η σύμβαση φύλαξης που εκτελούνταν από 25/8/2016 (συνημμένο 1). Με την 61/2018 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ... (σε συμβ.) αποφασίστηκε η αναστολή της ανωτέρω απόφασης του νοσοκομείου ως προς όλο το σκεπτικό της (συνημμένο 2 απόφαση αναστολής από το ΔΕφ. ...). Τελικώς, με την απόφαση 13η /10-05-2018 θέμα 1ο το ΔΣ του ... «...» αποφάσισε την ανάκληση της ανωτέρω απόφασης (10η/11-4-2018) και την συνέχιση από την εταιρία μας της καταγγελθείσας σύμβασης η οποία εκτελέστηκε προσηκόντως μέχρι τη λήξη της 24/8/2018 (συνημμένο 3 απόφαση 13η/10-5-2018 του ...).

β) Στην εταιρία έχουν επιβληθεί προ διετίας πρόστιμα από το ..., τα οποία ήταν χαμηλού ύψους για ήσσονος σημασίας παραβάσεις της εκτελούμενης σύμβασης, ύψους 100€, 200€, 300€, 1.000€, (συνημμένο 4) πλην όμως έχουμε ασκήσει προσφυγή κατά όλων των επιβληθέντων προστίμων και εκκρεμεί η εκδίκασή τους (συνημμένα 5). Η σύμβασή μας δεν καταγγέλθηκε ποτέ μάλιστα

μας δόθηκε και παράταση 5 μηνών, πληρωθήκαμε όλη τη σύμβαση και την παράταση και επεστράφη η εγγυητική καλής εκτέλεσης.

γ) Θα θέλαμε να σας αναφέρουμε ότι αφορά τα μέτρα αυτοκάθαρσης τα εξής: Όπως προκύπτει από το σώμα των προσφυγών σε όλες τις περιπτώσεις η εταιρία μας διαφωνεί με την επιβολή των προστίμων και εκτιμάται ότι πολύ πιθανή η ευδοκίμηση των προσφυγών μας στα διοικητικά δικαστήρια. Σε κάθε περίπτωση οι καταλογιζόμενες παραβάσεις αφορούν μεμονωμένο αριθμό περιπτώσεων από τους 300 που απασχολεί κατά μέσο όρο η εταιρία μας, και οι παραβάσεις οφείλονται πάντοτε σε σφάλματα εκ παραδρομής λόγω συνεννοήσεων των εργαζομένων για αλλαγή βάρδιας χωρίς να ενημερωθεί πρώτα το λογιστήριο της εταιρίας και επ' ουδενί δεν οφείλονται σε πρόθεση της εταιρίας μας. Η εταιρία μας έχει λάβει όλα τα απαραίτητα μέτρα ώστε με βάση τον αριθμό του προσωπικού της να είναι απολύτως συμμορφούμενη με τις υποδείξεις της εργατικής νομοθεσίας, τηρώντας εγκαίρως όλες τις υποχρεώσεις της και έχοντας καθιερώσει στενή συνεργασία σε 24ωρη βάση με σύστημα ενδοεπικοινωνίας εκπροσώπου εταιρίας, λογιστηρίου, λογιστή, επόπτη έργου και εργαζομένων ώστε να αποφεύγεται κάθε σφάλμα ή αβλεψία. Σημειώνεται ότι ο λογιστής της εταιρίας μας καθώς και εξειδικευμένο γραφείο λογιστικής με το οποίο συνεργαζόμαστε είναι σε ετοιμότητα σε 24ώρη βάση ώστε να προλαμβάνουν κάθε αβλεψία και κάθε αιφνίδια αλλαγή προγράμματος ή αναγκών σε όλα τα έργα ανά την Επικράτεια τα οποία εκτελούμε.

Επιπλέον, επειδή οι παραβάσεις οφείλονται πάντοτε σε σφάλματα εκ παραδρομής λόγω συνεννοήσεων των εργαζομένων για αλλαγή βάρδιας χωρίς να ενημερωθεί πρώτα το λογιστήριο της εταιρίας, που επ' ουδενί δεν οφείλονται σε πρόθεση της εταιρίας μας, η εταιρία μας έχει αναπτύξει σύστημα εποπτείας των έργων με αυξημένο διοικητικό προσωπικό ώστε όλες οι μεταβολές προγραμμάτων να επισημαίνονται άμεσα και δια τηλεφώνου ώστε να γίνουν εγκαίρως όλες οι σχετικές τροποποιήσεις. Επίσης παραδίνονται τα προγράμματα εργασίας στο προσωπικό, τα οποία υπογράφουν, ώστε να μπορούμε να διασφαλίσουμε ότι λαμβάνουν σωστά το πρόγραμμά τους και να αποφεύγονται οι πολλές αλλαγές. Έτσι, έχει ήδη επιτευχθεί να μην επιβληθούν

περισσότερα πρόστιμα της εργατικής νομοθεσίας στην εταιρία μας (πλην των συγκεκριμένων) παρά το ότι διατηρεί μεγάλο αριθμό προσωπικού σε πληθώρα έργων ανά την Ελλάδα.

Επίσης, κάθε μήνα διενεργείται έλεγχος για την διαπίστωση τυχόν παραλείψεων από εξειδικευμένο κλιμάκιο της εταιρίας μας ώστε να αποφευχθεί κάθε είδους παρατυπία στην εφαρμογή της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, της νομοθεσίας υγιεινής και ασφάλειας της εργασίας.

Σημειώνεται ότι εξειδικευμένο γραφείο νομικής υποστήριξης με το οποίο συνεργαζόμαστε είναι σε ετοιμότητα σε 24ώρη βάση και επιβλέπει όλα τα μέτρα που έχουν ληφθεί για την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας όσον αφορά το προσωπικό που απασχολούμε σε όλη την Ελλάδα.

Τα συγκεκριμένα πρόστιμα είναι απολύτως μεμονωμένα και δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, εφόσον έχουμε ασκήσει για όλα διοικητικές προσφυγές και ως μεμονωμένα τα πρόστιμα αυτά σε συνδυασμό με τον αριθμό του προσωπικού μας δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει τελεστεί σοβαρό παράπτωμα, ενώ σε καμία περίπτωση αυτά δεν δημιουργούν καμία αμφιβολία για την αξιοπιστία για την φερεγγυότητα της εταιρίας μας, η οποία είναι απολύτως εντάξει στην εξόφληση εργοδοτικών και ασφαλιστικών εισφορών. Σε κάθε περίπτωση η εταιρία μας έχει συνάψει ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής και επαγγελματικής και εργοδοτικής ευθύνης για οποιαδήποτε ζημία προκληθεί για πάσης φύσεως ζήτημα, ενώ η οικονομική επιφάνεια της εταιρίας είναι τέτοια που επαρκεί για να επανορθώσει οποιαδήποτε ζημία αν τυχόν προκύψει στο μέλλον.

Προς απόδειξη των μέτρων αυτοκάθαρσης που δηλώσαμε, σας αποστέλλουμε με την παρούσα:

-Βεβαίωση του Αρχιεπόπτη ... ο ποίος ελέγχει την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας (συνημμένο 6) -Βεβαίωση του Αρχιεπόπτη ... ο ποίος ελέγχει την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας (συνημμένο 7)

-Βεβαίωση του Δικηγόρου της εταιρίας για την επίβλεψη του λογιστηρίου και των διοικητικών υπηρεσιών μας για την τήρηση της εργατικής νομοθεσίας (συνημμένο 8)

-Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο Αστικής, Επαγγελματικής και Εργοδοτικής ευθύνης της εταιρίας μας από την ... (συνημμένα 9-10)

-Την σύμβαση με την εταιρία που μας παρέχει Ιατρούς Εργασίας και Τεχνικούς ασφαλείας για όλους τους εργαζόμενους της εταιρίας, σε όλα τα υπό φύλαξη σημεία, ώστε να είμαστε σύμφωνοι με τις κείμενες διατάξεις της εθνική νομοθεσίας για την υγεία και ασφάλεια των εργαζομένων (συνημμένο 11)

-Δείγμα από τα προγράμματα εργασίας που παραδίδουμε στο προσωπικό μας, ώστε να μπορούμε να διασφαλίσουμε ότι λαμβάνουν σωστά το πρόγραμμά τους και έτσι να αποφεύγονται οι πολλές αλλαγές (συνημμένα 12)

-Φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα όπου προκύπτει ότι είμαστε συνεπείς στις υποχρεώσεις μας (συνημμένα 13-14)

Ο λόγος σήμανσης του αρχείου «ασφαλιστήριο συμβόλαιο» ως εμπιστευτικό, αυτός αναφέρεται στην υπεύθυνη δήλωση που έχουμε καταθέσει στην προσφορά μας και συγκεκριμένα το αρχείο περιέχει ευαίσθητα δεδομένα που αφορούν την επιχείρηση, και τις εμπορικές τις συμφωνίες (ιδιαίτερα το κόστος αυτών). Επίσης η εταιρία έκανε έρευνα αγοράς για να κάνει τέτοιες εμπορικές συμφωνίες επομένως αν αποχαρακτηριστεί αυτόματα δίνεται το δικαίωμα να γνωρίζουν τις οικονομικές συμφωνίες μας με τους προμηθευτές μας. Επειδή όμως η εταιρία μας δεν θέλει σε καμία περίπτωση να δημιουργήσει κάποιο πρόβλημα στην εξέλιξη του διαγωνισμού η εταιρία μας αποδέχεται τον αποχαρακτηρισμό του αρχείου "Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο" ως εμπιστευτικό».

Β) Την Νο 10/11-4-2018 απόφαση του ΔΣ του ... περί καταγγελίας της σύμβασης

Γ) Την προσφυγή της εταιρείας ... κατά της πράξης καταγγελίας της σύμβασης ενώπιον του Εφετείου ...

Δ) Την 61/2018 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ... περί αναστολής εκτέλεσης της πράξης καταγγελίας της σύμβασης από το ... (επανυποβολή, βλ. σημείο 4Ζ ανωτέρω)

Ε) Την Νο 13/10-5-2018 απόφαση του Δ.Σ. του ... περί συμμόρφωσης στη δικαστική απόφαση 61/2018 Δ.Ε. ... (επανυποβολή, βλ. σημείο 4Η ανωτέρω)

ΣΤ) Τις πράξεις επιβολής ποινικής ρήτρας από το ... στην εταιρεία για τη μη τήρηση όρων της σύμβασης του έργου φύλαξης των χώρων του νοσοκομείου, που αφορούν το χρονικό διάστημα από Νοέμβριο 2015 έως και Ιανουάριο 2017, καθώς και τις αντίστοιχες προσφυγές. Επισημαίνεται ότι δεν υπεβλήθησαν από την εταιρεία οι πράξεις επιβολής ποινικής ρήτρας για την μη τήρηση όρων της σύμβασης του έργου φύλαξης των χώρων του ..., που αφορούν τους μήνες Σεπτέμβριο και Οκτώβριο 2015, ύψους 200 και 100 ευρώ αντίστοιχα (τα οποία μνημονεύονται στο από 22-7-2019 απαντητικό έγγραφο υποβολής διευκρινήσεων της εταιρείας), καθώς και οι αντίστοιχες προσφυγές.

Ζ. Σχετικά με την τελεσιδικία των προσφυγών του οικονομικού φορέα κατά των ... και ..., η ... αυτεπαγγέλτως αναζήτησε μέσω του link ... την Παρακολούθηση Υπόθεσης για τις ανωτέρω προσφυγές και διαπιστώθηκε ότι δεν έχουν τελεσιδικήσει.

Η. Τα παρακάτω έγγραφα προς απόδειξη των μέτρων αυτοκάθαρσης που έλαβε ο οικονομικός φορέας:

**ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΕΓΓΡΑΦΑ ΜΕΤΡΩΝ ΑΥΤΟΚΑΘΑΡΣΗΣ**

1 Βεβαίωση του Αρχιεπόπτη ... ο οποίος ελέγχει την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας

2 Βεβαίωση του Αρχιεπόπτη ... ο οποίος ελέγχει την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας

3 Βεβαίωση του δικηγόρου της εταιρίας για την επίβλεψη του λογιστηρίου και των διοικητικών υπηρεσιών για την τήρηση της εργατικής νομοθεσίας

4 Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο Αστικής, Επαγγελματικής και Εργοδοτικής ευθύνης της εταιρίας από την ... (έτη 2018, 2019)

5 Σύμβαση με εταιρία που παρέχει Ιατρούς Εργασίας και Τεχνικούς Ασφαλείας

6 Δείγμα από τα προγράμματα εργασίας που παραδίδει η εταιρεία στο προσωπικό της

7 Φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα

8. Η Επιτροπή Διαγωνισμού συνήλθε στις 25-7-2019, μετά από πρόσκληση της Προέδρου, για την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών ύστερα από την παροχή διευκρινίσεων, οπότε και συνέταξε το 2ο Πρακτικό του Διαγωνισμού, που υποβλήθηκε ηλεκτρονικά στην Αναθέτουσα Αρχή μέσω της λειτουργίας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Ως προς τον κρινόμενο από την Γνωμοδοτική Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, οικονομικό φορέα ..., η Επιτροπή Διαγωνισμού ομόφωνα εισηγήθηκε τον χαρακτηρισμό των ληφθέντων από την εταιρεία μέτρων αυτοκάθαρσης ως επαρκή και την έκδοση απόφασης για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη αυτών ύστερα από τη σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής της παραγράφου 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016.

9. Κατόπιν των ανωτέρω, ως αναθέτουσα αρχή υποβάλαμε το με αριθ. πρωτ. οικ. 81819/8251/3-9-2019 σχέδιο απόφασης και τα σχετικά δικαιολογητικά στην Επιτροπή της παραγράφου 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 για γνωμοδότηση, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2 της υπ' αριθ. ΥΑ 50844/17-5-2018 (ΦΕΚ 279/ΥΟΔΔ/17-5-2018).

10. Η Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 του Υπουργείου Ανάπτυξης και Επενδύσεων με το υπ' αριθ. 97415/27-9-2019 έγγραφό της ζήτησε εκ νέου σχέδιο απόφασης, το οποίο υποβάλαμε με αριθ. πρωτ. 95748/9677/2-10-2019.

11. Η Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 παρείχε ομόφωνα μη σύμφωνη γνώμη επί του υποβληθέντος σχεδίου απόφασης της Γενικής Δ/σης Εσωτερικής Λειτουργίας της ... και περί της μη επάρκειας των



ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων της εταιρείας «...» προς απόδειξη της αξιοπιστίας της, σύμφωνα με την Γνωμοδότηση (Θέμα 14Α) που εστάλη την 1-11-2019 με mail στην ....

12. Το γεγονός ότι σύμφωνα με την παράγραφο 8 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, η απόφαση της ... για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής..[.].».

4. Επειδή, η γνωμοδότηση της αρμόδιας Επιτροπής της παρ. 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 (7-10-2019 Συνεδρίαση: 14η Πράξη: 14 Α) λαμβάνοντας υπόψη το σύνολο των εγγράφων και στοιχείων που τέθηκαν υπόψιν της και τα οποία παρατίθενται αναλυτικά στο «σώμα» κατέληξε αποφαινόμενη ως εξής: «Η Γνωμοδοτική Επιτροπή για το ανωτέρω θέμα 14 Α της ημερήσιας διάταξης, αφού έλαβε υπόψη τα προαναφερθέντα, μελέτησε το σύνολο των τεθέντων σε αυτήν στοιχείων και μετά από διαλογική συζήτηση μεταξύ των μελών της θεωρεί πως ο ανωτέρω οικονομικός φορέας δεν έχει λάβει επαρκή τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων με βάση τα συνημμένα έγγραφα που προσκομίσθηκαν.

Ενδεικτικά από την εταιρεία «...» κατατέθηκαν δύο (2) βεβαιώσεις άσκησης εποπτικών καθηκόντων για την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας ... και ... και μία (1) βεβαίωση πληρεξούσιου δικηγόρου (χωρίς να συνοδεύεται από το σχετικό πληρεξούσιο) με την οποία βεβαιώνεται η τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας.

Κατόπιν των ανωτέρω, η Επιτροπή παρέχει ομόφωνα μη σύμφωνη γνώμη επί του υποβληθέντος σχεδίου απόφασης της Γενικής Δ/σης Εσωτερικής Λειτουργίας της ... και περί της μη επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων της εταιρείας «...» προς απόδειξη της αξιοπιστίας της».

5. Επειδή, κατά της ανωτέρω απόφασης η προσφεύγουσα άσκησε την με Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1401/ 15 - 11 - 2019 προσφυγή της, η οποία απερρίφθη με την με αριθμό 36/2020 απόφαση του παρόντος Κλιμακίου.

Ως είχε κριθεί και με την – ήδη ακυρωθείσα - 36/2020 Απόφαση ΑΕΠΠ η προσφυγή είχε ασκηθεί εμπροθέσμως και καταρχήν παραδεκτώς ως και η ασκηθείσα επ'αυτής παρέμβαση. Την, δε, 25/11/2019 η αναθέτουσα αρχή είχε αποστείλει προς την ΑΕΠΠ το με αριθμό πρωτ. : οικ. 123804/11962 έγγραφο απόψεων μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) καθώς και τον φάκελο των συναφών της προσφυγής εγγράφων. Επισημαίνεται ότι το συγκεκριμένο έγγραφο κοινοποιήθηκε αυθημερόν και με τον αυτό τρόπο στην προσφεύγουσα και παρεμβαίνουσα.

6. Επειδή, η εκτέλεση της 36/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ ανεστάλη με την 71/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ..., κατ' αποδοχή αιτήσεως αναστολής που άσκησε η προσφεύγουσα, κατά το άρθρο 372 ν.4412/2016. Σε συνέχεια, δε, άσκησης της με αριθμό καταχώρισης ΑΚ 510/28-4-2020 αίτησης ακυρώσεως εκδόθηκε η με αριθμό 1716/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ... (Σχηματισμός Ακυρωτικής Διαδικασίας), η οποία δέχτηκε την αίτηση, ακύρωσε την 36/2020 απόφαση της Α.Ε.Π.Π και ανέπεμψε την υπόθεση στην Α.Ε.Π.Π., κατά το σκεπτικό. Σε συμμόρφωση, της ανωτέρω, απόφασης εξετάσθηκε η κρινόμενη προσφυγή κι εκδίδεται η παρούσα.

7. Επειδή, η ΔΕΦΑΘ 1716/2020 αναφέρει ειδικώς στις σκέψεις 6 και 7 τα εξής «6. Επειδή, οι λόγοι της προδικαστικής προσφυγής που αφορούσαν τον αποκλεισμό της αιτούσας απορρίφθηκαν με την προσβαλλόμενη απόφαση της Α.Ε.Π.Π., με την αιτιολογία, αφενός ότι απαραδέκτως προσβάλλεται αυτοτελώς η ως άνω μη σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ.9 του ν.4412/2016, αφού δεν πρόκειται για πράξη αναθέτουσας αρχής, ο έλεγχος της οποίας έχει ανατεθεί στην Α.Ε.Π.Π., αφετέρου ότι η προσβληθείσα με την προδικαστική προσφυγή πράξη της αναθέτουσας αρχής, που ενσωμάτωσε την ως άνω μη σύμφωνη γνωμοδότηση, δεν επάγεται έννομες συνέπειες, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται να ασκήσει ουσιαστικό έλεγχο στη μη σύμφωνη γνώμη, ούτε να αποστεί από αυτήν, αλλά έχει δέσμια αρμοδιότητα να την υιοθετήσει. Σύμφωνα με όσα παρατίθενται στην προσβαλλόμενη απόφαση, ο έλεγχος της Α.Ε.Π.Π. περιορίζεται στην εξωτερική νομιμότητα και όχι στον

έλεγχου της αιτιολογίας της πράξης της αναθέτουσας αρχής, αφού η αξιολόγηση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων του διαγωνιζόμενου έχει ανατεθεί σε εξωτερικό όργανο, το οποίο δεν έχει ιεραρχική σχέση με το αποφασίζον, δεν υπάγεται στον ίδιο φορέα και, πλην της διαδικασίας του άρθρου 73 παρ.9 του ν.4412/2016, δεν έχει άλλο σημείο επαφής και αλληλεπίδρασης με την αναθέτουσα αρχή. Περαιτέρω, οι αιτιάσεις της προδικαστικής προσφυγής υπέρ του αποκλεισμού της συμμετέχουσας ατομικής επιχείρησης του ... απορρίφθηκαν, με την ίδια απόφαση της Α.Ε.Π.Π., ελλείπει εννόμου συμφέροντος της αιτούσας, δεδομένου ότι σε περίπτωση αποδοχής τους, δεν θα απέβαιναν σε ματαίωση και ενδεχόμενη νέα εκκίνηση της διαγωνιστικής διαδικασίας, αφού ο διαγωνισμός θα μπορούσε να συνεχιστεί με τους λοιπούς συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, κατά των προσφορών των οποίων δεν βάλλει η αιτούσα.

7. Επειδή, κατά το άρθρο 73 του διέποντος τον κρίσιμο διαγωνισμό ν.4412/2016 που προπαρατέθηκε, 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. Μετά την άπρακτη παρέλευση των 30 ημερών η Επιτροπή θεωρείται ότι εξέδωσε αρνητική γνώμη, η οποία υποχρεώνει την αναθέτουσα αρχή να εκδώσει απόφαση αποκλεισμού του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα από τη διαγωνιστική διαδικασία. Κατά συνέπεια, η 14Α /7-10-2019 μη σύμφωνη γνωμοδότηση της αρμόδιας Επιτροπής, με την οποία διαπιστώθηκε η μη επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων που είχε λάβει η αιτούσα, σχετικώς με τα γεγονότα που η ίδια δήλωσε κατά τη συμμετοχή της στον κρίσιμο διαγωνισμό και ενδέχεται να εμπίπτουν στους προβλεπόμενους από τη διακήρυξη λόγους αποκλεισμού της,

ανεξαρτήτως αν εκδόθηκε από όργανο που δεν ανήκει στην αναθέτουσα αρχή, έχει χαρακτήρα αρνητικής σύμφωνης γνώμης, που παράγει έννομα αποτελέσματα έναντι της αναθέτουσας αρχής, την οποία υποχρεώνει να εκδώσει στη συνέχεια απόφαση ομοίου περιεχομένου και, συνακόλουθα, εντάσσεται στην κρίσιμη διαγωνιστική διαδικασία, που αποσκοπεί στην κατάρτιση δημόσιας σύμβασης. Η ως άνω μη σύμφωνη γνώμη απώλεσε τον εκτελεστό χαρακτήρα της με την ενσωμάτωσή της στην 11604/11030/11-11-2019 απόφαση του Συντονιστή της ... περί αποκλεισμού της αιτούσας από το διαγωνισμό (πρβλ. ΣτΕ 2482/2017, 494/2013, 2274/2011, 860/2004), της οποίας αποτελεί την αιτιολογία. Περαιτέρω, η τελευταία αυτή απόφαση της αναθέτουσας αρχής, επάγεται βλαπτικές έννομες συνέπειες για την αιτούσα και παραδεκτώς προσβλήθηκε με προδικαστική προσφυγή. Κατόπιν αυτών, εξετάζοντας τους λόγους της προδικαστικής προσφυγής κατά της πράξης αποκλεισμού της αιτούσας που εξέδωσε η αναθέτουσα αρχή, όφειλε η Α.Ε.Π.Π. να εξετάσει τη νομιμότητα της αιτιολογίας της ανωτέρω 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 προσβλήθηκε με προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα με τον βάσιμο σχετικό λόγο της αιτήσεως ακυρώσεως. Τούτο διότι η άρνηση της Α.Ε.Π.Π. να ελέγξει τις πλημμέλειες της αιτιολογίας της ως άνω μη σύμφωνης γνώμης, που κατέστησε υποχρεωτικό τον αποκλεισμό της αιτούσας από τον κρίσιμο 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 της αιτούσας και για το λόγο αυτό πρέπει να γίνει δεκτός ο σχετικός λόγος της αιτήσεως ακυρώσεως και να αναπεμφθεί η υπόθεση στην Α.Ε.Π.Π., για νόμιμη κρίση. Περαιτέρω, η εξέταση των λοιπών λόγων της αιτήσεως ακυρώσεως, που αφορούν την επάρκεια των μέτρων αυτοκάθαρσης που έλαβε η αιτούσα και την απόρριψη από την Α.Ε.Π.Π. του λόγου της προδικαστικής προσφυγής υπέρ του αποκλεισμού της συμμετέχουσας στο διαγωνισμό ατομικής επιχείρησης του ..., καθίσταται αλυσιτελής, δεδομένου ότι πρόκειται για ζητήματα, των οποίων οι απαντήσεις εξαρτώνται από το μη

διενεργηθέντα από την Α.Ε.Π.Π. έλεγχο της αιτιολογίας του αποκλεισμού της αιτούσας».

8. Επειδή η προσφεύγουσα υποστηρίζει με την προσφυγή της τα εξής «...[.]Στην παρ. 1.1.3. «Λόγοι αποκλεισμού» της διακήρυξης (σελ. 15επ.) ορίζεται ότι: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης προσφέρων οικονομικός φορέας, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (εάν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (εάν πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων) ένας ή περισσότεροι από τους ακόλουθους λόγους:

Στην παρ.1.1.3.2. της διακήρυξης (σελ 16-17) ορίζεται ότι: «Όταν η αναθέτουσα αρχή: α) γνωρίζει ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή/και β) όταν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και 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 υ.α. 2063/Δ1632/2011 (Β1 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. Αν ο προσφέρων είναι Έλληνας πολίτης ή έχει την εγκατάστασή του στην Ελλάδα, οι

υποχρεώσεις του που αφορούν τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης καλύπτουν τόσο την κύρια όσο και την επικουρική ασφάλιση. Δεν αποκλείεται ο προσφέρων οικονομικός φορέας όταν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του είτε καταβάλλοντας τους φόρους ή τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης που οφείλει, συμπεριλαμβανομένων, κατά περίπτωση, των δεδουλευμένων τόκων ή των προστίμων είτε υπαγόμενος σε δεσμευτικό διακανονισμό για την καταβολή τους... (θ) εάν η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του. Ειδικά για την εν λόγω σύμβαση ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται, ιδίως, οι λόγοι που αναφέρονται στην περίπτωση γ της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010, όπως ισχύει 1.1.3.5. Προσφέρων οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1.1.3.1, 1.1.3.2.γ και 1.1.3.3, μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, 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.1.1.3.6.Η απόφαση για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ.8 και 9 του άρθρου 73 του ν.4412/2016».

2. Στη σελ. 10 του ΤΕΥΔ στο ερώτημα εάν ο οικονομικός φορέας έχει, εν γνώσει του, αθετήσει τις υποχρεώσεις του στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, η εταιρία μας ανέφερε τα ακόλουθα: «Στην εταιρία μας επιβλήθηκαν οι εξής πράξεις επιβολής προστίμων (οι οποίες δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ): α. Η υπ' αριθμ ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 1). β Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 2). γ. Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 3). δ. Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 4). ε. Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 5). στ. Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 6). Επειδή η εταιρία μας δεν έχει παραβιάσει εν γνώσει της, τις υποχρεώσεις της, στον τομέα του εργατικού δικαίου και επειδή αμφισβητεί ότι οι συγκεκριμένες αποφάσεις αποτελούν εργατική παράβαση, τις έχει προσβάλει με προσφυγές. Επομένως η εταιρία δεν εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού σύμφωνα με το Ν4412/2016 άρθρο 73 παρ.2 περίπτωση γ, η οποία προστέθηκε με το άρθρο 39 του Ν4488/2017 διότι

οι ανωτέρω πράξεις δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με το άρθρο 1.1.3.2. της διακήρυξης».

Στις σελ.10-12 του ΤΕΥΔ στο ερώτημα εάν έχει λάβει ο φορέας μέτρα που να αποδεικνύουν την αξιοπιστία του παρά την ύπαρξη αυτού του λόγου αποκλεισμού (αυτοκάθαρση) η εταιρία μας απάντησε τα κάτωθι: «Όπως προκύπτει από το σώμα των συνημμένων προσφυγών σε όλες τις περιπτώσεις η εταιρία μας διαφωνεί με την επιβολή των προστίμων και εκτιμάται ότι πολύ πιθανή η ευδοκίμηση των προσφυγών μας στα διοικητικά δικαστήρια. Σε κάθε περίπτωση οι καταλογιζόμενες παραβάσεις αφορούν μεμονωμένο αριθμό περιπτώσεων από τους 350 που απασχολεί κατά μέσο όρο η εταιρία μας, και οι παραβάσεις οφείλονται πάντοτε σε σφάλματα εκ παραδρομής λόγω συνεννοήσεων των εργαζομένων για αλλαγή βάρδιας χωρίς να ενημερωθεί πρώτα το λογιστήριο της εταιρίας και επ' ουδενί δεν οφείλονται σε πρόθεση της εταιρίας μας. Η εταιρία μας επισημαίνει ότι έχει λάβει όλα τα απαραίτητα μέτρα ώστε με βάση τον αριθμό του προσωπικού της να είναι απολύτως συμμορφούμενη με τις υποδείξεις της εργατικής νομοθεσίας, τηρώντας εγκαίρως όλες τις υποχρεώσεις της και έχοντας καθιερώσει στενή συνεργασία σε 24ωρη βάση με σύστημα ενδοεπικοινωνίας εκπροσώπου εταιρίας, λογιστηρίου, λογιστή, επόπτη έργου και εργαζομένων ώστε να αποφεύγεται κάθε σφάλμα ή αβλεψία. Σημειώνεται ότι ο λογιστής της εταιρίας μας καθώς και εξειδικευμένο γραφείο λογιστικής και νομικής υποστήριξης με το οποίο συνεργαζόμαστε είναι σε ετοιμότητα σε 24ώρη βάση ώστε να προλαμβάνουν κάθε αβλεψία και κάθε αιφνίδια αλλαγή προγράμματος ή αναγκών σε όλα τα έργα ανά την Επικράτεια τα οποία εκτελούμε. Επιπλέον, η εταιρία μας έχει αναπτύξει σύστημα εποπτείας των έργων με αυξημένο διοικητικό προσωπικό ώστε όλες οι μεταβολές προγραμμάτων να επισημαίνονται άμεσα και δια τηλεφώνου ώστε να γίνουν εγκαίρως όλες οι σχετικές τροποποιήσεις. Έτσι, έχει ήδη επιτευχθεί να μην επιβληθούν περισσότερα πρόστιμα της εργατικής νομοθεσίας στην εταιρία μας (πλην των ανωτέρω αναφερόμενων) παρά το ότι διατηρεί μεγάλο αριθμό προσωπικού σε πληθώρα έργων ανά την Ελλάδα. Τα συγκεκριμένα πρόστιμα είναι απολύτως μεμονωμένα και δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική



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

Ακολούθως, στη σελ. 12 του ΤΕΥΔ στο ερώτημα εάν έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας ,σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα , η εταιρία μας ανέφερε τα εξής: «Στην εταιρία μας επιβλήθηκαν οι εξής πράξεις επιβολής προστίμων (οι οποίες δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ): α. Η υπ' αριθμ ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 1). β Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας της ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 2). γ. Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 3). δ. Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 4). ε. Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την

*Επιθεώρηση Εργασίας ... , για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 5). στ. Η υπ' αριθμ. ... πράξη επιβολής προστίμου από την Επιθεώρηση Εργασίας ..., για την οποία έχει κατατεθεί στο Διοικητικό Πρωτοδικείο ... η ... εμπρόθεσμη δικαστική προσφυγή μας (συνημμένο 6). Επειδή η εταιρία μας δεν έχει παραβιάσει εν γνώσει της, τις υποχρεώσεις της, στον τομέα του εργατικού δικαίου και επειδή αμφισβητεί ότι οι συγκεκριμένες αποφάσεις αποτελούν εργατική παράβαση, τις έχει προσβάλει με προσφυγές. Επομένως η εταιρία δεν εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού σύμφωνα με το Ν4412/2016 άρθρο 73 παρ.2 περίπτωση γ, η οποία προστέθηκε με το άρθρο 39 του Ν4488/2017 διότι οι ανωτέρω πράξεις δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με το άρθρο 1.1.3.2. της διακήρυξης».*

*Τελικώς στις σελ.13-14 του ΤΕΥΔ στην ερώτηση εάν έχει λάβει ο οικονομικός φορέας μέτρα αυτοκάθαρσης, η εταιρία μας ανέφερε τα κάτωθι: «Όπως προκύπτει από το σώμα των συνημμένων προσφυγών σε όλες τις περιπτώσεις η εταιρία μας διαφωνεί με την επιβολή των προστίμων και εκτιμάται ότι πολύ πιθανή η ευδοκίμηση των προσφυγών μας στα διοικητικά δικαστήρια. Σε κάθε περίπτωση οι καταλογιζόμενες παραβάσεις αφορούν μεμονωμένο αριθμό περιπτώσεων από τους 350 που απασχολεί κατά μέσο όρο η εταιρία μας, και οι παραβάσεις οφείλονται πάντοτε σε σφάλματα εκ παραδρομής λόγω συνεννοήσεων των εργαζομένων για αλλαγή βάρδιας χωρίς να ενημερωθεί πρώτα το λογιστήριο της εταιρίας και επ' ουδενί δεν οφείλονται σε πρόθεση της εταιρίας μας. Η εταιρία μας επισημαίνει ότι έχει λάβει όλα τα απαραίτητα μέτρα ώστε με βάση τον αριθμό του προσωπικού της να είναι απολύτως συμμορφούμενη με τις υποδείξεις της εργατικής νομοθεσίας, τηρώντας εγκαίρως όλες τις υποχρεώσεις της και έχοντας καθιερώσει στενή συνεργασία σε 24ωρη βάση με σύστημα ενδοεπικοινωνίας εκπροσώπου εταιρίας, λογιστηρίου, λογιστή, επόπτη έργου και εργαζομένων ώστε να αποφεύγεται κάθε σφάλμα ή αβλεψία. Σημειώνεται ότι ο λογιστής της εταιρίας μας καθώς και εξειδικευμένο γραφείο λογιστικής και νομικής υποστήριξης με το οποίο συνεργαζόμαστε είναι σε ετοιμότητα σε 24ώρη βάση ώστε να προλαμβάνουν κάθε αβλεψία και κάθε*

αιφνίδια αλλαγή προγράμματος ή αναγκών σε όλα τα έργα ανά την Επικράτεια τα οποία εκτελούμε. Επιπλέον, η εταιρία μας έχει αναπτύξει σύστημα εποπτείας των έργων με αυξημένο διοικητικό προσωπικό ώστε όλες οι μεταβολές προγραμμάτων να επισημαίνονται άμεσα και δια τηλεφώνου ώστε να γίνουν εγκαίρως όλες οι σχετικές τροποποιήσεις. Έτσι, έχει ήδη επιτευχθεί να μην επιβληθούν περισσότερα πρόστιμα της εργατικής νομοθεσίας στην εταιρία μας (πλην των ανωτέρω αναφερόμενων) παρά το ότι διατηρεί μεγάλο αριθμό προσωπικού σε πληθώρα έργων ανά την Ελλάδα. Τα συγκεκριμένα πρόστιμα είναι απολύτως μεμονωμένα και δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, εφόσον έχουμε ασκήσει για όλα διοικητικές προσφυγές και ως μεμονωμένα τα πρόστιμα αυτά σε συνδυασμό με τον αριθμό του προσωπικού μας δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει τελεστεί σοβαρό παράπτωμα, ενώ σε καμία περίπτωση αυτά δεν δημιουργούν καμία αμφιβολία για την αξιοπιστία για την φερεγγυότητα της εταιρίας μας, η οποία είναι απολύτως εντάξει στην εξόφληση εργοδοτικών και ασφαλιστικών εισφορών. Επίσης, κάθε μήνα διενεργείται έλεγχος για την διαπίστωση τυχόν παραλείψεων από εξειδικευμένο κλιμάκιο της εταιρίας μας ώστε να αποφευχθεί κάθε είδους παρατυπία στην εφαρμογή της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, της νομοθεσίας υγιεινής και ασφάλειας της εργασίας. Η εταιρία μας έχει συνάψει ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής και επαγγελματικής ευθύνης, σε κάθε περίπτωση, για οποιαδήποτε ζημία προκληθεί για πάσης φύσεως ζήτημα, ενώ η οικονομική επιφάνεια της εταιρίας είναι τέτοια που επαρκεί για να επανορθώσει οποιαδήποτε ζημία προκύψει στο μέλλον. Σε κάθε περίπτωση οι συγκεκριμένες διατάξεις του Ν3863 είναι αμφιβόλου συνταγματικότητας και ότι αφορά την εταιρία μας η επιβληθείσες κυρώσεις δεν είναι τελεσίδικες και δεσμευτικές».

3. Αφότου η Αναθέτουσα Αρχή έλαβε γνώση των επιβληθεισών κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας, ούτως ώστε να είναι εφαρμοστέος πλέον λόγος αποκλεισμού, με την Α.Π. οικ 72021/7264/17-7-2019 επιστολή της ζήτησε διευκρινίσεις από την εταιρία μας για τις συγκεκριμένες κυρώσεις, επί της οποίας η εταιρία μας με το 22-07-2019 έγγραφο ανέφερε τα ακόλουθα: «α) Με την 10η/11-4-2018 απόφαση του ΔΣ του ... «...» καταγγέλθηκε η σύμβαση φύλαξης

που εκτελούνταν από 25/8/2016 (συνημμένο 1). Με την 61/2018 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ... (σε συμβ.) αποφασίστηκε η αναστολή της ανωτέρω απόφασης του νοσοκομείου ως προς όλο το σκεπτικό της (συνημμένο 2 απόφαση αναστολής από το ΔΕφ. ...). Τελικώς, με την απόφαση 13η /10-05-2018 θέμα 1ο το ΔΣ του ... «...» αποφάσισε την ανάκληση της ανωτέρω απόφασης (10η/11-4-2018) και την συνέχιση από την εταιρία μας της καταγγελθείσας σύμβασης η οποία εκτελέστηκε προσηκόντως μέχρι τη λήξη της 24/8/2018 (συνημμένο 3 απόφαση 13η/10-5-2018 του ΓΝΜ ...). β) Στην εταιρία έχουν επιβληθεί προ διειτίας πρόστιμα από το ..., τα οποία ήταν χαμηλού ύψους για ήσσονος σημασίας παραβάσεις της εκτελούμενης σύμβασης, ύψους 100€, 200€, 300€, 1.000€, (συνημμένο 4) πλην όμως έχουμε ασκήσει προσφυγή κατά όλων των επιβληθέντων προστίμων και εκκρεμεί η εκδίκασή τους (συνημμένα 5). Η σύμβασή μας δεν καταγγέλθηκε ποτέ μάλιστα μας δόθηκε και παράταση 5 μηνών, πληρωθήκαμε όλη τη σύμβαση και την παράταση και επεστράφη η εγγυητική καλής εκτέλεσης. γ) Θα θέλαμε να σας αναφέρουμε ότι αφορά τα μέτρα αυτοκάθαρσης τα εξής: Όπως προκύπτει από το σώμα των προσφυγών σε όλες τις περιπτώσεις η εταιρία μας διαφωνεί με την επιβολή των προστίμων και εκτιμάται ότι πολύ πιθανή η ευδοκίμηση των προσφυγών μας στα διοικητικά δικαστήρια. Σε κάθε περίπτωση οι καταλογιζόμενες παραβάσεις αφορούν μεμονωμένο αριθμό περιπτώσεων από τους 300 που απασχολεί κατά μέσο όρο η εταιρία μας, και οι παραβάσεις οφείλονται πάντοτε σε σφάλματα εκ παραδρομής λόγω συνεννοήσεων των εργαζομένων για αλλαγή βάρδιας χωρίς να ενημερωθεί πρώτα το λογιστήριο της εταιρίας και επ' ουδενί δεν οφείλονται σε πρόθεση της εταιρίας μας. Η εταιρία μας έχει λάβει όλα τα απαραίτητα μέτρα ώστε με βάση τον αριθμό του προσωπικού της να είναι απολύτως συμμορφούμενη με τις υποδείξεις της εργατικής νομοθεσίας, τηρώντας εγκαίρως όλες τις υποχρεώσεις της και έχοντας καθιερώσει στενή συνεργασία σε 24ωρη βάση με σύστημα ενδοεπικοινωνίας εκπροσώπου εταιρίας, λογιστηρίου, λογιστή, επόπτη έργου και εργαζομένων ώστε να αποφεύγεται κάθε σφάλμα ή αβλεψία. Σημειώνεται ότι ο λογιστής της εταιρίας μας καθώς και εξειδικευμένο γραφείο λογιστικής με το οποίο συνεργαζόμαστε είναι σε ετοιμότητα σε 24ώρη

βάση ώστε να προλαμβάνουν κάθε αβλεψία και κάθε αιφνίδια αλλαγή προγράμματος ή αναγκών σε όλα τα έργα ανά την Επικράτεια τα οποία εκτελούμε. Επιπλέον, επειδή οι παραβάσεις οφείλονται πάντοτε σε σφάλματα εκ παραδρομής λόγο συνεννοήσεων των εργαζομένων για αλλαγή βάρδιας χωρίς να ενημερωθεί πρώτα το λογιστήριο της εταιρίας, που επ' ουδενί δεν οφείλονται σε πρόθεση της εταιρίας μας, η εταιρία μας έχει αναπτύξει σύστημα εποπτείας των έργων με αυξημένο διοικητικό προσωπικό ώστε όλες οι μεταβολές προγραμμάτων να επισημαίνονται άμεσα και δια τηλεφώνου ώστε να γίνουν εγκαίρως όλες οι σχετικές τροποποιήσεις. Επίσης παραδίνονται τα προγράμματα εργασίας στο προσωπικό, τα οποία υπογράφουν, ώστε να μπορούμε να διασφαλίσουμε ότι λαμβάνουν σωστά το πρόγραμμά τους και να αποφεύγονται οι πολλές αλλαγές. Έτσι, έχει ήδη επιτευχθεί να μην επιβληθούν περισσότερα πρόστιμα της εργατικής νομοθεσίας στην εταιρία μας (πλην των συγκεκριμένων) παρά το ότι διατηρεί μεγάλο αριθμό προσωπικού σε πληθώρα έργων ανά την Ελλάδα. Επίσης, κάθε μήνα διενεργείται έλεγχος για την διαπίστωση τυχόν παραλείψεων από εξειδικευμένο κλιμάκιο της εταιρίας μας ώστε να αποφευχθεί κάθε είδους παρατυπία στην εφαρμογή της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, της νομοθεσίας υγιεινής και ασφάλειας της εργασίας. Σημειώνεται ότι εξειδικευμένο γραφείο νομικής υποστήριξης με το οποίο συνεργαζόμαστε είναι σε ετοιμότητα σε 24ώρη βάση και επιβλέπει όλα τα μέτρα που έχουν ληφθεί για την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας όσον αφορά το προσωπικό που απασχολούμε σε όλη την Ελλάδα. Τα συγκεκριμένα πρόστιμα είναι απολύτως μεμονωμένα και δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, εφόσον έχουμε ασκήσει για όλα διοικητικές προσφυγές και ως μεμονωμένα τα πρόστιμα αυτά σε συνδυασμό με τον αριθμό του προσωπικού μας δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει τελεστεί σοβαρό παράπτωμα, ενώ σε καμία περίπτωση αυτά δεν δημιουργούν καμία αμφιβολία για την αξιοπιστία για την φερεγγυότητα της εταιρίας μας, η οποία είναι απολύτως εντάξει στην εξόφληση εργοδοτικών και ασφαλιστικών εισφορών. Σε κάθε περίπτωση η εταιρία μας έχει συνάψει ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής και επαγγελματικής και εργοδοτικής ευθύνης για οποιαδήποτε ζημία προκληθεί για

πάσης φύσεως ζήτημα, ενώ η οικονομική επιφάνεια της εταιρίας είναι τέτοια που επαρκεί για να επανορθώσει οποιαδήποτε ζημία αν τυχόν προκύψει στο μέλλον».

Μάλιστα με το ίδιο ως άνω από 22-07-2019 έγγραφό της η εταιρία μας ανέφερε τα ακόλουθα: «Προς απόδειξη των μέτρων αυτοκάθαρσης που δηλώσαμε, σας αποστέλλουμε με την παρούσα :

-Βεβαίωση του Αρχιεπόπτη ... ο οποίος ελέγχει την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας (συνημμένο 6)

-Βεβαίωση του Αρχιεπόπτη ... ο οποίος ελέγχει την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας (συνημμένο 7)

-Βεβαίωση του Δικηγόρου της εταιρίας για την επίβλεψη του λογιστηρίου και των διοικητικών υπηρεσιών μας για την τήρηση της εργατικής νομοθεσίας (συνημμένο 8)

-Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο Αστικής, Επαγγελματικής και Εργοδοτικής ευθύνης της εταιρίας μας από την ... (συνημμένα 9-10)

- Την σύμβαση με την εταιρία που μας παρέχει Ιατρούς Εργασίας και Τεχνικούς ασφαλείας για όλους τους εργαζόμενους της εταιρίας, σε όλα τα υπό φύλαξη σημεία, ώστε να είμαστε σύμφωνοι με τις κείμενες διατάξεις της εθνική νομοθεσίας για την υγεία και ασφάλεια των εργαζομένων (συνημμένο 11)

-Δείγμα από τα προγράμματα εργασίας που παραδίδουμε στο προσωπικό μας, ώστε να μπορούμε να διασφαλίσουμε ότι λαμβάνουν σωστά το πρόγραμμά τους και έτσι να αποφεύγονται οι πολλές αλλαγές (συνημμένα 12)

-Φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα όπου προκύπτει ότι είμαστε συνεπείς στις υποχρεώσεις μας (συνημμένα 13-14)».

Ο λόγος σήμανσης του αρχείου «ασφαλιστήριο συμβόλαιο» ως εμπιστευτικό, αυτός αναφέρεται στην υπεύθυνη δήλωση που έχουμε καταθέσει στην προσφορά μας και συγκεκριμένα το αρχείο περιέχει ευαίσθητα δεδομένα που αφορούν την επιχείρηση, και τις εμπορικές τις συμφωνίες (ιδιαίτερα το κόστος αυτών). Επίσης η εταιρία έκανε έρευνα αγοράς για να κάνει τέτοιες εμπορικές συμφωνίες επομένως αν αποχαρακτηριστεί αυτόματα δίνεται το

δικαίωμα να γνωρίζουν τις οικονομικές συμφωνίες μας με τους προμηθευτές μας. Επειδή όμως η εταιρία μας δεν θέλει σε καμία περίπτωση να δημιουργήσει κάποιο πρόβλημα στην εξέλιξη του διαγωνισμού η εταιρία μας αποδέχεται τον αποχαρακτηρισμό του αρχείου "Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο" ως εμπιστευτικό».

4. Στην υπό κρίση περίπτωση οι επιβληθείσες διοικητικές κυρώσεις δεν είναι δεσμευτικές και αμετάκλητες, ώστε να δικαιολογούν τον αποκλεισμό της εταιρίας μας αλλά και ενόψει όλων των ανωτέρω αναλυθεισών περιστάσεων δεν είναι τόσο σοβαρές ώστε να θεωρηθεί ότι έχει τελεστεί σοβαρό επαγγελματικό επαγγελματικό παράπτωμα ικανό να οδηγήσει σε αποκλεισμό της εταιρίας μας, ενώ σε κάθε περίπτωση η εταιρία μας είναι απολύτως συμμορφούμενη με τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας και έχουν αποδεδειγμένα ληφθεί επαρκή και πλήρη μέτρα αυτοκάθαρσης για τη μη επανάληψη των συγκεκριμένων περιστατικών.

Εντούτοις, με την 14Α/7-10-2019 Πράξη της η Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9 ν. 4412/2016 δεν ενέκρινε το σχέδιο απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής υπέρ της αποδοχής των εκ μέρους της εταιρίας μας επικαλούμενων επανορθωτικών μέτρων με αποτέλεσμα τελικώς να εκδοθεί η -ήδη προσβαλλόμενη- απόφαση της Γενικής Δ/σης Εσωτερικής Λειτουργίας της ..., με την οποία, καθ' υιοθέτηση της 14Α/7-10-2019 Πράξης, αποφασίστηκε ο αποκλεισμός της εταιρίας μας από τα επόμενα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Η αρμόδια Γνωμοδοτική επιτροπή, με την 14Α/7-10-2019 Πράξη της, δεν αποδέχτηκε το σχέδιο απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής με την αιτιολογία ότι: «...ο ανωτέρω οικονομικός φορέας δεν έχει λάβει επαρκή τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων με βάση τα συνημμένα έγγραφα που προσκομίσθηκαν Ενδεικτικά από την εταιρεία ...» κατατέθηκαν δύο (2) βεβαιώσεις άσκησης εποπτικών καθηκόντων για την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας ... και ... και μία (1) βεβαίωση πληρεξούσιου δικηγόρου (χωρίς να συνοδεύεται από το σχετικό πληρεξούσιο) με την οποία βεβαιώνεται η τήρηση της εργατικής και

ασφαλιστικής νομοθεσίας. Κατόπιν των ανωτέρω, η Επιτροπή παρέχει ομόφωνα μη σύμφωνη γνώμη επί του υποβληθέντος σχεδίου απόφασης της Γενικής Δ/σης Εσωτερικής Λειτουργίας της ... και περί της μη επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων της εταιρείας ...» προς απόδειξη της αξιοπιστίας της.».

5. Η συγκεκριμένη, όμως, αιτιολογία δεν είναι σύννομη και πρέπει να ακυρωθεί διότι: 5.Α. Στο άρθρο 18 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «5. Η αθέτηση της υποχρέωσης της παραγράφου 2 συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα του οικονομικού φορέα κατά την έννοια της περίπτωσης θ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στις κείμενες διατάξεις. Ειδικά, κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται ιδίως τα προβλεπόμενα στο δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 115)».

Ο Ν. 3863/2010 στο άρθρο 68 παρ. 2 περ' γ', η οποία τροποποιήθηκε με τον Ν 4488/2017 (άρθρο 39 περίπτωση β') ορίζει ότι: «γ) η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από την σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφοράς τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), 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».

Στο άρθρο 73 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή; α) γνωρίζει ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή



εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή/και β) μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. «γ) γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας 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

7. «Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2ν 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.8. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της επόμενης παραγράφου, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής, καθώς και η απόφαση με την οποία γίνονται δεκτά ένδικα βοηθήματα κατ'αυτής, κοινοποιείται στην Αρχή».

Εξάλλου όπως έχει κριθεί ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού που προβλέπει η εν λόγω διάταξη του Ν. 4412/2016 (αντίστοιχο είναι το άρθρο 57παρ.1-6 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ως «σοβαρό επαγγελματικό 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 διαδικασίας κ.λπ. (Ε.Α ΣτΕ 403/2010). Για την εκτίμηση της τέλεσης ή μη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να λάβει υπόψη της οποιοδήποτε πρόσφορο στοιχείο που υποπίπτει στην αντίληψή της,

χωρίς να κωλύεται η Αναθέτουσα Αρχή από το γεγονός ότι ο διαγωνισμός έχει φθάσει σε στάδιο κατακύρωσης (ΣΤΕ 1668/2012). Επομένως, δεν απαιτείται απόφαση που έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου για τη διαπίστωση επαγγελματικού παραπτώματος, κατά την έννοια της διάταξης που περιλαμβάνεται στο εν λόγω εδάφιο, στοιχείο δ' (ΑΠΟΦΑΣΗ ΔΕΕ (τρίτο τμήμα) της 13ης Δεκεμβρίου 2012 - υπόθεση C 465/11 - σκέψη 28). Για τη διαπίστωση της ύπαρξης «σοβαρού παραπτώματος» απαιτείται, κατ' αρχήν, να πραγματοποιηθεί συγκεκριμένη εκτίμηση και να εξατομικευθεί η στάση του οικείου οικονομικού φορέα (σκέψη 31 - υπόθεση C-465/11 βλ. ανωτέρω). Μάλιστα έχει κριθεί από το ΔΕΕ (ΑΠΟΦΑΣΗ (πέμπτο τμήμα) της 11ης Δεκεμβρίου 2014 - C-440/2013 - βλ. σκέψη 28) ότι: «είναι χρήσιμο να διευκρινιστεί ότι οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 45, παράγραφος 2, στοιχεία δ' και ζ', της οδηγίας αυτής, παρέχουν επίσης στις αναθέτουσες αρχές τη δυνατότητα να αποκλείσουν κάθε οικονομικό φορέα ο οποίος διέπραξε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που αποδεδειγμένως διαπιστώθηκε με οποιοδήποτε μέσο ενδέχεται να διαθέτουν οι αναθέτουσες αρχές ή είναι ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων ή δεν παρέσχε τις αναγκαίες για την ποιοτική επιλογή των προσφορών πληροφορίες, χωρίς να απαιτείται να υπάρχει οριστική καταδικαστική απόφαση του οικονομικού φορέα...». Οι ανωτέρω διατάξεις που προβλέπουν δυνατότητα αξιολόγησης και μη αποδοχής των μέτρων αυτοκάθαρσης του έχοντος υποπέσει σε παράπτωμα παρέχουν υπερβολικά ευρεία διακριτική ευχέρεια στα αρμόδια όργανα, χωρίς να προκύπτει ποια είναι τα όρια της συγκεκριμένης διακριτικής ευχέρειας και πότε τα επικαλούμενα μέτρα μπορεί να θεωρηθούν επαρκή ή ανεπαρκή. Αντίθετα, από μόνη τη διατύπωση του νόμου «Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής», δεν προκύπτει για ποιους λόγους τα μέτρα αυτά μπορεί να θεωρηθούν ανεπαρκή, ποια δικαιολογητικά απαιτούνται ή έστω να παρέχεται εξουσιοδότηση στον κανονιστικό νομοθέτη προκειμένου να καθορίσει το ειδικότερο περιεχόμενο των απαιτούμενων δικαιολογητικών απόδειξης όσων επικαλείται κάθε εταιρία κ.λπ. Κατ' επέκταση, οι συγκεκριμένες διατάξεις, καθ' ο μέρος παρέχουν τέτοια υπερβολικά ευρεία διακριτική ευχέρεια

για την απόρριψη των επικαλούμενων μέτρων αυτοκάθαρσης πρέπει να θεωρηθούν ανίσχυρες και μη εφαρμοστέες (πρβλ σχετικά ΣτΕ 3038/2008 Ολομ σκέψη 8 και Σ.τ.Ε. (Ολομ) 3316/2014 σκέψη 8) και μέχρι τη διόρθωση των σχετικών διατάξεων τα επικαλούμενα μέτρα αυτοκάθαρσης πρέπει να θεωρούνται ως κατά τεκμήριο επαρκή.

5. Β) Σε κάθε περίπτωση, εφόσον ήθελε κριθούν ως συνταγματικά ανεκτές οι συγκεκριμένες ρυθμίσεις, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι παντελώς ανατιολόγητη και ελλιπής, διότι:

Στην αιτιολογική σκέψη (101) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ επαναλαμβάνονται όσα και στην αιτιολογική σκέψη (106) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ αναφέρονται. Περαιτέρω, στην αιτιολογική σκέψη (102) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ προβλέπονται τα εξής: «Θα πρέπει, ωστόσο, να επιτρέπεται στους οικονομικούς φορείς να υιοθετούν μέτρα συμμόρφωσης με στόχο την άρση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων 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». Στην υπό κρίση περίπτωση:

i) Η εταιρία μας παρέθεσε τα ανωτέρω αναφερόμενα μέτρα αυτοκάθαρσης ώστε να δικαιολογήσει και να τεκμηριώσει τη φερεγγυότητά της για την εκτέλεση του εν θέματι έργου, υπό την έννοια ότι οι 6 κυρώσεις της εργατικής νομοθεσίας που της επιβλήθηκαν την τελευταία διετία είναι μεμονωμένες και δεν επηρεάζουν την επαγγελματική καταλληλότητά της για την εκτέλεση του εν θέματι έργου.

ii) Η αρνητική σύμφωνη γνώμη της Γνωμοδοτικής Επιτροπής του άρθρου 73 Ν. 4412/2016 δεν είναι επαρκώς αιτιολογημένη, καθόσον δεν έγινε *ad hoc* αξιολόγηση των επικαλούμενων μέτρων, παρότι σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ. 7 «Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος». Στην προκειμένη περίπτωση, όσον αφορά την εταιρία μας, έγινε αποσπασματική και γενική - και όχι ειδική- αξιολόγηση των επικαλούμενων επανορθωτικών μέτρων. Μάλιστα, η οικεία Γνωμοδοτική Επιτροπή παραβλέποντας να αξιολογήσει όσα προσκομίσαμε έκρινε, όλως αορίστως και ασαφώς, ως προς την εταιρία μας ότι: « ο ανωτέρω οικονομικός φορέας δεν έχει λάβει επαρκή τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων με βάση τα συνημμένα έγγραφα που προσκομίσθηκαν.» Ειδικότερα, 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. Συγκεκριμένα, όπως αναλυτικώς έχει εκτεθεί 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 κατά περιόδους ιδιαίτερα συχνά από όλους τους ελεγκτικούς μηχανισμούς. Προς απόδειξη τούτου, ουδέν άλλο πρόστιμο της εργατικής νομοθεσίας μας επιβλήθηκε τους τελευταίους 9 μήνες. 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.

iii) 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 βάσει γενικών πιθανολογήσεων περί εν γένει παραβατικότητας της εταιρίας μας και δήθεν σοβαρότητας των συγκεκριμένων παραβάσεων καθαυτών. 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. Η Γνωμοδοτική Επιτροπή εστιάζει την προσοχή της στην δήθεν έλλειψη απόδειξης των ληφθέντων μέτρων, αγνοώντας τα περιγραφόμενα μέτρα αυτά καθαυτά, τις διευκρινίσεις στις οποίες προχωρήσαμε σχετικά με την προσφορά μας και το είδος των κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας για τις οποίες η εταιρία μας κατέστη υπόλογη. Η ανάθεση καθηκόντων σε επόπτες, η τεταμένη προσοχή του προσωπικού της, η 24ωρη επαγρύπνηση στελεχών της εταιρίας μας, του λογιστηρίου της και του δικηγόρου της που είναι αρμόδιος για θέματα της εργατικής νομοθεσίας, εκ της φύσεως τους δεν χρήζουν περαιτέρω απόδειξης. Σε κάθε περίπτωση, είναι επαληθεύσιμη η τήρηση των μέτρων εκ του λόγου ότι δεν επιβλήθηκε στην εταιρία μας καμία νεότερη κύρωση μετά τον

Δεκέμβριο του 2018. Επισημαίνεται ότι, σε αντίστοιχη περίπτωση άλλης εταιρίας στα πλαίσια του ίδιου διαγωνισμού του Υπουργείου Οικονομικών, η ίδια Γνωμοδοτική Επιτροπή αξιολόγησης των επικαλούμενων επανορθωτικών μέτρων παρείχε θετική σύμφωνη γνώμη, θεωρώντας ως επαρκή παρόμοιου περιεχόμενου επανορθωτικά μέτρα που επικαλέστηκε εταιρία φύλαξης, με αντίστοιχο αριθμό παραβάσεων. Ειδικότερα, η εν λόγω εταιρία ... επικαλέστηκε τη σύσταση εντός της εταιρίας «Διεύθυνσης Τροποποίησης Συμβάσεων» και παροχή εσωτερικής εκπαίδευσης για την αποφυγή των σφαλμάτων που προκάλεσαν την επιβολή σε αυτήν των κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας. Είναι προφανές ότι τα επικαλούμενα επανορθωτικά μέτρα που έγιναν αποδεκτά είναι ίδιας φύσης και περιεχομένου με τα αντίστοιχα μέτρα που επικαλέστηκε στον προκείμενο διαγωνισμό η εταιρία μας, καθόσον κύριος σκοπός όλων αυτών των ενεργειών είναι η καλύτερη επόπτευση και λειτουργία της κάθε εταιρίας που απασχολεί τέτοιο αριθμό προσωπικού και έχει φυλάξεις σε όλη την Ελλάδα. Η εταιρία μας έλαβε αντίστοιχου επιπέδου και καταλληλότητας μέτρα με τον ίδιο σκοπό, δηλ. την αρτιότερη οργάνωσή της, επιτυγχάνοντας μάλιστα απολύτως τον σκοπό της, εφόσον δεν της επιβλήθηκε κανένα πρόστιμο μετά τον Δεκέμβριο του 2018, δηλ. επί 1 σχεδόν έτος. Σύμφωνα, λοιπόν, με την αρχή της αναλογικότητας και της ισότητας, δεν δικαιολογείται η διαφορετική μεταχείριση της εταιρίας ... σε σχέση με τη δική μας, εφόσον, παρότι λάβαμε ίδιου επιπέδου και αντιστοιχίας μέτρα, εντούτοις τα μέτρα που έλαβε η εταιρία μας δεν κρίθηκαν επαρκή για να τεκμηριώσουν την αξιοπιστία της εταιρίας μας. 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. 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 καθώς και με το από 22-07-2019 έγγραφο διευκρινίσεων της 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 όσων μέτρων έχουν ληφθεί, δεν αναφέρθηκε σε τι συνίσταται ακριβώς η ανεπάρκεια κάθε επανορθωτικού μέτρου και ουδόλως εκτιμήθηκαν τα μέτρα συνδυαστικώς με την βαρύτητα των τελεσθεισών παραβάσεων. Παράλληλα, στην ως άνω της Πράξη απარიθμεί απλώς ενδεικτικά μερικά από τα αποδεικτικά έγγραφα που προσκομίσαμε, ήτοι τις δύο βεβαιώσεις άσκησης εποπτικών καθηκόντων για την τήρηση της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, χωρίς να κάνει εκτενή αναφορά και ενδελεχή αξιολόγηση όλων των συνημμένων εγγράφων της εταιρίας μας. Ως εκ τούτου, η μη σύμφωνη γνώμη της οικείας Γνωμοδοτικής Επιτροπής για την επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων της εταιρίας μας ερείδεται σε πλημμελή αιτιολογία. Συνεπώς, τόσο η Γνωμοδοτική Επιτροπή που δεν παρείχε τη σύμφωνη γνώμη της επί του σχεδίου απόφασης αποδοχής, στο μέτρο που αρκέστηκε σε γενικόλογες και αυθαίρετες κρίσεις ως προς τα ληφθέντα μέτρα, αγνοώντας μάλιστα τη διαφορετική κρίση της επί ιδίων μάλιστα περιπτώσεων, έσφαλε και επομένως τόσο η αρνητική σύμφωνη γνώμη όσο και η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής που την υιοθέτησε στη συνέχεια πιθανολογούνται ως πλημμελώς αιτιολογημένες και είναι ακυρωτές.

5. Γ) Σε κάθε περίπτωση, η διάταξη του άρθρου 68 παρ.2 περ. γ' του Ν. 3863/2010, η οποία μετατρέπει αδιακρίτως ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα την επιβολή 3 κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται ως υψηλής ή πολύ υψηλότητας την τελευταία Ζετία, χωρίς άλλη

διαβάθμιση ανάλογα με το μέγεθος της επιχείρησης, τον αριθμό των απασχολούμενων εργαζομένων κ.λπ., με αποτέλεσμα η εφαρμογή της, ως ανωτέρω, να καταλήξει σε αποκλεισμό της εταιρίας μας, παρά τα επικαλούμενα μέτρα αυτοκάθαρσης που ελήφθησαν, αντίκειται στις εξής θεμελιώδεις συνταγματικές αρχές:

i. Παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας: Η συγκεκριμένη ρύθμιση, εφαρμοζόμενη χωρίς έστω να συνδυάζεται με το άρθρο 73 παρ. 2 Ν. 4412/2016, δυνάμει του οποίου απαιτείται τελεσιδικία και δεσμευτική ισχύς των επιβληθεισών κυρώσεων, περιορίζει υπέρμετρα τη δραστηριότητα μίας επιχείρησης φύλαξης (όπως η δική μας) εις βάρος της οποίας έχουν επιβληθεί 3 πράξεις επιβολής προστίμων «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας. Ειδικότερα, η ρύθμιση αυτή πρακτικώς συνεπάγεται την κατ' ουσίαν παύση λειτουργίας της επιχείρησής μας για χρονικό διάστημα μέχρι και δύο ετών, εφόσον δεν θα μπορεί να συμμετέχει σε διαγωνισμούς του Δημοσίου, δεδομένου ότι, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011, η πλειοψηφία των παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας, ακόμη και αυτές που μπορεί να επισύρουν πρόστιμο 1000- 1.500 ευρώ, χαρακτηρίζονται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας. Μάλιστα, ο λόγος αυτού αποκλεισμού επέρχεται εκ του νόμου (και εκ του ταυτόσημου περιεχομένου όρου της εν προκειμένω εφαρμοστέας διακήρυξης του Υπ. Οικονομικών) αδιακρίτως, ήτοι χωρίς να λαμβάνεται υπόψη ο αριθμός του απασχολούμενου προσωπικού της επιχείρησης, η διακινδύνευσή της με βάση τον αριθμό έργων που εκτελεί, η υπαιτιότητά της για την επιβολή των κυρώσεων, η οικονομική θέση της κ.λπ. και χωρίς να προβλέπεται ουδείς τρόπος άρσης του αποκλεισμού, πέραν από την επίκληση επανορθωτικών μέτρων για τα οποία όμως ουδεμία διάκριση ή εξειδίκευση δεν υφίσταται στις σχετικές διατάξεις με αποτέλεσμα κατά την αξιολόγησή τους να υφίσταται υπερβολικά ευρεία διακριτική ευχέρεια των αρμοδίων οργάνων, όπως ανωτέρω εξηγήθηκε. Έτσι, όμως, κατ' ουσίαν καθίσταται όμοια η μεταχείριση μίας εταιρίας που υποπίπτει σε παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, διαθέτοντας προσωπικό 30 ατόμων και εκτελώντας 2 έργα και

μίας εταιρίας που διαθέτει προσωπικό 400 ατόμων, όπως η δική μας, η οποία εκτελεί 50 έργα σε 50 διαφορετικούς χώρους. Επομένως, η μεταχείριση των εταιριών του κλάδου μας, κατ' αυτόν τον τρόπο, αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας. Ειδικότερα, ο σκοπός της αποτροπής της παραβίασης της εργατικής νομοθεσίας, πράγματι, επιτυγχάνεται με πλείστους τρόπους, όπως η επιβολή υψηλού ποσού διοικητικών κυρώσεων, από διαρκείς ελέγχους τους οποίους υφιστάμεθα καθημερινώς κ.λπ. Επομένως, δεν φαίνεται αναγκαίος και πρόσφορος ο αποκλεισμός της εταιρίας μας για διάστημα μέχρι 2 ετών από τη σύναψη συμβάσεων του Δημοσίου, εφόσον η συνέπεια αυτή πλήττει υπέρμετρα και δυσανάλογα την οικονομική ελευθερία και την επιχειρηματική δραστηριότητα της εταιρίας μας, χωρίς έστω οι συγκεκριμένες κυρώσεις να είναι «τελεσίδικες» και «αμετάκλητες», όπως ρυθμίζει το άρθρο 73 του Ν. 4412/2016 για τις λοιπές περιπτώσεις εταιριών, πλην αυτών που δραστηριοποιούνται στον τομέα της φύλαξης και της καθαριότητας, ενώ και η διακήρυξη δεν απαγορεύει ρητώς τη συγκεκριμένη ερμηνεία. Έτσι, η εκδοχή ότι αρκεί μόνον η έκδοση των πράξεων της εργατικής νομοθεσίας για παραβάσεις που χαρακτηρίζονται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας για να συντρέξει ο λόγος υποχρεωτικού αποκλεισμού συνεπάγεται σφόδρα δυσανάλογες συνέπειες σε βάρος της εταιρίας μας, στο μέτρο που δεν προβλέπεται άλλος δικαστικός ή διοικητικός μηχανισμός ελέγχου των επιβληθεισών διοικητικών κυρώσεων, εφόσον η επιβολή τους, στηριζόμενη στην επιτόπια κρίση του ελέγχου, πολλές φορές ακυρώνεται μετά την προσκόμιση των αναγκαίων αποδεικτικών στοιχείων που δεν έλαβε εγκαίρως υπόψη του ο έλεγχος.

ii. Παραβίαση της αρχής της ισότητας: Επιπλέον, με την ίδια διάταξη παραβιάζεται η αρχή της ισότητας μεταξύ των επιχειρήσεων, δεδομένου ότι για εταιρίες άλλων κλάδων ο λόγος αποκλεισμού προϋποθέτει την «αμετάκλητη και δεσμευτική ισχύ» των επιβληθεισών κυρώσεων μετά την έκδοση σχετικής δικαστικής απόφασης και μόνον για τις εταιρίες καθαριότητας και φύλαξης προβλέπεται αυστηρότερη, ανεπιεικής και δυσανάλογη μεταχείριση που οδηγεί κατ' ουσίαν σε επί μακρῶ σφράγιση των επιχειρήσεων αυτών, χωρίς να μεσολαβεί καν η αναγκαία δικαστική κρίση, προκειμένου να αποφανθεί για την

ορθότητα ή μη της επιβληθείσας κύρωσης. Η πρόωρη αυτή «εφαρμογή» των διοικητικών κυρώσεων, ειδικώς για τις εταιρίες φύλαξης και καθαριότητας, σε αντίθεση με τις λοιπές εταιρίες όπου απαιτείται έκδοση δικαστικής απόφασης με αμετάκλητη και δεσμευτική ισχύ, δεν προκύπτει πώς διασφαλίζει το δημόσιο συμφέρον, από τη στιγμή που τέτοιες κυρώσεις είναι αρκετά συχνό φαινόμενο να ακυρώνονται από τον διοικητικό δικαστή σε αρκετά μεταγενέστερο χρόνο, έχοντας όμως ήδη προκαλέσει σοβαρή βλάβη σε όσους επιβλήθηκαν. Οποιαδήποτε άλλη εκδοχή δημιουργεί λίαν ανεπιεικείς και δυσανάλογες καταστάσεις που πρωτίστως πλήττουν το δημόσιο συμφέρον, με την έννοια ότι θίγεται η ανάπτυξη της επιχειρηματικής δραστηριότητας και μειώνεται ο ανταγωνισμός, εφόσον οι εταιρίες του κλάδου μας αποκλείονται διαδοχικώς και για υπέρμετρο χρονικό διάστημα από τη συμμετοχή τους σε δημόσιους διαγωνισμούς.

*Δεύτερον: Υποχρέωση αποκλεισμού του συμμετέχοντος ... κατά δέσμια αρμοδιότητα από την Αναθέτουσα Αρχή*

*Ο εν λόγω συμμετέχοντας ... και τον δ.τ. ... αποτελεί εταίρο και νόμιμο εκπρόσωπο στην Ιδιωτική Κεφαλαιουχική Εταιρία με την επωνυμία «... και στην οποία έχουν επιβληθεί για το χρονικό διάστημα από 22.08.2017 έως και 17.12.2018, δέκα τρεις (13) Πράξεις Επιβολής Προστίμου, τις οποίες δήλωσε σε σχετικό ΕΕΕΠ που κατέθεσε σε άλλο διαγωνισμό (Διεθνής Ανοιχτός Διαγωνισμό, για την ανάδειξη αναδόχου και τη σύναψη σύμβασης παροχής υπηρεσιών φύλαξης κτηρίων και χώρων του ... - ΤΜΗΜΑ 2, σύμφωνα με την υπ' αρ. πρωτ. ... διακήρυξη). Εξάλλου όπως έγινε δεκτό και με την με αριθμ. 846/2018 Απόφαση της ΑΕΠΠ αλλά και την επ' αυτής εκδοθείσα με αριθμ. 461/2018 απόφαση του ... όπου έκρινε ad hoc για την εν λόγω εταιρεία για τις επιβληθείσες εις βάρος της ... του ..., κατά την έννοια των όρων της διακήρυξης ενός άλλου διαγωνισμού (ΕΝΙΑΙΟΥ ΤΑΜΕΙΟΥ ΕΠΙΚΟΥΡΙΚΗΣ ΑΣΦΑΛΙΣΗΣ ΚΑΙ ΕΦΑΠΑΞ ΠΑΡΟΧΩΝ) (που σημειώνουμε ήταν όμοιοι με της υπό κρίση διακήρυξης σύμφωνα ) ερμηνευομένων σε συνδυασμό με τις προπαρατιθέμενες διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 4 περ .θ' του ν.4412/2016, η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος από τον υποψήφιο ανάδοχο αποτελεί λόγο*

αποκλεισμού του από το διαγωνισμό, ανεξαρτήτως του ένα το εν λόγω επαγγελματικό παράπτωμα διαπράχθηκε κατά την εκπλήρωση υποχρεώσεων που είχε αναλάβει ατομικώς ή ως πρόσωπο επιφορτισμένο με την διοίκηση και εκπροσώπηση άλλων επιχειρήσεων (πρβλ. και ΣτΕ 1668/2012, 1259/1991 ,ΕΑ επί ΑΜ ΣτΕ 536/2010 κα.).

Ειδικότερα, η εν λόγω απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ... έκρινε ότι: «Επειδή (...) η προσφορά του αιτούντος μη νομίμως έγινε δεκτή, μεταξύ άλλων, και λόγω ου ότι η αναθέτουσα αρχή δεν έλαβε υπόψη της και δεν αξιολόγησε, όπως όφειλε, ότι η Ιδιωτική Κεφαλαιουχική Εταιρία με την επωνυμία «...», της οποίας ο αιτών είναι εταίρος και νόμιμος εκπρόσωπος, έχει στο ιστορικό της την επιβολή πλέον των εννέα προστίμων από την Επιθεώρηση Εργασίας, για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, κατά την τελευταία τριετία, και έχει αποκλειστεί από άλλους δημόσιους διαγωνισμούς, εξαιτίας ακριβώς των προαναφερόμενων παραβάσεων. Η αιτίαση αυτή έγινε δεκτή με την προσβαλλόμενη απόφαση της ΑΕΠΠ, με την οποία αφού λήφθηκε υπόψη ότι απών είναι ο μοναδικός διαχειριστής της ανωτέρω ιδιωτικής κεφαλαιουχική εταιρείας και ότι με την παρέμβασή του δεν αμφισβητεί τα περιστατικά που προσάπτονται σε αυτή, τα οποία εξάλλου υποδεικνύονται από τις αναρτημένες στον ιστότοπο της διαύγειας αποφάσεις των οικείων αναθετουσών αρχών που προσκόμισε ο προσφεύγων με την προδικαστική προσφυγή, κρίθηκε μεταξύ άλλων ότι οι προβαλλόμενες επαγγελματικές πλημμέλειες με ΙΚΕ συνίσταται σε πράξεις και παραλείψεις του ίδιου του αιτούντος και, επομένως θεμελιώνουν διάπραξη εκ μέρους του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος κατά το παρελθόν, και, κατ' επέκταση λόγο που εμποδίζει τη συμμετοχή του στον ένδικο διαγωνισμό.

Για τους ανωτέρω λόγους, και επειδή δεν παρατίθενται μέτρα αυτοκάθαρσης στο υποβληθέν ΤΕΥΔ, η αναθέτουσα Αρχή όφειλε να απορρίψει την προσφορά της επιχείρησης «...» χωρίς άλλη προϋπόθεση, κατά δέσμια αρμοδιότητα».

12. Επειδή η παρεμβαίνουσα προς αντίκρουση του προβαλλόμενου κατά της συμμετοχής της λόγου επικαλείται τα εξής : «Η υπό κρίση

προδικαστική προσφυγή κατά τον δεύτερο λόγο αυτής περί αποκλεισμού της συμμετέχουσας Ατομικής Επιχείρησης με την επωνυμία «...», με διακριτικό τίτλο "...", είναι νόμω και ουσία αβάσιμη, παντελώς αναληθής κατά τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς και για τους λόγους αυτούς τυγχάνει απορριπτέα. Προς αντίκρουση των λόγων της κρινόμενης προσφυγής επαγόμεθα τα ακόλουθα:

I. Η παρεμβαίνουσα επιχείρησή μας συμμετείχε στον ανωτέρω Ηλεκτρονικό Ανοικτό Διαγωνισμό και προς τούτο καταθέσαμε νόμιμα και εμπρόθεσμα με ανάρτηση στο ΕΣΗΔΗΣ στις 08-07-2019 και στη συνέχεια με παράδοση φυσικού φακέλου την με αριθμό ... προσφορά μας με όλα τα δικαιολογητικά που προβλέπονταν στην ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ ΑΡ.ΠΡΩΤ. ... με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου παροχής υπηρεσιών φύλαξης και ασφάλειας για τις Διευθύνσεις Αλλοδαπών και Μετανάστευσης της ... [ CPV: ... ] με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.

II. Η προσφεύγουσα με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή ζητεί μεταξύ των άλλων και για τον λόγο που ειδικότερα επικαλείται σε αυτή την ακύρωση των προσαλλόμενων δι αυτής Πράξεων και λόγω παράλειψης αποκλεισμού της Ατομικής Επιχείρησης με την επωνυμία «...», με διακριτικό τίτλο "...", προβάλλοντας τον εξής ισχυρισμό:

Ότι ο ..., ο οποίος διατηρεί την Ατομική Επιχείρηση με την επωνυμία «...», με διακριτικό τίτλο "...", με την οποία συμμετείχε στον εν λόγω Διαγωνισμό, τυγχάνει εταίρος και νόμιμος εκπρόσωπος της Ι.Κ.Ε. με την επωνυμία «...» σε βάρος της οποίας έχουν επιβληθεί Πράξεις Επιβολής προστίμου και εξ αυτού συνάγει το συμπέρασμα ότι η Ατομική Επιχείρηση με την επωνυμία «...», με διακριτικό τίτλο "..." θα έπρεπε να αποκλειστεί από τον Διαγωνισμό με το αιτιολογικό ότι «η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος από τον υποψήφιο ανάδοχο αποτελεί λόγο αποκλεισμού του από τον διαγωνισμό, ανεξαρτήτως του εάν το εν λόγω επαγγελματικό παράπτωμα διαπράχθηκε κατά την εκπλήρωση υποχρεώσεων που είχε αναλάβει ατομικώς ή ως πρόσωπο επιφορτισμένο με τη διοίκηση και εκπροσώπηση άλλων επιχειρήσεων», και

επικαλείται για τον ισχυρισμό της αυτό την υπ αριθ. 846/2018 Απόφαση της ΑΕΠΠ και την υπ αριθ. 461/2018 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ....

Ο ισχυρισμός αυτό της προσφεύγουσας τυγχάνει από κάθε άποψη ουσιαστικά και νομικά αβάσιμος και εκ του λόγου τούτου απορριπτός. ΔΙΟΤΙ:

I. Στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχε η ατομική επιχείρηση με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο "...» με ΑΦΜ ... Δ.Ο.Υ. ... με συνέπεια και σε σχέση με τα ανωτέρω δηλωθέντα στοιχεία της Προσφεύγουσας σχετικά με την ιδιωτική κεφαλαιουχική εταιρεία «...», με διακριτικό τίτλο "...», με Α.Φ.Μ. ... (Δ.Ο.Υ. ...), της οποίας εταιρείας ο ... τυγχάνει εταίρος και νόμιμος εκπρόσωπος - διαχειριστής, οι ισχυρισμοί αυτοί πρέπει να απορριφθούν στο σύνολό τους, επειδή η ανωτέρω Ι.Κ.Ε. δεν συμμετείχε στον ανωτέρω εν λόγω διαγωνισμό

II. Σύμφωνα με την ΟΛΑΠ 2/2013: «...Η νομική λοιπόν προσωπικότητα είναι δημιούργημα του δικαίου, με την οποία εξυπηρετούνται οικονομικές και κοινωνικές ανάγκες, όπως προπάντων είναι ο περιορισμός της ευθύνης και των κινδύνων κατά την άσκηση της εμπορικής δραστηριότητας με ανάλογη μείωση και του κόστους από τη συμμετοχή σ' αυτή. Η περιουσιακή αυτοτέλεια των νομικών προσώπων είναι συνεπώς το βασικότερο στοιχείο της ιδιοσυστασίας τους, που εκφράζεται και με τη διάταξη του άρθρ. 70 ΑΚ, σύμφωνα με την οποία οι δικαιοπραξίες που επιχείρησε μέσα στα όρια της εξουσίας του το όργανο διοίκησης του νομικού προσώπου υποχρεώνουν το νομικό πρόσωπο. Απόρροια της ιδιαίτερης ικανότητας δικαίου των νομικών προσώπων είναι ακριβώς και η ιδιαίτερη ικανότητα ευθύνης τους, δηλαδή αποκλειστικής και χωριστής από την ευθύνη των μελών τους, που σημαίνει ότι υπέγγυα στους δανειστές του νομικού προσώπου είναι μόνον η δική του περιουσία και όχι και η περιουσία των μελών του, ενώ και αντιστρόφως η περιουσία του δεν είναι υπέγγυα στους ατομικούς δανειστές των μελών του. Ωστόσο ο απόλυτος αυτός διαχωρισμός δικαιολογείται, όταν εξυπηρετεί τους σκοπούς της χωριστής νομικής προσωπικότητας, διαφορετικά δεν είναι ανεκτός από το δίκαιο και κάμπτεται, είτε ευθέως με βάση σχετική διάταξη του νόμου, όπως λ.χ. είναι η διάταξη του άρθρ. 83 §2 του κ.ν. 2190/1920, είτε κατά την καλή πίστη, όπως αυτή αποτυπώνεται στα άρθρ. 281, 288 και 200 του ΑΚ, δηλαδή όταν γίνεται

κατάχρηση της αυτοτελούς ύπαρξης του νομικού προσώπου, οπότε καταφάσκει η άρση της περιουσιακής αυτοτέλειάς του. Ειδικότερα η εταιρεία ως σύνολο έννομων σχέσεων και καταστάσεων, που διέπονται από ορισμένο πλέγμα κανόνων δικαίου με τη μορφή αυτοτελούς ενότητας, οφείλει να υπηρετεί κοινωνικό κυρίως σκοπό στο πλαίσιο και των συνταγματικών διατάξεων των άρθρ. 5§1 και 12§§ 1, 3. Η χρησιμοποίηση έτσι της εταιρείας για την εξυπηρέτηση σκοπών αποδοκιμαζόμενων από την έι/νομή τάξη συνιστά απαγορευμένη από το νόμο κατάχρηση του θεσμού της εταιρείας. Η καταχρηστική συμπεριφορά, που εκδηλώνεται ως κατάχρηση θεσμού, δεν ρυθμίζεται ειδικά στο νόμο. Πρέπει όμως να υπαχθεί και αυτή στη διάταξη του άρθρ. 281 ΑΚ και οι συνέπειές της να αντιμετωπισθούν σε αναλογία με τις συνέπειες της κατάχρησης δικαιώματος. Κατά την έννοια αυτή δεν συνιστά καταχρηστική συμπεριφορά μόνη η συγκέντρωση των περισσότερων ή και όλων των μετοχών ανώνυμης εταιρείας ή των μεριδίων εταιρείας περιορισμένης ευθύνης σε ένα μόνον πρόσωπο, ακόμη και αν αυτό είναι ο διευθύνων σύμβουλος ή ο διαχειριστής της εταιρείας και την ελέγχει έτσι τυπικά και ουσιαστικά (Ολ ΑΠ 5/1996), αφού αναγνωρίζεται από το δίκαιο η μονοπρόσωπη κεφαλαιουχική εταιρεία (ανώνυμη, ναυτική ή Ε.Π.Ε., βλ. άρθρ. 1§3 κ.ν. 2190/1920, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρ. 3 του ν. 3604/2007, 41§2 ν. 959/1979, 43α ν. 3190/1955, που προστέθηκε με το άρθρ. 2 του π.δ. 279/1993), η οποία και διατηρεί την οικονομική αυτοτέλεια του νομικού προσώπου της έναντι του φυσικού προσώπου, στο οποίο ανήκουν οι μετοχές ή τα μερίδιά της. Δεν συνιστά επίσης καταχρηστική συμπεριφορά η επιλογή μιας κεφαλαιουχικής εταιρείας για την άσκηση μέσω αυτής επιχειρηματικής δραστηριότητας από έναν οι περισσότερους επιχειρηματίες με σκοπό η εταιρεία να λειτουργήσει ως μηχανισμός απορρόφησης των τυχόν δυσμενών συνεπειών της επιχειρηματικής δραστηριότητάς τους αφού το σκοπό ακριβώς αυτό προορίσθηκε να εξυπηρετεί η κεφαλαιουχική εταιρεία. Συνεπώς δεν λειτουργούν αθέμιτα οι διάφοροι επιχειρηματίες που επιλέγουν κάποιον από τους προαναφερόμενους τύπους της κεφαλαιουχικής εταιρείας για να θωρακίσουν με τα πλεονεκτήματα, που αυτός προσφέρει, την επιχειρηματική δραστηριότητά τους, γι' αυτό και δεν



δικαιολογείται η ταύτιση τους με την εταιρεία και η μεταφορά έτσι στους ίδιους της ευθύνης που βαρύνει το νομικό πρόσωπο της εταιρείας. Περαιτέρω δεν συνιστά καταχρηστική συμπεριφορά κατά την παραπάνω έννοια ούτε η ταύτιση των συμφερόντων της εταιρείας με αυτά του βασικού μετόχου ή εταίρου της ή η συστηματική απ' αυτούς παροχή εγγυήσεων υπέρ της εταιρείας, ούτε η εμφάνισή τους ως των ουσιαστικών φορέων της ασκούμενης από την εταιρεία επιχείρησης, αφού η εταιρεία εξυπηρετεί σε τελική ανάλυση τα συμφέροντα των προσώπων αυτών, τα οποία με την παροχή από μέρους τους εγγυήσεων για λογαριασμό της εταιρείας διασφαλίζουν αντίστοιχα και τα δικά τους συμφέροντα κατά θεμιτό ασφαλώς τρόπο, ενώ αλληλένδετη με την ιδιότητα του βασικού μετόχου ή εταίρου είναι η εμφάνιση των προσώπων αυτών ως των ουσιαστικών φορέων της επιχειρηματικής εταιρικής δράσης. Σε όλες λοιπόν τις περιπτώσεις αυτές, που δεν διαπιστώνεται κατάχρηση κατά τη λειτουργία του εταιρικού θεσμού, διατηρείται αναλλοίωτη και η αυτοτέλεια της εταιρείας ως νομικού προσώπου. Όμως η αρχή αυτή της οικονομικής αυτοτέλειας και ευθύνης του νομικού προσώπου της εταιρείας έναντι των μετόχων ή των εταίρων της υποχωρεί όταν η επίκληση της διαφορετικής προσωπικότητάς της χρησιμεύει για να νομιμοποιηθεί αποτέλεσμα αντίθετο προς τους κανόνες της καλής πίστης, δηλαδή όταν οι πράξεις της εταιρείας είναι στην πραγματικότητα πράξεις του κυρίαρχου μετόχου ή εταίρου της που σκόπιμα παραλλάσσονται ή αντιστρόφως όταν οι πράξεις του φυσικού προσώπου συνεχονται με την εταιρεία από την οποία αθέμιτα επιχειρείται να αποκοπούν. Η μορφή αυτή κατάχρησης του θεσμού της εταιρείας εκδηλώνεται κυρίως στις περιπτώσεις που ο κυρίαρχος μέτοχος ή εταίρος χρησιμοποιεί τη νομική προσωπικότητα της εταιρείας για να καταστρατηγήσει το νόμο (λ.χ. να παρακάμψει απαγόρευση που τον δεσμεύει ως φυσικό πρόσωπο) ή για να προκαλέσει με δόλο ζημία σε τρίτο (οπότε θα ανακύπτει και αδικοπρακτική ευθύνη του) ή για να αποφευχθεί η εκπλήρωση είτε εταιρικών είτε ατομικών υποχρεώσεών του, που δημιουργήθηκαν καθ' υπέρβαση των πραγματικών εταιρικών ή ατομικών του δυνατοτήτων του, κριτήρια δε ενδεικτικά μιας τέτοιας κατάχρησης είναι προπάντων η ανεπαρκής χρηματοδότηση της εταιρείας και η σύγχυση της εταιρικής με την ατομική

περιουσία του, αφού εξ αιτίας μεν της ελλιπούς χρηματοδότησης ο επιχειρηματίας μεταφέρει αθέμιτα στους δανειστές της εταιρείας τους κινδύνους από τη δική του στην ουσία επιχειρηματική δραστηριότητα, ενώ αθέμιτα και στην περίπτωση της σύγχυσης των περιουσιών χρησιμοποιεί την εταιρική περιουσία για τις δικές του δραστηριότητες ή αντιστρόφως επωφελείται η εταιρεία σε βάρος των ατομικών του δανειστών. Ασφαλώς καταχρηστική είναι και η συμπεριφορά του βασικού μετόχου ή εταίρου που συναλλάσσεται με παρένθετο πρόσωπο την εταιρεία, όταν η εταιρεία δεν έχει εταιρική οργάνωση ή δεν έχει αναπτύξει επιχειρηματική δράση και είναι αυτός στην ουσία που συναλλάσσεται υπό την εταιρική επωνυμία για δικό του όφελος. Σε όλες αυτές τις περιπτώσεις ως κύρωση επιβαλλόμενη προς αποφυγή της κατάχρησης προσήκει η άρση ή η κάμψη της νομικής προσωπικότητας της εταιρείας ή κατ' άλλη έκφραση η διείσδυση στο υπόστρωμά της και η επέκταση από την εταιρεία στους μετόχους ή εταίρους των συνεπειών που την αφορούν ή αντιστρόφως η επέκταση των αντίστοιχων συνεπειών από τους μετόχους ή εταίρους στην εταιρεία, ιδιαίτερα όταν οι τρίτοι, που συμβλήθηκαν με την εταιρεία ή το βασικό μέτοχο ή εταίρο της, οδηγήθηκαν στη συγκεκριμένη συναλλαγή εξαιτίας της εμφανιζόμενης σ' αυτούς παραλλαγμένης κατάστασης. Σε κάθε πάντως περίπτωση η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου είναι προσωρινή και περιορισμένη, δηλαδή δεν καταλύεται η ίδια η νομική προσωπικότητα της εταιρείας, αλλά παραμερίζεται μόνο για τη συγκεκριμένη συναλλαγή η περιουσιακή αυτοτέλειά της, με την έννοια ότι η εταιρεία ή αναλόγως ο βασικός μέτοχος ή εταίρος της παραμένουν οφειλέτες, που ευθύνονται πλέον από κοινού και εις ολόκληρο (άρθρ. 481 ΑΚ) για τις ζημιογόνες συνέπειες (άρθρ. 926 ΑΚ) της συναλλαγής τους, δηλαδή δημιουργείται ένας πρόσθετος οφειλέτης, στον οποίο επεκτείνονται (διαχέονται) οι συνέπειες αυτές με κατεύθυνση είτε από την εταιρεία προς το βασικό μέτοχο ή εταίρο είτε με αντίστροφη κατεύθυνση. Με διαφορετική άλλωστε εκδοχή, δηλαδή αν αποκλεισθεί η ευθύνη της εταιρείας ή αναλόγως του βασικού μετόχου ή εταίρου της και γίνει δεκτή η ευθύνη του ενός μόνον απ' αυτούς, θα υφίσταται το νομικό παράδοξο να διατηρείται μεν για την εταιρεία ή το βασικό μέτοχο ή εταίρο ο ενοχικός δεσμός από τη συναλλαγή τους, να μην αναδύονται

όμως γι' αυτούς έννομες συνέπειες και μάλιστα στην περίπτωση αυτή θα μπορούν να επικαλεσθούν τη μεταφορά (μετακύλιση) των συνεπειών από την εταιρεία στο βασικό μέτοχο ή εταίρο της ή αντιστρόφως από το μέτοχο αυτό ή εταίρο στην εταιρεία και τον αποκλεισμό έτσι της ευθύνης του άλλου, όχι μόνον οι αντισυμβαλλόμενοι, αλλά και τρίτα πρόσωπα ως προς τη συγκεκριμένη συναλλαγή, μολονότι η κάμψη της νομικής προσωπικότητας δεν προϋποθέτει διαπλαστική δήλωση του ενδιαφερομένου, αλλά ως έννομη κατάσταση, που συνεπάγεται αντίστοιχες έννομες συνέπειες, προκύπτει αυτοδικαίως, εφόσον υπάρξει...». Στην προκειμένη περίπτωση και όσον αφορά στην ανωτέρω Ιδιωτική κεφαλαιουχική εταιρεία και για να θεωρηθεί ότι οι φερόμενες παραβάσεις της συνιστούν λόγους αποκλεισμού και της ατομικής επιχείρησής από τον εν λόγω διαγωνισμό, δεν αρκεί μόνο η επίκληση του γεγονότος ότι στην εν λόγω Ι.Κ.Ε. ο ... είναι εταίρος και νόμιμος εκπρόσωπος - διαχειριστής, αλλά θα έπρεπε απαραίτητα να στοιχειοθετείται και αποδεικνύεται ότι σε όλες τις περιπτώσεις που επικαλείται η Προσφεύγουσα αντεργατική, αντισυμβατική συμπεριφορά ή συμπεριφορά που θα μπορούσε να θεωρηθεί σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, στο πλαίσιο του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων της Ι.Κ.Ε. «...», συντρέχουν επιπρόσθετα και οι όροι και οι προϋποθέσεις άρσεως της αυτοτέλειας της εν λόγω κεφαλαιουχικής εταιρείας & κάμψεως της νομικής προσωπικότητας αυτής. Οι φερόμενες παραβάσεις, που έχουν καταλογιστεί αποκλειστικά και μόνο στην εν λόγω Ι.Κ.Ε. και οι συνέπειες αυτών δεν μπορούν να βαρύνουν τον εταίρο ή/και το νόμιμο εκπρόσωπο - διαχειριστή αυτής, δίχως να αποτελούν περιπτώσεις άρσεως της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου και κάμψεως της νομικής προσωπικότητας αυτού, όπως αυτές οι περιπτώσεις έχουν διαμορφωθεί από τη νομολογία. Οι όποιες αναφορές σε κεφαλαιουχική εταιρεία, που δεν συμμετέχει στον εν λόγω διαγωνισμό, επειδή το συμμετέχον στον εν λόγω διαγωνισμό φυσικό πρόσωπο, τυγχάνει να είναι εταίρος και νόμιμος εκπρόσωπος - διαχειριστής της εταιρείας αυτής, χωρίς να τεκμηριώνεται και αποδεικνύεται ταυτόχρονα ότι σε όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται και που αφορούν στην εν λόγω κεφαλαιουχική εταιρεία, τίθεται ζήτημα και άρσεως τικ αυτοτέλειας και κάμψεως της νομικής προσωπικότητας

αυτής - ούτως ώστε με τον τρόπο αυτόν να καθίσταται δυνατός ο καταλογισμός της εκάστοτε αντισυμβατικής, αντεργατικής και γενικότερα παραβατικής συμπεριφοράς της Ι.Κ.Ε. σε εταίρους ή σε διοικούντες αυτήν - πρέπει να κριθούν αβάσιμες, σύμφωνα με τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα. Επίσης, στο σημείο αυτό πρέπει να ληφθεί υπόψιν και το εξής: στην υπό κρίση περίπτωση δεν τίθεται καν ζήτημα ομορρύθμου εταίρου ή διαχειριστή ομορρύθμου εταιρείας, των οποίων η ευθύνη είναι άμεση, προσωπική και αλληλέγγυος ούτε ζήτημα διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους ομορρύθμου εταίρου ή διαχειριστή ομορρύθμου εταιρείας, αλλά αντιθέτως τίθεται ζήτημα διάπραξης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους κεφαλαιουχικής εταιρείας και το εάν το παράπτωμα αυτό της κεφαλαιουχικής εταιρείας θα μπορούσε να βαρύνει προσωπικά τον εταίρο η/και το νόμιμο εκπρόσωπο - διαχειριστή αυτής, χωρίς τη συνδρομή των προϋποθέσεων και των όρων περί άρσεως της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου. Εξάλλου και όπως έχει κριθεί νομολογιακά : «...Ειδικότερα, στο εταιρικό δίκαιο, οι περιπτώσεις κατάχρησης της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου περιλαμβάνουν πολλές και ποικίλες μορφές, είναι δε δυνατό να εμφανίζονται τόσο κατά το στάδιο της ίδρυσης, όσο και κατά το στάδιο λειτουργίας του νομικού προσώπου. Εξάλλου, η εταιρία περιορισμένης ευθύνης ευθύνεται, δια της περιουσίας της, μόνο αυτή, για τις εταιρικές υποχρεώσεις, ως εν προκειμένω και η ΙΚΕ. Η συγκέντρωση όμως των εταιρικών μεριδίων σε ένα πρόσωπο μόνο, που ασκεί απόλυτο έλεγχο σ' αυτή και η χωρίς τη συνδρομή άλλων προϋποθέσεων ταύτιση εκ του λόγου αυτού των συμφερόντων του φυσικού και νομικού προσώπου, δεν είναι αρκετή για την άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου (ΟΛΑΠ 5/1996, 17/1994), αφού η κατοχή των εταιρικών μεριδίων μπορεί να παρέχει σ' αυτό τη δυνατότητα κατάχρησης της νομικής προσωπικότητας, πλην όμως καταφάσκει η άρση μόνο με τη συνδρομή προσθέτων στοιχείων, από τα οποία να προκύπτει ότι η χρήση των δυνατοτήτων, που το ίδιο το δίκαιο παρέχει στον κυρίαρχο εταίρο της ΕΠΕ, έχει ως αποτέλεσμα την χρήση της νομικής προσωπικότητας της για μη συμβατούς ή και αντίθετους στην έννομη τάξη και η ύπαρξη των οποίων κρίνεται με βάση τα πραγματικά περιστατικά της συγκεκριμένης περίπτωσης (ΑΠ 309/2009, ΔΕΕ

2009, 804, ΕφΠειρ 266/2015 (Μον), ΔΕΕ 2016, 498, ΠΠρωτΘες/νικης 24002/2010, ΧΡΙΔ 2010, 700, ΕφΠειρ 238/2014 Μον, ΠειρΝ 2015, 43, ΕφΠειρ Μον 598/2014, ΑΠ Ολομ 2/2013, ΕΕμπΔ 2013,78). Ειδικότερα, έχει κριθεί ότι η εταιρεία ως σύνολο έννομων σχέσεων και καταστάσεων, που διέπονται από ορισμένο πλέγμα κανόνων δικαίου με τη μορφή αυτοτελούς ενότητας, οφείλει να υπηρετεί κοινωνικό κυρίως σκοπό στο πλαίσιο και των συνταγματικών διατάξεων των άρθρων 5 παρ. 1 και 12 παρ. 1,3. Η χρησιμοποίηση έτσι της εταιρείας για την εξυπηρέτηση σκοπών αποδοκιμαζόμενων από την έννομη τάξη συνιστά απαγορευμένη από το νόμο κατάχρηση του θεσμού της εταιρείας. Η καταχρηστική συμπεριφορά, που εκδηλώνεται ως κατάχρηση θεσμού, δεν ρυθμίζεται ειδικά στο νόμο. Πρέπει όμως να υπαχθεί και αυτή στη διάταξη του άρθρου 281 ΑΚ και οι συνέπειες της να αντιμετωπιστούν σε αναλογία με τις συνέπειες της κατάχρησης δικαιώματος. Σε όλες, λοιπόν, τις περιπτώσεις αυτές που δεν διαπιστώνεται κατάχρηση κατά τη λειτουργία του εταιρικού θεσμού, διατηρείται αναλλοίωτη και η αυτοτέλεια της εταιρείας ως νομικού προσώπου. Όμως, η αρχή αυτή της οικονομικής αυτοτέλειας και ευθύνης του νομικού προσώπου της εταιρείας έναντι των μετόχων ή των εταίρων της υποχωρεί όταν η επίκληση της διαφορετικής προσωπικότητας της χρησιμεύει για να νομιμοποιηθεί αποτέλεσμα αντίθετο προς τους κανόνες της καλής πίστης, δηλαδή όταν οι πράξεις της εταιρείας είναι στην πραγματικότητα πράξεις του κυρίαρχου μετόχου ή εταίρου της που σκόπιμα παραλάσσονται [sic] ή αντιστρόφως όταν οι πράξεις του φυσικού προσώπου συνεχονται με την εταιρεία από την οποία αθέμιτα επιχειρείται να αποκοπούν. Η μορφή αυτή κατάχρησης του θεσμού της εταιρείας εκδηλώνεται κυρίως στις περιπτώσεις που ο κυρίαρχος μέτοχος ή εταίρος χρησιμοποιεί τη νομική προσωπικότητα της εταιρείας για να καταστρατηγήσει το νόμο (λ.χ. να παρακάμψει απαγόρευση που τον δεσμεύει ως φυσικό πρόσωπο) ή για να προκαλέσει με δόλο ζημία σε τρίτο (οπότε θα ανακύπτει και αδικοπρακτική ευθύνη του) ή για να αποφευχθεί η εκπλήρωση είτε εταιρικών είτε ατομικών υποχρεώσεών του, που δημιουργήθηκαν καθ' υπέρβαση των πραγματικών εταιρικών ή ατομικών του δυνατοτήτων...». Περαιτέρω ο από την Προσφεύγουσα εταιρεία προβαλλόμενος ως ανωτέρω

ισχυρισμός στερείται οποιοσδήποτε νομικής και ουσιαστικής βασιμότητας και περιορίζεται στην απλή αναφορά της ιδιότητας του ... και ως εταίρου της Ι.Κ.Ε. «...», παραλείποντας να εκθέσει τα κριτήρια, που έχουν διαμορφωθεί νομολογιακά για την άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου και την κάμψη της νομικής προσωπικότητας αυτού, επιχειρώντας άστοχα, εμμέσως και κατά παράβαση των αρχών της καλής πίστης να υπαγάγει την συγκεκριμένη περίπτωση στα κριτήρια αυτά με αποτέλεσμα να οδηγείται σε άτοπα, αυθαίρετα, μη νόμιμα και ουσιαστικά αβάσιμα και ανυπόστατα συμπεράσματα. Σε κάθε περίπτωση επίσης τα ανωτέρω αυθαίρετα συμπεράσματα στερούνται οποιοσδήποτε ουσιαστικού ερείσματος και δεν στοιχειοθετούν, ούτε αποδεικνύουν σε καμία περίπτωση ότι συντρέχουν παράλληλα και οι όροι και οι προϋποθέσεις άρσεως της αυτοτέλειας της εν λόγω κεφαλαιουχικής εταιρείας και κάμψεως της νομικής προσωπικότητας αυτής. Θα πρέπει επίσης να επισημανθεί ότι δεν συντρέχει σε καμία περίπτωση κατάχρηση της νομικής προσωπικότητας της εν λόγω ΙΚΕ, για την άσκηση της προσωπικής εμπορικής δραστηριότητας του ... με σκοπό να παρακαμφθούν τα σοβαρά επαγγελματικά παραπτώματα, που έλαβαν χώρα κατά το παρελθόν και που θα εμπόδιζαν τη συμμετοχή σε δημόσιους διαγωνισμούς και προς επίρρωση του ισχυρισμού αυτού θα πρέπει να αναφερθεί και τονιστεί ότι η εν λόγω ιδιωτική κεφαλαιουχική εταιρεία όχι απλώς δεν έχει αποκλειστεί από δημόσιους διαγωνισμούς, στους οποίους έχει συμμετάσχει πολύ προσφάτως, αλλά ο αντίστοιχες προσφορές, που έχει υποβάλει στο πλαίσιο των διαγωνισμών αυτών έχουν γίνει δεκτές, παρότι έχουν τεθεί υπόψιν των Αναθετουσών Αρχών τα δήθεν σοβαρά επαγγελματικά, καθώς και οι επιβληθείσες πράξεις επιβολής προστίμου για παραβιάσεις εργατικής νομοθεσίας. Ως εκ τούτου δεν συντρέχει λόγος ο ... να επιχειρεί, καλυπτόμενος πίσω από τον εταιρικό μανδύα της εν λόγω ιδιωτικής κεφαλαιουχικής εταιρείας, να τη χρησιμοποιήσει, ως παρένθετο πρόσωπο, κατά κατάχρηση της νομικής της προσωπικότητας, για την άσκηση της προσωπικής του εμπορικής δραστηριότητας, με σκοπό να παρακαμφθούν τα σοβαρά επαγγελματικά παραπτώματα, που δήθεν έλαβαν χώρα κατά το παρελθόν και που θα εμπόδιζαν τη συμμετοχή σε δημόσιους διαγωνισμούς, δεδομένου ότι και

η εν λόγω ιδιωτική κεφαλαιουχική εταιρεία όχι απλώς είναι απολύτως υγιής, αλλά και συμμετέχει σε δημόσιους διαγωνισμούς και υπογράφει συμβάσεις με Αναθέτουσες Αρχές. Επιπροσθέτως και προς επίρρωση των ανωτέρω ισχυρισμών μας, πρέπει να ληφθούν υπόψη και οι κατωτέρω αιτιάσεις μας, όσον αφορά στη συμμετοχή της ανωτέρω εταιρείας με την επωνυμία «...» σε δημόσιους διαγωνισμούς και στην υπογραφή από την εν λόγω εταιρεία δημοσίων συμβάσεων. Σημειωτέον ότι οι κατωτέρω αιτιάσεις έχουν γίνει δεκτές και από Αναθέτουσες Αρχές και από την Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών και από τα αρμόδια διοικητικά δικαστήρια. Πιο συγκεκριμένα, στα Τυποποιημένα Έντυπα Υπεύθυνης Δήλωσης, που προσκομίζουμε ως δικαιολογητικό συμμετοχής σε όλους τους διαγωνισμούς, που συμμετέχει η εν λόγω εταιρεία αναγράφονται τα εξής: «Σε πλήρη συμμόρφωση με την εκ του νόμου υποχρέωσή μας, σας γνωστοποιούμε ότι εις βάρος της εταιρείας μας έχουν επιβληθεί οι κάτωθι Πράξεις Επιβολής Προστίμου από το ...

I) η υπ1 αριθ. πρωτ. 170216B / 22-08-2017 ΠΕΠ του ΤΕΕΣ ...

II) η υπ' αριθ. πρωτ. 170345 Γ / 01-11-2017 ΠΕΠ του ΤΕΕΣ ...

III) η υπ' αριθ. πρωτ. 170345 Δ / 01-11-2017 ΠΕΠ του ΤΕΕΣ ...

IV) η υπ' αριθ. πρωτ. 170345 Α / 01-11-2017 ΠΕΠ του ΤΕΕΣ ...

V) η υπ' αριθ. πρωτ. 170345 Β / 01-11-2017 ΠΕΠ του ΤΕΕΣ ...

VI) η υπ' αριθ. πρωτ. 172297 / 14-11-2017 ΠΕΠ του Τμήματος Συντονισμού Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων ... (αφορά σε έλεγχο του ΤΕΕΣ ...)

Για τις ανωτέρω υπό στοιχεία (I) έως (VI) Π.Ε.Π., έχει ήδη συμπληρωθεί-παρέλθει το προβλεπόμενο από τη διάταξη της παρ. 2γ του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, σε συνδυασμό με τη διάταξη της παρ. 2γ του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς.

VII) η υπ' αριθ. πρωτ. 2017240 Α / 312040 (23-11-2017) ΠΕΠ του ΤΕΕΣ

...

VIII) η υπ' αριθ. πρωτ. 180024 Α / 31-01-2018 ΠΕΠ του ΤΕΕΣ ...

IX) η υπ' αριθ. πρωτ. 54067 / 15-02-2018 ΠΕΠ του ΤΕΕΣ ...

X) η υπ' αριθ. πρωτ. 329561 / 24-09-2018 ΠΕΠ του ΤΕΕΣ ... &

XI) η υπ' αριθ. πρωτ. 335996 / 27-09-2018 ΠΕΠ του ΤΕΕΣ ...

XII) η υπ' αριθ. πρωτ. 424295 / 21-11-2018 ΠΕΠ του ΤΕΕΣ ... (ΠΔΕΕΣ ...)

XIII) η υπ' αριθ. πρωτ. 366911 / 17-10-2018 ΠΕΠ της ΠΔΕΕΣ ... (ΤΕΕΣ ...). XIV) η υπ' αριθ. πρωτ. 319199/31-07-2019 ΠΕΠ του ΤΕΕΣ ... .

Από τη διάταξη της παραγράφου 2γ του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, σε συνδυασμό με τη διάταξη της παραγράφου 2γ του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, προκύπτει ότι: «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 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. [...]». Εκ των ανωτέρω, σαφώς και αναντίρρητα προκύπτει ότι δεν συντρέχει ο ως άνω λόγος αποκλεισμού μας από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης, σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις των Ν. 3863/2010 και Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι: α) ουδεμία εκ των επιβληθεισών εις βάρος μας Πράξεων Επιβολής Προστίμου αφορά την αδήλωτη εργασία, συνεπώς δεν εφαρμόζεται η διάταξη της παραγράφου 2γ περίπτωση ββ) του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 και β) η εταιρεία μας, νομίμως,



εμπροθέσμως και προσηκόντως, έχει ασκήσει Προσφυγές ουσίας κατά των από II) έως XIV) Πράξεων Επιβολής Προστίμου, όπως ως άνω αναγράφονται, ενώπιον των αρμοδίων Μονομελών Διοικητικών Πρωτοδικείων. Η εκδίκαση των ως άνω Προσφυγών ουσίας εκκρεμεί στα αρμόδια Διοικητικά Δικαστήρια, και ως εκ τούτου οι ως άνω κυρώσεις δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Οι αναφερόμενες Προσφυγές ουσίας προσκομίζονται συνημμένες με τα προβλεπόμενα από τη Διακήρυξη του Διαγωνισμού έγγραφα - δικαιολογητικά συμμετοχής.». Ως εκ τούτου, σύμφωνα με τα ανωτέρω, οι ισχυρισμοί περί αντεργατικής ή/και παραβατικής, όσον αφορά στις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας, συμπεριφοράς της ανωτέρω ιδιωτικής κεφαλαιουχικής εταιρείας πρέπει να κριθούν νόμω και ουσία αβάσιμοι.

Περαιτέρω αβάσιμη και αναληθής είναι η επίκληση από την προσφεύγουσα:

1] Της υπ αριθ. 846/2018 Απόφασης της ΑΕΠΠ, της οποίας την ακύρωση έχει ζητήσει η Ατομική Επιχείρηση με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο "...» με την από 27-12-2018 Αίτηση Ακυρώσεως ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου ... με ΑΚ 2133/2018, η συζήτηση της οποίας πραγματοποιήθηκε στις 11/10/2019 ενώπιον του ΙΓ Τμήματος του Δικαστηρίου τούτου και εκκρεμεί η έκδοση οριστικής αποφάσεως

2] Της υπ αριθ. 461/2018 Αποφάσεως του Διοικητικού Εφετείου ... - Τμήμα ΙΓ, η οποία δεν δημιουργεί δεδικασμένο, διότι αφορά Αίτηση Αναστολής Εκτέλεσης της υπ αριθ. 846/2018 Απόφασης της ΑΕΠΠ ασκηθείσα από την Ατομική Επιχείρηση με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο "...» ενώπιον του ανωτέρω Δικαστηρίου.

III. Επειδή κατόπιν όλων των ανωτέρω ο προβαλλόμενος από την Προσφεύγουσα εταιρεία ως άνω ισχυρισμός είναι απορριπτέος ως στερούμενος οιασδήποτε νομικής και ουσιαστικής βασιμότητας

IV. Επειδή ΟΥΔΕΠΟΤΕ και για ΚΑΝΕΝΑ ΛΟΓΟ έχει επιβληθεί σε βάρος της Ατομικής Επιχείρησης με την επωνυμία «...», με διακριτικό τίτλο "...»,

με Α.Φ.Μ. ... (Δ.Ο.Υ. ...), που εδρεύει στο ... οποιαδήποτε Πράξη Επιβολής Προστίμου από το ...

Υ. Επειδή η Ατομική Επιχείρηση με την επωνυμία «...», με διακριτικό τίτλο "...", με Α.Φ.Μ. ... (Δ.Ο.Υ. ...), έχει ανακηρυχθεί ανάδοχος σε πλειάδα έργων στο Δημόσιο και Ιδιωτικό Τομέα, γεγονός που θα ήταν αδύνατον να πραγματοποιηθεί, αν πράγματι είχαν επιβληθεί σε βάρος της οποιοσδήποτε Πράξεις Επιβολής Προστίμων από το ...

Ενδεικτικά προς απόδειξη του άνω ισχυρισμού και μόνο για το έτος 2019 προσκομίζουμε και επικαλούμεθα : 1] Την Α.Π. 5078 ΕΞ 2019 ΥΠΟΙΚ 31-01-2019 Απόφαση του Προϊσταμένου της Επιχειρησιακής Διεύθυνσης Σ.Δ.Ο.Ε. ..., με την οποία κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του συνοπτικού διαγωνισμού που διενεργήθηκε την 03-01-2019 σύμφωνα με την με αριθ. πρωτ. ΣΔΟΕ ... .. ΕΞ ... [ΑΔΑ ... ΑΔΑΜ ... 2018 -12-14] διακήρυξη και την ανάθεση παροχής υπηρεσιών φύλαξης [CPV ...] του κτιρίου στέγασης της έδρας της Επιχειρησιακής Διεύθυνσης ΣΔΟΕ ... επί της οδού ..... στην Ατομική Επιχείρηση με την επωνυμία «...», με διακριτικό τίτλο "... [ΣΧΕΤ. 1], 2] Την υπ αριθ. 37/2019 Απόφαση του ... Της 25-6-2019 με θέμα : « Έγκριση 1761/13.6.2019 πρακτικού Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμών και ανάδειξη προσωρινού αναδόχου συνοπτικού μειοδοτικού διαγωνισμού για ανάθεση της υπηρεσίας φύλαξης κτιρίων και λοιπών εγκαταστάσεων του Κοιμητηρίου έτους 2019» με την οποία κηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος η Ατομική Επιχείρηση με την επωνυμία «...», με διακριτικό τίτλο "... ως μειοδότρια. Σημειωτέον εν προκειμένω ότι για την λήψη της ανωτέρω Απόφασης λήφθηκε υπόψη το υπ αριθ. 1371/13.5.2019 αίτημα της Αναθέτουσας Αρχής προς την Επιθεώρηση Εργασίας και η υπ αριθ. ΕΞ. 216688/20.5.2019 έγγραφη απάντηση της Διεύθυνσης Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων του Υπ. Εργασίας, περί μη επιβολής ΠΕΠ σε βάρος της Επιχείρησης, όπως ρητά αναφέρεται στην σελ 4 παρ. 16 της ανωτέρω Αποφάσεως. [ ΣΧΕΤ 2], 3] Απόσπασμα Πρακτικού του ... της 23ης Συνεδρίασης 2019 της 8-7-2019 με θέμα « Έγκριση πρακτικού επιτροπής δημόσιου συνοπτικού πρόχειρου μειοδοτικού διαγωνισμού και κατακύρωση αποτελέσματος για την ανάδειξη οριστικού μειοδότη τη « ...», με

την οποία κηρύχθηκε οριστικός ανάδοχος για την «...» η Ατομική Επιχείρηση με την επωνυμία «...», με διακριτικό τίτλο "... [ΣΧΕΤ 3], 4] Απόσπασμα Πρακτικού του ... της 23ης Συνεδρίασης 2019 της 8-7-2019 με θέμα «Έγκριση πρακτικού επιτροπής δημόσιου συνοπτικού πρόχειρου μειοδοτικού διαγωνισμού και κατακύρωση αποτελέσματος για την ανάδειξη οριστικού μειοδότη της «ΦΥΛΑΞΗΣ ΑΠΟ ΙΔΙΩΤΗ Της ... ΕΤΟΥΣ 2019», με την οποία κηρύχθηκε οριστικός μειοδότης και κατακυρώθηκε οριστικά ανάδοχος η Ατομική Επιχείρηση με την επωνυμία «...», με διακριτικό τίτλο "... [ ΣΧΕΤ 4], 5] Την υπ αριθ. πρωτ. Φ.243.3/32339 και από 28-6-2019 Απόφαση της Ανεξάρτητης Αρχής ΣΥΝΗΓΟΡΟΣ ΤΟΥ ΠΟΛΙΤΗ με θέμα : Επικύρωση πρακτικού αποσφράγισης φακέλου Δικαιολογητικών Κατακύρωσης» και «Κατακύρωση αποτελεσμάτων του Συνοπτικού Διαγωνισμού επιλογής αναδόχου παροχής υπηρεσιών φύλαξης των γραφείων του ΣΤΠ» με την οποία κατακυρώθηκαν τα αποτελέσματα του Διαγωνισμού [0... Διακήρυξη] και η παροχή υπηρεσιών φύλαξης των χώρων του Συνηγόρου του Πολίτη για ένα έτος με δικαίωμα μηνιαίας παράτασης στην μειοδότη Ατομική Επιχείρηση με την επωνυμία «...», με διακριτικό τίτλο "... [ΣΧΕΤ 5]..[.].».

13. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή με τις απόψεις της προς την ΑΕΠΠ σημειώνει ότι « Σε απάντηση του ανωτέρω σχετικού σας παραθέτουμε τις απόψεις μας επί της από 14-11-2019 κατατεθείσας (μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» στον ηλεκτρονικό χώρο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Προδικαστικής Προσφυγής της εν λόγω εταιρείας, στο πλαίσιο του ανοικτού διαγωνισμού κάτω των ορίων, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης και ασφαλείας για τις Διευθύνσεις Αλλοδαπών και Μετανάστευσης της ... (αρ. Διακ. ..., αρ. πρωτ. οικ....). Η ... (Α.Δ.Α.) με την αριθ. πρωτ. οικ. ... απόφαση του Συντονιστή Α.Δ.Α. προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης και ασφαλείας για τις Διευθύνσεις Αλλοδαπών και Μετανάστευσης της ..., προϋπολογισμού 175.000,00€ (εκατόν εβδομήντα πέντε χιλιάδων ευρώ), συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. (150.000,00€

εκτιμώμενη συμβατική αξία για 18 μήνες + 25.000,00€ δικαίωμα παράτασης για 3 επιπλέον μήνες) (Αριθμός Διακήρυξης ..., ΑΔΑΜ: ...).

Συμμετείχαν οι παρακάτω οικονομικοί φορείς:

1. ... (δ.τ. ...)
2. ... (δ.τ. ...)
3. ... (δ.τ. ...)
4. ... (δ.τ. ...)

5. Παράλληλα, η ... με το υπ' αριθ. οικ. ... έγγραφό της προς το Σώμα Επιθεώρησης Εργασίας (...), αιτήθηκε την χορήγηση πιστοποιητικού από το οποίο να προκύπτουν όλες οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν τυχόν εκδοθεί σε βάρος των εταιριών που έλαβαν μέρος στο διαγωνισμό, σύμφωνα με όσα προβλέπονται στο άρθρο 22 παρ. 2 του Ν.4144/2013. Σε απάντησή μας, το ... απέστειλε το υπ' αριθ.πρωτ.:304754/18-7-2019 έγγραφο του από το οποίο προκύπτει ότι δεν έχουν επιβληθεί πράξεις επιβολής προστίμου σε καμία από τις συμμετέχοντες εταιρείες και το αριθμ.πρωτ.:... έγγραφό του από το οποίο προκύπτει ότι στις εταιρείες με δ.τ. ... και ... δεν έχουν επιβληθεί πράξεις επιβολής προστίμου, στην εταιρεία με δ.τ. ... έχει επιβληθεί μία πράξη επιβολής προστίμου και στην εταιρεία με δ.τ. ... έχουν επιβληθεί πέντε πράξεις επιβολής προστίμου.

Α) Αναφορικά με την Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας «...» σας παραθέτουμε τα κάτωθι:

Το αρμόδιο συλλογικό όργανο της ..., ήτοι η Επιτροπή Αποσφράγισης και Αξιολόγησης των Αποτελεσμάτων των Διαγωνισμών, κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής του οικονομικού φορέα «...» διαπίστωσε την επιβολή προστίμων κατά την εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων με έτερους φορείς. Συγκεκριμένα, στο Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.) που υπέβαλε η προσφεύγουσα διαπιστώθηκε από την Επιτροπή Αποσφράγισης και Αξιολόγησης των Αποτελεσμάτων των Διαγωνισμών της Α.Δ.Α. ότι ο οικονομικός φορέας έχει δηλώσει στα αντίστοιχα πεδία του Τ.Ε.Υ.Δ. πως:

## Αριθμός Απόφασης:Σ1603/2020

- Έχει, εν γνώσει του, αθετήσει τις υποχρεώσεις του στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου και έχει λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης τα οποία και περιγράφει.

- Έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και έχει λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης τα οποία και περιγράφει.

- 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 και έχει λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης τα οποία και περιγράφει.

Με το πρακτικό Νο1/16-7-2019 η Επιτροπή Αποσφράγισης και Αξιολόγησης εισηγήθηκε την υποβολή διευκρινίσεων επί των προστίμων και των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων. Στη συνέχεια και αφού η Επιτροπή αξιολόγησε τις διευκρινίσεις που υπέβαλε η προσφεύγουσα στις 22 & 23-7-2019 μέσω της Επικοινωνίας του ΕΣΗΔΗΣ ύστερα από το αριθμ. οικ. 72021/7264/17-7-2019 έγγραφο της Δ/σης Οικονομικού, εισηγήθηκε με το πρακτικό Νο2/25-7-2019 τον χαρακτηρισμό των ληφθέντων από την εταιρεία ...» μέτρων αυτοκάθαρσης ως επαρκών και την έκδοση απόφασης για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη αυτών ύστερα από τη σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής της παραγράφου 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016. Με το 81819/8251/3-9-2019 έγγραφο υποβλήθηκε σχέδιο απόφασης και όλα τα σχετικά δικαιολογητικά του οικονομικού φορέα ... προς την Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 του Υπουργείου Οικονομίας και Επενδύσεων, περί διαπίστωσης της επάρκειας ή μη των ληφθέντων από τον εν λόγω φορέα επανορθωτικών μέτρων και την έκδοση σύμφωνης γνώμης, κατ' εφαρμογή των παραγράφων 7, 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. Η Επιτροπή με το υπ' αριθ. 97415/27-9-2019 έγγραφό της ζήτησε την αποστολή νέου σχεδίου απόφασης στο οποίο να δηλώνεται σαφώς η επάρκεια ή μη των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων, το οποίο εστάλη με το υπ' αριθ. 95748/9677/2-10-2019 έγγραφό μας. Την 1-11-2019 εστάλη στην Υπηρεσία μας με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου η

Γνωμοδότηση (θέμα 14Α) της ως άνω Επιτροπής, η οποία παρείχε ομόφωνα μη σύμφωνη γνώμη επί του υποβληθέντος σχεδίου απόφασης της Γενικής Διεύθυνσης Εσωτερικής Λειτουργίας της ... και περί της μη επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων της εταιρείας ...» προς απόδειξη της αξιοπιστίας της. Στη συνέχεια και κατ' εφαρμογή της παραγράφου 8 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, με την οποία ορίζεται ότι η απόφαση της ... για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής, εκδόθηκε η υπ' αριθ. 111604/11030/11-11-2019 απόφαση Συντονιστή της Α.Δ.Α. με την οποία αποφασίστηκε η διαπίστωση της μη επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων αυτοκάθαρσης του οικονομικού φορέα ...» και ο αποκλεισμός του από τα επόμενα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας. Στις 14-11-2019 ο εν λόγω οικονομικός φορέας κατέθεσε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή.

Β) Αναφορικά με την εταιρεία ...» σας παραθέτουμε τα κάτωθι: Σχετικά με την αναφορά της εταιρείας ...» στην υποχρέωση αποκλεισμού της επιχείρησης ...» από την αναθέτουσα αρχή, όπως αυτή διατυπώνεται στην υποβληθείσα Προδικαστική Προσφυγή και για την οποία έχει γίνει παρέμβαση από την εν λόγω επιχείρηση, η Υπηρεσία μας σας γνωρίζει ότι ουδέν στοιχείο υποβλήθηκε στα δικαιολογητικά συμμετοχής του οικονομικού φορέα προς ενημέρωσή μας προκειμένου να αξιολογηθεί από το αρμόδιο συλλογικό όργανο ως λόγος αποκλεισμού της παρεμβαίνουσας. Επίσης από το υπ' αριθ. 74503/7575/24-7-2019 έγγραφο του Σ.Ε.Π.Ε προκύπτει ότι στην εταιρεία ...» δεν έχει υποβληθεί κανένα πρόστιμο από 1-1-2017 έως 16-7-2019.».

14. Επειδή, η αιτιολογική έκθεση της Οδηγίας της Ε.Ε. 24/2014 αναφέρει σχετικά με τα επανορθωτικά μέτρα : «Θα πρέπει, ωστόσο, να επιτρέπεται στους οικονομικούς φορείς να υιοθετούν μέτρα συμμόρφωσης με στόχο την άρση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων 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». Αντιστοίχως, το άρθρο 57 της Οδηγίας αναφέρει στις παρ. 6 και επόμενες τα εξής «Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας αντιμετωπίζει μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία από τα οποία να τεκμαίρεται 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 προμήθειας. ELL 94/128 Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης 28.3.2014. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Σε περίπτωση που 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 προμήθειας 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. 7. Τα κράτη μέλη καθορίζουν τους όρους εφαρμογής του παρόντος άρθρου, βάσει νομοθετικών, κανονιστικών ή διοικητικών διατάξεων και τηρουμένου του ενωσιακού δικαίου. Καθορίζουν, ιδίως, τη μέγιστη περίοδο αποκλεισμού σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας δεν λάβει μέτρα για να αποδείξει την αξιοπιστία του, όπως αυτά ορίζονται στην παράγραφο 6. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί από τελεσίδικη απόφαση, η περίοδος αυτή δεν υπερβαίνει τα πέντε έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με τελεσίδικη απόφαση στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην πρώτη παράγραφο και τρία έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 6».

15. Επειδή, το άρθρο 73 του Ν. 4412/2016 αναφέρει σχετικά στις παρ. 7-9 τα κάτωθι : «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 παραπτώμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα



μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας παραγράφου κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση. 8. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της επόμενης παραγράφου, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής, καθώς και η απόφαση με την οποία γίνονται δεκτά ένδικα βοηθήματα κατ' αυτής, κοινοποιείται στην Αρχή. 9. Για τις ανάγκες των παραγράφων 7 και 8 συνιστάται επιτροπή που απαρτίζεται από εκπροσώπους του ..., ..., του ..., καθώς και του .... Η ως άνω επιτροπή συγκροτείται με απόφαση του ..., ... 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 ..., ...».

16. Επειδή, σύμφωνη είναι η γνώμη όταν δεσμεύει το όργανο που αποφασίζει, με την έννοια ότι το όργανο αυτό μπορεί ή να εκδώσει την πράξη σύμφωνα με την γνώμη ή, εάν δεν την αποδέχεται, με ειδική αιτιολογία, να μην εκδώσει την πράξη. Έχει, όμως, δυνατότητα να μην εκδώσει την πράξη, μόνον όταν ενεργεί στο πλαίσιο διακριτική ευχέρειας, η οποία το επιτρέπει (ΣΤΕ 3898/1986), διότι διαφορετικά η μη εμπρόθεσμη έκδοση της πράξης συνιστά παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας. Επισημαίνεται ότι η γνωμοδότηση πρέπει να είναι έγγραφη και αιτιολογημένη και να στηρίζεται σε επίκαιρα στοιχεία (ΣΤΕ 2843/2006). Κατά τη θεωρία, δε, η αρνητική σύμφωνη γνώμη εφόσον δεν ακολουθήσει η πράξη του αποφασίζοντος οργάνου – στην οποία

και ενσωματώνεται – έχει εκτελεστό χαρακτήρα υπό την έννοια ότι εμποδίζει το όργανο που έχει αποφασιστική αρμοδιότητα να εκδώσει θετική πράξη (Στε 1718/2004) ή το υποχρεώνει στην έκδοση αρνητική πράξης (βλ. ΑΕΠΠ 1319/2019). Αυτό είναι εύλογο, εφόσον η αρνητική σύμφωνη γνώμη αποτελεί η ίδια το εμπόδιο για την ικανοποίηση του διοικουμένου, και επομένως, η προσβολή της είναι απαραίτητη για την δικαστική του προστασία (βλ. Απόστολος Γέροντας, Σωτήρης Λύτρας, Προκόπης Παυλόπουλος, Γλ. Σιούτη, Σπυρίδων Φλογαίτης, *Διοικητικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, Δ' έκδοση, 2018, σελ. 209 «Η γνωμοδοτική διαδικασία – Οι γνώμες», Γλ Σιούτη). Περαιτέρω, στην περίπτωση της αρνητικής σύμφωνης γνώμης, η τυχόν μεταβολή της συνιστά ανάκληση διοικητικής πράξης και επιτρέπεται μόνο κατά τους κανόνες της ανάκλησης (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμο 2, 14η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2011, σελ. 131-133).

17. 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 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. 1.1.3.3.). Εξάλλου, όπως προεκτέθηκε, η διακήρυξη ενέταξε στο σύστημα κανόνων, που διέπουν τον επίδικο διαγωνισμό, το ν. 3863/2010 και,

ιδίως, το άρθρο 68 αυτού (βλ. όρο 13 των «Έχοντας υπόψη»), το οποίο περιέχει ειδική πρόβλεψη ως προς το ζήτημα του αποκλεισμού των υποψήφιων αναδόχων για τις δημόσιες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης. Περαιτέρω, σύμφωνα με τον 1.1.3.5. όρο 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 (βλ. ΔεφΑθ 38...).

18. Επειδή, αναφορικά με τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας που άπτονται της συνταγματικότητας των σχετικών διατάξεων της διακήρυξης, οι οποίες ερείδονται καταρχήν στο νόμο και οι οποίες, κατά την κρίση της προσφεύγουσας, αντίκεινται σε θεμελιώδεις συνταγματικές αρχές ως η αρχή της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης, δέον ειπείν ότι εκφεύγει της αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ ο αιτούμενος από την προσφεύγουσα έλεγχος, καθώς ως διοικητική αρχή βάσει, άλλωστε, και ρητής νομοθετικής πρόβλεψης υποχρεούται η ΑΕΠΠ να απόσχει από τη διενέργεια παρεμπόπτοντος ελέγχου. Εξάλλου, με βάση την πάγια νομολογία, ο παρεμπόπτων έλεγχος ανήκει (βλ. και αρ. 87 παρ. 2 και 93 παρ. 4 Σ) στη δικαστική εξουσία. Ειδικότερα, ο παρεμπόπτων έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων επιφυλάσσεται από το Σύνταγμα υπέρ της δικαστικής εξουσίας μονομερώς (βλ. αρ. 87 παρ. 2 και 93 παρ. 4 Σ), ενώ η Διοίκηση στα πλαίσια της αρχής της νομιμότητας οφείλει να τηρεί απαρέγκλιτα το οικείο νομοθετικό και κανονιστικό καθεστώς. Περαιτέρω, έχει κριθεί ότι οι αρχές της χρηστής διοίκησης και της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας δεν επιτάσσουν την αποχή της διοίκησης από την εφαρμογή διατάξεων νόμου, ακόμη και στην περίπτωση που η συμβατότητά τους προς το ενωσιακό δίκαιο ή το Σύνταγμα έχει αμφισβητηθεί δικαστικά, απόκειται, δε, στα αρμόδια δικαστήρια να αναστείλουν την εκτέλεση των σχετικών διοικητικών πράξεων ή, αν εκκρεμεί στο ΣΤΕ η επίλυση του ζητήματος στα πλαίσια πρότυπης δίκης, να αναστείλουν την εκδίκαση των υποθέσεων στις οποίες ανακύπτει το ίδιο ζήτημα (Δ. Εφ. ... 113/2018 επί αιτ. αναστ.).

19. Επειδή, έτι περαιτέρω, με την παρ. 43 άρθρου 43 Ν.4605/2019 ( ΦΕΚ Α 52/1.4.2019) προστέθηκε παρ. 5 στο ως άνω αναφερθέν άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ως εξής «5. Η Α.Ε.Π.Π. επιλαμβάνεται αποκλειστικά επί θεμάτων που θίγονται με την προσφυγή και δεν μπορεί να ελέγξει παρεμπιπτόντως όρους της διακήρυξης ή ζητήματα που αφορούν τη διενέργεια της διαδικασίας.». Με την, δε, υπ' αριθμ. 54/2018 απόφαση της ΕΑ ΣΤΕ έχει κριθεί ότι «...Σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις των παραγράφων 2 και 3 του άρθρου 367 του Ν 4412/2016 (και τις αντίστοιχες διατάξεις των παραγράφων 4 και 5 του άρθρου 18 του ΠΔ 39/2017), σε περίπτωση αποδοχής της προδικαστικής προσφυγής, η ΑΕΠΠ ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής ή την επίδικη παράλειψή της και αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία να προβεί στην οφειλόμενη ενέργεια, συμμορφούμενη προς την απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία δεν έχει εξουσία ούτε να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη ούτε να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής. Επομένως, σε περίπτωση, όπως η παρούσα, στην οποία η ΑΕΠΠ ακυρώνει την παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να συμπεριλάβει στη διακήρυξη του διαγωνισμού συγκεκριμένο όρο σχετικά με τις προϋποθέσεις επιλογής του προμηθευτή, η ΑΕΠΠ δεν μπορεί να προσθέσει τον όρο στη διακήρυξη ή να θεωρήσει τον όρο αυτό αναδρομικώς γεγραμμένο και συμπεριληφθέντα στη διακήρυξη και, περαιτέρω, να διατάξει την εξακολούθηση της διαγωνιστικής διαδικασίας με βάση το ούτως αναμορφωθέν κατά την διάρκεια της εν λόγω διαδικασίας κανονιστικό πλαίσιο της διενέργειάς της. Τούτο ισχύει ακόμα και όταν πρόκειται για επαναδιακήρυξη διαγωνισμού και ο επίμαχος όρος περιλαμβανόταν στην αρχική διακήρυξη, η οποία, όμως, ακυρώθηκε από την ΑΕΠΠ, ως προς το αντίστοιχο σκέλος της, με συνέπεια η αναθέτουσα αρχή, συμμορφούμενη προς την πράξη της ΑΕΠΠ, να ανακαλέσει/ακυρώσει τη διακήρυξη, στο σύνολό της, και να ματαιώσει το διαγωνισμό, όπως καταρχήν οφείλει και, ακολούθως, να προβεί στη δημοσίευση νέας διακήρυξης, που δεν περιέχει τον ακυρωθέντα όρο». Συνεπώς, από την ως άνω νομολογιακή κρίση συνάγεται με ενάργεια – ως άλλωστε έχει αποτυπωθεί και στο άρθρο 367 Ν.

4412/2016- ότι η αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ εξαντλείται αποκλειστικά, στην ακύρωση προσβαλλόμενων πράξεων και παραλείψεων, επί διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων επί τη βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος και δεν εκτείνεται σε δυνατότητα ακύρωσης, κατόπιν άσκησης παρεμπόπτοντος ελέγχου νομιμότητας, πολλώ, δε, μάλλον σε αντικατάσταση αυτής κατ' ανεπίτρεπτη υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής.

20. Επειδή, διακριτική ευχέρεια ή εξουσία υπάρχει, όταν οι κανόνες που καθορίζουν την αρμοδιότητα δεν προκαθορίζουν ακριβώς την ενέργεια του διοικητικού οργάνου αλλά του αφήνουν περιθώριο δράσης. Ειδικότερα, η αρμοδιότητα έχει χαρακτήρα διακριτικής ευχέρειας όταν, σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις, το σχετικό όργανο: α) μπορεί, αλλά δεν έχει υποχρέωση να εκδώσει τη διοικητική πράξη ή β) πρέπει να εκδώσει την πράξη, μπορεί όμως να καθορίζει κατά την κρίση του το χρονικό σημείο έκδοσής της ή γ) μπορεί να επιλέξει μεταξύ περισσοτέρων ρυθμίσεων τις οποίες επιτρέπει η εφαρμογή των διατάξεων αυτών (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, τόμ. 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15η έκδοση, αριθμ. 149, σελ. 139). Η πράξη, δε, που εκδίδεται στα πλαίσια διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής, ελέγχεται μόνο στα ακραία όριά της, που καθορίζονται: α) από το λογικό, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, περιεχόμενο της αόριστης αξιολογικής έννοιας σε συνδυασμό με την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης σε συνδυασμό προς τον επιδιωκόμενο από τον κανόνα αυτό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, β) από την ισότητα κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, δηλαδή, την ίση κρίση ομοειδών νομικών και πραγματικών καταστάσεων γ) από την αρχή της χρηστής διοίκησης και δ) από την αρχή της αναλογικότητας ή της αναλογίας, σύμφωνα με την οποία το επαχθές μέτρο που επιβάλλεται στον διοικούμενο με τη διοικητική πράξη πρέπει να είναι αναγκαίο, πρόσφορο και ανάλογο προς το εξυπηρετούμενο δημόσιο συμφέρον ή ιδιωτικό προστατευόμενο συμφέρον στο πλαίσιο του σκοπού που επιδιώκει ο νόμος (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., 2010, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 514).

21. Επειδή, 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, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191).

22. Επειδή, κρίσιμη είναι η διαφοροποίηση και υπό αυτή την έννοια η αποφυγή της σύγχυσης της διακριτικής ευχέρειας με την ερμηνεία ενός κανόνα δικαίου, που οφείλει να κάνει η Διοίκηση, η οποία συνίσταται στην εξακρίβωση, με τη χρήση των διαφόρων ερμηνευτικών μεθόδων, με επικρατέστερες πέραν της γραμματικής, την συστημική - υπό την έννοια της ένταξης της επίμαχης διάταξης σε ένα πλέγμα διατάξεων - και την τελολογική, του ποια πραγματικά αρμοδιότητα παρέχει ο κανόνας δικαίου στο διοικητικό όργανο και καταλήγει στην υιοθέτηση μιας και μόνης άποψης. Αντιστοίχως, διαφοροποιείται η διακριτική ευχέρεια της απλής διαπίστωσης της συνδρομής των πραγματικών ή νομικών καταστάσεων, που συνιστούν τις νόμιμες προϋποθέσεις για την έκδοση της διοικητικής πράξης, η οποία δύναται να είναι θετική ή αρνητική, σωστή ή λανθασμένη. Στην περίπτωση αυτή, το διοικητικό όργανο έχει απλώς αρμοδιότητα να εξακριβώσει την ύπαρξη των στοιχείων, τα οποία στη συγκεκριμένη περίπτωση συνθέτουν ορισμένη πραγματική ή νομική κατάσταση, για να κρίνει, εάν υπάρχει η προϋπόθεση εφαρμογής ενός απρόσωπου κανόνα δικαίου με την έκδοση της σχετικής πράξης δεδομένου ότι η διαπίστωση της συνδρομής των νόμιμων προϋποθέσεων είναι αναγκαία για την άσκηση της δέσμιας αρμοδιότητας. (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15η Έκδοση, 2017, σελ 140). Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμιά αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕφΑθ 2098/2013, ΣΤΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003).

23. 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 ανατιολόγητη 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, ΕΥ:Τ:2011:494, σκέψη 122, και αποφάσεις της 25ης Φεβρουαρίου 2003, Strabag Benelux κατά Συμβουλίου, Τ 183/00, ΕΥ:Τ:2003:36, σκέψη 55, της 24ης Απριλίου 2013, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, Τ 32/08, μη δημοσιευθείσα, ΕΥ:Τ:2013:213, σκέψη 37, και της 28ης Ιουνίου 2016, AF Steelcase κατά ΕUIPO, Τ 652/14, μη δημοσιευθείσα, ΕΥ:Τ:2016:370, σκέψη 43).

24. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στην προκείμενη περίπτωση αρνητικής σύμφωνης γνώμης δεν δύναται να αποστεί από αυτήν, ελέγχοντάς την κατ' ουσίαν, άλλως δεν μπορεί να εναντιωθεί στην αρνητική σύμφωνη γνώμη της εν λόγω επιτροπής περί ανεπάρκειας επανορθωτικών μέτρων και άρα δεν μπορεί να επανεξετάσει ό,τι έχει εξεταστεί (πρβλ ΣΤΕ Ολ 1748/2016, ΣΤΕ 998/2013, ΣΤΕ 3230/2012) αλλά αποφαίνεται υιοθετώντας την αρνητική σύμφωνη γνώμη κατά δέσμια αρμοδιότητα. Αιτιολογία, της προσβαλλόμενης, επομένως, κατά τα κριθέντα από το Διοικητικό Εφετείο ..., συνιστά η γνωμοδότηση της αρμόδιας Επιτροπής Επανορθωτικών Μέτρων, η οποία έχει υπό αυτή την έννοια, απωλέσει την αυτοτέλειά της.

25. Επειδή, λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω, 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 παραπτώματων. Περαιτέρω, δεν προβαίνει σε επαρκή τοποθέτηση αν όχι ανάλυση περί της αδυναμίας με τα επικαλούμενα επανορθωτικά μέτρα αποφυγής περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων και δη σε συνάρτηση με τις ιδιαίτερες περιστάσεις του παραπτώματος, άλλως υπό ευρύτερη έννοια δεν εξειδικεύει η αιτιολογία της προσβαλλόμενης, η οποία αποτελεί αποσπασματική αντιγραφή της οικείας διάταξης (1.1.3.5.), για ποιο ειδικότερο λόγο τα επικαλούμενα και προσκομισθέντα έγγραφα δεν παρέχουν επαρκή τεκμηρίωση ως προς την αξιοπιστία της επιχείρησης.

26. Επειδή, 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 διείδυση 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*, Αθήνα, 1982, σελ. 341 και σελ. 381).

27. Επειδή, 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 αλυσιτελή (βλ. Ε. Παυλίδου, «οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣΤΕ», ΕΔΔ 2, 2015 και ανωτέρω σκ. 38). Σε κάθε

περίπτωση, η επίκληση απόφασης της Επιτροπής επί επανορθωτικών μέτρων έτερου οικονομικού φορέα, προβάλλεται απαραδέκτως προεχόντως λόγω της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών (βλ. Δεφ Αθ1916/2018 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Η, δε, απόφαση της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 απαραδέκτως προσβάλλεται αυτοτελώς.

28. Επειδή, δευτερευόντως, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της παράλειψης απόρριψης της προσφορά της παρεμβαίνουσας.

29. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 376 παρ. 2 του Ν.4412/2016, σε περίπτωση αποδοχής της προδικαστικής προσφυγής, η ΑΕΠΠ ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής ή την επίδικη παράλειψή της και αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία να προβεί στην οφειλόμενη ενέργεια, συμμορφούμενη προς την απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία δεν έχει εξουσία ούτε να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη ούτε να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΕΑ ΣτΕ 54/2018, σκέψη 8 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

30. Επειδή, η παροχή έννομης προστασίας στο κατάλληλο εκάστοτε χρονικό σημείο σύμφωνα με την αρχή του επικαίρου της τηρήσεως των σχετικών διαδικασιών ρητώς εδράζεται και στις διατάξεις του Ν.4412/2016, καθώς προβλέπεται αποκλειστική προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της βλαπτικής για τον προσφεύγοντα πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΑΕΠΠ 440/2018). Κατά τα παγίως, δε, κριθέντα, στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της κατά στάδια προβολής των λόγων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣτΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού, εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόπτοντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής

διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣΤΕ 305/2011, 65/2012). Κατ' εφαρμογήν της αρχής του επικαίρου της προσβολής των επιμέρους πράξεων της σύνθετης διοικητικής ενέργειας των δημοσίων διαγωνισμών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής της δικονομικής οδηγίας 89/665 δεν επιτρέπεται επ' ευκαιρία προσβολής μεταγενέστερης πράξης του διαγωνισμού που εντάσσεται σε διαφορετικό στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, η αμφισβήτηση της νομιμότητας πράξης προηγούμενου σταδίου, η οποία δεν έχει αμφισβητηθεί επικαίρως (ΣΤΕ ΕΑ 48, 339/2010, 97/2011). Σε κάθε περίπτωση όπως έχει κριθεί (ΕΑ ΣΤΕ 637/2012), εν όψει της αρχής της επικαίρου τηρήσεως των σχετικών διαδικασιών, σε προδικαστική προσφυγή ενώπιον της αναθέτουσας υπόκεινται οι βλαπτικές πράξεις όλων των οργάνων του διαγωνισμού (και όχι μόνο της αρχής που εκδίδει την κατακυρωτική πράξη), όταν ασκούν αποφασιστική και όχι γνωμοδοτική ή άλλη αρμοδιότητα (βλ. Ε.Α. 66/2012, 305/2011). Η αρχή αυτή έχει επιβεβαιωθεί και από τη νομολογία του Δικαστηρίου της ΕΕ, το οποίο έχει επανειλημμένως κρίνει ότι η οδηγία 89/665 πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι δεν αντιτίθεται καταρχήν σε εθνική νομοθεσία, η οποία προβλέπει ότι η προσφυγή κατ' αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής πρέπει να ασκείται εντός της ταχθείσας προς τούτο προθεσμίας και ότι οι θιγόμενοι ενδιαφερόμενοι που επικαλούνται πλημμέλεια της διαδικασίας διαγωνισμού, προς στήριξη της προσφυγής τους, πρέπει να προβάλουν την εν λόγω πλημμέλεια εντός της ίδιας προθεσμίας, διότι άλλως θα απολέσουν το σχετικό δικαίωμά τους, εφόσον η επίμαχη προθεσμία είναι εύλογη (αποφάσεις της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *Universale-Bau κ.λπ.*, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 79, της 27ης Φεβρουαρίου 2003, *Santex*, C-327/00, EU:C:2003:109, σκέψη 50, καθώς και της 11<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2007, *Lämmerzahl*, C-241/06, EU:C:2007:597, σκέψη 50). Η νομολογία αυτή βασίζεται στη σκέψη ότι η πλήρης επίτευξη των σκοπών που επιδιώκει η οδηγία 89/665 θα διακυβευόταν αν οι υποψήφιοι και οι προσφέροντες μπορούσαν νομίμως να επικαλεστούν, σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας του διαγωνισμού, παραβάσεις των κανόνων περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, υποχρεώνοντας κατ' αυτόν τον τρόπο την

αναθέτουσα αρχή να επαναλάβει ολόκληρη τη διαδικασία προς θεραπεία των παραβάσεων αυτών (αποφάσεις της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *Universale-Bau* κ.λπ., C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 75, της 11ης Οκτωβρίου 2007, *Lämmerzahl*, C-241/06, EU:C:2007:597, σκέψη 51, καθώς και της 28ης Ιανουαρίου 2010, Επιτροπή κατά Ιρλανδίας, C-456/08, EU:C:2010:46, σκέψη 52). Ειδικότερα, μια τέτοια συμπεριφορά, καθόσον μπορεί να καθυστερήσει, χωρίς αντικειμενικό λόγο, την έναρξη των διαδικασιών προσφυγής, τη θέσπιση των οποίων επέβαλε στα κράτη μέλη η οδηγία 89/665, είναι ικανή να θίξει την αποτελεσματική εφαρμογή των οδηγιών της Ένωσης σχετικά με τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων (Απόφαση της 12ης Φεβρουαρίου 2004, *Grossmann Air Service*, C-230/02, EU:C:2004:93, σκέψη 38).

31. Επειδή, σιωπηρή αρνητική πράξη μπορεί να συνάγεται και από θετική πράξη της διοίκησης (βλ. Ι. Μαθιουδάκης, Προβληματισμοί στην παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας της διοίκησης, *ΔιΔικ* 2004, σελ. 1419), η οποία συνίσταται σε μία αρνητική πράξη η οποία σιωπηρώς περιέχεται σε μία αντιθέτου περιεχόμενου θετική πράξη (Απ. Γέροντας, Σ. Λύτρας, Πρ. Παυλόπουλος, Γλ. Σιούτη, Σπ. Φλογαίτης, *Διοικητικό Δίκαιο*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2010, σελ. 179, πρβλ. ΔΕΦΑΘ 2220/2009 δημοσιευμένη στην Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΝΟΜΟΣ, ΣΤΕ 2758/2008 δημοσιευμένη στην Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΝΟΜΟΣ, καθώς και Χ. Μουκίου, Η διοικητική σιωπή στο πλαίσιο άσκησης των ένδικων βοηθημάτων της αίτησης ακύρωσης και της προσφυγής ουσίας ενώπιον του ΣΤΕ και των Τακτικών Διοικητικών Δικαστηρίων, *ΔιΔικ* 2002, σελ. 1182).

32. Επειδή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής μπορεί να συναχθεί και από το γεγονός ότι δεν προέβη σε ενέργεια που την υποχρέωνε η διακήρυξη να προβεί όχι σε δεδομένη προθεσμία αλλά σε δήλη ημέρα. Αν για παράδειγμα όφειλε να ανοίξει τις προσφορές μια συγκεκριμένη μέρα και δεν το έπραξε, η παράλειψή της αυτή είναι καταρχήν είναι δεκτική προσφυγής (βλ. Φίλης Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν. 3886/2010, Προϋποθέσεις παραδεκτού και βασίμου, Έλεγχος του δικαστηρίου, 2011, σελ. 53). Εν προκειμένω, ωστόσο, από την προσβαλλόμενη απόφαση - η οποία

περιορίζεται στην διατύπωση αρνητικής σύμφωνης γνώμης ως προς τα επανορθωτικά μέτρα που αφορούν την ίδια την προσφεύγουσα και συντείνουν στον αποκλεισμό της - ή κατά τον χρόνο προσβολής αυτής δεν συνάγεται η ύπαρξη εκτελεστής παράλειψης οφειλόμενης ενέργειας της αναθέτουσας αρχής αρχής, βλαπτικής των συμφερόντων της προσφεύγουσας, η οποία να αφορά την προσφορά της παρεμβαίνουσας κατά τα προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα (πρβλ. ΔεφΑ 0229/2019).

33. Επειδή, όλως επικουρικός, με την ΕΑ ΣΤΕ Ολ 235/2019 κρίθηκαν τα εξής: «... 28. Επειδή, κατά την γνώμη που επικράτησε στην Επιτροπή Αναστολών, από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 346 παρ. 1 και 2 και 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016 -οι οποίες αποδίδουν το πνεύμα των αντίστοιχων διατάξεων των δικονομικών οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ (άρθρα 1 παρ. 3 και 2α παρ. 2)- ερμηνευομένων υπό το πρίσμα των κριθέντων με τις προμνημονευθείσες αποφάσεις του ΔΕΕ, συνάγεται ότι οριστικώς αποκλεισθείς θεωρείται ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος είτε δεν εστράφη κατά της πράξης αποκλεισμού του (περίπτωση προς την οποία εξομοιώνεται και η εκ των υστέρων υποβολή παραίτησης από την τυχόν ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή ή το ασκηθέν ένδικο βοήθημα), είτε εστράφη μεν κατ' αυτής, πλην ο αποκλεισμός του κατέστη οριστικός με την δημοσίευση απορριπτικής απόφασης επί αιτήσεως ακυρώσεώς του, η οποία, κατ' αυτόν τον τρόπο, περιεβλήθη την ισχύ δεδικασμένου. Οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται, αντιθέτως, ο διαγωνιζόμενος του οποίου η προδικαστική προσφυγή απερρίφθη μεν με απόφαση της ΑΕΠΠ, πλην δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για την άσκηση κατ' αυτής αιτήσεως ακυρώσεως ή αιτήσεως αναστολής του άρθρου 372 του ν. 4412/2016. Μη οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται, περαιτέρω, ο διαγωνιζόμενος, του οποίου αίτηση για την αναστολή της απορριπτικής της προδικαστικής του προσφυγής απόφασης της ΑΕΠΠ απερρίφθη, καθ' ον χρόνο δεν έχει απολέσει το δικαίωμα να ασκήσει κατά της πράξης αυτής αίτηση ακυρώσεως και δεν έχει δημοσιευθεί οριστική απόφαση απορριπτική τυχόν ασκηθείσης αιτήσεως ακυρώσεως. Προκειμένου, εξ άλλου, να αναγνωρισθεί σε μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο έννομο συμφέρον για την άσκηση

αποτελεσματικής προσφυγής κατά της απόφασης περί αποδοχής της προσφοράς των λοιπών συνδιαγωνιζομένων του και περί αναθέσεως σε κάποιον εξ αυτών της σύμβασης, απαιτείται, επιπλέον, η τυχόν αποδοχή της προσφυγής του, κατά το μέρος αυτό, να μην οδηγεί σε οριστική ματαίωση του διαγωνισμού, σε αδυναμία, δηλαδή, επαναπροκήρυξής του (λ.χ. διότι παρήλθε το χρονικό διάστημα, το οποίο αφορούσε η σύμβαση), αλλά, αντιθέτως, να αφήνει ανοικτό το ενδεχόμενο κίνησης νέας διαδικασίας για την ανάθεση της σύμβασης. Αναγνωρίζεται, κατ' αυτόν τον τρόπο, στον διαγωνιζόμενο που αποκλείσθηκε και προσέβαλε επικαίρως μεν, πλην ανεπιτυχώς, τον αποκλεισμό του, έννομο συμφέρον να επιδιώξει δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και, κατ' αποτέλεσμα, την ματαίωση της ανάθεσης σε κάποιον από αυτούς της σύμβασης, ως τέτοιας νοουμένης όχι μόνον της σύμβασης, στη σύναψη της οποίας καταλήγει η προς ματαίωση διαγωνιστική διαδικασία, αλλά και της σύμβασης, στην οποία θα καταλήξει ενδεχόμενη κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, υπό την προϋπόθεση ότι το αντικείμενο της νεότερης σύμβασης θα είναι, κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, όμοιο με αυτό της αρχικής και ότι ο αποκλεισθείς θα μπορούσε να έχει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στην εν λόγω νέα διαγωνιστική διαδικασία. Πέραν τούτων, για την αναγνώριση του εννόμου συμφέροντος του μη οριστικώς αποκλεισθέντος, δεν απαιτείται η διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας σε ένα και μόνον στάδιο, που καταλήγει στην έκδοση μόνον μίας (κατακυρωτικής) πράξης του αναθέτοντος φορέα. Αδιάφορο, από της εξεταζομένης απόψεως, είναι, περαιτέρω, και το στάδιο, στο οποίο κατά την εθνική νομοθεσία εχώρησε ο αποκλεισμός, αφού σε όλα τα στάδια των διαγωνισμών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων συντρέχει ο αυτός δικαιολογητικός λόγος θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, ήτοι η προσδοκία να αναλάβει ο ενδιαφερόμενος το αντικείμενο της σύμβασης και όχι να του ανατεθεί, ειδικώς, η, βάσει της επίμαχης διαδικασίας, σύμβαση. Επιχείρημα υπέρ της απόψεως αυτής συνάγεται άλλωστε και από την απόφαση BTG&CÖ του ΔΕΕ, με την σκέψη 34 της οποίας έγινε δεκτό, κατά τα προαναφερθέντα, ότι η έννομη τάξη της Ευρωπαϊκής Ένωσης παρέχει σε κάθε αποκλεισθέντα προσφέροντα την δυνατότητα να αμφισβητήσει

όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού του, «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», συμπεριλαμβανομένων, αναγκαίως, και των βλαπτικών αποφάσεων του αναθέτοντος φορέα που εκδίδονται σε επόμενα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ούτε μπορεί να αποκρουσθεί η άποψη αυτή κατ' επίκληση εθνικών δικονομικών κανόνων ή πρακτικών, στα πλαίσια της δικονομικής αυτονομίας των κρατών μελών της Ένωσης, εν όψει των γενομένων δεκτών με την απόφαση *Lombardi* του ΔΕΕ. Προϋπόθεση, ωστόσο, για την θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος, στις περιπτώσεις αυτές, παραμένει το επίκαιρο της αμφισβήτησης της νομιμότητας του αποκλεισμού του, δεδομένου ότι, άλλως, ο διαγωνιζόμενος θα μετέπιπτε στην κατάσταση του οριστικώς αποκλεισθέντος. Στερείται, ως εκ τούτου, εννόμου συμφέροντος να προσβάλει πράξεις επόμενων σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος δεν αμφισβήτησε επικαίρως τον αποκλεισμό του, όπως, εξ άλλου, και ο διαγωνιζόμενος του οποίου ο αποκλεισμός κατέστη οριστικός προ της ασκήσεως της προσφυγής του κατά της συμμετοχής άλλων διαγωνιζομένων, με την απόρριψη της στρεφόμενης κατά του αποκλεισμού του αιτήσεως ακυρώσεως. Αδιάφορος, τέλος, για την θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος είναι ο αριθμός των συνδιαγωνιζομένων του, ο αποκλεισθείς, ωστόσο, πρέπει, προκειμένου να είναι κατ' αρχήν λυσιτελής η προβολή των σχετικών αιτιάσεων, να πλήττει την συμμετοχή απάντων ανεξαιρέτως των συνδιαγωνιζομένων του στα επόμενα στάδια της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης. Εν όψει τούτων, κατά την γνώμη που πλειοψήφησε, με έννομο συμφέρον κατ' αρχήν προβάλλονται και είναι εξεταστέες ως προς το παραδεκτό και το βάσιμο, οι λοιπές, πλην των αναφερομένων σε παράβαση του ίσου μέτρου κρίσεως (ανωτέρω σκέψεις 16 -20), αιτιάσεις που προβάλλει η αιτούσα κατά της παρεμβαίνουσας. Κατά την ειδικότερη δε γνώμη του Συμβούλου Ι. Σύμπλη, η απλή προσδοκία ματαιώσεως και επαναπροκηρύξεως του διαγωνισμού τότε μόνο αρκεί για να θεμελιώσει έννομο συμφέρον του νομίμως αποκλεισθέντος να πλήξει την νομιμότητα της συμμετοχής άλλων

συνδιαγωνιζομένων, όταν η προσφορά του αποκλείσθηκε για τυπικές ελλείψεις ή παράλειψη προσήκουσας υποβολής δικαιολογητικών (πρβλ. ΔΕΕ C-131/16, *Archus and Gama*). Αντιθέτως, αν προϋπόθεση για να μπορεί να συμμετάσχει στην νέα διαδικασία είναι είτε να μεταβάλει το ουσιαστικό περιεχόμενο της προσφοράς του, είτε να μεταβληθούν όροι της διακήρυξης, τους οποίους είτε δεν είχε αμφισβητήσει επικαίρως, είτε τους είχε αμφισβητήσει ανεπιτυχώς, και ανεξάρτητα από το αν πράγματι υφίσταται σαφές και διαφανές κριτήριο διακρίσεως μεταξύ "ουσιωδών" και "επουσιωδών" όρων της διακήρυξης, ώστε να είναι καν νοητό ότι αν μεταβληθούν μόνο οι τελευταίοι το αντικείμενο του διαγωνισμού παραμένει αμετάβλητο, το συμφέρον του ανεπιτυχώς συμμετασχόντος να προκαλέσει ματαίωση και επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού δεν είναι ούτε έννομο, ούτε άξιο προστασίας· γιατί αν του παρείχετο και σε αυτές τις περιπτώσεις ευχέρεια [στον ανεπιτυχώς συμμετασχόντα] να προκαλέσει ματαίωση του διαγωνισμού, αυτό όχι μόνο θα χαλάρωνε την ανταγωνιστική πίεση να υποβάλει την καλύτερη δυνατή προσφορά, αλλά, επί πλέον, θα άνοιγε τον δρόμο στην κακόπιστη και παρελκυστική συμμετοχή σε διαγωνισμούς προσώπων που γνωρίζουν ότι δεν είναι σε θέση να υποβάλουν προσήκουσα προσφορά και, ενδεχομένως, δεν είναι καν αυτό η επιδίωξή τους». Με την ίδια απόφαση διατυπώθηκαν προς το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης προδικαστικά ερωτήματα, μεταξύ των οποίων και το εξής: « ... 3. Ασκήει επιρροή για την απάντηση στο πρώτο ερώτημα η διαπίστωση ότι, στην περίπτωση αποδοχής των αιτιάσεων του αποκλεισθέντος κατά της συμμετοχής του ανταγωνιστή στον διαγωνισμό, (α) είναι αδύνατη η επαναπροκήρυξή του ή ότι (β) ο λόγος, για τον οποίο αποκλείσθηκε ο προσφεύγων, καθιστά αδύνατη την συμμετοχή του σε περίπτωση επαναπροκηρύξεως του διαγωνισμού;».

34. Επειδή, βάσει των ως άνω κριθέντων από το Συμβούλιο της Επικρατείας καθίσταται σαφές ότι η δυνατότητα συμμετοχής του μη οριστικώς αποκλεισθέντος υποψηφίου σε ενδεχόμενη νέα, κατόπιν ματαίωσης, διαγωνιστική διαδικασία, με όμοιο κατά τα ουσιώδη στοιχεία του αντικείμενο με τη ματαιωθείσα, αποτελεί κρίσιμο κριτήριο για την αναγνώριση εννόμου



συμφέροντος σε αυτόν, προς προβολή ισχυρισμών μέσω των οποίων επιδιώκει τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του. Ειδικότερα, βάσει της κρατήσασας στο Δικαστήριο άποψης, τίθεται ως «...προϋπόθεση ότι το αντικείμενο της νεότερης σύμβασης θα είναι, κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, όμοιο με αυτό της αρχικής και ότι ο αποκλεισθείς θα μπορούσε να έχει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στην εν λόγω νέα διαγωνιστική διαδικασία». Η κρισιμότητα του ως άνω κριτηρίου αναδεικνύεται και εκ του διατυπωθέντος υπ' αριθμ. 3 προδικαστικού ερωτήματος, ενώ, σύμφωνα με τα ειδικότερα διαλαμβανόμενα στη διατυπωθείσα ειδικότερη γνώμη, η αναγνώριση του κατά τα ως άνω εννόμου συμφέροντος του νομίμως αποκλεισθέντος να πλήξει την νομιμότητα της συμμετοχής άλλων συνδιαγωνιζομένων, περιορίζεται μόνο στις περιπτώσεις κατά τις οποίες η προσφορά του αποκλείσθηκε για τυπικές ελλείψεις ή παράλειψη προσήκουσας υποβολής δικαιολογητικών. Εν προκειμένω, ωστόσο, δεν έχει κριθεί από το παρόν Κλιμάκιο, κατ' ουσίαν η βασιμότητα των λόγων της προσφεύγουσας που αφορούν την αποδοχή της προσφοράς της, κι επομένως, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας – σε κάθε περίπτωση - ήταν κατά τον χρόνο άσκησης της προσφυγής υπό αίρεση, μη δυνάμενο να θεμελιώσει την επιδίωξη απόρριψης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας.

35. Επειδή, όλως επικουρικώς, και σε άμεση συνέχεια με τα ανωτέρω, ακόμη και εάν ήθελε εκτιμηθεί η δυνατότητα επιδίωξης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, με στόχευση την ανάληψη της κρινόμενης σύμβασης {βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ), όπου ερμηνεύοντας τις ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665 [με τις αποφάσεις του της 2.7.2013 και 5.4.2016 αντιστοίχως, επί των υποθέσεων C-100/12 «FastwebSpA» και C-689/13 «PuligienicaFacilityEscoSpA» (PFE)], ταυτόσημες με τις εν προκειμένω εφαρμοστέες της ειδικής Οδηγίας 92/12 (L 76), αλλά και αυτές τούτες τις ρυθμίσεις της Οδηγίας 92/12 [απόφασή του της 11.5.2017, επί της υποθέσεως C-131/16, «Archussp.z. o.o και GamaJacekLipik»], έκρινε ρητώς ότι το έννομο συμφέρον «ενδιαφερομένου» [άρθρο 2α παρ. 2 εδ. γ'. στις

δύο Οδηγίες] είναι δυνατόν να συνίσταται και στην ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως συμβάσεως και ΕΑ ΣΤΕ 22/2018 αντίστοιχα} καταρχήν η προσφεύγουσα ουδέν σχετικό επικαλείται προς απόπειρα θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντός της ως προς τις αιτιάσεις της κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Το έννομο συμφέρον, δε, του οικονομικού φορέα, που προσφεύγει ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. εξειδικεύεται αυθεντικά και αποκλειστικά από τον ίδιο, εξετάζεται δε από την τελευταία ως προς την νομιμότητά του, την απόδειξή του και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του που επιβάλλουν την έννομη προστασία του (πρβλ. Δημήτριος Θ. Πυργάκης, «Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 17). Συνακόλουθα, ούτε από τις διατάξεις του εθνικού δικαίου ούτε από τις αντίστοιχες διατάξεις του ενωσιακού δικαίου σχετικά με το έννομο συμφέρον διαγωνιζομένων κατά το προσυμβατικό στάδιο και τη σχετική νομολογία του Δ.Ε.Ε. αναγνωρίζεται γενικό έννομο συμφέρον ακόμη και στον μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο να ενεργεί ως 'μοχλός του αντικειμενικού ελέγχου νομιμότητας του διαγωνισμού' και εγγυητής της διαφάνειας αυτού όταν έχει απομείνει ένας μόνο διαγωνιζόμενος (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 106/2018). Εξάλλου, εν προκειμένω, η οποιαδήποτε απόπειρα θεμελίωσης εννόμου συμφέροντος επί τη βάση της επιδίωξης ματαίωσης, θα ήταν σε κάθε περίπτωση αλυσιτελής καθώς πλην της προσφεύγουσας και παρεμβαίνουσας συμμετείχαν κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής στο διαγωνισμό και έτεροι δύο οικονομικοί φορείς, κατά των προσφορών των οποίων δεν βάλλει η προσφεύγουσα. Επομένως, ακόμη και εάν προσέβαλε παραδεκτώς εκτελεστή πράξη ή παράλειψη η προσφεύγουσα κατά τα ανωτέρω κριθέντα, θα στερείτο εν πάση περιπτώσει, εννόμου συμφέροντος να στραφεί κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 40/2020).

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

37. Επειδή, η παρέμβαση απορρίπτεται ως άνευ αντικειμένου.

38. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 του Ν. 4412/2016).

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά το κεφάλαιο που απορρίπτει την προσφορά της προσφεύγουσας κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου (...) στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 18 Νοεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 8 Δεκεμβρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**Μιχαήλ Οικονόμου**

**Μαρία Κατσαρού**