

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 27 Δεκεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος, και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος - Εισηγήτρια.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 20/11/2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1821/20-11-2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» που εδρεύει στην ..., Λεωφ. ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

-Κατά του ... με την επωνυμία «...» που εδρεύει στην ..., οδός ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της απόφασης του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής που περιέχεται στο απόσπασμα πρακτικού συνεδρίασης .../2023 με ημερομηνία 25/10/2023 με θέμα 1ο: «Έγκριση Πρακτικού ΙΙΙ (σύμφωνα με το άρθρο 106 παρ. 2 ν. 4412/2016 και τον όρο 3.5 της Διακήρυξης) της Επιτροπής Διενέργειας του Ηλεκτρονικού Δημόσιου Ανοικτού Διαγωνισμού για την επιλογή Αναδόχου Παροχής Υπηρεσιών ... του ... διάρκειας 21 μηνών - Ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης παροχής ... του ... που διενεργείται δυνάμει της Διακήρυξης με αριθμό .../2023 (ΑΔΑΜ Διακήρυξης: ... 2023-01-31, Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ...)» και της συμπροσβαλλόμενης απόφασης με αριθμό πρωτ. .../10-11-2023 με το ίδιο αντικείμενο.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα.

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο.

Αριθμός απόφασης: 86/2024

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 4.925,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ποσού 985.000,00 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).
2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό πρωτ. .../2023 προκηρύχθηκε διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης ... του ..., διάρκειας είκοσι ενός (21) μηνών. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται σε 985.000,00 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ. Προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 30/1/2023 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 31/1/2023 (ΑΔΑΜ: ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α Ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, η 06/3/2023.
3. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν τέσσερις (4) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα. Με απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής με ημερομηνία 31/7/2023 που περιέχεται στο απόσπασμα πρακτικού συνεδρίασης .../2023 επικυρώθηκαν τα πρακτικά ελέγχου των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς και οικονομικής προσφοράς, έγιναν δεκτές όλες οι προσφορές, αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η ... ως μειοδότης και η προσφεύγουσα κατετάγη δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας.
4. Στις 3/8/2023 η αναθέτουσα αρχή κάλεσε τη μειοδότη να προσκομίσει τα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου, τα οποία υποβλήθηκαν στις 10/8/2023. Στις 11/8/2023 η μειοδότη υπέβαλε στην αναθέτουσα αρχή αίτημα αύξησης του οικονομικού αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης, λόγω αύξησης του κατώτατου μισθού και ημερομισθίου σε ποσοστό 9,4% δυνάμει της απόφασης του Υπουργού Εργασίας και Κοινωνικών Υποθέσεων με αριθμό 31986/24-3-2023 (ΦΕΚ Β' 2003), με έναρξη ισχύος από 1/4/2023. Συγκεκριμένα, η μειοδότη υπολόγισε ότι η μόνο η εργατική δαπάνη για την εκτέλεση της σύμβασης ανερχόταν πλέον σε 1.038.422,19 ευρώ και, κατά συνέπεια, το συμβατικό αντάλλαγμα για την εκτέλεση της σύμβασης έπρεπε να αυξηθεί από το προσφερθέν ποσό των 965.580,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ 24% σε 1.054.575,27

Αριθμός απόφασης: 86/2024

ευρώ πλέον ΦΠΑ 24%, προκειμένου να προσαρμοστεί το προσφερόμενο αντάλλαγμα από την ανάδοχο στην παραπάνω αύξηση του κατώτατου μισθού και ημερομισθίου.

5. Με την ήδη προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής ματαιώθηκε ο διαγωνισμός με επίκληση των διατάξεων του άρθρου 106 παρ. 2 ν. 4412/2016 και με αιτιολογία ότι: *«το γεγονός ότι η μεταβολή της εργατικής νομοθεσίας καθιστά αδύνατη την τήρηση της εργατικής και κοινωνικοασφαλιστικής νομοθεσίας ως προς το καταβλητέο ύψος μισθών και αποδοτέων φόρων και εισφορών του προσωπικού του αναδόχου εν όψει του προϋπολογισμού της Διακήρυξης .../2023 και παράλληλα 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 προς ανάθεση σύμβασης, η συμμόρφωση με την κείμενη νομοθεσία αλλά και η προστασία των εργαζομένων, σύμφωνα με τα ως άνω εκτεθέντα».* Η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 10/11/2023.

6. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (παροχή υπηρεσιών), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής, για την άσκηση της οποίας έχουν τηρηθεί οι προϋποθέσεις παραδεκτού.

7. Η προσφεύγουσα ασκεί την προδικαστική προσφυγή με έννομο συμφέρον, ως ενδιαφερόμενη να αναλάβει τη σύμβαση κατόπιν ακύρωσης της απόφασης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

8. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προσφυγή στις 20/11/2023 και υπέβαλε τις απόψεις της επ' αυτής στις 6/12/2023, νόμιμα και εμπρόθεσμα.

9. Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη είναι ακυρωτέα, διότι: **α)** κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της αναλογικότητας, δεν της κοινοποιήθηκε η απόφαση ανάδειξης προσωρινού αναδόχου και τα οικεία πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού, **β)** η απόφαση ματαίωσης είναι πλημμελώς αιτιολογημένη και, επίσης, **γ)** παραβιάζει τις διατάξεις των άρθρων 106 παρ. 2

Αριθμός απόφασης: 86/2024

περ. β' και 53 παρ. 10α ν. 4412/2016, όπως προστέθηκε με το άρθρο 7 ν. 4965/2022, και δ) ότι, ενόψει της ωριμότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας, η απόφαση ματαίωσης δεν αιτιολογείται νόμιμα.

10. Η αναθέτουσα αρχή παραθέτει με τις απόψεις της συμπληρωματική αιτιολογία, παραδεκτά σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 παρ. β' ν. 4412/2016. Σύμφωνα με τη συμπληρωματική αιτιολογία η αναπροσαρμογή του τιμήματος της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 10 ν. 4412/2016 προβλέπεται και είναι κατ' αρχήν νόμιμη, όπως είχε αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στη διευκρίνισή της με αριθμό πρωτ. .../16-2-2023, αλλά εφαρμόζεται υπό την προϋπόθεση της ύπαρξης πιστώσεων στον προϋπολογισμό της αναθέτουσας αρχής. Η προϋπόθεση αυτή δεν συντρέχει στην προκείμενη περίπτωση, διότι η αναθέτουσα αρχή δέσμευσε τις πιστώσεις για την εκτέλεση της προκείμενης σύμβασης, πριν την αύξηση του κατώτατου μισθού και ημερομισθίου, με αποτέλεσμα η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης και, αντίστοιχα, η αναληφθείσα πίστωση να μην επαρκεί πλέον για τη σύναψή της.

11. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή αναφέρει στις απόψεις της ότι το ανελαστικό κόστος για την παροχή των υπηρεσιών ... ανέρχεται πλέον σε 1.025.628,39 ευρώ, όπως προκύπτει από το επικαλούμενο και προσκομιζόμενο έγγραφο του Τμήματος Οικονομικής Διαχείρισης και Προμηθειών με αριθμό εμπ. πρωτ. .../26-9-2023, και υπερβαίνει την εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεση σύμβασης ποσού 985.000,00 ευρώ. Επομένως, έχει ανατραπεί το οικονομικό θεμέλιο της σύμβασης, λαμβανομένου υπόψη και ότι δεν υπάρχουν στον προϋπολογισμό οι απαιτούμενες πιστώσεις. Τέλος, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι, εφόσον συνέτρεχαν οι παραπάνω, προϋποθέσεις, δεν εμποδιζόταν να ματαιώσει τη διαδικασία, όσο ακόμα δεν είχε ολοκληρωθεί.

12. Το άρθρο 106 παρ. 1 και 2 ν. 4412/2016 ορίζει τα εξής: «1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, η οποία εκδίδεται μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: α) εφόσον η διαδικασία απέβη άγονη είτε λόγω μη υποβολής προσφοράς είτε λόγω απόρριψης όλων των προσφορών ή αιτήσεων ή αποκλεισμού όλων των προσφερόντων ή συμμετεχόντων, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος βιβλίου και τα έγγραφα της σύμβασης ή β) στην περίπτωση του δευτέρου εδαφίου της παρ. 7 του άρθρου 105, περί κατακύρωσης και σύναψης

Αριθμός απόφασης: 86/2024

σύμβασης. 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 με την επιφύλαξη των διατάξεων της παρ. 3, 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 επιλεγείσα προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, ε) στην περίπτωση των παρ. 3 και 4 του άρθρου 97, περί χρόνου ισχύος προσφορών, στ) για άλλους επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος, όπως ιδίως, δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος».

13. Οι οικείες διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας ορίζουν τα εξής: «Άρθρο 17 – Αιτιολογία. 1. Η ατομική διοικητική πράξη πρέπει να περιέχει Αιτιολογία, η οποία να περιλαμβάνει τη διαπίστωση της συνδρομής των κατά νόμο προϋποθέσεων για την έκδοσή της. 2. Η Αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική, επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, εκτός αν προβλέπεται ρητώς στο νόμο ότι πρέπει να περιέχεται στο σώμα της πράξης. ... Άρθρο 20 - Γνώμη – Πρόταση. 1. Όπου ο νόμος, για την έκδοση διοικητικής πράξης, προβλέπει προηγούμενη γνώμη (απλή ή σύμφωνη) ή πρόταση άλλου οργάνου, η μεν γνώμη διατυπώνεται ύστερα από ερώτημα του οργάνου που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα, η δε πρόταση υποβάλλεται με πρωτοβουλία του προτείνοντος οργάνου. Η γνώμη ή η πρόταση, πρέπει να είναι έγγραφη, αιτιολογημένη και επίκαιρη κατά το περιεχόμενό της. 2. Το όργανο που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα δεν μπορεί να εκδώσει πράξη με περιεχόμενο διαφορετικό από αυτό της σύμφωνης γνώμης ή της πρότασης. Η μη αποδοχή της θετικής σύμφωνης γνώμης ή της πρότασης, καθώς και η απόκλιση από την απλή γνώμη, πρέπει να αιτιολογούνται ειδικώς».

14. Η Διακήρυξη, η οποία συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους (βλ. ΣΤΕ 1217/2018, σκ. 5, 2434/2017, σκ. 5, 1086/2015, σκ. 5, 4901/2014, σκ. 8, ΕΑ ΣΤΕ 352/2016, 53/2011 κ.α.), ορίζει σχετικά με τα τιθέμενα ζητήματα τα εξής: «1.2 Στοιχεία Διαδικασίας – Χρηματοδότηση ... Φορέας Χρηματοδότησης της

Αριθμός απόφασης: 86/2024

παρούσας σύμβασης είναι το ..., με σχετική πίστωση του προϋπολογισμού εξόδων για τα οικονομικά έτη 2023, 2024, στον ΚΑΕ 00.0845. ...

1.7 Αρχές εφαρμοζόμενες στη διαδικασία σύναψης. 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. ...

2.3.1 ... Η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία παραλαβής των προσφορών, ούτως ώστε όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να μπορούν να λάβουν γνώση όλων των αναγκαίων πληροφοριών για την κατάρτιση των προσφορών στις ακόλουθες περιπτώσεις: ... β) όταν τα έγγραφα της σύμβασης υφίστανται σημαντικές αλλαγές. Η διάρκεια της παράτασης θα είναι ανάλογη με τη σπουδαιότητα των πληροφοριών ή των αλλαγών. ... Τροποποίηση των όρων της διαγωνιστικής διαδικασίας (πχ αλλαγή/μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών καθώς και σημαντικές αλλαγές των εγγράφων της σύμβασης, σύμφωνα με την προηγούμενη παράγραφο) δημοσιεύεται στην ΕΕΕΕ και στο ΚΗΜΔΗΣ. ...

3.1.2.1 Μετά την κατά περίπτωση ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών η Αναθέτουσα Αρχή προβαίνει στην αξιολόγηση αυτών, μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο ΕΣΗΔΗΣ οργάνων της , εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των κειμένων διατάξεων. ... Στη συνέχεια, εφόσον το αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής εγκρίνει τα ανωτέρω πρακτικά εκδίδεται απόφαση για τα αποτελέσματα όλων των ανωτέρω σταδίων (‘Δικαιολογητικά Συμμετοχής’, ‘Τεχνική Προσφορά’ και ‘Οικονομική Προσφορά’) και η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί εγγράφως, μέσω της λειτουργικότητας της ‘Επικοινωνίας’ του ηλεκτρονικού διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, τον πρώτο σε κατάταξη μειοδότη στον οποίο προέχει να γίνει η κατακύρωση (‘προσωρινός ανάδοχος’) να υποβάλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, σύμφωνα με όσα ορίζονται στο άρθρο 103 και

Αριθμός απόφασης: 86/2024

την παράγραφο 3.2 της παρούσας, περί πρόσκλησης για υποβολή δικαιολογητικών. Η απόφαση έγκρισης των πρακτικών δεν κοινοποιείται στους προσφέροντες και ενσωματώνεται στην απόφαση κατακύρωσης. ...

3.3.1. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών κατακύρωσης και της εισήγησης της Επιτροπής επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης, στην οποία ενσωματώνεται η απόφαση έγκρισης των πρακτικών των περ. α & β της παρ. 2 του άρθρου 100 του ν. 4412/2016 (περί αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής, της τεχνικής και της οικονομικής προσφοράς). Η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί, μέσω της λειτουργικότητας της 'Επικοινωνίας', σε όλους τους οικονομικούς φορείς που έλαβαν μέρος στη διαδικασία ανάθεσης, εκτός από όσους αποκλείστηκαν οριστικά δυνάμει της παρ. 1 του άρθρου 72 του ν. 4412/2016, την απόφαση κατακύρωσης, στην οποία αναφέρονται υποχρεωτικά οι προθεσμίες για την αναστολή της σύναψης σύμβασης, σύμφωνα με τα άρθρα 360 έως 372 του ν. 4412/2016, μαζί με αντίγραφο όλων των πρακτικών της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών, και, επιπλέον, αναρτά τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου στα 'Συνημμένα Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού'. Μετά την έκδοση και κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης οι προσφέροντες λαμβάνουν γνώση των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία και των στοιχείων που υποβλήθηκαν από αυτούς, με ενέργειες της αναθέτουσας αρχής. Κατά της απόφασης κατακύρωσης χωρεί προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με την παράγραφο 3.4 της παρούσας. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά της ανωτέρω απόφασης.

3.5 *Ματαίωση Διαδικασίας.* 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 της ως άνω Επιτροπής, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμά της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη.

Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης όταν αυτή αποβεί άγονη είτε λόγω μη υποβολής προσφοράς είτε λόγω απόρριψης όλων των προσφορών, καθώς και στην περίπτωση του δευτέρου εδαφίου της παρ. 7

Αριθμός απόφασης: 86/2024

του άρθρου 105, περί κατακύρωσης και σύναψης σύμβασης. Επίσης μπορεί να ματαιώσει τη διαδικασία: α) λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης, εκτός εάν μπορεί να θεραπεύσει το σφάλμα ή την παράλειψη σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 106, 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 επιλεγείσα προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, ε) στην περίπτωση των παρ. 3 και 4 του άρθρου 97, περί χρόνου ισχύος προσφορών, στ) για άλλους επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος, όπως ιδίως, δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος. ...

4.5 Τροποποίηση σύμβασης κατά τη διάρκειά της . Η σύμβαση μπορεί να τροποποιείται κατά τη διάρκειά της, χωρίς να απαιτείται νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης, σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις του άρθρου 132 του ν. 4412/2016, κατόπιν γνωμοδότησης του αρμοδίου οργάνου της αναθέτουσας αρχής».

15. Με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η διαγωνιστική διαδικασία είναι άκυρη, διότι, παράνομα και κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της αναλογικότητας, η αναθέτουσα αρχή προχώρησε την διαδικασία του διαγωνισμού, αξιολόγησε τις προσφορές και ανακήρυξε προσωρινό ανάδοχο, χωρίς να της γνωστοποιήσει τα οικεία πρακτικά και την απόφαση ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, χωρίς να της κοινοποιήσει τα στοιχεία των λοιπών προσφερόντων και των προσφορών τους και χωρίς η ίδια να ενημερωθεί εάν η προσφορά της έγινε δεκτή ή όχι, ώστε να μπορέσει να ασκήσει το δικαίωμα έννομης προστασίας. Ο προκείμενος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος, διότι, όπως ρητά προβλέπεται από τις προπαρατεθείσες διατάξεις των άρθρων 3.1.1 και 3.2 της Διακήρυξης, η απόφαση επικύρωσης των πρακτικών ελέγχου και αξιολόγησης των πρακτικών δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών ενσωματώνεται στην απόφαση κατακύρωσης, με την οποία συγκοινοποιούνται στους προσφέροντες τα πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού και κατόπιν της έκδοσης της οποίας χορηγείται πρόσβαση στα στοιχεία των προσφορών. Με

Αριθμός απόφασης: 86/2024

δεδομένο ότι η διαγωνιστική διαδικασία δεν έφτασε στο στάδιο της κατακύρωσης, αλλά ματαιώθηκε και η απόφαση ματαίωσης κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους, η αναθέτουσα αρχή δεν παραβίασε οποιαδήποτε διάταξη του νόμου ή της Διακήρυξης, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Επιπρόσθετα, η κατά τον τρόπο αυτό νόμιμη εξέλιξη του διαγωνισμού δεν παραβιάζει τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αναλογικότητας, λαμβάνοντας ιδίως υπόψη ότι ούτε η προσφεύγουσα επικαλείται, ούτε από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι ζήτησε πρόσβαση στα στοιχεία του διαγωνισμού και αυτή δεν της χορηγήθηκε από την αναθέτουσα αρχή, η οποία, όπως προαναφέρθηκε, δεν είχε κατ' αρχήν υποχρέωση να τα κοινοποιήσει, ενόψει της ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας. Κατά συνέπεια, **ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.**

16. Με τον **δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγής**, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο λόγος ματαίωσης του άρθρου 106 παρ. 2 περ. β' ν. 4412/2016 *«βρίσκει έρεισμα ιδίως στις περιπτώσεις εκείνες που έχει εκλείψει ο σκοπός στον οποίο αποβλέπει η διαγωνιστική διαδικασία ή η ανάγκη για παροχή των υπηρεσιών, στις περιπτώσεις που υπάρχει αδυναμία πραγματοποίησής της λόγω έλλειψης, πλέον, των απαιτούμενων πιστώσεων, στις περιπτώσεις που έχει ανατραπεί το χρονοδιάγραμμα της προκήρυξης, κλπ, σε όλες δε τις ανωτέρω περιπτώσεις η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για τη ματαίωση θα πρέπει να τεκμηριώνεται επαρκώς με την παράθεση των σχετικών εκτιμήσεων της Διοίκησης, ενώ ειδικώς στην περίπτωση της έλλειψης πιστώσεων για την πραγματοποίηση του έργου θα πρέπει να παρατίθενται συγκεκριμένα οικονομικά δεδομένα»*. Κατά συνέπεια, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ότι η αύξηση των νόμιμων αποδοχών των εργαζομένων δεν εμπίπτει στους λόγους ματαίωσης της σύμβασης σύμφωνα με το άρθρο 106 ν. 4412/2016. Εξάλλου, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας από την προσβαλλόμενη δεν προκύπτουν οι λόγοι, για τους οποίους η μεταβολή του κατώτατου ημερομισθίου εν μέσω της διεξαγωγής της διαγωνιστικής διαδικασίας επιφέρει ουσιώδη μεταβολή του οικονομικού θεμελίου της εν λόγω διαγωνιστικής διαδικασίας. Τέλος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή δεν αιτιολογεί νόμιμα, ούτε ότι συντρέχει η δεύτερη προϋπόθεση του άρθρου 106

Αριθμός απόφασης: 86/2024

παρ. 2 περ. β' ν. 4412/2016 για τη ματαίωση της διαδικασίας, ήτοι δεν ενδιαφέρεται πλέον για την εκτέλεση της σύμβασης.

17. Από το προπαρατεθέν άρθρο 2.3.1 της Διακήρυξης προκύπτει ότι η τροποποίηση των όρων της Διακήρυξης, μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, δεν είναι δυνατή, χωρίς προκήρυξη νέας διαγωνιστικής διαδικασίας. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 4.5 της Διακήρυξης, η σύμβαση μπορεί να τροποποιείται μόνο κατά τη διάρκειά της, δηλαδή μετά τη σύναψή της (πρβλ. Γνωμ. ΝΣΚ 106/2019). Σύμφωνα με τις οικείες διατάξεις του άρθρου 132 ν. 4412/2016, οι επιτρεπτές περιπτώσεις τροποποίησης της σύμβασης συνδέονται με γεγονότα, τα οποία προκύπτουν πάντοτε κατά την εκτέλεση της σύμβασης, και όχι κατά τη διαδικασία σύναψής αυτής. (βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία ΕΑΔΗΣΥ 22, σελ. 5-6). Επομένως, τροποποίηση των συμβατικών όρων δεν είναι δυνατή στο στάδιο μεταξύ της ανάδειξης προσωρινού αναδόχου και σύναψης της σύμβασης, στο οποίο βρίσκεται η προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία.

18. Περαιτέρω, οι διατάξεις του άρθρου 3.5 της Διακήρυξης που αντιστοιχούν προς αυτές του άρθρου 106 ν. 4412/2016 διακρίνουν μεταξύ αφενός δύο (2) περιπτώσεων δέσμιας αρμοδιότητας (παρ. 1) και έξι (6) περιπτώσεων διακριτικής ευχέρειας (παρ. 2) της αναθέτουσας αρχής να ματαιώσει τη διαγωνιστική διαδικασία. Σε όλες, όμως, τις περιπτώσεις, οι οικείες διατάξεις επιβάλλουν ως ουσιώδη τύπο της διαδικασίας έκδοση της απόφασης ματαίωσης τη χορήγηση απλής γνώμη του αρμόδιου συλλογικού οργάνου, ήτοι της Επιτροπής Διαγωνισμού (βλ. ΔΕφ Τρίπολης 199/2022, ΔΕφ Πάτρας 1/2022, ΔΕφΑθ 1438/2019, ΔΕφΘες/νίκης 164/2018, πρβλ. ΔΕφΑθ 12/2021). Επιπλέον, ο νόμος επιβάλλει έκδοση της απόφασης ματαίωσης με ειδική αιτιολογία, αναφερόμενη κατά τρόπο συγκεκριμένο στους λόγους, για τους οποίους αποφασίζεται η ματαίωση και επανάληψη του διαγωνισμού (πρβλ. ΣΤΕ 950/2016, ΕΑΔΗΣΥ 1366/2022, 242/2021 κ.α.).

19. Στην προκείμενη περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή, μετά από γνώμη της αρμόδιας Επιτροπής Διαγωνισμού, αποφάσισε τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας. Η αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης, όπως συμπληρώθηκε παραδεκτά, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 περ. α' ν. 4412/2016, με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, συνίσταται στο γεγονός ότι η αύξηση του κατώτατου μισθού με την ΥΑ με αριθμό 31986/24-3-2023 (ΦΕΚ

Αριθμός απόφασης: 86/2024

Β' 2003), η οποία εκδόθηκε και τέθηκε σε ισχύ μετά την έναρξη της διαδικασίας ανάθεσης (30/1/2023) και πριν τη σύναψη της σύμβασης, έχει ανατρέψει το οικονομικό θεμέλιο της σύμβασης, διότι η εκτιμώμενη αξία της δεν καλύπτει το εργατικό κόστος για την εκτέλεσή της, με αποτέλεσμα να είναι ανέφικτη η εκτέλεσή της με τήρηση της εργατικής νομοθεσίας.

20. Η αιτιολογία αυτή είναι νόμιμη, διότι, όπως προκύπτει και από τις υποβληθείσες οικονομικές προσφορές, η εργατική δαπάνη αποτελεί το μεγαλύτερο από τα κονδύλια που συνθέτουν το κόστος παροχής των συμβατικών υπηρεσιών, με αποτέλεσμα η αύξηση του κατώτατου μισθού και ημερομισθίου κατά 9,4% να μεταβάλλει ουσιωδώς τις οικονομικές παραμέτρους εκτέλεσης της σύμβασης. Δύναται λοιπόν η αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στις διατάξεις του άρθρου 106 παρ. 2 περ. β' ν .4412/2016, να ματαιώσει τη διαγωνιστική διαδικασία, καθώς η σημαντική αύξηση του νόμιμου κατώτατου μισθού και ημερομισθίου, συνιστά περίπτωση ουσιώδους μεταβολής του οικονομικού θεμελίου της υπό ανάθεση σύμβασης, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Με αυτό το δεδομένο, δεν νοείται ενδιαφέρον της αναθέτουσας αρχής για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης με το συγκεκριμένο συμβατικό και οικονομικό αντικείμενο, αφού αυτό δεν μπορεί να υλοποιηθεί από τον ανάδοχο, όταν είναι γνωστό, ήδη πριν τη σύναψή της, ότι η νόμιμη εκτέλεσή της κατέστη ανέφικτη λόγω της αύξησης του κατώτατου μισθού και ημερομισθίου σε συνδυασμό με την ανεπάρκεια της εκτιμώμενης αξίας της και αντίστοιχα, των υποβληθεισών οικονομικών προσφορών (βλ. ΔΕφαΘ 1488/2023, Ελ.Συν. Κλιμ Ζ Πρ. 217/2019). Επομένως, η απόφαση της αναθέτουσας αρχής να ματαιώσει τον διαγωνισμό σύμφωνα με το άρθρο 106 παρ. 2 περ. β' ν. 4412/2016 αιτιολογείται νόμιμα και με επάρκεια, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Κατά συνέπεια, **ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.**

21. Με τον **τρίτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής**, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο λόγος αυτός που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή είναι *«προδήλως αβάσιμος και ανεπίκαιρος αφού το ζήτημα αυτό έχει ρυθμιστεί ήδη με το Άρθρο 7 του Ν. 4965/2022 που τροποποιεί το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ... προσβαλλόμενη απόφαση ματαίωσης του διαγωνισμού είναι ακυρωτέα ως μη ερειδόμενη σε καμία διάταξη του Νόμου, πολλώ δε μάλλον όταν η ίδια η*

Αριθμός απόφασης: 86/2024

απόφαση δεν επικαλείται αδυναμία εκτέλεσης της σύμβασης λόγω έλλειψης κονδυλίων, αλλά μόνο ότι η εκτέλεση σύμβασης καθίσταται ζημιογόνος για τον ανάδοχο.».

22. Όπως προεκτέθηκε (βλ. σκέψη 17), η τροποποίηση της σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου και του οικονομικού της αντικειμένου, δεν επιτρέπεται στο στάδιο πριν την υπογραφή της, ούτε μπορεί να στηρίζεται σε γεγονότα που ανέκυψαν κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, όπως, στην προκείμενη περίπτωση, η κανονιστική αύξηση του κατώτατου μισθού. Ως εκ τούτου, πέραν της έλλειψης πιστώσεων στον προϋπολογισμό της αναθέτουσας αρχής για την αναπροσαρμογή του συμβατικού τιμήματος, η τελευταία δεν είναι επιτρεπτή στο παρόν στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης και, μάλιστα, λόγω γεγονότος που ανέκυψε πριν τη σύναψή της. Επομένως, δεν καταλείπεται στην προκείμενη περίπτωση πεδίο εφαρμογής της επικαλούμενης από την προσφεύγουσα διάταξης του άρθρου 53 παρ. 10α ν. 4412/2016, με την οποία θεσμοθετήθηκε ρήτρα αναπροσαρμογής των συμβάσεων καθαριότητας – φύλαξης σε περίπτωση αύξηση των νόμιμων αποδοχών των εργαζομένων.

23. Σε κάθε περίπτωση, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η αναθέτουσα αρχή δεν επικαλείται έλλειψη κονδυλίων, αλλά μόνο ότι η εκτέλεση της σύμβασης κατέστη ζημιογόνα για τον ανάδοχο είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Και τούτο, διότι, από την προσβαλλόμενη σε συνδυασμό με την συμπληρωματική αιτιολογία που παραδεκτά παρατέθηκε με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής προκύπτει ότι αυτή επικαλείται αφενός την έλλειψη πιστώσεων στον προϋπολογισμό του 2023 και αφετέρου ότι η εκτέλεση της σύμβασης είναι, όχι ζημιογόνος για τον ανάδοχο, αλλά αδύνατη, διότι η εκτιμώμενη αξία και, αντίστοιχα, οι προσφερθείσες τιμές δεν επαρκούν πλέον για την κάλυψη της εργατικής δαπάνης για την εκτέλεσή της με τήρηση των διατάξεων του άρθρου 18 περ. α' της Διακήρυξης. Για τους παραπάνω λόγους, **ο τρίτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.**

24. Με τον τέταρτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση ματαίωσης δεν αιτιολογείται νόμιμα, ενόψει της ωριμότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας που έχει φτάσει μέχρι την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου. Ειδικότερα, επαναφέροντας κατ' ουσία ισχυρισμούς προβληθέντες με τους παραπάνω λόγους, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται εκ νέου ότι «*καίτοι ο διαγωνισμός βρίσκεται σε ώριμο στάδιο με μία*

Αριθμός απόφασης: 86/2024

εντελώς αναιτιολόγητη απόφαση, χωρίς να αναλύει καμία επίπτωση της αύξησης του εργατικού κόστους στο έργο και κυρίως χωρίς να εξετάζει και να αιτιολογεί την δυνατότητα αναπροσαρμογής του εργατικού κόστους στα ισχύοντα δεδομένα προβαίνει, χωρίς να ζητήσει την δική μας συναίνεση ή έγκριση, στο έσχατο μέσο της ματαίωσης του διαγωνισμού χωρίς απολύτως καμία ειδικότερη αιτιολόγηση». Ο προκείμενος λόγος είναι απορριπτικός, διότι, όπως προεκτέθηκε, η προσβαλλόμενη αιτιολογείται νόμιμα με αναφορά στην ανεπάρκεια των πιστώσεων του προϋπολογισμού της αναθέτουσας αρχής, καθώς επίσης και της εκτιμώμενης αξίας που προβλέπεται στη Διακήρυξη και, κατά συνέπεια, των προσφερθεισών τιμών για την κάλυψη της εργατικής δαπάνης εκτέλεσης της σύμβασης, πράγμα που καθιστά ανέφικτη τη νόμιμη υλοποίησή της. Όσον αφορά στο στάδιο ωριμότητας του διαγωνισμού, οι διατάξεις του άρθρου 106 παρ. 2 περ. β' ν. 4412/2016 δεν περιορίζουν χρονικά το δικαίωμα της αναθέτουσας αρχής να ματαιώσει την διαδικασία ανάθεσης, όσο αυτή δεν έχει ακόμα ολοκληρωθεί, όπως εν προκειμένω (ΕΑΔΗΣΥ 1366/2022). Κατά συνέπεια, **ο τέταρτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.**

25. Επειδή, κατόπιν των παραπάνω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να οριστεί η κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου από την προσφεύγουσα

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 27 Δεκεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 15 Ιανουαρίου 2024, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ

Α/Α ΜΙΧΑΗΛ ΣΟΦΙΑΝΟΣ