

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 15.07.2019 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 της και 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, αποφασίστηκε η συνέχιση του
διαγωνισμού, η περαιτέρω αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των
διαγωνιζομένων, η αποδοχή αυτών και η κατακύρωση της σύμβασης στην
εταιρία «.....».

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 αποφασίστηκε ειδικότερα η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας

Αριθμός απόφασης: Α 325/2019

στο επόμενο στάδιο, ήτοι στο στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών και δη ανάδειξης προσωρινού αναδόχου. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα αιτείται την αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και τη λήψη κατάλληλων προσωρινών μέτρων έως την έκδοση απόφασης επί της υπόψη Προσφυγής.

2. Επειδή, με τη με αριθ. πρωτ. Διακήρυξη της προκηρύχθηκε ανοικτός, ηλεκτρονικός, δημόσιος διαγωνισμός άνω των ορίων με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών φύλαξης των κτιριακών εγκαταστάσεων της, 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 της αποφασίστηκε η συνέχιση του διαγωνισμού, η περαιτέρω αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των

Αριθμός απόφασης: Α 325/2019

διαγωνιζομένων, η αποδοχή αυτών και η κατακύρωση της σύμβασης στην εταιρία «.....».

3. Επειδή, η προσφεύγουσα παρίστανται ως έχουσα άμεσο, προσωπικό και ενεστώως 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 και ως εκ τούτου στο αίτημα περί ματαίωση αυτής.

4. 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.

5. 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.

6. 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 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

Αριθμός απόφασης: Α 325/2019

04.07.2019, ήτοι εντός της προβλεπόμενης εκ του νόμου δεκαήμερης προθεσμίας.

7. 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 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη ...». Ομοίως δε ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

9. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».

Αριθμός απόφασης: Α 325/2019

10. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, δεν θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

11. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/16, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

12. Επειδή, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το προδήλως παραδεκτό της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της

Αριθμός απόφασης: Α 325/2019

ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράϊκο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.). γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

13. 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, 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 να μεν για το παραδεκτό της οικονομικής προσφοράς απαιτείται αυτή να είναι σύμφωνη με την κείμενη εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία και κατ' αυτόν τον τρόπο να είναι επαρκής προς κάλυψη του οικείου εργατοασφαλιστικού κόστους κατά τον χρόνο υποβολής της. Πλην όμως, πέραν και επιπλέον τούτου, η υπό ανάθεση

Αριθμός απόφασης: Α 325/2019

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 εξ αρχής 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 νόμιμου 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 περίπτωση 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 ως άνω σημαντικής αύξησης αποδοχών, σύμβασης, με αναπροσαρμογή του συμβατικού ανταλλάγματος στο προσήκον μέτρο, τούτο θα προϋπέθετε ότι η

Αριθμός απόφασης: Α 325/2019

σύμβαση Τούτο όμως προϋποθέτει ότι η σύμβαση συνήφθη πριν από το απρόβλεπτο γεγονός, ήτοι την παραπάνω αύξηση και όχι μεσοσύσης 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 εξαρχής 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 αντάλλαγμα και ότι η αξία της σύμβασης θα υπερβεί και δη κατά σημαντικό βαθμό τόσο το ποσό της οικονομικής προσφοράς αναδόχου, όσο και τον εξαρχής προϋπολογισμό της διαδικασίας. Μάλιστα, η προσφεύγουσα αναφέρεται ειδικά στο με αρ. 1050/19-2-2019 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 καταβάλλονται βάσει των οριζόμενων στην υπ' αριθμ. 4241/127/30.01.2019 Υπουργική Απόφαση. Σε συνέχεια των ανωτέρω,

Αριθμός απόφασης: Α 325/2019

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 ελεγκσιμότητας 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 οριζόμενες προϋποθέσεις. Ειδικότερα, η περ. γ' της παρ. 1 της ως άνω διάταξης θέτει ως σωρευτικά

Αριθμός απόφασης: Α 325/2019

απαιτούμενους όρους ότι «α) 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 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 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

Αριθμός απόφασης: Α 325/2019

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 σύννομη υπογραφή της. Ενόψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η διατήρηση της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν μπορεί να οδηγήσει σε σύννομη 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 ουσιωδώς 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 οικονομική άποψη, αφού προϋπόθεση τούτου είναι αυτονόητα η κάλυψη κάθε ελάχιστης κατά νόμο εργοδοτικής υποχρέωσης.

14. Επειδή, οι προβαλλόμενοι εκ μέρους της προσφεύγουσας λόγοι για την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης συναρτώνται με την εξέταση της

Αριθμός απόφασης: Α 325/2019

ισχύουσας εν προκειμένω νομοθεσίας και των ειδικότερων όρων της επίμαχης διακήρυξης, σε κάθε δε περίπτωση, οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί δεν πιθανολογούνται ως προδήλως απαράδεκτοι ή ως προδήλως αβάσιμοι.

15. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στη κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣΤΕ ΕΑ 147/2016, 1140, 1137, 977/2010, 1149/2009, 14/2006).

16. Επειδή, κατ'ακολουθίαν των ανωτέρω, τα συμφέροντα της προσφεύγουσας θίγονται εκ της μη ματαίωσης της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας, σε κάθε δε περίπτωση η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αλλά και των λοιπών διαγωνιζομένων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο, ήτοι της περαιτέρω πρόσκλησης του προσωρινού αναδόχου προς υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης και της αποσφράγισης και αξιολόγησης αυτών, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της διαδικασίας συνέχισης του διαγωνισμού με την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών, η συνολική νομιμότητα της λοιπής ως άνω διαδικασίας τίθεται συνεκδοχικώς εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της προσβαλλόμενης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη τυχόν έτερη εκδοθείσα εν τω μεταξύ εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής, οδηγώντας τοιουτοτρόπως, πιθανόν, σε επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της

Αριθμός απόφασης: Α 325/2019

αναθέτουσας να ακυρώνει νέα πράξη και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης, τα οποία δύναται να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας κατά το παρόν στάδιο.

17. Επειδή, εξάλλου, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας αρχής από οποιαδήποτε ενέργεια αφορά σε έκδοση οιασδήποτε απόφασης και διενέργεια οιασδήποτε πράξης, σύνταξης πρακτικού, έγκρισης ή έκδοσης πρόσκλησης για προσκόμιση δικαιολογητικών, σχετικώς με κάθε επόμενο στάδιο του διαγωνισμού.

18. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκομένων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, λαμβάνοντας υπόψη ότι σημαντική πτυχή της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος είναι και η εξασφάλιση της νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

19. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το υποβληθέν αίτημα αναστολής θα πρέπει να γίνει δεκτό και να ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη η αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. Διακήρυξη της με

Αριθμός απόφασης: Α 325/2019

αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών φύλαξης των κτιριακών εγκαταστάσεων της, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της υπόψη Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 15 Ιουλίου 2019, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από την Εισηγήτρια και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Σταυρούλα Κουρή

Αργυρώ Τσουλούφα