

ΘΕΩΡΙΑ & ΠΡΑΞΗ
**ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΥ
ΔΙΚΑΙΟΥ**

Συνταγματικό - Διοικητικό & Ευρωπαϊκό Δίκαιο

ΕΤΟΣ 2013 / ΤΕΥΧΟΣ 5

*Ευγενία Β. Πρεβεδούρου,
Αναπλ. Καθηγήτρια Νομικής ΑΠΘ*

*Η έννοια του «αποκλεισμού
από δημόσιους
διαγωνισμούς» κατά
τις διατάξεις του άρθρου 68
παρ. 6 του Ν 3863/2010
(γνωμ.)*



ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ

ΑΝΑΤΥΠΟ

nbonline.gr

ΨΗΦΙΑΚΗ ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ

Ευγενία Β. Πρεβεδούρου
Αναπλ. Καθηγήτρια Νομικής ΑΠΘ

**Η έννοια του «αποκλεισμού από δημόσιους
διαγωνισμούς» κατά τις διατάξεις του άρθρου 68
παρ. 6 του Ν 3863/2010 (γνωμ.)**

*Ανάτυπο από τη «Θεωρία & Πράξη Διοικητικού Δικαίου»
Τεύχος 5 / Έτος 2013*



ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ ΑΕΒΕ

Μαυρομιχάλη 23, 106 80 Αθήνα • Τηλ.: 210 3678 800 • Fax: 210 3678 819
<http://www.nb.org> • e-mail: info@nb.org

Η έννοια του «αποκλεισμού από δημόσιους διαγωνισμούς» κατά τις διατάξεις του άρθρου 68 παρ. 6 του Ν 3863/2010 (γνωμ.)*

Περίληψη: Υποτροπή εργολάβου που δικαιολογεί τον αποκλεισμό του από δημόσιους διαγωνισμούς κατά το άρθρο 68 παρ. 6 του Ν 3863/2010 συντρέχει, όταν ο εργολάβος υποπέσει στην ίδια παράβαση στο πλαίσιο διαφορετικού και όχι του ίδιου ελέγχου. Η έννοια της υποτροπής προϋποθέτει ότι δόθηκε στον παραβάτη το χρονικό περιθώριο συμμόρφωσης με τις υποδείξεις των ελεγκτικών οργάνων.

1. Στο πλαίσιο διαδικασίας διαγωνισμού για τη σύναψη σύμβασης υπηρεσιών φύλαξης με διασυνδεδεμένα δημόσια νοσοκομεία (Πανεπιστημιακό Γενικό Νοσοκομείο ΑΧΕΠΑ και Νοσοκομείο Ειδικών Παθήσεων Θεσσαλονίκης), εκδόθηκε απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου (στο εξής: ΔΣ) των ως άνω νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου (ΝΠΔΔ), ως αναθέτουσας αρχής, με την οποία αποφασίσθηκε ο αποκλεισμός εταιρείας παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή φύλαξης (εργολάβου) τόσο από τον επίδικο διαγωνισμό όσο και, εν γένει, «από τους δημόσιους διαγωνισμούς για χρονικό διάστημα δώδεκα (12) μηνών», κατ' εφαρμογή του άρθρου 68 παρ. 6 του Νόμου 3863/2010, Νέο Ασφαλιστικό Σύστημα και συναφείς διατάξεις, ρυθμίσεις στις εργασιακές σχέσεις (ΦΕΚ Α' 115), το οποίο ορίζει τα εξής: «Όταν οι ελεγκτικοί μηχανισμοί του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας (ΣΕΠΕ) και του ΙΚΑ-ΕΤΑΜ διαπιστώνουν παραβάσεις που αφορούν την αδήλωτη εργασία, την παράνομη απασχόληση αλλοδαπών ή παραβάσεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, ενημερώνουν εγγράφως τον αποδέκτη των υπηρεσιών. Επίσης, τον ενημερώνουν εγγράφως για τις πράξεις επιβολής προστίμου που αφορούν τις ανωτέρω διαπιστωθείσες παραβάσεις. Για τους φορείς της παραγράφου 1, η επιβολή δεύτερης

Ευγενία Β. Πρεβεδούρου
Αναπλ. Καθηγήτρια Νομικής ΑΠΘ

κύρωσης στον εργολάβο από τα ίδια όργανα θεωρείται υποτροπή και οδηγεί υποχρεωτικά: α) στην καταγγελία της σύμβασης και β) επιφέρει, από τον χρόνο επιβολής της δεύτερης κύρωσης, τον αποκλεισμό του εν λόγω εργολάβου από δημόσιους διαγωνισμούς για χρονικό διάστημα από τρεις μήνες μέχρι τρία έτη, ανάλογα με τη σοβαρότητα της παράβασης, τη συνεκτίμηση της οικονομικής ωφέλειας που αποκομίζει ο εργολάβος, συνεπεία της παραβίασης της κείμενης νομοθεσίας, όταν αυτό είναι εφικτό, του βαθμού της υπαιτιότητας, του αριθμού των εργαζομένων που θίγονται και του μεγέθους της επιχείρησης»¹.

* Βλ. σχετικά και την ΔΠρθεσ 83/2013 στη σελ. 457 του παρόντος τεύχους.

1. Βλ. και άρθρο 24, με τίτλο «Διοικητικές κυρώσεις σε περίπτωση παραβίασης της εργατικής νομοθεσίας», του Νόμου 3996/2011 «Αναμόρφωση του Σώματος Επιθεωρητών Εργασίας, ρυθμίσεις θεμάτων Κοινωνικής Ασφάλισης και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 170), το οποίο ορίζει τα εξής: «1. Στον εργοδότη που παραβαίνει τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας επιβάλλεται, ύστερα από προηγούμενη πρόσκληση για παροχή εξηγήσεων: Α. Πρόστιμο για καθεμία παράβαση ... με αιτιολογημένη πράξη είτε του αρμόδιου Προϊσταμένου Τμήματος Επιθεώρησης κατόπιν σχετικής εισήγησης του Επιθεωρητή Εργασίας που διενήργησε τον έλεγχο είτε του αρμόδιου Προϊσταμένου Περιφερειακής Διεύθυνσης Επιθεώρησης κατόπιν σχετικής εισήγησης του αντίστοιχου Προϊσταμένου Τμήματος Επιθεώρησης είτε του Ειδικού Επιθεωρητή Εργασίας που διενήργησαν τον έλεγχο. Β. Προσωρινή διακοπή της λειτουργίας συγκεκριμένης παραγωγικής διαδικασίας ή τμήματος ή τμημάτων ή του συνόλου της επιχείρησης ή εκμετάλλευσης στις περιπτώσεις α' και β' της παρ. 3 του άρθρου

2. Με έρεισμα την ως άνω πράξη του ΔΣ των διασυνδεομένων νοσοκομείων, άλλες αναθέτουσες αρχές απέκλεισαν, με μετεγενέστερες πράξεις τους, την εταιρεία (εργολάβο) από διαγωνισμούς που διεξήγαγαν οι ίδιες και είχαν ως αντικείμενο τη σύναψη αντιστοίχων συμβάσεων.

3. Το βασικό ζήτημα που ανακύπτει εν προκειμένω είναι η νομιμότητα της ως άνω πράξης του ΔΣ των διασυνδεομένων νοσοκομείων περί εν γένει αποκλεισμού της εταιρείας (εργολάβου) από δημόσιους διαγωνισμούς, υπό το πρίσμα, πρώτον, της αρμοδιότητας επιβολής της εν λόγω κύρωσης, δεύτερον, της τήρησης των ουσιαστών διαδικαστικών τύπων έκδοσής της και, τρίτον, αφενός, της συνδρομής της ουσιαστικής προϋπόθεσης της υποτροπής του εργολάβου που προβλέπει για την έκδοσή της η προπαρατεθείσα διάταξη του άρθρου 68 παρ. 6 του Ν 3863/2010 και, αφετέρου, της τήρησης της αρχής της αναλογικότητας (I). Με το ανωτέρω ζήτημα συνδέονται και οι συνέπειες της επίκλησης της υπό εξέταση πράξης ως ερείσματος μεταγενέστερων πράξεων άλλων αναθετουσών αρχών περί αποκλεισμού της εταιρείας από διαγωνιστικές διαδικασίες που διεξάγονται από τις εν λόγω αρχές (II).

I. Νομικές πλημμέλειες της πράξης γενικού αποκλεισμού

4. Η υπό εξέταση πράξη παρουσιάζει πλημμέλειες υπό το πρίσμα τόσο της εξωτερικής όσο και της εσωτερικής νομιμότητας. Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή (ΔΣ των διασυνδεομένων Νοσοκομείων) δεν έχει αρμοδιότητα να εκδώσει πράξη

αποκλεισμού γενικής ισχύος του εργολάβου από το σύνολο των διαγωνισμών που διεξάγονται στην ελληνική επικράτεια (A). Περαιτέρω, δεδομένου ότι πρόκειται για δυσμενή πράξη, έπρεπε, πριν από την έκδοσή της, να τηρηθεί ο ουσιαστικός τύπος της προηγούμενης ακρόασης της εταιρείας (B). Επιπλέον, η αναθέτουσα αρχή ερμήνευσε εσφαλμένως τις ουσιαστικές προϋποθέσεις εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 68 παρ. 6 του Ν 3863/2010, ειδικότερα δε την προϋπόθεση της υποτροπής του εργολάβου (Γ). Τέλος, η γενική ισχύς της κύρωσης του αποκλεισμού από δημόσιους διαγωνισμούς συνιστά παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας, αφού οι δυσμενείς συνέπειές της υπερακοντίζουν τον επιδιωκόμενο σκοπό (Δ).

A. Αναρμοδιότητα του εκδόντος την πράξη οργάνου

5. Από την προπαρατεθείσα διάταξη του άρθρου 68 παρ. 6 του Ν 3863/2010, συνάγεται ότι η επιβολή δεύτερης κύρωσης στον εργολάβο από τα ίδια όργανα θεωρείται υποτροπή και επιφέρει δύο συνέπειες, ήτοι την καταγγελία της τρέχουσας σύμβασης και τον **αποκλεισμό του εν λόγω εργολάβου από δημόσιους διαγωνισμούς για χρονικό διάστημα από τρεις μήνες μέχρι τρία έτη**. Κατά το ίδιο το γράμμα του νόμου, οι συνέπειες αυτές επέρχονται υποχρεωτικά, πράγμα που σημαίνει ότι το κατά περίπτωση αρμόδιο διοικητικό όργανο έχει δέσμια αρμοδιότητα ως προς την επιβολή των συγκεκριμένων κυρώσεων². Ειδικότερα, η καταγγελία της τρέχουσας σύμβασης είναι μονομερής δυσμενής διοικητική πράξη που εκδίδεται από τον αντισυμβαλλόμενο του εργολάβου³, δηλαδή από τον αποδέκτη των υπηρεσιών του, ο οποίος ενημερώνεται εγγράφως από τους ελεγκτικούς μηχανισμούς του ΣΕΠΕ και του ΙΚΑ-ΕΤΑΜ για τις παραβιάσεις της εργατικής νομοθεσίας εκ μέρους του εργολάβου και για τις κυρώσεις που του επιβλήθηκαν συναφώς. Αντιθέτως, ο αποκλεισμός του εν λόγω εργολάβου από δημόσιους διαγωνισμούς για χρονικό διάστημα από τρεις μήνες μέχρι τρία έτη αφορά, ελλείψει τοπικής εξειδίκευσης στην προπαρατεθείσα διάταξη, το σύνολο της επικράτειας, οπότε πρέπει να εκδοθεί από κεντρικό κρατικό όργανο, δηλαδή από όργανο του οποίου η καθ' ύλην αρμοδιότητα εκτείνεται στο σύνολο της επικράτειας⁴. Εφόσον η νομοθετική διάταξη που προβλέπει την έκδοση της οικείας πράξης δεν ορίζει το αρμόδιο όργανο, θα πρέπει να εφαρμοσθούν οι γενικές διατάξεις που προβλέπουν τη σχετική αρμοδιότητα στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, εν προκειμένω δηλαδή, κατ' αναλογία, το άρθρο 39

23, για χρονικό διάστημα μέχρι τριών ημερών με αιτιολογημένη πράξη του αρμόδιου Προϊσταμένου Περιφερειακής Διεύθυνσης Επιθεώρησης και κατόπιν προηγούμενης προσκλήσεως του εργοδότη για παροχή εξηγήσεων. Επίσης, με απόφαση του Υπουργού Εργασίας και Κοινωνικής Ασφάλισης, ύστερα από αιτιολογημένη εισήγηση του αρμόδιου Επιθεωρητή Εργασίας ή του αρμόδιου Προϊσταμένου Διεύθυνσης, μπορεί να επιβληθεί στον εργοδότη προσωρινή διακοπή της λειτουργίας για διάστημα μεγαλύτερο από τρεις ημέρες ή και οριστική διακοπή της λειτουργίας συγκεκριμένης παραγωγικής διαδικασίας ή τμήματος ή τμημάτων ή του συνόλου της επιχείρησης ή εκμετάλλευσής... 2. Η επανάληψη από τον ίδιο εργοδότη της ίδιας ή συναφούς παράβασης της εργατικής νομοθεσίας...μέσα σε διάστημα τεσσάρων ετών από τη διενέργεια του αρχικού ελέγχου θεωρείται υποτροπή και έχει ως συνέπεια, πέραν των λοιπών διοικητικών κυρώσεων, και τον αποκλεισμό του εν λόγω εργοδότη από δημόσιους διαγωνισμούς για χρονικό διάστημα από τρεις μήνες μέχρι τρία έτη. Ειδικά για τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή φύλαξης (εργολάβοι), όπως αυτές αναφέρονται στην παρ. 1 του άρθρου 68 του Ν 3863/2010 ..., όταν συμβάλλονται με το Δημόσιο, τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου (ΝΠΔΔ), τους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης (ΟΤΑ) και τους φορείς και οργανισμούς του δημόσιου τομέα, όπως αυτός προσδιορίζεται από τις οικείες διατάξεις, εφαρμόζονται οι διατάξεις του άρθρου 68 του Ν 3863/2010. 3. ...».

2. Π. Δ. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2012, αρ. περ. 342· Ε. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2012, αρ. περ. 148.
3. Ε. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, ό.π., αρ. περ. 199.
4. Ε. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, ό.π., αρ. περ. 239.

του ΠΔ 118/2007, Κανονισμός Προμηθειών Δημοσίου (ΚΠΔ) (ΦΕΚ Α' 150). Σύμφωνα με τη διάταξη αυτή, την αρμοδιότητα αποκλεισμού εταιρείας από το σύνολο των προμηθειών του δημόσιου τομέα έχει ο Υπουργός Ανάπτυξης κατά την εκεί περιγραφόμενη διαδικασία: «*Με απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης, ύστερα από γνωμοδότηση της Επιτροπής Πολιτικής Προγραμματισμού Προμηθειών (παρ. 1 και 2 του άρθρου 6 του Ν 2286/1995), η οποία υποχρεωτικά καλεί τον ενδιαφερόμενο για παροχή εξηγήσεων και, μετά από αιτιολογημένη εισήγηση του φορέα που διενεργεί τον διαγωνισμό, μπορεί να αποκλεισθεί ως προμηθευτής για ορισμένο ή αόριστο χρόνο από το σύνολο των προμηθειών του δημοσίου τομέα λόγω ανάρμοστης συμπεριφοράς σε διαδικασία προμήθειας ή λόγω παράβασης των διατάξεων περί προστασίας του καταναλωτή ή του Ενιαίου Φορέα Ελέγχου Τροφίμων (ΕΦΕΤ), για την οποία έχει καταδικαστεί αμετάκλητα*». Δεδομένου ότι εν προκειμένω ο σκοπός των υποχρεώσεων που θέτει το άρθρο 68 παρ. 6 του Ν 3863/2010 είναι η απαρέγκλιτη τήρηση των διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας προς διασφάλιση της προστασίας των εργασιακών και ασφαλιστικών δικαιωμάτων του προσωπικού του εργολάβου, τη σχετική αρμοδιότητα αποκλεισμού εταιρείας από το σύνολο των διαγωνισμών του δημόσιου τομέα με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών καθαρισμού ή φύλαξης θα μπορούσε να έχει ο Υπουργός Εργασίας.

6. Κατά συνέπεια, η πράξη του ΔΣ των διασυνδεομένων νοσοκομείων που επέβαλε γενικό αποκλεισμό εκδόθηκε από προδήλως αναρμόδιο όργανο, τόσο καθ' ύλην, εφόσον η ως άνω αναθέτουσα αρχή έχει αρμοδιότητα μόνον όσον αφορά τους διαγωνισμούς που διεξάγει η ίδια ως όργανο διοίκησης συγκεκριμένων ΝΠΔΔ, όσο και κατά τόπον, εφόσον η ως άνω καθ' ύλην αρμοδιότητά της περιορίζεται στην εδαφική περιφέρεια της έδρας των οικείων ΝΠΔΔ. Ειδικότερα, το ΔΣ των διασυνδεομένων νοσοκομείων, ως αναθέτουσα αρχή για τις διοικητικές συμβάσεις που συνάπτουν τα οικεία ΝΠΔΔ, μπορεί να αποφασίσει τον αποκλεισμό του εργολάβου από διαγωνισμούς που διεξάγει η ίδια για λογαριασμό των ως άνω ΝΠΔΔ, όχι όμως και από διαγωνισμούς που διεξάγουν άλλα ΝΠΔΔ, με την ίδια ή διαφορετική έδρα. Πράξη του ως άνω γενικού περιεχομένου θα μπορούσε, όπως προαναφέρθηκε, να εκδοθεί μόνον από τον Υπουργό Εργασίας κατ' ανάλογη εφαρμογή της ειδικής διαδικασίας του άρθρου 39 του ΠΔ 118/2007 το οποίο αφορά τις συμβάσεις προμήθειας του δημόσιου τομέα.

7. Δεδομένου ότι το ελάττωμα της πράξης αποκλεισμού του ΔΣ των διασυνδεομένων νοσοκομείων είναι τόσο ουσιαστικό και πρόδηλο ώστε ούτε η εμπιστοσύνη του ιδιώτη προς το κύρος της να εμφανίζεται αντικειμενικά δικαιολογημένη ούτε η έννομη τάξη να μπορεί να ανεχθεί την ισχύ της και να εξαρτήσει την άρση της από τη διοικητική ανάκληση ή τη δικαστι-

κή ακύρωση, η πράξη θα πρέπει να χαρακτηριστεί άκυρη. Η άκυρη πράξη δεν αναπτύσσει κανενός είδους έννομα αποτελέσματα, δεν δεσμεύει ούτε τις διοικητικές αρχές ούτε τους ιδιώτες⁵. Σε αντιδιαστολή προς την ανυπόστατη πράξη, είναι νοητό στην περίπτωση της να υπάρχει έννομο συμφέρον για τη ρητή ακύρωσή της (κυρίως διότι η άκυρη πράξη εφαρμόστηκε από διοικητική αρχή), η οποία έχει αναγνωριστικό και όχι διαπλαστικό χαρακτήρα. Η απόλυτη ακυρότητα της πράξης προκύπτει από τις οικείες νομοθετικές διατάξεις, καθόσον αυτή εκδόθηκε κατά πρόδηλη παράβαση αυτών. Στις περιπτώσεις αυτές η πράξη δεν παράγει έννομα αποτελέσματα και συνεπώς δεν ισχύει γι' αυτήν το τεκμήριο νομιμότητας⁶.

8. Πάντως, ακόμη και αν δεν χαρακτηριστεί ως αυτοδικαίως ή απολύτως άκυρη λόγω του μείζονος και προδήλου ελαττώματός της με συνέπεια την εξαίρεσή της από το τεκμήριο νομιμότητας, η πράξη του ΔΣ των διασυνδεομένων νοσοκομείων περί αποκλεισμού εταιρείας από το σύνολο των δημοσίων διαγωνισμών είναι ακυρωτέα λόγω καθ' ύλην και κατά τόπον αναρμοδιότητας του εκδόντος οργάνου, καθόσον, όπως αναλύθηκε ανωτέρω, το όργανο αυτό έχει αρμοδιότητα αποκλεισμού εταιρειών μόνον από τους διαγωνισμούς των οικείων ΝΠΔΔ⁷.

9. Περαιτέρω, από τον συνδυασμό των παραγράφων 1 έως 6 του άρθρου 68 του Ν 3863/2010 συνάγεται ότι η αρμοδιότητα καταγγελίας της σύμβασης και αποκλεισμού από δημόσιους διαγωνισμούς του εργολάβου που παραβιάζει την εργατική νομοθεσία (παρ. 6) ανήκει στον αποδέκτη των υπη-

5. Π. Δ. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, ό.π., αρ. περ. 660· Χ. Καθάρειος, Περί των ανυποστάτων, ακύρων και ακυρωσίμων ατομικών δικαιοπραξιών του διοικητικού δικαίου και περί του τρόπου της αντιμετώπισής τους, ΕΕΝ 1977, σ. 289· Σ. Κυβέλος, Η διάκριση της ανυπόστατης από την άκυρη κανονιστική πράξη. Προβληματισμοί με αφορμή τη ΣτΕ 1102/2009 (7μελής), ΕΔΚΑ 2010, σ. 8· Μ.-Ε. Παναγοπούλου, Οι ακυρότητες των διοικητικών πράξεων. Μερική ακυρότης και μετατροπή, Εκδ. Αντ. Ν Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 1995, σ. 84· Ε. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, ό.π., αρ. περ. 101. Βλ. συναφώς τη διεξοδική ανάλυση του Κ. Γώγου, Η ανυπόστατη διοικητική πράξη, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2012, σ. 89 επ., όσον αφορά την ανάδειξη, στην ελληνική θεωρία, μιας ιδιαίτερης κατηγορίας αυτοδικαίως άκυρων πράξεων που φέρουν μείζον και προφανές νομικό σφάλμα και τη σχετική τάση διεύρυνσης της έννοιας του ανυποστάτου στην ελληνική νομολογία.

6. Ε. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, ό.π., αρ. περ. 101, με παραπομπή σε ΣτΕ Ολ 672/1976. Σε νομοθετικό επίπεδο, ενδιαφέρον παρουσιάζει η ρύθμιση του άρθρου 9 παρ. 22 του Ν 4057/2012, κατά την οποία «[ο]ι διατάξεις των παραγράφων 20 και 21 [του παρόντος άρθρου] υπερισχύουν κάθε άλλης γενικής ή ειδικής διάταξης και, σε περίπτωση μη τήρησης αυτών, οι ατομικές πράξεις διορισμού, πρόσληψης ή κατάταξης θεωρούνται αυτοδικαίως άκυρες». Βλ. ανάλυση της διάταξης σε Κ. Γώγου, Η ανυπόστατη διοικητική πράξη, ό.π., σ. 94 επ.

7. Έτσι και ΤρΔΠρθεσσ (εν συμβουλίω) 1177/2012, σκέψη 9.

ρεσιών του εν λόγω εργολάβου, ο οποίος μπορεί να είναι το Δημόσιο, ΝΠΔΔ, ΟΤΑ, ή φορέας ή οργανισμός του δημόσιου τομέα, όπως αυτός προσδιορίζεται από τις οικείες διατάξεις, που αναθέτει ή προκηρύσσει διαγωνισμό για την παροχή υπηρεσιών καθαρισμού ή φύλαξης (παρ. 1). Ειδικότερα, πρέπει να πρόκειται για τον αποδέκτη των υπηρεσιών των εργαζομένων του εργολάβου, ως προς τους οποίους διαπιστώθηκε η εκ μέρους του εργολάβου παραβίαση της εργατικής νομοθεσίας. Τούτο συνάγεται σαφώς από την παράγραφο 4 του άρθρου 68, κατά την οποία, «[ό]ταν οι υπηρεσίες ή οι επιτροπές παρακολούθησης καλής εκτέλεσης του έργου του αποδέκτη των υπηρεσιών, διαπιστώνουν παραβάσεις των όρων του παρόντος άρθρου κατά τη διάρκεια υλοποίησης του έργου, η σύμβαση καταγγέλλεται...»⁸. Στην προκειμένη περίπτωση, οι παραβάσεις που διαπίστωσαν οι ελεγκτικοί μηχανισμοί του ΣΕΠΕ αφορούσαν εργαζομένους της εταιρείας (εργολάβου) που απασχολούνταν στα κεντρικά γραφεία της εταιρείας ή σε ιδιωτικές φυλάξεις στον Νομό Θεσσαλονίκης και δεν συνδέονταν με τα διασυνδεδεμένα νοσοκομεία ούτε με την υλοποίηση των υπηρεσιών φύλαξης που αποτελούσαν αντικείμενο της προκηρυχθείσας σύμβασης. Κατά συνέπεια, το ΔΣ των διασυνδεδεμένων νοσοκομείων δεν ήταν ο αποδέκτης των υπηρεσιών των συγκεκριμένων εργαζομένων, οπότε στερούνταν της αρμοδιότητας επιβολής των κυρώσεων της παραγράφου 6 του άρθρου 68 του Ν 3863/2010.

B. Μη τήρηση ουσιώδους τύπου

10. Όπως συνάγεται από το γράμμα του άρθρου 68 παρ. 6 του Ν 3863/2010, ο αποκλεισμός του εργολάβου, στον οποίο επιβλήθηκε δεύτερη κύρωση κατά το πρώτο εδάφιο της διάταξης αυτής, από δημόσιους διαγωνισμούς για χρονικό διάστημα από τρεις μήνες μέχρι τρία έτη, χωρεί κατά δέσμια αρμοδιότητα, με μόνη τη συνδρομή της αντικειμενικής προϋπόθεσης του νόμου (επιβολή δεύτερης κύρωσης), οπότε ως προς αυτό το σκέλος δεν απαιτείται να κληθεί προηγουμένως η εταιρεία σε ακρόαση⁹. Ειδικότερα, για την έκδοση της πράξης αρκεί, κατά τον νόμο, η διαπίστωση από τη

Διοίκηση της συνδρομής αντικειμενικών προϋποθέσεων και, συγκεκριμένα, εν προκειμένω, της επιβολής *δεύτερης κύρωσης στον εργολάβο από τα ίδια όργανα, η οποία θεωρείται υποτροπή*, οπότε δεν απαιτείται προηγούμενη κλήση του ενδιαφερομένου σε ακρόαση σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 20 παρ. 2 του Συντάγματος και 6 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας¹⁰. Το εις βάρος του εργολάβου διοικητικό μέτρο επιβάλλεται βάσει αντικειμενικών κριτηρίων, καθόσον από το γράμμα της διάταξης συνάγεται ότι η επιβολή της κύρωσης του αποκλεισμού δεν καταλείπεται στη διακριτική ευχέρεια του αρμόδιου οργάνου, αλλά αποτελεί δέσμια ενέργεια, εφόσον διαπιστωθεί η συνδρομή των απαριθμούμενων στην οικεία διάταξη προϋποθέσεων, αρκεί βεβαίως η έννοια της υποτροπής να θεωρηθεί ως «νομοθετικά και νομολογιακά καθορισμένη νομική έννοια» την οποία η Διοίκηση απλώς ερμηνεύει (παραμένοντας στην περιοχή της δεσμευμένης ερμηνείας)¹¹.

11. Όταν όμως ο νόμος καταλείπει περιθώρια για την επιμέτρηση του χρονικού διαστήματος αποκλεισμού, για την οποία λαμβάνονται υπόψη η βαρύτητα, οι συνθήκες τέλεσης και οι λοιπές περιστάσεις της παράβασης, επιβάλλεται η τήρηση του τύπου της προηγούμενης ακρόασης του φερομένου ως παραβάτη. Τούτο ισχύει στην υπό κρίση περίπτωση, δεδομένου ότι δεν επιβλήθηκε το ελάχιστο κατά νόμο διάστημα αποκλεισμού των τριών μηνών¹², αλλά διάστημα ενός έτους, πράγμα που σημαίνει ότι εν προκειμένω άσκησαν επιρροή στον προσδιορισμό του διαστήματος αποκλεισμού «η σοβαρότητα της παράβασης της εργατικής νομοθεσίας, η συνεκτίμηση της οικονομικής ωφέλειας που αποκομίζει ο εργολάβος συνεπεία της παραβίασης της κείμενης νομοθεσίας, ... ο βαθμός

8. Αυτό προκύπτει με ενάργεια και από την αιτιολογική έκθεση του νόμου. Όσον αφορά ειδικά το άρθρο 68 του νόμου, η έκθεση διαλαμβάνει τα εξής: «Στην παράγραφο 6 ορίζεται ότι το Σ.ΕΠ.Ε και οι μηχανισμοί του ΙΚΑ-ΕΤΑΜ, όταν διαπιστώνουν συγκεκριμένες παραβάσεις που αναφέρονται στο άρθρο και επιβάλλουν πρόστιμα, οφείλουν να ενημερώνουν εγγράφως τους αποδέκτες των υπηρεσιών, για να προβαίνουν στις ενέργειες που πρέπει. Επιπλέον, όταν πρόκειται για συμβάσεις μεταξύ φορέα της παραγράφου 1 και εργολάβου, η επιβολή δεύτερης κύρωσης στον εργολάβο, από τα ίδια όργανα, έχει τις συνέπειες που αναφέρονται στα στοιχεία α και β, του δεύτερου εδαφίου».

9. ΣτΕ 286, 1045, 1203/2012. Για τη διάκριση μεταξύ δέσμιας αρμοδιότητας και διακριτικής ευχέρειας, υπό το πρίσμα του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης βλ. και ΣτΕ 4918/2012.

10. ΣτΕ 790/2008, 4004/2003, 2243/2002.

11. Π. Δ. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, ό.π., αρ. περ. 350 επ.

12. ΣτΕ 671/2011, σκέψη 8, 1399/2009, 1881/2008 7μ., 2042/2007, 2861/2006, 530/2002. Κατά την πάγια πλέον νομολογία, «...κατά την έννοια των άρθρων 20 παρ. 2 του Συντάγματος και 6 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, που κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του Ν 2690/1999 (ΦΕΚ Α' 45), δεν επιβάλλεται μεν, κατ' αρχήν, η προηγούμενη ακρόαση του ενδιαφερομένου όταν το εις βάρος του διοικητικό μέτρο λαμβάνεται βάσει αντικειμενικών κριτηρίων, όπως συμβαίνει στην περίπτωση επιβολής της διοικητικής κυρώσεως του προστίμου, η οποία δεν καταλείπεται στη διακριτική ευχέρεια του αρμόδιου οργάνου, αλλά αποτελεί δεσμία ενέργεια, εφ' όσον διαπιστωθεί η συνδρομή των νομίμων προς τούτο προϋποθέσεων. Όμως, όταν εκ του νόμου καταλείπονται περιθώρια για την επιμέτρηση του ποσού του προστίμου, επιμέτρηση για την οποία λαμβάνονται υπ' όψη η βαρύτητα και οι συνθήκες τελέσεως της παραβάσεως καθώς και λοιπές περιστάσεις που ασκούν επιρροή στον προσδιορισμό του ύψους του επιβλητέου προστίμου, όπως στην περίπτωση επιβολής προστίμου κατ' εφαρμογή του άρθρου 17 παρ. 1 του Ν 3054/2002, επιβάλλεται η κατά τις προεκτεθείσες διατάξεις τήρηση του τύπου της προηγούμενης ακρόασης του φερομένου ως παραβάτη» (ΣτΕ 2880/2011, 1881/2010 7μ.).

της υπαιτιότητας, ο αριθμός των εργαζομένων που θίγονται και το μέγεθος της επιχείρησης». Κατά συνέπεια, πριν από την έκδοση της υπό εξέταση πράξης της αναθέτουσας αρχής, ήταν επιβεβλημένη η κλήση της εταιρείας προς παροχή εξηγήσεων. Περαιτέρω, την προηγούμενη ακρόαση επιτάσσει και το άρθρο 39 του ΠΔ 118/2007, το οποίο εφαρμόζεται αναλογικά. Τέλος, δεδομένου ότι η υπόθεση αφορά σύμβαση που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/18/ΕΚ, του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ L 134 της 30.4.2004, σ. 114), οι εθνικές αρχές που εφαρμόζουν δίκαιο της Ένωσης -εν προκειμένω το ΔΣ των διασυνδεομένων δημοσίων νοσοκομείων, ως αναθέτουσα αρχή- δεσμεύονται, σύμφωνα με το άρθρο 51 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ, από τις διατάξεις του εν λόγω Χάρτη, επομένως, εν προκειμένω, από τη διάταξη του άρθρου 41, παρ. 2, στοιχείο α', κατά την οποία το δικαίωμα χρηστής διοίκησης περιλαμβάνει ιδίως «το δικαίωμα κάθε προσώπου σε προηγούμενη ακρόαση πριν να ληφθεί ατομικό μέτρο σε βάρος του»¹³.

12. Επιπλέον, ακόμη και αν γίνει δεκτό ότι συντρέχουν εν προκειμένω οι προϋποθέσεις της παραγράφου 3 του άρθρου 6 του ΚΔΔιαδ, δηλαδή ότι ήταν αναγκαία «η άμεση λήψη του δυσμενούς μέτρου», που συνίστατο στον αποκλεισμό από τους δημόσιους διαγωνισμούς επί ένα έτος, «για την αποτροπή κινδύνου ή λόγω επιτακτικού δημόσιου συμφέροντος», οπότε ο αποκλεισμός μπορούσε να επιβληθεί «κατ' εξαίρεση, χωρίς προηγούμενη κλήση του ενδιαφερομένου», η διοικητική αρχή όφειλε, μέσα σε χρονικό διάστημα δεκαπέντε (15) ημερών από τη λήψη του μέτρου, να καλέσει την ενδιαφερόμενη εταιρεία να εκφράσει τις απόψεις της και να προβεί σε τυχόν νέα ρύθμιση. Εάν η ανωτέρω προθεσμία παρέλθει άπρακτη, πράγμα το οποίο συνέβη εν προκειμένω, «το μέτρο παύει αυτοδικαίως, και χωρίς άλλη ενέργεια, να ισχύει»¹⁴. Επομένως, ακόμη και αν γίνει δεκτό ότι το μέτρο του αποκλεισμού μπορούσε να ληφθεί άμεσα, λόγω συνδρομής των προϋποθέσεων του άρθρου 6 παρ. 3 του ΚΔΔιαδ, τούτο έχει παύσει πλέον να ισχύει λόγω μη τήρησης του ουσιώδους τύπου που προβλέπει η διάταξη αυτή.

13. Βλ., αντί πολλών, Έκθεση της Επιτροπής προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το Συμβούλιο, την Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και την Επιτροπή των Περιφερειών. Έκθεση 2011 για την εφαρμογή του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ, COM/2012/0169 τελικό, σημείο 2.1· Ε. Πρεβεδούρου, Χάρτης των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και Ευρωπαϊκή Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου: σχέση ανταγωνισμού ή αλληλοσυμπλήρωσης;, ΕφημΔΔ 2/2011, σ. 279 (284 επ.).

14. ΣτΕ 1505/2003, 2361/2011.

Γ. Έλλειψη συνδρομής της προϋπόθεσης της υποτροπής

13. Εκτός των ανωτέρω παρατεθεισών τυπικών πλημμελιών της, η πράξη του ΔΣ των διασυνδεομένων νοσοκομείων περί αποκλεισμού της εταιρείας από δημοσίους διαγωνισμούς είναι παράνομη λόγω παράβασης κατ'ουσία διάταξης νόμου, δηλαδή λόγω μη συνδρομής των προϋποθέσεων του άρθρου 68 του Ν 3863/2010, όπως εσφαλμένως υπέλαβε η Διοίκηση. Πράγματι, προϋπόθεση επιβολής των κυρώσεων της καταγγελίας της σύμβασης και του αποκλεισμού είναι η εκ μέρους των μηχανισμών του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας (ΣΕΠΕ) και του ΙΚΑ-ΕΤΑΜ διαπίστωση παραβάσεων που αφορούν την αδήλωτη εργασία, την παράνομη απασχόληση αλλοδαπών ή παραβάσεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, και η έκδοση πράξεων επιβολής προστίμου που αφορούν τις ανωτέρω διαπιστωθείσες παραβάσεις. Για τους φορείς της παραγράφου 1, η επιβολή δεύτερης κύρωσης στον εργολάβο από τα ίδια όργανα θεωρείται υποτροπή...».

14. Κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων της παρ. 6 του άρθρου 68 του Ν 3863/2010, «δεύτερη κύρωση» που επιφέρει τις συνέπειες του νόμου αυτού («καταγγελία της τρέχουσας σύμβασης» και «στέρξη δικαιώματος συμμετοχής σε δημόσιους διαγωνισμούς») δεν μπορεί να συνιστά η δεύτερη απόφαση επιβολής προστίμου που εκδόθηκε στα πλαίσια του ιδίου ελέγχου με την πρώτη απόφαση επιβολής προστίμου και αφορά άλλου είδους παράβαση. «Υποτροπή» κατά την έννοια της διάταξης αυτής συντρέχει όταν ο εργολάβος υποπέσει στην ίδια παράβαση στα πλαίσια διαφορετικού και όχι του ίδιου ελέγχου. Άλλωστε, η έννοια της «υποτροπής» προϋποθέτει ότι δόθηκε στον παραβάτη το χρονικό περιθώριο συμμόρφωσης στις υποδείξεις των ελεγκτικών οργάνων. Τούτο συνάγεται σαφώς από το περιεχόμενο της υποτροπής στο κατ' εξοχήν πεδίο εφαρμογής της, δηλαδή αυτό του ποινικού δικαίου (άρθρο 88 ΠΝ¹⁵), στο πλαίσιο του οποίου αποτελεί λόγο επίταξης της ποινής. Πράγματι, η έννοια της υποτροπής έχει καθαρώς αντικειμενικό χαρακτήρα και στηρίζεται αποκλειστικά στις προηγούμενες καταδίκες του δράστη, εξυπηρετεί δε γενικοποροληπτικούς και ειδικοποροληπτικούς σκοπούς της ποινής, με παράλληλη διασφάλιση της κοινωνίας από τους κινδύνους εκ μέρους υποτρόπων δραστηών¹⁶.

15. «Υποτροπή είναι η κατάσταση στην οποία βρίσκεται όποιος έχει καταδικασθεί σε ποινή στερητική της ελευθερίας άνω των έξι μηνών και μέσα σε πέντε χρόνια από τη δημοσίευση της αμετάκλητης καταδικαστικής αποφάσεως, αν είχε καταδικαστεί για πλημμέλημα, και σε 10 χρόνια, αν είχε καταδικαστεί για κακούργημα, τελεί νέο κακούργημα ή πλημμέλημα από δόλο για το οποίο ο νόμος προβλέπει ποινή φυλακίσεως τουλάχιστον τριών μηνών».

16. Ν. Κουράκη, Ποινικές διατάξεις που παραμένουν ανεφάρμοστες. Ένα κρίσιμο πρόβλημα της αντεγκληματικής πολιτικής, Ποινικός Λόγος, 2001, σ. 2175.

Το ίδιο προκύπτει και από την υπ' αριθ. 20585/25.1.2012 εγκύκλιο του Υπουργείου Εργασίας (ΑΔΑ: ΒΟΖ7Λ-ΤΒΚ) στην οποία αναφέρεται ρητώς ότι «[η] επανάληψη από τον ίδιο εργοδότη *ίδιαις ή συναφούς παράβασης της εργατικής νομοθεσίας*θεωρείται υποτροπή και έχει ως συνέπειακαι τον αποκλεισμό του εν λόγω εργοδότη από δημόσιους διαγωνισμούς...». Τα ανωτέρω επιρρωννύουν και οι ερμηνευτικοί κανόνες της απόφασης 2063/Δ1 632/3.2.2011, Κατηγοριοποίηση παραβάσεων και καθορισμός ύψους προστίμων που επιβάλλονται από τους Επιθεωρητές Εργασίας του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας (ΣΕΠΕ), (ΦΕΚ Β' 266/18.2.2011), στην οποία παρεπέμπε η προαναφερθείσα εγκύκλιος: «*Ως υποτροπή νοείται α) η επιβολή στην ίδια επιχείρηση δύο (2) τουλάχιστον διοικητικών κυρώσεων για παρόμοιες παραβάσεις μέσα σε μία τετραετία, η οποία ξεκινά από τη διενέργεια του ελέγχου, ή β) η έκδοση μίας (1) τουλάχιστον αμετάκλητης καταδικαστικής απόφασης που αφορά την τέλεση αξιόποινης πράξης για παρόμοια παράβαση. Η υποτροπή προκύπτει και από τον συνδυασμό των δύο παραπάνω περιπτώσεων, δηλαδή επιβολή μίας διοικητικής κύρωσης και έκδοση αμετάκλητης καταδικαστικής απόφασης*».

15. Στην υπό κρίση περίπτωση, οι επίμαχες πράξεις επιβολής προστίμου από τον ΣΕΠΕ αφορούσαν καθυστέρηση καταβολής δεδουλευμένων για 3-4 ημέρες και μη τήρηση κανονικού βιβλίου αδειών για 7 από τους υπαλλήλους της εταιρείας (σε σύνολο 350 εργαζομένων). Είναι λοιπόν προφανές ότι δεν πρόκειται καν για συναφείς ή όμοιες παραβάσεις κατά το νόημα της προπαρατεθείσας εγκυκλίου, αλλά για παραβάσεις διαφορετικών διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας, οι οποίες διαπιστώθηκαν στα πλαίσια του ίδιου ελέγχου. Κατά συνέπεια, η εταιρεία δεν μπορεί να θεωρηθεί επ' ουδενί «υπότροπη», ώστε να τεθεί ζήτημα εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 68 παρ. 6 του Ν 3863/2010. Επομένως, το ΔΣ των διασυνδεομένων νοσοκομείων ερμήνευσε και εφήρμοσε εσφαλμένως την οικεία διάταξη, με συνέπεια την ουσιαστική παρανομία της στηριζόμενης στην ως άνω ερμηνεία πράξης του.

Δ. Παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας

16. Σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, που απορρέει από την έννοια και τους θεσμούς του κράτους δικαίου και καθιερώνεται ήδη ρητώς από το Σύνταγμα (άρθρ. 25 παρ. 1), οι επιβαλλόμενοι από τον κοινό νομοθέτη και τη διοίκηση περιορισμοί στην άσκηση των ατομικών δικαιωμάτων πρέπει να είναι μόνον οι αναγκαίοι και να συνάπτονται προς τον υπό του νόμου επιδιωκόμενο σκοπό. Ένα μέτρο που προβλέπεται από διάταξη νόμου ως κύρωση για παράβαση διάταξης, αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας, όταν από το είδος του ή τη φύση του είναι προδήλως ακατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού ή όταν οι δυσμενείς συνέπειες

του μέτρου τελούν σε προφανή δυσαναλογία ή υπερακοντίζουν τον επιδιωκόμενο σκοπό¹⁷. Όσον αφορά, ειδικότερα, τις κυρώσεις που επιβάλλονται για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας, έχει κριθεί ότι η διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 2 του Ν 2556/1997 (ΦΕΚ Α' 270), με την οποία προβλέπεται, ως κύρωση για την παράβαση της υποχρέωσης του εργοδότη να καταχωρίζει τους νεοπροσλαμβανόμενους μισθωτούς στο χρονικό σημείο που επιβάλλει η πιο πάνω διάταξη, η επιβολή προστίμου, το ύψος του οποίου ορίζεται στην κατ' εξουσιοδότηση του νόμου αυτού εκδοθείσα Φ21/500/1998 υπουργική απόφαση, δεν αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας, διότι με αυτή δεν θεσπίζεται μέτρο προδήλως ακατάλληλο, ούτε η προβλεπόμενη κύρωση υπερακοντίζει τον σκοπό του νόμου, ο οποίος αποβλέπει στον κολασμό του παραβάτη και στην αποτροπή από τη διάπραξη στο μέλλον παρόμοιων παραβάσεων. Εξ άλλου, ο προσδιορισμός του ύψους του προστίμου, συνδεδεμένος με τον αριθμό των ακαταχώριστων εργαζομένων και με τον τρόπο υπολογισμού των οφειλομένων ασφαλιστικών εισφορών, στη διασφάλιση καταβολής των οποίων αποβλέπει το εισαγόμενο με τον νόμο σύστημα, και αναγόμενος, κατ' ανώτατο όριο, σε υποπολλαπλάσιο των τεκμαρτών μηνιαίων αποδοχών εργαζομένου, δεν τελεί σε δυσαναλογία με το είδος της παράβασης και τον επιδιωκόμενο με το σύστημα του νόμου σκοπό. Επομένως, η επιβολή προστίμου με τις ανωτέρω διατάξεις δεν αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας¹⁸.

17. Σε αντιδιαστολή προς την επιβολή προστίμου, ο αποκλεισμός εταιρείας από τη συμμετοχή στους δημόσιους διαγωνισμούς για χρονικό διάστημα ενός έτους θέτει σε κίνδυνο τη βιωσιμότητά της και τη δυνατότητά της να ανταποκριθεί στις οικονομικές υποχρεώσεις της προς το σύνολο των εργαζομένων της. Η βαρύτητα της κύρωσης σε σχέση με την ένταση και το εύρος της παράβασης και οι δυσμενείς οικονομικές συνέπειές της συνιστούν υπέρμετρο περιορισμό του συνταγματικού δικαιώματος της οικονομικής ελευθερίας της εταιρείας και τελούν σε προφανή δυσαναλογία με τον επιδιωκόμενο από τον Ν 3863/2010 σκοπό της προστασίας των εργασιακών δικαιωμάτων μέσω του κολασμού των παραβατών της εργατικής νομοθεσίας και της αποτροπής ανάλογης συμπεριφοράς στο μέλλον. Επομένως, ο ως άνω ευρύς, γενικός και χρονικά εκτεταμένος αποκλεισμός από διαγωνιστικές διαδικασίες που αποτελούν το αντικείμενο της επιχειρηματικής δραστηριότητας της εταιρείας κείται εκτός των ορίων που χαράσσει η αρχή της αναλογικότητας¹⁹.

17. ΣτΕ 1799/2012, Ολ 3474/2011, 105/2011, 4182/2005, Ολ 990/2004.

18. ΣτΕ 105/2011, 713/2010, 956/2009.

19. Βλ. ανάλυση της σχετικής νομολογίας σε Κ. Γώγου, Πτυχές του ελέγχου αναλογικότητας στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, ΔτΑ ΙΙΙ/2005, σ. 299· Ε. Θεοχαροπούλου, Εφαρμο-

II. Πράξεις αποκλεισμού από μεταγενέστερους διαγωνισμούς

18. Ως γνωστόν, η ατομική διοικητική πράξη, από την έναρξη της ισχύος της έως την ακύρωσή της με δικαστική απόφαση ή με διοικητική πράξη ή την ανάκλησή ή κατάργησή της ή γενικά την παύση της ισχύος της κατά οποιοδήποτε τρόπο, παράγει όλα τα έννομα αποτελέσματά της και έναντι των διοικητικών αρχών²⁰, ανεξάρτητα από το αν τυχόν έχει νομική πλημμέλεια, η οποία σε περίπτωση προσβολής της με το προβλεπόμενο ένδικο βοήθημα μπορεί να επιφέρει την ακύρωσή της²¹. Πρόκειται για το τεκμήριο νομιμότητας που καλύπτει τη διοικητική πράξη και το οποίο έχει, μεταξύ άλλων, ως συνέπεια ότι ο διοικούμενος ή το διοικητικό όργανο δεν μπορεί να θεωρήσει την πράξη άκυρη ή ανίσχυρη πριν από την ανάκληση ή την ακύρωση ή την κατάργησή της και αν ακόμη έχει ασκηθεί ένδικο βοήθημα για την ακύρωσή της²². Γίνεται, πάντως, δεκτό ότι, σε ορισμένες περιπτώσεις, από τις νομοθετικές διατάξεις προκύπτει η απόλυτη ακυρότητα μιας πράξης διοικητικού οργάνου, που εκδόθηκε κατά παράβαση των διατάξεων αυτών. Στις περιπτώσεις αυτές, η εν λόγω πράξη δεν παράγει έννομα αποτελέσματα και, συνεπώς, δεν καλύπτεται από το τεκμήριο νομιμότητας²³.

19. Θα μπορούσε βασίμως να υποστηριχθεί ότι στην κατηγορία των ανωτέρω πράξεων εμπίπτει η απόφαση του ΔΣ των δισυνδεομένων νοσοκομείων περί γενικού αποκλεισμού της διαγωνιζόμενης εταιρείας από τους δημόσιους διαγωνισμούς, λόγω του προδήλου και ουσιώδους ελαττώματός της (βλ. ανωτέρω, αρ. περ. 7). Κατά συνέπεια, η πράξη αυτή δεν μπορεί να αποτελέσει νόμιμο έρεισμα για την έκδοση άλλων πράξεων, εν προκειμένω δηλαδή πράξεων αποκλεισμού της εταιρείας από άλλους, πλην των προκηρυσσομένων από τα δισυνδεόμενα νοσοκομεία, διαγωνισμούς. Τυχόν επίκληση της πράξης αυτής προς στήριξη μεταγενέστερης πράξης, έχει ως συνέπεια την πλημμέλεια της αιτιολογίας της δεύτερης πράξης. Θα πρέπει, μάλιστα, να τονισθεί ότι με την απόφαση ΣτΕ ΕΑ 867/2005, η Επιτροπή Αναστολών του Συμβουλίου

της Επικρατείας άσκησε παρεμπόδιον έλεγχο πράξης (ειδικότερα, της ανάκλησης πράξης της αναθέτουσας αρχής που ενέκρινε τη διακήρυξη διαγωνισμού), η οποία υπήρξε η αναγκαία προϋπόθεση για την έκδοση των πράξεων τις οποίες αφορούσε η υπό εκδίκαση αίτηση ασφαλιστικών μέτρων. Έκρινε, ειδικότερα, ότι η αντίθετη εκδοχή, σύμφωνα με την οποία οι προσβαλλόμενες πράξεις θα πρέπει να ελεγχθούν μόνο για ίδιες αυτών πλημμέλειες, θα οδηγούσε σε συρρίκνωση της εννοίας της προσωρινής δικαστικής προστασίας κατά τρόπο ανεπίτρεπτο κατά το άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος και αντίθετο προς το πνεύμα του τότε ισχύοντος Ν 2522/1997²⁴.

24. Την προσέγγιση αυτή ακολούθησε και η Δεφθεσ 456/2012 (Τμήμα Δ' - Ακυρωτικό σε Συμβούλιο), η οποία εκδόθηκε επί αιτήσης λήψης ασφαλιστικών μέτρων κατά της απόρριψης της προσφοράς της αιτούσας εταιρείας σε άλλο διαγωνισμό, συνεπεία του 12μηνου αποκλεισμού της από τους δημόσιους διαγωνισμούς. Οι ισχυρισμοί της αιτούσας αφορούσαν τη νομιμότητα του κεφαλαίου της απόφασης περί δωδεκάμηνου αποκλεισμού της από δημόσιους διαγωνισμούς ως προς την οποία προέβλεπε περαιτέρω ότι, συνεπεία της ακυρότητάς της για τους προαναφερόμενους λόγους (α) εκδόθηκε από αναρμόδιο όργανο, αφού τα Νοσοκομεία στα οποία αυτό ανήκει, δεν ήταν αποδέκτες των υπηρεσιών, κατά την προσφορά των οποίων υπέπεσε στις παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που της αποδόθηκαν, β) δεν συντρέχει η προϋπόθεση της υποτροπής, αφού οι δύο παραβάσεις που της αποδόθηκαν είναι διαφορετικές μεταξύ τους και διαπιστώθηκαν κατά τον ίδιο έλεγχο και γ) πριν την έκδοσή της δεν τηρήθηκε ο ουσιώδης τύπος της προηγούμενης ακρόασης], δεν δύναται να αποτελέσει νόμιμο έρεισμα της απόφασης για απόρριψη της προσφοράς της στον επίδικο διαγωνισμό. Το Δικαστήριο έκρινε ότι δεν είναι, καθ' αρχήν, δυνατός ο παρεμπόδιον έλεγχος νομιμότητας της πράξης περί δωδεκάμηνου αποκλεισμού και ότι τέτοιος, άλλωστε, έλεγχος θα γίνει από το Δικαστήριο στο οποίο εκκρεμεί η προσφυγή κατά της απόφασης αποκλεισμού. «Όμως, στην προκείμενη περίπτωση, ενόψει αυστηρώς της ...ιδιάζουσας πλοκής της υπό κρίση υποθέσεως, του αποκλειστικού ερεισμάτος της αποφάσεως περί απορρίψεως της προσφοράς της αιτούσας στην απόφαση περί δωδεκάμηνου αποκλεισμού της από δημόσιους διαγωνισμούς, κυρίως δε ενόψει όσων έγιναν δεκτά με την ως άνω .../2012 απόφαση του Τριμελούς Διοικητικού Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης σε συμβούλιο, ως προς την έκταση και τις συνέπειες του αποκλεισμού της αιτούσας από δημόσιους διαγωνισμούς, ο παρεμπόδιον έλεγχος νομιμότητας του κεφαλαίου της πιο πάνω αποφάσεως, περί του αποκλεισμού της αυτού, δεν είναι, αποκλειστικώς υπό τις ανωτέρω συνθήκες, ανεπίτρεπτος, συνεπώς, οι προαναφερόμενοι ισχυρισμοί προβάλλονται παραδεκτώς και είναι εξεταστέοι. Η αντίθετη εκδοχή, σύμφωνα με την οποία το κεφάλαιο της ως άνω αποφάσεως του Διοικητικού Συμβουλίου των ανωτέρω δισυνδεομένων Νοσοκομείων, περί απορρίψεως της προσφοράς της αιτούσας στον επίδικο διαγωνισμό, πρέπει να ελεγχθεί μόνον για τις ίδιες αυτού πλημμέλειες, θα οδηγούσε σε συρρίκνωση της έννοιας της προσωρινής δικαστικής προστασίας, κατά τρόπο ανεπίτρεπτο κατά το άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος και αντίθετο προς το πνεύμα του Ν 3886/2010 (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 867/2005)».

γές της αρχής της αναλογικότητας. Συνταγματικά και υπερεθνικού δικαίου ζητήματα, σχετικά με την έκταση του ανααιρετικού ελέγχου κατά την επιβολή πολλαπλών τελών για λαθρεμπορική τελωνειακή παράβαση. Απόφαση 990/2004 Ολομέλειας του ΣτΕ, ΔτΑ ΙΙΙ/2005, σ. 227· Σ. Ορφανουδάκη, Οι διοικητικές κυρώσεις για τελωνειακές παραβάσεις λαθρεμπορίας και ο δικαιοδοτικός έλεγχος επιβολής τους. Σχόλιο με αφορμή την Ολομέλεια ΣτΕ 990/2004, ΔτΑ ΙΙΙ/2005, σ. 79.

20. ΣτΕ 264/2005, 2519/1982.

21. ΣτΕ 1544/1992, 2287/1988.

22. ΣτΕ 5059/1988.

23. ΣτΕ 672/1976. Βλ. και Ε. Σηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, ό.π., αρ. περ. 100, 101.

20. Ανεξαρτήτως, πάντως, παρεμπόδιοντος ελέγχου της πράξης γενικού αποκλεισμού της εταιρείας από τους δημόσιους διαγωνισμούς, η αιτιολογία των μεταγενέστερων πράξεων αποκλεισμού της από άλλους, πλην των προκηρυσσομένων από τα διασυνδεδεμένα νοσοκομεία, διαγωνισμούς, είναι ομοίως πλημμελής, εφόσον ερείδεται στους ίδιους λόγους στους οποίους στηρίχθηκε και η πράξη του ΔΣ των διασυνδεδεμένων νοσοκομείων, έστω και χωρίς να παραπέμψει ρητά στην ως άνω πράξη. Τούτο για τον λόγο που εκτίθεται ανωτέρω (υπό Ι. Γ), δηλαδή, επειδή δεν συντρέχει ως προς την αποκλεισθείσα εταιρεία η ουσιαστική προϋπόθεση εφαρμογής του άρθρου 68 παρ. 6 του Ν 3863/2010, καθόσον δεν στοιχειοθετείται η προβλεπόμενη στην εν λόγω νομοθετική διάταξη υποτροπή, όπως διευκρινίσθηκε ανωτέρω (αρ. περ. 13-15).

21. Υπό το πρίσμα των ανωτέρω σκέψεων, συνάγεται το συμπέρασμα ότι η απόφαση με την οποία το ΔΣ των διασυνδεδεμένων νοσοκομείων απέκλεισε την αιτούσα εταιρεία από τους δημόσιους διαγωνισμούς εκδόθηκε από προδήλως αναρμόδιο όργανο και ως τέτοια είναι αυτοδικαίως άκυρη, ή, πάντως, οπωσδήποτε ακυρωτέα για τους λόγους που ήδη

εκτέθηκαν (υπό Ι). Περαιτέρω, αποφάσεις που στηρίζονται στην ίδια, πλημμελή, αιτιολογία, ανεξαρτήτως του αν παραπέμπουν ή όχι στην ως άνω απόφαση, είναι παράνομες και ακυρωτέες²⁵.

25. Η διάταξη του άρθρου 68 παρ. 6 όπως είχε τροποποιηθεί με το άρθρο 24 παρ. 11 του Ν 3996/2011 (ΦΕΚ Α' 170), αντικαταστάθηκε με την παράγραφο 5 άρθρου 22 του Ν 4144/2013 (ΦΕΚ Α' 88), έλαβε τον αριθμό 7 και ορίζει τα εξής: «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 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».





NΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ ΑΕΒΕ

ΑΘΗΝΑ Μαυρομικάλη 23, Τηλ.: 210 3678800 (30 γραμμές), ΑΘΗΝΑ Μαυρομικάλη 2, Τηλ.: 210 3607521,
ΠΕΙΡΑΙΑΣ Φίλωνος 107-109, Τηλ.: 210 4184212, ΘΕΣ/ΝΙΚΗ Φράγκων 1, Τηλ.: 2310 532134,
ΠΑΤΡΑ Κανάρη 28-30, Τηλ.: 2610 361600

www.nb.org • e-mail: info@nb.org