

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 30-06-2023 με την εξής σύνθεση Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου, Εισηγήτρια και Βικτωρία Πισμίρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 22-05-2023 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 746/23-05-2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ – ΙΔΙΩΤΙΚΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΠΑΡΟΧΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ» και τον διακριτικό τίτλο «Μ...ΑΕ.», (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην Καλλιθέα Αττικής, Ελευθερίου Βενιζέλου 135-137, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ΚΕΝΤΡΟΥ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΠΡΟΝΟΙΑΣ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ (εφεξής η «Αναθέτουσα Αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Και κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «Α... ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ, ΟΙΚΟΝΟΜΙΑΣ, ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ, εταιρεία περιορισμένης ευθύνης» και διακριτικό τίτλο «Α... SERVICES ΕΠΕ» (εφεξής «η παρεμβαίνουσα») που εδρεύει ... οδός ..., αρ., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθμ. 17η Συνεδρίασης/1ο θέμα ... Απόφασης Δ.Σ./Κ.Κ.Π.... (ΑΔΑ: ...), με την οποία αποφασίστηκε η έγκριση πρακτικού της επιτροπής με νέα κρίση (με εκ νέου αναπροσαρμογή του εργατικού κόστους) και η οριστική κατακύρωση κατά μέρος στον υπ' αριθμ. .../2020 διαγωνισμό με αντικείμενο «ΑΝΑΔΕΙΞΗ ΑΝΑΔΟΧΟΥ ΚΑΘΑΡΙΟΤΗΤΑΣ ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΧΩΡΟΥΣ ΚΑΙ ΤΙΣ ΚΤΙΡΙΑΚΕΣ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΙΣ, ΤΩΝ ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΩΝ, ΤΩΝ ΔΟΜΩΝ ΚΑΙ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΩΝ ΧΩΡΩΝ ΑΥΤΩΝ, ΤΟΥ ΚΕΝΤΡΟΥ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ

Αριθμός Απόφασης: 1085/2023

ΠΡΟΝΟΙΑΣ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ...», στην εταιρεία παρεμβαίνουσα A... SERVICES ΕΠΕ.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 4.560,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. πρωτ. .../2020 διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής προκηρύχθηκε δημόσιος ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο «ΑΝΑΔΕΙΞΗ ΑΝΑΔΟΧΟΥ ΚΑΘΑΡΙΟΤΗΤΑΣ ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΧΩΡΟΥΣ ΚΑΙ ΤΙΣ ΚΤΙΡΙΑΚΕΣ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΙΣ, ΤΩΝ ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΩΝ, ΤΩΝ ΔΟΜΩΝ ΚΑΙ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΩΝ ΧΩΡΩΝ ΑΥΤΩΝ, ΤΟΥ ΚΕΝΤΡΟΥ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΠΡΟΝΟΙΑΣ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ...», προϋπολογισμού χωρίς ΦΠΑ 911.829,19 €, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) την 17-09-2020 με Α.Δ.Α.Μ. ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό

3. Επειδή, ο διαγωνισμός που προκήρυξε η Αναθέτουσα Αρχή, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016.

4. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 22-05-2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 10-05-2023.

Αριθμός Απόφασης: 1085/2023

5. Επειδή, εμπροθέσμως ,κατ' αρ. 365 παρ. 1β ν.4412/2016, και δη την 01-06-2023, η Αναθέτουσα Αρχή ανάρτησε στην «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και κοινοποίησε τις απόψεις της επί της κρινόμενης προσφυγής.

6. Επειδή, εμπροθέσμως στις 02-06-2023, μετ' εννόμου συμφέροντος και εν γένει παραδεκτώς, καθώς η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της κατακύρωσης του διαγωνισμού σε αυτήν, η παρεμβαίνουσα υπέβαλε, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία», την παρέμβασή της, αιτούμενη την απόρριψη της προσφυγής.

7. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζομένους, οι οποίοι, με τη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό, αποδέχονται τους όρους που περιλαμβάνονται στη διακήρυξη αυτού.

8. Επειδή, η υπ' αριθμ. .../2020 Διακήρυξη και ειδικότερα το άρθρο 10 παρ. 10.1. της Διακήρυξης ορίζει ότι: *«Το Κ.Κ.Π.Π.... μπορεί να αποφασίσει για: [...] Την κατακύρωση της προμήθειας για ολόκληρη την ποσότητα ή μέρος αυτής κατά ποσοστό έως και 15% [...].»*

9. Επειδή, η διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 105 του ν. 4412/2016, κατά το χρόνο δημοσίευσης της Διακήρυξης προέβλεπε τα εξής: *[...] Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών ή παροχής γενικών υπηρεσιών, το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο, με αιτιολογημένη εισήγησή του, μπορεί να προτείνει την κατακύρωση της σύμβασης για ολόκληρη ή μεγαλύτερη ή μικρότερη ποσότητα κατά ποσοστό στα εκατό, που θα καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης. Το ποσοστό αυτό δεν μπορεί να υπερβαίνει το 30% για διαγωνισμούς προϋπολογισθείσας αξίας μέχρι 100.000 ευρώ περιλαμβανομένου Φ.Π.Α. και το 15% για διαγωνισμούς προϋπολογισθείσας αξίας από 100.001 ευρώ και άνω περιλαμβανομένου Φ.Π.Α. στην περίπτωση της μεγαλύτερης ποσότητας ή το 50% στην περίπτωση μικρότερης ποσότητας. Για κατακύρωση μέρους της ποσότητας κάτω του καθοριζόμενου από τα έγγραφα της σύμβασης ποσοστού, απαιτείται προηγούμενη αποδοχή από τον προμηθευτή. Μετά την τροποποίησή της με*

Αριθμός Απόφασης: 1085/2023

τον ν. 4782/2021 με ισχύ από την 1η.6.2021, η ως άνω διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 105 προβλέπει τα εξής: «Στις διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης προμήθειας αγαθών ή παροχής γενικών υπηρεσιών, η αναθέτουσα αρχή, αιτιολογημένα και κατόπιν γνώμης του αρμοδίου γνωμοδοτικού οργάνου, μπορεί να κατακυρώσει τη σύμβαση για ολόκληρη ή μεγαλύτερη ή μικρότερη ποσότητα, αγαθών ή παρεχόμενων υπηρεσιών, από αυτήν που καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης, εφόσον ο σχετικός όρος έχει περιληφθεί σε αυτά. Με την απόφαση του προηγούμενου εδαφίου, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να κατακυρώσει τη σύμβαση για το ογδόντα τοις εκατό (80%) μέχρι και το εκατόν είκοσι τοις εκατό (120%) της ποσότητας αγαθών ή παρεχόμενων υπηρεσιών που αναφέρεται στα έγγραφα της σύμβασης.». Και τούτο διότι στη διάταξη του άρθρου 53 παρ. 10α του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «10α. Ειδικά για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαριότητας και φύλαξης κτιρίων ορίζεται ότι η τιμή αναπροσαρμόζεται υποχρεωτικά, υπό τους περιορισμούς του άρθρου 132, σύμφωνα με τον τύπο: $T = T_{\text{προσφοράς}} \times (1 + \alpha)$ Όπου α : το ποσοστό αύξησης του κατώτατου μισθού εργαζόμενου σε σχέση με αυτόν που ίσχυε κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, $T_{\text{προσφοράς}}$: η τιμή της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα στον οποίο ανατίθεται η σύμβαση και T : η αναπροσαρμοσμένη τιμή. Η αναπροσαρμογή της τιμής εφαρμόζεται μόνο αν η αναθέτουσα αρχή διαθέτει τις απαραίτητες πιστώσεις για την εφαρμογή της.». Επιπροσθέτως, στη διάταξη της παρ. 3 του άρθρου 7 του Ν. 4965/2022 προβλέπεται ότι: «Η παρ. 10α του άρθρου 53 του ν. 4412/2016, όπως προστίθεται με την παρ. 1 του παρόντος, μπορεί να εφαρμόζεται, με απόφαση της αναθέτουσας αρχής, και σε συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαριότητας και φύλαξης κτιρίων που συνάπτονται δυνάμει διαδικασιών ανάθεσης σύμβασης που έχουν ήδη εκκινήσει, καθώς και σε συμβάσεις που έχουν ήδη ανατεθεί και εκτελούνται κατά την έναρξη ισχύος του παρόντος.» Τέλος, με την υπ' αριθμ. 31986/24-03-2023 (ΦΕΚ Β' 2003/28-03-2023) αποφασίστηκε διαδοχικά η αύξηση του κατώτατου μισθού από την 01.01.2022, από την 01.05.2022 και από την 01.04.2023 αντίστοιχα.

10. Επειδή, στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, κατά της υπ' αριθμ. ... Θέμα/... Συν./04-02-

Αριθμός Απόφασης: 1085/2023

2021 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ..., δυνάμει της οποίας ο ως άνω διαγωνισμός κατακυρώθηκε στην παρεμβαίνουσα εταιρεία «A... SERVICES Ε.Π.Ε» (αριθμ. πρωτ. 1522/12-02-2021), ασκήθηκε προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ (και νυν ΕΑΔΗΣΥ) από την και νυν προσφεύγουσα εταιρεία «M...ΑΕ.». Η εν λόγω προδικαστική προσφυγή απορρίφθηκε δυνάμει της υπ' αριθμ. 735/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ (και νυν ΕΑΔΗΣΥ). Εν συνεχεία, κατά της απορριπτικής αυτής απόφασης και της ως άνω απόφασης κατακύρωσης, η νυν προσφεύγουσα εταιρεία άσκησε αίτηση αναστολής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, η οποία και έγινε δεκτή. Κατά των ανωτέρω πράξεων η ίδια εταιρεία άσκησε αίτηση ακύρωσης (ΑΚ1383/2021), η οποία απορρίφθηκε δυνάμει της 2428/19.12.2022 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών.

11. Επειδή, περαιτέρω, ενώ εκκρεμούσε η ανωτέρω υπόθεση ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, εκδόθηκε η υπ' αριθμ. .../2022 (ΦΕΚ Β' 2030/21.04.2022) Υπουργική Απόφαση, με την οποία επήλθε αύξηση του νόμιμου κατώτατου μισθού. Ειδικότερα, κατά το χρόνο δημοσίευσης της Διακήρυξης και υποβολής και αξιολόγησης των προσφορών, το ύψος του νόμιμου κατώτατου μισθού και του νόμιμου κατώτατου ημερομισθίου, για πλήρη απασχόληση, για τους υπαλλήλους και τους εργατοτεχνίτες όλης της χώρας, χωρίς ηλικιακή διάκριση, ρυθμιζόταν από την υπ' αριθμ. οικ. 4241/127 (ΦΕΚ Β' 173/30.01.2019) Υπουργική Απόφαση, ως εξής: «α) Για τους υπαλλήλους ο κατώτατος μισθός ορίζεται στα εξακόσια πενήντα ευρώ (650,00 €). β) Για τους εργατοτεχνίτες το κατώτατο ημερομίσθιο ορίζεται στα είκοσι εννέα ευρώ και τέσσερα λεπτά (29,04 €) [...]». Με τη νέα υπ' αριθμ. 38866/2022 (ΦΕΚ Β' 2030/21.04.2022) Υπουργική Απόφαση το ύψος του νόμιμου κατώτατου μισθού και του νόμιμου κατώτατου ημερομισθίου, για πλήρη απασχόληση, για τους υπαλλήλους και τους εργατοτεχνίτες όλης της χώρας, χωρίς ηλικιακή διάκριση, ορίστηκε ως εξής: «α) Για τους υπαλλήλους ο κατώτατος μισθός ορίζεται στα επτακόσια δεκατρία ευρώ (713,00 €). β) Για τους εργατοτεχνίτες το κατώτατο ημερομίσθιο ορίζεται στα τριανταένα ευρώ και ογδόντα-πέντε λεπτά (31,85 €). Η απόφαση αυτή ισχύει από 1 Μαΐου 2022.». Μετά την έκδοση της ανωτέρω απορριπτικής απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, η Αναθέτουσα Αρχή, λαμβάνοντας υπόψη την σχετική κείμενη νομοθεσία, προχώρησε στην κατακύρωση της σύμβασης

Αριθμός Απόφασης: 1085/2023

καθαριότητας στην παρεμβαίνουσα εταιρεία «Α... SERVICES Ε.Π.Ε.», δυνάμει της υπ' αριθμ. 8ης Συνεδρίασης/23ο Θέμα/23- 2-2023 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της.

12. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 305/07-03-2023 προδικαστική προσφυγή, αιτούμενη να ακυρωθεί, άλλως ανακληθεί ή τροποποιηθεί η υπ' αριθμ. 8η Συνεδρίασης/23ο θέμα/23-02-2023 Απόφαση Δ.Σ./....., με την οποία αποφασίστηκε η έγκριση πρακτικών της Επιτροπής ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης και η οριστική κατακύρωση των υπηρεσιών καθαριότητας του κρίσιμου διαγωνισμού στην νυν παρεμβαίνουσα, κατά μέρος, με περιορισμό του συμβατικού αντικειμένου κατά 15%, δηλαδή κατακύρωση έως και 85%, οπότε προκύπτει κατακύρωση για 11,9 μήνες (από 14 μήνες), κατ' εφαρμογή της παρ. 10.1 του αρ. της .../2020 διακήρυξης και του αρ.105 ν.4412/2016, σύμφωνα με την αναπροσαρμογή της προσφοράς βάσει της παρ.3 του άρθρου 7 του ν. 4965/2022, στο ποσό των (967.071,40€ χωρίς ΦΠΑ x 85%) = 822.010,69€ χωρίς ΦΠΑ (1.019.293,26€ με ΦΠΑ), ενώ μαζί με το δικαίωμα προαίρεσης, ποσού 22.471,91€ χωρίς ΦΠΑ, το ποσό της κατακύρωσης θα ανέρχεται σε 844.482,60€ χωρίς ΦΠΑ (1.047.158,43€ με ΦΠΑ), υποστηρίζοντας ότι η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε, κατά δέσμια αρμοδιότητα, να αποφασίσει τη ματαίωση του υπό κρίση διαγωνισμού, λόγω παραβίασης απαιτήσεων της νομοθεσίας που διέπει τις διαγωνιστικές διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα προέβαλε ότι η Αναθέτουσα Αρχή εσφαλμένως και κατά παράβαση του νόμου μείωσε το συμβατικό τίμημα της υπό ανάθεση σύμβασης, κατ' αναλογία της μείωσης της προς κατακύρωση υπηρεσίας. Και τούτο, διότι η Αναθέτουσα Αρχή μείωσε τις κατακυρωθείσες υπηρεσίες κατά 15%, πλην όμως παρανόμως κατά την προσφεύγουσα μείωσε το συμβατικό τίμημα αναλογικά κατά 15%, καθότι το εργατικό κόστος για 11,9 μήνες δεν μειώνεται αναλογικά από το δηλωθέν εργατικό κόστος της προσφοράς στον υπό κρίση διαγωνισμό, δεδομένου ότι, στους 11,9 μήνες το επίδομα αδείας, καθώς και τα Δώρα Πάσχα – Χριστουγέννων καταβάλλονται ολόκληρα σύμφωνα με τη νομοθεσία και οι ημέρες αδείας ανέρχονται σύμφωνα με τη νομοθεσία σε $2 \times 11,9 = 23,8$ και ως εκ τούτου οι πληρωτέες αποδοχές αδείας ανέρχονται σε $23,8 \times 1,2 = 28,56$. Επομένως, το ελάχιστο συμβατικό τίμημα στο οποίο θα έπρεπε να ανέλθει η εν λόγω σύμβαση

Αριθμός Απόφασης: 1085/2023

ανερχόταν στο ποσό των 828.814,77€, και, ως εκ τούτου, το ποσό των 822.010,69 €, όπου αναπροσαρμόστηκε η υπό ανάθεση σύμβαση, δεν επαρκούσε για την κάλυψη του εργατικού κόστους και των λοιπών κονδυλίων της οικονομικής προσφοράς, όπως αυτά είχαν δηλωθεί από την μειοδότηρια εταιρεία και υπολείπεται αυτών κατά ποσό 6.804,08€. Περαιτέρω, κατά την προσφεύγουσα, η Αναθέτουσα όφειλε να ματαιώσει την υπό κρίση διαδικασία ανάθεσης, καθότι η διαδοχική αύξηση του εργατικού κόστους με τις ανωτέρω υπουργικές αποφάσεις είχε μεταβάλει άρδην το οικονομικό θεμέλιο της υπό ανάθεση σύμβασης, όπως αυτό είχε διαμορφωθεί κατά το χρόνο δημοσίευσης της υπό κρίση διακήρυξης. Κατά τους τότε δε ισχυρισμούς της η μείωση αυτή κατά 2,1 μήνες της διάρκειας της αρχικής σύμβασης, ανέτρεπε άρδην το πλαίσιο της συμφωνηθείσας παροχής υπηρεσιών καθαριότητας και έθετε σε σοβαρό κίνδυνο την αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης. Τέλος, η προσφεύγουσα προέβαλε ότι η τότε κατακυρωτική απόφαση ήταν μη νόμιμη και οδηγούσε σε ουσιώδη τροποποίηση των όρων της διακήρυξης του διαγωνισμού, αφού η αποδοχή της δυνατότητας του αναδόχου να τροποποιήσει την οικονομική του προσφορά μετά την καταληκτική προθεσμία υποβολής προσφορών, απορροφώντας την αύξηση του νόμιμου κατώτατου μισθού μέσω της μείωσης της διάρκειας της σύμβασης και όχι μέσω της μείωσης του ποσοστού κέρδους του, θα μπορούσε, αν είχε ενταχθεί στους όρους της δημοσιευθείσας διακήρυξης του διαγωνισμού, να προσελκύσει και άλλους προσφέροντες.

13. Επειδή, η ως άνω προδικαστική προσφυγή απορρίφθηκε με την 640/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, με την οποία κρίθηκε μεταξύ άλλων ότι «13. Επειδή, από τα ανωτέρω αλλά και από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι η κατακύρωση μέρους των παρεχόμενων υπηρεσιών έως και 15%, δηλαδή η κατακύρωση της σύμβασης για το 85% -όρος που προβλέπεται ρητώς στα έγγραφα της σύμβασης- νομίμως εφαρμόστηκε στο πλαίσιο της υπό κρίση ανάθεσης, βάσει αιτιολογημένης απόφασης του ΔΣ του ... κατόπιν γνώμης της αρμόδιας επιτροπής διαγωνισμού. Εξάλλου, η .../2020 διακήρυξη περιγράφει απαιτούμενες ώρες υπηρεσιών καθαριότητας και όχι σχέσεις εξαρτημένης εργασίας που θα πρέπει να συνάψει ο υποψήφιος ανάδοχος όπως υπολαμβάνει η προσφεύγουσα. Δηλαδή, η διακήρυξη .../2020 αφορά την

Αριθμός Απόφασης: 1085/2023

παροχή υπηρεσιών και όχι στη διάθεση προσωπικού (ΑΕΠΠ 735/2021, σκέψη 15), άρα δεν απαιτεί την σύναψη εργασιακών σχέσεων μόνο για την συγκεκριμένη σύμβαση, οπότε και να προκύπτει ότι, μειώνοντας τον χρόνο υλοποίησης της σύμβασης, αναλογικά μειώνεται και το εργατικό κόστος για τον ανάδοχο, ο οποίος, μπορεί να χρησιμοποιεί το προσωπικό του, με το οποίο έχει 12μηνη ή και μεγαλύτερης διάρκειας σύμβαση πλήρους απασχόλησης, όχι μόνο για την κάλυψη της συγκεκριμένη σύμβασης αλλά και για άλλες συμβάσεις, οπότε και η εργατική νομοθεσία δύναται και πρέπει να τηρείται στο ακέραιο, αφού μάλιστα ο ανάδοχος εξαρχής ήταν ενημερωμένος, και άρα το είχε λάβει υπόψη του, ότι σύμφωνα με την παρ.10.1 του άρθρου 10 της .../2020 διακήρυξης μπορεί να λάβει χώρα κατακύρωση με μείωση του συμβατικού αντικειμένου. 15. Επειδή, εξάλλου, πέραν του γεγονότος ότι η ανάθεση της σύμβασης προβλέπεται όπως προελέχθη στη διακήρυξη αλλά και στο νόμο ως δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής, με αποτέλεσμα αυτή να μην έχει δεσμία αρμοδιότητα ματαίωσης του διαγωνισμού σε περίπτωση μεταβολής της εργατικής νομοθεσίας, η προσφεύγουσα στην προσφυγή της επικαλείται μεν νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, σύμφωνα με την οποία οι προσφορές των διαγωνιζομένων θα πρέπει να τηρούν στο ακέραιο τις διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, πλην δεν βάλλει ευθέως κατά της νομιμότητας της προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Αντίθετα, περιορίζεται σε επιχειρήματα που αφορούν την αναθέτουσα και την απόφασή της να κατακυρώσει τη σύμβαση με περιορισμό του συμβατικού αντικειμένου, υποστηρίζοντας ειδικότερα, ότι το ελάχιστο συμβατικό τίμημα, στο οποίο θα έπρεπε να ανέλθει η εν λόγω σύμβαση ανέρχεται στο ποσό των 828.814,77€, και ως τούτου το ποσό των 822.010,69 € που αναπροσαρμόζεται και κατακυρώνεται τελικά η υπό ανάθεση σύμβαση δεν επαρκεί για την κάλυψη του εργατικού κόστους. Τούτο όμως το επιχείρημα, το οποίο δεν βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της παρεμβαίνουσας πολλώ δε μάλλον κατά τρόπο σαφή και ορισμένο, σε συνδυασμό με το γεγονός ότι η προσφεύγουσα γνώριζε και είχε αποδεχτεί τη δυνατότητα της αναθέτουσας να κατακυρώσει ολόκληρη ή μέρος της σύμβασης, κατά ποσοστό έως και 15%, δυνάμει του όρου 10.1 της διακήρυξης αλλά και με το γεγονός ότι καμία βλάβη δεν προκύπτει για την προσφεύγουσα αφού οριστικός ανάδοχος είναι η παρεμβαίνουσα, καθιστά την προσφυγή της απορριπτέα ως ασκηθείσα άνευ

Αριθμός Απόφασης: 1085/2023

εννόμου συμφέροντος, αφού η προσφεύγουσα ουδόλως προβάλλει ούτε εξηγεί το λόγο για τον οποίο θα της ανατεθεί η σύμβαση σε περίπτωση που ακυρωθεί η προσβαλλομένη για λόγους που ανάγονται σε παράβαση της εργατικής νομοθεσίας κατά τους ισχυρισμούς της. Αντίθετα αιτείται απευθείας τη ματαίωση της διαδικασίας στο σύνολό της, ενώ δεν υφίσταται τέτοια υποχρέωση της αναθέτουσας.»

14. Επειδή, στις 3.5.2023 η Επιτροπή του επίδικου Διαγωνισμού συνήλθε εκ νέου, και εξέδωσε το υπ' αριθ. 13/2023 Πρακτικό της, δια του οποίου εισηγήθηκε την εφαρμογή της παρ.10α του αρ.53 του ν.4412/2016 όπως ισχύει, στην οποία αναφέρεται ότι: «... 10α. Ειδικά για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαριότητας και φύλαξης κτιρίων ορίζεται ότι η τιμή αναπροσαρμόζεται υποχρεωτικά, υπό τους περιορισμούς του άρθρου 132, σύμφωνα με τον τύπο: $T = T \text{ προσφοράς } X (1+\alpha)$...» α) με την εκ νέου αναπροσαρμογή του εργατικού κόστους των προσφορών (με συντελεστή α το ποσοστό αύξησης που προκύπτει από την αύξηση του κατώτατου ημερομισθίου από 29,04€ (σύμφωνα με την ΥΑ οικ.4241/127/30-1-2019 όπως ίσχυε κατά την προκήρυξη του ΟΙΚ.6290/15-09-2020 διαγωνισμού) σε 34,84€ σύμφωνα με τις ΥΑ 31986/24.3.2023, δηλαδή ποσοστό που ανέρχεται σε $((34,84-29,04)/29,04) \times 100 = 19,972\%$) ως εξής: α) Μ... με προσφορά το ποσό των 888.160,00€ χωρίς ΦΠΑ 24% αναπροσαρμόζεται σε 888.160,00€ x $(1 + 0,19972) = 1.065.543,32\text{€}$ χωρίς ΦΠΑ 24%, β) Α... ΕΠΕ με προσφορά το ποσό των 881.750,49€ χωρίς ΦΠΑ 24% αναπροσαρμόζεται σε 881.750,49€ x $(1 + 0,19972) = 1.057.853,70\text{€}$ χωρίς ΦΠΑ 24%. Το δε αιτιολογικό έρεισμα της παραπάνω εισήγησης ήταν το γεγονός ότι «η αναπροσαρμογή του εργατικού κόστους που είναι αναγκαστική (λόγω του ότι οι εργατικές διατάξεις είναι αναγκαστικού δικαίου), δεν επηρεάζει την επιλογή του αναδόχου [...] οπότε και παραμένει ως ανάδοχος του 2/2020 διαγωνισμού υπηρεσιών καθαριότητας η εταιρεία Α... ΕΠΕ με αναπροσαρμοσμένη οικονομική προσφορά, το ποσό των 967.071,40€ χωρίς ΦΠΑ 24%, μετά και την υπ' αριθμ. 3885/9-2- 2023 συναίνεση της, κατ' εφαρμογή του ν.4965/2022, λόγω των αναγκαστικών διατάξεων αύξησης του κατώτατου μισθού, δεδομένου ότι η αναπροσαρμογή αυτή δεν ασκεί επιρροή στο αποτέλεσμα του οπότε δε θίγει τις γενικές αρχές του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων», και την εκ

Αριθμός Απόφασης: 1085/2023

νέου οριστική κατακύρωση στην Α... ΕΠΕ του υπ' αριθμ. 2/2020 διεθνή διαγωνισμού κατά μέρος, και δη με περιορισμό του συμβατικού αντικειμένου κατά 15%, δηλαδή κατακύρωση έως και 85%, οπότε προκύπτει κατακύρωση για 11,9 μήνες (από 14 μήνες), κατ' εφαρμογή της παρ. 10.1 του αρ. της 2/2020 διακήρυξης και του αρ.105 ν.4412/2016, σύμφωνα με την αναπροσαρμογή της προσφοράς βάσει της παρ.3 του άρθρου 7 του ν. 4965/2022, στο ποσό των (1.057.853,70€ χωρίς ΦΠΑ x 85%) = 899.175€ χωρίς ΦΠΑ (1.114.977,81€ με ΦΠΑ). Ακολούθως, εξεδόθη η νυν προσβαλλόμενη Απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι το ΠΡΑΚΤΙΚΟ της υπ' αριθμ. .../4-5-2023 Συνεδρίασης του ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ της, με την οποία αυτή, κατόπιν έγκρισης του παραπάνω .../2023 Πρακτικού, αποφάσισε κατά σειρά: Πρώτον την αντικατάσταση της παραγράφου 2 της υπ' αριθμ. ...(ΑΔΑ:) Απόφασης ΔΣ περί αναπροσαρμογής του εργατικού κόστους, ως εξής: «Την εφαρμογή της παρ.10α του αρ.53 του ν.4412/2016 όπως ισχύει στην οποία αναφέρεται ότι: "...10α. Ειδικά για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαριότητας και φύλαξης κτιρίων ορίζεται ότι η τιμή αναπροσαρμόζεται υποχρεωτικά, υπό τους περιορισμούς του άρθρου 132, [τύπος υπολογισμού] Οπότε, δεδομένου ότι με την υπ' αριθμ. 640/12-04-2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ έχει κριθεί νόμιμη η αναπροσαρμογή του εργατικού κόστους με την εφαρμογή της παρ.10α του αρ.53 του ν.4412/2016, στην διαδικασία του .../2020 διαγωνισμού καθαριότητας, κατ' εξουσιοδότηση της παρ.3 του άρθρου 7 του ν. 4965/2022, παραμένει ως μειοδότης του 2/2020 διαγωνισμού υπηρεσιών καθαριότητας η εταιρεία Α... ΕΠΕ με αναπροσαρμοσμένη οικονομική προσφορά, το ποσό των 1.057.853,70€ χωρίς ΦΠΑ 24%, υπό την προϋπόθεση και της συναίνεσης της μειοδότης εταιρείας, κατ' εφαρμογή του ν.4965/2022, λόγω των αναγκαστικών διατάξεων αύξησης του κατώτατου μισθού, δεδομένου ότι η αναπροσαρμογή αυτή δεν ασκεί επιρροή στο αποτέλεσμα του διαγωνισμού, οπότε δεν θίγει τις γενικές αρχές του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων.». Δεύτερον την αντικατάσταση της παραγράφου 4 της υπ' αριθμ. ... (ΑΔΑ: ...) Απόφασης ΔΣ περί οριστικής κατακύρωσης ως εξής: «4.Την οριστική κατακύρωση, των υπηρεσιών καθαριότητας στον μειοδότη Α... ΕΠΕ του υπ' αριθμ. .../2020 διεθνή διαγωνισμού (ΟΙΚ.... / ΑΔΑΜ: / αρ. συστ. ΕΣΗΔΗΣ:), κατά μέρος, με περιορισμό του συμβατικού αντικειμένου κατά 15%, δηλαδή

Αριθμός Απόφασης: 1085/2023

κατακύρωση έως και 85% οπότε προκύπτει κατακύρωση για 11,9 μήνες (από 14 μήνες), κατ' εφαρμογή της παρ. 10.1 του αρ. της 2/2020 διακήρυξης και του αρ.105 ν.4412/2016, σύμφωνα με την αναπροσαρμογή της προσφοράς βάσει της παρ.3 του άρθρου 7 του ν. 4965/2022, στο ποσό των $(1.057.853,70\text{€ χωρίς ΦΠΑ} \times 85\%) = 899.175,65\text{€ χωρίς ΦΠΑ}$ (1.114.977,81€ με ΦΠΑ) [...] Δεδομένου ότι με την υπ' αριθμ. 640/12-04-2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ έχει κριθεί νόμιμη η κατακύρωση κατά μέρος σύμφωνα με την παρ. 10.1 του αρ. 10 της 2/2020 διακήρυξης και την παρ. 1 του αρ. 105 ν.4412/2016.». Τρίτον, κατά τα λοιπά, την διατήρηση της υπ' αριθμ. ... (ΑΔΑ:...) Απόφασης του ΔΣ της Αναθέτουσας.

15. Επειδή, η προσφεύγουσα, με την υπό κρίση προσφυγή της, αιτείται να ακυρωθεί, άλλως οίκοθεν ανακληθεί ή τροποποιηθεί, η υπ' αριθμ. Απόφαση Δ.Σ./... (ΑΔΑ: ...), με την οποία αποφασίστηκε η έγκριση του πρακτικού της Επιτροπής για την εκ νέου αναπροσαρμογή του εργατικού κόστους και η οριστική κατακύρωση, κατά μέρος, στον υπ' αριθμ./2020 διαγωνισμό καθαριότητας, αν και η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε κατ' αυτήν (προσφεύγουσα), κατά δέσμια αρμοδιότητα, να αποφασίσει τη ματαίωση του υπό κρίση διαγωνισμού. Ειδικότερα η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε την οριστική κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού στην εταιρεία «Α... ΕΠΕ» κατά μέρος, με περιορισμό του συμβατικού αντικειμένου κατά 15%, τροποποιώντας ανεπίτρεπτα την υποβληθείσα προσφορά της ως άνω εταιρείας, κατόπιν της υποβολής της και προ της υπογραφής της σύμβασης και, μάλιστα, αναπροσαρμόζοντας το εργατικό κόστος μονομερώς προ της υπογραφής της σύμβασης, προσμετρώντας την αύξηση του εργατικού κόστους και, κατ' αυτόν τον τρόπο, υπήρξε παράνομη αλλοίωση της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας «Α... ΕΠΕ, μετά την υποβολή της. Περαιτέρω, υποστηρίζει ότι η τιμή αναπροσαρμόζεται υποχρεωτικά, υπό τους περιορισμούς του άρθρου 132, σύμφωνα με τον τύπο: $T = T_{\text{προσφοράς}} \times (1 + \alpha)$, καθώς και ότι μπορεί να εφαρμόζεται, με απόφαση της αναθέτουσας αρχής, και σε συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαριότητας που συνάπτονται δυνάμει διαδικασιών ανάθεσης σύμβασης που έχουν ήδη εκκινήσει, καθώς και σε συμβάσεις που έχουν ήδη ανατεθεί και εκτελούνται κατά την έναρξη ισχύος του παρόντος.

Αριθμός Απόφασης: 1085/2023

Εντούτοις, εν προκειμένω, δεν συντρέχει πεδίο εφαρμογής των ανωτέρω διατάξεων, όπως όλως μη νομίμως έκρινε η Αναθέτουσα Αρχή, καθότι η διάταξη του άρθρου 132 εν γένει και ειδικά της παρ. 10α του Ν. 4412/2016 εφαρμόζεται για την τροποποίηση υπογραφείσας σύμβασης, και όχι για την τροποποίηση προσφοράς σε στάδιο κατόπιν της υποβολής της και προ της υπογραφής της σύμβασης. Επίσης, η προσφεύγουσα προβάλλει τα εξής: « Η Αναθέτουσα Αρχή εσφαλμένως και κατά παράβαση του νόμου μείωσε το συμβατικό τίμημα της υπό ανάθεση σύμβασης κατ' αναλογία της μείωσης της προς κατακύρωση υπηρεσίας. Και τούτο διότι η Αναθέτουσα Αρχή μειώνει τις κατακυρωθείσες υπηρεσίες κατά 15%, πλην όμως όλως παρανόμως μειώνει το συμβατικό τίμημα αναλογικά κατά 15%, καθότι το εργατικό κόστος για 11,9 μήνες δεν μειώνεται αναλογικά από το δηλωθέν εργατικό κόστος της προσφοράς στον υπό κρίση διαγωνισμό, δεδομένου ότι, όπως αναλύεται κατωτέρω, στους 11,9 μήνες: Το επίδομα αδείας, καθώς και τα Δώρα Πάσχα – Χριστουγέννων καταβάλλονται ολόκληρα σύμφωνα με τη νομοθεσία και οι ημέρες αδείας ανέρχονται σύμφωνα με τη νομοθεσία σε $2 \times 11,9 = 23,8$ και ως εκ τούτου οι πληρωτέες αποδοχές αδείας ανέρχονται σε $23,8 \times 1,2 = 28,56$. Επομένως, το ελάχιστο συμβατικό τίμημα στο οποίο θα έπρεπε να ανέλθει η εν λόγω σύμβαση ανέρχεται στο ποσό των 828.814,77€, και ως τούτου το ποσό των 822.010,69 € που αναπροσαρμόζεται και κατακυρώνεται τελικά η υπό ανάθεση σύμβαση δεν επαρκεί για την κάλυψη του εργατικού κόστους και των λοιπών κονδυλίων της οικονομικής προσφοράς, όπως αυτά έχουν δηλωθεί από την μειοδότη εταιρεία και υπολείπεται αυτών κατά ποσό 6.804,08€».

16. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή με τις απόψεις της υποστηρίζει ότι η προσφυγή είναι αβάσιμη, καθώς, πρώτον η ματαίωση διαγωνισμού δε συνιστά δέσμια αρμοδιότητα της, εφόσον στην υπό κρίση περίπτωση υφίσταται δυνατότητα συνέχισης του διαγωνισμού. Δεύτερον, εν προκειμένω, η κατακύρωση της υπό κρίση σύμβασης είναι καθόλα νόμιμη, καθώς πραγματοποιήθηκε κατ' εφαρμογή των διατάξεων της εργατικής και κοινωνικοασφαλιστικής νομοθεσίας και της παρ. 3 του άρθρου 7 του ν. 4965/2022 που θεσπίζει τη δυνατότητα αναπροσαρμογής του εργατικού κόστους στο πλαίσιο εκκρεμών διαδικασιών ανάθεσης συμβάσεων

Αριθμός Απόφασης: 1085/2023

καθαριότητας, αλλά και της δυνατότητας κατακύρωσης μέρους της σύμβασης κατά ποσοστό του 15%, σύμφωνα με τους όρους της οικείας Διακήρυξης. Τέλος, η Αναθέτουσα Αρχή υποστηρίζει ότι η προσφυγή ασκείται άνευ εννόμου συμφέροντος, καθώς η ανάδειξη της εταιρείας «A... SERVICESE.Π.Ε», που ήταν προσωρινή ανάδοχος πριν την αναστολή της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης δυνάμει δικαστικής απόφασης, δεν επηρεάζει τον τρόπο επιλογής αναδόχου και τις συνθήκες ανταγωνισμού εντός της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας. Εξάλλου, από κανένα σημείο της προδικαστικής προσφυγής δεν προκύπτει το μη σύννομο του τρόπου υπολογισμού της αναπροσαρμογής του εργατικού κόστους, ο οποίος, όπως προαναφέρθηκε, ορίζεται ρητά από τη διάταξη της παρ. 10α του άρθρου 153 του ν. 4412/2016, βάσει συγκεκριμένου μαθηματικού τύπου, ενώ τέλος, δεν αποδεικνύεται με κανέναν τρόπο ότι η προσφεύγουσα εταιρία θα μπορούσε να αναδειχτεί ανάδοχος, βάσει της αναπροσαρμογής του εργατικού κόστους. Τέλος, προβάλλει ότι τα προβαλλόμενα με την προσφυγή ζητήματα έχουν ήδη κριθεί στο πλαίσιο της απόφασης ΕΑΔΗΣΥ 640/2023.

17. Επειδή, η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής, προβάλλοντας ότι οι προβαλλόμενοι λόγοι καταλαμβάνονται από το δεδικασμένο της 640/2023 απόφασης του 4ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ, η οποία απέρριψε την πρώτη κατά σειρά προσφυγή της προσφεύγουσας. Περαιτέρω, υποστηρίζει ότι η προσφεύγουσα δεν δύναται να ωφεληθεί από την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης αφού, ακόμη και σε περίπτωση που γινόταν δεκτό ότι πράγματι το εν τέλει διαμορφωθέν συμβατικό αντικείμενο δεν είναι επαρκές να καλύψει τα οικεία κόστη που απαιτούνται για την εκτέλεση της Σύμβασης, το γεγονός τούτο δεν θα οδηγούσε σε ματαίωση και επαναπροκήρυξη της επίδικης διαγωνιστικής διαδικασίας. Τούτο, διότι, ακόμη και εάν γινόταν δεκτό ότι το εν τέλει διαμορφωθέν συμβατικό αντικείμενο δεν είναι επαρκές να καλύψει τα οικεία κόστη που απαιτούνται για την εκτέλεση της Σύμβασης, και ακυρωνόταν η προσβαλλόμενη, δεν θα κωλύετο η Αναθέτουσα Αρχή, να επανέλθει, και συμμορφούμενη με την εκδοθείσόμενη Απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, να προσαρμόσει το συμβατικό αντικείμενο στο προσήκον μέτρο, ώστε, εν τέλει, να καλύπτει τα οικεία κόστη της εκτέλεσης της σύμβασης. Αυτό προκύπτει ευθέως από το συνδυασμό των

Αριθμός Απόφασης: 1085/2023

διατάξεων των αρ. 53 παρ. 10α και 106 παρ. 2 του ν. 4412/2016, από τις οποίες συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή διαθέτει διακριτική ευχέρεια να αναπροσαρμόσει το συμβατικό τίμημα, για τους παραπάνω λόγους, ακόμη και κατά την εκτέλεση της σύμβασης. Πλην, όμως και στην περίπτωση αυτή, δηλαδή στην περίπτωση που ακυρωνόταν η προσβαλλόμενη, η Σύμβαση με την τυχόν νέα συμβατική τιμή, δηλαδή εκείνη στην οποία θα κατέληγε η Αναθέτουσα Αρχή σε συμμόρφωση με την εκδοθείσόμενη Απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, και πάλι θα ανατίθετο όχι στην προσφεύγουσα, αλλά στην παρεμβαίνουσα εταιρία, η προσφορά της οποίας δεν πλήττεται δια της επίδικης προσφυγής. Δηλαδή, το όποιο «έννομο συμφέρον» της προσφεύγουσας είναι όλως υποθετικό, μελλοντικό και αβέβαιο. Εξάλλου, στο μέτρο που δια της επίδικης προσφυγής δεν υποστηρίζεται πως η προσφορά της (παρεμβαίνουσας) είναι ζημιογόνος, αλλά, αντίθετα, υποστηρίζεται πως το εν τέλει διαμορφωθέν συμβατικό αντικείμενο δεν είναι επαρκές να καλύψει τα οικεία κόστη που απαιτούνται για την εκτέλεση της Σύμβασης, οι οικείοι ισχυρισμοί της προσφυγής προβάλλονται ως εκ συμφέροντος τρίτου, και συγκεκριμένα της ίδιας (παρεμβαίνουσας), ως αναδόχου. Τέλος, υποστηρίζει ότι η παρ. 10α του αρ. 53 του ν. 4412/2016 εφαρμόζεται όχι μόνον σε «συμβάσεις που έχουν ήδη ανατεθεί», όπως διατείνεται η προσφεύγουσα, αλλά, όπως εν προκειμένω, και σε εκκρεμείς διαδικασίες ανάθεσης «που έχουν ήδη εκκινήσει», αλλά, προφανώς, δεν έχουν ολοκληρωθεί.

18. Επειδή, κατ' ακολουθίαν όλων των ανωτέρω, ενόψει των προπαρατιθεμένων διατάξεων και όρων της διακήρυξης, η κατακύρωση μέρους των παρεχόμενων υπηρεσιών έως και 15%, δηλαδή η κατακύρωση της σύμβασης για το 85% -όρος που προβλέπεται ρητώς στα έγγραφα της σύμβασης- νομίμως εφαρμόστηκε στο πλαίσιο της υπό κρίση ανάθεσης, βάσει αιτιολογημένης απόφασης του ΔΣ του ..., κατόπιν γνώμης της αρμόδιας επιτροπής διαγωνισμού. Εξάλλου, η .../2020 διακήρυξη περιγράφει απαιτούμενες ώρες υπηρεσιών καθαριότητας και όχι σχέσεις εξαρτημένης εργασίας που θα πρέπει να συνάψει ο υποψήφιος ανάδοχος, όπως υπολαμβάνει η προσφεύγουσα. Δηλαδή, η διακήρυξη .../2020 αφορά την παροχή υπηρεσιών και όχι στη διάθεση προσωπικού (ΑΕΠΠ 735/2021, σκέψη 15), άρα δεν απαιτεί την σύναψη εργασιακών σχέσεων μόνο για την

Αριθμός Απόφασης: 1085/2023

συγκεκριμένη σύμβαση, οπότε και να προκύπτει ότι, μειώνοντας τον χρόνο υλοποίησης της σύμβασης, αναλογικά μειώνεται και το εργατικό κόστος για τον ανάδοχο, ο οποίος, μπορεί να χρησιμοποιεί το προσωπικό του, με το οποίο έχει 12μηνη ή και μεγαλύτερης διάρκειας σύμβαση πλήρους απασχόλησης, όχι μόνο για την κάλυψη της συγκεκριμένη σύμβασης αλλά και για άλλες συμβάσεις, οπότε και η εργατική νομοθεσία δύναται και πρέπει να τηρείται στο ακέραιο, αφού μάλιστα ο ανάδοχος εξαρχής ήταν ενημερωμένος, και άρα το είχε λάβει υπόψη του, ότι σύμφωνα με την παρ.10.1 του αρ.10 της .../2020 διακήρυξης μπορεί να λάβει χώρα κατακύρωση με μείωση του συμβατικού αντικειμένου.

19. Επειδή, εξάλλου, πέραν του γεγονότος ότι η ανάθεση της σύμβασης προβλέπεται, όπως προελέχθη, στη διακήρυξη αλλά και στο νόμο, ως δυνατότητα της Αναθέτουσας Αρχής, με αποτέλεσμα αυτή να μην έχει δεσμία αρμοδιότητα ματαίωσης του διαγωνισμού σε περίπτωση μεταβολής της εργατικής νομοθεσίας, η προσφεύγουσα στην προσφυγή της επικαλείται μεν νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, σύμφωνα με την οποία οι προσφορές των διαγωνιζομένων θα πρέπει να τηρούν στο ακέραιο τις διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, πλην όμως δεν βάλλει ευθέως κατά της νομιμότητας της προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Αντίθετα, περιορίζεται σε επιχειρήματα που αφορούν την Αναθέτουσα Αρχή και την απόφασή της να κατακυρώσει τη σύμβαση με περιορισμό του συμβατικού αντικειμένου, υποστηρίζοντας, ειδικότερα, ότι το ελάχιστο συμβατικό τίμημα στο οποίο θα έπρεπε να ανέλθει η εν λόγω σύμβαση που αναπροσαρμόζεται και κατακυρώνεται, τελικά, η υπό ανάθεση σύμβαση δεν επαρκεί για την κάλυψη του εργατικού κόστους. Τούτο όμως το επιχείρημα, το οποίο δεν βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, πολλώ δε μάλλον κατά τρόπο σαφή και ορισμένο, σε συνδυασμό με το γεγονός ότι η προσφεύγουσα γνώριζε και είχε αποδεχτεί τη δυνατότητα της Αναθέτουσας Αρχής να κατακυρώσει για ολόκληρο ή μέρος της σύμβασης κατά ποσοστό έως και 15%, δυνάμει του όρου 10.1 της διακήρυξης, αλλά και με το γεγονός ότι καμία βλάβη δεν προκύπτει για την προσφεύγουσα, αφού οριστικός ανάδοχος είναι η παρεμβαίνουσα, καθιστά την προσφυγή της απορριπτέα, αφού ουδόλως προβάλλει ούτε εξηγεί το λόγο για τον οποίο θα της ανατεθεί η

Αριθμός Απόφασης: 1085/2023

σύμβαση, σε περίπτωση που ακυρωθεί η προσβαλλομένη για λόγους που ανάγονται σε παράβαση της εργατικής νομοθεσίας κατά τους ισχυρισμούς της. Αντίθετα, αιτείται άνευ ετέρου τη ματαίωση της διαδικασίας στο σύνολό της, ενώ δεν υφίσταται τέτοια υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής.

20. Επειδή, από την αδιάστικτη διατύπωση και την απλή γραμματική ερμηνεία της διάταξης της παρ. 3 του άρθρου 7 του Ν. 4965/2022 στην οποία προβλέπεται ότι: «Η παρ. 10α του άρθρου 53 του ν. 4412/2016, όπως προστίθεται με την παρ. 1 του παρόντος, μπορεί να εφαρμόζεται, με απόφαση της αναθέτουσας αρχής, και σε συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαριότητας και φύλαξης κτιρίων που συνάπτονται δυνάμει διαδικασιών ανάθεσης σύμβασης που έχουν ήδη εκκινήσει, καθώς και σε συμβάσεις που έχουν ήδη ανατεθεί και εκτελούνται κατά την έναρξη ισχύος του παρόντος», προκύπτει εναργώς ότι η παρ. 10α του αρ. 53 του ν. 4412/2016 εφαρμόζεται όχι μόνον σε συμβάσεις που έχουν ήδη ανατεθεί, όπως αβασίμως διατείνεται η προσφεύγουσα, αλλά και σε εκκρεμείς διαδικασίες ανάθεσης που έχουν ήδη εκκινήσει, αλλά δεν έχουν ολοκληρωθεί, όπως η προκείμενη.

21. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, να γίνει δεκτή η παρέμβαση και να καταπέσει το παράβολο που η προσφεύγουσα κατέθεσε για την άσκηση της προσφυγής της.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Διατάσσει την κατάπτωση του παραβόλου που η προσφεύγουσα κατέθεσε για την άσκηση της προσφυγής της.

Κρίθηκε, αποφασίσθηκε στις 30-06-2023 και εκδόθηκε στις 20-07-2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός Απόφασης: 1085/2023

Ο Πρόεδρος

Ιωάννης Λαμπρόπουλος

Η Γραμματέας

Φωτεινή Μαραντίδου