

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 08.08.2019 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου - Εισηγήτρια- και Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 04.07.2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 831/05.07.2019 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «.....», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Κατά τηςκαι του αποσπάσματος πρακτικού της Συνεδρίασης της Συγκλήτου της της 21.06.2019 (Θέμα 13β) κατά το μέρος που, κατ' αποδοχή του 2ου Πρακτικού Ελέγχου Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικών Προσφορών, αξιολογήθηκαν οι οικονομικές προσφορές των διαγωνιζομένων εκ των οποίων αναδείχθηκε ως προσωρινή ανάδοχος η εταιρία «.....».

Της παρεμβαίνουσας εταιρίας «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα εταιρία «.....» επιδιώκει την ακύρωση του αποσπάσματος πρακτικού της από 21.06.2019 Συνεδρίασης της Συγκλήτου της κατά το μέρος που με αυτήν εγκρίθηκε το με αριθ. 2 Πρακτικό αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων, δυνάμει των αποτελεσμάτων του οποίου αναδείχθηκε ως

Αριθμός απόφασης: 947/2019

προσωρινή ανάδοχος της διαγωνιστικής διαδικασίας η εταιρία «.....», η οποία κλήθηκε περαιτέρω προς υποβολή των σχετικών δικαιολογητικών κατακύρωσης.

2. Επειδή, με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπόψη Προσφυγής και δη την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που με αυτήν αναδείχθηκε η ίδια προσωρινή ανάδοχος της διαγωνιστικής διαδικασίας.

3. Επειδή, με τη με αριθ. πρωτ.Διακήρυξη της προκηρύχθηκε ανοικτός, ηλεκτρονικός, δημόσιος διαγωνισμός άνω των ορίων με αντικείμενο την, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 435.483,87 ευρώ (πλέον Φ.Π.Α. 24%) και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, η οποία Διακήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 05.11.2018, καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 05.11.2018 και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ομοίως στις 05.11.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α Στο διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά πέντε εταιρίες, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα «.....» και η προσωρινή ανάδοχος «.....». Κατά το στάδιο αποσφράγισης-αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών, με την από 12.03.2019 απόφαση της Συνεδρίασης της Συγκλήτου της (4ο Θέμα) αποφασίστηκε η απόρριψη των προσφορών της «.....» και της «.....», η οποία απόφαση προσβλήθηκε ενώπιον της ΑΕΠΠ από αμφότερες τις ως άνω εταιρίες, οι οποίες άσκησαν αντιστοίχως τις με ΓΑΚ 371/26.03.2019 και ΓΑΚ 389/29.03.2019 Προδικαστικές Προσφυγές. Κατόπιν συνεξέτασης των ως άνω Προσφυγών εκδόθηκε η με αριθ. 501,502/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ με την οποία έγιναν δεκτές αμφότερες οι Προσφυγές και ως εκ τούτου ακυρώθηκε η προσβαλλόμενη ως άνω απόφαση κατά το μέρος που απέκλειε τη συμμετοχή των ως άνω εταιριών στην συνέχεια του διαγωνισμού. Ακολούθως, με την προσβαλλόμενη με την παρούσα από 21.06.2019 απόφαση της Συγκλήτου

Αριθμός απόφασης: 947/2019

της αποφασίστηκε η συνέχιση του διαγωνισμού, και δη η έγκριση του με αριθ. 2 Πρακτικού με το οποίο αξιολογήθηκαν οι οικονομικές προσφορές των διαγωνιζομένων, αναδείχθηκε ως προσωρινή ανάδοχος της διαγωνιστικής διαδικασίας η εταιρία «.....», η οποία κλήθηκε περαιτέρω να υποβάλλει τα σχετικά δικαιολογητικά κατακύρωσης.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα παρίστανται ως έχουσα άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της Προσφυγής της, αφού η προσφορά της έχει κριθεί αποδεκτή κατά το πρότερο στάδιο αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και ως εκ τούτου δύνατο κατ'αρχήν να μετέχει νομίμως στο στάδιο αποσφράγισης και αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, το οποίο, κατά τους ισχυρισμούς της, παρανόμως διεξήχθη για τους ειδικότερους λόγους που αναφέρονται στην προσφυγή της επί των οποίων θεμελιώνεται το ειδικότερο έννομο συμφέρον της στην ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που αφορά στη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας με την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων και την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου αντί της ματαίωσης αυτής.

5. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016 το νόμιμο παράβολο, ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, ποσού 2.180,00 ευρώ, το οποίο και υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας (άνευ ΦΠΑ) της υπόψη σύμβασης.

6. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσία), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 435.483,87 € πλέον ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, και του χρόνου δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, και συνεπώς παραδεκτώς, κατά τούτο, ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

7. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη αναρτήθηκε στο

Αριθμός απόφασης: 947/2019

διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 24.06.2019, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) την 04.07.2019, ήτοι εντός της προβλεπόμενης εκ του νόμου δεκαήμερης προθεσμίας.

8. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017.

9. Επειδή, με την με ΓΑΚ 831/05.07.2019 Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα «.....» αιτείται την ακύρωση του αποσπάσματος πρακτικού της από 21.06.2019 (Θέμα 13β) Συνεδρίασης της Συγκλήτου της κατά το μέρος που με αυτήν, κατ' αποδοχή του 2ου Πρακτικού Ελέγχου Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικών Προσφορών, αποφασίστηκε η συνέχιση του διαγωνισμού, η περαιτέρω αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων, η αποδοχή αυτών και η κατακύρωση της σύμβασης στην εταιρία «.....». Με την Προσφυγή της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι είναι μη νόμιμη η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, και δη στο στάδιο αποσφράγισης και αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, ως τούτο έλαβε χώρα με την προσβαλλόμενη απόφαση, όταν με την υπ' αριθ. 4241/127/30-01-2019 Υπουργική Απόφαση (ΦΕΚ Τεύχος Β' 173/30-01-2019) αποφασίστηκε η αύξηση του κατώτατου μισθού και ημερομισθίου με συνέπεια την ουσιώδη μεταβολή του οικονομικού θεμελίου της υπό ανάθεση σύμβασης και περαιτέρω συνέπεια την αδυναμία υπογραφής σύμβασης, η οποία δεν μπορεί να εκτελεσθεί κανονικά από τον ανάδοχο, όταν η οικονομική προσφορά του προφανώς διαμορφώθηκε με βάση την προισχύουσα νομοθεσία. Όπως ειδικότερα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ναί μεν για το παραδεκτό της οικονομικής προσφοράς απαιτείται αυτή να είναι σύμφωνη με την κείμενη εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία και κατ' αυτόν τον

Αριθμός απόφασης: 947/2019

τρόπο να είναι επαρκής προς κάλυψη του οικείου εργατοασφαλιστικού κόστους κατά τον χρόνο υποβολής της. Πλην όμως, πέραν και επιπλέον τούτου, η υπό ανάθεση σύμβαση θα πρέπει και αυτή αυτοτελώς να τηρεί την οικεία ως άνω ισχύουσα κατά τον χρόνο σύναψής της και περαιτέρω εκτέλεσής της νομοθεσία και ο δε ανάδοχος να τηρεί αντίστοιχα κάθε οικεία διάταξη. Επομένως, δεν επιτρέπεται η διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης να καταλήξει σε σύμβαση αντικειμενικά και εξαρχής παράνομη, διότι, βάσει των τεχνικών και οικονομικών δεδομένων της, είναι αδύνατον να πληροί τις κατά τον χρόνο σύναψης απαιτήσεις της εργατικής και κοινωνικοασφαλιστικής νομοθεσίας και τούτο ασχέτως υπαιτιότητας των μερών και των μετεχόντων στη διαδικασία ή της αναθέτουσας αρχής. Όλα τα ανωτέρω ισχύουν διότι η υποχρέωση τήρησης της ως άνω νομοθεσίας και άρα του οικείου κόστους αποδοχών και ασφάλισης, δεν περιορίζεται απλά στον χρόνο υποβολής της προσφοράς, αλλά επεκτείνεται και στο στάδιο της εκτέλεσης και άρα σε κάθε περίπτωση στον χρόνο σύναψης της σύμβασης περί της οποίας η διαδικασία ανάθεσης. Συνεπώς, δεν νοείται υπογραφή σύμβασης, η οποία κατά περιεχόμενο δεν μπορεί να υλοποιηθεί και δη νόμιμα από τον ανάδοχο, όταν είναι γνωστό ήδη κατά τη σύναψή της, ότι συντρέχουν γεγονότα, όπως εν προκειμένω η σημαντική αύξηση του νόμιμου κατώτατου ημερομισθίου, τα οποία καθιστούν αντικειμενικώς ανέφικτη τη νόμιμη εκτέλεσή της, η δε μεταβολή και σημαντική αύξηση του κατώτατου νομίμου ημερομισθίου, βάσει του οποίου υπολογίζεται κάθε κόστος αποδοχών και άρα και ασφάλισης, το οποίο κατέληξε 29,04 ευρώ από 26,18 ευρώ για εργαζόμενους άνω των 25 ετών και από 22,83 ευρώ για εργαζόμενους κάτω των 25 ετών, η οποία επήλθε με την ΥΑ 4241/127/19 με ισχύ από 1-2-2019 συνιστά περίπτωση ουσιώδους μεταβολής του οικονομικού θεμελίου της υπό ανάθεση σύμβασης (βλ. ad hoc ΕλΣυν, Κλιμ. Ζ Πρ. 217/2019, σκ. Ε, πρβλ. ΕλΣυν Τμ. Μειζ. Επτ. Συνθ. 1630/2018). Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ακόμα κι αν ευλόγως και αντικειμενικά απρόβλεπτη περίσταση που συνέτρεξε μετά την υπογραφή της σύμβασης θα μπορούσε να δικαιολογεί, κατ' άρθρα 132 παρ. 1 περ. γ' Ν. 4412/2016 και ΑΚ 200 και 288, τροποποίηση της ήδη συναφθείσας προ της επέλευσης του απροβλέπτου γεγονότος, ήτοι της

Αριθμός απόφασης: 947/2019

ως άνω σημαντικής αύξησης αποδοχών, σύμβασης, με αναπροσαρμογή του συμβατικού ανταλλάγματος στο προσήκον μέτρο. Τούτο όμως προϋποθέτει ότι η σύμβαση συνήφθη πριν από το απρόβλεπτο γεγονός, ήτοι την παραπάνω αύξηση και όχι μεσούσης της διαδικασίας ανάθεσής της, με αποτέλεσμα πολύ πριν τη σύναψη αυτής, η αναθέτουσα και ο τυχόν ανάδοχος να τελούν σε πλήρη γνώση τόσο των νυν ισχυουσών εφεξής εργατικών και ασφαλιστικών διατάξεων και υποχρεώσεων αναδόχου, όσο του ανέφικτου νόμιμης υλοποίησης της σύμβασης με την προσφερόμενη τιμή, αλλά και με βάση εξ αρχής την εκτιμώμενη αξία της διακήρυξης και έτσι να γνωρίζουν εκ των προτέρων, όχι ως απλό ενδεχόμενο, αλλά μετά πλήρους βεβαιότητας ότι οι τιμές προσφοράς δεν θα αποτελέσουν το συμβατικό ανάλλαγμα και ότι η αξία της σύμβασης θα υπερβεί και δη κατά σημαντικό βαθμό τόσο το ποσό της οικονομικής προσφοράς αναδόχου, όσο και τον εξ αρχής προϋπολογισμό της διαδικασίας. Μάλιστα, η προσφεύγουσα αναφέρεται ειδικά στο με αρ.έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ περί της επίδρασης της αναπροσαρμογής των κατώτατων αποδοχών σε εν εξελίξει διαδικασίες ανάθεσης εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών καθαριότητας ή φύλαξης, όπου προβλέπονται τα εξής : «Όπως γίνεται παγίως δεκτό από τη νομολογία τόσο του Δικαστηρίου της Ε. Ε. όσο και των εθνικών Δικαστηρίων, το εφαρμοστέο νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τη διεξαγωγή της διαδικασίας ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης είναι εκείνο που ισχύει κατά τον χρόνο δημοσίευσης της οικείας διακήρυξης. Από την εν λόγω νομολογιακά διαμορφωθείσα γενική αρχή προκύπτει ότι τυχόν νομοθετικές ή κανονιστικές μεταβολές που εμφιλοχωρούν, ενώ ήδη εξελίσσονται διαδικασίες ανάθεσης, δεν επηρεάζουν τις διαδικασίες αυτές, εκτός και αν έχουν, ρητώς, αναδρομική ισχύ. Συνεπώς, υπό το πρίσμα αυτό, και, δεδομένου ότι οι διατάξεις της προαναφερθείσας υπουργικής απόφασης δεν περιλαμβάνουν ρητή διάταξη περί αναδρομικής εφαρμογής, οι εν εξελίξει διαδικασίες ανάθεσης δύνανται να ολοκληρώνονται υπό το καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο δημοσίευσης της σχετικής διακήρυξης. Ανεξαρτήτως των ανωτέρω, επισημαίνεται, ωστόσο, ότι, κατά την εκτέλεση των συμβάσεων που συνάπτονται ως άνω, οι αποδοχές των εργαζόμενων υπολογίζονται και

Αριθμός απόφασης: 947/2019

καταβάλλονται βάσει των οριζομένων στην υπ' αριθμ. 4241/127/30.01.2019 Υπουργική Απόφαση. Σε συνέχεια των ανωτέρω, στην περίπτωση που έχει παρέλθει η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ήτοι σε εκκρεμείς διαδικασίες, οι αναθέτουσες αρχές διατηρούν την ευχέρεια, συνεκτιμώντας το σύνολο των πραγματικών περιστατικών της εκάστοτε υπό ανάθεση σύμβασης, να εφαρμόσουν τις διατάξεις της παρ. 2 ή ενδεχομένως και της παρ. 5 του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, εφόσον κρίνουν αιτιολογημένα ότι η εν θέματι κανονιστική μεταβολή έχει ανατρέψει ουσιωδώς το οικονομικό θεμέλιο της σχεδιασθείσας - με βάση το προϋφιστάμενο κανονιστικό πλαίσιο- διαδικασίας, με αποτέλεσμα να τίθεται σε κίνδυνο η αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης που τυχόν ανατεθεί». Ήτοι, κατά την έννοια των ανωτέρω, σε εκκρεμείς διαδικασίες ανάγεται στην αναθέτουσα αρχή να ενεργήσει κατά την διακριτική της ευχέρεια και τηρώντας τα όρια αυτής προκειμένου να αποφασίσει εάν θα συνεχίσει ή θα ματαιώσει τη διαδικασία. Όμως, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, εν προκειμένω δεν συντρέχει περίπτωση διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής, δοθέντος ότι το σύνολο των προσφορών έχει υπολογιστεί με βάση κατώτατες αποδοχές, οι οποίες είναι μικρότερες των νυν νομίμων και όταν μάλιστα, ούτε το όλο ποσό της προσφοράς ούτε καν της διακήρυξης δεν αρκούν για να εκτελεσθεί η σύμβαση νόμιμα και να συναφθεί με βάση το πλέον ισχύον κατώτατο κόστος αποδοχών και ασφάλισης, με συνέπεια η καταρχήν διατήρηση της διαδικασίας να συνιστά κακή ενάσκηση της ως άνω διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής. Ακολούθως, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η σύναψη της επίμαχης σύμβασης συνιστά έτι περαιτέρω παράβαση της διάταξης του άρθρου 68 Ν. 3863/2010 που δεν αρκείται στην τήρηση διατυπώσεων ελεγχιμότητας του συννόμου με τις οικείες διατάξεις εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, της προσφοράς, αλλά επεκτείνει τις υποχρεώσεις της αναθέτουσας και του αναδόχου και κατά το στάδιο της εκτέλεσης, θέτει δε και υποχρεώσεις αντίστοιχης διασφάλισης και ήδη κατά τη σύναψη της σύμβασης, επί ποινή ακυρότητας της τελευταίας όπως και της διάταξης του άρθρου 132 Ν. 4412/2016 όπου προβλέπεται δυνατότητα τροποποίησης ήδη συναφθείσας σύμβασης κατά τη διάρκειά της, υπό τις εκεί

Αριθμός απόφασης: 947/2019

οριζόμενες προϋποθέσεις. Ειδικότερα, η περ. γ' της παρ. 1 της ως άνω διάταξης θέτει ως σωρευτικά απαιτούμενους όρους ότι «αα) η ανάγκη τροποποίησης προέκυψε λόγω περιστάσεων που δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν από μια επιμελή αναθέτουσα αρχή, ββ) η τροποποίηση δεν μεταβάλλει τη συνολική φύση της σύμβασης, γγ) οποιαδήποτε αύξηση της τιμής δεν υπερβαίνει το 50% της αξίας της αρχικής σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο». Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, όταν η ανάγκη τροποποίησης έχει ήδη προκύψει, δηλαδή τα στοιχειοθετούντα και επιτάσσοντα αυτή γεγονότα είναι ήδη γνωστά κατά τον χρόνο αξιολόγησης προσφορών και πριν καν την οριστική κατακύρωση, πολλώ δε μάλλον τη σύναψη της σύμβασης, δεν πληρούνται οι παραπάνω προϋποθέσεις και δη η σωρευτικά απαιτούμενη ως άνω υπό αα προϋπόθεση. Μάλιστα η προσφεύγουσα προβαίνει σε αναλυτικό υπολογισμό των μηνιαίων αποδοχών ανά εργαζόμενο με βάση την νέα ισχύουσα νομοθεσία και τις απαιτήσεις της οικείας διακήρυξης αποδεικνύοντας ότι το νέο νομοθετημένο εργατικό ΚΑΙ ΜΟΝΟΝ ΤΟ ΕΡΓΑΤΙΚΟ ΚΟΣΤΟΣ (438.956,76 €) υπερβαίνει κατά 10% περίπου την συνολική προσφορά της μειοδότης εταιρίας και άνω του 10% τις προσφορές των λοιπών εταιριών, συμπεριλαμβανομένης της δικής της, σε κάθε δε περίπτωση υπερβαίνει την ίδια την ΣΥΝΟΛΙΚΗ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΘΕΙΣΑ ΔΑΠΑΝΗ ΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ (435.483,87 €). Συνεπώς, κατά την προσφεύγουσα, δεν συντρέχει ούτε η σωρευτικά απαιτούμενη προϋπόθεση β' της παρ. 2 της διάταξης του άρθρου 130 Ν. 4412/2016 περί μη ουσιώδους τροποποίησης σύμβασης και μάλιστα ακόμη και αν μετά την τροποποίηση εκμηδενιστεί το κέρδος και δεν ληφθούν υπόψη ούτε καν οι κρατήσεις. Εξάλλου, κατά την προσφεύγουσα, οποιαδήποτε τροποποίηση θα προσέκρουε στη ρήτρα του άρθρου 132 παρ. 4 περ. α' κατά την οποία «Σε κάθε περίπτωση, με την επιφύλαξη των παραγράφων 1 και 2, μία τροποποίηση θεωρείται ουσιώδης όταν πληροί μία ή περισσότερες από τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) η τροποποίηση εισάγει όρους οι οποίοι, εάν είχαν αποτελέσει μέρος της αρχικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης, θα είχαν επιτρέψει τη συμμετοχή διαφορετικών υποψηφίων από αυτούς που επιλέχθηκαν αρχικώς ή στην

Αριθμός απόφασης: 947/2019

αποδοχή άλλης προσφοράς από εκείνη που επελέγη αρχικώς ή θα προσέλκυαν και άλλους συμμετέχοντες στη διαδικασία σύναψης σύμβασης». Και τούτο διότι η λήψη υπόψη των νυν ισχυόντων δεδομένων της εργατικής νομοθεσίας, μεταβάλλει πλήρως τη λογική και στρατηγική των μετεχόντων ως προς τη σύνταξη προσφορών, αφού δεν είναι γνωστό πλέον πώς θα διαμόρφωναν οι όποιοι μετέχοντες τα λοιπά κόστη και το κέρδος τους κατά τη σύνταξη των προσφορών τους (πολλώ δε μάλλον αφού υπό φυσιολογικές συνθήκες θα έπρεπε και η διακήρυξη να έχει μεγαλύτερη εκτιμώμενη αξία αν προκηρυσσόταν με βάση το νυν ελάχιστο εργοδοτικό κόστος, με αποτέλεσμα μεγαλύτερα κόστη έκδοσης εγγυήσεων συμμετοχής), με αποτέλεσμα να είναι όλως αβέβαιο τι θα συνέβαινε και πώς θα κατατάσσονταν οι προσφορές, αν είχαν ληφθεί υπόψη τα νυν δεδομένα. Πολλώ δε μάλλον, δεν συντρέχει ούτε εφαρμογή της περίπτωσης του άρθρου 105 παρ. 1 Ν. 4412/2016 περί κατακύρωσης για μεγαλύτερη ποσότητα, αφού εν προκειμένω το ζήτημα που τίθεται δεν είναι η κατακύρωση υπηρεσιών μεγαλύτερου και πιο εκτεταμένου φυσικού αντικείμενου, περίπτωση στην οποία αναφέρεται η ως άνω διάταξη, αλλά η ριζική μεταβολή των συνθηκών κόστους της ίδιας και अपαράλλακτης κατά το φυσικό της αντικείμενο, υπηρεσίας. Επομένως, εν προκειμένω ούτε κατακύρωση μπορεί να λάβει χώρα σε μεγαλύτερη εκάστης όποιας προσφοράς τιμή ούτε νόμιμη τροποποίηση αμέσως μετά τη σύναψη της σύμβασης ούτε σύνομη υπογραφή της. Ενόψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η διατήρηση της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν μπορεί να οδηγήσει σε σύνομη ολοκλήρωσή της, ως εκ τούτου συντρέχουν κατά πρόδηλο τρόπο οι περιπτώσεις β', γ' και δ' της παρ. 2 του άρθρου 106 Ν. 4412/2016 περί ματαίωσης της διαδικασίας και μάλιστα κατά συνθήκες που καθιστούν την παράλειψη άσκησης της παραπάνω καταρχήν ευχέρειας καταχρηστική και κινούμενη εκτός των πλαισίων και άκρων ορίων αυτής, αφού εν προκειμένω και τα οικονομικά δεδομένα μεταβλήθηκαν ουσιαδώς και ριζικά και η εκτέλεση του αντικείμενου με τις νυν προσφορές είναι αδύνατη και παράνομη και όποια προσφορά και αν καταλήξει να συμβασιοποιηθεί, ακόμη και πέραν αυτής του νυν προσωρινού αναδόχου δεν είναι εκ των πραγμάτων συμφέρουσα από

Αριθμός απόφασης: 947/2019

οικονομική άποψη, αφού προϋπόθεση τούτου είναι αυτονόητα η κάλυψη κάθε ελάχιστης κατά νόμο εργοδοτικής υποχρέωσης.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε με το υπ'αριθ. πρωτ. 2576/11.07.2019 έγγραφό της τις απόψεις της επί της υπόψη Προσφυγής, αναφερόμενη στην εξέλιξη της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας, υποστηρίζει ότι : *«Ορθά η Επιτροπή Αξιολόγησης αποφάσισε και ανακήρυξε μειοδότηρια την εταιρία «.....» δεδομένου ότι σύμφωνα με το προαναφερόμενο 1050/19.02.2019 διευκρινιστικό έγγραφο της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. μπορεί κατά την υπογραφή της σύμβασης να υπολογιστεί ποσοστιαία η αξία της έως την διαφορά της μισθολογικής αναπροσαρμογής που προέκυψε από την εφαρμογή της 424/127/30.01.2019 ΥΑ «Καθορισμός κατώτατου μισθού και κατώτατου ημερομισθίου για τους υπαλλήλους και τους εργατοτεχνίτες όλης της χώρας» (ΦΕΚ Β'173/2019). Κατόπιν τούτου η Αναθέτουσα Αρχή θεωρεί ότι δεν συντρέχει βάσιμος λόγος ματαίωσης του επίδικου διαγωνισμού για τους αναφερόμενους στην προδικαστική προσφυγή αλυσιτελείς άλλωστε λόγους».*

11. Επειδή, παρεμβαίνει η εταιρία «.....», η οποία Παρέμβαση, ασκείται εν γένει παραδεκτώς και στη νόμιμη προθεσμία, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του Π.Δ.39/2017, αφού, η Προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή προς την παρεμβαίνουσα στις 05.07.2019, οπότε και έλαβε γνώση αυτής, και η υπό κρίση Παρέμβαση ασκήθηκε στις 15.07.2019, ήτοι εντός της προβλεπόμενης εκ του νόμου δεκαήμερης προθεσμίας. Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με αυτήν, κατόπιν αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων, αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ειδικότερα, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η προσφεύγουσα προσέβαλε, όπως συνάγεται ερμηνευτικά από την εξεταζόμενη προσφυγή της, την δήθεν εκδηλωθείσα «παράλειψη» της αναθέτουσας αρχής για ματαίωση του διαγωνισμού, όπως αυτή εκδηλώθηκε δια της εκδόσεως του προσβαλλόμενου Πρακτικού της Συνεδρίασης της Συγκλήτου

Αριθμός απόφασης: 947/2019

της 21.6.2019 (Θέμα 13βο) της, με το οποίο αποφασίστηκε η συνέχιση του διαγωνισμού, η περαιτέρω αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των αναφερόμενων σε αυτή συμμετεχουσών εταιρειών και η κατακύρωση του διαγωνισμού σε αυτήν. Όμως, κατά τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας, κατ'εσφαλμένη εφαρμογή του νόμου και της διακήρυξης θεωρεί η προσφεύγουσα ότι υφίσταται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να προβεί σε ματαίωση του διαγωνισμού. Και τούτο διότι κατ'αρχήν τέτοια υποχρέωση δεν προκύπτει από το από 19.02.2019 έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ με το οποίο απλώς παρέχονται οδηγίες στις αναθέτουσες αρχές, ώστε να ενεργήσουν κατά την ανέλεγκτη διακριτική ευχέρειά τους, όπως κρίνουν οι ίδιες σκόπιμο για την αποτελεσματικότερη εκπλήρωση των σκοπών και των αναγκών τους. Περαιτέρω, κατά την παρεμβαίνουσα, η διάταξη του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016 106 του Ν. 4412/2016 προϋποθέτει «ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής» επιβεβαιώνοντας ότι η ματαίωση ενός διαγωνισμού αποτελεί εξαιρετική διαδικασία επιτρεπτή περιοριστικά για τους αναφερόμενους λόγους, οι οποίοι αποσκοπούν στο να αποτρέψουν καταχρηστικές, από την πλευρά των αναθετουσών αρχών, ματαιώσεις διαγωνιστικών διαδικασιών ανάλογα με τον προσφέροντα της επιλογής τους στον οποίο επιθυμούν να αναθέσουν μία δημόσια σύμβαση. Σύμφωνα δε με την πάγια νομολογία η αναθέτουσα αρχή έχει μεν την ευχέρεια να ματαιώσει προκηρυχθέντα διαγωνισμό, κατόπιν απλής γνωμοδότησης του αρμόδιου για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού συλλογικού οργάνου, εφόσον συντρέχει νόμιμος λόγος, η ευχέρεια όμως αυτή δεν είναι απεριόριστη, καθόσον η περί ματαιώσεως του διαγωνισμού απόφαση της αναθέτουσας πρέπει να είναι ειδικώς αιτιολογημένη, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η επανάληψη του διαγωνισμού (ΑΕΠΠ 280/2018, πρβλ. ΣτΕ 543/2010, 1803/2008, ΕΑ 88/2015, 158/2011, 226/2009). Ενόψει των ανωτέρω ρυθμίσεων του νόμου, σε συνδυασμό αφ'ενός με τα παγίως νομολογηθέντα και αφ' ετέρου με βάση όσα διευκρίνισε η ΕΑΑΔΗΣΥ, δεν προκύπτει ουδεμία υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να προβεί σε ματαίωση του διαγωνισμού, εφόσον κρίσιμος χρόνος για τη νομιμότητα της διαδικασίας

Αριθμός απόφασης: 947/2019

ήταν ο χρόνος έκδοσης της διακήρυξης και υποβολής της προσφοράς. Μάλιστα, δεν προκύπτει καν υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να αιτιολογήσει τη μη ματαίωση του διαγωνισμού, ήτοι εάν δεν ματαιώσει τον διαγωνισμό λόγω νεότερων γεγονότων, εφόσον ισχύει η θεμελιώδης αρχή ότι η διαγωνιστική διαδικασία αξιολογείται επί τη βάση των πραγματικών και νομικών δεδομένων που ισχύουν κατά τον χρόνο έκδοσης της διακήρυξης και υποβολής των προσφορών. Ακόμα, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι δεν υφίσταται υποχρέωση οίκοθεν αναπροσαρμογής των τιμών των προσφερουσών εταιριών, πριν την υπογραφή των συμβάσεων, διότι αυτό θα συνιστούσε αλλοίωση των προσφορών, δυνάμει των οποίων έγινε η μειοδοσία, πράγμα ασφαλώς ανεπίτρεπτο, αλλά και στερούμενο οποιουδήποτε νομιμοποιητικού ερείσματος επί της διακήρυξης ή επί του νόμου. Τούτων δοθέντων η παρεμβαίνουσα καταλήγει ότι ουδεμία δικονομικώς προσβλητή «παράλειψη» έκδοσης εκτελεστής διοικητικής πράξης, κατά την έννοια του άρθρου 45 παρ. 4 του ΠΔ 18/1989, δεν έχει εν προκειμένω συντελεστεί, ώστε να μπορεί εν προκειμένω να αποτελέσει, κατά την έννοια του άρθρου 360 παρ.1 Ν. 4412/2016, αντικείμενο προσβολής με προδικαστική προσφυγή, σε κάθε δε περίπτωση ότι οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας ως προς την διατάραξη του οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης, προβάλλονται ανεπικαίρως και πάντως όχι με τον ορθό δικονομικά τρόπο, καθόσον αφορούν το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης και όχι το παρόν προσυμβατικό στάδιο. Ειδικότερα, εφόσον η προσφεύγουσα θεωρεί ότι έχει κλονιστεί το οικονομικό αντικείμενο του έργου, δυνάμει του οποίου είχε αρχικώς διαμορφώσει την προσφορά της, θα μπορούσε να ζητήσει σε μεταγενέστερο χρόνο την τροποποίηση της συναφθείσας σύμβασης δυνάμει του άρθρου 132 του Ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με τις γενικές ρυθμίσεις του ΑΚ. Τέλος, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι, εν προκειμένω, θα μπορούσε να εφαρμοστεί η διάταξη του άρθρου 132 του Ν. 4412/2016 με την οποία παρέχεται η δυνατότητα τροποποίησης των δημοσίων συμβάσεων, μετά τη σύναψη και κατά τη διάρκεια της εκτέλεσης αυτών, υπό τη συνδρομή των τασσόμενων, κατά περίπτωση, προϋποθέσεων, χωρίς να απαιτείται η προσφυγή στη διαδικασία εκ νέου

Αριθμός απόφασης: 947/2019

σύναψης σύμβασης, αναφερόμενη ειδικότερα στο περιεχόμενο και τις προϋποθέσεις αυτής, όπως και ότι θα μπορούσε εξίσου να εφαρμοστεί η διάταξη του άρθρου 388 ΑΚ με την οποία τίθενται οι προϋποθέσεις με τις οποίες παρέχεται στον έναν από τους συμβαλλομένους σε αμοτεροβαρή σύμβαση το διαπλαστικό δικαίωμα να ζητήσει από το δικαστήριο την αναγωγή της οφειλόμενης παροχής στο μέτρο που αρμόζει, ή και την λύση ολόκληρης της σύμβασης, εφόσον η τελευταία δεν έχει ακόμη εκτελεσθεί, αναφερόμενη ειδικότερα στο περιεχόμενο και τις προϋποθέσεις αυτής. Μάλιστα, η παρεμβαίνουσα επικαλείται ότι, όπως έχει ήδη κριθεί με την(Ολομέλεια) η μονομερής νομοθετική αύξηση των μισθών εμπίπτει στις προϋποθέσεις του νόμου που δικαιολογούν την επαύξηση του οικονομικού αντικειμένου της υπογεγραμμένης σύμβασης. Επομένως, δυνάμει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα θα μπορούσε με αίτημά της να ζητήσει την τροποποίηση της σύμβασης, όταν αυτή θα συναφθεί, πολλώ δε μάλλον όταν από τους υπολογισμούς που η ίδια παραθέτει στην προσφυγή της προκύπτει ότι η επαύξηση του οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης δεν ξεπερνάει κατά περίπτωση το 10-15% της οικονομικής προσφοράς εκάστου προσφέροντος.

12. Επειδή, κατ'αρχήν, απορρίπτεται ως απαράδεκτος ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας περί του ανεπίκαιρου των αιτιάσεων της προσφεύγουσας με την αιτιολογία ότι αυτές αφορούν στο στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης και όχι στο παρόν προσυμβατικό στάδιο. Και τούτο διότι, όπως σαφώς προκύπτει από το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης απόφασης, η οποία συνίσταται στην από 21.06.2019 απόφαση της Συγκλήτου της περί εγκρίσεως του με αριθ. 2 Πρακτικού, δια αυτής η αναθέτουσα αρχή προέβη στην αποσφράγιση και αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων και ως εκ τούτου στην ανάδειξη προσωρινού αναδόχου, ενέργειες οι οποίες επικαίρως προσβάλλονται με την παρούσα, δοθέντος ότι όλοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ερείδονται και εκκινούν από τον παράνομο χαρακτήρα των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων και δη από το γεγονός ότι αυτές υπολείπονται του ελάχιστου νόμιμου ισχύοντος εργοδοτικού κόστους, καταδεικνύοντας περαιτέρω την αδυναμία σύννομης ολοκλήρωσης της οικείας

Αριθμός απόφασης: 947/2019

διαγωνιστικής διαδικασίας δυνάμει των τιμών προσφορών που έγιναν κατά το παρόν στάδιο του διαγωνισμού αποδεκτές.

13. Επειδή, στο άρθρο 130 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Όροι εκτέλεσης της σύμβασης (άρθρο 70 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», προβλέπεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές επιβάλλουν τον όρο ότι κατά την εκτέλεση της σύμβασης ο ανάδοχος τηρεί τις υποχρεώσεις στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικοασφαλιστικού και εργατικού δικαίου, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικοασφαλιστικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α. Ειδικά: α) στις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή φύλαξης, περιλαμβάνονται, επιπλέον του όρου του πρώτου εδαφίου, τα στοιχεία που αναφέρονται στις περιπτώσεις α έως στ της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α 115), όπως εκάστοτε ισχύει, καθώς και ο ειδικός όρος της παραγράφου 3 του ίδιου άρθρου και β) στις συμβάσεις προμηθειών προϊόντων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του ν. 2939/2001, επιπλέον του όρου του πρώτου εδαφίου περιλαμβάνεται ο όρος ότι ο ανάδοχος υποχρεούται κατά την υπογραφή της σύμβασης και καθ'όλη τη διάρκεια εκτέλεσης να τηρεί τις υποχρεώσεις των παραγράφων 2 και 11 του άρθρου 4β ή και της παρ. 1 του άρθρου 12 ή και της παρ. 1 του άρθρου 16 του ν. 2939/2001. Η τήρηση των υποχρεώσεων ελέγχεται από την αναθέτουσα αρχή μέσω του αρχείου δημοσιοποίησης εγγεγραμμένων παραγωγών στο Εθνικό Μητρώο Παραγωγών (ΕΜΠΑ) που τηρείται στην ηλεκτρονική σελίδα του Ε.Ο.ΑΝ. εντός της προθεσμίας της παραγράφου 4 του άρθρου 105 και αποτελεί προϋπόθεση για την υπογραφή του συμφωνητικού, στο οποίο γίνεται υποχρεωτικά μνεία του αριθμού ΕΜΠΑ του υπόχρεου παραγωγού. Η μη τήρηση των υποχρεώσεων του προηγούμενου εδαφίου έχει τις συνέπειες της παραγράφου 5 του άρθρου 105. Οι όροι της παρούσας παραγράφου αναφέρονται ήδη στα έγγραφα της σύμβασης.». Εξάλλου, στο άρθρο 68 του ν. 3863/2010 που ειδικώς καταλαμβάνει συμβάσεις καθαρισμού, όπως η προκείμενη, ορίζεται ότι : «1. Η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, δηλαδή το Δημόσιο, τα Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.), οι Οργανισμοί

Αριθμός απόφασης: 947/2019

Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ο.Τ.Α.), οι φορείς και οι οργανισμοί του δημόσιου τομέα, όπως αυτός προσδιορίζεται από τις οικείες διατάξεις, η οποία (αρχή) αναθέτει απευθείας ή προκηρύσσει διαγωνισμό για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, υποχρεούται να ζητά από τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής: α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο. β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας. γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι. δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων. ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά. στ) Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο, όταν πρόκειται για καθαρισμό χώρων. ... 3. Στη σύμβαση που συνάπτει η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή με τους εργολάβους περιλαμβάνονται τα στοιχεία α έως στ της πρώτης παραγράφου, καθώς και ειδικός όρος για την εφαρμογή των διατάξεων της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας και της νομοθεσίας περί υγείας και ασφάλειας των εργαζομένων και πρόληψης του επαγγελματικού κινδύνου. Όταν δεν αναγράφονται τα ανωτέρω στοιχεία και όροι, η σύμβαση είναι άκυρη και απορρίπτεται η δαπάνη πληρωμής. 4. Εργολάβος που αναθέτει την εκτέλεση του έργου ή μέρος του έργου σε υπεργολάβο, υποχρεούται άμεσα να ενημερώνει εγγράφως τον αποδέκτη των υπηρεσιών. Ο εργολάβος και ο υπεργολάβος ευθύνονται αλληλεγγύως και εις ολόκληρον, έναντι των εργαζομένων για την καταβολή των πάσης φύσεως αποδοχών και ασφαλιστικών εισφορών. 5. Όταν οι υπηρεσίες ή οι επιτροπές παρακολούθησης καλής εκτέλεσης του έργου του αποδέκτη των υπηρεσιών διαπιστώνουν παραβάσεις των όρων του παρόντος άρθρου κατά τη διάρκεια υλοποίησης του έργου, η σύμβαση καταγγέλλεται από την αναθέτουσα αρχή. Όταν οι παραβάσεις διαπιστώνονται κατά την παραλαβή του έργου, τα δικαιώματα που απορρέουν από τη σύμβαση δεν ικανοποιούνται, καταβάλλονται, όμως, από τον αποδέκτη των υπηρεσιών οι αποδοχές στους εργαζομένους και αποδίδονται οι ασφαλιστικές τους εισφορές».

Αριθμός απόφασης: 947/2019

14. Επειδή, σχετικά με τη ματαίωση διαδικασίας δημόσιας σύμβασης αναθέτοντος φορέα το άρθρο 106 του ν. 4412/2016, που έχει εφαρμογή στην προκείμενη διαδικασία, με τίτλο «Ματαίωση διαδικασίας», προβλέπει τα εξής: «1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: α) εφόσον η διαδικασία απέβη άγονη ... ή β) 2. Ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης, β) αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού αντικείμενου δεν ενδιαφέρει πλέον την αναθέτουσα αρχή ή τον φορέα για τον οποίο προορίζεται το υπό ανάθεση αντικείμενο, γ) αν λόγω ανωτέρας βίας, δεν είναι δυνατή η κανονική εκτέλεση της σύμβασης, δ) αν η προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, ε) στην περίπτωση της παρ. 4 του άρθρου 97, στ) για άλλους επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος, όπως ιδίως δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος. 3. 4. Όταν συντρέχουν οι λόγοι για τη ματαίωση της διαδικασίας που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2, η αναθέτουσα αρχή ακυρώνει τη διαδικασία σύναψης σύμβασης για ολόκληρο το αντικείμενο της σύμβασης ή, εφόσον οι λόγοι αυτοί συνδέονται με τμήμα της σύμβασης, για το εν λόγω τμήμα, εφόσον επιτρέπεται η κατάθεση τέτοιων προσφορών. 5. Η αναθέτουσα αρχή διατηρεί, επίσης, το δικαίωμα, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, να αποφασίσει, παράλληλα με την ακύρωση ή τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης και την επανάληψη οποιασδήποτε φάσης της διαδικασίας σύναψης, με τροποποίηση ή μη των όρων της ή να προσφύγει στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, εφόσον στην τελευταία αυτή περίπτωση πληρούνται οι όροι και οι προϋποθέσεις των άρθρων 29 ή 31. ...». Περαιτέρω, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 132 παρ. 1 εδ. γ' του Ν. 4412/2016 : «Οι συμβάσεις και οι συμφωνίες-πλαίσιο μπορούν να τροποποιούνται χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις: α) {...}, β) {...} γ) όταν πληρούνται σωρευτικά οι ακόλουθες

Αριθμός απόφασης: 947/2019

προϋποθέσεις: αα) η ανάγκη τροποποίησης προέκυψε λόγω περιστάσεων που δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν από μια επιμελή αναθέτουσα αρχή, ββ) η τροποποίηση δεν μεταβάλλει τη συνολική φύση της σύμβασης, γγ) οποιαδήποτε αύξηση της τιμής δεν υπερβαίνει το 50% της αξίας της αρχικής σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο».

15. Επειδή, σύμφωνα με τους όρους της επίμαχης διακήρυξης, οι οποίοι θέτουν εξίσου το κανονιστικό πλαίσιο της οικείας διαγωνιστικής διαδικασίας, προβλέπονται τα εξής : Στο άρθρο 1.7 με τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στη διαδικασία σύναψης» ορίζεται ότι : «Οι οικονομικοί φορείς δεσμεύονται ότι: α) τηρούν και θα εξακολουθήσουν να τηρούν κατά την εκτέλεση της σύμβασης, εφόσον επιλεγούν, τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπιστεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους β) δεν θα ενεργήσουν αθέμιτα, παράνομα ή καταχρηστικά καθ' όλη τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, αλλά και κατά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, εφόσον επιλεγούν». Στο άρθρο 2.4.4. με τίτλο : «Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» ορίζεται ότι : «Στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά» συντάσσεται η οικονομική προσφορά του προσφέροντα για το σύνολο του έργου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Παράρτημα V: «Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς». Η Οικονομική Προσφορά υποβάλλεται ηλεκτρονικά επί ποινή απορρίψεως στον (υπό) φάκελο «Οικονομική Προσφορά». Η οικονομική προσφορά, συντάσσεται συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος. Στην συνέχεια, το σύστημα παράγει σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, σε μορφή pdf, το οποίο υπογράφεται ψηφιακά και

Αριθμός απόφασης: 947/2019

υποβάλλεται από τον προσφέροντα. Τα στοιχεία που περιλαμβάνονται στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος και του παραγόμενου ψηφιακά υπογεγραμμένου ηλεκτρονικού αρχείου πρέπει να ταυτίζονται. Σε αντίθετη περίπτωση, το σύστημα παράγει σχετικό μήνυμα και ο προσφέρων καλείται να παράγει εκ νέου το ηλεκτρονικό αρχείο pdf. Οι προσφέροντες οφείλουν να συμπληρώσουν το υπόδειγμα της οικονομικής προσφοράς, σύμφωνα με το Παράρτημα V της διακήρυξης και να υποβάλλουν, επίσης, τη ζητούμενη, επί ποινή αποκλεισμού, ανάλυση προσδιορισμού των μηνιαίων αποδοχών ανά εργαζόμενο σε κάθε θέση φύλαξης, ώστε να μπορεί να ελεγχθεί το εργατικό κόστος της οικονομικής προσφοράς τους. {...}. Οι προσφερόμενες τιμές είναι σταθερές καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης και δεν αναπροσαρμόζονται. Οι συμμετέχουσες εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης (εργολάβοι), σύμφωνα με τις διατάξεις του Άρθρου 68 του Ν.3863/2010(Φ.Ε.Κ.115/15.7.2010τ. Α') «Νέο Ασφαλιστικό Σύστημα και συναφείς διατάξεις, ρυθμίσεις στις εργασιακές σχέσεις » καθώς επίσης και τις διατάξεις του Ν.4144/2013(ΦΕΚ 88/Α/18.4.2013) «Αντιμετώπιση της παραβατικότητας στην Κοινωνική Ασφάλιση και στην αγορά εργασίας και λοιπές διατάξεις αρμοδιότητας του Υπουργείου Εργασίας και Πρόνοιας», θα πρέπει να αναφέρουν στην οικονομική προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα παρακάτω στοιχεία: α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο, β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας, γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι, δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων. Για το εργατικό κόστος θα ληφθεί υπόψη στην κοστολόγηση φύλακας ηλικίας άνω των 25 ετών. ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά. Επιπλέον, στην προσφορά τους οι συμμετέχοντες πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους (διοικητική υποστήριξη, εποπτεία, εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης, ειδικός λογαριασμός παιδικών κατασκηνώσεων, κλπ.), των αναλωσίμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάπτουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής

Αριθμός απόφασης: 947/2019

σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι. Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται προσφορές στις οποίες: α) δεν δίνεται τιμή σε ΕΥΡΩ ή που καθορίζεται σχέση ΕΥΡΩ προς ξένο νόμισμα, β) δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή, με την επιφύλαξη της παρ. 4 του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 και γ) η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της σύμβασης. Σε περίπτωση μη υποβολής ή κατά παρέκκλιση των απαιτήσεων της διακήρυξης υποβολής δικαιολογητικών του υποφακέλου «Οικονομική Προσφορά», η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη». Περαιτέρω, στο άρθρο 2.4.6. με τίτλο : «Λόγοι απόρριψης προσφορών» ορίζεται ότι : «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στα άρθρα 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών), 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης) της παρούσας. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με το άρθρο 3.1.1. της παρούσας διακήρυξης. γ) Για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με το άρθρο 3.1.1. της παρούσας και το άρθρο 102 του ν. 4412/2016. δ) Η οποία είναι εναλλακτική προσφορά. ε) Η οποία δεν πληροί τις ελάχιστες απαιτήσεις που ορίζονται στα άρθρα 2.2.4 – 2.2.7. στ) Η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλλει δύο ή περισσότερες προσφορές. Ο περιορισμός αυτός ισχύει, υπό τους όρους της παρ. 3 περ .γ του άρθρου 2.2.3 της παρούσας (περ. γ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016), και στην περίπτωση ενώσεων

Αριθμός απόφασης: 947/2019

οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και στην περίπτωση οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων. ζ) Η οποία είναι υπό αίρεση. η) Η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής. θ) Η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης». Τέλος, στο άρθρο 3.5. με τίτλο «Ματαιώση Διαδικασίας» ορίζεται ότι : «Η αναθέτουσα αρχή ματαιώνει ή δύναται να ματαιώσει εν όλω ή εν μέρει αιτιολογημένα τη διαδικασία ανάθεσης, για τους λόγους και υπό τους όρους του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, μετά από γνώμη της αρμόδιας Επιτροπής του Διαγωνισμού. Επίσης, αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, μπορεί, 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».

16. Επειδή, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, συνάγεται ότι για το παραδεκτό της οικονομικής προσφοράς απαιτείται αυτή να είναι σύμφωνη με την κείμενη εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία και ούτως να είναι επαρκής προς κάλυψη του οικείου εργατοασφαλιστικού κόστους κατά τον χρόνο υποβολής της. Συνεπακόλουθο τούτο είναι ότι η υπό ανάθεση σύμβαση θα πρέπει και αυτή αυτοτελώς να τηρεί την οικεία ως άνω ισχύουσα κατά τον χρόνο σύναψής της και περαιτέρω εκτέλεσής της νομοθεσία, ο δε ανάδοχος να τηρεί αντίστοιχα κάθε οικεία διάταξη. Ως εκ τούτου, δεν νοείται η διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης να καταλήξει σε σύμβαση αντικειμενικά και εξαρχής παράνομη, διότι είναι βάσει των τεχνικών και οικονομικών δεδομένων της, αδύνατον να πληροί τις κατά τον χρόνο σύναψης της σύμβασης απαιτήσεις της εργατικής και κοινωνικοασφαλιστικής νομοθεσίας και τούτο ασχέτως υπαιτιότητας των μερών και των μετεχόντων στη διαδικασία ή της αναθέτουσας αρχής. Και τούτο, διότι η υποχρέωση τήρησης της ως άνω νομοθεσίας, συνεπώς και του οικείου ελάχιστου νόμιμου κόστους αποδοχών και ασφάλισης, αφορά τόσο στο χρόνο υποβολής της προσφοράς, όσο και στο στάδιο της

Αριθμός απόφασης: 947/2019

εκτέλεσης και άρα, σε κάθε περίπτωση στον χρόνο σύναψης της σύμβασης περί της οποίας η διαδικασία ανάθεσης. Ουδόλως δε νοείται υπογραφή σύμβασης, η οποία κατά περιεχόμενο δεν μπορεί να υλοποιηθεί και δη νόμιμα από τον ανάδοχο, όταν είναι γνωστό ήδη από το στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, και κατ'επέκταση και κατά τη σύναψή της, ότι συντρέχουν γεγονότα, όπως εν προκειμένω η σημαντική αύξηση του νόμιμου κατώτατου ημερομισθίου, τα οποία καθιστούν αντικειμενικώς ανέφικτη τη νόμιμη εκτέλεσή της, η δε μεταβολή και σημαντική αύξηση του κατώτατου νομίμου ημερομισθίου, βάσει του οποίου υπολογίζεται κάθε κόστος αποδοχών και άρα και ασφάλισης, το οποίο ανήλθε στα 29,04€ από τα 26,18€ για εργαζόμενους άνω των 25 ετών και από τα 22,83€ για εργαζόμενους κάτω των 25 ετών, η οποία επήλθε με την ΥΑ 4241/127/19 με ισχύ από 1-2-2019 συνιστά περίπτωση ουσιώδους μεταβολής του οικονομικού θεμελίου της υπό ανάθεση σύμβασης (πρβλ. ad hoc ΕλΣυν, Κλιμ. Ζ Πρ. 217/2019, σκ. Ε, πρβλ. ΕλΣυν Τμ. Μειζ. Επτ. Συνθ. 1630/2018). Λαμβανομένου δε υπόψιν ότι η αναθέτουσα αρχή έχει διακριτική ευχέρεια να ανακαλέσει τη διαγωνιστική διαδικασία και να προχωρήσει σε επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού με τροποποίηση των αρχικών όρων, εφόσον όμως αιτιολογήσει νομίμως και επαρκώς τη σχετική κρίση της, (πρβλ. ΣτΕ (Ασφ) 197/2013, ΣτΕ 4146/2012, και Ε.Α. ΣτΕ 1082/2008, ΣτΕ 651/2010, 1580/2008, 810/2008, 4166/1996 7μ.), γίνεται δεκτό ότι ένας από τους λόγους που μπορεί να προκύψει τέτοια ανάγκη είναι η νομοθετική μεταβολή μεσοσύνης της διαδικασίας που ανατρέπεται ουσιωδώς το οικονομικό θεμέλιο της σχεδιασθείσας - με βάση το προϋφιστάμενο κανονιστικό πλαίσιο - διαδικασίας, με αποτέλεσμα να τίθεται σε κίνδυνο η αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης που τυχόν ανατεθεί {πρβλ. από 19-2-2019 έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ (ΑΔΑ:)}. Ούτε, εξάλλου, μπορεί η πιο πάνω μεταβολή να ενεργοποιήσει τις διατάξεις του άρθρου 132 παρ. 1 περ. γ' ν. 4412/2016 και τις ΑΚ 200 και 288, περί τροποποίησης της ήδη συναφθείσας σύμβασης προ της επέλευσης του απροβλέπτου γεγονότος, ήτοι της ως άνω σημαντικής αύξησης αποδοχών, με αναπροσαρμογή του συμβατικού ανταλλάγματος στο προσήκον μέτρο. Και τούτο διότι η σύμβαση πρέπει να έχει συναφθεί πριν επέλθει το

Αριθμός απόφασης: 947/2019

απρόβλεπτο γεγονός, δηλαδή προ της παραπάνω αύξησης και όχι μεσούσης της διαδικασίας ανάθεσής της. Αντίθετα, ενόσω δεν έχει συναφθεί η επίμαχη σύμβαση, τόσο η αναθέτουσα αρχή όσο και οι διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και η προσωρινή ανάδοχος, τελούν σε πλήρη γνώση τόσο των ήδη και εφεξής ισχυουσών εργατικών και ασφαλιστικών διατάξεων και υποχρεώσεων αναδόχου, άρα του παράνομου χαρακτήρα της διαδικασίας αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών και περαιτέρω του ανέφικτου της νόμιμης υλοποίησης της σύμβασης με τις προσφερόμενες σε αυτές τιμές, και ούτως γνωρίζουν εκ των προτέρων, όχι ως απλό ενδεχόμενο, αλλά μετά πλήρους βεβαιότητας ότι οι τιμές των προσφορών δεν μπορούν να αποτελέσουν νόμιμο συμβατικό αντάλλαγμα και ότι η αξία της σύμβασης θα υπερβεί και δη κατά σημαντικό βαθμό το ποσό της οικονομικής προσφοράς της προσωρινής αναδόχου, αλλά και των λοιπών συνδιαγωνιζόμενων εταιριών. Τούτο δε, διότι (πρβλ. ΝΣΚ Γνμδ 106/2019, σκ. 20-24) οι διατάξεις των ΑΚ 200 και 288 προϋποθέτουν μια ήδη υπαρκτή σύμβαση, την ανάγκη απόκλισης από τα συμφωνηθέντα, δηλαδή να έχει συναφθεί η σύμβαση, επαναπροσδιορισμό συμφωνημένων παροχών, άρα ήδη συμφωνηθείσες παροχές και τούτο προς τον σκοπό διορθωτικής παρέμβασης επί συναφθείσας σύμβασης που επιβάλλει υποχρεώσεις στα μέρη, οι οποίες είναι δυσβάστακτες ή ανέφικτες και ούτως καταλήγουν σε αντίθεση με την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη (ΑΠ 989/2012, 1290/2011, ΣτΕ 1749/2009, 2993/2006, 1969/2004, 4326/2000, 2383/1996).

17. Επειδή, περαιτέρω, στο έγγραφο με αρ.της ΕΑΑΔΗΣΥ περί της επίδρασης της αναπροσαρμογής των κατώτατων αποδοχών σε εν εξελίξει διαδικασίες ανάθεσης εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών καθαριότητας ή φύλαξης αναφέρεται ότι: *«Όπως γίνεται παγίως δεκτό από τη νομολογία τόσο του Δικαστηρίου της Ε.Ε. όσο και των εθνικών Δικαστηρίων, το εφαρμοστέο νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τη διεξαγωγή της διαδικασίας ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης είναι εκείνο που ισχύει κατά τον χρόνο δημοσίευσης της οικείας διακήρυξης. Από την εν λόγω νομολογιακά διαμορφωθείσα γενική αρχή προκύπτει ότι τυχόν νομοθετικές ή κανονιστικές*

Αριθμός απόφασης: 947/2019

μεταβολές που εμφιλοχωρούν, ενώ ήδη εξελίσσονται διαδικασίες ανάθεσης, δεν επηρεάζουν τις διαδικασίες αυτές, εκτός και αν έχουν, ρητώς, αναδρομική ισχύ. Συνεπώς, υπό το πρίσμα αυτό, και, δεδομένου ότι οι διατάξεις της προαναφερθείσας υπουργικής απόφασης δεν περιλαμβάνουν ρητή διάταξη περί αναδρομικής εφαρμογής, οι εν εξελίξει διαδικασίες ανάθεσης δύνανται να ολοκληρώνονται υπό το καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο δημοσίευσης της σχετικής διακήρυξης. Ανεξαρτήτως των ανωτέρω, επισημαίνεται, ωστόσο, ότι, κατά την εκτέλεση των συμβάσεων που συνάπτονται ως άνω, οι αποδοχές των εργαζόμενων υπολογίζονται και καταβάλλονται βάσει των οριζόμενων στην υπ' αριθμ. 4241/127/30.01.2019 Υπουργική Απόφαση. Σε συνέχεια των ανωτέρω, στην περίπτωση που έχει παρέλθει η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ήτοι σε εκκρεμείς διαδικασίες, οι αναθέτουσες αρχές διατηρούν την ευχέρεια, συνεκτιμώντας το σύνολο των πραγματικών περιστατικών της εκάστοτε υπό ανάθεση σύμβασης, να εφαρμόσουν τις διατάξεις της παρ. 2 ή ενδεχομένως και της παρ. 5 του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, εφόσον κρίνουν αιτιολογημένα ότι η εν θέματι κανονιστική μεταβολή έχει ανατρέψει ουσιωδώς το οικονομικό θεμέλιο της σχεδιασθείσας -με βάση το προϋφιστάμενο κανονιστικό πλαίσιο- διαδικασίας, με αποτέλεσμα να τίθεται σε κίνδυνο η αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης που τυχόν ανατεθεί». Κατά την έννοια των ανωτέρω, σε εκκρεμείς διαδικασίες ανάγεται στην ελεγχόμενη ως προς την τήρηση των άκρων ορίων της, κατ' άρ. 106 παρ. 2 Ν. 4412/2016, διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, να αποφασίσει αν θα συνεχίσει ή θα ματαιώσει τη διαδικασία. Και ναι μεν, σε συγκεκριμένες περιπτώσεις, όπου η ουσιώδης κατά τα άνω μεταβολή των οικονομικών δεδομένων και της ισχύουσας νομοθεσίας κατά τον χρόνο σύνταξης της προσφοράς δεν επιδρά επί της νομιμότητας και του υλοποιήσιμου της προσφοράς κατά τον χρόνο σύναψης της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή δύναται, καταρχήν, να διατηρήσει τη διαδικασία, περίπτωση που θα συνέτρεχε (στην όλως ασύνηθη για διαγωνισμούς καθαριότητας και φύλαξη περίπτωση) εφόσον τυχόν προσφέρων είχε υποβάλει οικονομική προσφορά με βάση αμοιβές μεγαλύτερες των τότε αλλά και τώρα νομίμων αμοιβών (δοθέντος ότι ουδόλως υποχρεούνται οι οικονομικοί φορείς να

Αριθμός απόφασης: 947/2019

αμείβουν με βάση αποκλειστικά τις κατώτατες αμοιβές), ενδεχόμενο που δεν είναι νομικά δυνατόν να αποκλειστεί εκ των προτέρων και γενικώς για κάθε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, δεν συντρέχει, όμως, τέτοια σύννομα ασκούμενη διακριτική ευχέρεια, όταν η προσφορά του αναδόχου και των λοιπών προσφερόντων έχει υπολογιστεί με βάση κατώτατες αποδοχές, μικρότερες των νυν νομίμων (πρβλ. ΑΕΠΠ 637, 638/2019). Στην περίπτωση αυτή, η καταρχήν διατήρηση της διαδικασίας θα συνιστούσε κακή άσκηση της ως άνω διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής, αφού ήδη κατά το στάδιο αποσφράγισης και αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών διαπιστώνει, αποδεχόμενη και αξιολογώντας αυτές, ότι διατηρεί σε εξέλιξη διαδικασία που είναι αντικειμενικώς αδύνατο να καταλήξει σε συμβασιοποίηση με βάση το ποσό οποιασδήποτε προσφοράς (πρβλ. αμέσως παραπάνω, ΕλΣυν, Κλιμ. Ζ Πρ. 217/2019, σκ. Ε). Η διατήρηση, όμως, της διαδικασίας και η περαιτέρω σύναψη της σύμβασης βάσει του μη νομίμου εργοδοτικού κόστους θα συνιστούσε και παράβαση της πλέον δέσμιας αρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής να απέχει από την υπογραφή τέτοιας παράνομης σύμβασης, η σύναψη της οποίας θα παραβιάσει διατάξεις αναγκαστικού δικαίου. Εξάλλου, τα ως άνω συνάγονται και από την ειδική για το προκείμενο αντικείμενο διάταξη του άρθρου 68 ν. 3863/2010, η οποία αφορά τόσο στην τήρηση διατυπώσεων ελεγχιμότητας του σύννομου με τις οικείες διατάξεις εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας της προσφοράς, όσο και στην κατ'επέκταση διασφάλιση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής και του αναδόχου της τήρησης της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας και κατά το στάδιο σύναψης και εκτέλεσης της σύμβασης.

18. Επειδή, εξάλλου, η δυνατότητα τροποποίησης ήδη συναφθείσας σύμβασης κατά τη διάρκειά της, στο άρθρο 132 του ν. 4412/2016, που έχει εφαρμογή στην προκείμενη σύμβαση, καθιερώνεται υπό τις εκεί οριζόμενες προϋποθέσεις, η δε περ. γ' της παρ. 1 της ως άνω διάταξης θέτει ως σωρευτικά απαιτούμενους όρους ότι: αα) η ανάγκη τροποποίησης προέκυψε λόγω περιστάσεων που δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν από έναν επιμελή αναθέτοντα φορέα, ββ) η τροποποίηση δεν μεταβάλλει τη συνολική φύση της

Αριθμός απόφασης: 947/2019

σύμβασης, ...ε) όταν οι τροποποιήσεις, ανεξαρτήτως της αξίας τους, δεν είναι ουσιώδεις κατά την έννοια της παραγράφου 4. ...». Συνακόλουθα, όταν η ανάγκη τροποποίησης έχει ήδη προκύψει, δηλαδή τα γεγονότα που καθιστούν επιβεβλημένη την τροποποίηση είναι ήδη γνωστά κατά τον χρόνο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών και πριν την οριστική κατακύρωση, πολλώ δε μάλλον τη σύναψη της σύμβασης, δεν πληρούνται οι παραπάνω προϋποθέσεις και δη η σωρευτικά απαιτούμενη ως άνω υπό αα. προϋπόθεση. Περαιτέρω, όταν το ποσό της αύξησης της σύμβασης υπερβαίνει κατά ποσοστό πλέον του 10% του αρχικού, δεν συντρέχει ούτε η έτερη σωρευτικά απαιτούμενη προϋπόθεση β' της παρ. 2 της διάταξης του άρθρου 132 του νόμου. Κατά συνέπεια, εκτός του ότι δεν είναι νόμιμο, ούτε σύμφωνο με τον υγιή ανταγωνισμό και την ίση μεταχείριση των διαγωνιζομένων να ολοκληρωθεί η διαδικασία βάσει προσφορών που πλέον έχουν καταστεί παράνομες και παρά την ουσιώδη μεταβολή, μεσούσης της αξιολόγησης, των οικονομικών δεδομένων βάσει των οποίων συντάχθηκε η διακήρυξη, υπολογίστηκε η εκτιμώμενη αξία της, αλλά και συντάχθηκαν οι οικονομικές προσφορές και πέραν ακόμη και του ότι η ίδια η σύναψη της σύμβασης βάσει των προσφερθεισών τιμών θα είναι παράνομη, σε κάθε περίπτωση ακόμη και αν νομίμως υποτεθεί ότι θα υπογραφεί σύμβαση, δεν θα είναι δυνατή ούτε η σύννομη τροποποίησή της αμέσως μετά την υπογραφή της, προς προσαρμογή της με την κείμενη νομοθεσία.

19. Εξάλλου, οποιαδήποτε τροποποίηση θα προσέκρουε επιπλέον και στη διάταξη του άρθρου 132 παρ. 4 περ. α', κατά την οποία «Σε κάθε περίπτωση, με την επιφύλαξη των παραγράφων 1 και 2, μία τροποποίηση θεωρείται ουσιώδης όταν πληροί μία ή περισσότερες από τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) η τροποποίηση εισάγει όρους οι οποίοι, εάν είχαν αποτελέσει μέρος της αρχικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης, θα είχαν επιτρέψει τη συμμετοχή διαφορετικών υποψηφίων από αυτούς που επιλέχθηκαν αρχικώς ή στην αποδοχή άλλης προσφοράς από εκείνη που επελέγη αρχικώς ή θα προσέλκυαν και άλλους συμμετέχοντες στη διαδικασία σύναψης σύμβασης». Και τούτο, διότι η λήψη υπόψιν των νυν ισχυόντων δεδομένων της εργατικής

Αριθμός απόφασης: 947/2019

νομοθεσίας, μπορεί να μεταβάλλει τον τρόπο διαμόρφωσης των προσφορών των μετεχόντων, αφού δεν υπάρχει επί παραδείγματι «υποκατώτατος μισθός», ούτε είναι γνωστό πλέον πώς θα διαμόρφωναν οι όποιοι μετέχοντες τα λοιπά κόστη και το κέρδος τους κατά τη σύνταξη των προσφορών τους (πολλώ δε μάλλον αφού υπό φυσιολογικές συνθήκες θα έπρεπε και η διακήρυξη να έχει μεγαλύτερη εκτιμώμενη αξία αν προκηρυσσόταν με βάση το νυν ελάχιστο εργοδοτικό κόστος, με συνέπεια και τα κόστη για τη συμμετοχή των υποψηφίων να είναι διαφορετικά, λ.χ. αυξημένα κόστη έκδοσης εγγυήσεων συμμετοχής), με αποτέλεσμα να είναι αβέβαιο πώς θα συντάσσονταν και πώς θα κατατάσσονταν οι προσφορές, αν είχαν ληφθεί υπόψη τα νυν δεδομένα. Ούτε, τέλος, μπορεί στην προκειμένη περίπτωση να εφαρμόζεται η περίπτωση του άρθρου 105 παρ. 1 του ν. 4412/2016 περί κατακύρωσης για μεγαλύτερη ποσότητα, αφού εν προκειμένω το ζήτημα που τίθεται δεν είναι η κατακύρωση υπηρεσιών μεγαλύτερου και πιο εκτεταμένου φυσικού αντικείμενου, περίπτωση στην οποία αναφέρεται η ως άνω διάταξη, αλλά και τα έγγραφα της σύμβασης, αλλά η ριζική μεταβολή των συνθηκών κόστους της ίδιας κατά το φυσικό της αντικείμενο υπηρεσίας. Επομένως, εν προκειμένω ούτε με βάση τις πιο πάνω διατάξεις μπορεί να λάβει χώρα κατακύρωση σε μεγαλύτερη εκάστης όποιας προσφοράς τιμή, ούτε νόμιμη τροποποίησή της αμέσως μετά τη σύναψη της σύμβασης ούτε σύννομη υπογραφή της.

20. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω (σκέψεις 16-19), γίνεται δεκτό ότι παρανόμως η αναθέτουσα αρχή έκανε δεκτές τις οικονομικές προσφορές των διαγωνιζομένων, παρότι αυτές αντίκειντο στις ισχύουσες διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, και δη παρότι τόσο η προσφορά της προσωρινής αναδόχου εταιρίας όσο και των λοιπών συνδιαγωνιζομένων της οικονομικών φορέων υπολείπονταν του ελάχιστου νόμιμου κόστους αποδοχών, διαπιστώνοντας εκ του σταδίου τούτου η αναθέτουσα αρχή ότι η διατήρηση μιας τέτοιας διαδικασίας δε δύνατο να ολοκληρωθεί σύννομα, σύμφωνα με όσα αναλυτικά εκτίθενται ανωτέρω, αφού προϋπόθεση τούτου είναι αυτονόητα η κάλυψη κάθε ελάχιστης κατά νόμο εργοδοτικής υποχρέωσης, με συνέπεια να

Αριθμός απόφασης: 947/2019

όφειλε η αναθέτουσα αρχή, αντί να συνεχίσει την διαγωνιστική διαδικασία, να προβεί στην ματαίωση αυτής.

21. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, γίνεται δεκτή ως βάσιμη η υπό κρίση Προσφυγή ενώ απορρίπτεται ως αβάσιμη η ασκηθείσα Παρέμβαση.

22. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, επιστρέφεται στην προσφεύγουσα το παράβολο που κατέθεσε (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), ποσού 2.180,00 ευρώ.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την ασκηθείσα Παρέμβαση.

Ακυρώνει την από 21.06.2019 απόφαση-απόσπασμα πρακτικού της Συνεδρίασης της Συγκλήτου της της (Θέμα 13β) κατά το μέρος που, κατ' αποδοχή του 2ου Πρακτικού Ελέγχου Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικών Προσφορών, αξιολογήθηκαν οι οικονομικές προσφορές των διαγωνιζομένων και ως εκ τούτου αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. Διακήρυξη της με αντικείμενο την, κατά τα κριθέντα στη σκέψη 20 της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του προσκομισθέντος παραβόλου ποσού 2.180,00 Ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 8 Αυγούστου 2019, και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 28 Αυγούστου 2019.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Αριθμός απόφασης: 947/2019

Σταυρούλα Κουρή

Αργυρώ Τσουλούφα