

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 05.11.2019, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη, δυνάμει της υπ' αριθ. 9/16.10.2019 Απόφασης της Ολομέλειας της Α.Ε.Π.Π. περί συγκρότησης εκ νέου του 2^{ου} Κλιμακίου και της υπ' αριθ. 81/16.10.2019 Πράξης του Προέδρου ΑΕΠΠ, περί ορισμού νέων Προέδρων 2^{ου} και 6^{ου} Κλιμακίων ΑΕΠΠ.

Για να εξετάσει τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) -Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) 1181/30-09-2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», με τον διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην, οδός, όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου «.....», που εδρεύει στη....., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην, οδός, νομίμως εκπροσωπούμενης, η οποία κατέθεσε την από 10.10.2019 Παρέμβασή της.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθ. 35/10-09-2019 απόφασης του Δ.Σ. του Νοσοκομείου (εφεξής η «προσβαλλόμενη»), με την οποία αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η εταιρεία «.....» στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την με αριθ. διακήρυξη της ανωτέρω αναθέτουσας αρχής, κατά τα ειδικότερα υποστηριζόμενα στην Προσφυγή, καθώς και όπως εκδοθεί πράξη αναστολής της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης και ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας και ληφθεί κάθε κατάλληλο μέτρο μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας Προδικαστικής Προσφυγής, αίτημα το οποίο απορρίφθηκε με την υπ' αριθ. Α460/2019 απόφαση της Α.Ε.Π.Π. Ετέρωθεν, η παρεμβαίνουσα

Αριθμός απόφασης: 1291 / 2019

ζητεί όπως απορριφθεί η Προσφυγή, διατηρηθεί η προσβαλλόμενη και κατακυρωθεί ο υπό κρίση διαγωνισμός οριστικά σε αυτήν.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Κωνσταντίνο Κορομπέλη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή με την υπ' αριθ. διακήρυξη του Γενικού Νοσοκομείου προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, ηλεκτρονικού, δημόσιου, άνω των ορίων, διαγωνισμού για την ανάθεση της υπηρεσίας «καθαριότητας των κτιριακών εγκαταστάσεων και του περιβάλλοντος χώρου του Γ.Ν.....», εκτιμώμενης συνολικής αξίας 541.077,12€ χωρίς Φ.Π.Α. και μη συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψη προσφορά βάσει τιμής, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 09.08.2018 με ΑΔΑΜ....., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό με α/α.....

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 5.410,78€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), που έχει υπολογιστεί δυνάμει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης (1.082.154,24€ X 0,50%). Εντούτοις, για τον υπολογισμό του καταβλητέου ποσού παραβόλου δεν λαμβάνεται υπόψη και η δαπάνη που αντιστοιχεί σε ενδεχόμενη άσκηση του δικαιώματος προαίρεσης, δοθέντος ότι το οριστικό ύψος της δαπάνης αυτής δεν μπορεί εκ των προτέρων να καθοριστεί, εφόσον είναι αβέβαιο αν και μέχρι ποιου ύψους θα ασκηθεί το δικαίωμα αυτό (ΣτΕ ΕΑ 187/2017, 10/2017, Δ.Εφ.Κομ. Ν43/2017). Κατ' ακολουθίαν, κατά το μέρος που το ύψος του ποσού του παραβόλου υπολογίστηκε με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης, ήτοι 1.082.154,24€ και

Αριθμός απόφασης: 1291 / 2019

καταβλήθηκε παράβολο ποσού 5.410,78€ αντί του ορθού ποσού των 2.705,39 € (541.077,12€ X 0,5%), που θα έπρεπε να υπολογιστεί σύμφωνα με την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης χωρίς να συμπεριλαμβάνεται το δικαίωμα προαίρεσης και υπερβαίνει το νόμιμο προς καταβολή κατά το ποσό των 2.705,39€ (5.410,78 – 2.705,39), θα πρέπει να επιστραφεί με την παρούσα, δοθέντος ότι σε περίπτωση απόρριψης της Προσφυγής, το ποσό που καταπίπτει ανέρχεται σε 2.705,39 €.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσία), της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, που αποτελεί μη κεντρική κυβερνητική αρχή ανήκουσα στη Γενική Κυβέρνηση, της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) και του χρόνου αποστολής της προκήρυξης (06.08.2018) προς δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ενώ έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017). Περαιτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 (α) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (α) του Π.Δ. 39/2017, έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 19.09.2019 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 27.09.2019.

4. Επειδή με την κρινόμενη προσφυγή η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της καθ' ης εταιρείας έπρεπε να απορριφθεί ως απαράδεκτη, αφού μετά την αύξηση του κατώτατου μισθού δυνάμει της υπ' αριθ. Οικ. 4241/127/2019 ΥΑ καθίσταται αυτή ακριβότερη κατά 21.197,20€ σε σχέση με τη δική της, γεγονός που την καθιστά επιζήμια για το δημόσιο συμφέρον. Συνεπώς, η προσφεύγουσα έχει, καταρχήν, πρόδηλο έννομο συμφέρον στην άσκηση της υπό κρίση προσφυγής καθώς συμμετέχει στον υπό κρίση διαγωνισμό και επιδιώκει ν' αναδειχθεί η ίδια ανάδοχος σε περίπτωση που γίνει δεκτή η προσφυγή της, λαμβανομένου υπόψη ότι στον διαγωνισμό αυτόν συμμετείχαν μόνο δύο διαγωνιζόμενοι, η προσφεύγουσα

Αριθμός απόφασης: 1291 / 2019

και η αναδειχθείσα προσωρινή ανάδοχος εταιρεία και ήδη παρεμβαίνουσα, ισχυριζόμενη ότι μετά την αύξηση του κατώτατου μισθού η προσφορά της κατέστη οικονομικότερη σε σχέση με εκείνη της προσωρινής αναδόχου και ήδη παρεμβαίνουσας, κατά τα ειδικότερα υποστηριζόμενα στην Προσφυγή της. Ετέρωθεν, εν γένει παραδεκτώς και με πρόδηλο έννομο συμφέρον παρεμβαίνει η εταιρεία «.....», σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017, δοθέντος ότι κατετάγη πρώτη στη σειρά μειοδοσίας και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος, ενώ η Παρέμβασή της αυτή ασκείται εμπροθέσμως, αφού η υπό κρίση Προσφυγή κοινοποιήθηκε στην παρεμβαίνουσα στις 30.09.2019 και η Παρέμβαση ασκήθηκε στις 10.10.2019, ήτοι εντός της νόμιμης δεκαήμερης προθεσμίας, κατά τις προρρηθείσες διατάξεις.

5. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προσφυγή, καθώς και η ασκηθείσα επ' αυτής Παρέμβαση είναι τυπικά παραδεκτές και θα πρέπει να εξεταστούν στην ουσία τους. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθ. πρωτ. 21370/07-10-2019 έγγραφο απόψεών της αιτείται να απορριφθεί η υπό κρίση Προσφυγή και να διατηρηθεί η προσβαλλόμενη, ενώ και όπως προκύπτει από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. κατατέθηκε παραδεκτώς, κατ' άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με το άρθρο 43 του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α' 52) περ. 42, το από 31.10.2019 Υπόμνημα της προσφεύγουσας.

6. Επειδή, με την ΥΑ 4241/127/2019 (ΦΕΚ Β' 173) περί «καθορισμού κατώτατου μισθού και κατώτατου ημερομισθίου για τους υπαλλήλους και τους εργατοτεχνίτες της χώρας» και με έναρξη ισχύος την 01^η.02.2019, ο κατώτατος μηνιαίος μισθός των υπαλλήλων ορίστηκε σε 650,00€ και το κατώτατο ημερομίσθιο των εργατοτεχνικών σε 29,04€ και καταργήθηκε ο έως τότε ισχύων ειδικός κατώτατος μισθός για νέους έως 25 ετών, οι οποίοι αμείβονταν με μηνιαίο μισθό 510,95€ και ημερομίσθιο 22,83€, αφετέρου αυξήθηκαν οι ελάχιστες έως τότε αποδοχές των άνω των 25 ετών εργαζόμενων, που ανέρχονταν σε μισθό 586,08€ και ημερομίσθιο 26,18€, όπως είχαν καθορισθεί με τον Ν. 4093/2012. Επομένως, από 01.2.2019 και

Αριθμός απόφασης: 1291 / 2019

εφεξής ο κατώτατος μισθός θεσπίσθηκε σε πάγιο επίπεδο ανεξαρτήτως ηλικίας εργαζομένου και δη αυξήθηκε τόσο το κατώτατο ημερομίσθιο όσο και ο κατώτατος μισθός κατά 10,92% για εργαζόμενους άνω των 25 ετών και 27,2% για εργαζόμενους κάτω των 25 ετών.

7. Επειδή, το άρθρο 18 «*Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων*» του Ν. 4412/2016 (άρθρο 18 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζει ότι «[...] 2. Κατά την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί 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'. 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 [...], το άρθρο 130 «Όροι εκτέλεσης της σύμβασης» (άρθρο 70 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές επιβάλλουν τον όρο ότι κατά την εκτέλεση της σύμβασης ο ανάδοχος τηρεί τις υποχρεώσεις στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικοασφαλιστικού και εργατικού δικαίου, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικοασφαλιστικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α'. Ειδικά: α) στις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή φύλαξης, περιλαμβάνονται, επιπλέον του όρου του πρώτου εδαφίου, τα στοιχεία που αναφέρονται στις περιπτώσεις α' έως στ' της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 115), όπως εκάστοτε ισχύει, καθώς και ο ειδικός όρος της παραγράφου 3 του ίδιου άρθρου [...]» και το άρθρο 132 «Τροποποίηση συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους» (άρθρο 72 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ότι: «1. Οι συμβάσεις και οι συμφωνίες-πλαίσιο μπορούν να τροποποιούνται χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν οι τροποποιήσεις, ανεξαρτήτως της χρηματικής αξίας

Αριθμός απόφασης: 1291 / 2019

τους, προβλέπονται σε σαφείς, ακριβείς και ρητές ρήτρες αναθεώρησης στα αρχικά έγγραφα της σύμβασης στις οποίες μπορεί να περιλαμβάνονται και ρήτρες αναθεώρησης τιμών ή προαιρέσεις. Οι ρήτρες αυτές αναφέρουν το αντικείμενο και τη φύση των ενδεχόμενων τροποποιήσεων ή προαιρέσεων, καθώς και τους όρους υπό τους οποίους μπορούν να ενεργοποιηθούν. Δεν προβλέπουν τροποποιήσεις ή προαιρέσεις που ενδέχεται να μεταβάλουν τη συνολική φύση της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο [...] «γ) όταν πληρούνται σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις: αα) η ανάγκη τροποποίησης προέκυψε λόγω περιστάσεων που δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν από μια επιμελή αναθέτουσα αρχή, ββ) η τροποποίηση δεν μεταβάλλει τη συνολική φύση της σύμβασης, γγ) οποιαδήποτε αύξηση της τιμής δεν υπερβαίνει το 50% της αξίας της αρχικής σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο.» [...] ε) όταν οι τροποποιήσεις, ανεξαρτήτως της αξίας τους, δεν είναι ουσιώδεις κατά την έννοια της παρ. 4. [...] Χωρίς να απαιτείται επαλήθευση αν τηρούνται οι προϋποθέσεις των περιπτώσεων α` έως δ` της παρ. 4, οι συμβάσεις μπορεί να τροποποιούνται χωρίς νέα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, σύμφωνα με το παρόν Βιβλίο, εφόσον η αξία της τροποποίησης είναι κατώτερη και των δύο ακόλουθων τιμών: α) των κατώτατων ορίων του άρθρου 5, και β) του δέκα τοις εκατό (10%) της αξίας της αρχικής σύμβασης για τις συμβάσεις υπηρεσιών και προμηθειών και του 15% της αξίας της αρχικής σύμβασης για τις συμβάσεις έργων. Η τροποποίηση δεν μπορεί να μεταβάλει τη συνολική φύση της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο. Σε περίπτωση διαδοχικών τροποποιήσεων, η αξία τους υπολογίζεται βάσει της καθαρής σωρευτικής αξίας των διαδοχικών τροποποιήσεων. 3. Για τον υπολογισμό της τιμής που προβλέπεται στην παρ. 2 και στις περιπτώσεις β` και γ` της παρ. 1, όταν η σύμβαση περιλαμβάνει ρήτρα τιμαριθμικής αναπροσαρμογής, η αναπροσαρμοσμένη τιμή είναι η τιμή αναφοράς. 4. Η τροποποίηση σύμβασης ή συμφωνίας-πλαίσιο κατά τη διάρκειά της θεωρείται ουσιώδης κατά την έννοια της περίπτωσης ε` της παρ. 1, εφόσον καθιστά τη σύμβαση ή τη συμφωνία-πλαίσιο ουσιωδώς διαφορετική, ως προς τον χαρακτήρα, από την αρχικώς συναφθείσα. Σε κάθε περίπτωση, με την επιφύλαξη των παραγράφων 1 και 2, μία τροποποίηση θεωρείται ουσιώδης όταν πληροί μία ή περισσότερες από τις ακόλουθες

Αριθμός απόφασης: 1291 / 2019

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. β) η τροποποίηση αλλάζει την οικονομική ισορροπία της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο υπέρ του αναδόχου, κατά τρόπο που δεν προβλεπόταν στην αρχική σύμβαση ή συμφωνία- πλαίσιο, γ) η τροποποίηση επεκτείνει σημαντικά το αντικείμενο της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο, δ) όταν νέος ανάδοχος υποκαθιστά εκείνον στον οποίο είχε ανατεθεί αρχικώς η σύμβαση σε περιπτώσεις διαφορετικές από τις προβλεπόμενες στην περίπτωση δ` της παραγράφου 1. 5. Απαιτείται νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης, σύμφωνα με το παρόν Βιβλίο, για τροποποιήσεις των διατάξεων μίας δημόσιας σύμβασης ή μίας συμφωνίας-πλαίσιο κατά τη διάρκειά τους, που είναι διαφορετικές από τις προβλεπόμενες στις παραγράφους 1 και 2».

8. Επειδή, το άρθρο 68 του Ν. 3863/2010 που ειδικώς καταλαμβάνει συμβάσεις υπηρεσιών καθαρισμού, όπως η προκείμενη, ορίζει ότι «1. Η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, δηλαδή το Δημόσιο, τα Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.), οι Οργανισμοί Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ο.Τ.Α.), οι φορείς και οι οργανισμοί του δημόσιου τομέα, όπως αυτός προσδιορίζεται από τις οικείες διατάξεις, η οποία (αρχή) αναθέτει απευθείας ή προκηρύσσει διαγωνισμό για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, υποχρεούται να ζητά από τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής: α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο. β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας. γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι. δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων. ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά. στ) Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο, όταν πρόκειται για καθαρισμό χώρων. ... 3. Στη σύμβαση που συνάπτει η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή με τους εργολάβους

Αριθμός απόφασης: 1291 / 2019

περιλαμβάνονται τα στοιχεία α έως στ της πρώτης παραγράφου, καθώς και ειδικός όρος για την εφαρμογή των διατάξεων της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας και της νομοθεσίας περί υγείας και ασφάλειας των εργαζομένων και πρόληψης του επαγγελματικού κινδύνου. Όταν δεν αναγράφονται τα ανωτέρω στοιχεία και όροι, η σύμβαση είναι άκυρη και απορρίπτεται η δαπάνη πληρωμής. 4. Εργολάβος που αναθέτει την εκτέλεση του έργου ή μέρος του έργου σε υπεργολάβο, υποχρεούται άμεσα να ενημερώνει εγγράφως τον αποδέκτη των υπηρεσιών. Ο εργολάβος και ο υπεργολάβος ευθύνονται αλληλεγγύως και εις ολόκληρον, έναντι των εργαζομένων για την καταβολή των πάσης φύσεως αποδοχών και ασφαλιστικών εισφορών. 5. Όταν οι υπηρεσίες ή οι επιτροπές παρακολούθησης καλής εκτέλεσης του έργου του αποδέκτη των υπηρεσιών διαπιστώνουν παραβάσεις των όρων του παρόντος άρθρου κατά τη διάρκεια υλοποίησης του έργου, η σύμβαση καταγγέλλεται από την αναθέτουσα αρχή. Όταν οι παραβάσεις διαπιστώνονται κατά την παραλαβή του έργου, τα δικαιώματα που απορρέουν από τη σύμβαση δεν ικανοποιούνται, καταβάλλονται, όμως, από τον αποδέκτη των υπηρεσιών οι αποδοχές στους εργαζομένους και αποδίδονται οι ασφαλιστικές τους εισφορές».

9. Επειδή, το άρθρο 1.7 «Αρχές εφαρμοζόμενες στη διαδικασία σύναψης» της διακήρυξης ορίζει ότι «Οι οικονομικοί φορείς δεσμεύονται ότι: α) τηρούν και θα εξακολουθήσουν να τηρούν κατά την εκτέλεση της σύμβασης, εφόσον επιλεγούν, τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπιστεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους (άρθρο 18 παρ. 2 του Ν. 4412/2016). Στην προσφορά τους αναφέρουν εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο, εκτός των άλλων, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, όπως

Αριθμός απόφασης: 1291 / 2019

εκάστοτε ισχύει τα εξής: *i. Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο. ii. Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας iii. Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι iv. Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων v. Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά vi. Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο», περαιτέρω το άρθρο 4.3. «Όροι εκτέλεσης της σύμβασης» της διακήρυξης ορίζει ότι «Κατά την εκτέλεση της σύμβασης ο ανάδοχος τηρεί τις υποχρεώσεις στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικοασφαλιστικού και εργατικού δικαίου, που έχουν θεσπιστεί με το δίκαιο της Ένωσης το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικοασφαλιστικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016. Η συναφθείσα σύμβαση περιλαμβάνει σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 68 του ν.3863/10 (Α' 115), όπως εκάστοτε ισχύει: *i. Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο. ii. Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας iii. Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι iv. Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων v. Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά vi. Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο. Κατά την εκτέλεση της σύμβασης ο ανάδοχος εφαρμόζει τις διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας και της νομοθεσίας περί υγείας και ασφάλειας των εργαζομένων και πρόληψης του επαγγελματικού κινδύνου. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων από τον ανάδοχο ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση της σύμβασης και τις αρμόδιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων ευθύνης και της αρμοδιότητάς του».**

10. Επειδή, από τις προδιαληφθείσες διατάξεις προκύπτει ότι για το παραδεκτό της οικονομικής προσφοράς, απαιτείται αυτή να είναι σύμφωνη με την κείμενη εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία, ήτοι να είναι επαρκής προς κάλυψη του οικείου εργατοασφαλιστικού κόστους κατά τον χρόνο υποβολής της και περαιτέρω η υπό ανάθεση σύμβαση θα πρέπει και αυτή αυτοτελώς να

Αριθμός απόφασης: 1291 / 2019

τηρεί την οικεία - ως άνω - ισχύουσα κατά τον χρόνο σύναψής της και εν συνεχεία εκτέλεσής της νομοθεσία, ο, δε, ανάδοχος να τηρεί αντίστοιχα κάθε οικεία διάταξη. Ούτως, δεν επιτρέπεται η διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης να καταλήξει σε σύμβαση αντικειμενικά και εξ αρχής παράνομη, βάσει των τεχνικών και οικονομικών δεδομένων της, αδύνατη 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. Αυτό 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. Ουδόλως, δε, νοείται υπογραφή σύμβασης στο εν γένει πλαίσιο του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, η οποία κατά περιεχόμενο δεν μπορεί να υλοποιηθεί και δη νόμιμα από τον ανάδοχο, όταν είναι γνωστό ήδη κατά τη σύναψή της, ότι συντρέχουν γεγονότα, όπως εν προκειμένω η σημαντική αύξηση του νόμιμου κατώτατου ημερομισθίου, τα οποία καθιστούν αντικειμενικώς ανέφικτη τη νόμιμη εκτέλεσή της, η, δε, μεταβολή και σημαντική αύξηση του κατώτατου νομίμου ημερομισθίου, βάσει του οποίου υπολογίζεται κάθε κόστος αποδοχών και άρα και ασφάλισης, ως εν προκειμένω με την αύξηση του κατώτατου νομίμου ημερομισθίου, η οποία επήλθε με την Υ.Α. 4241/127/2019 και με ισχύ από 01.02.2019 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). Εξάλλου, κατ' αρχήν νομίμως, αντικειμενικά απρόβλεπτη περίπτωση που συνέτρεξε μετά την υπογραφή της σύμβασης δικαιολογεί την κατά το άρθρο 132 παρ. 1 περ. γ' του Ν. 4412/2016 αλλά και κατά τις διατάξεις των άρθρων 200 και 288 Α.Κ. που εφαρμόζονται κατά την εκτέλεση της σύμβασης, 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, αυτό, όμως, προϋποθέτει ότι η σύμβαση συνήφθη κατόπιν του απρόβλεπτου γεγονότος, ήτοι της παραπάνω

Αριθμός απόφασης: 1291 / 2019

αύξησης, και όχι μεσοσύσης της διαδικασίας ανάθεσής της, προϋπόθεση που δεν συντρέχει εν προκειμένω, όπου πριν τη διαδικασία ολοκλήρωσης της σύναψης της σύμβασης τόσο η αναθέτουσα όσο και οι συμμετέχοντες σε αυτήν, αλλά και ο αναδειχθείς προσωρινός ανάδοχος τελούν σε πλήρη γνώση των νέων και ισχυουσών, εφεξής, εργατικών και ασφαλιστικών διατάξεων περί υποχρεώσεων του αναδόχου και άρα του ανέφικτου νόμιμης υλοποίησης της υπό ανάθεση σύμβασης με την προσφερόμενη τιμή. Άλλωστε, οι διατάξεις των άρθρων 200 και 288 Α.Κ. προϋποθέτουν μια ήδη υπαρκτή σύμβαση, την ανάγκη απόκλισης από τα συμφωνηθέντα και τον επαναπροσδιορισμό συμφωνημένων παροχών λόγω απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών, περίπτωση που εν προκειμένω δεν πληρούται, αφού δεν υφίστανται ήδη συναφθείσα σύμβαση και ήδη συμφωνηθείσες παροχές και συνεπώς ουδεμία χρεία προς διορθωτική παρέμβαση - επί μιας ήδη σύμβασης που επιβάλλει υποχρεώσεις στα μέρη, οι οποίες είναι δυσβάστακτες ή ανέφικτες και ούτως καταλήγουν σε αντίθεση με την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη (ΑΠ 989/2012, 1290/2011, ΣτΕ 1749/2009, 2993/2006, 1969/2004, 4326/2000, 2383/1996) - υφίσταται. Επιπλέον, όπως γίνεται παγίως δεκτό, 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, ενώ 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 Υ.Α. 4241/127/2019, ενώ 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

Αριθμός απόφασης: 1291 / 2019

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 (βλ. υπ' αριθ.1050/19-2-2019 έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ). Συνεπώς και κατά τα προαναφερόμενα, σε εκκρεμείς διαδικασίες ανάγεται στην ελεγχόμενη ως προς την τήρηση των άκρων ορίων της, σύμφωνα με το άρθρο 106 παρ. 2 Ν. 4412/2016, διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, να αποφασίσει αν θα συνεχίσει ή θα ματαιώσει τη διαδικασία. Και ναι μεν, σε συγκεκριμένες περιπτώσεις, όπου η ουσιώδης κατά τα ως άνω μεταβολή των οικονομικών δεδομένων και της ισχύουσας νομοθεσίας κατά τον χρόνο σύνταξης της προσφοράς δεν επιδρά επί της νομιμότητας και του υλοποιήσιμου της προσφοράς κατά τον χρόνο σύναψης της σύμβασης, η αναθέτουσα δύναται, καταρχήν, να διατηρήσει τη διαδικασία, περίπτωση που θα συνέτρεχε εφόσον τυχόν προσφέρων υπέβαλε οικονομική προσφορά με βάση αμοιβές μεγαλύτερες των τότε αλλά και τώρα νομίμων ισχυουσών, αφού δεν υφίσταται νόμιμη υποχρέωση οι οικονομικοί φορείς να αμείβουν με βάση αποκλειστικά τις κατώτατες αμοιβές και όχι πλέον αυτών, υπό την προϋπόθεση, όμως ότι η συνέχιση της διαδικασίας δεν οδηγεί σε βλάβη του υγιούς ανταγωνισμού και ότι η μη επαναπροκήρυξη της διαδικασίας δεν θα οδηγήσει σε απώλεια της δυνατότητας υποβολής περισσότερων αποδεκτών προσφορών που πλέον θα καλύπτουν το εργοδοτικό κόστος. Η περίπτωση, όμως, αυτή δεν συντρέχει συννόμως κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής, όταν το σύνολο των προσφορών έχει υπολογιστεί με βάση κατώτατες αποδοχές 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, περίπτωση κατά την οποία η διατήρηση της διαδικασίας ανάθεσης και η μη ματαίωση αυτή συνιστά περίπτωση υπέρβασης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής της ως άνω διακριτικής της ευχέρειας, αφού διατηρεί σε εξέλιξη διαδικασία που είναι αντικειμενικώς

Αριθμός απόφασης: 1291 / 2019

αδύνατο να καταλήξει σε συμβασιοποίηση με βάση το ποσό οποιασδήποτε προσφοράς ή ακόμη και εντός του προϋπολογισμού της σύμβασης (ΕλΣυν, Κλιμ. Ζ Πρ. 217/2019, σκ. Ε). Άλλοις λόγοις, η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας στην περίπτωση αυτή και η κατακύρωση αυτής και η υπογραφή της σύμβασης βάσει του μη νομίμου εργοδοτικού κόστους συνιστά παράβαση δεσμίας αρμοδιότητας της αναθέτουσας να απέχει από την υπογραφή τέτοιας παράνομης σύμβασης, η σύναψη της οποίας θα παραβιάσει διατάξεις αναγκαστικού δικαίου, γεγονός το οποίο επιρρωνύεται και από την ειδικότερη διάταξη του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010 που διέπει τους διαγωνισμούς υπηρεσιών φύλαξης και καθαρισμού, ως ο προκείμενος και η οποία δεν αρκείται στην τήρηση διατυπώσεων ελεγχιμότητας του συννόμου με τις οικείες διατάξεις εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, της προσφοράς, αλλά επεκτείνει τις υποχρεώσεις της αναθέτουσας και του αναδόχου και κατά το στάδιο της εκτέλεσης, θέτει, δε, και υποχρεώσεις αντίστοιχης διασφάλισης ήδη κατά τη σύναψη της σύμβασης, επί ποινή ακυρότητας της τελευταίας. Συνεπώς, τυγχάνει απορριπτέος ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας εταιρείας ότι αρκεί η τήρηση των οικείων προβλέψεων της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, όπως και των όρων της διακήρυξης να συντρέχουν κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς μόνο, διότι κατά τα προλεχθέντα η προσφορά θα πρέπει να είναι και να παραμένει νόμιμη έως και την υπογραφή της σύμβασης, αφενός σύμφωνα με το άρθρο 104 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και αφετέρου βάσει των άρθρων 18 παρ. 2 και 130 του αυτού Νόμου, καθώς και σύμφωνα με το άρθρο 68 του Ν. 3863/2010, προκειμένου να καταλήγει σε νόμιμη συμβασιοποίηση της διαγωνιστικής διαδικασίας και νόμιμα εκτελέσιμη σύμβαση.

11. Επειδή, εν προκειμένω, η προσωρινή ανάδοχος εταιρεία και νυν παρεμβαίνουσα υπέβαλε οικονομική προσφορά με ανάλυση κόστους, η οποία εξήχθη με βάση μηνιαίο κατ' άτομο κόστος αποδοχών 663,26€, ως το γινόμενο του αριθμού 26 επί ημερομισθίου 25,51 ευρώ, ήτοι μεγαλύτερο του κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του ημερομισθίου ανειδίκευτου εργάτη κάτω των 25 ετών (22,83€) και κατώτερο από αυτό του ημερομισθίου ανειδίκευτου εργάτη άνω των 25 ετών (26,18€), υπολόγισε, δε, 27,20 άτομα

Αριθμός απόφασης: 1291 / 2019

άνω των 25 ετών με ημερομίσθιο 26,18€ και 6,80 άτομα κάτω των 25 ετών με ημερομίσθιο 22,83€. Τούτων δοθέντων και λαμβανομένης υπόψη της αλλαγής της νομοθεσίας, σύμφωνα με την προρρηθείσα Υ.Α. περί ορισμού του κατώτατου ημερομισθίου για ανειδίκευτο εργάτη και ανεξαρτήτως του προϋφιστάμενου ηλικιακού κριτηρίου, υφίσταται διαφορά 3,53€ (29,04 – 25,51) στο δηλούμενο με την οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας ημερομίσθιο (25,51€) σε σχέση με το εκ του νόμου απαιτούμενο (29,04€), που αντιστοιχεί σε ποσοστό 13,84%. Κατά τα ίδια τα υποβληθέντα έγγραφα της προσφοράς της εν λόγω εταιρείας, προκύπτει ότι το ποσό των 663,26€ αποτέλεσε τη βάση για τον υπολογισμό δώρων και επιδομάτων αδείας, αποδοχών αδείας, κόστους εργασίας σε αργίες και νύκτες και κόστος αντικαταστατών, έως και κόστους ασφαλιστικών εισφορών επί πασών αποδοχών. Συνεπώς, στην υπό κρίση περίπτωση δεν πληρούνται οι σωρευτικά απαιτούμενες προϋποθέσεις της παρ. 1 περ. γ' της διάταξης του άρθρου 132 του Ν. 4412/2016 (βλ. σκέψη 7 της παρούσας), με την οποία προβλέπεται δυνατότητα τροποποίησης ήδη συναφθείσας σύμβασης εφόσον δεν πληρούται η προϋπόθεση αα), ήτοι «η ανάγκη τροποποίησης προέκυψε λόγω περιστάσεων που δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν από μια επιμελή αναθέτουσα αρχή.». Και τούτο διότι, η ανάγκη τροποποίησης έχει ήδη προκύψει, δοθέντος ότι η προαναφερθείσα Υ.Α. 4241/127/2019 ήδη κατά τον χρόνο αξιολόγησης των προσφορών και πριν την οριστική κατακύρωση, πολλώ δε μάλλον τη σύναψη της σύμβασης, υφίσταται και εφαρμόζεται και ως εκ τούτου. Περαιτέρω, δεν πληρούται ούτε η περ. β) της παρ. 2 του άρθρου 132 του Ν. 4412/2016 (βλ. σκέψη 7 της παρούσας), περί μη ουσιώδους τροποποίησης σύμβασης, ήτοι μεταβολή σε ποσοστό χαμηλότερο του δέκα τοις εκατό (10%) της αξίας της αρχικής σύμβασης για τις συμβάσεις υπηρεσιών και προμηθειών, αφού σύμφωνα με τα προαναφερόμενα υφίσταται αύξηση σε ποσοστό 13,84% του ύψους του υπολογισθέντος ημερομισθίου από την προσφορά της προσωρινής αναδόχου εταιρείας, σε σχέση με αυτό της υφιστάμενης νομοθεσίας της Υ.Α. 4241/127/2019 που θα διέπει την τυχόν ανάθεση της υπό κρίση σύμβασης. Εξάλλου και κατά τα προλεχθέντα, η οικονομική τιμή που δόθηκε από την προσωρινή ανάδοχο και ήδη παρεμβαίνουσα εταιρεία ήταν αυτή του ισχύοντος τότε κατώτατου

Αριθμός απόφασης: 1291 / 2019

ημερομισθίου (βλ. σκέψη 6 της παρούσας) τόσο για τους εργαζόμενους άνω των 25 όσο και για του κάτω των 25 ετών, με την προρρηθείσα Υ.Α., δε, ο κατώτατος μισθός θεσπίσθηκε σε πάγιο επίπεδο ανεξαρτήτως ηλικίας εργαζομένου, αυξανόμενος κατά 10,92% για εργαζόμενους άνω των 25 ετών και 27,2% για εργαζόμενους κάτω των 25 ετών (βλ. σκέψη 6 της παρούσας), ήτοι και σε κάθε περίπτωση το ποσό που θα απαιτηθεί για την κάλυψη του εργοδοτικού κόστους, όπως αυτό διαμορφώνεται με την νέα νομοθεσία, η οποία θα διέπει και την τυχόν εκτέλεση της υπό εξέταση σύμβασης και το οποίο αποτελεί το συντριπτικά μεγαλύτερο μέγεθος εκάστης οικονομικής προσφοράς που κατατίθεται σε διαγωνισμούς, ως ο προκείμενος, προ υπολογισμού διοικητικού κόστους, κόστους τεχνικών μέσων, κέρδους και κρατήσεων, θα υπερβαίνει σε ποσοστό το 10% και μάλιστα ακόμη και αν μετά την τροποποίηση εκμηδενιστεί το κέρδος και δεν ληφθούν υπόψη ούτε καν οι κρατήσεις. Κατ' ακολουθίαν, δεν πληρούται και για το λόγο αυτό η περ. β' της παρ. 2 του άρθρου 132 του Ν. 4412/2016 περί μη ουσιώδους τροποποίησης σύμβασης, ήτοι σε ποσοστό χαμηλότερο του δέκα τοις εκατό (10%) της αξίας της αρχικής σύμβασης επουσιώδους μεταβολής. Ως εκ τούτου, δεν είναι πλέον σύννομη, ούτε σύμφωνη με τον υγιή ανταγωνισμό και την ίση μεταχείριση των διαγωνιζομένων, η ολοκλήρωση της διαδικασίας βάσει προσφορών που πλέον έχουν καταστεί παράνομες λόγω της ουσιώδους μεταβολής της οικείας νομοθεσίας, σύμφωνα με την οποία αυτές καταρτίστηκαν, μεσούσης της αξιολόγησης των οικονομικών δεδομένων, αλλά και για το λόγο ότι και η εκτιμώμενη αξία της διακήρυξης υπολογίστηκε με άλλα δεδομένα, αλλά και διότι και η ίδια η σύναψη της σύμβασης βάσει των προσφερθεισών τιμών θα είναι παράνομη, σε κάθε περίπτωση, δε, ακόμη και αν ήθελε αναχθεί επί τω απώτατον και υποτεθεί ότι θα υπογραφεί νομίμως η σύμβαση, δεν θα είναι δυνατή ούτε η σύννομη τροποποίησή της αμέσως μετά την υπογραφή της, προς προσαρμογή με την κείμενη νομοθεσία, αφού καμία προσφορά εκ των υποβληθεισών, αν τραπεί και μεταβληθεί κατά προσαρμογή στο νυν ισχύον ελάχιστο ημερομίσθιο, δεν θα είναι δυνατόν αν συμβασιοποιηθεί να τύχει τροποποίησης εντός του κατά άρθρο 132 παρ. 2 σωρευτικού ορίου του 10%, αφού σε κάθε περίπτωση η απόκλιση είναι μεγαλύτερη του ορίου αυτού, σύμφωνα με τα προαναφερόμενα, για κάθε

Αριθμός απόφασης: 1291 / 2019

προσφορά. Εξάλλου, οποιαδήποτε τροποποίηση κατ' αυτόν τον τρόπο, 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», αφού με δεδομένο της μεταβολή των ισχυόντων κατώτατων ημερομισθίων της εργατικής νομοθεσίας, μεταβάλλεται ουσιωδώς και σε κάθε περίπτωση επαρκώς ο τρόπος σύνταξης των προσφορών από τους συμμετέχοντες. Και τούτο διότι, δεν υπάρχει επί παραδείγματι «υποκατώτατος μισθός», δεν είναι γνωστό πώς θα διαμόρφωναν οι όποιοι μετέχοντες τα λοιπά κόστη και το κέρδος τους κατά τη σύνταξη των προσφορών τους, πολλώ μάλλον, αφού θα έπρεπε και η διακήρυξη να έχει μεγαλύτερη εκτιμώμενη αξία αν προκηρυσσόταν με βάση το νυν ελάχιστο εργοδοτικό κόστος, με αποτέλεσμα, μεταξύ άλλων, και μεγαλύτερα κόστη έκδοσης εγγυήσεων συμμετοχής, ενώ και σε κάθε περίπτωση αυτά καθιστούν αβέβαιο τι θα συνέβαινε και πώς θα κατατάσσονταν οι προσφορές, αν είχαν ληφθεί υπόψη τα νυν δεδομένα. Επομένως, κατ' αποτέλεσμα, η διατήρηση της διαδικασίας δεν μπορεί να οδηγήσει σε σύννομη ολοκλήρωσή της και ούτως συντρέχουν κατά πρόδηλο τρόπο οι περιπτώσεις β', γ' και δ' της παρ. 2 του άρθ. 106 Ν. 4412/2016 περί ματαίωσης της διαδικασίας και δη 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 μετεβλήθησαν ουσιωδώς και ριζικά και η εκτέλεση του αντικειμένου 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. Τέλος, απορριπτέος τυγχάνει και ο ισχυρισμός της

Αριθμός απόφασης: 1291 / 2019

παρεμβαίνουσας περί ελλείψεως εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας, αφού επιδιώκεται η απόρριψη της προσφοράς της προσωρινής αναδόχου εταιρείας ως μη νόμιμης, έστω και επί σκοπώ ότι αν ήθελε κριθεί ότι και η δική της δεν είναι νόμιμη, ως εν προκειμένω (βλ. ακριβώς κατωτέρω σκέψη), να ματαιωθεί ο διαγωνισμός, ώστε να μπορέσει εκ νέου να συμμετέχει, καταθέτοντας νόμιμη προσφορά.

12. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα με την υπό κρίση Προσφυγή της προβαίνει σε υπολογισμούς, αναπροσαρμόζοντας τις οικονομικές προσφορές τόσο της προσωρινής αναδόχου και ήδη παρεμβαίνουσας όσο και τη δική της, προς απόδειξη ότι η τελευταία κατέστη οικονομικά συμφερότερη για την αναθέτουσα. Εντούτοις, είναι αντίθετη στην αρχή της διαφάνειας και τον υγιή ανταγωνισμό, αλλά και την ίση μεταχείριση των οικονομικών φορέων, η ανάδειξη αναδόχου βάσει των προσφορών που ήδη δόθηκαν και συντάχθηκαν υπό άλλα δεδομένα, με την απλή προσαρμογή των προσφορών αυτών στα νυν ισχύοντα δεδομένα και την αυθαίρετη εκ μέρους της αναθέτουσας αύξηση επιμέρους κονδυλίων αυτών, ως η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι θα πρέπει να τύχει εφαρμογής, προκειμένου να καταστεί εκείνη ανάδοχος της υπό κρίση σύμβασης, αφού αυτό θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη αλλοίωση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, του περιεχομένου των υποβληθεισών οικονομικών προσφορών (βλ. Ε.Α. ΣΤΕ 194/2011, 970/2010, 877/2006, 351/2005, ΔεφΑθ 514/2014). Περαιτέρω, δεν είναι σύνηθες η μεταβολή εκ μέρους των ίδιων των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων των προσφορών τους κατά τη διάρκεια εξέλιξης της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη ενώ έχουν ανοιχθεί οι οικονομικοί φάκελοι και είναι γνωστές εκατέρωθεν οι προσφορές των συνδιαγωνιζόμενων και κατά τούτο, οι υπόψη ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι. Εξάλλου, οι εν λόγω ισχυρισμοί ερείδονται επί πλασματικών και υποθετικών προϋποθέσεων περί αναδρομικής μεταβολής προσφορών, με αποτέλεσμα να είναι και για το λόγο αυτόν απορριπτέοι ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι. Ομοίως, απορριπτέος τυγχάνει και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας με το Υπόμνημα αυτής περί επιζήμιας για το δημόσιο συμφέρον προσφοράς της παρεμβαίνουσας, εφόσον αυτή κατέστη

Αριθμός απόφασης: 1291 / 2019

ακριβότερη σε σχέση με εκείνη της προσφεύγουσας και για το λόγο αυτό κατακύρωσης της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας σε αυτήν, δοθέντος ότι η προσφορά της κατέστη οικονομικότερη για την αναθέτουσα αρχή. Και τούτο διότι με βάση τις ίδιες τις αιτιάσεις της Προσφυγής, η οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας διαμορφώνεται στο συνολικό ποσό των 1.141.823,10€, χωρίς μάλιστα τις νόμιμες κρατήσεις υπέρ τρίτων και Δημοσίου, συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος της προαίρεσης, ποσό, όμως, που υπερβαίνει την προϋπολογισθείσα δαπάνη εκτέλεσης της υπό ανάθεση σύμβασης, η οποία ανέρχεται στο ποσό του 1.082.154,24€ και το οποίο δε δύναται να αποτελέσει τίμημα της υπό σύναψη σύμβασης. Και τούτο διότι ακόμα και αν ήθελε θεωρηθεί ως συμφερότερη η προσφορά της προσφεύγουσας κατά τα ειδικότερα υποστηριζόμενα στην Προσφυγή της, αυτή τυγχάνει απορριπτέα κατ' άρθρο 2.4.4. «Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» της διακήρυξης, το οποίο ορίζει ότι «Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται προσφορές στις οποίες: [...] γ) η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της σύμβασης που καθορίζεται στο Κεφάλαιο 1.3 της διακήρυξης».

13. Επειδή, το άρθρο 367 «Διαδικασία λήψης απόφασης – συνέπειες αποφάσεων ΑΕΠΠ» του Ν. 4412/2016, όπως η παρ. 5 αυτού προστέθηκε με την παρ. 43 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α' 52) ορίζει ότι «[...] Η Α.Ε.Π.Π. επιλαμβάνεται αποκλειστικά επί θεμάτων που τίγονται με την προσφυγή και δεν μπορεί να ελέγξει παρεμπιπτόντως όρους της διακήρυξης ή ζητήματα που αφορούν τη διενέργεια της διαδικασίας». Από την προρρηθείσα διάταξη, εναργώς συνάγεται ότι η αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π. προς ακύρωση πράξης της διαδικασίας οριοθετείται, ερείδεται και εξαρτάται από τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και το αιτητικό της προσφυγής. Κατ' ακολουθίαν, δεν είναι δυνατή η κρίση *ultra petita partiam* της Α.Ε.Π.Π., υπερβαίνοντας το αιτητικό της Προσφυγής και διατάσσοντας τη - μη ζητούμενη από την προσφεύγουσα στην υπό εξέταση Προσφυγή - ματαίωση της διαδικασίας, ακόμη και όταν, όπως εν προκειμένω, συντρέχει προδήλως και κατά τους ίδιους τους ισχυρισμούς και τις επικαλούμενες εκ της

Αριθμός απόφασης: 1291 / 2019

προσφεύγουσας νομικές βάσεις λόγος ακύρωσης της παράλειψης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας. Εντούτοις, στην υπό κρίση Προσφυγή και δοθέντος ότι υφίσταται αίτημα περί ακύρωσης της προσβαλλόμενης κατά το μέρος της οικονομικής αξιολόγησης των προσφορών, καθώς και κατά το μέρος που έγινε δεκτή η οικονομική προσφορά της εταιρείας «.....», επί σκοπώ απόρριψης αυτής ως οικονομικά μη συμφέρουσα σε σχέση με εκείνη της προσφεύγουσας, αίτημα το οποίο ερείδεται σε διαφορετική αιτιολογική βάση, από τα όσα έγιναν δεκτά ανωτέρω. Εντούτοις, το αίτημα αυτό, έστω και με άλλη αιτία κατά τα προελεχθέντα, θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτό, αφού εν προκειμένω τα οικονομικά δεδομένα της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας μετεβλήθησαν ουσιωδώς και ριζικά, σύμφωνα με τα προαναφερόμενα και η εκτέλεση του αντικειμένου με την προσφερόμενη τιμή από την προσωρινή ανάδοχο εταιρεία είναι αδύνατη και παράνομη, αφού ως και η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί με τις απόψεις της, αυτή θα πρέπει να λάβει χώρα και – συνεπώς - να συμβασιοποιηθεί σύμφωνα με τον νέο νομοθετικό πλαίσιο της Υ.Α. 4241/127/2019 (ΦΕΚ Β' 173) περί «*καθορισμού κατώτατου μισθού και κατώτατου ημερομισθίου για τους υπαλλήλους και τους εργατοτεχνίτες της χώρας*». Τούτων ούτως εχόντων και σύμφωνα με τα κριθέντα ανωτέρω, εκ των πραγμάτων η προσφορά της αναδειχθείσας ως προσωρινής αναδόχου εταιρείας «.....» δεν καλύπτει τους όρους του Νόμου και της διακήρυξης, αφού προϋπόθεση τούτου είναι αυτονόητα η κάλυψη κάθε ελάχιστης κατά νόμο εργοδοτικής υποχρέωσης, όχι μόνο κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς και αξιολόγησης αυτών, αλλά και κατά το στάδιο της εκτέλεσης της υπό ανάθεση σύμβασης και συνεπώς θα πρέπει αυτή να απορριφθεί.

14. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η υπό κρίση Προσφυγή θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή ως βάσιμη, νόμω και ουσία, σύμφωνα με ό,τι κρίθηκε ανωτέρω, το παράβολο, δε, που κατέθεσε η προσφεύγουσα να επιστραφεί κατά το ποσό των 2.705,39€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προσφυγή και απορρίπτει την Παρέμβαση.

Αριθμός απόφασης: 1291 / 2019

Ακυρώνει την υπ' αριθ. 35/10-09-2019 απόφασης του Δ.Σ. του Γενικού Νοσοκομείου....., κατά το μέρος που έγινε δεκτή η οικονομική προσφορά της εταιρείας «.....», ως νόμιμη.

Ορίζει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου, σύμφωνα με τα κριθέντα στις σκέψεις 2 και 14 της παρούσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 5 Νοεμβρίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη και εκδόθηκε στις 19 Νοεμβρίου 2019.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Τζέιμου Γιάννακα

α.α.

Βασιλική Κωστή