

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 24 Δεκεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 16.11.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1674/17.11.2020 της Εταιρείας Περιορισμένης Ευθύνης με την επωνυμία «...» που εδρεύει ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... (εφεξής αναθέτων φορέας) και

Της παρεμβαίνουσας Εταιρείας Περιορισμένης Ευθύνης με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 5127/2020 Απόφαση (Πρακτικό Νο 465/05.11.2020) του Διοικητικού Συμβουλίου του ..., θέμα 4^ο, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από 15.09.2020 Πρακτικού Νο 1 της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Αποτελεσμάτων του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού η εταιρεία με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» και ήδη παρεμβαίνουσα.

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα εταιρεία αιτείται να γίνει δεκτή η παρέμβασή της, να απορριφθεί η κρινόμενη προσφυγή και να διατηρηθεί σε ισχύ η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 5127/2020 Απόφαση (Πρακτικό Νο 465/05.11.2020) του Διοικητικού Συμβουλίου του ..., θέμα 4^ο, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από 15.09.2020 Πρακτικού Νο 1 της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Αποτελεσμάτων

του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που η παρεμβαίνουσα ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, ο ... ως Αναθέτων Φορέας προκήρυξε Ανοιχτό Διαγωνισμό, με Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ..., η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 17.08.2020, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ..., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την παροχή «ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΥ ΧΕΡΣΑΙΩΝ ΧΩΡΩΝ & ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ...» (CPV: ...), συνολικού προϋπολογισμού τριακοσίων τριάντα χιλιάδων ευρώ (330.000,00 €) πλέον Φ.Π.Α. 24%, με δικαίωμα προαίρεσης μέχρι του ποσού των τριακοσίων εξήντα χιλιάδων ευρώ (360.000,00 €), διάρκειας τριάντα έξι (36) μηνών, με αρχική καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 9^η Σεπτεμβρίου 2020 και ώρα 23:59 μ.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 15^η Σεπτεμβρίου 2020, ημέρα Τρίτη και ώρα 10:00 π.μ. Ακολούθως, δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου 4369/09.09.2020 εγγράφου του αναθέτοντος φορέα, με θέμα: «Παράταση Προθεσμίας Υποβολής Προσφορών», η οποία κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 03.09.2020, οι τελευταίοι ενημερώθηκαν ότι: «Σας ενημερώνουμε ότι λόγω τεχνικού προβλήματος στον Ιστότοπο του ΕΣΗΔΗΣ, η προθεσμία υποβολής προσφορών στο Διαγωνισμό «Καθαρισμός Χερσαίων Χώρων & Εγκαταστάσεων ...» (Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ...), παρατείνεται έως την Πέμπτη 10-09-2020 και ώρα 23:59.». Η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 10.09.2020 και ώρα 20:59:16 μ.μ. την υπ' αριθμ. ... προσφορά της στον ανωτέρω διαγωνισμό και

πλέον με την υπό κρίση προσφυγή της στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. 5127/2020 Απόφασης (Πρακτικό Νο 465/05.11.2020) του Διοικητικού Συμβουλίου του ..., θέμα 4^ο, η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 06.11.2020, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε την 16.09.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή της ότι ο αναθέτων φορέας έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος που ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού η εταιρεία με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» και ήδη παρεμβαίνουσα, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 5127/2020 Απόφαση (Πρακτικό Νο 465/05.11.2020) του Διοικητικού Συμβουλίου του ..., θέμα 4^ο, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από 15.09.2020 Πρακτικού Νο 1 της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Αποτελεσμάτων του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού η εταιρεία με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» και ήδη παρεμβαίνουσα και κάθε άλλη συναφής προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξη ή παράλειψη του αναθέτοντος φορέα.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου ...), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 16.11.2020 αποδεικτικού εξόφλησης ...,

Αριθμός Απόφασης:78 /2021

ποσού χιλίων εξακοσίων πενήντα ευρώ (1.650,00 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, ο επίμαχος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 18.11.2020, ο Αναθέτων Φορέας προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.

11. Επειδή, παραδεκτά και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στις 23.11.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., η από 23 Νοεμβρίου 2020 παρέμβαση της Εταιρείας Περιορισμένης Ευθύνης με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, η δε παρεμβαίνουσα, έχει προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της ως άνω προδικαστικής προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της διαμορφωθείσας κατάστασης, δεδομένου ότι έχει ήδη ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού. Επομένως, η ασκηθείσα, κατά τα

ανωτέρω παρέμβαση, πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

12.Επειδή, ο Αναθέτων Φορέας, προσκλήθηκε, από την Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 1980/17.11.2020 Πράξης της «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Περί Απόψεων Επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 17.11.2020 και υπέβαλε στις 20.11.2020, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις του, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

13.Επειδή, η προσφεύγουσα, βάσει του άρθρου 365 παρ. 1, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019 και ισχύει, υπέβαλε εμπρόθεσμα και παραδεκτά, στις 18.12.2020 μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού και προς αντίκρουση των απόψεων του αναθέτοντος φορέα και των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας εταιρείας, το από 18.12.2020 υπόμνημά της.

14.Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και υπέβαλε παραδεκτά προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό, η οποία έγινε αποδεκτή και κατετάγη δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας με τιμή προσφοράς διακοσίων ενενήντα εννέα χιλιάδων επτακοσίων είκοσι οκτώ ευρώ και τριάντα οκτώ λεπτών (299.728,38 €), έναντι τιμής προσφοράς διακοσίων ογδόντα πέντε χιλιάδων εκατόν εξήντα τριών ευρώ και εξήντα δύο λεπτών (285.163,62 €) της παρεμβαίνουσας και προσωρινής αναδόχου του διαγωνισμού, όπως αναφέρεται στον συνημμένο στο από 15.09.2020 Πρακτικό Νο1 της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Αποτελεσμάτων του Διαγωνισμού Πίνακα Συμμετεχόντων κατά Σειρά Μειοδοσίας, ο οποίος επισυνάπτεται και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της προσβαλλόμενης απόφασης, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση

βλάβης και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. 5127/2020 Απόφασης (Πρακτικό Νο 465/05.11.2020) του Διοικητικού Συμβουλίου του ..., θέμα 4^ο, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από 15.09.2020 Πρακτικού Νο 1 της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Αποτελεσμάτων του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού η εταιρεία με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» και ήδη παρεμβαίνουσα. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα εταιρεία θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της στην εσφαλμένη αποδοχή της προσφοράς έτερων προσφερόντων και εν προκειμένω στη ζημία που υφίσταται από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και δη της παρεμβαίνουσας, όπως αυτή αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς της (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

Νομίμως και παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

15. Επειδή, εφαρμοστέος στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ο Ν. 4412/2016 και ιδίως το άρθρο 253 «Αρχές που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων» (άρθρο 36 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), το άρθρο 281 «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης», το άρθρο 282 «Τεχνικές προδιαγραφές» (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), το άρθρο 308 «Κανόνες που εφαρμόζονται σε περίπτωση χρήσης των κριτηρίων αποκλεισμού και ποιοτικής επιλογής του Βιβλίου Ι» (παρ. 3 του άρθρου 80 και υποπαράγραφος 2 της παρ. 1, καθώς και υποπαράγραφος 2 της παρ. 2 του άρθρου 79 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), το άρθρο 310 «Συμπλήρωση – αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» (άρθρο 76 παρ. 4 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) και το άρθρο 315 «Ειδικοί κανόνες διεξαγωγής διαδικασίας».

16.Επειδή, περαιτέρω, εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις της διακήρυξης του διαγωνισμού, όπως τις επικαλούνται η προσφεύγουσα, η παρεμβαίνουσα και ο αναθέτων φορέας.

17.Επειδή, όπως συνάγεται από τη ρητή διατύπωση των άρθρων 36, 42, 60 και 76 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, (ενδεικτικά) τις σκέψεις 52 και 95 της ίδιας Οδηγίας, αλλά και τα αντίστοιχα άρθρα 253, 262, 282 και 301 του Ν. 4412/2016, οι αναθέτοντες φορείς κατά τη διεξαγωγή των διαγωνιστικών διαδικασιών ενώπιόν τους, οφείλουν να αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα, χωρίς αδικαιολόγητες διακρίσεις και να ενεργούν κατά την άσκηση των καθηκόντων τους με τρόπο διαφανή και αναλογικό.

18.Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του Διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού (ΕΑ ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό Διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του Διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον Διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της Προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣΤΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο Διαγωνισμό και κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για δικαιολογητικά μη απαιτούμενα

από τη Διακήρυξη (ΣΤΕ 18/2011, ΣΤΕ 19/2011, ΣΤΕ 3703/2010, ΣΤΕ 1616/2008, ΕΑ ΣΤΕ 254/2008 κλπ).

19. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει όλους τους δημόσιους Διαγωνισμούς, η παράβαση ουσιαστών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (Ολομ. ΣΤΕ 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕλΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI). Ομοίως, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27). Περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της Διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους Αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (ΕλΣυν 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της Διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαϊκού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο Διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού

κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της Διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του Διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του Διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000 και VI Τμήμα ΕΛΣυν 78/2007). Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις που η Διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή αποκλεισμού (ΕΑ ΣΤΕ 79/2009, πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 26/2007 κ.ά., βλ. και Γνμδ ΝΣΚ 70/2002 που ορίζει ότι σε περίπτωση που η ίδια η Διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «*με ποινή αποκλεισμού...*», «*με ποινή απαραδέκτου οι συμμετέχοντες πρέπει...*» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της. Το ίδιο αφορά προφανώς και τη διαπίστωση της συνδρομής των τεχνικών προδιαγραφών, αλλά και των δικαιολογητικών συμμετοχής, τα οποία προβλέπονται ως όροι επί ποινή αποκλεισμού από τη Διακήρυξη.

20.Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία με τον μοναδικό λόγο προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς, στις σελ. 5-11 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «11) ΛΟΓΟΙ ΑΚΥΡΩΣΗΣ», ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι μη νόμιμη και άρα ακυρωτέα, κατά το μέρος που με αυτήν έγινε αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας και ανακηρύχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού. Συγκεκριμένα, προβάλλει η προσφεύγουσα εταιρεία ότι, σύμφωνα με τις επικαλούμενες από αυτήν διατάξεις του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού: «*[...]. Με βάση τους ανωτέρω όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, η οικονομική προσφορά που υπέβαλε η ανακηρυχθείσα ανάδοχος παρουσιάζει τις εξής πλημμέλειες:*

Αριθμός Απόφασης:78 /2021

1. Αναφορικά με τον αριθμό και τις ώρες εργασίας των εργαζομένων στην οικονομική της προσφορά έχει περιλάβει τα εξής:

α) Αριθμός εργαζομένων: 6 + 2 (για πρόσθετη εργασία Σαββάτου-Κυριακής-Αργιών στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 1, παρ. Β.3)

β) Ημέρες και ώρες εργασίας: Δευτέρα έως Παρασκευή, με βάρδιες 06:00-22:00, και κατά περίπτωση 4 ώρες απασχόλησης τις ημέρες Σάββατο-Κυριακή-Αργίες (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι, παρ. Β.3)»

Από την αντιπαραβολή των ως άνω στοιχείων της οικονομικής προσφοράς της ανακηρυχθείσας αναδόχου με τους ως άνω παρατιθέμενους όρους της διακήρυξης και τις παρασχεθείσες διευκρινίσεις του αναθέτοντος φορέα, συνάγεται ευχερώς ότι η ως άνω εταιρεία δεν έχει προσδιορίσει τις ώρες εργασίας των 5 + 1 εργαζομένων που θα απασχοληθούν για την παροχή των υπηρεσιών, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης. Συνεπώς, η οικονομική προσφορά της αποκλίνει από τους όρους της διακήρυξης και εξ αυτού του λόγου είναι απορριπτή.

2) Επίσης, με βάση τους ανωτέρω όρους και τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης (αριθμό των εργαζομένων, ώρες απασχόλησης κ.λ.π.), το ελάχιστο νόμιμο εργατικό και ασφαλιστικό κόστος για την παροχή των ειρημμένων υπηρεσιών ανέρχεται σε 91.504,20 € ήτοι, εργατικό 72.220,27 € και ασφαλιστικό 19.283,93 €. Η ανάλυση του ελάχιστου νόμιμου εργατικού και ασφαλιστικού κόστους έχει υποβληθεί στο παράρτημα τα παρούσης.

Όπως συνάγεται από το περιεχόμενο της οικονομικής προσφοράς που υπέβαλε η ανακηρυχθείσα ανάδοχος έχει υπολογίσει το ποσό των 81.224,43 € ήτοι, εργατικό 63.929,84 € + ασφαλιστικό 17.294,59 €. Από τα ανωτέρω εκτεθέντα συνάγεται ότι το ποσό τούτο (81.224,43 €), που υπολόγισε, υπολείπεται του ποσού των 91.504,20 €, το οποίο σύμφωνα με την ισχύουσα κείμενη εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία αντιστοιχεί στο ελάχιστο νόμιμο εργατικό/ασφαλιστικό κόστος και ως εκ τούτου η προσφορά αυτή είναι ζημιογόνος κατά την έννοια των διατάξεων του νόμου και της διακήρυξης, και κατ' επέκταση απορριπτή.

Παρά ταύτα, η αναθέτουσα αρχή δέχθηκε ως παραδεκτή και σύμφωνη με το νόμο και τη διακήρυξη την προσφορά της ως άνω εταιρείας. Όμως η κρίση αυτή της αναθέτουσα αρχής δεν φέρει την απαιτούμενη από το νόμο νόμιμη ειδική αιτιολογία, με την οποία έκανε αποδεκτή την προσφορά αυτή και για το λόγο αυτό υπάγεται στον έλεγχο της Α.Ε.Π.Π. ως προς την τήρηση εκ μέρους της των γενικών όρων διεξαγωγής και των ληπτέων υπ' όψη στοιχείων, που οι όροι της διακήρυξης καθώς και η γενική αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων καθερώνουν για τη σχετική αξιολογική διαδικασία. Με τα δεδομένα αυτά, η διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, δεν είναι ανέλεγκτη αλλά υπάγεται στον έλεγχο της Α.Ε.Π.Π. για την υπέρβαση των άκρων ορίων (Δ.Εφ.Αθ. 312/2015, Α.Ε.Π.Π. 421 – 422/2020). [...].». Επί του ίδιου ως άνω μοναδικού λόγου προσφυγής, ο αναθέτων φορέας, με τις με αριθμό πρωτοκόλλου 5723/20.11.2020 Απόψεις του, οι οποίες κοινοποιήθηκαν αυθημερόν μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., υποστηρίζει ότι: «[...]. Α. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟΝ ΠΡΟΒΑΛΛΟΜΕΝΟ ΛΟΓΟ ΤΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ Ως μοναδικός λόγος της υπό κρίση Προσφυγής προβάλλεται – κατ' εκτίμηση του περιεχομένου της – ότι ο συμμετέχων στον διαγωνισμό οικονομικός φορέας και ανακηρυχθείς προσωρινός Ανάδοχος “...” έχει υποβάλει οικονομική προσφορά που υπολείπεται του ελάχιστου νόμιμου εργατικού/ασφαλιστικού κόστους και ως εκ τούτου η εν λόγω προσφορά τυγχάνει απορριπτέα, σύμφωνα με τα ειδικότερα αναφερόμενα στο κείμενο αυτής (Προδικαστικής Προσφυγής).

Ο εν λόγω ισχυρισμός τυγχάνει αβάσιμος, άλλως δεν μπορεί να αξιολογηθεί ως λόγος αποκλεισμού της προαναφερθείσας επιχείρησης “...”, κατά το στάδιο της συμμετοχής αυτής στον διαγωνισμό, καθόσον:

Στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, την 3η Σεπτεμβρίου 2020, υποβλήθηκε από οικονομικό φορέα ενδιαφερόμενο να συμμετάσχει στον διαγωνισμό, με επωνυμία “...», το εξής ερώτημα:

«... 2. Στην σελ. 33 (εννοεί της Διακήρυξης) αναφέρεται:

Ο ανάδοχος οφείλει να προσκομίσει τις κατάλληλες/προβλεπόμενες διοικητικές άδειες κατά την έναρξη ισχύος της σύμβασης στον ..., ήτοι:

- χειριστή σαρώθρου,

Αριθμός Απόφασης:78 /2021

- οδηγού απορριμματοφόρου/υδροφόρου οχήματος και
- οδηγού φορτηγού ανοιχτής καρότσας.

Παρακαλώ όπως μας διευκρινίσετε αν θα είναι το ίδιο άτομο που θα οδηγεί τα παραπάνω μηχανήματα και σε ποια συχνότητα».

Αντίστοιχα, η διευκρινιστική απάντηση της Υπηρεσίας της ... - η οποία κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες στον διαγωνισμό στις 4/9/2020, χωρίς οποιαδήποτε περαιτέρω αμφισβήτηση του περιεχομένου της – ήταν η εξής:

«Ο αριθμός των εργαζομένων από το προσωπικό καθαριότητας που θα μπορεί να χειρίζεται τα οχήματα – μηχανήματα, αποτελεί επιλογή του Αναδόχου. Σε κάθε περίπτωση ο οδηγός-χειριστής ή οι οδηγοί – χειριστές θα πρέπει να διαθέτουν τις προβλεπόμενες άδειες. Η συχνότητα κίνησης των οχημάτων – μηχανημάτων εξαρτάται από τις τρέχουσες κάθε φορά συνθήκες (φόρτος εργασίας, καιρικές συνθήκες κλπ)».

Περαιτέρω, μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό οικονομικών φορέων, ο Πίνακας Συμμετεχόντων Κατά Σειρά Μειοδοσίας διαμορφώθηκε ως εξής:

ΠΙΝΑΚΑΣ ΣΥΜΜΕΤΕΧΟΝΤΩΝ ΚΑΤΑ ΣΕΙΡΑ ΜΕΙΟΔΟΣΙΑΣ

A/A	A/A κατάθεσης	Επωνυμία Προσφέροντα	Τιμή Προσφοράς για τρία (3) έτη (πλέον ΦΠΑ)
1	285.163,62€
2	299.728,38€
3	329.828,22€

Στο πλαίσιο αυτό, η Επιτροπή Διαγωνισμού προκειμένου να διαπιστώσει εάν οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων είναι άρτιες και σύμφωνα με την εργατική νομοθεσία ζήτησε από τους συμμετέχοντες διευκρινήσεις σχετικά με τον υπολογισμό των ετήσιων νόμιμων αποδοχών και τον τρόπο κάλυψης των αδειών των εργαζομένων τους.

Με το υποβληθέν έγγραφο διευκρινίσεων, ο οικονομικός φορέας με επωνυμία "...", προσδιορίζει ότι με βάση τον αριθμό των μηχανημάτων που ο ανάδοχος οφείλει να παρέχει (μηχανοκίνητο σάρωθρο, απορριμματοφόρο όχημα και

φορτηγό ανοιχτής καρότσας), θα απασχολεί τρεις εργαζόμενους με την ιδιότητα του χειριστή-οδηγού. Οι εν λόγω εργαζόμενοι θα λαμβάνουν τον νόμιμο κατώτατο μηνιαίο μισθό των €650,00, πλέον των εργοδοτικών εισφορών που προβλέπονται για αυτούς (χειριστές-οδηγούς).

Με βάση τις παραπάνω διευκρινίσεις, το μισθολογικό – ασφαλιστικό κόστος για τους συγκεκριμένους εργαζόμενους είναι συμβατό με τις προβλέψεις της εργατικής νομοθεσίας.

Περαιτέρω, όσον αφορά στους υπόλοιπους εργαζόμενους (καθαριστές) οι απολαβές τους – οι οποίες υπολογίζονται με βάση το κατώτατο βασικό ημερομίσθιο των 29,04€ - ομοίως είναι σύμφωνες με τις προβλέψεις της εργατικής νομοθεσίας.

Τέλος, όσον αφορά στην κάλυψη των ημερών κανονικής αδειάς των υπαλλήλων της, η “...” παρείχε τις εξής διευκρινίσεις: «Αναφορικά με την κάλυψη των ημερών κανονικής αδειάς των υπαλλήλων που διαθέτουμε για την εκτέλεση της υπόψη σύμβασης, σας γνωρίζουμε ότι αυτές θα καλυφθούν από προσωπικό της εταιρίας μας

Εν προκειμένω η εταιρία μας, η οποία απασχολεί τουλάχιστον 120 άτομα, διαθέτει προσωπικό ανάλογων ειδικοτήτων (καθαρίστριες, χειριστές, οδηγούς, εργάτες κ.λ.π.), όπως προκύπτει και από τις δηλωθείσες καταστάσεις προσωπικού στην Επιθεώρηση Εργασίας (οι οποίες είναι στη διάθεση της Υπηρεσίας σας αν ζητηθούν επιπρόσθετα), οι οποίοι θα καλύψουν κάθε περίπτωση πιθανής απουσίας, αλλά και θα αναπληρώσουν κατά την περίοδο λήψης της κανονικής αδειάς, το προσωπικό που θα διαθέσουμε στην ...

Ως εκ τούτου δεν επιβαρύνεται η προσφορά μας με πρόσθετο οικονομικό κόστος αναπλήρωσης αδειών για τα άτομα που θα καλύψουν τις ημέρες κανονικής αδειάς των τεσσάρων (4) εργατών καθαριότητας, των δύο (2) καθαριστριών και των δύο (2) ατόμων για πρόσθετη εργασία Σαββάτου- Κυριακής- Αργιών, αφού το κόστος αναπλήρωσης απορροφάται από την εταιρία μας, η οποία δύναται να απασχολήσει στην προκειμένη εργολαβία προσωπικό που ήδη απασχολεί στα πλαίσια των δραστηριοτήτων της. Σε κάθε περίπτωση, θα προσκομίζεται στην εταιρία σας η κατάσταση με τα άτομα που θα αναπληρώνουν τους εξαρχές

δηλωμένους υπαλλήλους μας για την εκτέλεση της υπόψη σύμβασης, στις ανωτέρω περιπτώσεις».

Με αυτό το περιεχόμενο διευκρινίσεων, δεν προκύπτει εκ μέρους της συγκεκριμένης συμμετέχουσας παραβίαση προβλέψεων της εργατικής νομοθεσίας, ούτε αντίθεση της προσφοράς της σε σαφή αντίθετο όρο της Διακήρυξης του διαγωνισμού, που να οδηγεί αξιωματικά σε απόρριψη αυτής.

Αντίστοιχα, σε περίπτωση κήρυξης της “...” σε οριστικό ανάδοχο πριν από κάθε μηνιαία πληρωμή θα ζητούνται τα αντίστοιχα δικαιολογητικά απόδειξης της τήρησης της εργατικής νομοθεσίας (π.χ. Αναλυτικές Περιοδικές Δηλώσεις), εφόσον δε διαπιστωθεί παράβαση της τελευταίας, η εξέλιξη αυτή θα αντιμετωπιστεί βάση των συμβατικών προβλέψεων.

Με βάση τα προεκτεθέντα (και με την επιφύλαξη υποβολής εκ μέρους της ... πρόσθετων-συμπληρωματικών απόψεων επί του συγκεκριμένου λόγου της υπό κρίση Προσφυγής), η άποψή μας συγκεκριμενιστικά είναι ότι η προσφορά της “...” δεν αντίκειται σε σαφή όρο της Διακήρυξης του διαγωνισμού, ούτε στις προβλέψεις της εργατικής νομοθεσίας για το νόμιμο μισθοδοτικό/ασφαλιστικό κόστος και συνεπώς στην προκείμενη περίπτωση δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού αυτής από την διαγωνιστική διαδικασία. [...].». Ομοίως, επί του ίδιου ως άνω μοναδικού λόγου προσφυγής, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει στις σελ. 4-11 της ασκηθείσας παρέμβασής της, ότι αυτός είναι απορριπτέος ως αβάσιμος και ανυποστήριχτος για τους λόγους που αναλυτικά εκθέτει στις οικείες σελίδες της παρέμβασής της.

21. Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών και κατόπιν ενδεδειγμένης μελέτης του φακέλου της υπόθεσης, πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα. Όπως ορθά υποστηρίζουν τόσο ο αναθέτων φορέας όσο και η παρεμβαίνουσα και σύμφωνα με το εκτεθέν ανωτέρω ιστορικό, στο οποίο ομολογεί και δεν αμφισβητεί ούτε και η προσφεύγουσα, κατόπιν αιτήματος διευκρίνισης που υποβλήθηκε από έτερο οικονομικό φορέα στις 03.09.2020 και απαντήθηκε από τον αναθέτοντα φορέα, δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου

4272/04.09.2020 εγγράφου του, με θέμα: «Παροχή Διευκρινίσεων», όπως αυτό κοινοποιήθηκε μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 04.09.2020, δόθηκε η ακόλουθη διευκρίνιση: «Ερώτημα: *«Στην σελ. 33 αναφέρεται:*

Ο ανάδοχος οφείλει να προσκομίσει τις κατάλληλες/προβλεπόμενες διοικητικές άδειες κατά την έναρξη ισχύος της σύμβασης στον ..., ήτοι:

- χειριστή σαρώθρου,*
- οδηγού απορριμματοφόρου/υδροφόρου οχήματος και*
- οδηγού φορτηγού ανοιχτής καρότσας.*

Παρακαλώ όπως μας διευκρινίσετε αν θα είναι το ίδιο άτομο που θα οδηγεί τα παραπάνω μηχανήματα και σε ποια συχνότητα.»

Απάντηση: *Ο αριθμός των εργαζομένων από το προσωπικό καθαριότητας που θα μπορεί να χειρίζεται τα οχήματα – μηχανήματα, αποτελεί επιλογή του Αναδόχου. Σε κάθε περίπτωση ο οδηγός-χειριστής ή οι οδηγοί – χειριστές θα πρέπει να διαθέτουν τις προβλεπόμενες άδειες. Η συχνότητα κίνησης των οχημάτων – μηχανημάτων εξαρτάται από τις τρέχουσες κάθε φορά συνθήκες (φόρτος εργασίας, καιρικές συνθήκες κλπ). [...].».* Υπό την έννοια αυτή, πρέπει να γίνει δεκτό ότι, όπως δέχεται η θεωρία και έχει κριθεί και από την Α.Ε.Π.Π. (βλ. ΑΕΠΠ 240/2017, 5/2018, 450, 452/2020 και 467/2020), οι βεβαιωτικές πράξεις εκδίδονται συνήθως μετά από αίτηση του διοικούμενου και επαναλαμβάνουν προηγούμενες πράξεις της διοίκησης, χωρίς να έχει μεσολαβήσει νέα ουσιαστική έρευνα από την πλευρά των διοικητικών οργάνων και αρχών. Οι πράξεις αυτές στερούνται εκτελεστότητας, με αποτέλεσμα ο διοικούμενος να μην μπορεί να τις προσβάλει δικαστικά ή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., αφού εκτελεστή είναι μόνον η αρχική πράξη επί της οποίας βασίστηκαν. Οι βεβαιωτικές πράξεις, απλώς επιβεβαιώνουν ήδη υπάρχουσα ρύθμιση και δεν προσβάλλονται ενώπιον των δικαστηρίων, δεδομένου ότι βασική προϋπόθεση του παραδεκτού της αίτησης ακύρωσης ή της προσφυγής κατά πράξεων της διοίκησης αποτελεί ο εκτελεστός χαρακτήρας της προσβαλλόμενης πράξης (Αν. Τάχου Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, σελ. 637). Περαιτέρω, κατά πάγια νομολογία, δεν έχουν εκτελεστό χαρακτήρα οι

βεβαιωτικές πράξεις των διοικητικών οργάνων, ήτοι οι διοικητικές πράξεις οι οποίες εκδίδονται χωρίς νέα ουσιαστική έρευνα και αποτελούν επιβεβαίωση της αρχικής πράξεως της Διοικήσεως (βλ. ΣτΕ 1390/2012, 3201/2009, 575/2008, 4596/2006, 1117/2005, 3762/2003, 296/2001, 3217/2000, 1968/2000 κλπ.) και δηλώνουν εμμονή της Διοικήσεως σε προγενέστερη ρύθμιση (βλ. ΣτΕ 1718/1977, 340/83, 2619/1986, 2771/2011). Όπου η διοίκηση επιβεβαιώνει απλώς προηγούμενη ρύθμιση δεν πρόκειται για νέα πράξη, έστω και αν εκδόθηκε από προϊστάμενη αρχή της εκδούσας, κατόπιν άσκησης κοινής ιεραρχικής προσφυγής (βλ. Δαγτόγλου Π., Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, αρ. 522). Οι βεβαιωτικές πράξεις εκδίδονται συνήθως ύστερα από νέα αίτηση του διοικούμενου για το ίδιο θέμα ή άσκηση αίτησης θεραπείας ή ιεραρχικής προσφυγής (βλ. Επ. Σπηλιωτόπουλου, «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», σελ. 125). Η προσβολή με προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 επ. του Ν. 4412/2016 των ως άνω μη εκτελεστών διοικητικών πράξεων είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη, καθώς οι ως άνω βεβαιωτικές πράξεις δεν έχουν τον χαρακτήρα διοικητικής πράξης. Ως εκ τούτου, εκτελεστή διοικητική πράξη, η οποία μπορεί να προσβληθεί αυτοτελώς δικαστικά και ενώπιον της Αρχής είναι μόνο η πράξη της αναθέτουσας, με την οποία τροποποιούνται ή εισάγονται για πρώτη φορά στοιχεία που δεν είχαν καταστεί γνωστά στους οικονομικούς φορείς με προηγούμενη πράξη της διοίκησης, διαφοροποιούν το περιεχόμενο της και κατά αυτή την έννοια, εισάγουν νέα στοιχεία ή/και αιτιολογία, βλαπτικά και άρα προσβλητέα εκ μέρους του οικονομικού φορέα (βλ. και ΑΕΠΠ 15/2020).

22.Επειδή, ακολούθως, όπως έχει κριθεί και από τη νομολογία (βλ. και ΑΕΠΠ 195/2020), η πράξη περί παροχής διευκρινίσεων αποτελεί πράξη εκτελεστή, υποκείμενη σε προσφυγή του άρθρου 4 του Ν. 3886/2010 (σύμφωνα με το παλαιό νομοθετικό πλαίσιο) και πλέον σε προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 επ. του Ν. 4412/2016, εφόσον δε δεν αμφισβητηθεί η νομιμότητά της, οι παρεχόμενες με αυτήν διευκρινίσεις εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακηρύξεως, στους οποίους αναφέρονται (ΕΑ ΣτΕ 190/2015, 108/2015,

55/2015, 44/2015, 92/2014, 254/2012, 45/2008, ΔΕφΑθ (αναστ.) 451/2014, 437/2013 αλλά και Δημήτριο Γ Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 340). Ως εκ τούτου, εκτελεστή διοικητική πράξη, η οποία μπορεί να προσβληθεί αυτοτελώς δικαστικά και ενώπιον της Αρχής είναι και η πράξη της αναθέτουσας αρχής, με την οποία τροποποιούνται όροι της διακήρυξης ή εισάγονται για πρώτη φορά στοιχεία που δεν είχαν καταστεί γνωστά στους οικονομικούς φορείς με το αρχικό κείμενο της διακήρυξης, διαφοροποιούν το περιεχόμενό της και κατά αυτή την έννοια, καθίστανται μέρος αυτής από την γνωστοποίηση των διευκρινίσεων στους οικονομικούς φορείς του διαγωνισμού, οπότε και πλέον αποτελούν μέρος του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού (βλ. ΑΕΠΠ 240/2017, 5/2018, 450, 452/2020 και 467/2020). Περαιτέρω έχει κριθεί (βλ. και ΑΕΠΠ 202/2019 με εισηγήτρια Χρυσάνθη Ζαράρη) ότι, μόνο όταν με τις διευκρινίσεις αίρονται ανακρίβειες ή ασάφειες όρων ή μνημονευόμενων στη διακήρυξη στοιχείων αυτές συνιστούν πράξη εκτελεστή (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 473/2010, 758, 45/2008, 952/2007), καθώς οι εν θέματι διευκρινίσεις δεν επιβεβαιώνουν το περιεχόμενο της διακήρυξης, αλλά το αποσαφηνίζουν παρέχοντας κάποιο κρίσιμο νέο στοιχείο που επηρεάζει τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς των συμμετεχόντων (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 474/2005, 532/2004). Συνεπώς, όπως ήδη εκτέθηκε, η παροχή διευκρινίσεων εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα, με το ανωτέρω περιεχόμενο, πράγματι αποτελεί πράξη εκτελεστή υποκείμενη αυτοτελώς σε προσφυγή του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και εφόσον δεν προσβληθεί επικαίρως από τους διαγωνιζόμενους, καθίσταται περιεχόμενο του διαγωνισμού. Όπως λοιπόν, προέκυψε από το ιστορικό της φερόμενης προς κρίση υπόθεσης, ο αναθέτων φορέας, πράγματι παρείχε τις αναγκαίες διευκρινίσεις επί των όρων της διακήρυξης, οι οποίες αίρουν τις διαπιστωθείσες ανακρίβειες ή ασάφειες, όπως είχαν διατυπωθεί στο αρχικό περιεχόμενο του. Προσέτι, όπως επίσης προκύπτει από το ιστορικό της υπόθεσης, η προσφεύγουσα ουδέποτε αμφισβήτησε ή στράφηκε κατά των ανωτέρω διευκρινίσεων που παρείχε ο αναθέτων φορέας, ούτε υπέβαλε κάποιο υπόμνημα προς αντίκρουσή τους και έτσι, ως προς τον επίμαχο όρο του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα αποδέχθηκε

το σύνολο των όρων της διακήρυξης, όπως αυτοί διευκρινίστηκαν από τον αναθέτοντα φορέα.

23.Επειδή, ακολούθως και σε συνέχεια της ανωτέρω παρασχεθείσας διευκρίνισης, ο αναθέτων φορέας, αιτήθηκε περαιτέρω την παροχή διευκρινίσεων επί των οικονομικών προσφορών που είχαν υποβληθεί από έκαστο διαγωνιζόμενο και μετά την αποσφράγιση αυτών, δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου 4794/02.10.2020 εγγράφου του, το οποίο κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 02.10.2020 και του οποίου το ακριβές περιεχόμενο είχε ως εξής: *«Αναφορικά με τον εν θέματι διαγωνισμό παρακαλώ όπως μας αποστείλετε εντός τριών (3) εργάσιμων ημερών, διευκρινήσεις σχετικά με τον υπολογισμό των ετήσιων νόμιμων αποδοχών των εργαζομένων, σύμφωνα με την ισχύουσα εργατική νομοθεσία. Συγκεκριμένα να μας αναλύσετε τις ημέρες και ώρες του εκάστου μισθωτού, καθώς επίσης εάν η απασχόληση των μισθωτών τα Σάββατα, Κυριακές και Αργίες, που είναι υποχρέωση του αναδόχου για τον καθαρισμό του παραλιακού μετώπου (Παράρτημα Ι/κεφ.Β/παρ.3 της Διακήρυξης), θα αποτελούν 6η μέρα απασχόλησης εντός της εβδομάδος ή εάν θα λαμβάνουν ρεπό εντός της εβδομάδος προκειμένου να απασχοληθούν τα Σαββατοκύριακα και τις αργίες. Επιπρόσθετα θα θέλαμε να μας διευκρινίσετε πως θα καλύπτονται οι ημέρες κανονικής αδειάς των υπαλλήλων σας.»*. Η παρεμβαίνουσα, όπως εξάλλου και οι λοιποί υποψήφιοι, συμμορφούμενη με το ως άνω αίτημα, πράγματι υπέβαλε στις 05.10.2020, μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού το από 05.10.2020 έγγραφό της με θέμα: *«Παροχή Διευκρινίσεων Οικονομικής Προσφοράς Για Τον Καθαρισμό Χερσαίων Χώρων & Εγκαταστάσεων ...»*, επισυνάπτοντας παράλληλα στο απαντητικό έγγραφό της και σχετικό πίνακα ανάλυσης των αποδοχών του προτεινόμενου από αυτήν προσωπικού ανά έτος από 01.10.2020 έως και 30.09.2023. Η δοθείσα διευκρίνιση εκ μέρους της παρεμβαίνουσας είχε ως εξής: *«Σχετικά με τον προγραμματισμό εργασίας των απασχολούμενων στο έργο σας, σας γνωρίζουμε ότι οι τρεις απασχολούμενοι στην καθαριότητα*

(χειριστές και οδηγοί) θα εργάζονται από Δευτέρα ως Παρασκευή, με 8ωρη πλήρη απασχόληση, και το κόστος των αποδοχών τους είναι υπολογισμένο με τον νόμιμο κατώτατο μισθό των 650,00€ (όπως ο πίνακας με το κόστος αναλυτικά διατυπωμένο).

Ο ένας εργάτης καθαριότητας και η μία καθαρίστρια θα εργάζονται με πλήρη απασχόληση 8ωρη από Δευτέρα ως Παρασκευή και το κόστος μισθοδοσίας τους έχει υπολογισθεί με το κατώτατο βασικό ημερομίσθιο των 29,04€ (όπως ο πίνακας με το κόστος αναλυτικά διατυπωμένο).

Μία καθαρίστρια θα εργάζεται από Δευτέρα ως Παρασκευή με 8ωρη απασχόληση και το κόστος μισθοδοσίας της έχει υπολογισθεί με την αναλογία του βασικού ημερομισθίου 26,14€ (ωρομίσθιο βασικό 4,36€) (όπως ο πίνακας με το κόστος αναλυτικά διατυπωμένο).

Για τον καθαρισμό του παραλιακού μετώπου τα Σάββατα, τις Κυριακές και τις αργίες θα απασχοληθούν 2 επιπλέον άτομα με 4ωρη απασχόληση, για τα οποία υπολογίστηκε το κόστος της μισθοδοσίας με βασικό ημερομίσθιο κατ' αναλογία του ημερομισθίου πλήρους απασχόλησης δηλ.17,44€ (ωρομίσθιο 4,36€) και υπολογίστηκαν και οι προσαυξήσεις των Κυριακών και επίσημων αργιών κατά έτος (όπως ο πίνακας με το κόστος αναλυτικά διατυπωμένο).

Τα ανωτέρω κόστη προσδιορίζονται με βάση ετήσιο υπολογισμό (επί των τριών της σύμβασης), όπως απαιτείται από τη διακήρυξη, αρχής γενομένης ενδεικτικά από 1/10/2020, λαμβάνοντας ως βάση υπολογισμού την ημερομηνία που τυπικά λήγει η προηγούμενη εξάμηνη σύμβαση για τον καθαρισμό χερσαίων χώρων & εγκαταστάσεων ..., που έχει συνάψει η ...

Αναφορικά με την κάλυψη των ημερών κανονικής αδειάς των υπαλλήλων που διαθέτουμε για την εκτέλεση της υπόψη σύμβασης, σας γνωρίζουμε ότι αυτές θα καλυφθούν από προσωπικό της εταιρίας μας

Εν προκειμένω η εταιρία μας, η οποία απασχολεί τουλάχιστον 120 άτομα, διαθέτει προσωπικό ανάλογων ειδικοτήτων (καθαρίστριες, χειριστές, οδηγούς, εργάτες κ.λ.π.), όπως προκύπτει και από τις δηλωθείσες καταστάσεις προσωπικού στην Επιθεώρηση Εργασίας (οι οποίες είναι στη διάθεση της Υπηρεσίας σας αν ζητηθούν επιπρόσθετα), οι οποίοι θα καλύψουν κάθε

περίπτωση πιθανής απουσίας, αλλά και θα αναπληρώσουν κατά την περίοδο λήψης της κανονικής άδειας, το προσωπικό που θα διαθέσουμε στην ...

Ως εκ τούτου δεν επιβαρύνεται η προσφορά μας με πρόσθετο οικονομικό κόστος αναπλήρωσης αδειών για τα άτομα που θα καλύψουν τις ημέρες κανονικής άδειας των τεσσάρων (4) εργατών καθαριότητας, των δύο (2) καθαριστριών και των δύο (2) ατόμων για πρόσθετη εργασία Σαββάτου-Κυριακής- Αργιών, αφού το κόστος αναπλήρωσης απορροφάται από την εταιρία μας, η οποία δύναται να απασχολήσει στην προκειμένη εργολαβία προσωπικό που ήδη απασχολεί στα πλαίσια των δραστηριοτήτων της.

Σε κάθε περίπτωση, θα προσκομίζεται στην εταιρία σας η κατάσταση με τα άτομα που θα αναπληρώνουν τους εξαρχής δηλωμένους υπαλλήλους μας για την εκτέλεση της υπόψη σύμβασης, στις ανωτέρω περιπτώσεις.», αιτιολογώντας πλήρως τους υπολογισμούς και τις ετήσιες αποδοχές του προτεινόμενου από αυτήν προσωπικού, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης του διαγωνισμού, όπως ορθά επισημαίνει ο αναθέτων φορέας και ισχυρίζεται και η ίδια η παρεμβαίνουσα, η οποία άλλωστε τονίζει στην παρέμβασή της ότι: «[...]. Από τα ανωτέρω προκύπτει προδήλως ο σαφής υπολογισμός 5+1 ατόμων στην καθαριότητα, ήτοι **τριών απασχολούμενων στην καθαριότητα (χειριστών και οδηγών), ενός εργάτη καθαριότητας και μίας καθαρίστριας με πλήρη απασχόληση 8ωρη από Δευτέρα ως Παρασκευή, όπως προκύπτει και από τον προβλεπόμενο μισθό των 650,00€ και κατώτατο βασικό ημερομίσθιο των 29,04€, όπως και 2 επιπλέον ατόμων με 4ωρη απασχόληση για τον καθαρισμό του παραλιακού μετώπου τα Σάββατα, τις Κυριακές και τις αργίες με βασικό ημερομίσθιο κατ' αναλογία του ημερομισθίου πλήρους απασχόλησης δηλ. 17,44€, σύμφωνα με τον συνημμένο πίνακα στο έγγραφο των διευκρινίσεων που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα αυτού.**

Ως εκ των ανωτέρω είναι προφανές ότι προσδιορίστηκαν στην προσφορά μας και στο από 5/10/2020 έγγραφο διευκρινίσεων μας μετά του συνημμένου αναλυτικού πίνακα οι ώρες και ημέρες απασχόλησης του προσωπικού που θα απασχοληθεί στην ..., και ως εκ τούτου, ο πρώτος ισχυρισμός της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος και ανυποστήρικτος. [...].».

Συναφώς, η παρεμβαίνουσα προς αντίκρουση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, παραθέτει αναλυτικά στην παρέμβασή της, τα στοιχεία της οικονομικής της προσφοράς, για έκαστο προτεινόμενο από αυτήν εργαζόμενο, σύμφωνα με τα απαιτούμενα «Στοιχεία Οικονομικής Προσφοράς» του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ IV της διακήρυξης (σελ. 52). Εκ των ανωτέρω, προκύπτει ότι η παρεμβαίνουσα έχει προσδιορίσει επακριβώς, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, όπως συμπληρώθηκε με τις διευκρινίσεις του αναθέτοντος φορέα, αλλά και τις αναγκαστικού δικαίου διατάξεις της εργατικής/ασφαλιστικής νομοθεσίας, τον αριθμό των εργαζομένων, υπολογίζοντας παράλληλα για αυτούς, τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές των ασφαλιστικών τους εισφορών. Εξάλλου, όπως εναργώς υπογραμμίζει και η παρεμβαίνουσα στην ασκηθείσα παρέμβασή της: «[...]. Όπως προκύπτει από τα ανωτέρω, σε κανέναν όρο της διακήρυξης δεν απαιτείται ο υπολογισμός πρόσθετου υπολογισμού του κόστους αντικατάστασης των εργαζομένων, με αποτέλεσμα η εταιρία μας να δύναται να το υπολογίζει και να το απορροφά από τη χρήση εργαζομένων ίδιων ειδικοτήτων που ήδη απασχολεί, τους οποίους και θα χρησιμοποιήσει κατά τη λήψη των ημερών κανονικής αδείας των προβλεπόμενων στη διακήρυξη απασχολούμενων στο υπόψη έργο καθαριότητας στην ... Αν επαναυπολογίζαμε, το κόστος απασχόλησης αυτών των αντικαταστατών ως κόστος αντικατάστασης στην οικονομική προσφορά μας, θα απόβαινε μόνο ως επιπλέον όφελος της εταιρίας μας με πρόσθετη επιβάρυνση της αναθέτουσας αρχής, αφού θα χρησιμοποιούσαμε το ίδιο προσωπικό, όπως έχουμε εξαρχής υπολογίσει ως αντικαταστάτες των αδειούχων εργαζομένων.

Η εταιρία μας δύναται πράγματι να καλύψει από το ήδη απασχολούμενο σ'αυτή προσωπικό τα κόστη αντικατάστασης των υπαλλήλων-εργατών στις ημέρες ανάπαυσης αυτών, μειώνοντας με τον τρόπο αυτό το εργοδοτικό κόστος για την αναθέτουσα αρχή, η οποία και προκήρυξε μειοδοτικό διαγωνισμό, με κριτήριο δηλ. τη συμφερότερη προσφορά. Στο από 5/10/2020 έγγραφο παροχής διευκρινίσεων προς την ..., αναφορικά με την κάλυψη των ημερών κανονικής αδείας των υπαλλήλων που διαθέτει η εταιρία μας για την εκτέλεση της υπόψη σύμβασης, δηλώσαμε ότι αυτές θα καλυφθούν από προσωπικό της εταιρίας μας

..., η οποία απασχολεί τουλάχιστον 120 άτομα, διαθέτει προσωπικό ανάλογων ειδικοτήτων (καθαρίστριες, χειριστές, οδηγούς, εργάτες κ.λ.π.), όπως προκύπτει και από τις δηλωθείσες καταστάσεις προσωπικού στην Επιθεώρηση Εργασίας, το οποίο θα καλύψει κάθε περίπτωση πιθανής απουσίας, αλλά και θα αναπληρώσει κατά την περίοδο λήψης της κανονικής άδειας, το προσωπικό που θα διαθέσουμε στην ... **Ως εκ τούτου διευκρινίσαμε ότι δεν επιβαρύνεται η προσφορά μας με πρόσθετο οικονομικό κόστος αναπλήρωσης αδειών για τα άτομα που θα καλύψουν τις ημέρες κανονικής άδειας των τεσσάρων (4) εργατών καθαριότητας, των δύο (2) καθαριστριών και των δύο (2) ατόμων για πρόσθετη εργασία Σαββάτου-Κυριακής- Αργιών, αφού το κόστος αναπλήρωσης απορροφάται από την εταιρία μας, η οποία δύναται να απασχολήσει στην προκειμένη εργολαβία προσωπικό που ήδη απασχολεί στα πλαίσια των δραστηριοτήτων της. Σε κάθε περίπτωση, δηλώσαμε, ότι θα προσκομίζεται στην ... η κατάσταση με τα άτομα που θα αναπληρώνουν τους εξαρχής δηλωμένους υπαλλήλους μας για την εκτέλεση της υπόψη σύμβασης, στις ανωτέρω περιπτώσεις. [...]». Ωστόσο, όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα και στο υποβληθέν από αυτήν υπόμνημα, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι «Τεχνικές Προδιαγραφές - Απαιτήσεις» της διακήρυξης, υπό «B. ΠΡΟΣΩΠΙΚΟ», ορίζεται ότι: «Ο ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να παρέχει σε καθημερινή βάση υπηρεσίες τουλάχιστον τεσσάρων (4) εργατών καθαριότητας (ο ένας εκ των οποίων θα διαθέτει άδεια χειρισμού του μηχανικού σαρώθρου) και δύο (2) καθαριστριών, ήτοι συνολικά έξι (6) ατόμων. Ο ανάδοχος οφείλει να προσκομίσει τις κατάλληλες/προβλεπόμενες διοικητικές άδειες κατά την έναρξη ισχύος της σύμβασης στον ..., ήτοι:**

- χειριστή σαρώθρου,
- οδηγού απορριμματοφόρου/υδροφόρου οχήματος και
- οδηγού φορτηγού ανοιχτής καρότσας.». Ως εκ τούτου, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας και παρά τις δοθείσες από τον αναθέτοντα φορέα διευκρινίσεις, ουδόλως αλλοιώθηκε το αρχικό περιεχόμενο των επίμαχων όρων της διακήρυξης, η οποία ρητά εξακολουθεί να απαιτεί να προσφερθούν από τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς, τέσσερις (4) εργάτες

καθαριότητας, εκ των οποίων ο ένας (1) (ή και περισσότεροι του ενός, θα διαθέτουν άδεια χειρισμού μηχανικού σαρώθρου, σύμφωνα με τις εν λόγω διευκρινίσεις). Με τη διευκρίνιση που δόθηκε από τον αναθέτοντα φορέα, απλώς διευκρινίστηκε η δυνατότητα του οικονομικού φορέα να συμπεριλάβει στην προσφορά του έναν ή και περισσότερους χειριστές-οδηγούς οχημάτων, οι οποίοι όμως θα περιλαμβάνονται εντός των απαιτούμενων τεσσάρων εργατών καθαριότητας και δεν θα μεταβάλλουν τη φύση τους, ως εργατών καθαριότητας, υποκαθιστώντας τους με χειριστές-οδηγούς, οι οποίοι δεν εμπίπτουν στην έννοια του εργάτη καθαριότητας. Με βάση τα ανωτέρω, η παρεμβαίνουσα, ορθά έχει υποβάλλει την οικονομική της προσφορά, υπολογίζοντας τις νόμιμες εργοδοτικές και ασφαλιστικές εισφορές επί του αριθμού των εργαζομένων που προτείνει, ωστόσο, όπως βάσιμα επικαλείται η προσφεύγουσα, ο υπολογισμός των εισφορών και των νόμιμων κρατήσεων, όπως αποτυπώνεται στην υποβληθείσα οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας, αφορούν χειριστές-οδηγούς και όχι εργάτες καθαριότητας, των οποίων το βασικό ημερομίσθιο πράγματι ανέρχεται στο ποσό των είκοσι εννέα ευρώ και τεσσάρων λεπτών (29,04 €) και ως εργάτες πλήρους απασχόλησης αμείβονται με ποσό επτακοσίων πενήντα πέντε ευρώ και τεσσάρων λεπτών (755,04 €) μηνιαίως (26Χ29,04 € = 755,04 €) και όχι με μηνιαία αμοιβή εξακοσίων πενήντα ευρώ (650,00 €). Κατά συνέπεια, παρά την ορθότητα των υπολογισμών, όπως περιλαμβάνονται στην οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας και προέκυψε από το ιστορικό της φερόμενης προς κρίση υπόθεσης, οι εν λόγω υπολογισμοί εδράζονται επί εσφαλμένης αρχικής βάσης, καθώς, διαφοροποιούνται ουσιωδώς ο βασικός μηνιαίος μισθός του εργάτη καθαριότητας, σε σχέση με τον χειριστή-οδηγό οχήματος/μηχανήματος, σύμφωνα με τα υποστηριζόμενα από την προσφεύγουσα. Ως εκ τούτου, ο μοναδικός λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος, ενώ κρίνονται απορριπτέοι οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί του αναθέτοντος φορέα και της παρεμβαίνουσας.

24. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή.

25. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

26. Επειδή, πρέπει να απορριφθεί η ασκηθείσα παρέμβαση.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 5127/2020 Απόφαση (Πρακτικό Νο 465/05.11.2020) του Διοικητικού Συμβουλίου του ..., θέμα 4^ο, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από 15.09.2020 Πρακτικού Νο 1 της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Αποτελεσμάτων του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού η εταιρεία με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» και ήδη παρεμβαίνουσα, σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας.

Απορρίπτει την ασκηθείσα παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού χιλίων εξακοσίων πενήντα ευρώ (1.650,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 24 Δεκεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 13 Ιανουαρίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χρυσάνθη Ζαράρη

Ελένη Λεπίδα