

**Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Νοεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή Πρόεδρος, Ειρήνη Αψοκάρδου-Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21-10-2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1290/22-10-2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «... Α.Ε.» (εφεξής «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ..., ..., αρ. ..., ΤΚ ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ... Α.Ε. (... ΑΕ) (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί, άλλως οίκοθεν ανακληθεί ή τροποποιηθεί, η απόφαση της 462ης Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της «... Α.Ε.» της 7ης Οκτωβρίου 2019, κατά το μέρος που αποφάσισε την ματαίωση του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ειρήνη Αψοκάρδου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 1.100 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., το από 21-10-2019 αποδεικτικό τραπεζικής πληρωμής στην Τράπεζα Πειραιώς και εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης). Το

## **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

ποσό του παραβόλου υπολογίζεται με βάση την προϋπολογισθείσα δαπάνη του διαγωνισμού, ήτοι 220.000 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2.Επειδή η αναθέτουσα αρχή, με την υπ' αριθμ. πρωτ. 11616/2019 Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό διαγωνισμό κάτω των ορίων με αντικείμενο «Ανάθεση υπηρεσιών φύλαξης των εγκαταστάσεων της εταιρείας ... ΑΕ στην Παλλήνη και τη Μαγούλα Αττικής διάρκειας 15 μηνών», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά βάσει τιμής, προϋπολογισμού 220.000 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3.Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 8-02-2019 (Α.Δ.Α.Μ. ...) καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ Α/Α ....

4. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικείμενου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

5.Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 21-10-2019 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 9-10-2019, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα της οποίας η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης ως προς την ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και επαναπροκήρυξη νέου διαγωνισμού, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη

## **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

σύμβαση.

Περαιτέρω, η προσφεύγουσα, πέραν της ακύρωσης της προσβαλλομένης, κατά το ανωτέρω σκέλος, αιτείται, επίσης, την οίκοθεν ανάκληση ή την τροποποίηση αυτής. Ωστόσο το αίτημα αυτό απαραδέκτως προβάλλεται, καθώς αφενός μεν η προσφυγή ασκείται ενώπιον της ΑΕΠΠ και όχι της αναθέτουσας αρχής αφετέρου δε η ΑΕΠΠ επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνει ολικώς ή μερικώς την προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνει την παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 367 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και δεν έχει εξουσία να ανακαλέσει ή να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (ΕΑ ΣΤΕ 54/2018).

7.Επειδή στις 22-10-2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς την έτερη συνδιαγωνιζόμενη εταιρεία δια μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8.Επειδή με την με αρ. 1635/2019 Πράξη της Προέδρου του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

9.Επειδή στις 4-11-2019, σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής στην ΑΕΠΠ δια μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, τις οποίες και κοινοποίησε στην προσφεύγουσα.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

## **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

11.Επειδή στον εν θέματι διαγωνισμό έλαβαν μέρος τρεις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα με την υπ' αριθμ. συστήματος 129840 προσφορά της. Με το από 17-09-2019 Πρακτικό της Επιτροπής αξιολόγησης προμηθειών η Επιτροπή, μετά τον έλεγχο των φακέλων οικονομικής προσφοράς και της προσφεύγουσας και του οικονομικού φορέα με την επωνυμία ... SA, εντόπισε ότι στην οικονομική της προσφορά της η τελευταία εσφαλμένα προσέφερε στην συνολική αξία της προσφοράς για το σύνολο των εγκαταστάσεων το ποσό των 12.535,00 ευρώ προ ΦΠΑ το οποίο όπως αποδεικνύεται από τις αναλυτικές καταστάσεις αφορά στο μήνα και όχι σε δεκαπεντάμηνο και εισηγήθηκε τον αποκλεισμό της και την ως προσωρινού αναδόχου την προσφεύγουσα. Στην συνέχεια, στην από 25-09-2019 υπ' αριθμόν 460 συνεδρίαση το Διοικητικό Συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής αποφάσισε να ζητήσει από την Επιτροπή αιτιολογημένη γνώμη για το εάν η προσφορά της προσφεύγουσας, συνολικού ποσού 198.450,00 ευρώ για 15 μήνες κρίνεται ως συμφέρουσα από οικονομική άποψη για την εταιρεία. Με το από 30/9/2019 (αρ. πρωτ. 5363) πρακτικό της επιτροπής αξιολόγησης προμηθειών για την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών η Επιτροπή, αφού διαπίστωσε ότι στις υποβληθείσες προσφορές υπάρχει διαφορά ύψους πλέον των δέκα χιλιάδων ευρώ για το χρονικό διάστημα των 15 μηνών, αφού έλαβε υπόψιν της, υπολογίζοντας με αναγωγή σε δεκαπεντάμηνο, την προσφορά της ... SA, δηλαδή 12.535,00 ευρώ X 15 μήνες = 188.025,00 ευρώ και της προσφεύγουσας, συνολικού ποσού 198.450,00 ευρώ για 15 μήνες, εφαρμόζοντας το άρθρο 317, παράγραφος 2 περίπτωση δ, και παράγραφος 6 του Ν .4412/2016, πρότεινε την ματαίωση του διαγωνισμού και την επαναπροκήρυξή του με χαμηλότερο προϋπολογισμό με σκοπό την ανάθεση της υπηρεσίας με συμφερότερη από οικονομικής άποψη τιμή για την αναθέτουσα αρχή. Με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε το ως άνω πρακτικό.

12.Επειδή η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ειδικότερα στην προσφυγή της ότι: «[.....] **Β1. ΜΗ ΝΟΜΙΜΗ ΚΑΙ ΑΚΥΡΗ Η ΠΡΟΣΒΑΛΛΟΜΕΝΗ ΑΠΟΦΑΣΗ ΛΟΓΩ ΚΑΚΗΣ ΣΥΝΘΕΣΗΣ ΤΟΥ ΔΣ ΤΗΣ ... ΑΕ**

*Διότι κατά την συνεδρίαση και συζήτηση του Διοικητικού Συμβουλίου*

## **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

της εταιρείας ... ΑΕ, κατά την οποία και ελήφθη η προσβαλλόμενη απόφαση της 462ης Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της «... Α.Ε.» της 7ης Οκτωβρίου 2019, συμμετείχε και η κα ... από τη Νομική Υπηρεσία της εταιρείας, δηλαδή πρόσωπο μη περιλαμβανόμενο στη νόμιμη συγκρότηση του Διοικητικού Συμβουλίου της ... ΑΕ ως αποφασίζοντας συλλογικού οργάνου, παραβιάζοντας τη διάταξη του άρθρου 92 Ν. 4548/2018 “Αναμόρφωση του δικαίου των ΑΝΩΝΥΜΩΝ ΕΤΑΙΡΕΙΩΝ”, αλλά και τη σχεδόν όμοια διάταξη του άρθρου 21 Ν. 2190/1920 (ήδη καταργηθείσα από το Ν. 4548/2018).

*Ειδικότερα:*

Σύμφωνα με το άρθρο 92 Ν. 4548/2018 προβλέπεται επί λέξει:

«Άρθρο 92 Λήψη αποφάσεων από το διοικητικό συμβούλιο

1. Το διοικητικό συμβούλιο βρίσκεται σε απαρτία και συνεδριάζει εγκύρως, όταν παρίστανται ή αντιπροσωπεύονται σε αυτό το ήμισυ πλέον ενός των συμβούλων, ουδέποτε όμως ο αριθμός των παρόντων ή αντιπροσωπευόμενων συμβούλων μπορεί να είναι μικρότερος των τριών (3). Για την εξεύρεση του αριθμού απαρτίας παραλείπεται τυχόν προκύπτον κλάσμα. 2. Εφόσον δεν ορίζει διαφορετικά ο νόμος ή το καταστατικό, οι αποφάσεις του διοικητικού συμβουλίου λαμβάνονται έγκυρα με απόλυτη πλειοψηφία των παρόντων και αντιπροσωπευόμενων μελών. Το καταστατικό μπορεί να ορίζει ότι σε περίπτωση ισοψηφίας υπερισχύει η ψήφος του προέδρου του διοικητικού συμβουλίου. 3. Κάθε σύμβουλος μπορεί να αντιπροσωπεύει εγκύρως μόνον έναν άλλο σύμβουλο. 4. Η αντιπροσώπευση στο διοικητικό συμβούλιο δεν μπορεί να ανατεθεί σε πρόσωπα που δεν αποτελούν μέλη του διοικητικού συμβουλίου, εκτός αν η αντιπροσώπευση ανατεθεί σε τυχόν αναπληρωματικό μέλος του διοικητικού συμβουλίου.»

Επίσης σύμφωνα με το άρθρο 95 παρ. 1 Ν. 4548/2018 προβλέπεται επί λέξει:

«Άρθρο 95 Ελαττωματικές αποφάσεις του διοικητικού συμβουλίου

1. Αποφάσεις του διοικητικού συμβουλίου, το περιεχόμενο των οποίων αντίκειται στο νόμο ή το καταστατικό είναι άκυρες.»

Επειδή, σύμφωνα με γενική αρχή του δικαίου που διέπει τα της συνθέσεως των συλλογικών οργάνων της Διοικήσεως των οικονομικών οντοτήτων, κατά

## **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

τη συζήτηση και ψηφοφορία για τη λήψη της σχετικής αποφάσεως του οργάνου δεν επιτρέπεται να παρίστανται πρόσωπα μη περιλαμβανόμενα στη νόμιμη συγκρότησή του, τυχόν δε παριστάμενα κατά τη συνεδρίαση τρίτα πρόσωπα που δεν είναι μέλη του συλλογικού οργάνου οφείλουν να αποχωρούν προ της συζητήσεως, διότι, διαφορετικά, η παρουσία τους επάγεται ακυρότητα των πράξεων του συλλογικού οργάνου λόγω κακής συνθέσεώς του (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 389/2008, Σ.τ.Ε. 3136/2003, 227/2002, 2637, 4206/2000, 4176/1998).

Εξάλλου, κατά την πάγια νομολογία των πολιτικών δικαστηρίων (και κατά το προισχύσαν καθεστώς του Ν. 2190/1920, αλλά και κατά το καθεστώς Ν. 4548/2019 που δεν διαφοροποιεί ουσιαστικά το άρθρο 92 Ν. 4548/2018 από το άρθρο 21 Ν.2190/1920) σχετικά με την συγκρότηση και σύνθεση των ΔΣ των εταιρειών κατά τη λήψη αποφάσεών τους έχει κριθεί ότι, αφού κατά την αναγκαστικού δικαίου διάταξη του άρθρου 21 του Ν. 2190/1920 ουσιαστικές προϋποθέσεις για την έγκυρη συζήτηση και λήψη αποφάσεων από το Δ.Σ. ανώνυμης εταιρείας είναι η ύπαρξη νόμιμης σύνθεσης και η συγκέντρωσή της από το νόμο ή το καταστατικό απαρτίας και πλειοψηφίας (ΑΠ 546/1985 Νόμος, ΕφΑΘ 2070/2011 Νόμος), η λήψη απόφασης, χωρίς να υπάρχει νόμιμη σύνθεση του διοικητικού συμβουλίου ή χωρίς να τηρηθούν οι διατάξεις περί απαρτίας και πλειοψηφίας, έχει ως συνέπεια την απόλυτη ακυρότητα της απόφασης, η οποία λογίζεται ως μη γενομένη (άρθρο 180 ΑΚ) (ΕφΑΘ 6212/2002 Νόμος). (πρβλ. 8064/2017 ΠΠΡ ΘΕΣΣΑΛ, ΝΟΜΟΣ).

Οι δε ανωτέρω διατάξεις αποτελούν αναμφίβολα αναγκαστικό Δίκαιο (βλ. ΑΠ 1179/2006 ΝΟΜΟΣ, ΕφΘεσσαλ 1856/2017, ΝΟΜΟΣ).

Εν προκειμένω, όμως, κατά τη συνεδρίαση και συζήτηση του Διοικητικού Συμβουλίου της εταιρείας ... ΑΕ, κατά την οποία και ελήφθη η προσβαλλόμενη απόφαση της 462ης Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της «... Α.Ε.» της 7<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2019, συμμετείχε και η κα ... από τη Νομική Υπηρεσία της εταιρείας, δηλαδή πρόσωπο μη περιλαμβανόμενο στη νόμιμη συγκρότηση του Διοικητικού Συμβουλίου της ... ΑΕ ως αποφασίζοντας συλλογικού οργάνου. Συνεπώς κατά την συνεδρίαση, που ελήφθη η προσβαλλόμενη απόφαση,

## **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

συμμετείχε μη νόμιμα και προσκληθείσα εκπρόσωπος της νομικής υπηρεσίας της ... ΑΕ, η οποία όμως δεν περιλαμβάνεται στη νόμιμη συγκρότηση του ΔΣ της ... ΑΕ, και μάλιστα σε κανένα σημείο της προσβαλλόμενης απόφασης δεν προκύπτει καθόλου η αποχώρηση της νομικής συμβούλου του ... ΑΕ κατά τη συζήτηση και έκδοση της εν λόγω προσβαλλόμενης απόφασης. Δηλαδή η εν λόγω εκπρόσωπος της νομικής υπηρεσίας της ... ΑΕ παρίστατο σε όλη τη συνεδρίαση και απόφαση του ΔΣ της ... ΑΕ μέχρι την λήξη της συνεδρίασης του ΔΣ, χωρίς να περιλαμβάνεται τη νόμιμη συγκρότηση του ΔΣ της ... ΑΕ.

Ως εκ τούτου η λήψη απόφασης, χωρίς να υπάρχει νόμιμη σύνθεση του διοικητικού συμβουλίου ή χωρίς να τηρηθούν οι διατάξεις περί απαρτίας και πλειοψηφίας, έχει ως συνέπεια την απόλυτη ακυρότητα της απόφασης, η οποία λογίζεται ως μη γενομένη κατά το άρθρο 180 ΑΚ (βλ. 8064/2017 ΠΠρΘεσσαλ, Νόμος).

Επειδή, η λήψη απόφασης χωρίς να υπάρχει νόμιμη σύνθεση του Διοικητικού Συμβουλίου ή χωρίς να τηρηθούν οι διατάξεις περί απαρτίας και πλειοψηφίας ή όταν η απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου εκφεύγει της αρμοδιότητάς του ή είναι καταχρηστική ή αντίκειται στο Νόμο, το Καταστατικό ή στις αποφάσεις της Γενικής Συνέλευσης, έχει ως συνέπεια την απόλυτη ακυρότητα της απόφασης (ΑΚ 174) και λογίζεται ως μη γενομένη (ΑΚ 180). Ειδικότερα, η απόφαση αυτή δεν παράγει το σκοπούμενο αποτέλεσμα και επομένως δεν δεσμεύει την Εταιρία και εφόσον λογίζεται ως «μη υπάρχουσα» δεν είναι ανάγκη να προσβληθεί. Η ακυρότητα υπάρχει αυτοδικαίως και καθένας που έχει έννομο συμφέρον και αυτή ακόμη η Εταιρία, οι μέτοχοι, τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου ή τρίτοι, μπορούν να επικαλεσθούν την ακυρότητα και ανυπαρξία της απόφασης (ΑΠ 1408/2010 Νομος). (βλ. ΕφΘεσσαλ 1856/2017, ΝΟΜΟΣ) Επειδή και κατά την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας η παρουσία τρίτων προσώπων κατά την διαδικασία της συζήτησης και απόφασης συνιστά παρανομία (βλ. Σ.τ.Ε. 768/1996, 4176/1998 κ.α.) και η μεροληψία μπορεί να είναι και απλώς τεκμαιρώμενη, έστω και αν δεν αποδείχθηκε ότι η εκδοθείσα διοικητική πράξη υπήρξε πραγματικά μεροληπτική (πρβλ. Σ.τ.Ε. 1987/2004, 3500/2001, 1022/1998, 115/1994,

## **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

792/1991, 1425/1989, 312/1980, 1408/1970) Επειδή παγίως έχει κριθεί ότι, σύμφωνα με γενική αρχή του δικαίου, που διέπει τα της σύνθεσης των συλλογικών οργάνων της Διοίκησης, τα όργανα της Διοικήσεως πρέπει να παρέχουν εχέγγυα αμερόληπτης κρίσεως. Γί αυτό, στην αυτή συνεδρίαση συλλογικού οργάνου της Διοικήσεως δεν επιτρέπεται η συμμετοχή, ως μελών, στα συλλογικά όργανα της Διοικήσεως, προσώπων τα οποία δεν είναι μέλη του συλλογικού οργάνου. Τυχόν δε παρουσία, κατά τη συνεδρίαση, τρίτων προσώπων, που δεν είναι μέλη του συλλογικού οργάνου, επάγεται ακυρότητα των πράξεων του συλλογικού οργάνου λόγω κακής σύνθεσής του. (βλ. *ad hoc* Επ. Αν. Σ.τ.Ε. 389/2008, και Σ.τ.Ε. 3136/2003, 227/2002, 2637/2000, 4206/2000, 4176/1998). Επομένως, στη συγκεκριμένη περίπτωση, το Διοικητικό Συμβούλιο της ... ΑΕ δεν συνεδρίασε έγκυρα, με τη νομότυπη σύνθεση των μελών του κατά τα ανωτέρω. Ετσι, η προσβαλλόμενη απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής είναι άκυρη και ως εκ τούτου θα πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση της 462ης Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της «... Α.Ε.» της 7<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2019, κατά το μέρος που αποφάσισε την ματαίωση του διαγωνισμού.

**B2. ΜΗ ΝΟΜΙΜΗ Η ΑΙΤΙΟΛΟΓΙΑ ΤΗΣ ΑΠΟΦΑΣΗΣ ΜΑΤΑΙΩΣΗΣ ΤΟΥ ΥΠΟ ΚΡΙΣΗ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ Η ΜΑΤΑΙΩΣΗ ΕΝΟΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΑΠΑΙΤΕΙ ΝΟΜΙΜΗ, ΕΙΔΙΚΗ, ΠΛΗΡΗ ΚΑΙ ΕΠΑΡΚΗ ΑΙΤΙΟΛΟΓΙΑ – ΜΗ ΝΟΜΙΜΑ ΣΥΓΚΡΙΝΕΙ Η ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ ΤΗ ΝΟΜΙΜΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΜΑΣ ΜΕ ΤΗΝ ΑΠΟΚΛΕΙΣΘΕΙΣΑ, ΠΑΡΑΝΟΜΗ ΚΑΙ ΑΠΑΡΑΔΕΚΤΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΤΗΣ «... S.A.» – ΟΛΩΣ ΠΑΡΑΝΟΜΗ, ΑΒΑΣΙΜΗ ΚΑΙ ΕΛΛΕΙΠΗΣ Η ΑΙΤΙΟΛΟΓΙΑ ΤΗΣ ΑΠΟΦΑΣΗΣ ΜΑΤΑΙΩΣΗΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ**

Διότι, η προσβαλλόμενη απόφαση της 462ης Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της «... Α.Ε.» της 7ης Οκτωβρίου 2019 αποφάσισε όλως μη νομίμως και με μη νόμιμη αιτιολογία, την επί λέξει: «...ματαίωση του άνω διαγωνισμού (Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ...), σύμφωνα με το άρθρο 106 παράγρ. 2 περίπτ. δ) του Ν.4412/2016, επειδή η μόνη παραδεκτή προσφορά της εταιρείας “... Α.Ε” συνολικού ποσού 198.450,00 ευρώ για 15 μήνες, δεν είναι συμφέρουσα από οικονομική άποψη για την εταιρεία, λαμβάνοντας υπόψη το ιστορικό του



## **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

διαγωνισμού, το οποίο εκτίθεται στο άνω πρακτικό, και τον προϋπολογισμό ύψους 220.000 ευρώ σε συνδυασμό με την μειωμένη διάρκειά του (15 μήνες).»

Η ανωτέρω απόφαση του ΔΣ της ... ΑΕ είναι όλως μη νόμιμη και άκυρη, καθώς και όλως μη νομίμως αιτιολογημένη, καθόσον δεν περιλαμβάνει την ειδική, πλήρη και επαρκή αιτιολογία που απαιτεί ο νόμος προς έκδοση τέτοιας απόφασης ματαίωσης διαγωνισμού, δεδομένου ότι προβαίνει παρανόμως σε σύγκριση της απόλυτα νόμιμης οικονομικής μας προσφοράς με την απαράδεκτη και μη νόμιμη οικονομική προσφορά της «... S.A.», η οποία απορρίφθηκε με την ίδια ακριβώς απόφαση του ΔΣ της ... ΑΕ.

Ειδικότερα, στο άρθρο 106 του ν. 4412/2016, «Ματαίωση διαδικασίας», προβλέπεται επί λέξει: «1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: α) εφόσον η διαδικασία απέβη άγονη ... ή β) .... 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, 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 προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, ε) στην περίπτωση της παρ. 4 του άρθρου 97, στ) για άλλους επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος, όπως ιδίως δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος. 3. .... 4. Όταν συντρέχουν οι λόγοι για τη ματαίωση της διαδικασίας που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2, η αναθέτουσα αρχή ακυρώνει τη διαδικασία σύναψης σύμβασης για ολόκληρο το αντικείμενο της σύμβασης ή, εφόσον οι λόγοι αυτοί συνδέονται με τμήμα της σύμβασης, για το εν λόγω τμήμα, εφόσον επιτρέπεται η κατάθεση τέτοιων προσφορών. ...»

### **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

Εν προκειμένω, όμως η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφαση με την όλως μη νόμιμη αιτιολογία (του από 30.9.2019 Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης Προμηθειών του Διαγωνισμού, όπως εγκρίθηκε πλήρως από την προσβαλλόμενη απόφαση του ΔΣ της ... ΑΕ) :

«Στη συνέχεια και στο πλαίσιο του παρόντος διαγωνισμού κατέστη εμφανές ότι στις υποβληθείσες προσφορές υπάρχει διαφορά ύψους πλέον των δέκα χιλιάδων ευρώ για το χρονικό διάστημα των 15 μηνών. Συγκεκριμένα η Επιτροπή έφτασε σε αυτό το συμπέρασμα , αφού έλαβε υπόψιν της, υπολογίζοντας με αναγωγή σε δεκαπεντάμηνο, την προσφορά της ... SA, δηλαδή 12.535,00 ευρώ X 15 μήνες = 188.025,00 ευρώ και της "... Α.Ε", συνολικού ποσού 198.450,00 ευρώ για 15 μήνες. Κατόπιν τούτων, και βάσει της σχετικής κείμενης νομοθεσίας Ν 4412/2016, Άρθρο 317, παράγραφος 2 περίπτωση δ, και σύμφωνα με την παράγραφο 6 του ίδιου άρθρου, η Επιτροπή ομόφωνα προτείνει την ματαίωση του διαγωνισμού και την επαναπροκήρυξή του με χαμηλότερο προϋπολογισμό με σκοπό την ανάθεση της υπηρεσίας με συμφερότερη από οικονομικής άποψη τιμή για την εταιρεία.» Και στην συνέχεια η προσβαλλόμενη απόφαση της 462ης Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της «... Α.Ε.» της 7ης Οκτωβρίου 2019 αποφάσισε όλως μη νομίμως και με μη νόμιμη αιτιολογία, την επί λέξει: «...ματαίωση του άνω διαγωνισμού (Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ...), σύμφωνα με το άρθρο 106 παράγρ. 2 περίπτ. δ) του Ν.4412/2016, επειδή η μόνη παραδεκτή προσφορά της εταιρείας "... Α.Ε" συνολικού ποσού 198.450,00 ευρώ για 15 μήνες, δεν είναι συμφέρουσα από οικονομική άποψη για την εταιρεία, λαμβάνοντας υπόψη το ιστορικό του διαγωνισμού, το οποίο εκτίθεται στο άνω πρακτικό, και τον προϋπολογισμό ύψους 220.000 ευρώ σε συνδυασμό με την μειωμένη διάρκειά του (15 μήνες).»

Δηλαδή, εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή και η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού προέβησαν σε όλως μη νόμιμη και απαράδεκτη σύγκριση μεταξύ μιας νόμιμης οικονομικής προσφοράς (της εταιρείας μας) και μιας απαράδεκτης, μη νόμιμης και ήδη αποκλεισθείσας οικονομικής προσφοράς (της ... SA), η οποία έχει αποκλεισθεί με την ίδια ακριβώς απόφαση της

## **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

αναθέτουσας αρχής, ως μη νόμιμη και απαράδεκτη. Και αυτή η μη νόμιμη σύγκριση αποτελεί ακριβώς την μη νόμιμη αιτιολογία ματαίωσης του υπό κρίση διαγωνισμού.

Μάλιστα εν προκειμένω, όπως μη νομίμως, η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού ΑΠΟΣΙΩΠΑ το γεγονός ότι η οικονομική προσφορά της ... SA είναι απαράδεκτη και μη νόμιμη και γι' αυτό το λόγο ήδη αποκλεισθείσα, καθώς όπως αναφέρει το σχετικό πρακτικό «...κατέστη εμφανές ότι στις υποβληθείσες προσφορές υπάρχει διαφορά...», δηλαδή αποσιωπά πλήρως την απόρριψη της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας ....

Και τούτο διότι, αν είχε αναφέρει (ως όφειλε) ρητά τον αποκλεισμό της οικονομικής αυτής προσφοράς ως μη νομίμου και απαράδεκτου, τότε ΔΕΝ θα μπορούσε να την χρησιμοποιήσει ως βάση σύγκρισης με την δική μας απόλυτα νόμιμη οικονομική προσφορά.

Επειδή, στο άρθρο 106 του ν. 4412/2016 ορίζονται αυστηρά οι λόγοι ματαίωσης διαγωνιστικής διαδικασίας και τούτο διότι οποιοδήποτε σφάλμα σε διαγωνιστική διαδικασία δεν παρέχει τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να ματαιώνουν κάθε φορά τη διαδικασία ανάθεσης μίας σύμβασης, με αυτονόητες ανυπολόγιστες συνέπειες στην επί μακρό ματαίωσής τους και εν τέλει τη ματαίωση ικανοποίησης του δημοσίου συμφέροντος στο οποίο αυτές τείνουν.

Περαιτέρω, ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου. Συνδυαζόμενη με τη γενική νομοθετική κατοχύρωση της υποχρέωσης αιτιολόγησης των ατομικών διοικητικών πράξεων στο άρθρο 17 Ν. 2690/1999 «Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας» (ΦΕΚ Α' 45), η εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 106 απαιτεί «ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής» επιβεβαιώνοντας πως η ματαίωση ανάθεσης μιας δημόσιας σύμβασης αποτελεί εξαιρετική διαδικασία επιτρεπτή περιοριστικά για τους αναφερόμενους λόγους, οι οποίοι αποσκοπούν στο να αποτρέψουν καταχρηστικές, από την πλευρά των αναθετουσών αρχών, ματαιώσεις διαγωνιστικών διαδικασιών. Μάλιστα, η «ειδική αιτιολογία» της ματαιωτικής

### **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

απόφασης είναι απαραίτητη προκειμένου να υποβληθεί η εκτελεστή πράξη αυτή σε αποτελεσματικό προδικαστικό έλεγχο ενώπιον της ΑΕΠΠ, τελικώς δε ενώπιον του αρμοδίου ακυρωτικού Δικαστηρίου κατά το άρθρο 372 παρ. 1 και 3 Ν. 4412/2016. Εναπόκειται δε στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής η απόφαση ματαίωσης του διαγωνισμού, μεταξύ άλλων και στις περιπτώσεις β, γ και δ της παρ. 2 του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, εφόσον η προσφορά κριθεί από αυτή ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη ή εάν δεν την ενδιαφέρει πλέον η εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου για το λόγο ότι οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς (βλ. ΔΕφΑΘ 329/2019).

Κατά δε την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας η αναθέτουσα αρχή έχει μεν ευχέρεια να προβαίνει στη ματαίωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού για την ανάθεση υπηρεσιών και την επαναπροκήρυξή του, εφόσον όμως συντρέχει νόμιμος λόγος, η δε απόφαση περί ματαίωσης του διαγωνισμού πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η επανάληψη του διαγωνισμού (πρβλ. ΣτΕ 543/2010, 1803/2008, 88/2015, 158/2011, ΕΑ ΣτΕ 121/2015, 226/2009 ΔΕφΑΘ 3081/2014).

Περαιτέρω κατά την έννοια των ίδιων διατάξεων, η συμμετοχή ενός μόνο ενδιαφερομένου δεν συνεπάγεται άνευ ετέρου τη ματαίωση του διαγωνισμού, αλλά απαιτείται η σχετική απόφαση να αιτιολογείται ειδικώς, με αναφορά στα στοιχεία της υποβληθείσας προσφοράς (ΕΑ ΣτΕ 923,703/2009, 1803/2008), την οποία οφείλει να αξιολογήσει, η Αναθέτουσα Αρχή, ως συμφέρουσα ή όχι για το Δημόσιο συγκρίνοντάς την με έγκυρες και νόμιμες τιμές που προσφέρθηκαν τυχόν σε προηγούμενους διαγωνισμούς, καθώς και με την τρέχουσα τιμή στην αγορά για όμοιο ή παρεμφερές είδος (πρβλ. ΣτΕ 375/2009, 3734/2008, ΕΑ ΣτΕ 88/2015, 601/2010), καθόσον η δυνατότης της αναθέτουσας αρχής να προβαίνει στην επίδικη ενέργεια (ματαίωση και επανάληψη διαγωνισμού), χωρίς επίκληση των ανωτέρω στοιχείων θα ισοδυναμούσε με ανέλεγκτη άσκηση διακριτικής ευχέρειας, αφού θα οδηγούσε σε πλήρη αδυναμία άσκησης δικαστικού ελέγχου επί της εν λόγω, κατά

**Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

διακριτική ευχέρεια, εκδιδόμενης διοικητικής πράξεως (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 33/2009, 667/2008, 156/2007 κ.α.).

AD HOC ΕΧΕΙ ΚΡΙΝΕΙ ΤΟ ΣΤΕ (ΕΑ ΣΤΕ 88/2015) ΟΤΙ Η ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗ ΜΙΑΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΩΣ ΣΥΜΦΕΡΟΥΣΑΣ ΠΡΟΚΥΠΤΕΙ ΑΠΟ ΣΥΓΚΡΙΣΗ ΜΕ ΤΙΜΕΣ ΜΟΝΟΝ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ ΠΟΥ ΕΙΧΑΝ ΕΓΚΥΡΩΣ ΥΠΟΒΛΗΘΕΙ ΣΕ ΠΡΟΗΓΟΥΜΕΝΟΥΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥΣ – ΜΗ ΝΟΜΙΜΗ Η ΣΥΓΚΡΙΣΗ ΝΟΜΙΜΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΜΕ ΗΔΗ ΠΑΡΑΝΟΜΗ ΚΑΙ ΑΠΟΚΛΕΙΣΘΕΙΣΑ ΩΣ ΑΠΑΡΑΔΕΚΤΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ

Διότι, ήδη το Συμβούλιο της Επικρατείας έχει κρίνει ad hoc ότι, ειδικώς, όταν σε διαγωνισμό που προκηρύχθηκε με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή απομένει, στο στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, μόνο ένας διαγωνιζόμενος, ως εκ του ότι οι προσφορές των λοιπών αποκλείσθηκαν κατά τα προηγούμενα στάδια του διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται, άνευ ετέρου, να ματαιώσει το διαγωνισμό, αλλά οφείλει να προβεί στην αποσφράγιση της οικονομικής προσφοράς του μοναδικού εναπομείναντος στο στάδιο αυτό διαγωνιζομένου και να την αξιολογήσει ως συμφέρουσα ή όχι για το Δημόσιο συγκρίνοντάς την με τιμές οι οποίες τυχόν είχαν περιληφθεί σε οικονομικές προσφορές που είχαν εγκύρως υποβληθεί σε προηγούμενους δημόσιους διαγωνισμούς, ή με τις τρέχουσες στην αγορά τιμές για όμοιες ή παρεμφερείς υπηρεσίες, οι οποίες προκύπτουν από σχετικά παραστατικά (βλ. ΕΑ ΣτΕ 88/2015, πρβ. Ε.Α. 601, 925/2010, βλ. Σ.τ.Ε. 375/2009, 2873, 3734/2008).

Άλλωστε η οικονομική προσφορά της ... ήταν παράνομη και μη αποδεκτή και γι' αυτό το λόγο δεν θα μπορούσε ποτέ να αποτελέσει μέτρο για σύγκριση με την απόλυτα νόμιμη προσφοράς μας, καθόσον σύμφωνα με το παράρτημα Ι σελίδα 44 της διακήρυξης προβλέπεται ρητά ότι: "Το προσωπικό φύλαξης που θα διατεθεί στην ... Α.Ε. θα πρέπει να έχει: α) Προϋπηρεσία τουλάχιστον τριών (3) ετών...". Επομένως, σύμφωνα και με την από 1.2.2019 αύξηση του κατώτατου νόμιμου μισθού και ημερομισθίου, ο κατώτατος νόμιμος μισθός για εργαζόμενο με 3-6 έτη προϋπηρεσίας ανέρχεται στο ποσό των 715,00 €. Ωστόσο η ... δήλωσε ρητά και υπολόγισε στην οικονομική της προσφορά ότι οι

## **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

εργαζόμενοι της θα αμειφθούν με το ποσό των 650,00 €, ήτοι με τον κατώτατο νόμιμο μισθό για εργαζόμενο με 0-3 έτη προϋπηρεσίας. Ως εκ τούτου η (ήδη ως απαράδεκτη αποκλεισθείσα) οικονομική προσφοράς της εν λόγω εταιρείας ... ήταν μη νόμιμη καθώς παραβίαζε και τον όρο στο παράρτημα Ι (σελίδα 44) της διακήρυξης, καθώς και την εργατική νομοθεσία για τον κατώτερο νόμιμο μισθό εργαζομένων με εμπειρία τουλάχιστον 3 ετών.

ΑΠΟ ΤΗ ΣΥΓΚΡΙΣΗ ΤΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ΜΑΣ ΜΕ ΤΟ ΚΟΣΤΟΣ ΤΩΝ ΕΝ ΙΣΧΥ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΦΥΛΑΞΗΣ ΤΗΣ ... ΑΕ ΑΠΟΔΕΙΚΝΥΕΤΑΙ ΑΝΑΜΦΙΣΒΗΤΗΤΑ ΟΤΙ Η ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΜΑΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΕΙΝΑΙ ΧΑΜΗΛΟΤΕΡΗ ΚΑΙ ΩΣ ΕΚ ΤΟΥΤΟΥ ΣΥΜΦΕΡΟΤΕΡΗ ΑΠΟ ΤΟ ΚΟΣΤΟΣ ΠΟΥ ΚΑΤΑΒΑΛΕΙ ΣΗΜΕΡΑ Η ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ ΓΙΑ ΤΙΣ ΙΔΙΕΣ ΑΚΡΙΒΩΣ ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ

Διότι, σύμφωνα με την οικονομική προσφορά της ... το μηνιαίο κόστος της "... Α.Ε." για τις υπηρεσίες φύλαξης όλων των εγκαταστάσεων της ανέρχεται στο ποσό των 13.230,00 € πλέον Φ.Π.Α. 24 %. Ωστόσο, με βάση τις εν ισχύ συμβάσεις φύλαξης που η Αναθέτουσα Αρχή έχει συνάψει αφενός με την εταιρεία ... για τη φύλαξη των εγκαταστάσεων στην Παλλήνη και αφετέρου με την εταιρεία ... για τη φύλαξη των εγκαταστάσεων στην Μαγούλα, όπως αυτές έχουν αναρτηθεί και δημοσιευθεί στο ΚΗΜΔΗΣ, το συνολικό μηνιαίο κόστος για την Αναθέτουσα Αρχή (για τις ίδιες ακριβώς υπηρεσίες φύλαξης) ανέρχεται συνολικά στο ποσό των 13.737,88 € πλέον Φ.Π.Α. 24 % (7.859,00 € μηνιαίως πλέον Φ.Π.Α. 24 % σύμβαση με ... + 5.878,88 € μηνιαίως πλέον Φ.Π.Α. 24 % σύμβαση με ...).

Σημειωτέον δε ότι οι τεχνικές προδιαγραφές εκτέλεσης της υπό ανάθεση σύμβασης με το διαγωνισμό με αρ. διακ. 11616-2019 (αριθμός ατόμων, ωρών παροχής υπηρεσιών φύλαξης) ΣΥΜΠΙΠΤΟΥΝ ΚΑΤΑ ΓΡΑΜΜΑ με τις τεχνικές προδιαγραφές εκτέλεσης των εν ισχύ συμβάσεων με τις εταιρείες ... και ....

Επομένως, η οικονομική προσφορά της εταιρείας μας ΕΙΝΑΙ ΣΥΜΦΕΡΟΤΕΡΗ βάσει οικονομικού τιμήματος κατά 507,88 € μηνιαίως από τις εν ισχύ συμβάσεις παροχής υπηρεσιών φύλαξης της "... Α.Ε."

Ακριβώς γι' αυτό το λόγο και είναι επιπλέον μη νόμιμη η αιτιολογία της

## **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

απόφασης ματαίωσης του διαγωνισμού, καθόσον με την ματαίωση του διαγωνισμού και την μη κατακύρωση στην προφανώς συμφερότερη προσφορά μας, θα συνεχίσει η αναθέτουσα αρχή να καταβάλει μεγαλύτερο ποσό για τις ίδιες υπηρεσίες φύλαξης στις εταιρείες ... και ..., αντί να λαμβάνει υπηρεσίες φύλαξης με το χαμηλότερο ποσό της δικής μας οικονομικής προσφοράς.

Γι' αυτό το λόγο και η προσβαλλόμενη απόφαση είναι όχι μόνο μη νόμιμη, ως μη νομίμως αιτιολογημένη, αλλά και προφανώς ζημιογόνος για την αναθέτουσα αρχή. Γι' αυτό το λόγο και η αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης ήταν επιπλέον μη νόμιμη καθόσον η αναθέτουσα αρχή δεν έλαβε υπόψη της για την κατακύρωση των ειδών αυτών συγκριτικά στοιχεία τιμών από προηγούμενους δημόσιους διαγωνισμούς ή από παραστατικά και τιμολόγια παροχής των σχετικών υπηρεσιών ή αγοράς των ειδών αυτών από το ελεύθερο εμπόριο (πρβλ. ΕΣ (VI Τμ.) 1369/2013, ΕΣ (Στ. Κλ.) Πρ. 45/2013). Ως εκ τούτου, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι όλως μη νόμιμη και μη νομίμως αιτιολογημένη, καθώς δεν περιλαμβάνει την απαιτούμενη ειδική, νόμιμη, πλήρη και επαρκή αιτιολογία για την κρίση της οικονομικής μας προσφοράς ως δήθεν μη συμφέρουσας, πολλώ δε μάλλον διότι, η σύγκριση της νόμιμης οικονομικής μας προσφοράς με την ήδη αποκλεισθείσα ως απαράδεκτη οικονομική προσφορά της ... είναι μη νόμιμη αιτιολογία ματαίωσης διαγωνισμού, δεδομένου ότι η αιτιολογία ματαίωσης για να είναι ειδική, νόμιμη και αποδεκτή πρέπει να προκύπτει από τη σύγκριση μεταξύ εγκύρως υποβληθέντων προσφορών με εκδοθέντα σχετικά τιμολόγια (προφανώς από έγκυρες και αποδεχθείσες προσφορές) και γι' αυτό το λόγο η προσβαλλόμενη απόφαση είναι μη νόμιμη καθώς δεν περιλαμβάνει την απαιτούμενη υποχρεωτικά ειδική, πλήρη, επαρκή και νόμιμη αιτιολογία, αλλά αντίθετα περιλαμβάνει και ερείδεται σε όλως μη νόμιμη αιτιολογία, και συγκεκριμένα αυτήν της σύγκρισης μιας νόμιμης (αναμφισβήτητα συμφέρουσας) οικονομικής προσφοράς (της εταιρείας μας) με μια παράνομη, απαράδεκτη και ήδη αποκλεισθείσα οικονομική προσφορά της ....

Συνεπώς θα πρέπει να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή στο σύνολό της και

### **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση της 462ης Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της «... Α.Ε.» της 7ης Οκτωβρίου 2019, κατά το μέρος που αποφάσισε την ματαίωση του διαγωνισμού με όλως μη νόμιμη αιτιολογία [...]».

13. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις από 4-11-2019 απόψεις της ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι: «[...]i. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟΝ ΠΡΟΒΑΛΛΟΜΕΝΟ ΛΟΓΟ ΠΕΡΙ ΚΑΚΗΣ ΣΥΝΘΕΣΗΣ ΤΟΥ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΤΗΣ «... Α.Ε.»

7. Με τον πρώτο προβαλλόμενο λόγο, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δήθεν είναι μη νόμιμη και άκυρη η προσβαλλόμενη απόφαση λόγω κακής σύνθεσης του ΔΣ της ... ΑΕ «[...] διότι κατά την συνεδρίαση και συζήτηση του Διοικητικού Συμβουλίου της εταιρείας ... Α, κατά την οποία ελήφθη η προσβαλλόμενη ... της 462ης Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της «... ΑΕ» της 7ης Οκτωβρίου 2019, συμμετείχε και η κα ... από τη Νομική Υπηρεσία της εταιρείας, δηλαδή πρόσωπο μη περιλαμβανόμενο στη νόμιμη συγκρότηση του Διοικητικού Συμβουλίου της ... ΑΕ ως αποφασίζοντος συλλογικού οργάνου, παραβιάζοντας τη διάταξη του άρθρου 92 ν. 4548/2018 [...], αλλά και τη σχεδόν όμοια διάταξη του άρθρου 21 ν. 2190/1920 [...]» (ακριβές απόσπασμα της προδικαστικής προσφυγής βλ. σελ. 7 αυτής).

8. Η εταιρεία «... Α.Ε.» ιδρύθηκε σύμφωνα με το άρθρο 22 παρ. 1 του ν.2737/2000 (ΦΕΚ 174/27-8-1999 Τεύχος Α' εκ μετατροπής του ΝΠΙΔ με την επωνυμία «...») με μονομέτοχο τον «...» (ΕΟΦ) που κατέχει τη μία και μοναδική ονομαστική μετοχή της. Η «... Α.Ε.» αποτελεί δημόσια επιχείρηση σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ.1 & 2 του ν.3429/2005 (Δημόσιες Επιχειρήσεις και Οργανισμοί -ΔΕΚΟ), [ΦΕΚ 314/27-12-2005, Τεύχος Α'].

9. Δυνάμει του αρ. 4 του ν. 3429/2005 η εταιρεία έχει καταρτίσει Εσωτερικό Κανονισμό Λειτουργίας (ΦΕΚ 372/20.09.2019, Τεύχος ΠΡΑ.Δ.Ι.Τ.) ΣΧΕΤΙΚΟ 1, στον οποίο μεταξύ άλλων προβλέπεται η διάρθρωση των διάφορων υπηρεσιών της εταιρείας καθώς και οι αρμοδιότητες τους. Ειδικότερα, στο άρθρο 8.8 του Κανονισμού με τίτλο «Διεύθυνση Νομικών Υπηρεσιών» (βλ. σελ. 7) ορίζεται ότι «οι αρμοδιότητες της Διεύθυνσης Νομικών Υπηρεσιών, η οποία υπάγεται απ' ευθείας στο Διοικητικό Συμβούλιο



### **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

της Εταιρείας, είναι οι εξής: [...] συμμετέχει στις συνεδριάσεις του Διοικητικού Συμβουλίου της Εταιρείας για θέματα της αρμοδιότητάς της [...]». Περαιτέρω, δυνάμει του ίδιου ως άνω άρθρου (αρ. 3 παρ. του ν. 3429/2005) η εταιρεία, ως δημόσια επιχείρηση κατήρτισε Κανονισμό Λειτουργίας του Διοικητικού Συμβουλίου ο οποίος εγκρίθηκε στην υπ' αριθ. 252 συνεδρίαση του Δ.Σ. που έλαβε χώρα στις 28.01.2011 (ΣΧΕΤΙΚΟ 2). Σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 4 του εν λόγω κανονισμού «Στις Συνεδριάσεις του Διοικητικού Συμβουλίου δύναται να μετέχει, χωρίς δικαίωμα ψήφου, ο Νομικός Σύμβουλος της Εταιρείας, μετά από σχετική πρόσκληση, ο οποίος εφ' όσον ερωτηθεί από τον Πρόεδρο ή τον Διευθύνοντα Σύμβουλο ή, δι' αυτών, από μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου, διατυπώνει τη γνώμη του επί νομικών ερωτημάτων που σχετίζονται με τα συζητούμενα θέματα».

10. Κατόπιν των ανωτέρω, καθίσταται σαφές ότι νομίμως κατά τις συνεδριάσεις του Διοικητικού Συμβουλίου της εταιρείας παρίστανται οι νομικοί σύμβουλοι της εταιρείας για θέματα της αρμοδιότητάς τους, χωρίς να καθίστανται εξ αυτού του λόγου και μόνο μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου, όπως αβασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα. Η παράσταση τους κατά τη συνεδρίαση, δεν τους παρέχει προφανώς το δικαίωμα να λάβουν θέση επί των θεμάτων της ημερήσιας διάταξης πολλώ δε μάλλον να συμμετάσχουν στη λήψη απόφασης, όπως υπολαμβάνει η προσφεύγουσα. Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 1 του ν. 2690/1999 (ΚΔΔ/σίας), στις ΔΕΚΟ δεν έχουν εφαρμογή οι διατάξεις του άρθρου 14 παρ. 10 του ν.2690/1999, τις οποίες επικαλείται η προσφεύγουσα μέσω των δικαστικών αποφάσεων, προκειμένου να θεμελιώσει τη δήθεν κακή σύνθεση του οργάνου και εν πάση περιπτώσει η παράστασή των νομικών συμβούλων είναι επιτρεπτή δυνάμει ειδικής διάταξης.

11. Περαιτέρω, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η απόφαση ελήφθη κατά παράβαση των διατάξεων περί απαρτίας και πλειοψηφίας πρέπει να απορριφθεί, καθώς από την προσβαλλόμενη πράξη προκύπτει ότι κατά την 462η συνεδρίαση ήταν παρόντα όλα τα μέλη του ΔΣ και η σχετική απόφαση ελήφθη ομοφώνως, σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου.

## **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

12. *Εν κατακλείδι, αναφορικά με τη νόμιμη σύνθεση και λειτουργία του ΔΣ, υφίστανται ειδικές διατάξεις που επιτρέπουν την παράσταση του νομικού συμβούλου της εταιρείας κατά τις συνεδριάσεις του ΔΣ για θέματα της αρμοδιότητάς του, συνεπώς νομίμως ελήφθη η προσβαλλόμενη απόφαση και οι προβαλλόμενοι λόγοι πρέπει να απορριφθούν.*

### **ii. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟΝ ΠΡΟΒΑΛΛΟΜΕΝΟ ΛΟΓΟ ΠΕΡΙ ΜΗ ΝΟΜΙΜΗΣ ΑΙΤΙΟΛΟΓΙΑΣ ΤΗΣ ΑΠΟΦΑΣΗΣ ΜΑΤΑΙΩΣΗΣ ΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ**

13. Στο άρθρο 106 παρ. 2 του ν. 4412/2016 προβλέπονται οι ειδικότερες περιπτώσεις κατά τις οποίες η αναθέτουσα αρχή μπορεί, κατά τη διακριτική της ευχέρεια, να ματαιώσει τη διαγωνιστική διαδικασία με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου και για τους περιοριστικά αναφερόμενους στις διατάξεις της λόγους. Ειδικότερα, δυνητική ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας χωρεί στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης, β) αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου 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 της παραγράφου 4 του άρθρου 97, στ) για άλλους επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος όπως ιδίως δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος.

14. Στο άρθρο 3.5 της διακήρυξης με τίτλο «Ματαίωση Διαδικασίας» προβλέπεται ότι «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 του αρμόδιου οργάνου, 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».

## **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

15. Επειδή κατά την πάγια νομολογία (ΣΤΕ ΕΑ 88/2015, βλ. και ΕΑ 121/2015): «[...] σύμφωνα με γενική αρχή του εθνικού, αλλά και του ενωσιακού δικαίου, η οποία διέπει όλους τους δημόσιους διαγωνισμούς, η αναθέτουσα αρχή έχει διακριτική ευχέρεια να ακυρώσει ή να ανακαλέσει τη διαγωνιστική διαδικασία και να προχωρήσει σε επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, εφόσον αιτιολογεί νομίμως και επαρκώς τη σχετική κρίση της (ΣΤΕ 651/2010, ΕΑ 1132/2010, 1371/2008 κλπ), ακόμη και στις περιπτώσεις που μόνον ένας υποψήφιος αναδεικνύεται ικανός για την ανάληψη της σύμβασης, δεδομένου ότι από τις διατάξεις της νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται να αναθέσει τη σύμβαση στο μοναδικό διαγωνιζόμενο, του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή (βλ. ΣΤΕ 761/2010, 375/2009, ΕΑ 33/2009).

16. Όπως έχει κριθεί υπό το προηγούμενο καθεστώς που εν προκειμένω δεν διαφοροποιείται με το ισχύον καθεστώς, η αναθέτουσα αρχή έχει τη διακριτική ευχέρεια και όχι υποχρέωση να κατακυρώσει την προμήθεια στον μοναδικό αποδεκτό συμμετέχοντα (*ad hoc* C-27/98, *Metalmecchanica Fracasso SpA*, σκ.26-34), και τούτο διότι εφόσον την κρίνει τελικώς ως μη συμφέρουσα, δύναται να προβεί στην ματαίωση της διαδικασίας βάσει του άρθρου 106 του ν. 4412/2016 και εν προκειμένω στην περ. δ της παρ.2 (ενδεικτικά ΑΕΠΠ 90/2019).

17. Με την από 07.10.2019 απόφαση του ΔΣ της ... ΑΕ που ελήφθη στην 462<sup>η</sup> συνεδρίασή του, έγινε δεκτό ότι « [...] Η εταιρεία «... Α.Ε.» αρχικά προκήρυξε τον διαγωνισμό, βάσει της Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ... διακήρυξης, στις 21.1.2019 για την ανάθεση υπηρεσιών φύλαξης των εγκαταστάσεων της εταιρείας «... Α.Ε.» στην Παλλήνη και στη Μαγούλα Αττικής διάρκειας 21 μηνών με συνολικό προϋπολογισμό 220.000,00 Ευρώ, στον οποίο δεν υπεβλήθη καμία προσφορά, ενόψει της επικείμενης αλλαγής του κατώτατου μισθού και ως εκ τούτου απέβη άγονος. Ακολούθως και μετά την έκδοση της αριθ. Οικ. 4241/127/30.01.2019 απόφασης της Υπουργού Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης (ΦΕΚ 30/1/2019 καθορισμός κατώτατου μισθού και κατώτατου ημερομισθίου για τους

## **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

υπαλλήλους και τους εργατοτεχνίτες όλης της χώρας), ο διαγωνισμός επαναπροκηρύχθηκε βάσει της Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ... διακήρυξης και διενεργήθηκε στις 11/3/2019 με τον ίδιο προϋπολογισμό πλην όμως για χρονικό διάστημα 15 μηνών, λαμβάνοντας υπόψιν την ανωτέρω απόφαση. Στη συνέχεια και στο πλαίσιο του παρόντος διαγωνισμού κατέστη εμφανές ότι στις υποβληθείσες προσφορές υπάρχει διαφορά ύψους πλέον των δέκα χιλιάδων ευρώ για το χρονικό διάστημα των 15 μηνών. Συγκεκριμένα η Επιτροπή έφτασε σε αυτό το συμπέρασμα , αφού έλαβε υπόψιν της, υπολογίζοντας με αναγωγή σε δεκαπεντάμηνο, την προσφορά της ... SA, δηλαδή 12.535,00 ευρώ X 15 μήνες = 188.025,00 ευρώ και της "... Α.Ε", συνολικού ποσού 198.450,00 ευρώ για 15 μήνες.

Κατόπιν τούτων, και βάσει της σχετικής κείμενης νομοθεσίας Ν 4412/2016, Άρθρο 317, παράγραφος 2 περίπτωση δ, και σύμφωνα με την παράγραφο 6 του ίδιου άρθρου, η Επιτροπή ομόφωνα προτείνει την ματαίωση του διαγωνισμού και την επαναπροκήρυξή του με χαμηλότερο προϋπολογισμό με σκοπό την ανάθεση της υπηρεσίας με συμφερότερη από οικονομικής άποψη τιμή για την εταιρεία [...].».

18. Από τα παραπάνω προκύπτει ότι η προσβαλλόμενη πράξη φέρει σαφή, ειδική και επαρκή αιτιολογία κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας σε συνδυασμό με το άρθρο 106 του ν. 4412/2016. Η Επιτροπή του διαγωνισμού πρότεινε προς το Διοικητικό Συμβούλιο της εταιρείας τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, κατόπιν νόμιμης σύγκρισης των οικονομικών προσφορών μεταξύ των εταιρειών «... SA» και «... Α.Ε», οι οποίες είχαν υποβληθεί βάσει του νέου νομικού καθεστώτος για τους κατώτατους μισθούς.

19. Ειδικότερα, λόγω της έκδοσης της με αριθμό 4241/127/30.01.2019 υπουργικής απόφασης και της επακόλουθης αύξησης των κατώτατων μισθών και ημερομίσθιων για τους υπαλλήλους και τους εργατοτεχνίτες (από το ποσό των 586,08 €/μηνιαίως στο ποσό των 650,00€/μηνιαίως) δεν κατέστη εφικτή η άντληση συγκριτικών στοιχείων από παλαιότερους αντίστοιχους διαγωνισμούς

### **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

της εταιρείας είτε από αντίστοιχους διαγωνισμούς της ελεύθερης αγοράς καθώς οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων είχαν υπολογισθεί βάσει του προηγούμενου νομοθετικού καθεστώτος για τους κατώτατους μισθούς, με αποτέλεσμα να μην μπορούν να συγκριθούν οι προσφερόμενες τιμές. Συνεπώς, η μόνη συγκρίσιμη τιμή με τα ίδια δεδομένα, ήταν η προσφορά της έτερης συμμετέχουσας εταιρείας. Η Επιτροπή αφού έλαβε υπόψιν της, υπολογίζοντας με αναγωγή σε δεκαπεντάμηνο, την προσφορά της «... SA», δηλαδή 12.535,00 ευρώ X 15 μήνες = 188.025,00 ευρώ και της «... A.E», συνολικού ποσού 198.450,00 ευρώ για 15 μήνες, διαπίστωσε ότι υφίσταται διαφορά ύψους πλέον των δέκα χιλιάδων ευρώ για χρονικό διάστημα 15 μηνών, που καθιστούσαν την προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας ιδιαίτερα υψηλή και μη συμφέρουσα οικονομικά.

Συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση φέρει ειδική αιτιολογία στο σώμα της αναφορικά με την ανάγκη ματαίωσης του διαγωνισμού και οι προβαλλόμενοι λόγοι πρέπει να απορριφθούν.

20. Σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η Επιτροπή όφειλε να προβεί σε σύγκριση της οικονομικής προσφοράς της με το κόστος των εν ισχύ συμβάσεων φύλαξης. Όσον αφορά τις εν ισχύ συμβάσεις φύλαξης θα πρέπει να επισημάνουμε ότι λόγω της κήρυξης άγονου του πρώτου διαγωνισμού που είχε προκηρύξει η «... A.E» με απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου που ελήφθη στην υπ' αριθ. 429/20.11.2018 συνεδρίαση με ημερομηνία διενέργειας στις 21.1.2019, για την ανάθεση υπηρεσιών φύλαξης των εγκαταστάσεων της στην Παλλήνη και στη Μαγούλα Αττικής διάρκειας 21 μηνών και της επακόλουθης προκήρυξης του επίμαχου διαγωνισμού -ο οποίος εκκρεμεί μέχρι και σήμερα- η εταιρεία αναγκάστηκε να συνάψει διαδοχικές δίμηνες ή μηνιαίες συμβάσεις για την απευθείας ανάθεση της φύλαξης με διαφορετικούς αναδόχους για τις εγκαταστάσεις της Παλλήνης και με άλλους για τις εγκαταστάσεις της Μαγούλας, ανάλογα με την πορεία της διαγωνιστικής διαδικασίας. Να σημειωθεί ότι στον παρόντα διαγωνισμό υπεβλήθη η από 08.04.2019 προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. από την εταιρεία «... A.E» επί της οποίας εκδόθηκε τον Ιούνιο του 2019 η υπ'

## **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

αριθ. 591/2019 απόφαση, ενώ η «... SA» άσκησε την από 13.06.2019 αίτηση αναστολής καθώς και την από 02.08.2019 αίτηση ακύρωσης ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών με αποτέλεσμα την πολύμηνη καθυστέρηση του διαγωνισμού. Επιπρόσθετα θα πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι στη Μαγούλα Αττικής η εταιρεία «... ΑΕ» διατηρεί μονάδα ακτινοβολήσης με κοβάλτιο γ', καθώς και μονάδα προσωρινής αποθήκευσης ληγμένων φαρμακευτικών προϊόντων, ενώ στις εγκαταστάσεις της Παλλήνης υπάρχει εργοστάσιο παραγωγής φαρμάκων και δη μεθαδόνης, ενώ επίσης υπάρχουν αποθήκες όπου φυλάσσονται εισαγόμενα φάρμακα πριν διανεμηθούν στα νοσοκομεία, φαρμακαποθήκες κλπ. Συνεπώς, για λόγους δημοσίας υγείας και ασφάλειας ήταν απαραίτητη η σύναψη ταχύτατα κάθε φορά απευθείας διαδοχικών συμβάσεων φύλαξης, χωρίς δυνατότητα περαιτέρω διαπραγμάτευσης των τιμών των αναθέσεων αυτών λόγω του κατεπείγοντος χαρακτήρα. Άλλωστε η διενέργεια των ανοικτών διαγωνισμών έχει άμεσο στόχο την επίτευξη του χαμηλότερου κάθε φορά τιμήματος με την ανάπτυξη ανταγωνισμού μεταξύ των συμμετεχόντων. Συνεπώς, η εταιρεία δεν θα μπορούσε να προβεί σε σύγκριση ανόμοιων προσφορών.

21. Τέλος η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η οικονομική προσφορά της εταιρείας «... SA» ήταν παράνομη και μη αποδεκτή και γι' αυτό το λόγο δεν θα μπορούσε ποτέ να αποτελέσει μέτρο για σύγκριση με την απόλυτα νόμιμη προσφορά της καθόσον σύμφωνα με το παράρτημα I σελίδα 44 της διακήρυξης προβλέπεται ρητά ότι : «Το προσωπικό φύλαξης που θα διατεθεί στην ... ΑΕ θα πρέπει να έχει : α) Προϋπηρεσία τουλάχιστον τριών (3) ετών....».

Επομένως σύμφωνα και με την από 1.2.2019 αύξηση του κατώτατου νόμιμου μισθού και ημερομισθίου, ο κατώτατος νόμιμος μισθός για εργαζόμενο με 3-6 έτη προϋπηρεσίας ανέρχεται στο ποσό των 715,00 €. Ωστόσο, η εταιρεία «... SA» δήλωσε ρητά και υπολόγισε στην οικονομική της προσφορά ότι οι εργαζόμενοί της θα αμειφθούν με το ποσό των 650,00€, ήτοι με τον κατώτατο νόμιμο μισθό για εργαζόμενο με 0-3 έτη προϋπηρεσίας.

## **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

22. Όμως νομίμως υπολόγισε η εταιρεία «... SA» τον καταβαλλόμενο μισθό αφού μετά τον Φεβρουάριο του έτους 2012 και την ψήφιση του Ν. 4093/2012 η εξέλιξη των τριετιών ανεστάλη και συγκεκριμένα «... στ) ως ότου η ανεργία διαμορφωθεί σε ποσοστό κάτω του 10% αναστέλλεται η προσαύξηση του νομοθετικώς καθορισμένου νόμιμου κατώτατου μισθού και ημερομισθίου για προϋπηρεσία, που συμπληρώνεται μετά την 14.02.2012».

23. Για τους λόγους αυτούς αιτούμαστε την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής ως αβάσιμης».

14. Επειδή στο άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων [...]»..

15. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης [...] περιέχουν ιδίως: [...]β) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων [...] ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη διαδικασία και τα κριτήρια

## **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87, [...] ιζ) τους अपαραβάτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [...].».

16. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 106 του Ν.4412/2016: «1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, μετά από γνώμη του αρμόδιου 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 τελευταίου εδαφίου της παραγράφου 5 του άρθρου 105,

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,

β) αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου 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 της παραγράφου 4 του άρθρου 97,

στ) για άλλους επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος όπως ιδίως δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος.

3. Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει



## **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη.

4. Όταν συντρέχουν οι λόγοι για τη ματαίωση της διαδικασίας που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2, η αναθέτουσα αρχή ακυρώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης για ολόκληρο το αντικείμενο της σύμβασης ή, αν οι λόγοι αυτοί συνδέονται με τμήμα της σύμβασης, για το εν λόγω τμήμα, εφόσον επιτρέπεται η κατάθεση τέτοιων προσφορών.

5. Η αναθέτουσα αρχή διατηρεί, επίσης, το δικαίωμα, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, να αποφασίσει, παράλληλα με τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης, και την επανάληψη οποιασδήποτε φάσης της διαδικασίας σύναψης, με τροποποίηση ή μη των όρων της ή την προσφυγή στη διαδικασία των άρθρων 29 ή 32, εφόσον, στην τελευταία αυτή περίπτωση, πληρούνται οι όροι και οι προϋποθέσεις των άρθρων αυτών.

6. Ειδικά για την περίπτωση δ' της παραγράφου 2 για τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, απαιτείται γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου του Υπουργείου στο οποίο υπάγεται ή από το οποίο εποπτεύεται η αναθέτουσα αρχή ή του τεχνικού συμβουλίου της οικείας περιφέρειας, όταν στο οικείο Υπουργείο δεν υφίσταται τεχνικό συμβούλιο και όταν αναθέτουσες αρχές είναι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης Α' και Β' βαθμού ή ενώσεις ή νομικά πρόσωπα των οργανισμών αυτών.

7. Στις δημόσιες συμβάσεις έργων και σε περίπτωση εφαρμογής του άρθρου 50 και ματαίωσης της διαδικασίας, δυνάμει του παρόντος άρθρου, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, να εξαγοράσει τις μελέτες των τεχνικών λύσεων που κρίνει ικανοποιητικές και να προβεί σε νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης έργου βάσει των μελετών αυτών. Η δυνατότητα αυτή πρέπει να αναφέρεται στα έγγραφα της σύμβασης κατά την αρχική διαδικασία».

17. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 22 του Ν.2737/1999 Μεταμοσχεύσεις ανθρωπίνων ιστών και οργάνων και άλλες διατάξεις (ΦΕΚ Α' 174/27.8.1999) προβλέπεται ότι: «Ρύθμιση θεμάτων λειτουργίας ... Α.Ε. - ΦΑΡΜΕΤΡΙΚΑ Α.Ε. - ΕΛΒΙΠΥ Α.Ε. - Δ.ΕΠ.Α.ΝΟ.Μ.

## **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

1. Το ..., που ιδρύθηκε με το άρθρο 7 παρ. 1 του Ν. 1965/1991 (ΦΕΚ 146/Α) και λειτουργεί ως νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου, σύμφωνα με το άρθρο 7 παρ. 2 του ίδιου νόμου, μετατρέπεται σε ανώνυμη εταιρεία, με την επωνυμία "... Α.Ε." και έδρα την Παλλήνη Αττικής, η οποία διέπεται από τις διατάξεις του Κ.Ν. 2190/1920 και της παρ. 3 του άρθρου 7 του Ν.1965/1991. Το καταστατικό θα συνταχθεί με απόφαση του Δ.Σ. του Ε.Ο.Φ. Η μεταβολή της νομικής μορφής, κατά τα ανωτέρω, συντελείται με τη δημοσίευση του καταστατικού της "... Α.Ε.", σύμφωνα με τις διατάξεις περί ανωνύμων εταιριών [...].».

18. Επειδή σύμφωνα με τον Ν.3429/2005 Δημόσιες Επιχειρήσεις και Οργανισμοί (Δ.Ε.Κ.Ο.) (ΦΕΚ Α΄ 314/27.12.2005): «[...] Άρθρο 2 Οργάνωση, λειτουργία και διοίκηση της δημόσιας επιχείρησης

1. Οι δημόσιες επιχειρήσεις οργανώνονται, λειτουργούν και διοικούνται σύμφωνα με το νόμο αυτόν, τις διατάξεις που διέπουν τις ανώνυμες εταιρείες και τυχόν ειδικές διατάξεις που αφορούν καθεμία από αυτές, εφόσον δεν έρχονται σε αντίθεση με τις διατάξεις του νόμου αυτού.

2. Όλες οι δημόσιες επιχειρήσεις υποχρεούνται να προσαρμόσουν το καταστατικό τους προς τις διατάξεις του νόμου αυτού, μέσα σε προθεσμία έξι μηνών από τη θέση του νόμου αυτού σε ισχύ [...] Άρθρο 3 Διοικητικό συμβούλιο [...]7. Κάθε δημόσια επιχείρηση υποχρεούται να καταρτίσει κανονισμό λειτουργίας του διοικητικού της συμβουλίου, ο οποίος εγκρίνεται με απόφαση του διοικητικού της συμβουλίου εντός εννέα μηνών από την ημερομηνία θέσης του νόμου αυτού σε ισχύ. Ο κανονισμός λειτουργίας του διοικητικού συμβουλίου περιλαμβάνει υποχρεωτικά:

α) τον προσδιορισμό των αρμοδιοτήτων των εκτελεστικών, μη εκτελεστικών και ανεξάρτητων μελών του διοικητικού συμβουλίου και

β) τον προσδιορισμό των ευθυνών και των αρμοδιοτήτων του προέδρου του διοικητικού συμβουλίου και του διευθύνοντος συμβούλου [...] Άρθρο 4 Εσωτερικός Κανονισμός Λειτουργίας και εσωτερικός έλεγχος

1. Οι δημόσιες επιχειρήσεις, οι οργανισμοί, καθώς και τα νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου που είναι φορείς Γενικής Κυβέρνησης με

## **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

προϋπολογισμό που υπερβαίνει το όριο της υπουργικής απόφασης της παρ. 2 του άρθρου 147 του ν. 4270/2014 (Α`143), καταρτίζουν εσωτερικό κανονισμό λειτουργίας. Ο εσωτερικός κανονισμός λειτουργίας καταρτίζεται με απόφαση του διοικητικού συμβουλίου ή του οργάνου διοίκησης των προαναφερόμενων φορέων και δημοσιεύεται σε περίληψη στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως.

2. Ο εσωτερικός κανονισμός λειτουργίας περιλαμβάνει τουλάχιστον:

α) τη διάρθρωση των υπηρεσιών των φορέων της παραγράφου 1, τα αντικείμενά τους, καθώς και τη σχέση των υπηρεσιών μεταξύ τους και με τη διοίκηση. Μεταξύ των υπηρεσιών πρέπει υποχρεωτικά να προβλέπεται υπηρεσία εσωτερικού ελέγχου,

β) τις διαδικασίες αξιολόγησης της απόδοσης των διευθυντικών στελεχών,

γ) τον Κανονισμό Προσωπικού, ο οποίος καταρτίζεται σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις [...]

*Άρθρο 16 Οργάνωση, λειτουργία, διοίκηση και κρατική εποπτεία*

1. Επί των ανωνύμων εταιρειών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του παρόντος κεφαλαίου εφαρμόζονται οι διατάξεις του κ.ν. 2190/1920, του ν. 3016/2002, όπως ισχύουν, και οι λοιπές διατάξεις οι εφαρμοζόμενες σε κάθε άλλη εισηγμένη σε οργανωμένη αγορά ανώνυμη εταιρεία.

2. Η κρατική εποπτεία, όπου προβλέπεται, ασκείται επί της λειτουργίας και των δραστηριοτήτων των εταιρειών αυτών, όπως και επί κάθε άλλης ανώνυμης εταιρείας, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά σε ειδικές διατάξεις.

3. Η διάταξη της παρ. 2 του άρθρου 2 έχει και στην προκειμένη περίπτωση εφαρμογή [...].».

19.Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και

### **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

20. Επειδή στο άρθρο 360 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. 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 κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής.

2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών.

3. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1».

21. Επειδή σύμφωνα με τον Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας προβλέπεται ότι: «Άρθρο 1 Πεδίο Εφαρμογής των διατάξεων του Κώδικα

Οι διατάξεις του Κώδικα αυτού εφαρμόζονται στο Δημόσιο, στους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης και στα άλλα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, εκτός αν άλλως ορίζεται σε επιμέρους διατάξεις. Ειδικά οι διατάξεις των άρθρων 4 έως 7 και του άρθρου 12 του παρόντος εφαρμόζονται αναλόγως στα νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου (Ν.Π.Ι.Δ.) που ανήκουν στο κράτος ή επιχορηγούνται τακτικώς, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις από κρατικούς πόρους κατά 50% τουλάχιστον του ετήσιου προϋπολογισμού τους, στα Ν.Π.Ι.Δ. και τις Δημόσιες Επιχειρήσεις και Οργανισμούς (ΔΕΚΟ) του Κεφαλαίου Α` του Ν.3429/2005, καθώς και στα νομικά πρόσωπα και τις επιχειρήσεις των Ο.Τ.Α, εντός ή εκτός της Γενικής Κυβέρνησης [...] Άρθρο 14

## **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

Σύνθεση - Συνεδριάσεις – Λειτουργία [...] 10. Οι συνεδριάσεις, αν στο νόμο δεν ορίζεται διαφορετικά, είναι μυστικές. Η κατά τη συζήτηση παρουσία άλλων προσώπων, πλην των μελών και του γραμματέα ή των τυχόν ειδικώς οριζόμενων στο νόμο προσώπων, δεν επιτρέπεται. Το συλλογικό όργανο, όμως, μπορεί να καλέσει, προς παροχή πληροφοριών ή προσαγωγή στοιχείων, υπηρεσιακά ή άλλα πρόσωπα, τα οποία και αποχωρούν πριν από την έναρξη της συζήτησης [...]».

22. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται ότι: «[...] 1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης  
Αντικείμενο της σύμβασης είναι η ανάθεση υπηρεσιών φύλαξης των εγκαταστάσεων της εταιρείας «... Α.Ε.» στην Παλλήνη και στη Μαγούλα Αττικής συνολικής διάρκειας δεκαπέντε (15) μηνών από την υπογραφή της σύμβασης και συνολικού προϋπολογισμού 220.000,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ 24%.

Ειδικότερα η ανάθεση αφορά την παροχή υπηρεσιών φύλαξης δύο κτιρίων της ... Α.Ε. για χρονικό διάστημα δεκαπέντε (15) μηνών

- α) κτίριο Παλλήνης – 18ο χλμ Λεωφόρου Μαραθώνος Παλλήνη Αττικής
- β) κτίριο Μαγούλας – 3ο χλμ Λεωφόρου Τιάν Μαγούλα Αττικής

Η παραπάνω υπηρεσία κατατάσσεται στον κάτωθι κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV): 79713000-5 Υπηρεσίες φύλαξης.

Προσφορές υποβάλλονται για το σύνολο της προκηρυσσόμενης υπηρεσίας και για τα δύο κτίρια της ... Α.Ε. επί ποινή αποκλεισμού. Ο παρών δημόσιος ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός αφορά την ανάδειξη ενός Αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης των δύο κτιρίων της ... Α.Ε. στην Παλλήνη και στη Μαγούλα Αττικής.

Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 272.800,00 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 220.000,00 € & ΦΠΑ 24%: 52.800,00 €).

Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε δεκαπέντε (15) μήνες από την υπογραφή της σύμβασης.

## **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης δίδεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της παρούσας διακήρυξης.

Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει της τιμής [...] 2.3 Κριτήρια Ανάθεσης

### 2.3.1 Κριτήριο ανάθεσης

Κριτήριο ανάθεσης της Σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά: βάσει της τιμής [...]

2.4.4 Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών

Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής άποψης προσφοράς βάσει της τιμής

Στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά» περιλαμβάνεται η οικονομική προσφορά του προσφέροντα.

Η Οικονομική Προσφορά υποβάλλεται ηλεκτρονικά επί ποινή απορρίψεως στον (υπό) φάκελο «Οικονομική Προσφορά». Η οικονομική προσφορά, συντάσσεται συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος. Στην συνέχεια, το σύστημα παράγει σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, σε μορφή pdf, το οποίο υπογράφεται ψηφιακά και υποβάλλεται από τον προσφέροντα. Τα στοιχεία που περιλαμβάνονται στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος και του παραγόμενου ψηφιακά υπογεγραμμένου ηλεκτρονικού αρχείου πρέπει να ταυτίζονται. Σε αντίθετη περίπτωση, το σύστημα παράγει σχετικό μήνυμα και ο προσφέρων καλείται να παράγει εκ νέου το ηλεκτρονικό αρχείο pdf.

Εφόσον η οικονομική προσφορά δεν έχει αποτυπωθεί στο σύνολό της στις ειδικές ηλεκτρονικές φόρμες του συστήματος, ο προσφέρων επισυνάπτει ψηφιακά υπογεγραμμένα τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία. Η οικονομική προσφορά του συμμετέχοντος θα πρέπει να έχει συνταχθεί με τέτοιο τρόπο ώστε:

α. Η προσφερόμενη τιμή πρέπει να προκύπτει με σαφήνεια από την οικονομική προσφορά, η οποία θα πρέπει να είναι διαμορφωμένη σύμφωνα με

## **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

όσα ζητούνται από την παρούσα διακήρυξη. Επισημαίνεται ότι το εκάστοτε Φ.Π.Α. επί τοις εκατό, της ανωτέρω τιμής θα υπολογίζεται αυτόματα από το σύστημα.

Διευκρινίζεται ότι το ποσό για το σύνολο του έργου χωρίς Φ.Π.Α. πρέπει να αποτυπώνεται στο σύστημα.

β. Οι τιμές πρέπει να περιλαμβάνουν το σύνολο των επιβαρύνσεων, εκτός από τον Φ.Π.Α. (αποδοχές εργαζομένων, ασφαλιστικές εισφορές, διοικητικό κόστος, κρατήσεις, αναλώσιμα υλικά και εργολαβικό κέρδος) και κάθε είδους άλλη δαπάνη (έξοδα μεταφοράς, έξοδα τοποθέτησης, κόστος ασφάλισης, χρηματοοικονομικά έξοδα κ.λπ.) που βαρύνουν τον ανάδοχο και θα πρέπει να έχουν συνυπολογισθεί στην προσφορά.

Σε ιδιαίτερη στήλη των ως άνω τιμών ο Υποψήφιος Ανάδοχος θα καθορίζει το ποσό με το οποίο θα επιβαρύνει αθροιστικά τις τιμές αυτές με τον Φ.Π.Α.

Η τιμή θα έχει υπολογισθεί στα πλαίσια της Εθνικής Γενικής Συλλογικής Σύμβασης Εργασίας (Ε.Γ.Σ.Σ.Ε.), που αφορά τους εργαζόμενους στις ιδιωτικές επιχειρήσεις παροχής υπηρεσιών φύλαξης και τους κανόνες της εργατικής νομοθεσίας και δε θα υπολείπεται των κατωτάτων ορίων της Εθνικής Συλλογικής Σύμβασης Εργασίας. Οι τιμές της προσφοράς είναι δεσμευτικές για τον ανάδοχο μέχρι και την τελευταία οριστική τμηματική παροχή υπηρεσιών. Αποκλείεται η αναπροσαρμογή ή αναθεώρηση των τιμών της προσφοράς ή οποιαδήποτε αξίωση του αναδόχου πέραν του αντιτίμου για τις υπηρεσίες, που θα παρέχει στην ... Α.Ε., βάσει των τιμών της προσφοράς του και θα ισχύουν και θα δεσμεύουν τον Ανάδοχο μέχρι την πλήρη εκτέλεση της σύμβασης.

Απαράβατος όρος με ποινή αποκλεισμού, είναι η Οικονομική προσφορά να περιλαμβάνει βάσει του ν. 3863/2010, άρθρο 68 («Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών») όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με το άρθρο 22 του ν. 4144/13 (ΦΕΚ 88/τ.Α/18-4-2013), σε χωριστό κεφάλαιο της οικονομικής προσφοράς τα κάτωθι στοιχεία:

- 1) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο.

## **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

2) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας.

3) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι (την οποία θα υποβάλλουν ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΑ στο σύστημα και θα προσκομίσουν σε αντίγραφο) 4) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων. (Το εργατικό κόστος θα είναι σύμφωνα και με τις ώρες και το προσωπικό που έχουν δηλώσει οι υποψήφιοι ανάδοχοι. Το εργατικό κόστος θα πρέπει να υπολογισθεί στη βάση του συμβατικού ημερομισθίου που προβλέπεται από την οικεία Εθνική Γενική Συλλογική Σύμβαση Εργασία (Ε.Γ.Σ.Σ.Ε.), τις ανάλογες προσαυξήσεις τους (οι οποίες σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να είναι κατώτερες των προβλεπόμενων από την οικεία Κ.Σ.Σ.Ε.), τα επιδόματα κ.λπ. )

5) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά των αποδοχών.

6) Το Εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους.

7) Το κόστος των αναλωσίμων.

8) Το εργολαβικό τους κέρδος και

9) Τις νόμιμες, υπέρ Δημοσίου και τρίτων, κρατήσεις.

Η οικονομική προσφορά θα πρέπει να είναι σύμφωνη με το ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» που περιλαμβάνεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙΙ της παρούσας διακήρυξης.

Η Επιτροπή του Διαγωνισμού, διατηρεί το δικαίωμα να ζητήσει από τους συμμετέχοντες, στοιχεία απαραίτητα για την τεκμηρίωση του ευλόγου ή μη των προσφερόμενων τιμών, οι δε συμμετέχοντες υποχρεούνται να παρέχουν αυτά. Η ευθύνη όμως για την ακρίβεια των αναφερομένων βαρύνει αποκλειστικά τον Υποψήφιο Ανάδοχο.

Οικονομικές προσφορές που δεν καλύπτουν τουλάχιστον το κόστος των αμοιβών και της ασφάλισης του προσωπικού φύλαξης που θα χρησιμοποιηθεί, λαμβάνοντας υπ' όψιν την ισχύουσα, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, οικεία Συλλογική Σύμβαση των εργαζομένων σε



## **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

Ιδιωτικές Εταιρίες-Επιχειρήσεις Παροχής Υπηρεσιών Φύλαξης και Ασφάλειας Κτιρίων όλης της χώρας και δεν πληρούν τους όρους υγιεινής και ασφάλειας των εργαζομένων κ.λπ., καθώς και τα άλλα νόμιμα κόστη δεν θα γίνουν δεκτές. Επίσης, διευκρινίζεται ότι προσφορές που δεν θα καλύπτουν τα διάφορα άλλα κόστη (λειτουργικά έξοδα, κόστος αναλωσίμων υλικών, εργολαβικό κέρδος και κρατήσεις υπέρ τρίτων) θα απορρίπτονται, ως τυπικά απαράδεκτες και δεν θα αξιολογούνται.

Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παροχή των υπηρεσιών στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης.

α) Κράτηση 0,06% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης Υπέρ της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων επιβάλλεται (άρθρο 4 Ν.4013/2011 όπως ισχύει)

β) Κράτηση 0,06% η οποία υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων της αρχικής καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης υπέρ της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (άρθρο 350 παρ. 3 του ν. 4412/2016)84 .

γ) Κράτηση ύψους 0,02% υπέρ του Δημοσίου, η οποία υπολογίζεται επί της αξίας, εκτός ΦΠΑ, της αρχικής, καθώς και κάθε συμπληρωματικής σύμβασης. Το ποσό αυτό παρακρατείται σε κάθε πληρωμή από την αναθέτουσα αρχή στο όνομα και για λογαριασμό της Γενικής Διεύθυνσης Δημοσίων Συμβάσεων και Προμηθειών σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 36 του ν. 4412/2016, υπό την αίρεση ότι θα έχει εκδοθεί η σχετική Υπουργική Απόφαση.

Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%.

Οι προσφερόμενες τιμές είναι σταθερές καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης και δεν αναπροσαρμόζονται.

## **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται προσφορές στις οποίες: α) δεν δίνεται τιμή σε ΕΥΡΩ ή που καθορίζεται σχέση ΕΥΡΩ προς ξένο νόμισμα, β) δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή, με την επιφύλαξη της παρ. 4 του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 και γ) η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της σύμβασης που καθορίζεται και τεκμηριώνεται από την αναθέτουσα αρχή<sup>85</sup> στην παρούσα διακήρυξη και τα παραρτήματα αυτής [...]

### 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 του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη [...]

23. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 8.8 του Εσωτερικού Κανονισμού Λειτουργίας της αναθέτουσας αρχής (ΦΕΚ ΠΡΑΔΙΤ 372/20.09.2019) προβλέπεται ότι: «8.8 ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΝΟΜΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ

Οι αρμοδιότητες της Διεύθυνσης Νομικών Υπηρεσιών, η οποία υπάγεται απ' ευθείας στο Διοικητικό Συμβούλιο της Εταιρείας, είναι οι εξής: • Παρέχει νομικές συμβουλές στο Διοικητικό Συμβούλιο, τον Πρόεδρο του Δ.Σ. και τον Διευθύνοντα Σύμβουλο για τα θέματα της αρμοδιότητάς τους.

• Συμμετέχει στις συνεδριάσεις του Διοικητικού Συμβουλίου της Εταιρείας για θέματα της αρμοδιότητάς της [...]

24. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 4 του Κανονισμού Λειτουργίας του Διοικητικού Συμβουλίου, που εγκρίθηκε στην υπ' αριθμ. 252 Συνεδρίαση που έλαβε χώρα στις 28.11.2019, προβλέπεται ότι: «Στις Συνεδριάσεις του Διοικητικού Συμβουλίου δύναται να μετέχει, χωρίς δικαίωμα ψήφου, ο Νομικός Σύμβουλος της Εταιρείας, μετά από σχετική πρόσκληση, ο οποίος εφ' όσον ερωτηθεί από τον Πρόεδρο ή τον Διευθύνοντα Σύμβουλο ή,

### **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

δι' αυτών, από μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου, διατυπώνει τη γνώμη του επί νομικών ερωτημάτων που σχετίζονται με τα συζητούμενα θέματα».

25. 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 διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Περαιτέρω, οι τεχνικές προδιαγραφές συνιστούν στο σύνολο τους, απαράβατους όρους της διακήρυξης πλην εάν ορίζεται ότι είναι προαιρετικές ή ότι είναι αποδεκτή η πλήρωση μέρους μόνο αυτών (ΔΕΦΑΘ αναστ. 230/2012).

26. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25 και απόφαση *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 27).

27. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή έχει μεν την ευχέρεια να ματαιώσει προκηρυχθέντα διαγωνισμό, κατόπιν γνωμοδότησης του αρμόδιου για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού συλλογικού οργάνου, εφόσον συντρέχει νόμιμος λόγος, η ευχέρεια όμως αυτή δεν είναι απεριόριστη, καθότι η περί ματαιώσεως του διαγωνισμού απόφαση της αναθέτουσας πρέπει να είναι ειδικώς και επαρκώς αιτιολογημένη, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η ματαίωση του διαγωνισμού (πρβλ. ΣΤΕ 121/2015, 543/2010, 1803/2008, ΕΑ

### **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

88/2015, 158/2011, 226/2009). Τέτοιο δε νόμιμο λόγο ματαιώσεως μπορεί κατ' αρχήν να συνιστά και ζήτημα που άπτεται της χρηματοδότησης και εν γένει οικονομικής διαχείρισης της υπό ανάθεση σύμβασης (πρβλ. ΣΤΕ 423/2013, ΕΑ 455/2009, 498/2010).

28. Επειδή, όπως έχει κριθεί υπό το προηγούμενο καθεστώς που εν προκειμένω δεν διαφοροποιείται με το ισχύον καθεστώς, η αναθέτουσα αρχή έχει τη διακριτική ευχέρεια και όχι υποχρέωση να κατακυρώσει την προμήθεια στον μοναδικό αποδεκτό συμμετέχοντα (*ad hoc* C-27/98, *Metalmeccanica Fracasso SpA*, ECLI:EU:C:1999:420, σκ.26-34), και τούτο διότι εφόσον την κρίνει τελικώς ως μη συμφέρουσα, δύναται να προβεί στην ματαίωση της διαδικασίας βάσει του άρθρου 106 του ν. 4412/2016 και εν προκειμένω στην περ. δ της παρ.2 (βλ. σχετικά με το ζήτημα της συμφέρουσας προσφοράς την με αρ. 417/2013 Γνμ νΣΚ, ΕΣ Τμ. Μείζονος-Επταμ. Συνθ. 3495, 3092/2012, VI 1365, 1369, 2555, 3208/2013, 93 και 107/2012, και ειδικά με τις τρέχουσες συνθήκες της αγοράς ΕΣ IV Τμ. 48/2013).

29. Επειδή η ματαίωση ενός διαγωνισμού αποτελεί εξαιρετική διαδικασία επιτρεπτή περιοριστικά για τους αναφερόμενους στη νομοθεσία λόγους, οι οποίοι αποσκοπούν στο να αποτρέψουν καταχρηστικές, από την πλευρά των αναθετουσών αρχών, ματαιώσεις διαγωνιστικών διαδικασιών ανάλογα με τον προσφέροντα της επιλογής τους στον οποίο επιθυμούν να αναθέσουν μία δημόσια σύμβαση. Σε κάθε περίπτωση δεν πρέπει να αγνοείται το γεγονός ότι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς ανάλωσαν χρόνο και πόρους για τη σύνταξη της προσφοράς τους, που δεν μπορούν να θεωρούνται αμελητέοι, ειδικά σε σύνθετες συμβάσεις με πολύπλοκο αντικείμενο. Μάλιστα η «ειδική αιτιολογία» της ματαιωτικής απόφασης είναι απαραίτητη προκειμένου να υποβληθεί η εκτελεστή πράξη αυτή σε αποτελεσματικό προδικαστικό έλεγχο ενώπιον της ΑΕΠΠ, τελικώς δε ενώπιον του αρμοδίου ακυρωτικού Δικαστηρίου κατά το άρθρο 372 παρ. 1 και 3 Ν. 4412/2016 (βλ. Δ. Ράικο, *Δημόσιες Συμβάσεις- Ν.4412/2106*, εκδ. 2018 σελ. 986-987, ΑΕΠΠ 280/2018).

### **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

30. Επειδή, η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης. Σύμφωνα δε με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάσει των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣΤΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣΤΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣΤΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην

### **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν ανατιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. Σπηλιωτόπουλο, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμ. 2, 13η έκδ., αριθμ. 516-518).

31. Επειδή με τον πρώτο λόγο της υπό εξέταση προσφυγής η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι σύμφωνα με τις διατάξεις που διέπουν τις ανώνυμες εταιρείες, η προσβαλλόμενη είναι ακυρωτέα λόγω κακής σύνθεσης του Διοικητικού Συμβουλίου δοθέντος ότι στην επίμαχη συνεδρίαση συμμετείχε και πρόσωπο από την Νομική Υπηρεσία, ήτοι που δεν περιλαμβάνεται στη νόμιμη συγκρότηση του Διοικητικού Συμβουλίου ως αποφασίζοντος συλλογικού οργάνου, και δεν προκύπτει ότι η αποχώρησή του κατά τη συζήτηση και έκδοση της προσβαλλόμενης

Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επικαλούμενη το θεσμικό πλαίσιο λειτουργίας της αναφέρει ότι νομίμως οι νομικοί σύμβουλοι παρίστανται κατά τις συνεδριάσεις του Διοικητικού Συμβουλίου για θέματα της αρμοδιότητάς τους, δεν καθίστανται εξ αυτού μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου, δεν συμμετέχουν ούτε στη συζήτηση ούτε στην ψήφιση των θεμάτων της ημερήσιας διάταξης και ότι το άρθρο 14, παρ. 10 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας που επικαλείται η προσφεύγουσα δεν τυγχάνει εφαρμογής στις ΔΕΚΟ. Εξάλλου, η προσβαλλόμενη εκδόθηκε κατόπιν ομόφωνης απόφασης των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου που ήταν άπαντα παρόντα, σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου.

32. Επειδή, σύμφωνα με το θεσμικό πλαίσιο λειτουργίας της αναθέτουσας αρχής, τυγχάνουν εφαρμογής οι ειδικότερες διατάξεις του Ν.3429/2005 και κατά τα λοιπά οι διατάξεις περί ανωνύμων εταιρειών. Περαιτέρω, προβλέπεται ρητώς και σαφώς από τον Εσωτερικό Κανονισμό Λειτουργίας της αναθέτουσας αρχής (άρθρο 8.8) αλλά και του Κανονισμού Λειτουργίας του Διοικητικού Συμβουλίου (άρθρο 5 παρ.4), η παρουσία χωρίς δικαίωμα ψήφου των νομικών συμβούλων για θέματα της αρμοδιότητάς τους στις συνεδριάσεις του Διοικητικού Συμβουλίου προκειμένου να διατυπώνουν τη γνώμη τους, ενώ η παρ. 10 του άρθρου 14 του Κώδικα Διοικητικής

### **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

Διαδικασίας σύμφωνα με το οποίο δεν επιτρέπεται κατά τη συζήτηση η παρουσία άλλων προσώπων, πλην των μελών και του γραμματέα ή των τυχόν ειδικώς οριζόμενων στο νόμο προσώπων, δεν εφαρμόζεται εν προκειμένω, ως βασίμως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή. Σε κάθε περίπτωση δε προβλέπεται ρητώς η δυνατότητα παρουσίας των νομικών συμβούλων στις συνεδριάσεις της αναθέτουσας αρχής. Επομένως, η προσβαλλόμενη που λήφθηκε ομόφωνα από όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου, δεν έχει εκδοθεί από συλλογικό όργανο με κακή σύνθεση δοθέντος του ότι η νομική σύμβουλος δεν συμμετείχε στην ψηφοφορία, γεγονός που δεν αμφισβητεί ούτε η προσφεύγουσα. Ως εκ τούτου, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

33. Επειδή σύμφωνα με τον δεύτερο λόγο της υπό εξέταση προσφυγής η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη πρέπει να ακυρωθεί λόγω μη νόμιμης, ειδικής, πλήρους και επαρκούς αιτιολογίας ως απαιτεί ο νόμος δεδομένου ότι προβαίνει παρανόμως σε σύγκριση της απόλυτα νόμιμης οικονομικής προσφοράς της με την οικονομική προσφορά της έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας που έχει απορριφθεί ως απαράδεκτη και μη νόμιμη και διότι οι συμβάσεις φύλαξης των επίμαχων κτιρίων, τις οποίες επισυνάπτει με την προσφυγή της, είναι συγκριτικά υψηλότερες σε κόστος από τη δική της προσφορά που είναι οικονομικά συμφερότερη.

Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι, κατά πάγια νομολογία, εφόσον αιτιολογεί επαρκώς τη σχετική κρίση της, έχει τη διακριτική ευχέρεια να ματαιώσει τον διαγωνισμό στην περίπτωση που υπάρχει ένας και μοναδικός διαγωνιζόμενος με αποδεκτή προσφορά. Αναφέρει δε ότι ο προηγούμενος διαγωνισμός με το ίδιο αντικείμενο απέβη άγονος λόγω της επικείμενης τροποποίησης του κατώτατου μισθού. Επίσης, ισχυρίζεται ότι υπάρχει διαφορά πλέον των δέκα χιλιάδων ευρώ για δέκα μήνες μεταξύ των δύο προσφορών, ότι λόγω της τροποποίησης των κατώτατων μισθών δεν κατέστη εφικτή η άντληση στοιχείων από παλαιότερους αντίστοιχους διαγωνισμούς της ίδιας ή της ελεύθερης αγοράς

### **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

καθώς οι οικονομικές προσφορές των διαγωνιζομένων είχαν υπολογιστεί με βάση το προηγούμενο νομοθετικό πλαίσιο για τους κατώτατους μισθούς με αποτέλεσμα να μην μπορούν να συγκριθούν οι προσφερόμενες τιμές, με αποτέλεσμα η μόνη συγκρίσιμη προσφορά να είναι αυτή της έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας κατόπιν αναγωγής της στο δεκαπεντάμηνο.

34. Επειδή σύμφωνα με την επίμαχη Διακήρυξη, στο άρθρο 3.5 προβλέπεται ρητώς και σαφώς η διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να ματαιώσει τη διαγωνιστική διαδικασία υπό τους όρους του άρθρου 106 του Ν.4412/2016, το οποίο στην περ. δ της παρ. 2 προβλέπει την περίπτωση επιλεγείσας προσφοράς που κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη.

35. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η έτερη συνδιαγωνιζόμενη εταιρεία απορρίφθηκε με την προσβαλλόμενη διότι εσφαλμένα στην οικονομική της προσφορά ανέφερε ως συνολική αξία το ποσό των 12.535 ευρώ προ ΦΠΑ που αντιστοιχεί σε χρονικό διάστημα ενός μήνα (ήτοι 188.025 ευρώ για δεκαπέντε μήνες), αντί του ορθού χρονικού διαστήματος των δεκαπέντε μηνών, ενώ η προσφορά της προσφεύγουσας κρίθηκε παραδεκτή, εντός του προϋπολογισμού των 220.000 ευρώ και, επομένως, της εκτιμώμενης από την αναθέτουσα αρχή αξίας της σύμβασης και ανέρχεται στο ποσό των 198.450 ευρώ, ήτοι σε 13.230 ευρώ τον μήνα.

36. Επειδή, ως έχει κριθεί, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αξιολογήσει την οικονομική προσφορά του μόνου εναπομείναντος στο στάδιο αυτό διαγωνιζομένου ως συμφέρουσα ή μη συγκρίνοντάς την με τιμές που προσφέρθηκαν τυχόν σε προηγούμενους διαγωνισμούς, καθώς και με την τρέχουσα τιμή στην αγορά για όμοιο ή παρεμφερές είδος (ΣΤΕ 375/2009, σκ.4). Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή δεν προέβη σε αναζήτηση συγκριτικών στοιχείων τιμών, η δε αιτιολογία της αποφάσεως περί ματαιώσεως του διαγωνισμού, αναφερόμενη στο ζήτημα της μη αναζήτησης των συγκριτικών στοιχείων τιμών διότι οι προηγούμενοι διαγωνισμοί, που διενεργήθηκαν για τη φύλαξη των επίμαχων κτιρίων είναι μη αξιοποιήσιμοι λόγω της αύξησης του εργατικού κόστους είναι μη νόμιμη διότι, ανεξάρτητα



### **Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

από το ότι για διαγωνισμούς που διενεργήθηκαν λήφθηκαν υπόψη για τον προϋπολογισμό τους και τον καθορισμό της εργατικής δαπάνης τα κατώτερα επίπεδα, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να λάβει ως συγκριτικά στοιχεία τιμών, αναλογικά, από προηγούμενους διαγωνισμούς για τη φύλαξη των επίμαχων κτιρίων. Εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή προέβη σε υπολογισμούς κατ' αναγωγή προκειμένου να υπολογίσει την εκτιμώμενη αξία της επίμαχης σύμβασης μετά την αύξηση των κατώτατων μισθών σε σχέση με τον προηγούμενο διαγωνισμό που απέβη άγονος. Εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή δεν απέδωσε την μη αναζήτηση συγκριτικών στοιχείων τιμών στα τεχνικά χαρακτηριστικά και τις ιδιότητες των κτιριακών εγκαταστάσεων της που θα καθιστούσαν τις σχετικές υπηρεσίες φυλάξεως μοναδικές, σε σχέση με προκηρυσσόμενες και εκτελούμενες όμοιες άλλων δημοσίων κτιρίων (βλ. και ΔΕΦΑΘ 3081/2014, σκ. 7) ή στην μη ύπαρξη διαγωνιστικών διαδικασιών με το ίδιο αντικείμενο που δεν έχουν ολοκληρωθεί μετά την αύξηση των κατώτατων μισθών κατόπιν έρευνας αγοράς. Αντίθετα, βασίμως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή ότι οι συμβάσεις που είναι σε ισχύ και επικαλείται η προσφεύγουσα είναι απευθείας αναθέσεις μικρής διάρκειας και για τον λόγο αυτό δεν συνιστούν συγκρίσιμα μεγέθη, παρά τα περί αντιθέτου προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα. Περαιτέρω, οι εκατέρωθεν ισχυρισμοί περί των λόγων απόρριψης της οικονομικής προσφοράς της έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας πρέπει να απορριφθούν ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι καθώς η εν θέματι προσφορά έχει απορριφθεί με την προσβαλλόμενη ως απαράδεκτη και, ως εκ τούτου, δεν μπορεί να συγκριθεί, σε κάθε περίπτωση, με νόμιμα υποβληθείσα προσφορά. Επομένως, δεδομένου και του ότι η προσφορά της προσφεύγουσας είναι κατά περίπου 10% χαμηλότερη από την προϋπολογισθείσα αξία της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή δε αιτιολογεί πλήρως και επαρκώς την απόφασή της περί ματαίωσης του διαγωνισμού. Ως εκ τούτου, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

37. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

**Αριθμός απόφασης: 1416 / 2019**

38. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

39.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 Ν.4412/2016).

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή

Ακυρώνει την απόφαση της 462ης Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής της 7ης Οκτωβρίου 2019, σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου ποσού χιλίων εκατό (1.100) ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29 Νοεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στις 19 Δεκεμβρίου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**  
**ΓΕΡΑΣΙΜΟΥΛΑ-ΜΑΡΙΑ**  
**ΔΡΑΚΟΝΤΑΕΙΔΗ**

**Η Γραμματέας**  
**ΒΙΚΤΩΡΙΑ ΠΙΣΜΙΡΗ**