

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 04 Δεκεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση:
Χρυσάνθη Ζαράρη - Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου – Εισηγήτρια και
Μιχαήλ Σειραδάκης, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 26.10.2020, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)
1554/27.10.2020 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό
τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ν.π.δ.δ. με την επωνυμία ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως
νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει,
όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 571/2020 (ΑΔΑ: ...) Απόφαση συμμόρφωσης (46η
τακτική συνεδρίαση της Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής), κατ' αποδοχή του από
09.10.2020, Πρακτικού-Νέας Εισήγησης επί αποτελέσματος (προσωρινός
ανάδοχος) της Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού, η οποία
εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με
τίτλο: «ΦΥΛΑΞΗ ΚΤΗΡΙΟΥ ΤΟΥ ΝΥΧΤΕΡΙΝΟΥ ΚΑΤΑΦΥΓΙΟΥ ΑΣΤΕΓΩΝ ΚΑΙ
ΤΟΥ ΚΤΗΡΙΟΥ ΤΟΥ ΞΕΝΩΝΑ ΦΙΛΟΞΕΝΙΑΣ ΤΟΥ ...», CPV: ...
προϋπολογισμού 76.301,64€ πλέον Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο κατακύρωσης την
πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει της
τιμής (με αρ. πρωτ. ... Διακήρυξη, Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη
Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ... ποσού εξακοσίων ευρώ 600,00€, αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 26.10.2020, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1554/27.10.2020, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά πράξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού 76.301,64€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης, δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 571/2020 Απόφαση συμμόρφωσης, που ελήφθη στην 46η τακτική συνεδρίαση της Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής, με τίτλο: «Ανάκληση της αρ. 398/2020 απόφασης της οικονομικής επιτροπής κατ' εφαρμογή των 1223/2020 και

1237/2020 Αποφάσεων ΑΕΠΠ και λήψη απόφασης εκ νέου για την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου διαγωνισμού για τη «φύλαξη κτηρίου νυχτερινού καταφυγίου αστέγων και του κτηρίου ξενώνα φιλοξενίας ...», αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου Διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 15.10.2020.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε την με αριθμό ... Προσφορά στον εν θέματι Διαγωνισμό, ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον με την προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. 571/2020 Απόφαση, η οικεία αναθέτουσα αρχή δεν συμμορφώθηκε ορθά, ως όφειλε, με την υπ' αριθμ. 1237/2020 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π. και ως εκ τούτου, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής.

Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει τα κάτωθι: «... Η εταιρία μας συμμετείχε στον Ανοικτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό για το έργο «Φύλαξη κτηρίου του νυχτερινού καταφυγίου αστέγων και του κτηρίου του ξενώνα φιλοξενίας του ...» προϋπολογισμού 76.301,64€ πλέον ΦΠΑ 24% που προκηρύχθηκε από το ... (Α. Π. Διακήρυξης: ...). Η οικονομική προσφορά της εταιρίας μας αρχικά απορρίφθηκε με την απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του ..., που λήφθηκε κατά την 33η συνεδρίαση της 28.7.2020 (αρ. απόφ. 398/2020, αρ. πρωτ. 36520, εφεξής: «η πρώτη απόφαση της αναθέτουσας αρχής»). Συγκεκριμένα, με την ανωτέρω πράξη της αναθέτουσας αρχής αποφασίσθηκε: α) η απόρριψη της προσφοράς της εταιρίας μας και β) η ανακήρυξη του οικονομικού φορέα «...», ως προσωρινού ανάδοχου.

Η προσφορά της εταιρίας μας απορρίφθηκε, επειδή, σύμφωνα με τον υπολογισμό της αναθέτουσας αρχής, δεν κάλυπτε το ελάχιστο εργοδοτικό κόστος. Η εταιρία μας προσέβαλε την ανωτέρω υπ' αρ. 398/3030 απόφαση της Οικονομικής του ... με την, από 7.8.2020, προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Αρχής σας (εφεξής: «η πρώτη προδικαστική προσφυγή»). Με την πρώτη προδικαστική προσφυγή μας ισχυρισθήκαμε ότι ο υπολογισμός της αναθέτουσας αρχής στον οποίο θεμελιώθηκε ο αποκλεισμός μας ήταν εσφαλμένος, επειδή αφενός η αναθέτουσα αρχή δεν υπολόγισε ορθά τις

αποδοχές των εργαζομένων που θα απασχοληθούν κατά την άδεια των «τακτικών» εργαζομένων (ανάλυση υπό στοιχείο Γ.1 της προδικαστικής προσφυγής) και αφετέρου, επειδή δεν υπολόγισε ορθά τις ασφαλιστικές εισφορές και χρησιμοποίησε συντελεστή 25,06% αντί του ορθού 24,33% (ανάλυση υπό στοιχείο Γ.2. της προδικαστικής προσφυγής).

Λόγω των σφαλμάτων της αναθέτουσας αρχής κατά τον υπολογισμό του εργοδοτικού κόστους, υποστηρίξαμε ότι η πρώτη απόφαση της αναθέτουσας αρχής είναι παράνομη και πρέπει να ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς μας και η ανακήρυξη της εταιρίας ... ως προσωρινής αναδόχου [...] Η αναθέτουσα αρχή συνομολόγησε ότι είναι εσφαλμένη η χρήση του συντελεστή 25,06 για τον υπολογισμό των ασφαλιστικών εισφορών. Κατά συνέπεια, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή συνομολόγησε πως οι υπολογισμοί της που οδήγησαν στον αποκλεισμό της εταιρίας μας ήταν εσφαλμένοι (σκέψη 24 της υπ' αρ. 1237/2020 απόφαση της Αρχής σας), η Αρχή σας έκανε δεκτή την από 7.8.2020 προδικαστική προσφυγή με την υπ' αρ. 1237/2020 απόφαση και ακύρωσε εν όλω την προσβαλλόμενη πράξη, παρόλο που κατά την εξέταση (όπως είχε υποχρέωση, βάσει του άρθρου 367 παρ. 1 ν. 4412/2016) του σκέλους των ισχυρισμών μας που αφορούσαν το ειδικότερο ζήτημα του υπολογισμού του κόστους των αντικαταστατών των «τακτικών» εργαζομένων κατά την άδειά τους, έκρινε ότι ήταν αβάσιμο (σκέψη 23 της υπ' αρ. 1237/2020 απόφασης της Αρχής σας).

Συγκεκριμένα, με την υπ' αρ. 1237/2020 απόφαση του 7ου Κλιμακίου, η Αρχή σας έκανε δεκτή την από 7.8.2020 προδικαστική προσφυγή της εταιρίας μας και αποφάσισε, επί λέξει, τα εξής: «Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 398/2020 Απόφαση (Απόσπασμα Πρακτικού της 33ης τακτικής με τηλεδιάσκεψη συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του ... (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από 03.07.2020 Πρακτικού ηλεκτρονικής αποσφράγισης προσφορών, του από 15.07.2020 Πρακτικού ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και του από 16.07.2020 Πρακτικού ηλεκτρονικής αποσφράγισης και ελέγχου οικονομικών προσφορών – εισήγηση επί αποτελέσματος (προσωρινός ανάδοχος) της Επιτροπής

Αριθμός απόφασης: 1709/2020

Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της και ανακήρυξε την Εταιρεία Περιορισμένης Ευθύνης με την επωνυμία «... ..» ως προσωρινό ανάδοχο για τα τμήματα με α/α Α και Β του διαγωνισμού, σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας».

Β. Η ΠΡΟΣΒΑΛΛΟΜΕΝΗ ΑΠΟΦΑΣΗ

Μετά την ακύρωση της απόρριψης της προσφοράς της εταιρίας μας από την Αρχή σας, η Οικονομική Επιτροπή του ... εξέδωσε την προσβαλλόμενη υπ' αρ. 571/2020 απόφαση (αρ. πρωτ. 53619, που λήφθηκε στην 46η τακτική με τηλεδιάσκεψη συνεδρίαση της 13.10.2020) η οποία τιτλοφορείται: «Ανάκληση της αρ. 398/2020 απόφασης της οικονομικής επιτροπής κατ' εφαρμογή των 1223/2020 και 1237/2020 αποφάσεων ΑΕΠΠ και λήψη απόφασης εκ νέου για την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου διαγωνισμού για τη «φύλαξη κτηρίου νυχτερινού καταφυγίου αστέγων και του κτηρίου ξενώνα φιλοξενίας ...».

Με την προσβαλλόμενη απόφαση, η αναθέτουσα αρχή απέρριψε εκ νέου την προσφορά της εταιρίας μας και ανακήρυξε και πάλι προσωρινό ανάδοχο την εταιρία ..., με την αιτιολογία ότι συμμορφώνεται προς την απόφαση της Αρχής σας. Με την προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία φέρεται να εκδόθηκε «σε εφαρμογή» της υπ' αρ. 1237/2020 απόφασης της Αρχής σας που έκανε δεκτή την πρώτη προδικαστική προσφυγή μας, η εταιρία μας αποκλείστηκε εκ νέου καταφανώς παράνομα από τον διαγωνισμό. Ειδικότερα, στην αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης γίνεται αναφορά στις κρίσεις που περιλαμβάνονται στην υπ' αρ. 1237/2020 απόφαση της Αρχής σας, δηλαδή σε ζητήματα που είχαν αποτελέσει αντικείμενο της προδικαστικής προσφυγής και κρίθηκαν από την Αρχή σας, η οποία, αφού τα έλαβε υπόψη της, ακύρωσε εν όλω την πρώτη απόφαση της αναθέτουσας αρχής (την υπ' αρ. 398/2020 αρχική απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του ...). Με άλλες λέξεις, η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε πράξη καθόλα όμοια με αυτή που ακυρώθηκε από την αρχή σας με την υπ' αρ. 1237/2020 απόφαση, χωρίς να λάβει υπόψη της κάποιο νέο πραγματικό ή νομικό στοιχείο, με μόνη αιτιολογία την αναφορά στο σκεπτικό της απόφασης της Αρχής σας που ακύρωσε την αρχική πράξη.

Β. Η ΠΑΡΑΝΟΜΙΑ ΤΗΣ ΠΡΟΣΒΑΛΛΟΜΕΝΗΣ ΠΡΑΞΗΣ

Α. Παραβίαση της υποχρέωσης συμμόρφωσης με την υπ' αρ. 1237/2020 απόφαση της Αρχής σας.

1. Το άρθρο 367 παρ. 1-4 ν. 4412/2016 προβλέπει τα εξής: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια. 3. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ. 4. Οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ υπόκεινται αποκλειστικά στα ένδικα βοηθήματα που προβλέπονται στον Τίτλο 3 του παρόντος Βιβλίου».

Έχει κριθεί από τη νομολογία (ΣτΕ ΕΑ, Β' Τμ., 54/2018) πως από τη συνδυασμένη ερμηνεία της ανωτέρω διάταξης με τα άρθρα 346, 365 και 372 του ν. 4412/2016 προκύπτει πως εάν ο τρίτος ή άλλος έχων έννομο συμφέρον ή η αναθέτουσα αρχή δεν ασκήσει αίτηση αναστολής εκτέλεσης, εντός της οριζόμενης στο νόμο προθεσμίας (10 ημέρες από την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ), η αναθέτουσα αρχή οφείλει, καταρχήν, να συμμορφωθεί προς την απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία, άλλωστε, δεσμεύει και την ίδια την ΑΕΠΠ, με εξαίρεση την περίπτωση που μεσολαβήσει μεταβολή του κρίσιμου νομοθετικού καθεστώτος, στο οποίο βασίσθηκε η απόφαση της ΑΕΠΠ, κατά τρόπο ώστε, υπό το νέο εφαρμοστέο καθεστώς, να είναι παράνομη η έκδοση πράξης ή η συντέλεση της οφειλόμενης ενέργειας, σύμφωνα με τα κριθέντα από την ΑΕΠΠ. Επίσης, σύμφωνα με τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, σε περίπτωση ακύρωσης του αποκλεισμού διαγωνιζομένου μετά την άσκηση προδικαστικής προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να κάνει δεκτή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό, εκτός αν διαπιστώσει ότι υφίσταται πλημμέλεια

διαφορετική από αυτές που αποτέλεσαν αντικείμενο της διοικητικής διαδικασίας. Αντίθετα, για τα ζητήματα που αποτέλεσαν αντικείμενο της διοικητικής διαδικασίας μπορεί να ασκηθεί μόνο αίτηση ασφαλιστικών μέτρων (αντί άλλων, ΣτΕ, ΕΑ 128/2015).

Για τον λόγο αυτόν, η Αρχή σας δέχεται ότι μετά την αποδοχή Προδικαστικής Προσφυγής διαγωνιζόμενου που είχε αποκλεισθεί από Διαγωνισμό, μπορεί να επιδιωχθεί η απόρριψη της Προσφοράς του από έτερο διαγωνιζόμενο, δια της άσκησης νέας Προδικαστικής Προσφυγής κατά της νέας πράξης, με την οποία έγινε δεκτή η Προσφυγή του, υπό τον όρο, όμως, ότι προβάλλεται νέος λόγος αποκλεισμού της Προσφοράς του, ο οποίος δεν εξετάστηκε από τα αρμόδια όργανα της διεξαγωγής του Διαγωνισμού (ΑΕΠΠ 7ο Κλιμάκιο, 120/2019, σκέψη 19).

2. Εν προκειμένω, όπως εκθέσαμε παραπάνω, με την πρώτη (από 7.8.2020) προδικαστική προσφυγή ισχυρισθήκαμε ότι η πρώτη απόφαση της αναθέτουσας αρχής ήταν παράνομη, επειδή η αναθέτουσα αρχή υπολόγισε εσφαλμένα το εργοδοτικό κόστος και έκρινε πως η προσφορά μας δεν το καλύπτει και αναλύσαμε, σε δύο σκέλη, τα σφάλματα των υπολογισμών της αναθέτουσας αρχής. Η Αρχή σας, με την υπ' αρ. 1237/2020 απόφαση έκρινε ότι οι ισχυρισμοί μας για το πρώτο σκέλος των υπολογισμών, είναι αβάσιμοι (σκέψη 23), ενώ για το δεύτερο σκέλος, όπως συνομολόγησε και η αναθέτουσα αρχή, έκρινε ότι είναι βάσιμοι (σκέψη 24: «... όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα και ομολογεί και η αναθέτουσα αρχή ...»). ... Είναι αυτονόητο πως αν η Αρχή σας είχε κρίνει πως αρκούσε, για τον νόμιμο αποκλεισμό της εταιρίας μας, η αβασιμότητα ενός μόνο ισχυρισμού που προβάλλαμε με την προδικαστική προσφυγή για τα σφάλματα των υπολογισμών της αναθέτουσας αρχής (κι όχι όλων), θα είχε απορρίψει την προδικαστική προσφυγή. Η αναθέτουσα αρχή, όπως και ο προσωρινός ανάδοχος, του οποίου η παρέμβαση απορρίφθηκε από την Αρχή σας με την υπ' αρ. 1237/2020 απόφαση, είχε δικαίωμα να ασκήσει τα ένδικα βοηθήματα του άρθρου 372 ν. 4412/2016, αν θεωρούσε εσφαλμένη την υπ' αρ. 1237/2020 απόφαση της Αρχής σας. Ωστόσο, δεν ασκήθηκε εμπρόθεσμα αίτηση αναστολής σε βάρος της απόφασης της Αρχής σας από την

αναθέτουσα, ούτε από την αρχικώς ανακηρυχθείσα προσωρινή ανάδοχο εταιρία.

Αντίθετα, η αναθέτουσα αρχή με την έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης παραβίασε ευθέως την υποχρέωσή της να συμμορφωθεί με την υπ' αρ. 1237/2020 απόφαση της Αρχής σας. Ειδικότερα, απέρριψε εκ νέου την προσφορά της εταιρίας μας και ανακήρυξε και πάλι προσωρινό ανάδοχο την επιχείρηση ..., επικαλούμενη μόνο την απόφαση της Αρχής σας, παραβλέποντας το γεγονός πως η Αρχή σας έκρινε συγκεκριμένα πως η αβασιμότητα κάποιων ισχυρισμών που προβάλλαμε επί της προδικαστικής προσφυγής δεν αρκεί για την άρση της παρανομίας που επιβάλλει την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης.

Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή αναφέρθηκε στις σκέψεις 23 και 24 της απόφασης της Αρχής σας (βλ. το ενσωματωμένο στην προσβαλλόμενη πράξη από 9.10.2020 ΠΡΑΚΤΙΚΟ – ΝΕΑ ΕΙΣΗΓΗΣΗ της Επιτροπής εκτέλεσης διαδικασιών, το οποίο μνημονεύει ότι: «Η Επιτροπή λαμβάνοντας υπόψη ... 2) το εδάφιο 23 της με αριθμό 1237/2020 απόφασης της ΑΑΠΠ ... 4) το εδάφιο 24 της με αριθμό 1237/2020 απόφασης της ΑΑΠΠ ...») και εξέδωσε, καταφανώς παράνομα, απόφαση, καθόλα όμοια με την απόφαση που είχε ακυρώσει η Αρχή σας.

Είναι προφανές ότι για όλα τα ζητήματα που αποτέλεσαν αντικείμενο της προδικαστικής προσφυγής και εξετάστηκαν από την ΑΕΠΠ, η αναθέτουσα αρχή δεσμευόταν από την υπ' αρ. 1237/2020 απόφαση της Αρχής σας, οποία, αφού τα εξέτασε, ακύρωσε εν όλω την προσβληθείσα πράξη. Σχετικώς, σημειώνουμε ότι και η Αρχή σας δεσμεύεται από την προηγούμενη υπ' αρ. 1237/2020 απόφασή της και οφείλει κατά δέσμια αρμοδιότητα να ακυρώσει την προσβαλλόμενη πράξη. Βάσει των ανωτέρω, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, που είναι όμοια με την πρώτη υπ' αρ. 398/2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής που ακυρώθηκε με την υπ' αρ. 1237/2020 απόφαση του 7ου Κλιμακίου της Αρχής σας, και η οποία προσβαλλόμενη απόφαση ως αποκλειστική αιτιολογία περιλαμβάνει την αναφορά στην 1237/2020 απόφαση

της ΑΕΠΠ επί προδικαστικής προσφυγής που ακύρωσε την πρώτη απόφαση, είναι παράνομη και πρέπει να ακυρωθεί.

Γ. ΣΥΜΠΛΗΡΩΜΑΤΙΚΑ: ΕΠΙ ΤΗΣ ΜΕΘΟΔΟΥ ΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ ΤΩΝ ΑΠΟΔΟΧΩΝ ΤΩΝ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΩΝ ΠΟΥ ΘΑ ΑΠΑΣΧΟΛΗΘΟΥΝ ΚΑΤΑ ΤΗΝ ΑΔΕΙΑ ΤΩΝ «ΤΑΚΤΙΚΩΝ» ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΩΝ.

Όπως προεκτέθηκε, η Αρχή σας με την υπ' αρ. 1237/2020 απόφαση έκρινε, κατ' αποδοχή ισχυρισμού της αναθέτουσας αρχής, πως είναι αβάσιμο το σκέλος των ισχυρισμών της από 7.8.2020 προδικαστικής προσφυγής μας, το οποίο αφορά τη μέθοδο υπολογισμού των αποδοχών των εργαζομένων που θα απασχοληθούν κατά την άδεια των «τακτικών» εργαζομένων (σκέψη 23). Η εταιρία μας δεν είχε τη δυνατότητα να αμφισβητήσει δικαστικά τη σχετική κρίση που διατυπώνεται στην υπ' αρ. 1237/2020 απόφαση της Αρχής σας, δεδομένου ότι με την απόφαση αυτή έγινε δεκτή εν όλω η προδικαστική προσφυγή μας και η εταιρία μας στερείτο εννόμου συμφέροντος να προσβάλει την απόφαση της Αρχής σας (η οποία τη δικαίωσε πλήρως) με τα ένδικα βοηθήματα του ν. 4412/2016.

Σε κάθε περίπτωση, σε σχέση με τους ισχυρισμούς που προέβαλε για το ζήτημα αυτό η αναθέτουσα αρχή ενώπιον της Αρχής σας για την αντίκρουση της πρώτης προδικαστικής προσφυγής μας, σημειώνουμε τα εξής: Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίσθηκε ότι «...στον υπολογισμό που κάνει ο προσφεύγων «ξεχνάει» να υπολογίσει τις δύο (2) μέρες που πρέπει να εργαστεί ο τακτικός στο μήνα που θα πάρει άδεια (ο τακτικός) ώστε μαζί με τις ημέρες εργασίας του αντικαταστάτη [είκοσι (20)] να συμπληρωθούν οι είκοσι δύο (22) μέρες εργασίας στο μήνα (22 εργάσιμες στο μήνα αναφέρουμε στον υπολογισμό και συμφωνεί ο προσφεύγων). Στον υπολογισμό που κάνουμε για χάρη ευκολίας των πράξεων, θεωρούμε ένα μισθό στην κάλυψη της άδειας (650,00 €), ο οποίος είναι το άθροισμα των 2/22 του μισθού (650,00 €) του τακτικού και των 20/22 του μισθού (650,00 €) του αντικαταστάτη ώστε να συμπεριλάβουμε τις δύο (2) μέρες στον γενικό υπολογισμό».

Ο ισχυρισμός αυτός είναι εσφαλμένος για τον εξής λόγο: Η διακήρυξη απαιτούσε τη σύνταξη της οικονομικής προσφοράς βάσει του εργοδοτικού κόστους ανά

εργατοώρα. Η μεθοδολογία που επέλεξε η αναθέτουσα αρχή για τον υπολογισμό του εργοδοτικού κόστους ανά εργατοώρα βασίσθηκε στον υπολογισμό της συνολικής επιβάρυνσης για έναν εργαζόμενο ανά μήνα και στη διαίρεση της μηνιαίας επιβάρυνση με τον αριθμό 176 που είναι οι εργατοώρες ανά μήνα (22 ημέρες x 8 ώρες). Για την εύρεση της μηνιαίας επιβάρυνσης, ο πίνακας της αναθέτουσας αρχής περιλαμβάνει τη στήλη «κάλυψη κανονικής αδειας». Η στήλη περιλαμβάνει το κόστος της κάλυψης της αδειας μόνον, δηλαδή την αμοιβή του αντικαταστάτη, και όχι την αμοιβή του «τακτικού» εργαζομένου. Είναι αυτονόητο ότι η αμοιβή του «τακτικού» εργαζομένου που λαμβάνει άδεια δεν μπορεί να συνιστά κόστος «κάλυψης» της αδειας που λαμβάνει το ίδιο πρόσωπο. Επίσης, σύμφωνα με τον πίνακα της αναθέτουσας αρχής, το κόστος κάλυψης της αδειας, δηλαδή η αμοιβή του αντικαταστάτη, υπολογίζεται ετησίως (επειδή οι ημέρες της άδειας υπολογίζονται σε ετήσια βάση) και διαιρείται με τους δώδεκα μήνες, για να βρεθεί η μηνιαία επιβάρυνση του εργοδότη για την (ετήσια) αντικατάσταση του εργαζομένου λόγω της αδειας του. Ο αντικαταστάτης σε καμία περίπτωση δεν θα εργασθεί για 22 ημέρες ετησίως αλλά για 20, όπως συνομολόγησε η αναθέτουσα αρχή (βλ. παραπάνω: «μαζί με τις ημέρες εργασίας του αντικαταστάτη [είκοσι (20)]»). Συνεπώς, στη στήλη «κάλυψη κανονικής αδειας» πρέπει να περιληφθεί το ετήσιο εργοδοτικό κόστος για την 20ήμερη απασχόληση του αντικαταστάτη μόνο και να διαιρεθεί δια δώδεκα, προκειμένου να αναχθεί στο μήνα, που αποτελεί, βάσει της μεθοδολογίας που υιοθετεί η αναθέτουσα αρχή, τη βάση υπολογισμού του εργοδοτικού κόστους για κάθε εργατοώρα.

Περαιτέρω, τονίζουμε ότι ο ισχυρισμός ότι η εταιρία μας όφειλε «να υπολογίσει τις δύο (2) μέρες που πρέπει να εργαστεί ο τακτικός στο μήνα που θα πάρει άδεια (ο τακτικός) ώστε μαζί με τις ημέρες εργασίας του αντικαταστάτη [είκοσι (20)] να συμπληρωθούν οι είκοσι δύο (22) μέρες εργασίας στο μήνα» είναι αυταπόδεικτα εσφαλμένους: Καταρχήν, ο εργαζόμενος δεν υποχρεούται να λάβει την άδειά του εντός ενός μηνός, ώστε ο αντικαταστάτης του να απασχοληθεί για ένα μήνα, όπως εσφαλμένα υποστηρίζει η αρχή σας. Πολύ περισσότερο, η βάση από την οποία εκκινεί, σύμφωνα με τη μεθοδολογία της αναθέτουσας αρχής και

το σχετικό πίνακα, ο υπολογισμός του εργοδοτικού κόστους για την ωριαία απασχόληση του εργαζομένου είναι οι μηνιαίες αποδοχές του τακτικού εργαζομένου. Οι μηνιαίες αυτές αποδοχές διαιρούνται δια τις εργατοώρες του μήνα (176) και, εν συνεχεία, πολλαπλασιάζονται επί τις εργατοώρες που θα απαιτηθούν για την ετήσια (δωδεκάμηνη) παροχή της υπό ανάθεση υπηρεσίας. Είναι προφανές ότι, βάσει της μεθοδολογίας αυτής, την οποία υιοθέτησε η αναθέτουσα αρχή, θεμέλιο των υπολογισμών είναι οι αποδοχές του τακτικού εργαζομένου για δώδεκα μήνες (μηνιαίες αποδοχές / 12 x [ώρες που απαιτούνται για την 12μηνη εκτέλεση της σύμβασης]). Οι αποδοχές του τακτικού εργαζομένου επί 12 δωδεκάμηνο σε καμία περίπτωση δεν αυξάνονται με αποδοχές δύο επιπλέον ημερών, όπως υποστήριξε εσφαλμένα η αναθέτουσα αρχή, εξαιτίας του γεγονότος ότι ο τακτικός εργαζόμενος θα λάβει την 20ήμερη άδειά του. Η αποκλειστική επιπλέον επιβάρυνση του εργοδότη, στην περίπτωση αυτή, οφείλεται στην ανάγκη απασχόλησης αντικαταστάτη, και για τον λόγο αυτόν στη σχετική στήλη του πίνακα που χρησιμοποιεί η αναθέτουσα αρχή, περιλαμβάνεται μόνο το κόστος της «κάλυψης αδείας» από τον αντικαταστάτη, που καταλαμβάνει 20 και όχι 22 ημέρες, όπως συνομολόγησε η αναθέτουσα αρχή. Από τα ανωτέρω προκύπτει πως η αναθέτουσα αρχή εσφαλμένα διαίρεσε το ποσό των 650 Ευρώ με τον αριθμό 12 (που αντιστοιχεί στους μήνες του έτους) για να βρει την αμοιβή για την εργασία που θα κληθεί να καταβάλει ο ανάδοχος κατά το μήνα απουσίας του τακτικού εργαζομένου. Το ποσό των 650 Ευρώ αφορά αμοιβή εργασίας 22 ημερών. Ακόμα κι αν υποτεθεί ότι ένας «τακτικός» ο εργαζόμενος λαμβάνει όλη την ετήσια άδεια των 20 ημερών σε ένα μήνα, θα εργασθεί για δύο μέρες ο ίδιος και η αμοιβή του δεν αποτελεί «αμοιβή για την εργασία που θα κληθεί να καταβάλει ο ανάδοχος κατά το μήνα απουσίας του εργαζομένου». Αυτό συμβαίνει διότι ποτέ ο εργαζόμενος δεν απουσιάζει, κάνοντας χρήση του δικαιώματός του για 20ήμερη άδεια, επί έναν μήνα, δηλαδή επί 22 ημέρες. Η αναφορά στην καταφανώς εσφαλμένη επιχειρηματολογία της αναθέτουσας αρχής γίνεται, μεταξύ άλλων, για να καταδειχθεί η συνολικά πλημμελής και εξόφθαλμα παράνομη σε βάρος μας διεξαγωγή του επίμαχου διαγωνισμού από την αναθέτουσα αρχή. Αρχικώς μας απέκλεισε από το

διαγωνισμό για λόγο που κρίθηκε παράνομος από την Αρχή σας και την παρανομία του οποίου η ίδια συνομολόγησε, προς υποστήριξη του αποκλεισμού μας κατέφυγε σε παραπλανητικούς ισχυρισμούς, και εν τέλει, παρά την ακύρωση της παράνομης απόφασης να μας αποκλείσει από το διαγωνισμό, επιμένει στον αποκλεισμό μας για τον ίδιο λόγο, επικαλούμενη την απόφαση της Αρχής σας με την οποία ακυρώθηκε ως παράνομος ο αρχικός αποκλεισμός μας [...]».

6. Επειδή, στο με αρ. πρωτ. 58977/05.11.2020 έγγραφο Απόψεων της αναθέτουσας αρχής, αναφέρονται τα εξής: «... θα θέλαμε να ενημερώσουμε ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού και στη συνέχεια, η Αναθέτουσα Αρχή εφάρμοσε πιστά τη με αριθμό 1237/2020 Απόφαση Α.Ε.Π.Π. Συγκεκριμένα, η Επιτροπή έκανε από την αρχή έλεγχο μόνο της οικονομικής προσφοράς του προσφέροντοςσυντάσσοντας νέο πρακτικό – εισήγηση επί αποτελέσματος (09-10-2020 ενσωματώνεται στη με αριθμό 571/2020 [...] νέα Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής λαμβάνοντας υπόψη τις σκ. 23 και 24 της με αριθμό 1237/2020 απόφασης Α.Ε.Π.Π, δηλαδή έλαβε υπόψη της ότι: «...Με βάση αυτή τη μεθοδολογία, οι ανωτέρω υπολογισμοί της αναθέτουσας αρχής, όπως αποτυπώνονται στο Πρακτικό Ι, το οποίο επισυνάπτεται στην προσβαλλόμενη απόφαση, εμφανίζονται απολύτως ορθοί για τα επιμέρους κονδύλια που αναφέρει η προσφεύγουσα στη σελ. 13 της προσφυγής της...» (σκ. 23) και «Όπως, λοιπόν, παραδέχεται και ομολογεί και η αναθέτουσα αρχή, με συντελεστή 24,33% οι υπολογισθείσες εργοδοτικές εισφορές εκ μέρους της προσφεύγουσας, είναι ορθές και η προσφορά της βρίσκεται εντός των ορίων του προϋπολογισμού της διακήρυξης....» (σκ. 24).

Με τη με αριθμό 571/2020 [...] νέα απόφαση Οικονομικής Επιτροπής ... περί προσωρινού αναδόχου ανακλήθηκε μερικά η με αριθμό 398/2020 [...] νέα απόφαση Οικονομικής Επιτροπής ... περί προσωρινού αναδόχου, κατά το σκέλος που απέρριψε την προσφορά του προσφέροντος και ανακήρυξε την ... με την επωνυμία «... ..» ως προσωρινό ανάδοχο για τα τμήματα με α/α Α

και Β του διαγωνισμού ..., ενώ υιοθετήθηκαν μετά από εισήγηση της Επιτροπής οι σκ. 23 και 24 της με αριθμό 1237/2020 απόφασης Α.Ε.Π.Π».

7. Επειδή, η προσφεύγουσα στις 24.11.2020 υπέβαλε εμπορθέσμως Υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, στο οποίο αναφέρει τα κάτωθι: «Όπως εκθέτουμε στην προδικαστική προσφυγή, η προσβαλλόμενη πράξη της Οικονομικής Επιτροπής του καθ' ού Δήμου είναι παντελώς παράνομη, κυρίως επειδή παραβίασε την υποχρέωση συμμόρφωσης με την υπ' αρ. 1237/2020 απόφαση του 7ου Κλιμακίου της Αρχής σας, η οποία έκανε δεκτή την από 7.8.2020 (πρώτη) προδικαστική προσφυγή της εταιρίας μας και ακύρωσε εν όλω την (αρχική) υπ'αρ. 398/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του καθ' ού Δήμου. Υπενθυμίζουμε ότι με την αρχική υπ' αρ. 398/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του καθ' ού ... είχε απορριφθεί η οικονομική προσφορά της εταιρίας μας και είχε ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος η εταιρία ..., ενώ η προσβαλλόμενη πράξη έχει όμοιο περιεχόμενο με αρχική 389/2020 απόφαση που ακυρώθηκε από την Αρχή σας με την υπ' αρ. 1237/2020 απόφαση του 7ου Κλιμακίου.

2. Με τις από 5.11.2020 απόψεις που υπέβαλε στην Αρχή σας, ο καθ' ού Δήμος συνομολογεί πλήρως τη βασιμότητα της προδικαστικής προσφυγής μας. Ειδικότερα, ο καθ' ού Δήμος αναφέρει, επί λέξει, ότι: «... Συγκεκριμένα η Επιτροπή έκανε από την αρχή έλεγχο μόνο της οικονομικής προσφοράς του προσφέροντα "...», συντάσσοντας νέο πρακτικό – εισήγηση επί αποτελέσματος (09-10-2020, ενσωματώνεται στη με αριθμό 571/2020 (Α.Δ.Α: ...) νέα απόφαση Οικονομικής Επιτροπής ...) λαμβάνοντας υπόψη τις σκ. 23 και 24 της με αριθμό 1237/2020 απόφασης Α.Ε.Π.Π. ... Με τη με αριθμό 571/2020 (Α.Δ.Α: ...) νέα απόφαση Οικονομικής Επιτροπής ... περί προσωρινού αναδόχου, ανακλήθηκε (ακυρώθηκε) μερικά η με αριθμό 398/2020 (Α.Δ.Α: ...) απόφαση Οικονομικής Επιτροπής».

Από τις απόψεις αυτές του Δήμου προκύπτει πως ο Δήμος Χανίων αντιλαμβάνεται παντελώς εσφαλμένα τη ρητή υποχρέωσή του να συμμορφώνεται με τις αποφάσεις της Αρχής σας. Συγκεκριμένα:

- Ο καθ' ού Δήμος συνομολογεί ότι δεν συμμορφώθηκε με την υπ' αρ. 1237/2020 απόφαση του 7ου Κλιμακίου της Αρχής σας, αφού αναφέρει πως ο ίδιος «ανακάλεσε» την προηγούμενη απόφασή του, ενώ η εν λόγω απόφαση ακυρώθηκε από την Αρχή σας. Μάλιστα, συνομολογεί πως την ανακάλεσε «μερικά» ενώ η Αρχή σας ακύρωσε εν όλω την απόφαση. Άλλωστε, δεν νοείται «εν μέρει» ακύρωση (ή «ανάκληση») απόφασης αναθέτουσας αρχής που έχει ως περιεχόμενο τον αποκλεισμό διαγωνιζομένου. Είτε ο αποκλεισμός του διαγωνιζομένου από την αναθέτουσα αρχή είναι νόμιμος, είτε είναι παράνομος. Αν ο διαγωνιζόμενος αποκλείσθηκε παράνομα, η Αρχή σας ακυρώνει την παράνομη απόφαση της αναθέτουσας αρχής και η αναθέτουσα αρχή, συμμορφούμενη προς την απόφαση της Αρχής σας, οφείλει να κάνει δεκτή την προσφορά του. Στην περίπτωση αυτή, η παράνομη απόφαση είναι αδύνατο να ακυρωθεί μερικώς από την Αρχή σας και δεν καταλείπεται, προφανώς, κάποιο περιθώριο στην αναθέτουσα αρχή να συμμορφωθεί μερικώς στην απόφαση της Αρχής σας.

- Επίσης, ο καθ' ού Δήμος συνομολογεί πως προέβη σε νέο έλεγχο των στοιχείων της οικονομικής προσφοράς μας, παρόλο που αποτέλεσαν στο σύνολό τους αντικείμενο της προδικαστικής προσφυγής και ελέγχθηκαν από την Αρχή σας, η οποία, αφού τα εξέτασε, ακύρωσε την απόρριψη της προσφοράς. Ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή δεν έχει αρμοδιότητα να επανεξετάσει τα στοιχεία επί των οποίων έκρινε η Αρχή σας. Πολύ περισσότερο, η αναθέτουσα αρχή δεν έχει αρμοδιότητα, αφού εξετάσει τα στοιχεία βάσει των οποίων η Αρχή σας ακύρωσε μια πράξη της, να εκδώσει νέα πράξη, όμοια με την ακυρωθείσα αρχική πράξη, επικαλούμενη στοιχεία που εξέτασε η Αρχή σας και ακύρωσε την αρχική πράξη.

Στην πραγματικότητα, ο καθ' ού Δήμος ομολογεί πως ήλεγξε εκ νέου τα στοιχεία που κρίθηκαν από την Αρχή σας και κατέληξε σε διαφορετικό συμπέρασμα από αυτήν (ότι η προσφορά της εταιρίας μας έπρεπε να απορριφθεί, ενώ η Αρχή σας

ακύρωσε την απόρριψη της προσφοράς μας). Τονίζουμε ότι, εν προκειμένω, ο καθ' ού Δήμος δεν επικαλείται καν ότι υπάρχει κάποιο στοιχείο παρανομίας της προσφοράς μας που να δικαιολογεί την απόρριψή της το οποίο δεν εξετάσθηκε από την Αρχή σας. Αντίθετα, αναφέρεται ακριβώς στα στοιχεία που εξέτασε η Αρχή σας, για να απορρίψει εκ νέου την προσφορά μας, ενώ η Αρχή σας είχε κρίνει ότι, με βάση τα ίδια στοιχεία, η απόρριψη της προσφοράς μας ήταν παράνομη και την ακύρωσε.

- Ενδεικτικό του εσφαλμένου τρόπου με τον οποίο ο καθ' ού Δήμος αντιλαμβάνεται τη νομοθεσία και τις αρμοδιότητες της Αρχής σας είναι πως αναφέρει πως «έλαβε υπόψη» του την απόφαση της Αρχής σας, θεωρώντας την Αρχή σας γνωμοδοτικό όργανο του οποίου τις αποφάσεις πρέπει να απλώς να τις λαμβάνει υπόψη του, ενώ οι αποφάσεις της Αρχής σας είναι δεσμευτικές για τις αναθέτουσες αρχές. Οι αναθέτουσες αρχές δεν έχουν αρμοδιότητα να εξετάζουν την αιτιολογία της απόφασης της Αρχής σας και να «λάβουν υπόψη» τους ορισμένα στοιχεία της αιτιολογίας με τα οποία συμφωνούν, προκειμένου να καταλήξουν σε διαφορετική κρίση από την Αρχή σας. Αντίθετα, οφείλουν να συμμορφώνονται με το διατακτικό των αποφάσεων της Αρχής σας, ενώ αν διαφωνούν με τις αποφάσεις της Αρχής σας, διαθέτουν ένδικα βοηθήματα με την άσκηση των οποίων μπορούν να αμφισβητήσουν τη νομιμότητά τους.

3. Σε κάθε περίπτωση, ενδεικτικό στοιχείο της εσφαλμένης κρίσης του ... είναι το γεγονός ότι δεν αντικρούει ούτε στοιχειωδώς τους επικουρικούς ισχυρισμούς της προδικαστικής προσφυγής, με τους οποίους αμφισβητούμε τη μέθοδο υπολογισμού των αποδοχών των εργαζομένων που θα απασχοληθούν κατά την άδεια των «τακτικών» εργαζομένων, την οποία είχε προβάλει ο καθ' ού Δήμος προς αντίκρουση της πρώτης προδικαστικής προσφυγής μας. Αυτό συμβαίνει επειδή ο καθ' ού Δήμος γνωρίζει πολύ καλά πως η μεθοδολογία που προέβαλε είναι εντελώς εσφαλμένη και την επικαλέστηκε καταχρηστικά, με αποκλειστικό σκοπό να δικαιολογήσει την καθόλα παράνομη απόρριψη της προσφοράς μας. [...]».

8. Επειδή στο άρθρο 367 («Διαδικασία λήψης απόφασης συνέπειες αποφάσεων ΑΕΕΠ») του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής [...] και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, [...] 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια. 3. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ. 4. Οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ υπόκεινται αποκλειστικά στα ένδικα βοηθήματα που προβλέπονται στον Τίτλο 3 του παρόντος Βιβλίου..»

9. Επειδή, σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 367 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις Αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π. Ειδικότερα, σε περίπτωση που ακυρωθεί η προσβαλλόμενη με την Προδικαστική Προσφυγή πράξη, η Α.Ε.Π.Π δεν έχει την εξουσία να προβεί στις απαραίτητες ενέργειες για την αποκατάσταση της νομιμότητας (βλ. Σ. Κυβέλος Η συμμόρφωση της Αναθέτουσας Αρχής στις αποφάσεις της ΑΕΠΠ και των δικαστηρίων κατά το προσυμβατικό στάδιο, Εισήγηση στο Επιμορφωτικό Σεμινάριο που διοργάνωσε η Εθνική Σχολή Δικαστικών Λειτουργών με τίτλο «Δημόσιες Συμβάσεις Κρατικές Ενισχύσεις», Θεσσαλονίκη, 15-16 Οκτωβρίου 2018). Την υποχρέωση αυτή έχει η αναθέτουσα αρχή, η οποία σε περίπτωση που δεν ανασταλεί η ισχύς της Απόφασης Α.Ε.Π.Π κατόπιν άσκησης των ενδίκων βοηθημάτων του άρθρου 372 του Ν. 4412/2016 οφείλει κατ' αρχήν να συμμορφωθεί με την Απόφαση της Α.Ε.Π.Π (ΣΤΕ 204/2019

10. Επειδή, 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). 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 (βλ. ΑΕΠΠ 5/2018, 378/2018). 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).

11. Επειδή, αφενός μεν οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν κατά δέσμια αρμοδιότητα να συμμορφώνονται με τις Αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π, εφόσον δεν τις προσβάλλουν κατά τις διατάξεις του άρθρου 372 ν. 4412/2016, αφετέρου δε η ίδια η Α.Ε.Π.Π δεσμεύεται από τις Αποφάσεις της, με εξαίρεση την περίπτωση που μεσολαβήσει μεταβολή του κρίσιμου νομοθετικού καθεστώτος στο οποίο βασίστηκε η εκάστοτε Απόφαση (βλ. ΕΑ ΣτΕ 54/2018), δεν ασκείται παραδεκτώς Προδικαστική Προσφυγή προς αμφισβήτηση του σκεπτικού ή του διατακτικού αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π. Εξάλλου, η έννομη προστασία παρέχεται από την Α.Ε.Π.Π άπαξ και παρέχεται η δυνατότητα δικαστικής προσβολής της ορθότητας των Αποφάσεών της, των συναφών προγενέστερων ή μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής νοούντων ως συμπροσβαλλομένων, ήτοι συμπεριλαμβανομένων και των πράξεων που εκδόθηκαν προς συμμόρφωση στις Αποφάσεις αυτές, οι οποίες αποτελούν και το νόμιμο έρεισμά τους (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 239/2011). Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, συμμορφούμενη προς το περιεχόμενο της ακυρωτικής Αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π, υποχρεούται να θεωρήσει ανίσχυρη και μη υφιστάμενη νομικώς την ακυρωθείσα εκτελεστή πράξη της, αλλά και να προβεί με θετικές ενέργειες στην αναμόρφωση της νομικής καταστάσεως που προέκυψε αμέσως ή εμμέσως από

την ακυρωθείσα πράξη. Προς τον σκοπό αυτόν οφείλει να ανακαλέσει ή τροποποιήσει τις πράξεις που στηρίζονται στην ακυρωθείσα και να επαναλάβει τις πράξεις που, κατά τον νόμο, υποχρεούται να εκδώσει, χωρίς τη νομική πλημμέλεια που διαπιστώθηκε με την ακυρωτική απόφαση, ώστε να διαμορφωθεί νομική κατάσταση σύμφωνη προς τη Διακήρυξη και τον νόμο, κατά την έννοια της ακυρωτικής αποφάσεως. Το ειδικότερο περιεχόμενο και η έκταση των υποχρεώσεων συμμορφώσεως της αναθέτουσας αρχής προσδιορίζονται από το αντικείμενο της απαγγελλόμενης ακυρώσεως, ήτοι από την φύση και το είδος της ακυρούμενης πράξεως, ή τα νόμιμα στοιχεία που συγκροτούν την παράλειψη, καθώς και από την κρίση ή τις κρίσεις επί των ζητημάτων που εξέτασε και για τα οποία αποφάνθηκε στο αιτιολογικό της Αποφάσεώς της (βλ. κατ' αναλογία ΣτΕ 791/2011, 677/2010 Ολ., 1512/2009, 1986/2000, 2854/1985 Ολ. ΔΕφΑθ 3228/2015).

12. Επειδή, στο συμπροσβαλλόμενο ΠΡΑΚΤΙΚΟ - ΝΕΑ ΕΙΣΗΓΗΣΗ ΕΠΙ ΑΠΟΤΕΛΕΣΜΑΤΟΣ (ΠΡΟΣΩΡΙΝΟΣ ΑΝΑΔΟΧΟΣ) ΤΟΥ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΤΗ «ΦΥΛΑΞΗ ΚΤΗΡΙΟΥ ΤΟΥ ΝΥΧΤΕΡΙΝΟΥ ΚΑΤΑΦΥΓΙΟΥ ΑΣΤΕΓΩΝ ΚΑΙ ΤΟΥ ΚΤΗΡΙΟΥ ΤΟΥ ΞΕΝΩΝΑ ΦΙΛΟΞΕΝΙΑΣ ΤΟΥ ...», αναφέρονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «...*Η Επιτροπή λαμβάνοντας υπόψη:*

1) Τα παραπάνω.

2) Το εδάφιο 23 της με αριθμό 1237/2020 απόφασης της Α.Α.Π.Π. στο οποίο αναφέρεται μεταξύ των άλλων ότι: «...Όπως βάσιμα υποστηρίζουν τόσο η αναθέτουσα αρχή όσο και η παρεμβαίνουσα, η προσφεύγουσα στηρίζει όλους τους προβαλλόμενους υπό Γ.1 ισχυρισμούς της, επί εσφαλμένων υπολογισμών εκ μέρους της. ... και έτσι, πράγματι, οι υπολογισμοί της αναθέτουσας αρχής είναι ορθοί ως προς την αμοιβή για την εργασία που θα κληθεί να καταβάλλει ο ανάδοχος κατά τον μήνα απουσίας του τακτικού εργαζομένου. Με βάση αυτή τη μεθοδολογία, οι ανωτέρω υπολογισμοί της αναθέτουσας αρχής, όπως αποτυπώνονται στο Πρακτικό Ι, το οποίο επισυνάπτεται στην προσβαλλόμενη απόφαση, εμφανίζονται απολύτως ορθοί για τα επιμέρους κονδύλια που

αναφέρει η προσφεύγουσα στη σελ. 13 της κρινόμενης προσφυγής της. ... Ενόψει όλων αυτών, οι κατά τα ανωτέρω προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας υπό Γ.1 κρίνονται απορριπτέοι, ενώ πρέπει να γίνουν δεκτοί οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.».

3) Το πρακτικό ηλεκτρονικής αποσφράγισης και ελέγχου οικονομικών προσφορών – εισήγηση επί αποτελέσματος (προσωρινός ανάδοχος) με ημερομηνία 16-07-2020 [...]

4) Το εδάφιο 24 της με αριθμό 1237/2020 απόφασης της Α.Ε.Π.Π. στο οποίο αναφέρεται μεταξύ των άλλων ότι: «... οι συνολικές ασφαλιστικές εισφορές που βαρύνουν τους εργοδότες και έχουν εφαρμογή και στην εξεταζόμενη διαδικασία ανάθεσης, υπολογίζονται σε ποσοστό 24,33%. ...». [...]

6) Την οικονομική προσφορά του προσφέροντα «...» με ποσοστό εργοδοτικών εισφορών 24.33% για το: 6.1. τμήμα Α «Φύλαξη κτηρίου και χώρων του Δημοτικού Ακινήτου επί της οδού ...) [...]

ΟΜΟΦΩΝΑ ΕΙΣΗΓΕΙΤΑΙ

Α) Την απόρριψη της προσφοράς του προσφέροντα «...» για τον ηλεκτρονικό (αριθμός συστήματος ...) δημόσιο ανοικτό διαγωνισμό που αφορά τη «Φύλαξη κτηρίου του νυχτερινού καταφυγίου αστέγων και του κτηρίου του ξενώνα φιλοξενίας του ...» [αριθμός διακήρυξης ... (Α.Δ.Α.Μ.: ... 2020-06-09)] και τα τμήματα: Α «Φύλαξη κτηρίου και χώρων του Δημοτικού Ακινήτου επί της οδού ...)» και Β «Ξενώνας Φιλοξενίας», για τον λόγο ότι οι πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές των εργαζομένων (ΜΕΙΚΤΑ) ετησίως στην προσφορά του και για τα δύο παραπάνω τμήματα, υπολείπονται των ελαχίστων. Β) Την ανακήρυξη του προσφέροντα «...» ως προσωρινού ανάδοχου για τη «Φύλαξη κτηρίου του νυχτερινού καταφυγίου αστέγων και του κτηρίου του ξενώνα φιλοξενίας του ...» με αριθμό διακήρυξης ... (Α.Δ.Α.Μ.: ... 2020-06-09) και συστημικό αριθμό ... και τα τμήματα: Α «Φύλαξη κτηρίου και χώρων του Δημοτικού Ακινήτου επί της οδού ...)» και Β «Ξενώνας Φιλοξενίας», με τιμή: 46.506,25€ και 29.841,51€ αντίστοιχα συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. 24%».

13. Επειδή, από την εξέταση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, λεκτέα είναι τα εξής:

Α) Η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 571/2020 Απόφαση της Ο.Ε του υπόψη Δήμου αποτελεί, σε κάθε περίπτωση, Απόφαση συμμόρφωσης με την υπ' αριθμ. 1237/2020 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π. Με την παλαιότερη, από 07.08.2020 Προσφυγή της (ΓΑΚ Α.Ε.Π.Π 1083/10.08.2020), η (νυν) προσφεύγουσα ζητούσε, όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 389/2020 Απόφαση της ΟΕ της αναθέτουσας αρχής, με την οποία απορρίφθηκε η οικονομική της προσφορά. Επί της ως άνω Προσφυγής, εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 1237/2020 Απόφαση της Αρχής, με την οποία κρίθηκε ότι:

Σκέψη 23: *«Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών και κατόπιν ενδεδειγμένης μελέτης του φακέλου της υπόθεσης, πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα. Όπως βάσιμα υποστηρίζουν τόσο η αναθέτουσα αρχή όσο και η παρεμβαίνουσα, η προσφεύγουσα στηρίζει όλους τους προβαλλόμενους υπό Γ.1 ισχυρισμούς της, επί εσφαλμένων υπολογισμών εκ μέρους της, καθώς, όπως και η ίδια παραδέχεται, η απασχόληση του «αντικαταστάτη» εργαζομένου, για τις ημέρες της απουσίας του τακτικού, ήτοι οι είκοσι (20) ημέρες, κανονικής άδειάς του, δεν επαρκούν για να καλύψουν και τις δύο (2) εναπομείνουσες εργάσιμες ημέρες του μήνα. Άλλωστε και η ίδια η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι η αντικατάσταση θα γίνει από εργαζόμενο, που προέρχεται από το υφιστάμενο και απασχολούμενο σε διάφορα έργα προσωπικό της, το οποίο και αμείβεται με μηνιαίο μισθό. Υπό την έννοια αυτή, πράγματι, ως έχει υπολογίσει ορθά η αναθέτουσα αρχή η εφάπαξ αμοιβή που θα κληθεί να καταβάλει ο ανάδοχος, συμπεριλαμβανομένων των ημερών εργασίας του αντικαταστάτη εργαζομένου (20 ημέρες), αλλά και του τακτικού εργαζομένου (2 ημέρες), κατά το διάστημα που δεν θα απουσιάζει ο τελευταίος από την εργασία του, ανέρχεται συνολικά στις 22 ημέρες, ήτοι στο σύνολο των εργάσιμων ημερών του ημερολογιακού μήνα. Ως εκ τούτου, ο υπολογισμός στον οποίο προβαίνει η προσφεύγουσα, θεωρώντας ως βάση υπολογισμού της τις 20 εργάσιμες ημέρες, της κανονικής άδειας του τακτικού εργαζομένου (650,00 € X 20 ημέρες άδειας : 22 εργάσιμες ημέρες = 590,91 € : 12 μήνες = 49,24 €), εκκινεί από εσφαλμένη μεθοδολογία*

υπολογισμού. Αντιθέτως, όπως ορθά επισημαίνουν τόσο η αναθέτουσα αρχή όσο και η παρεμβαίνουσα, βάση υπολογισμού είναι πράγματι το ποσό των εξακοσίων πενήντα ευρώ (650,00 €) που θα κληθεί να καταβάλει ο ανάδοχος, αθροίζοντας τόσο τις είκοσι (20) ημέρες της απουσίας του τακτικού εργαζομένου, κατά τη διάρκεια της νομιμής άδειάς του, όσο και τις δύο (2) ημέρες που απομένουν για την κάλυψη των 22 (είκοσι δύο) εργάσιμων ημερών του ημερολογιακού μήνα. Συνεπώς, το συμπέρασμα που εξάγεται είναι ότι (650,00 € : 12 μήνες = 54,17 €) και έτσι, πράγματι, οι υπολογισμοί της αναθέτουσας αρχής είναι ορθοί ως προς την αμοιβή για την εργασία που θα κληθεί να καταβάλλει ο ανάδοχος κατά τον μήνα απουσίας του τακτικού εργαζομένου. Με βάση αυτή τη μεθοδολογία, οι ανωτέρω υπολογισμοί της αναθέτουσας αρχής, όπως αποτυπώνονται στο Πρακτικό Ι, το οποίο επισυνάπτεται στην προσβαλλόμενη απόφαση, εμφανίζονται απολύτως ορθοί για τα επιμέρους κονδύλια που αναφέρει η προσφεύγουσα στη σελ. 13 της κρινόμενης προσφυγής της. Στον βαθμό δε που με τις προβαλλόμενες αιτιάσεις, επιχειρείται όψιμα και εκ των υστέρων εκ μέρους της προσφεύγουσας να προβληθούν αιτιάσεις σε βάρος των όρων της διακήρυξης, έχει κριθεί ότι αυτοί προβάλλονται ανεπικαίρως και ως εκ τούτου, απορρίπτονται άνευ άλλου τινός ως απαράδεκτοι (βλ. ενδεικτικά ΑΕΠΠ, 72/2018, 191/2017, 198/2017, 870/2019, 991/2019, 1155/2019, 334/2020, 352/2020 και 738/2020). **Ενόψει όλων αυτών, οι κατά τα ανωτέρω προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας υπό Γ.1 κρίνονται απορριπτέοι, ενώ πρέπει να γίνουν δεκτοί οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.».**

Σκέψη 24: «Επειδή, περαιτέρω, με τα υποστηριζόμενα από την προσφεύγουσα υπό Γ.2, πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα. Όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα και ομολογεί και η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει της με αριθμό πρωτοκόλλου 10817/31.07.2020 επιστολής του Ενιαίου Φορέα Κοινωνικής Ασφάλισης (Ε.Φ.Κ.Α.), οι συνολικές ασφαλιστικές εισφορές που βαρύνουν τους εργοδότες από 01.06.2020, όπως διαμορφώθηκαν σύμφωνα με το άρθρο 48 του Ν. 4670/2020 ανέρχονται σε ποσοστό 24,33%, σε αντίθεση με το ποσοστό

25,06%, όπως εσφαλμένα υπολογίζει η αναθέτουσα αρχή. Λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω, αλλά και το γεγονός ότι η επίμαχη διακήρυξη του διαγωνισμού δημοσιεύθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. στις 09.06.2020, είναι σαφές ότι ανεξάρτητα από την ημερομηνία που συντάχθηκε από την αναθέτουσα αρχή, ο ενδεικτικός προϋπολογισμός της σύμβασης (28.05.2020), οι συνολικές ασφαλιστικές εισφορές που βαρύνουν τους εργοδότες και έχουν εφαρμογή και στην εξεταζόμενη διαδικασία ανάθεσης, υπολογίζονται σε ποσοστό 24,33%. **Όπως λοιπόν, παραδέχεται και ομολογεί και η αναθέτουσα αρχή, με συντελεστή 24,33% οι υπολογισθείσες εργοδοτικές εισφορές εκ μέρους της προσφεύγουσας, είναι ορθές και η προσφορά της βρίσκεται εντός των ορίων του προϋπολογισμού της διακήρυξης.** Σε κάθε περίπτωση, επισημαίνεται ότι η αναθέτουσα αρχή, βάσει των οριζομένων στην παρ. 3 του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016, έχει τη δυνατότητα εάν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, οι υπό κρίση ισχυρισμοί της προσφεύγουσας υπό Γ.2, πρέπει να γίνουν δεκτοί, καθ' ομολογίαν και της αναθέτουσας αρχής. Ως εκ τούτου, η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή ως νόμω και ουσία βάσιμη».

Β) Παρά δε το γεγονός ότι, σύμφωνα με την προπαρατεθείσα σκέψη 23 της υπ' αριθμ. 1237/2020 Απόφασης, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας που αφορούν στον υπολογισμό των αποδοχών των εργαζομένων που θα απασχοληθούν κατά την άδεια των «τακτικών» εργαζομένων, απορρίπτονται ως αβάσιμοι – σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της που αφορούν στον συντελεστή υπολογισμού του ύψους των εργοδοτικών ασφαλιστικών εισφορών (βλ. σκέψη 24 της υπ' αριθμ. 1237/2020 Απόφασης) – προφανώς εκ παραδρομής αναφέρεται στη σκέψη 25 και στο διατακτικό της ανωτέρω Απόφασης, ότι η κρινόμενη Προσφυγή «πρέπει να γίνει δεκτή» και ότι «Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή».

Άλλωστε, όπως και η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί στην υπό κρίση Προσφυγή της: «...Η Αρχή σας, με την υπ' αρ. 1237/2020 απόφαση έκρινε ότι οι ισχυρισμοί μας για το πρώτο σκέλος των υπολογισμών, είναι αβάσιμοι (σκέψη 23), ενώ για το δεύτερο σκέλος, όπως συνομολόγησε και η αναθέτουσα αρχή, έκρινε ότι είναι βάσιμοι (σκέψη 24: «... όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα και ομολογεί και η αναθέτουσα αρχή ...»). Συνεπώς, η εκ μέρους της προσφεύγουσας ρητή παραπομπή στις κρίσεις που περιλαμβάνονται στις σκέψεις 23 και 24 (αντίστοιχα) της υπ' αριθμ. 1237/2020 Απόφασης της Αρχής, καταδεικνύει ότι η εν λόγω εταιρία αντελήφθη πως εκ των δύο (2) προβαλλόμενων - στην από 07.08.2020 Προσφυγή της - λόγων για την ακύρωση του αποκλεισμού της, μόνο ο ένας λόγος έγινε εν τέλει δεκτός από την Αρχή, ενώ ο άλλος λόγος απορρίφθηκε, ως σαφώς προκύπτει από τα αναλυτικά αναφερόμενα στη σκέψη 23 της ανωτέρω Απόφασης της Α.Ε.Π.Π.

Μολονότι δε στην υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή γίνεται επίκληση των άρθρων 346, 365, 367 και 372 του Ν. 4412/2016, εντούτοις η προσφεύγουσα οδηγείται σε εσφαλμένη ερμηνεία τους, σε μια προσπάθεια διάσωσης της Προσφοράς της, εδράζοντας τις αιτιάσεις της, όχι στην ορθή ερμηνεία των ως άνω δύο σκέψεων, αλλά στο τυχαίο γεγονός της εκ παραδρομής εσφαλμένης διατύπωσης του διατακτικού της υπ' αριθμ. 1237/2020 Αποφάσεως της Αρχής, που ουδόλως θίγει την ουσιαστική κρίση της.

Αλυσιτελώς δε προβάλλεται στην υπό κρίση Προσφυγή, το γεγονός δεν ασκήθηκαν ένδικα μέσα κατά της υπ' αριθμ. 1237/2020 Απόφασης της Αρχής από την παρεμβαίνουσα ή από την αναθέτουσα αρχή, τα οποία (μέσα), κατά την άποψή της, θα είχαν ασκηθεί εάν η παρεμβαίνουσα ή η αναθέτουσα αρχή θεωρούσαν εσφαλμένη την υπ' αριθμ. 1237/2020 απόφαση της Αρχής

Ως, άλλωστε, προελέχθη, στο διατακτικό της υπ' αριθμ. 1237/2020 Απόφασης της Αρχής αναφέρεται εκ προφανούς παραδρομής ότι η κρινόμενη Προσφυγή γίνεται δεκτή, αφού σύμφωνα με την, κατά τα ανωτέρω, αναλυθείσα σκέψη 23 της Απόφασης αυτής, η οικονομική προσφορά της εν λόγω εταιρίας είναι πλημμελής, για τον λόγο ότι υπολόγισε εσφαλμένα τις αποδοχές των προσώπων που θα απασχοληθούν κατά την άδεια των «τακτικών»

εργαζομένων και ως εκ τούτου, ορθώς απορρίφθηκε εξαρχής από την οικεία αναθέτουσα αρχή.

Εν όψει των ανωτέρω, απορρίπτονται οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τις οποίες: «...*Με άλλες λέξεις, η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε πράξη καθόλα όμοια με αυτή που ακυρώθηκε από την αρχή σας με την υπ' αρ. 1237/2020 απόφαση, χωρίς να λάβει υπόψη της κάποιο νέο πραγματικό ή νομικό στοιχείο, με μόνη αιτιολογία την αναφορά στο σκεπτικό της απόφασης της Αρχής σας, που ακύρωσε την αρχική πράξη...*» ή σύμφωνα με τις οποίες: «... *Είναι αυτονόητο πως αν η Αρχή σας είχε κρίνει πως αρκούσε, για τον νόμιμο αποκλεισμό της εταιρίας μας, η αβασιμότητα ενός μόνο ισχυρισμού που προβάλλαμε με την προδικαστική προσφυγή για τα σφάλματα των υπολογισμών της αναθέτουσας αρχής (κι όχι όλων), θα είχε απορρίψει την προδικαστική προσφυγή...*». Επομένως, απορρίπτονται οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας περί συνολικής ακύρωσης της (παλαιότερης), υπ' αριθμ. 398/2020 Αποφάσεως της Ο.Ε του εν λόγω Δήμου με την υπ' αριθμ. 1237/2020 Απόφασης της Αρχής και συνακόλουθα, ουδεμία παραβίαση της υποχρέωσης συμμόρφωσης της οικείας αναθέτουσας αρχής συντρέχει, εν προκειμένω, ως αβασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα.

Γ) Εξάλλου, από το περιεχόμενο, τόσο της προσβαλλόμενης με την κρινόμενη Προσφυγή πράξης, όσο και του, από 05.11.2020, εγγράφου Απόψεων του ..., προκύπτει σαφώς ότι ο Δήμος αυτός συμμορφώθηκε, ως όφειλε, με το ουσιαστικό περιεχόμενο της υπ' αριθμ. 1237/2020 Απόφασης της Αρχής και τούτο, διότι η υποχρέωση συμμόρφωσης με ισχύουσα και δεσμευτική Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., αποτελεί εκ του νόμου υποχρέωση των αναθετουσών αρχών. Συνεπώς, ορθώς αναφέρεται στην προσβαλλόμενη (με την υπό κρίση Προσφυγή) Απόφαση της Ο.Ε. του ... ότι ανακλήθηκε η προγενέστερη, υπ' αριθμ. 389/2020 Απόφασή της, κατά το μέρος που αφορά στον συντελεστή 24,33%, αφού (κατ' ουσίαν) η προαναφερόμενη Απόφαση του ... ουδόλως ακυρώθηκε, ως προελέχθη, εν συνόλω, αλλά μόνο κατά το μέρος που αφορά στον ως άνω συντελεστή.

Δηλαδή, κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης Απόφασης, η οικεία αναθέτουσα αρχή δεν προέβη στην πράξη σε νέο έλεγχο (επανέλεγχο) των στοιχείων της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας, παρά τον τίτλο : Νέα Εισήγηση, που δόθηκε στο συμπροσβαλλόμενο Πρακτικό, αλλά προέβη, ως έδει, ΜΟΝΟ στη **διόρθωση της αιτιολογίας απόρριψης της επίμαχης Προσφοράς ως προς τον συντελεστή υπολογισμού των εργοδοτικών ασφαλιστικών εισφορών** (σκέψη 24 της υπ' αριθμ. 1237/2020 Απόφασης) και, ως έδει, στη διατήρηση της αιτιολογίας απόρριψης της επίμαχης Προσφοράς, που αφορά στις αποδοχές των αντικαταστατών των τακτικών εργαζομένων (βλ. σκέψη 23 της υπ' αριθμ. 1237/2020 Απόφασης), κατά πλήρη συμμόρφωση με την σχετική Απόφαση της Αρχής.

Άλλωστε, κατά πάγια νομολογία, το ειδικότερο περιεχόμενο και η έκταση των υποχρεώσεων συμμορφώσεως της αναθέτουσας αρχής προσδιορίζονται από τη φύση και το είδος της ακυρούμενης πράξεως (ή τα νόμιμα στοιχεία που συγκροτούν την παράλειψη), καθώς και από την κρίση ή τις κρίσεις επί των ζητημάτων που εξέτασε και για τα οποία αποφάνθηκε **στο αιτιολογικό** της Αποφάσεως της Αρχής.

Περαιτέρω, όσον αφορά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, ως αυτοί επαναπροβάλλονται και αναλύονται στην κρινόμενη Προσφυγή, επί των αποδοχών των αντικαταστατών των «τακτικών» εργαζομένων, επισημαίνεται ότι, όπως ρητά προβλέπεται στο άρθρο 367 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, οι Αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π προσβάλλονται μόνο ενώπιον των Δικαστηρίων, καθώς, κατά τη σαφή διατύπωση του νόμου *«υπόκεινται αποκλειστικά στα ένδικα βοηθήματα που προβλέπονται στον Τίτλο 3 του παρόντος Βιβλίου»*, αποκλεισμένης συνεπώς της εξέτασης με νέα Προδικαστική Προσφυγή συγκεκριμένου ισχυρισμού και λόγου που έχει ήδη κριθεί με προγενεστέρως εκδοθείσα Απόφαση της Α.Ε.Π.Π επί προηγούμενης Προδικαστικής Προσφυγής ενώπιόν της. Εν κατακλείδι, δοθέντος ότι με την προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ 571/2020 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, η οικεία αναθέτουσα αρχή συμμορφώθηκε πλήρως, ως όφειλε, με τις σκέψεις 23 και 24 της υπ' αριθμ. 1237/2020 Απόφασης της Αρχής, οι αιτιάσεις που περιλαμβάνονται στην υπό

κρίση Προδικαστική Προσφυγή, κρίνονται απορριπτές στο σύνολό τους. Το Μέλος του Κλιμακίου Μιχάλης Π. Σειραδάκης, εξέφρασε την ακόλουθη ειδική γνώμη: «Δυνάμει του διατακτικού της υπ' αριθμ. 1237/2020 Απόφασης ΑΕΠΠ, έγινε δεκτή η με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1083/10.08.2020 προσφυγή της Ιδιωτικής Κεφαλαιουχικής Εταιρείας με την επωνυμία «...» που εδρεύει στο ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται όπου κρίθηκε απορριπτέος ως αβάσιμος, ο πρώτος (υπό Γ.1) από τους δύο προβαλλόμενους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας για την ακύρωση της υπ' αριθμ. 398/2020, Απόφασης (Απόσπασμα Πρακτικού της 33^{ης} τακτικής με τηλεδιάσκεψη συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του ... (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από 03.07.2020 Πρακτικού ηλεκτρονικής αποσφράγισης προσφορών, του από 15.07.2020 Πρακτικού ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και του από 16.07.2020 Πρακτικού ηλεκτρονικής αποσφράγισης και ελέγχου οικονομικών προσφορών – εισήγηση επί αποτελέσματος (προσωρινός ανάδοχος) της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της, όπως ο πρώτος αυτός ισχυρισμός της αφορούσε τον εσφαλμένο υπολογισμό των συνολικών αποδοχών των εργαζομένων που θα απασχοληθούν κατά την άδεια των «τακτικών» εργαζομένων («κάλυψη κανονικής άδειας») (όπως διεξοδικά αναλύει υπό Γ.1 στην εν λόγω προσφυγή της). Ωστόσο, κατόπιν και της ομολογίας της αναθέτουσας αρχής στο με αριθμό πρωτοκόλλου 41081/17.08.2020 έγγραφό της, το οποίο περιελάμβανε τις απόψεις της επί της ως άνω προσφυγής, η ίδια η αναθέτουσα αρχή παραδέχεται ότι: «Ως προς τα όσα αναφέρονται στο Γ.2. του παραπάνω 3 σχετικού, θα θέλαμε να σημειώσουμε ότι:

1. εκ παραδρομής ο υπολογισμός έγινε με συντελεστή 25,06% εργοδοτικών εισφορών, αφού στη διακήρυξη στις σελίδες 45/74 και 46/74 αναφέρεται σαν συντελεστής εργοδοτικών εισφορών 24,81% [ίσχυε κατά το χρόνο σύνταξης του ενδεικτικού προϋπολογισμού (28-05-2020 σελίδα 48/74 της διακήρυξης)]
2. με συντελεστή 24,81% οι εργοδοτικές εισφορές του προσφεύγοντα είναι εκτός ορίων, ενώ με συντελεστή 24,33% οι εργοδοτικές εισφορές είναι εντός ορίων.»

με συνέπεια να γίνει δεκτός ο δεύτερος (υπό Γ.2) προβαλλόμενος ισχυρισμός της προσφεύγουσας, με τον οποίο υποστήριζε ότι είναι εσφαλμένος εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ο υπολογισμός του ύψους των εργοδοτικών ασφαλιστικών εισφορών λόγω εσφαλμένης εφαρμογής ποσοστού 25,06% αντί του ορθού 24,33%. Υπό το πρίσμα αυτό και με δεδομένο ότι οι εργοδοτικές εισφορές υπολογίζονται επί του ποσού των συνολικών υπολογισθέντων αποδοχών των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στην προς ανάθεση σύμβαση, κρίθηκε με την υπ' αριθμ. 1237/2020 Απόφασή ότι παρά την αδιαμφισβήτητη απόρριψη του πρώτου ισχυρισμού της προσφεύγουσας, η βασιμότητα του δεύτερου ισχυρισμού αυτής, όπως ομολόγησε την ορθότητα αυτού και η ίδια η αναθέτουσα αρχή, οδηγούσε αναπόδραστα σε αποδοχή της προσφυγής, κατά το αίτημα να ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, στον βαθμό που αυτή βασίστηκε σε εσφαλμένους υπολογισμούς και μόνο. Εξάλλου, όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται στη σκέψη 24 της επίμαχης απόφασης, η αναθέτουσα αρχή, με βάση το σκεπτικό της απόφασης της Α.Ε.Π.Π. και σε συμμόρφωση με αυτήν, θα είχε τη δυνατότητα να επανέλθει και να ανακαλέσει κατά το άρθρο 106 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, την προηγούμενη ακυρωθείσα υπ' αριθμ. 398/2020, Απόφαση (Απόσπασμα Πρακτικού της 33^{ης} τακτικής με τηλεδιάσκεψη συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής και να επαναξιολογήσει την οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας, με βάση το ορθό ποσοστό για τον υπολογισμό του ύψους των εργοδοτικών εισφορών και μόνο, όπως και πράγματι απολύτως ορθά έπραξε η αναθέτουσα αρχή. Σε καμία περίπτωση ωστόσο, όπως όλως αβάσιμα διατείνεται η προσφεύγουσα, το διατακτικό της ανωτέρω απόφασης της Α.Ε.Π.Π., δεν υποχρέωνε την αναθέτουσα αρχή, να κάνει αποδεκτή την προσφορά της προσφεύγουσας, καθώς κάτι τέτοιο δεν προκύπτει από κανένα σημείο της απόφασης, ούτε όμως μπορεί να συναχθεί άνευ άλλου τινός, ενόψει και της απόρριψης επί της ουσίας του πρώτου προβαλλόμενου ισχυρισμού της κριθείσας προσφυγής. Σε αντίθεση με όσα όλως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, το αληθές νόημα της υπ' αριθμ. 1237/2020 Απόφασης της Α.Ε.Π.Π. ήταν να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που

αποφάσισε την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, επί τη βάσει εσφαλμένων υπολογισμών που αφορούσαν τις εργοδοτικές εισφορές, όπως αυτές υπολογίζονταν επί των συνολικών αποδοχών των εργαζομένων που θα απασχολούνταν στην προς ανάθεση σύμβαση, να επαναξιολογηθεί η οικονομική προσφορά της (όπως και πράγματι έπραξε η αναθέτουσα αρχή σε συμμόρφωση με τα κριθέντα στην υπ' αριθμ. 1237/2020 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π.) Με βάση τα ανωτέρω, όπως και η ίδια η αναθέτουσα αρχή αναφέρει χαρακτηριστικά στην νυν προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 571/2020 (ΑΔΑ: ...) Απόφαση συμμόρφωσης (46^η τακτική συνεδρίαση της Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής), κατ' αποδοχή του από 09.10.2020, Πρακτικού-Νέας Εισήγησης επί αποτελέσματος (προσωρινός ανάδοχος) της Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού και επαναλαμβάνει στο με αριθμό πρωτοκόλλου 58977/05.11.2020 έγγραφο των Απόψεων της, η τελευταία σε συμμόρφωση με το περιεχόμενο της υπ' αριθμ. 1237/2020 Απόφασης της Α.Ε.Π.Π., ανακάλεσε την αρχικά προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 398/2020 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής και επαναξιολόγησε την οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας, όχι μονοσήμαντα με σκοπό την αποδοχή της, καθώς κάτι τέτοιο δεν προέκυπτε, όπως ήδη ειπώθηκε, από την απόφαση της Α.Ε.Π.Π. και με νέα αιτιολογία την έκρινε εκ νέου απορριπτέα. Τέλος, στον βαθμό που και με την νυν προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας, κρίθηκε εκ νέου απορριπτέα, με διορθωμένη αιτιολογία, βάσει και των κριθέντων με την υπ' αριθμ. 1237/2020, η δεύτερη προσφυγή παραδεκτά ασκήθηκε ενώπιον του οικείου Κλιμακίου και έδει να κριθεί εκ νέου απορριπτέα επί της ουσίας της.».

14. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

15. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Διατάσσει την κατάπτωση του προσκομισθέντος Παραβόλου, ποσού εξακοσίων ευρώ 600,00€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 04 Δεκεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 23 Δεκεμβρίου 2020, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Ελένη Λεπίδα