

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 5 Μαρτίου 2020, με την εξής σύνθεση:  
Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και  
Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27.1.2020 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 86/27.1.2020 Προδικαστική Προσφυγή της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία « .....» και το διακριτικό τίτλο « .....», η οποία εδρεύει στην ....., επί της οδού ....., αρ. ...., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά του ..... « .....» και δη κατά της απόφασης της 145<sup>ης</sup> Τακτικής Συνεδρίασης του Δ.Σ. της ως άνω αναθέτουσας αρχής της 15.1.2020 (Θέμα 6<sup>ο</sup>), με την οποία κατ' αποδοχήν του με αρ. πρωτ. 16313/31.12.2019 Πρακτικού Αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας και αξιολόγησης του διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την με αρ. .... Διακήρυξη του Νοσοκομείου, απεφασίσθη η απόρριψη της προσφοράς της συμμετέχουσας και νυν προσφεύγουσας εταιρείας και η ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου της υπό ανάθεση σύμβασης της συμμετέχουσας εταιρείας με την επωνυμία « .....».

Κατά της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο « .....», η οποία εδρεύει στη ....., επί της οδού ....., αρ. ...., νομίμως εκπροσωπούμενης, η οποία άσκησε την από 4.2.2020 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Παρέμβαση της.

## Αριθμός Απόφασης 327 / 2020

Διά της προσφυγής της επιδιώκει η προσφεύγουσα να ακυρωθεί η ως άνω προσβαλλόμενη απόφαση του Νοσοκομείου καθ' ο μέρος απορρίπτει τη προσφορά της και την αποκλείει από την οικεία διαγωνιστική διαδικασία. Με την προσφυγή, επιπλέον, αιτείτο και την αναστολή προόδου του διαγωνισμού και ιδίως την αναστολή της οριστικής κατακύρωσης του υπόψη διαγωνισμού και της υπογραφής της σύμβασης, μέχρις εκδόσεως της παρούσας απόφασης επί της προσφυγής της, αίτημα το οποίο απερρίφθη διά της με αριθμ. Α 56/2020 Απόφασης της ΑΕΠΠ. Ετέρωθεν διά της ασκηθείσας παρέμβασης η παρεμβαίνουσα εταιρεία αιτείται όπως απορριφθεί η υπό κρίση προσφυγή και διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, το ..... « .....» με τη με αριθμ. πρωτ. οικ. .... διακήρυξή του, προκήρυξε διεθνή ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής για την ανάθεση Υπηρεσιών Καθαριότητας των εσωτερικών και εξωτερικών χώρων του Νοσοκομείου, διάρκειας δώδεκα (12) μηνών, με CPV: ....., συνολικής εκτιμώμενης αξίας 450.819,68€ άνευ ΦΠΑ (και 559.016,40€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 24%). Ο διαγωνισμός διεξάγεται ηλεκτρονικά μέσω της διαδικτυακής πύλης του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) υπό το συστημικό αριθμό ..... Στη προσβαλλόμενη δε απόφαση της 145<sup>ης</sup> Τακτικής Συνεδρίασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, στο πλαίσιο της ως άνω διαγωνιστικής διαδικασίας, διατυπώνονται, μεταξύ άλλων, τα εξής, εκ των συμπεριλαμβανομένων και εγκριθέντων Πρακτικών της Επιτροπής διαγωνισμού: «Κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής διαπιστώθηκαν τα εξής: 1. Η εταιρεία ..... κατέθεσε ορθώς όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά συμμετοχής και συνεπώς έγιναν αποδεκτά από την επιτροπή. 2.

## Αριθμός Απόφασης 327 / 2020

Η εταιρεία ..... στηρίζεται, για το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, στην εταιρεία ..... με δ.τ. .... Το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ)/ Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) της τελευταίας εταιρείας, αναφέρει ότι της έχουν επιβληθεί, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς, ήτοι 07/10/2019: 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. Στη συνέχεια, με τα υπ' αριθμ. 12800/25-10-2019 και 14695/29-11-2019 έγγραφά μας ζητήθηκε από το Σώμα Επιθεώρησης Εργασίας (ΣΕΠΕ) να μας γνωστοποιήσει εάν στις εταιρείες .....και ..... έχουν επιβληθεί πράξεις επιβολής προστίμου, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς, ήτοι 07/10/2019. Το Σώμα Επιθεώρησης Εργασίας (ΣΕΠΕ) με τα υπ' αριθμ. 13480/08-11-2019 και 15693/16-12-2019 έγγραφά του (με το δεύτερο συμπληρώνει το πρώτο) μας γνωστοποίησε ότι από 1.1.2017 και μέχρι τις 06.12.2019: [...] διαπιστώνει ότι στην εταιρεία .....με ΑΦΜ ..... έχουν επιβληθεί κατά το κρίσιμο ως άνω χρονικό διάστημα της διετίας (από 07/10/2017 έως 07/10/2019), πριν από την λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφοράς, τρεις πράξεις επιβολής προστίμου, που εκάστη χαρακτηρίζεται από τον αρμόδιο φορέα (ΣΕΠΕ) ως υψηλής έως πολύ υψηλής σοβαρότητας. Δεδομένου ότι η εν λόγω εταιρεία στηρίζει την υποψηφιότητα της διαγωνιζόμενης εταιρείας ..... για το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ως προελέχθη, η υποψηφιότητα της τελευταίας εταιρείας θα πρέπει να αποκλεισθεί σύμφωνα με την προμνημονειθείσα ως άνω υπό (α) σαφή διάταξη, η οποία ως προς την παροχή υπηρεσιών καθαρισμού ή/ και φύλαξης την οποίαν και ρυθμίζει, δεν επιτρέπει την άρση του αποκλεισμού των οικονομικών φορέων με τυχόν μέτρα που αυτοί έλαβαν για να αποδείξουν

## Αριθμός Απόφασης 327 / 2020

την αξιοπιστία τους, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού, ούτε προϋποθέτει για τον εν λόγω αποκλεισμό τυχόν επιβληθείσες κυρώσεις να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Σε κάθε περίπτωση τα στοιχεία που προσκομίστηκαν από την εταιρεία ..... κρίνονται ανεπαρκή για τους εξής λόγους: [...] Σύμφωνα με τα ανωτέρω, η επιτροπή απορρίπτει την εταιρεία ..... κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής. Κατά τον έλεγχο της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας ..... κρίθηκε τεχνικά αποδεκτή. Κατόπιν των ανωτέρω η επιτροπή του διαγωνισμού γνωμοδοτεί υπέρ του αποκλεισμού από τη συνέχιση της διαδικασίας του Διαγωνισμού της εταιρείας ..... Η επιτροπή προτείνει να γίνει αποδεκτό το πρακτικό της και να συνεχιστεί η διαδικασία με το άνοιγμα της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας ....., η οποία προκρίθηκε στο επόμενο στάδιο». Κατά της απόφασης ταύτης του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής στρέφεται η προσφεύγουσα με την από υπό εξέταση προδικαστική της προσφυγή, για τους σε αυτήν περιεχόμενους λόγους και τα ειδικότερα αιτήματά της.

2. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (345 παρ.1 και 6 παρ.1 του Ν. 4412/2016), του αντικείμενου της και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συναφώς υπάγεται και στις διατάξεις του Ν.4412/2016. Συνακόλουθα, εν όψει και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ημερομηνία αποστολής της Προκήρυξης της σχετικής σύμβασης για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης η 30<sup>η</sup>.8.2019), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 345 παρ. 1 και 379 παρ. 7 του νόμου, όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν, η δε ΑΕΠΠ ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

3. Επειδή, από τα αναρτηθέντα στοιχεία στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ α/α ..... ) προκύπτει ότι η κρινόμενη προσφυγή έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361

## Αριθμός Απόφασης 327 / 2020

παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 39/2017, 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017, καταβλήθηκε δε δεσμεύτηκε και πληρώθηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό .....), ποσού 2.254,10€, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017. Περαιτέρω, σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις, η υπό κρίση προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, αφού η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες την 16.1.2020 μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ και η προσφυγή ασκήθηκε, διά της αναρτήσεως της ομοίως στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, την 27.1.2020, ήτοι εντός της δεκαήμερης εκ νόμου προθεσμίας, δοθέντος ότι η καταληκτική ημερομηνία υποβολής (26.1.2020) συνέπιπτε με ημέρα εξαιρετέα (Κυριακή) και συνεπώς η προθεσμία παρεκτείνεται μέχρι την επόμενη εργάσιμη ημέρα. Τα αντίθετα ισχυριζόμενα από την αναθέτουσα αρχή περί εκπροθέσμου και συνεπώς απαράδεκτης άσκησης της προσφυγής είναι απορριπτέα ως αβάσιμα.

4. Επειδή, εξάλλου, η προσφεύγουσα που συμμετείχε στον υπόψη διαγωνισμό, η προσφορά της οποίας απερρίφθη κατά την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017, στρέφεται κατά της απόφασης που ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο την έτερη συνδιαγωνιζόμενη και ήδη παρεμβαίνουσα εταιρεία. Και τούτο διότι, κατά τα ιστορούμενα στην προσφυγή, αποφασίσθηκε μη νόμιμα και κατά παράβαση της διακήρυξης και της νομοθεσίας που διέπει αυτήν, η απόρριψη της απόλυτα νόμιμης προσφοράς της και μάλιστα με μη νόμιμη αιτιολογία, ερειδόμενη σε εσφαλμένη νομική βάση.

5. Επειδή, παρεμβαίνει η συμμετέχουσα και αναδειχθείσα προσωρινή ανάδοχος εταιρεία « .....» με την από 4.2.2020 Παρέμβαση της, η οποία ασκείται εν γένει παραδεκτώς και στη νόμιμη προθεσμία, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 7

## Αριθμός Απόφασης 327 / 2020

του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε εντός δέκα ημερών (4.2.2020) από την κοινοποίηση από την αναθέτουσα αρχή στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (28.1.2020) της προκείμενης προσφυγής. Η εν λόγω παρέμβαση δε ασκείται με άμεσο, ενεργό και ενεστώς έννομο συμφέρον, καθώς η παρεμβαίνουσα εταιρεία έχει αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος της υπόψη σύμβασης και επιδιώκει εντέλει να κατακυρωθεί η υπό ανάθεση σύμβαση σε αυτήν.

6. Επειδή, εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή με το με αριθμ. πρωτ. 1303/5.2.2020 έγγραφο της αποστέλλει τις απόψεις της, αναρτώντας το σχετικό έγγραφο στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, αιτούμενη την απόρριψη της προκείμενης προσφυγής.

7. Επειδή, συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται τα εξής: Η στήριξη της συμμετέχουσας και ήδη προσφεύγουσας εταιρείας στην ικανότητα του τρίτου οικονομικού φορέα « .....» κατ' άρθρον 78 του Ν. 4412/2016 και 2.2.8 της διακήρυξης είναι απολύτως νόμιμη, καθώς παρά το γεγονός ότι έχουν επιβληθεί στην ανωτέρω δανείζουσα εταιρεία την τελευταία διετία μέχρι σήμερα δύο πράξεις επιβολής προστίμου ΣΕΠΕ υψηλής σοβαρότητας και μία πράξη επιβολής προστίμου πολύ υψηλής σοβαρότητας, οι εν λόγω κυρώσεις δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Η επίμαχη διακήρυξη δε, υποστηρίζει η προσφεύγουσα, οδηγεί σε αμφισημία που δεν μπορεί να ερμηνευθεί σε βάρος διαγωνιζομένων ως προς τους λόγους αποκλεισμού στον υπό κρίση διαγωνισμό, δεδομένου ότι περιλαμβάνει αφενός τον όρο του άρθρου 2.2.3.2 περί λόγου αποκλεισμού από επιβληθείσες κυρώσεις ΣΕΠΕ την τελευταία διετία που να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ και αφετέρου τη διάταξη του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 που εντάσσεται στο θεσμικό πλαίσιο του διαγωνισμού και συνεπάγεται τον υποχρεωτικό αποκλεισμό συμμετέχοντος που του έχουν επιβληθεί οι προβλεπόμενες πράξεις επιβολής προστίμου ΣΕΠΕ την τελευταία διετία χωρίς να απαιτείται για τον αποκλεισμό οι εν λόγω κυρώσεις να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Ως εκ τούτου, κατά τη προσφεύγουσα, η

## Αριθμός Απόφασης 327 / 2020

δανείζουσα εμπειρία εταιρεία δεν εμπίπτει σε λόγο αποκλεισμού και για το λόγο αυτό η αναθέτουσα αρχή και η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού όφειλαν κατά δέσμια αρμοδιότητα να αποδεχθούν τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικής προσφοράς της εταιρείας « .....» Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί η τήρηση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως και της υποχρέωσης διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη. Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής, καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεών του. Επέκεινα οι ανωτέρω πράξεις επιβολής προστίμου του ΣΕΠΕ στην δανείζουσα στη συμμετέχουσα στον υπόψη διαγωνισμό εμπειρία εταιρεία « .....» δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ και για το λόγο αυτό η επιβολή τους και μόνο δεν μπορεί να αποτελέσει λόγο αποκλεισμού της δανείζουσας εμπειρία εταιρείας και κατ' επέκτασιν της συμμετέχουσας εταιρείας « .....». Επιπλέον, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι σε κάθε περίπτωση η αναθέτουσα αρχή διά της προσβαλλόμενης απόφασης μη νομίμως και αβασίμως αποφάσισε τον αποκλεισμό της ακόμη και κατά παράβαση του άρθρου 73 παρ. 7, 8, 9 του Ν. 4412/2016 περί υποχρέωσης κρίσης επί των επανορθωτικών μέτρων με τη σύμφωνη γνώμη της αρμοδίας Επιτροπής των ανωτέρω διατάξεων, καθώς και κατά παράβαση του άρθρου 78 παρ. 1 Ν. 4412/2016 περί υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού.

8. Επειδή, στην οικεία διακήρυξη ορίζονται συναφώς τα ακόλουθα: «2.2.3 Λόγοι αποκλεισμού. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) οικονομικός φορέας, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (εάν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό

## Αριθμός Απόφασης 327 / 2020

πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (εάν πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων) ένας ή περισσότεροι από τους ακόλουθους λόγους: 2.2.3.1. Όταν υπάρχει σε βάρος του αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση για έναν από τους ακόλουθους λόγους: α) ... β) .... γ) .... δ).... ε) ... στ) .... 2.2.3.2. Στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) ... β) ... ή/και γ) η Αναθέτουσα Αρχή γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. 2.2.3.3. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (α) εάν έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016, (β) ..., (γ) ..., (δ) ..., (ε) ..., (στ) ....., (ζ) εάν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 2.2.9.2 της παρούσας, (η) ....., (θ) εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του. Ειδικά για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαριότητας, ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται, ιδίως, οι δυνητικοί λόγοι που αναφέρονται στην περίπτωση γ της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010. Εάν στις ως

## Αριθμός Απόφασης 327 / 2020

άνω περιπτώσεις (α) έως (θ) η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, αυτή ανέρχεται σε τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος. [...] 2.2.3.4. Ο οικονομικός φορέας αποκλείεται σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης της παρούσας σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεων του, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις ως άνω περιπτώσεις. 2.2.3.5. Οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1, 2.2.3.2. γ) και 2.2.3.3 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού (αυτοκάθαρση). Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, με τελεσίδικη απόφαση, σε εθνικό επίπεδο, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της ανωτέρω δυνατότητας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση. 2.2.3.6. Η απόφαση για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. 2.2.3.7. Οικονομικός φορέας, στον οποίο έχει επιβληθεί, με την κοινή υπουργική απόφαση του άρθρου 74 του ν. 4412/2016, η ποινή του αποκλεισμού αποκλείεται αυτοδίκαια και από την παρούσα διαδικασία σύναψης της σύμβασης.» Περαιτέρω, ορίζονται στην ως άνω διακήρυξη τα εξής: «2.2.8 Στήριξη στην ικανότητα τρίτων. Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως

## Αριθμός Απόφασης 327 / 2020

της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. [...] 2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας παραγράφου και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016. Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8. της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (παράγραφοι 2.2.5 και 2.2.8). Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 2.2.3.1, 2.2.3.2 και 2.2.3.3. [...]»

9. Επειδή, από την επισκόπηση των στοιχείων της υπόθεσης προκύπτει ότι η προσφεύγουσα εταιρεία συμμετείχε υποβάλλοντας προσφορά [με συστημικό αριθμό .....] στον υπό εξέταση διαγωνισμό, στηριζόμενη στις ικανότητες τρίτης εταιρείας, της ....., προκειμένου ειδικότερα για την στήριξη στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Προς τούτο κατέθεσε με τη προσφορά της, μεταξύ των λοιπών δικαιολογητικών, τα απαιτούμενα ΕΕΕΣ τόσο για την ίδια όσο και για την τρίτη ως άνω δανείζουσα εμπειρία στη συμμετέχουσα, εταιρεία. Προσέτι, διαπιστώνεται ότι στο ΕΕΕΣ της προσφεύγουσας και στο σχετικό πεδίο αυτού με τίτλο Λόγοι Αποκλεισμού (Μέρος ΙΙΙ), στο κεφάλαιο Γ: Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα, στο πεδίο με τίτλο Αθέτηση των υποχρεώσεων στον τομέα του εργατικού δικαίου

## Αριθμός Απόφασης 327 / 2020

και στην ερώτηση «Ο οικονομικός φορέας έχει, εν γνώσει του, αθετήσει τις υποχρεώσεις του στους τομείς του εργατικού δικαίου;» η απάντηση είναι καταφατική και στο προκύπτον πεδίο σχετικά με τη περιγραφή των μέτρων που ελήφθησαν, η ως άνω συμμετέχουσα (και νυν προσφεύγουσα) εταιρεία δηλώνει τα εξής: «Κατά την έννοια του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 68 του Ν.3863/2010 στην εταιρεία μας έχουν επιβληθεί δύο (2) πρόστιμα για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, Υψηλής, Πολύ Υψηλής Σοβαρότητας και ειδικότερα η υπ' αριθμ πρωτ. .... ΣΕΠΕ ΠΔΕΕΣ Ανατολικής Αττικής ΤΕΕΣ Άνοιξης κατά της οποίας έχουμε καταθέσει την από 07.12.2018 και με αριθ. καταθ. Πρ ..... προσφυγή στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Αθηνών για την οποία δεν έχει ακόμη προσδιοριστεί δικάσιμος και η υπ' αριθμ πρωτ: ..... ΣΕΠΕ ΠΔΕΕΣ Αιγαίου ΤΕΕΣ Μυτιλήνης κατά της οποίας έχουμε καταθέσει την από ..... και με αριθ. καταθ. Πρ ..... προσφυγή στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Μυτιλήνης για την οποία δεν έχει ακόμη προσδιοριστεί δικάσιμος και συνεπώς δεν έχει καταστεί τελεσίδικη η επιβολή τους γεγονός που τα χρήζει μη υπολογίσιμα. Οι παραβάσεις για τις οποίες μας επιβλήθηκαν τα ως άνω πρόστιμα έγιναν εν αγνοία της εταιρείας μας. Εν προκειμένω, η εταιρεία μας έχει λάβει όλα τα προσήκοντα μέτρα που επιβεβαιώνουν την ακεραιότητα, την αξιοπιστία και τη φερεγγυότητά της ήτοι α) έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις προς όλους τους ενδιαφερόμενους με σαφή, τεκμηριωμένο και ολοκληρωμένο τρόπο, β) έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα όσον αφορά την παροχή των υπηρεσιών της, γ) έχει δημιουργήσει νέες διαδικασίες σε επίπεδο διαχείρισης προσωπικού, κατάλληλες για την ορθή λειτουργία της και για την αποφυγή περαιτέρω εκ παραδρομής παραπτώματων, δ) έχει βελτιώσει έτι περαιτέρω την εκπαίδευση, εντείνοντας τον εποπτικό έλεγχο του προσωπικού της και ε) έχει ενισχύσει την πυραμιδική οργάνωση ελέγχου των υπαλλήλων της, εφαρμόζοντας απαρεγκλίτως και ανελαστικά όλες τις Θεσμοθετημένες διαδικασίες των πιστοποιητικών ποιότητας (ISO) που κατέχει επί πολλά συναπτά έτη. Πιο συγκεκριμένα, η εταιρεία μας έχει ιδρύσει και λειτουργεί τρεις νέες Ανεξάρτητες Διευθύνσεις, με ειδικά εξειδικευμένο προσωπικό, οι οποίες δεν έχουν καμία σχέση ιεραρχικής

## Αριθμός Απόφασης 327 / 2020

εξάρτησης μεταξύ τους: 1. Την Διεύθυνση Τήρησης Νομίμων Διατάξεων και Προδιαγραφών με τρεις Υποδιευθύνσεις, (α) Υποδιεύθυνση Τήρησης Τεχνικών Προδιαγραφών Συμβάσεων Καθαρισμού και την (β) Υποδιεύθυνση Τήρησης Τεχνικών Προδιαγραφών Συμβάσεων Σίτισης & Υποστήριξης. 2. Την Διεύθυνση Συμμόρφωσης με τις απαιτήσεις των συστημάτων διαχείρισης σύμφωνα με πρότυπα ISO 9001 για την ποιότητα των προσφερόμενων υπηρεσιών, ISO 14001 για την Προστασία του Περιβάλλοντος και ISO 18001 για την Ασφάλεια και Υγεία των εργαζομένων. 3. Την Διεύθυνση Εσωτερικού Ελέγχου που υπάγεται κατευθείαν στο Διοικητικό Συμβούλιο και εποπτεύει με συνεχείς ελέγχους όλες τις διευθύνσεις της εταιρείας. Ως εκ τούτου, η εταιρεία μας, ακολουθεί κατά γράμμα τις επιταγές του άρθρου 73 του Ν. 4412 /2016, έλαβε όλα τα προσήκοντα διορθωτικά μέτρα για την τεκμηρίωση της αξιοπιστίας της. Συνεπώς, η υποβληθείσα προσφορά μας καλύπτει πλήρως και επαρκώς τα ζητούμενα εκ της διακηρύξεως και της νομοθεσίας που διέπει αυτήν, καθώς η εταιρεία μας αποδεικνύει την ύπαρξη ακεραιότητας, τεχνικής ικανότητας και φερεγγυότητας για την επιτυχή εκτέλεση των υπό ανάθεση υπηρεσιών. 4. Σε κάθε περίπτωση η εταιρεία μας έχει λάβει επαρκή μέτρα προκειμένου να αποδείξει την αξιοπιστία της και κατά την εκδίκαση των σχετικών ενδίκων μέσων της κατά των αποφάσεων που την θίγουν θα δικαιωθεί. Η εταιρεία μας έχει εκτελέσει πλήρως και προσηκόντως όλα τα έργα που έχει αναλάβει και είναι ασφαλιστικά και φορολογικά ενήμερη, γι' αυτό το λόγο αποτελεί αξιόπιστο οικονομικό φορέα και είναι αποδεδειγμένα σε θέση να εκτελέσει πλήρως και προσηκόντως τη σύμβαση». Αντιστοίχως στο κατατεθέν ΕΕΕΣ της τρίτης δανείζουσας εταιρείας, της ....., ομοίως στο ως άνω σχετικό πεδίο για την αθέτηση των υποχρεώσεων του οικονομικού φορέα στους τομείς του εργατικού δικαίου, η απάντηση είναι καταφατική και περαιτέρω δηλώνονται τα ληφθέντα μέτρα, μεταξύ των οποίων δηλώνεται συγκεκριμένα ότι: « .... Οι εν λόγω επιβληθείσες ΠΕΠ αφορούν τυπικές παραλείψεις της εταιρείας μας περί παράλειψης προγενέστερης ηλεκτρονικής καταχώρησης της τροποποίησης ωραρίου στο Πληροφοριακό Σύστημα ΕΡΓΑΝΗ του ΣΕΠΕ ή μη επίδειξη προγράμματος εργασίας. Ειδικότερα, οι κάτωθι μνημονευόμενες ΠΕΠ-

## Αριθμός Απόφασης 327 / 2020

παραβάσεις επουδενί συνεπάγονται καταστρατήγηση των εργασιακών δικαιωμάτων των εργαζομένων μας λόγω λ.χ. μη καταβολής δεδουλευμένων αποδοχών ή λόγω ύπαρξης αδήλωτης εργασίας, δηλαδή δεν ανήκουν στον "σκληρό πυρήνα" των εργασιακών παραβάσεων. Συγκεκριμένα, από το σύνολο των 41 διενεργηθέντων ελέγχων πανελλαδικά στην εταιρεία μας από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του ΣΕΠΕ έχουν επιβληθεί οι κάτωθι ΠΕΠ: 1. ΠΕΠ με αριθμ. πρωτ. .... από το Τμήμα Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων Σάμου (αφορά μη εφοδιασμό αποδείξεων πληρωμής σε εργαζομένους). 2. ΠΕΠ με αριθμ. πρωτ. .... από το Τμήμα Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων Περιστερίου (αφορά μη προσκόμιση ζητηθέντων στοιχείων). 3. ΠΕΠ με αριθμ. πρωτ. .... από το Τμήμα Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων Περιστερίου (αφορά τροποποίηση ωραρίου που επισυνέβη λόγω αλλαγής ωροπρογράμματος των εργαζομένων μεταξύ τους, χωρίς να ενημερώσουν την εταιρεία). Κατά των ανωτέρω επιβληθεισών ΠΕΠ η εταιρεία μας έχει ασκήσει νόμιμα και εμπρόθεσμα διοικητικές προσφυγές ουσίας ενώπιον των αρμόδιων Μονομελών Διοικητικών Πρωτοδικείων, οι οποίες δεν έχουν λάβει μέχρι και σήμερα δικάσιμο. Εξ αυτού συνάγεται ότι σε κάθε περίπτωση, οι ανωτέρω ΠΕΠ δεν έχουν ακόμη ούτε κριθεί επί της ουσίας δικαστικά, ούτε και έχουν συνεπώς τελεσιδικήσει, προκειμένου να δημιουργείται δεδικασμένο περί της επιβολής τους.[...]

10. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης και από τα δηλωθέντα ως άνω στα κατατεθέντα από την προσφεύγουσα ΕΕΕΣ καθώς και την αιτιολογία που εμπεριέχεται στην προσβαλλόμενη απόφαση, συνάγεται εν προκειμένω ότι η αναθέτουσα αρχή προέβη στην απόρριψη της προσφοράς της συμμετέχουσας και ήδη προσφεύγουσας εταιρείας, μετά από αίτημα που είχε προηγηθεί από την αναθέτουσα αρχή παροχής διευκρινήσεων διά του με αριθμ. πρωτ. .... εγγράφου της, ειδικά για τις ως άνω δηλωθείσες παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, σε εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 ως ισχύουν, των όρων του άρθρου 2.2.3 της οικείας διακήρυξης αλλά και λαμβάνοντας υπόψη το σύνολο των εγγράφων που

## Αριθμός Απόφασης 327 / 2020

προσκομίστηκαν, ως διευκρινήσεις, στο σχετικό ως άνω έγγραφο αίτημα της. Άλλοις λόγοις, η αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης, ως αποτυπώνεται ανωτέρω, ερείδεται (και) στους κανονιστικού περιεχομένου όρους της διακήρυξης, εν προκειμένω αυτούς του κεφαλαίου 2.2.3 σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, που ειδικότερα ορίζουν ότι: «γ) η Αναθέτουσα Αρχή γνωρίζει ή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι έχουν επιβληθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή ββ) δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Οι υπό αα' και ββ' κυρώσεις πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ.» (βλ. σκ. 8). Το τελευταίο εδάφιο εντούτοις των ως άνω όρων που προϋποθέτει την τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ των αναφερθεισών υπό στοιχεία αα) και ββ) ως άνω κυρώσεων – εσφαλμένως- διέλαθε της προσοχής της αναθέτουσας αρχής. Βασίμως κατά συνέπεια ισχυρίζεται μετ' επιτάσεως η προσφεύγουσα ότι σύμφωνα με το κανονιστικό πλαίσιο της υπόψη διακήρυξης, προκειμένου ειδικά για την εφαρμογή των ως άνω όρων της (2.2.3) και κατά το σκέλος τούτο στο οποίο βασίζεται η αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης, αυτή είναι ακυρωτέα. Και τούτο διότι οι ως άνω όροι της οικείας διακήρυξης αποτυπώνουν επακριβώς τα οριζόμενα στις διατάξεις της παρ. 2 περ. γ του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 και συνακολούθως σύμφωνα με το νόμο (καθώς και τα οριζόμενα στη διακήρυξη) οι κυρώσεις που επιβάλλονται διά πράξεων επιβολής προστίμων του ΣΕΠΕ για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως

## Αριθμός Απόφασης 327 / 2020

εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας θα πρέπει να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, προϋποθέσεις άλλωστε που πρέπει να ικανοποιούνται σωρευτικά, προκειμένου για τον νόμιμο αποκλεισμό του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, οι οποίες ωστόσο εν προκειμένω δεν συντρέχουν ούτε πληρούνται. Αντιθέτως, ως προκύπτει από τα στοιχεία της υπόθεσης, ήδη κατά το στάδιο της προκαταρκτικής απόδειξης και δη διά της υποβολής των απαιτούμενων ΕΕΕΣ η προσφεύγουσα δήλωσε στο σχετικό πεδίο αυτών, ως προελέχθη, τις επιβληθείσες πράξεις επιβολής προστίμων (ΠΕΠ) και επιπλέον την άσκηση από μέρους της κατά των ΠΕΠ των ένδικων μέσων/διοικητικών προσφυγών ενώπιον των Διοικητικών Δικαστηρίων, των οποίων οι αποφάσεις εκκρεμούν μέχρι σήμερα, όπερ σημαίνει ότι οι εν λόγω κυρώσεις δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη ισχύ, ως απαιτείται τόσο από το νομικό όσο και το κανονιστικό πλαίσιο. Ενόψει των ανωτέρω, εσφαλμένως η αναθέτουσα αρχή στην προσβαλλόμενη απόφαση της προβαίνει περαιτέρω σε κρίσεις που εμπίπτουν στην δικανική κρίση και μόνο, διατυπώνοντας ειδικότερα και όσον αφορά τις πράξεις επιβολής προστίμου κατά της τρίτης δανείζουσας εταιρείας, της ..... (διότι σε αυτή πληρούνται οι προϋποθέσεις για τρεις πράξεις επιβολής προστίμου κατά τη διετία πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφοράς για τον διαγωνισμό) ότι οι ασκηθείσες εν προκειμένω προσφυγές τυγχάνουν απαράδεκτες επειδή δεν έχει προσκομισθεί έκθεση επίδοσης στα αρμόδια Τμήματα Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων (ΤΕΕΣ).

11. Επειδή, εξάλλου, διά της συμπληρωματικής αιτιολογίας της όπως τούτη αποτυπώνεται στο έγγραφο των απόψεων της (βλ. σκ. 6), η αναθέτουσα αρχή, ανεξάρτητα από το ζήτημα της τελεσιδικίας, επικαλείται τη διεξοδική από πλευράς της εξέταση εκάστης των παραβάσεων και των στοιχείων που υποβλήθηκαν από τη προσφεύγουσα, για τα οποία έγγραφα και στοιχεία εντούτοις κατά πρώτον εσφαλμένως αναφέρει σχετικώς ότι η προσφεύγουσα όφειλε να είχε συνυποβάλλει με τη προσφορά της. Και τούτο διότι, όπως προκύπτει από την επισκόπηση των στοιχείων της υπό εξέταση υπόθεσης, η συμμετέχουσα και νυν προσφεύγουσα εταιρεία συμμορφώνεται πλήρως εν

## **Αριθμός Απόφασης 327 / 2020**

προκειμένω με το οικείο κανονιστικό πλαίσιο, υποβάλλοντας προσηκόντως τα ΕΕΕΣ, δηλώνοντας, ως όφειλε, τα επαγγελματικά παραπτώματα αλλά και τα σχετικά ληφθέντα μέτρα (βλ. σκ. 9). Κατά δεύτερον, εσφαλμένως και αβασίμως επικαλείται η αναθέτουσα αρχή αρμοδιότητα της για την αξιολόγηση των ως άνω στοιχείων και πρωτίστως αβασίμως επικαλείται αρμοδιότητα της για την κρίση και εντέλει απόφαση ότι είναι ανεπαρκή «για την απόδειξη συμμόρφωσης, νομιμοφροσύνης και μέτρων που έχει λάβει η προσφεύγουσα για την άρση των δυσμενών συνεπειών των επιβληθείσων σε βάρος της κυρώσεων», διότι ερείδεται σε απολύτως εσφαλμένη νομική βάση. Και τούτο διότι βάσει των σχετικών όρων της διακήρυξης (βλ. σκ. 8), που στο πλαίσιο της αρχής της τυπικότητας υποχρεούται –κατά δέσμια αρμοδιότητα- να εφαρμόζει τόσο η αναθέτουσα αρχή όσο και οι οικονομικοί φορείς προκειμένου για την προσήκουσα συμμετοχή τους, στην περίπτωση ειδικότερα της εφαρμογής των λόγων αποκλεισμού που ορίζονται στο άρθρο 2.3.2.γ) ως άνω (βλ. αμέσως προηγούμενη σκέψη) ο οικονομικός φορέας «μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού (αυτοκάθαρση). Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. 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». Εντούτοις και σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.3.6. της υπόψη διακήρυξης «Η απόφαση για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016», συνεπεία λοιπόν τούτων και σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της παρ. 9 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016 και με τη διαδικασία που ο νόμος περιγράφει. Περαιτέρω και

## **Αριθμός Απόφασης 327 / 2020**

συναφώς, αβασίμως διατυπώνει η αναθέτουσα αρχή στη συμπληρωματική της αιτιολογία ότι κανένα παράπονο δεν προβάλλεται από τη προσφεύγουσα για την κατ'ουσίαν εξέταση από πλευράς της των προσκομισθέντων στοιχείων, αφού αντιθέτως, εναργώς προβάλλεται διά της υπό κρίση προσφυγής η παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει τη σύμφωνη γνώμη της αρμοδίας Επιτροπής, αποφασίζοντας τον αποκλεισμό της κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 73 παρ. 7, 8, 9 του Ν. 4412/2016. Δεδομένων τούτων, οι σχετικοί λόγοι προσφυγής πρέπει να γίνουν δεκτοί τόσο όσον αφορά την προϋπόθεση τελεσιδίκου και αμετακλήτου των κυρώσεων που προβλέπονται στο άρθρο 2.2.3 γ) της διακήρυξης όσο και της συνακόλουθης και αλληλένδετης εφαρμογής των άρθρων 2.2.3.5 και 2.2.3.6 περί δυνατότητας λήψης μέτρων αυτοκάθαρσης από τον οικονομικό φορέα και σχετικής κρίσης περί επάρκειας αυτών από την αρμόδια Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016. Κατ'ακολουθίαν των ανωτέρω, βάσιμοι κρίνονται οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί εσφαλμένης αιτιολογίας της προσβαλλομένης απόφασης για την απόρριψη της προσφοράς της. Και τούτο διότι η αναθέτουσα αρχή εν προκειμένω δεχόμενη διά της προσβαλλομένης απόφασης εφαρμογή των όρων 2.2.3 της διακήρυξης και των διατάξεων του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 που οι ως άνω όροι αποτυπώνουν, όφειλε να αναπέμψει τα κρίσιμα στοιχεία και έγγραφα για τα επαγγελματικά παραπτώματα της προσφεύγουσας στην αρμόδια Επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016 προκειμένου για τη σύμφωνη γνώμη της. Στη περίπτωση δε που συνέτρεχε (και) η προϋπόθεση της τελεσιδικίας των επίμαχων αποφάσεων και σχετικών κυρώσεων, θα ήταν βάσιμος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι έχουν εφαρμογή οι διατάξεις του νόμου και οι όροι της διακήρυξης σχετικά με την υποχρέωση αντικατάστασης του φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των όρων 2.2.3 της διακήρυξης.

12. Επειδή, τόσο η αναθέτουσα αρχή όσο και η παρεμβαίνουσα εταιρεία προβάλλουν μετ' επιτάσεως αλλά αβασίμως τον ισχυρισμό ότι εφαρμόζονται εν προκειμένω οι διατάξεις της παραγράφου 2 περ. γ του άρθρου

## Αριθμός Απόφασης 327 / 2020

68 του Ν. 3863/2010, ως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν, που ορίζουν ότι: «γ) Η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β` 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους ή δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους», από τη γραμματική ερμηνεία των οποίων (διατάξεων) δεν προκύπτει ως προϋπόθεση το τελεσίδικο και αμετάκλητο των επιβληθεισών πράξεων, αλλά αντιθέτως συνάγεται η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να αποκλείσει τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει ο απαιτούμενος αριθμός των πράξεων επιβολής προστίμου από το ΣΕΠΕ κατά τα ειδικότερα οριζόμενα για το περιεχόμενο αυτών (είδος παράβασης) και τη χρονική στιγμή που οι παραβάσεις αυτές συνέτρεξαν. Προβάλλονται δε οι ως άνω ισχυρισμοί αβασίμως διότι, από τα αναλυτικώς στη παρούσα προεκτεθέντα (βλ. σκ. 9-11), καταρχήν πρέπει να γίνει δεκτό ότι ουδόλως προκύπτει με σαφήνεια από το κανονιστικό πλαίσιο της υπόψη διακήρυξης η υποχρεωτική και αποκλειστική εφαρμογή του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 και μάλιστα κατά τα ειδικότερα οριζόμενα αυτού περί των λόγων αποκλεισμού (παρ. 2 περ. γ αυτού ως έχει τροποποιηθεί και ισχύει]. Αντιθέτως, ως προκύπτει από την γραμματική ερμηνεία των κανονιστικού περιεχομένου όρων της διακήρυξης, «*lex specialis*», αντιθέτως με τα όσα διατείνεται η παρεμβαίνουσα, αποτελούν οι αναφερόμενοι λόγοι αποκλεισμού υπό το κεφάλαιο 2.2.3. της διακήρυξης και ουχί οι διατάξεις της παρ. 2 περ. γ του ως άνω άρθρου. Αβασίμως κατά συνέπεια υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα την υποχρεωτική και κυρίως αποκλειστική εφαρμογή των ως

## Αριθμός Απόφασης 327 / 2020

άνω διατάξεων, αφ'ης στιγμής κατά πρώτον δεν προκύπτει εναργώς και ρητώς από την ίδια τη διακήρυξη και κατά δεύτερον, η τελευταία εμπεριέχει όρους που εξειδικεύουν το ως άνω ζήτημα –των λόγων αποκλεισμού- και αυτονοήτως τυγχάνουν εφαρμογής, δεδομένου ότι το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης υπερισχύει κάθε άλλης διάταξης, εφόσον σχετικός όρος δεν έχει προσβληθεί εγκαίρως και παραδεκτώς αλλά και η αιτιολογία της προσβαλλομένης απόφασης εν προκειμένω ερείδεται στην εφαρμογή των ανωτέρω όρων της διακήρυξης. Επέκεινα, βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται με σαφήνεια στην οικεία προκήρυξη, πολλώ δε μάλλον όταν για την διαπιστωθείσα από την αναθέτουσα αρχή παραβίαση, δεν ευθύνεται ο συμμετέχων οικονομικός φορέας, ως εν προκειμένω, που τήρησε τις υποχρεώσεις του, δηλώνοντας ειδικότερα τα απαιτούμενα στο ΕΕΕΣ και υποβάλλοντας τα ζητηθέντα στοιχεία, ακόμη δε και στη περίπτωση που ήθελε υποτεθεί ότι πράττοντας τα ως άνω, ερείδεται σε παρερμηνεία των υποχρεώσεών του, για την οποία ωστόσο δεν ευθύνεται ο ίδιος. (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Και τούτο διότι, ως γίνεται δεκτό, η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διανωνιζόμενου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (βλ. ΕφΑΘ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776).

13. Επειδή, μετά ταύτα και από τη συνδυαστική εφαρμογή των πραγματικών και νομικών δεδομένων της υπόθεσης, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας και αντιστοίχως η παρέμβαση να απορριφθεί. Κατ'ακολουθίαν, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

## Αριθμός Απόφασης 327 / 2020

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή και απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την απόφαση της 145<sup>ης</sup> Τακτικής Συνεδρίασης του Δ.Σ. της 15.1.2020 (Θέμα 6<sup>ο</sup>) του ..... « .....», όπως τούτη εκδόθηκε στο πλαίσιο του διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την με αριθμ. .... Διακήρυξη του ..... για την ανάθεση Υπηρεσιών Καθαριότητας των εσωτερικών και εξωτερικών χώρων του ....., διάρκειας δώδεκα (12) μηνών, με CPV: ....., συνολικής εκτιμώμενης αξίας 450.819,68€ άνευ ΦΠΑ, κατά το σκέλος που απερρίφθη η προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία « .....».

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στη προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 5 Μαρτίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 23 Μαρτίου 2020.

**Ο Πρόεδρος**

**Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης**

**Η Γραμματέας**

**Φωτεινή Μαραντίδου**