

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 16.07.2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη, Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει, την από 24.06.2019 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 768/25.06.2019 του οικονομικού φορέα «.....», που εδρεύει στη, αρ., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά του, που εδρεύει στη, αρ., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....» και δ.τ. «.....», που εδρεύει στον, οδός, αρ., όπως νομίμως εκπροσωπείται, η οποία κατέθεσε την από 05.07.2019 Παρέμβασή της.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση του υπ' αριθμ. 35/12-6-2019 Πρακτικού της έκτακτης συνεδρίασης του Πρυτανικού Συμβουλίου του (εφεξής «η προσβαλλόμενη») με το οποίο, ύστερα από έγκριση των υπ' αριθμ. Α/29.3.2019, Β/18.4.2019, Γ/7.5.2019, Δ/29.5.2019 και Ε/11.6.2019 πρακτικών της Επιτροπής αξιολόγησης, αποφασίστηκε η απόρριψη της συμμετοχής της από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία, καθώς και όπως αξιολογηθούν τα αναφερόμενα μέτρα αυτοκάθαρσης της και γίνει αποδεκτή η συμμετοχή και προσφορά της, αναφορικά με την υπ' αριθ. προκήρυξη για την ανάδειξη αναδόχου υπηρεσιών φύλαξης των χώρων του Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτούνταν όπως ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της Προδικαστικής Προσφυγής, επί του οποίου αιτήματός εκδόθηκε η υπ' αριθ. Α300/2019 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., με την οποία αυτό απερρίφθη.

Η εξέταση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Κωνσταντίνο Κορομπέλη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός απόφασης: 851 / 2019

1. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α΄ 64), ποσού 786,30€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. Προκήρυξη του προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, ηλεκτρονικού, δημόσιου, άνω των ορίων, διαγωνισμού, για την ανάδειξη αναδόχου υπηρεσιών φύλαξης των χώρων του, προϋπολογισμού 157.258,06€ πλέον Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει μόνο τιμής, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 19.02.2019 με ΑΔΑΜ καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσία), της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) και του χρόνου αποστολής (13.02.2019) της Προκήρυξης στην Ε.Ε.Ε.Ε. (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ενώ έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017).

4. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και με προφανές έννομο συμφέρον, άμεσο, προσωπικό και ενεστώς, σύμφωνα με τα άρθρα 360 και 367 του Ν. 4412/2016 και τα άρθρα 3 και 18 του Π.Δ. 39/2017, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά του υπ' αριθμ. 35/12-6-2019 Πρακτικού της έκτακτης συνεδρίασης του Πρυτανικού Συμβουλίου του, αφού συμμετείχε στον υπό κρίση διαγωνισμό και εύλογα προσδοκούσε να της ανατεθεί η υπό ανάθεση σύμβαση και με την προσβαλλόμενη απόφαση, κατ' έγκριση των υπ' αριθμ. Α/29.3.2019, Β/18.4.2019, Γ/7.5.2019, Δ/29.5.2019 και Ε/11.6.2019 Πρακτικών της Επιτροπής αξιολόγησης, αποφασίστηκε η απόρριψη της συμμετοχής της από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία, παρανόμως ως ισχυρίζεται, δοθέντος ότι η προσφορά της είναι σύνομη και πληροί τους όρους της διακήρυξης και εκ του λόγου αυτού υφίσταται ζημία. Περαιτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 (γ) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (γ) του Π.Δ. 39/2017, έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο

Αριθμός απόφασης: 851 / 2019

Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 14.06.2019 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 24.06.2019.

5. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και με προφανές έννομο συμφέρον παρεμβαίνει, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017, η εταιρεία «.....», της οποίας η προσφορά έγινε αποδεκτή και ανακηρύχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος και ως εκ τούτου με πρόδηλο έννομο συμφέρον επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, ενώ η Παρέμβαση της αυτή ασκείται εμπροθέσμως, αφού η υπό κρίση Προσφυγή κοινοποιήθηκε στην παρεμβαίνουσα σύμπραξη στις 26.06.2019 και η Παρέμβαση ασκήθηκε στις 05.07.2019. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προσφυγή και η ασκηθείσα επ' αυτής Παρέμβαση, είναι τυπικά παραδεκτές και θα πρέπει να εξεταστούν στην ουσία τους.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε το υπ' αριθ. 6173/02.07.2019 έγγραφο απόψεών της επί των λόγων της Προσφυγής, αιτούμενη όπως απορριφθεί η εν λόγω Προσφυγή και διατηρηθεί η προσβαλλόμενη.

7. Επειδή, στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, στην οποία συμμετείχε η προσφεύγουσα, η προσφορά της απορρίφθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση με την αιτιολογία ότι «εις βάρος της εταιρείας «.....» έχουν επιβληθεί συνολικά έξι (6) πράξεις επιβολής προστίμου πολύ υψηλής σοβαρότητας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας. Δεδομένου ότι τουλάχιστον τρεις εκ των ανωτέρω πράξεων έλαβαν χώρα εντός των δύο (2) ετών που προηγούνται της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών στον παρόντα διαγωνισμό (καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών 21.03.2019), συντρέχουν τα αναφερόμενα στο άρθρο 39 παρ. β' του ν. 4488/2017 με το οποίο αντικαταστάθηκε η περίπτωση γ της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 περί αποκλεισμού των προαναφερομένων υποψηφίων από τη συνέχεια του διαγωνισμού. Το εν λόγω άρθρο 39 παρ. β του ν. 4488/2017 ρητώς προβλέπει 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

Αριθμός απόφασης: 851 / 2019

επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης: αα) οι οποίες έχουν κηρυχθεί έκπτωτες κατ' εφαρμογή της παραγράφου 7 του παρόντος μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς ή ββ) στις οποίες έχει επιβληθεί η κύρωση της προσωρινής διακοπής της λειτουργίας συγκεκριμένης παραγωγικής διαδικασίας ή τμήματος ή τμημάτων ή του συνόλου της επιχείρησης ή εκμετάλλευσης κατ' εφαρμογή της παρ. 1B του άρθρου 24 του ν. 3996/2011 (Α' 170) μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς.». Βάσει της ανωτέρω διάταξης οι προσφορές των εταιρειών «.....» και «.....» θα πρέπει να απορριφθούν, διότι οι πράξεις επιβολής προστίμου έχουν επιβληθεί, όχι μόνο, όπως ήδη προαναφέρθηκε, εντός της διετίας που προηγείται της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών αλλά και επειδή προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους. Η εξέταση από την πλευρά της επιτροπής του διαγωνισμού του εάν οι ανωτέρω εταιρείες προσέφυγαν εναντίον των πράξεων επιβολής προστίμου ή εάν οι πράξεις αυτές απέκτησαν τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ παρέλκει, διότι η ανωτέρω διάταξη του άρθρου 39 παρ. β του ν. 4488/2017 δεν συμπεριλαμβάνει σχετική πρόβλεψη. Πρόβλεψη περί τελεσίδικης και δεσμευτικής ισχύς που θα πρέπει να έχουν αποκτήσει οι πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας περιλαμβάνεται μόνο στην παρ. α' του άρθρου 39 του ν. 4488/2017 η οποία όμως δεν τυγχάνει εφαρμογής σε διαδικασίες σύναψης συμβάσεων για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης, διότι οι εν λόγω υπηρεσίες διέπονται από την ειδικότερη διάταξη, όπως προαναφέρθηκε, της παρ. β του άρθρου 39 του ν. 4488/2017».

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της Προσφυγής της υποστηρίζει ότι υφίσταται παράβαση ουσιαστικού τύπου της διαδικασίας, εφόσον δεν έγινε αξιολόγηση από την αναθέτουσα αρχή των αναφερόμενων στο υποβληθέν από αυτήν Ε.Ε.Ε.Σ. μέτρων αυτοκάθαρσης και δεν ζητήθηκε η σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, υποστηρίζει ότι υφίσταται παραβίαση του όρου 2.2.3. της διακήρυξης σύμφωνα με τον οποίο η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μην αποκλείει έναν οικονομικό φορέα, ο οποίος

Αριθμός απόφασης: 851 / 2019

βρίσκεται σε μια εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην περίπτωση β' της παρ. 4, υπό την προϋπόθεση ότι αποδεδειγμένα ο εν λόγω φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψη τις ισχύουσες διατάξεις και τα μέτρα για τη συνέχιση της επιχειρηματικής του λειτουργίας, ενώ προσφέρων οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1, 2.2.3.2. γ) και 2.2.3.4 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 (αυτοκάθαρση) και η απόφαση για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016». Στην προκείμενη περίπτωση η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δήλωσε στο υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. της (σελ. 10 και 13) ότι απάντησε «ΝΑΙ» στα ερωτήματα «Ο οικονομικός φορέας έχει, εν γνώσει του, παραβιάσει τις υποχρεώσεις του στον τομέα του εργατικού δικαίου [...]» και «Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα; [...]», αναφέροντας τις επιβληθείσες πράξεις επιβολής προστίμων και απαντώντας ομοίως, «ΝΑΙ», στο ερώτημα «Έχετε λάβει μέτρα για να αποδείξετε την αξιοπιστία σας («αυτοκάθαρση»)», αναφέροντας τα μέτρα αυτοκάθαρσης που αυτή έχει λάβει. Συνεπώς και ως η προσφεύγουσα αναφέρει, η αναθέτουσα αρχή κατά δέσμια αρμοδιότητα όφειλε να αποφανθεί για την επάρκεια των δηλούμενων μέτρων αυτοκάθαρσης μετά από τη σύμφωνη γνωμοδότηση της επιτροπής της παρ. 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 και ουχί να απορρίψει την προσφορά της άνευ ετέρου και κατά τούτο η προσβαλλόμενη πρέπει να ακυρωθεί.

9. Επειδή, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 18 «*αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων*» παρ. 2 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι «*Κατά την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α'. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους ... 5. Η αθέτηση της υποχρέωσης της παραγράφου 2 συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα του οικονομικού φορέα κατά την έννοια της περίπτωσης θ' της παραγράφου 4 του*

Αριθμός απόφασης: 851 / 2019

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)». Περαιτέρω, σύμφωνα με την προαναφερόμενη διάταξη του άρθρου 73 «Λόγοι αποκλεισμού» παρ. 2 γ' του Ν. 4412/2016 στην οποία παραπέμπει το άρθρο 18 του Ν. 4412/2016, ως έχει τροποποιηθεί με το άρθρο 39 παρ. 1 του Ν. 4488/2017, ορίζεται 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 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».

10. Επειδή, επέκεινα στο άρθρο 68 «Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών» του Ν. 3863/2010, όπως έχει τροποποιηθεί με την παρ. β' του άρθρου 39 του Ν. 4488/2017 και ισχύει και στην οποία διάταξη παραπέμπει το προαναφερθέν άρθρο 18 του Ν.4412/2016, ορίζεται ότι « 1. ... 2.α) Οι πράξεις επιβολής προστίμου που επιβάλλονται σε βάρος εταιρειών παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης καταχωρούνται στο αντίστοιχο «Μητρώο Παραβατών Εταιρειών Παροχής Υπηρεσιών Καθαρισμού ή/και Φύλαξης» που τηρείται στη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας. β) Η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, αμέσως μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, να υποβάλει γραπτό αίτημα προς τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για τη χορήγηση πιστοποιητικού, από το οποίο να προκύπτουν όλες οι πράξεις επιβολής προστίμου

Αριθμός απόφασης: 851 / 2019

που έχουν εκδοθεί σε βάρος εκάστου των υποψήφιων εργολάβων. Το πιστοποιητικό αποστέλλεται στην αναθέτουσα αρχή μέσα σε δεκαπέντε (15) ημέρες από την υποβολή του αιτήματος. Σε περίπτωση άπρακτης παρέλευσης της προθεσμίας, η αναθέτουσα αρχή δικαιούται να προχωρήσει στη σύναψη της σύμβασης. γ) Η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β` 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά, από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους ή δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης: αα) οι οποίες έχουν κηρυχθεί έκπτωτες κατ` εφαρμογή της παραγράφου 7 του παρόντος μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς ή ββ) στις οποίες έχει επιβληθεί η κύρωση της προσωρινής διακοπής της λειτουργίας συγκεκριμένης παραγωγικής διαδικασίας ή τμήματος ή τμημάτων ή του συνόλου της επιχείρησης ή εκμετάλλευσης κατ` εφαρμογή της παρ. 1B του άρθρου 24 του ν. 3996/2011 (Α` 170) μέσα σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς.». δ) Για το χρονικό διάστημα που δεν καλύπτεται από το «Μητρώο Παραβατών Εταιρειών Παροχής Υπηρεσιών Καθαρισμού ή/και Φύλαξης» οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης προσκομίζουν υποχρεωτικά ένορκη βεβαίωση του νομίμου εκπροσώπου αυτών ενώπιον συμβολαιογράφου, περί μη επιβολής σε βάρος τους πράξης επιβολής προστίμου για παραβιάσεις της εργατικής νομοθεσίας «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας. 3. ... 4. ... 5. ... 6. ... 7. Όταν οι ελεγκτικοί μηχανισμοί του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας (ΣΕΠΕ) και του ΙΚΑ-ΕΤΑΜ διαπιστώνουν παραβάσεις που αφορούν την αδήλωτη εργασία, την παράνομη απασχόληση αλλοδαπών ή παραβάσεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, ενημερώνουν εγγράφως την αναθέτουσα αρχή. Επίσης, ενημερώνουν εγγράφως την αναθέτουσα αρχή για τις πράξεις επιβολής προστίμου που αφορούν τις ανωτέρω διαπιστωθείσες παραβάσεις. Η

Αριθμός απόφασης: 851 / 2019

πράξη επιβολής προστίμου στον εργολάβο για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται από τις κείμενες διατάξεις ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας για δεύτερη φορά κατά τη διάρκεια λειτουργίας της σύμβασης οδηγεί υποχρεωτικά στην καταγγελία της σύμβασης από την αναθέτουσα αρχή και στην κήρυξη του εργολάβου έκπτωτου ...».

11. Επειδή, περαιτέρω και προς πλήρη συμμόρφωση με την ανωτέρω νομοθεσία, οι προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 18 και 73 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 68 παρ. 2 του Ν. 6863/2010 υιοθετούνται στην υπό κρίση διακήρυξη διά των όρων 2.2.3. «Λόγοι αποκλεισμού» και 3.1.2 «Αξιολόγηση προσφορών», ο οποίος ενσωματώνοντας τις πρόνοιες του άρθρου 68 παρ. 2 του Ν. 6863/2010 ορίζει ότι «(ε)πισημαίνεται, ότι αμέσως μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή, κατ' επιταγή των διατάξεων του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 όπως αυτό τροποποιήθηκε και ισχύει, θα υποβάλει γραπτό αίτημα προς τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για τη χορήγηση πιστοποιητικού, από το οποίο να προκύπτουν όλες οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος εκάστου των υποψηφίων αναδόχων. Το πιστοποιητικό αποστέλλεται στην αναθέτουσα αρχή μέσα σε δεκαπέντε (15) ημέρες από την υποβολή του αιτήματος. Σε περίπτωση άπρακτης παρέλευσης της προθεσμίας, η αναθέτουσα αρχή δικαιούται να προχωρήσει στη σύναψη της σύμβασης. Η αναθέτουσα αρχή θα αποκλείσει από τη σύναψη της σύμβασης τους υποψηφίους εις βάρος των οποίων έχουν επιβληθεί, 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».

12. Επειδή, εν προκειμένω, όπως έγινε δεκτό με την προσβαλλόμενη, αλλά και δηλώθηκαν στο Ε.Ε.Ε.Σ της προσφεύγουσας εταιρείας, έχουν επιβληθεί σε αυτήν συνολικά έξι (6) πράξεις επιβολής προστίμου πολύ υψηλής σοβαρότητας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, οι οποίες έχουν επιβληθεί εντός της διετίας που προηγείται της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών,

Αριθμός απόφασης: 851 / 2019

περαιτέρω δε προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους και ως εκ τούτου νομίμως, σύμφωνα με το άρθρο 68 παρ. 2 περ. γ' του Ν. 3863/2010 (βλ. σκέψη 10) και τον όρο 3.1.2. της διακήρυξης (βλ. σκέψη 11 της παρούσας), η αναθέτουσα αρχή απέκλεισε για το λόγο αυτόν την προσφορά της προσφεύγουσας. Συνεπώς, η προσφεύγουσα, εσφαλμένα, υποστηρίζει ότι ο αποκλεισμός της έλαβε χώρα με βάση τα οριζόμενα στην παρ. 2.2.3 της διακήρυξης του διαγωνισμού, και ειδικότερα σύμφωνα με την περ. θ' της εν λόγω παραγράφου, η οποία αναφέρεται στη διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα, αφού, όπως προκύπτει από την προσβαλλόμενη απόφαση και το πρακτικό αξιολόγησης που με αυτήν έγινε δεκτό, ο αποκλεισμός της προσφοράς της προσφεύγουσας έλαβε χώρα συνεπεία των οριζόμενων στην περίπτωση γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, όπως αυτή αντικαταστάθηκε με το άρθρο 39 παρ. β' του Ν. 4488/2017, διάταξη η οποία ενσωματώθηκε στη διακήρυξη και με τον όρο 3.1.2 αυτής, ήτοι περίπτωσης αποκλεισμού ξεχωριστής και αυθύπαρκτης των οριζόμενων λόγων αποκλεισμού της παρ. 2.2.3. της διακήρυξης, που επιβάλλει τον άνευ ετέρου αποκλεισμό του υποψηφίου, εφόσον έχουν εκδοθεί εις βάρος του, εντός διετίας πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, που έχουν προκύψει αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους, ή δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες έχουν προκύψει αθροιστικά από δύο (2) ελέγχους. Τούτων γενομένων δεκτών, αλυσίτελως και σε κάθε περίπτωση αβάσιμα προβάλλει η προσφεύγουσα εταιρεία τον ισχυρισμό ότι δεν έγινε αξιολόγηση των μέτρων αυτοκάθαρσης που φέρεται να έχει λάβει, κατά τα δηλωθέντα στο υποβληθέν από αυτήν Ε.Ε.Ε.Σ., σύμφωνα με τις παρ. 2.2.3.5 και 2.2.3.6. της διακήρυξης, αφού αυτές αυτές αναφέρονται στις καταστάσεις των παραγράφων 2.2.3.1, 2.2.3.2. και 2.2.3.4, ως προς τις οποίες ο προσφέρων μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει σχετικός λόγος αποκλεισμού (αυτοκάθαρση), ενώ, αντιθέτως, δεν γίνεται καμία σχετική παραπομπή με τη διάταξη της παρ. 2.2.3.5 στον αυτοτελή λόγο αποκλεισμού της παρ. 3.1.2, ως προς τον οποίο δεν προβλέπεται καμία δυνατότητα αξιολόγησης τυχόν επανορθωτικών μέτρων. Κατ' ακολουθίαν ο πρώτος λόγος της Προσφυγής περί παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, εφόσον δεν έγινε αξιολόγηση από την αναθέτουσα αρχή των αναφερόμενων στο υποβληθέν από αυτήν Ε.Ε.Ε.Σ. μέτρων

Αριθμός απόφασης: 851 / 2019

αυτοκάθαρσης και δεν ζητήθηκε η σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016, τυγχάνει απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος.

13. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της Προσφυγής της υποστηρίζει ότι υφίσταται εσφαλμένη ερμηνεία της διακήρυξης και του νόμου από την αναθέτουσα, όσον αφορά την απόρριψη της συμμετοχής της εξαιτίας της επιβολής σε αυτήν έξι (6) μη τελεσίδικων κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας κατά την τελευταία διετία, αφού η αυστηρή από αυτήν ερμηνεία περί μη «τελεσίδικων» και «δεσμευτικών», όπως προϋποθέτει ρητώς το άρθρο 73 παρ.2 Ν. 4412/2016, πράξεων επιβολής διοικητικών κυρώσεων, οι οποίες αρκούν για τη συνδρομή του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού, παραβιάζει τις αρχές της αναλογικότητας και ισότητας, ως αυτές ερμηνεύονται υπό το πρίσμα του Συντάγματος.

14. Επειδή, από τα ανωτέρω προκύπτει ότι σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 73 παρ. 2 γ' του Ν. 4412/2016 συνιστά λόγο αποκλεισμού η συνδρομή πράξεων επιβολής προστίμου «υψηλής» ή/και «πολύ υψηλής» σοβαρότητας σε βάρος του συμμετέχοντα οικονομικού φορέα, ενώ σύμφωνα με το άρθρο 18 του Ν. 4412.2016 παρ. 5 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, σύμφωνα με την οποία 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. Από τη συνδυαστική ερμηνεία των ανωτέρω διατάξεων, εναργώς προκύπτει ότι με αυτές θεσπίζονται όμοιοι λόγοι αποκλεισμού, των ειδικότερων προβλέψεων του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 κατ'εξουσιοδότηση όσον αφορά τις συμβάσεις καθαρισμού/φύλαξης. Με τη διάταξη αυτή του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 δεν απαιτείται τελεσιδικία και δεσμευτική ισχύ των σχετικών αποφάσεων, αλλά συνιστούν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα αρκούντων για τη στοιχειοθέτησή του, η επιβολή τριών (3) πράξεων προστίμου. Εν προκειμένω, κατά το χρονικό διάστημα υποβολής της προσφοράς υφίσταντο οι προβλεπόμενες πράξεις επιβολής προστίμου, όπως ο Νόμος ορίζει, προκειμένου να στοιχειοθετείται και η έννοια του επαγγελματικού παραπτώματος

Αριθμός απόφασης: 851 / 2019

κατά τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και τα άρθρα 2.2.3. Εντούτοις και όπως έγινε δεκτό ανωτέρω, αλυσιτελώς προβάλλεται ο υπόψη λόγος προσφυγής, αφού ο αποκλεισμός της προσφοράς της προσφεύγουσας έλαβε χώρα νομίμως, κατ' εφαρμογή του όρου 3.1.2 της διακήρυξης, με τον οποίο ορίζεται ξεχωριστός και αυθύπαρκτος όρος εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 και ουχί του όρου 2.2.3 και του άρθρου 73 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, περί επαγγελματικού παραπτώματος, το οποίο ως λόγος αποκλεισμού, αν και συντρέχει επικουρικά στην υπό κρίση περίπτωση ως βάση αποκλεισμού της εν λόγω προσφοράς, αλυσιτελώς προβάλλεται η κατά την προσφεύγουσα, εσφαλμένη ερμηνεία αυτού, αφού στην προκείμενη περίπτωση η προσφορά της αποκλείσθηκε κατ' εφαρμογή του όρου 2.2.3. της διακήρυξης. Επιπλέον και σε κάθε περίπτωση, ακόμα και κατ' εφαρμογήν του άρθρου 73 παρ. 2 του Ν.4412/2016, περίπτωση που ουδόλως συντρέχει εν προκειμένω, ουδεμία υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής υφίσταται βάσει των προαναφερομένων διατάξεων περί έρευνας του αμετακλήτου και της δεσμευτικότητας των πράξεων επιβολής κυρώσεων που έχουν επιβληθεί, ως η προσφεύγουσα αβάσιμα ισχυρίζεται, αφού τούτο δεν ερείδεται σε κανέναν κανόνα δικαίου, ώστε να προκύπτει παραβίαση του και κατ' ακολουθίαν υποχρέωση ακύρωσης της προσβαλλόμενης πράξης.

15. Επειδή, απορριπτέος τυγχάνει και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί παραβίασης της αρχής της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης όσον αφορά τις εταιρείες του κλάδου καθαριότητας και φύλαξης, διότι το άρθρο 68 του Ν. 3863/2010 δεν απαιτεί την τελεσιδικία των πράξεων επιβολής προστίμων. Και τούτο διότι, εφόσον υφίσταται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής όπως πράξει σύμφωνα με τα οριζόμενα στο κείμενο νομοθετικό πλαίσιο και κατά δέσμια αρμοδιότητα αποκλείσει την προσφορά της προσφεύγουσας σε περίπτωση συνδρομής των οριζομένων στο άρθρο 68 του Ν. 3863/2010 προϋποθέσεων, δεν εναπόκειται στη διακριτική της ευχέρεια όπως ερμηνεύσει και κρίνει την εν λόγω διάταξη του άρθρου 68 και την συμφωνία αυτής με την αρχή της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης. Με άλλα λόγια θα αποτελούσε ευθεία παραβίαση από την μεριά της αναθέτουσας αρχής και προσβολή διάταξης νόμου, εν προκειμένω του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, τυχόν εφαρμογή της ευνοϊκότερης διάταξης του άρθρου 73 παρ. 2 του Ν.4412/2016 και μη εφαρμογή του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, ως ειδικότερου και συνεπώς κατισχύοντος, ως δήθεν του τελευταίου παραβιάζοντος την αρχή της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης. Εντεύθεν παρέπεται, ότι δε νοείται δυνατότητα ερμηνείας από την αναθέτουσα αρχή διάταξης νόμου σύμφωνα με την

Αριθμός απόφασης: 851 / 2019

αρχή της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης, αλλά δέσμια αρμοδιότητα της αυτής προς εφαρμογή των σχετικών διατάξεων. Σε κάθε, δε, περίπτωση και όσον αφορά το ζήτημα αυτό, έχει κριθεί σχετικώς ότι «... μόνη η έκδοση των προβλεπομένων στο σχετικό όρο της ένδικης Διακήρυξης [υπ' αριθμ. 2.2.3.3. στ. (η)] πράξεων επιβολής προστίμου αποτελεί αναγκαία και ικανή συνθήκη αποκλεισμού του οικονομικού φορέα, δεν προσαπαιτείται δε και βεβαίωση της καθ' οιονδήποτε τρόπο τελεσίδικης ή δεσμευτικής ισχύος αυτών ή εκδόσεως αποφάσεως με ισχύ δεδικασμένου [...] Επομένως, δεν πιθανολογείται ως βάσιμος και ο λόγος της υπό κρίση αίτησης, κατά τον οποίο απαιτείται αυξημένος βαθμός βεβαιότητας περί την διάπραξη των αποδιδόμενων παραβάσεων, αλυσιστελώς δε προβάλλεται συναφώς και ισχυρισμός περί δικαστικής αμφισβητήσεως των εν λόγω παραβάσεων, καθόσον, κατ'ακολουθίαν των ανωτέρω, δεν ασκεί επιρροή επί της διαγνώσεως του προκείμενου λόγου αποκλεισμού» (ΔΕφΘεσ. Γ' Τμήμα Ακυρωτικό 8/2018). Τούτων δοθέντων, ο δεύτερος λόγος της υπό κρίσης Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος, νόμω και ουσία.

16. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η υπό κρίση Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη, νόμω και ουσία, σύμφωνα με ό,τι κρίθηκε ανωτέρω και να γίνει δεκτή η Παρέμβαση, το παράβολο, δε, που κατέθεσε η προσφεύγουσα να καταπέσει (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προσφυγή και δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 16 Ιουλίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη και εκδόθηκε στις 5 Αυγούστου 2019.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Ελένη Κατσίκια