

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1° ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 16 Ιανουαρίου 2024 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 04.12.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ **1978/08.12.2023** του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής: «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στη «...», οδός «...» και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

- Του «...» (στο εξής «η αναθέτουσα αρχή»), νόμιμα εκπροσωπούμενου.
- Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα ασκούντος ατομική επιχείρηση με την επωνυμία «...» (στο εξής: «ο α' παρεμβαίνων»), που εδρεύει στη «...», οδός «...».
- Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» (στο εξής: «η β' παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στα «...», οδός «...» και εκπροσωπείται νόμιμα.
- Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» (στο εξής: «η γ' παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στην «...», οδός «...» και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθούν: α) η απόφαση της «...» της αναθέτουσας αρχής με αριθμό πρωτ. «...» και β) η απόφαση του ίδιου οργάνου με αριθμό «...», καθώς επίσης και τα εγκριθέντα με τις παραπάνω αποφάσεις πρακτικά, κατά το μέρος που έγιναν δεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων «...», «...», «...», «...» ΚΑΙ «...» για τα τμήματα 17, 18, 20 και 21 του διαγωνισμού με αντικείμενο «...».

Αριθμός Απόφασης : 248/2024

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα.

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο.

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 600,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία ποσού 96.000,00 ευρώ των τμημάτων 17, 18, 20 και 21 της σύμβασης που αποτελούν αντικείμενο της προδικαστικής προσφυγής (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: «...»).
2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό «...» προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης «...» (CPV: «...»), συνολικής εκτιμώμενης αξίας 1.258.064,52 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε με τη Διακήρυξη αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 27η.03.2023. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις «...» (ΑΔΑΜ: «...») και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α «...».
3. Η προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 08.12.2023, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους διά μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 29.11.2023, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΕΑΔΗΣΥ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.
4. Με την Πράξη του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου με αριθμό 2324/2023 ορίστηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής, ενώ στις 19.12.2023 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπρόθεσμα τις απόψεις της με αριθμό πρωτοκ. «...».

Αριθμός Απόφασης : 248/2024

5. Ο α' παρεμβαίνων κατέθεσε την παρέμβασή του για τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης εμπρόθεσμα στις 20.12.2023, δεδομένου ότι η προσφυγή κοινοποιήθηκε στις 11.12.2023. Επίσης, εμπρόθεσμα κατέθεσαν τις παρεμβάσεις τους οι β' και γ' παρεμβαίνουσες στις 21.12.2023.

6. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ (ήδη ΕΑΔΗΣΥ κατά το άρθρο 3 του ν.4912/2022) κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

7. Η Διακήρυξη, αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά αποφάσεις ΣτΕ 3629/20, 1217/2018, 2434/2017, 1086/15, 4901/14, 2551/2013, 5022/12, 2635/2009, Ε.Α. ΣτΕ 15/2021, 241/2020, 352/2016 και Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.).

8. Με τον **πρώτο λόγο** η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της αποδοχής των οικονομικών προσφορών των εταιρειών «...», «...», «...», «...» και «...» και ισχυρίζεται ότι κατά παράβαση της ισχύουσας εργατικής νομοθεσίας έχουν υπολογίσει το εργατικό κόστος με ημερομίσθιο χαμηλότερο από το νόμιμο, όπως αυτό ίσχυε κατά τον χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα, με τους αναλυτικούς ισχυρισμούς που αναπτύσσει στην προσφυγή της, ισχυρίζεται ότι στις οικονομικές προσφορές των πιο πάνω

Αριθμός Απόφασης : 248/2024

εταιρειών έχει υπολογισθεί το εργατικό κόστος με βάση ημερομίσθιο ποσού «...» ευρώ, και όχι με το ισχύον κατά τον χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού ημερομίσθιο ποσού «...» ευρώ, το οποίο ορίστηκε με την ΥΑ 31986/24.03.2023 (ΦΕΚ Β' 2003/28.03.2023). Επίσης, ισχυρίζεται ότι εφόσον σύμφωνα με τον όρο 1.5 της Διακήρυξης ως χρόνος υποβολής προσφορών ορίστηκε η 27η.03.2023 και ως ημερομηνία αποσφράγισης του φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» η 31η.03.2023, η οποία αποτελεί και την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, οι συμμετέχοντες όφειλαν να έχουν λάβει υπόψη για την κατάρτιση των οικονομικών προσφορών τους την αναπροσαρμογή του κατώτατου ημερομίσθιου στα «...» ευρώ καθώς και τα δύο παραπάνω χρονικά σημεία είναι μεταγενέστερα της ημερομηνίας έκδοσης της πιο πάνω Υπουργικής Απόφασης.

9. Ο παραπάνω ισχυρισμός ωστόσο δεν ευσταθεί. Και αυτό γιατί ο όρος 2.4.4 της Διακήρυξης με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» ορίζει, μεταξύ άλλων, ότι *«Οι προσφορές θα πρέπει να συνταχθούν βάσει της ισχύουσας εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας κατά την ημερομηνία κατάθεσης των προσφορών»*. Επομένως, σε συνδυασμό και με τον όρο 1.5 της Διακήρυξης, κατά τον οποίο *«Η καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών είναι η 27/3/2023 (...)*», τους οποίους αποδέχθηκε η προσφεύγουσα με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στο διαγωνισμό (πρβλ ΣτΕ ΕΑ 275/2018, 173/2017, 270/2014 5μ., 279/2016 Ολ., 48/2017 σκ.14 κ.α.), για τον υπολογισμό του εργατικού κόστους όφειλαν οι συμμετέχοντες να λάβουν υπόψη το κατώτατο ημερομίσθιο, που ίσχυε κατά την 27^η.03.2023. Άλλωστε, πέρα από τις παραπάνω ρητές προβλέψεις της επίμαχης Διακήρυξης, όπως έχει κριθεί, στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων είναι, καταρχήν, εφαρμοστέες οι νομοθετικές διατάξεις που ισχύουν κατά το χρονικό σημείο που η αναθέτουσα αρχή επιλέγει, κατά κανόνα με τη δημοσίευση Διακήρυξης, τη διαδικασία που θα εφαρμόσει για την ανάθεση της σύμβασης (βλ. ΣτΕ ΕΑ, 1904/2020, 48/2012, 606/2011, 1211, 1212/2010 Ολομ. κ.ά., Ε.Α. 237/2021, 37/2021, 241/2019 κ.ά. βλ. επίσης αποφάσεις Δ.Ε.Ε. της 19.12.2018, C-216/17, Autorità Garantedella Concorenza κλπ., σκ. 45, της 28.2.2018, C-523/16 κ.ά.). Περαιτέρω, κατά τον κρίσιμο χρόνο δημοσίευσης της επίμαχης

Αριθμός Απόφασης : 248/2024

Διακήρυξης αλλά και κατά τον κρίσιμο χρόνο ειδικά για την κατάρτιση των οικονομικών προσφορών, ήτοι κατά την 27^η.03.2023, δεν ήταν σε ισχύ η ΥΑ 31986/24.03.2023, με την οποία αναπροσαρμόσθηκε το κατώτατο ημερομίσθιο στα «...» ευρώ, καθώς αυτή δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ στις 28.03.2023 και όπως ρητά ορίζεται σε αυτήν «Η απόφαση αυτή ισχύει από 1 Απριλίου 2023». Επομένως, ανεξάρτητα από το χρόνο έκδοσης και δημοσίευσης στο ΦΕΚ της παραπάνω ΥΑ, είναι σαφές από το περιεχόμενό της ότι έχει ορισθεί με σαφήνεια ο χρόνος έναρξης ισχύος της χωρίς μνεία για τυχόν αναδρομικότητα και άρα, κατά την ημερομηνία υποβολής των προσφορών των συμμετεχόντων δεν είχε τεθεί σε ισχύ. Συνεπώς, ορθά οι εταιρείες, κατά των οποίων στρέφεται ο ισχυρισμός, υπολόγισαν το εργατικό κόστος με βάση το προϊσχύον ημερομίσθιο, το οποίο, όπως και η προσφεύγουσα δεν αρνείται, ανέρχεται στα «...» ευρώ, καθώς αυτό ήταν το ισχύον στις 27.03.2023, δεδομένου ότι η ΥΑ 31986/24.03.2023 έχει ημερομηνία έναρξης ισχύος την 1^η.04.2023. **Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.**

10. Με τον **δεύτερο λόγο**, η προσφεύγουσα προβάλλει επικουρικά ότι εφόσον η αναθέτουσα αρχή δεν απέρριψε τις προσφορές των παραπάνω εταιρειών όφειλε να τις καλέσει να αναπροσαρμόσουν τις τιμές τους σύμφωνα με τα οριζόμενα στον όρο 6.5 της Διακήρυξης, με βάση τις νέες διατάξεις για το κατώτατο ημερομίσθιο, οι οποίες, όπως υποστηρίζει, ήταν σε ισχύ κατά τον κρίσιμο χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού. Ως εκ τούτου, σύμφωνα με τον προβαλλόμενο ισχυρισμό, κατά την υποβολή των προσφορών είχε ήδη μεταβληθεί η εργατική νομοθεσία και άρα η αναθέτουσα αρχή όφειλε ήδη κατά το στάδιο της αξιολόγησης των προσφορών να ζητήσει την αναπροσαρμογή των τιμών των προσφορών με βάση την ΥΑ 31986/24.03.2023 (ΦΕΚ Β' 2003/28.03.2023). Και ο ισχυρισμός αυτός όμως προβάλλεται αβάσιμα, καθώς στηρίζεται στην εσφαλμένη παραδοχή ότι κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών (27.03.2023), ο οποίος είναι και ο κρίσιμος χρόνος για την εφαρμοστέα εργατική νομοθεσία, είχε τεθεί σε ισχύ η πιο πάνω ΥΑ, η οποία όμως, όπως και παραπάνω εκτέθηκε έχει έναρξη ισχύος την 1^η.04.2023. Κατά συνέπεια και ο **δεύτερος λόγος προσφυγής προβάλλεται αβάσιμα και πρέπει να απορριφθεί.**

Αριθμός Απόφασης : 248/2024

11. Με τον **τρίτο λόγο** η προσφεύγουσα ισχυρίζεται επίσης επικουρικά ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να ματαιώσει τον διαγωνισμό, σύμφωνα με το άρθρο 106 του ν. 4412/2016, καθώς, κατά τα προβαλλόμενα, η επίμαχη σύμβαση δεν μπορεί να υλοποιηθεί από τον ανάδοχο, εφόσον ήταν ήδη γνωστό κατά τη σύναψή της, ότι συντρέχουν γεγονότα, όπως, στην προκειμένη περίπτωση, η σημαντική αύξηση του νόμιμου κατώτατου ημερομισθίου, τα οποία καθιστούν ανέφικτη την εκτέλεσή της. Ωστόσο, και ο ισχυρισμός αυτός στηρίζεται στην ίδια παραπάνω εσφαλμένη παραδοχή, και πάντως, σε κάθε περίπτωση, η μεταβολή της νομοθεσίας περί κατώτατου μισθού δεν αποτελεί λόγο ματαίωσης της διαγωνιστικής νομοθεσίας, αλλά σύμφωνα με τον όρο 2.4.4 της Διακήρυξης, μπορεί να αποτελέσει λόγο αναπροσαρμογής της προσφερόμενης τιμής μετά την υπογραφή της σύμβασης και κατόπιν αιτήματος του αναδόχου. Επομένως και ο **τρίτος λόγος προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.**

12. Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί και να καταπέσει το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

1. Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.
2. Δέχεται τις παρεμβάσεις.
3. Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 16 Ιανουαρίου 2024 και εκδόθηκε στις 2 Φεβρουαρίου 2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ