

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 22 Ιανουαρίου 2021, με την εξής σύνθεση: Νικόλαος Σαββίδης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και Κωνσταντίνος Κορομπέλης Μέλη, δυνάμει των με αριθμούς 2244, 2285 / 2020 Πράξεων Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει τις Προδικαστικές Προσφυγές του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) α) *****, νόμιμα εκπροσωπούμενης και β) ****, νόμιμα εκπροσωπούμενης

Κατά του ****, όπου νόμιμα εδρεύει και όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

των παρεμβαινουσών, α) *****, όπου ανωτέρω αναφέρεται ότι εδρεύει, νόμιμα εκπροσωπούμενης, που παρεμβαίνει στη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1904/2020 προσφυγή και β) *****, που παρεμβαίνει στη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1938/2020 προσφυγή.

Με τις κρινόμενες προσφυγές ζητείται να ακυρωθεί η με αριθμό πρωτ. *****, με την οποία 1) εγκρίνονται: α) το από 27-10-2020 με αριθμ. πρωτ. *****» και β) το από 06-11-2020 με αριθμ. Πρωτ. ***** πρακτικό γνωμοδότησης για αναδιαμόρφωση του εργατικού κόστους της υπό σύναψη σύμβασης, όπως αυτά συντάχθηκαν από την αρμόδια επιτροπή και 2) κατακυρώνονται τα αποτελέσματα του διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου ****, στην εταιρεία με την επωνυμία «*****», κατά το μέρος που θίγεται σε έκαστη προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και αποφάσισε τα εξής

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

1. Επειδή και οι δύο προσφυγές στρέφονται κατά της ίδιας αναθέτουσας αρχής και βάλλουν κατά της ίδιας εκτελεστής πράξης αυτής, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του ίδιου διαγωνισμού για την ανάθεση της ίδιας σύμβασης, κατά συνέπεια, οι κρινόμενες προσφυγές προσηύκει να εξεταστούν από κοινού.

2. Επειδή, για την άσκηση των προσφυγών καταβλήθηκαν και δεσμεύτηκαν τα νόμιμα παράβολα, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, και συγκεκριμένα, α) για την πρώτη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1904/2020 προσφυγή το ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό *****, ποσού 15.000,00€ και β) για τη δεύτερη, με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1938/2020 προσφυγή, το ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό *****, ποσού επίσης 15.000,00€, το οποίο αποτελεί το ανώτερο καταβαλλόμενο ποσό παραβόλου, σύμφωνα με τις ανωτέρω αναφερόμενες διατάξεις, δοθέντος ότι το αναλογικό ποσοστό (0,5%) επί της προϋπολογισθείσας, χωρίς ΦΠΑ, αξίας της σύμβασης (8.247.548,39€), επί της οποίας καταρχήν υπολογίζεται για την καταβολή του παραβόλου, υπερβαίνει το ποσό αυτό.

3. Επειδή, και οι δύο (2) προσφυγές ανατέθηκαν στο 2ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με τα σχετικά από 15-12-2020 και 21-12-2020 ηλεκτρονικά μηνύματα του Προέδρου της Αρχής αντίστοιχα.

4. Επειδή, με την υπ' αριθ. *****, προκηρύχθηκε Ηλεκτρονικός Ανοικτός Διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου παροχής υπηρεσιών ασφάλειας *****, συνολικού προϋπολογισμού 10.226.960,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας τιμής (στο εξής «διαγωνισμός»). Περίληψη της Διακήρυξης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 02.08.2018 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 07.08.2018 με ΑΔΑΜ: *****, ο δε διαγωνισμός διεξάγεται μέσω της διαδικτυακής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ, υπό τον συστημικό αριθμό ****. Στον διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορές τρεις (3) οικονομικοί φορείς,

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

οι δύο προσφεύγουσες, (στο εξής « **** », αντίστοιχα) και η εταιρεία « **** »). Με την υπ' αρ. πρωτ.: ****, με θέμα: « Έγκριση πρακτικών Νο 1 και Νο 2, αποσφράγισης προσφορών και αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών του ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου παροχής ***** » εγκρίθηκαν τα από 10-09-2018 και 18-09-2018 πρακτικά αποσφράγισης και αξιολόγησης των δικαιολογητικών και τεχνικών προσφορών της αρμόδιας **** με την ακόλουθα συνολική βαθμολογία: ****. Κατόπιν άσκησης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, η ως άνω απόφαση, κατά το μέρος που γινόταν δεκτή η προσφορά της ****, ακυρώθηκε με τη με αριθμό 1130/2018 Απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία με τη σειρά της ακυρώθηκε με τη με αριθμό 592/2020 απόφαση του Δ' Τμήματος του ΣτΕ, σε συμμόρφωση με την οποία εκδόθηκε η με αριθμό Σ856/2020 Απόφαση της ΑΕΠΠ, με την οποία η ανωτέρω με αριθμό **** ακυρώθηκε εκ νέου, κατά το μέρος με το οποίο γινόταν δεκτή η προσφορά της εταιρείας ****, με νέα αιτιολογία. Αίτηση αναστολής της **** κατά της τελευταίας με αριθμό Σ856/2020 Απόφασης της ΑΕΠΠ απορρίφθηκε με την απόφαση με αριθμό 209/2020 της ΕΑ ΣτΕ. Νωρίτερα, η αναθέτουσα αρχή είχε προχωρήσει με το διαγωνισμό και αποσφράγισε και τις οικονομικές προσφορές και με τη με αρ. πρωτ. ****, κατ' έγκριση του με αρ. πρωτ. **** πρακτικού της επιτροπής του διαγωνισμού περί αποσφράγισης-αξιολόγησης οικονομικών προσφορών, οι οικονομικές προσφορές όλων των διαγωνιζομένων έγιναν δεκτές, χαμηλότερη δε ήταν η προσφορά της εταιρείας **** (€7.022.086,41), ενώ η εταιρεία **** είχε προσφέρει €7.348.070,76, και η εταιρεία ***** 7.913.110,30€, έτσι σύμφωνα με το κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης κατετάγησαν *****. Ακολούθως, σε συμμόρφωση με τη με αριθμό Σ856/2020 Απόφαση της ΑΕΠΠ και τη με αριθμό 209/2020 Απόφαση της ΕΑ ΣτΕ, με τη με αρ. πρωτ. ***** ανακλήθηκε μερικώς η με αριθ. πρωτ. ****, ως προς την προσφορά της εταιρείας ****. Συναφώς, με το με το με αριθμό ***** έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, η εταιρεία *** κλήθηκε να καταθέσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, όπως αυτά αναφέρονται στην παράγραφο 4.1. του Παραρτήματος Β της Διακήρυξης 18/2018, τα οποία υποβλήθηκαν την 1η Οκτωβρίου 2020 ηλεκτρονικά, με το με αριθμ. πρωτ. ***** έγγραφο δε κλήθηκε να καταθέσει και πρόσθετα δικαιολογητικά. Με το από 27-10-2020 πρακτικό της

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

επιτροπής του διαγωνισμού, το οποίο κατατέθηκε στις 27-10-2020 με αριθ. πρωτ. ****, τα δικαιολογητικά που υπέβαλε η εταιρεία *** κρίθηκαν πλήρη όπως αναφέρονται στους όρους της διακήρυξης και προτάθηκε η κατακύρωση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού σε αυτήν. Νωρίτερα, με την από 12-10-2020 επιστολή της, η εταιρεία **** ζητούσε την αναδιαμόρφωση του εργατικού κόστους, πριν την υποβολή του Σχεδίου Σύμβασης για προσυμβατικό έλεγχο στο Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με την **** περί καθορισμού «κατώτατου μισθού και κατώτατου ημερομισθίου για τους υπαλλήλους ... όλης της χώρας», επί της οποίας εκδόθηκε το από 06-11-2020 πρακτικό γνωμοδότησης της επιτροπής του διαγωνισμού το οποίο κατατέθηκε στις 06-11-2020 με αριθ. πρωτ.****, σύμφωνα με το οποίο: α) δεν συνδράμουν [εν. συντρέχουν] οι απαραίτητες και νόμιμες προϋποθέσεις αναδιαμόρφωσης του ποσού πληρωμής εργασιών του αναδόχου, όπως προκύπτει βάσει της οικονομικής προσφοράς που κατέθεσε στο διαγωνισμό και της οποίας την ισχύ παρέτεινε στις 20-05-2020 έως 23-11-2020 και β) το εργατικό κόστος θα πρέπει να αναδιαμορφωθεί στη σύμβαση, κατά τρόπο ώστε να είναι σύμφωνο με τις προβλέψεις της Υ.Α. 4241/127 (ΦΕΚ Β/173/30-01-2019). Η εταιρεία ***, εξάλλου, επί τη βάση της **** είχε υποβάλει έγγραφο (αρ. πρωτ. 29172/ 3.9.2020) με θέμα «Αίτηση ακύρωσης διαγωνισμού», με το οποίο ζητούσε τη ματαίωση του διαγωνισμού, αίτημα το οποίο επανέλαβε με το υπ' αρ. πρωτ. 8178/20.11.2020 έγγραφό της, στο οποίο επιπλέον έθετε και ορισμένα ζητήματα σε σχέση με την προσφορά της ****. Τέλος, με τη με αριθμό πρωτ. ***** (στο εξής «προσβαλλόμενη απόφαση» ή «προσβαλλόμενη πράξη») το μεν εγκρίθηκαν α) το ανωτέρω από ***** πρακτικό ελέγχου των δικαιολογητικών της μειοδότης εταιρείας (****) και β) το ανωτέρω από 06-11-2020 με αριθμ. Πρωτ. ***** πρακτικό γνωμοδότησης για αναδιαμόρφωση του εργατικού κόστους της υπό σύναψη σύμβασης, όπως αυτά συντάχθηκαν από την αρμόδια επιτροπή, το δε κατακυρώθηκαν τα αποτελέσματα του επίμαχου διαγωνισμού στην εταιρεία *****. Κατά της απόφασης αυτής του ***** στρέφονται οι προσφεύγουσες, η 1^η, κατά το μέρος που δεν ματαιώνεται ο διαγωνισμός και επικουρικά κατά το μέρος που γίνονται δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της εταιρείας ****, και η 2^η, κατά το μέρος που κατακυρώνεται σύμβαση ετήσιας (αντί τριετούς) διάρκειας και που

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

αποφασίζεται ότι δεν πρέπει να αυξηθεί το συμβατικό τίμημα λόγω της αύξησης του εργατικού κόστους.

5. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (345 παρ. 1 ν. 4412/2016, 6 παρ.1 ν. 4412/2016), του αντικειμένου της (υπηρεσίες φύλαξης) και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και πιο συγκεκριμένα του Τμήματος IV του Βιβλίου I αυτού, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (αποστολή για δημοσίευση της προκήρυξης του διαγωνισμού στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 02-08-2018), οι κρινόμενες διαφορές διέπονται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως ισχύουν, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκούνται οι προσφυγές είναι αρμόδια για την εξέτασή τους.

6. Επειδή, και οι δύο (2) προσφυγές ασκήθηκαν με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα I του π.δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, είναι δε και εμπρόθεσμες, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016, δοθέντος ότι από τα αναρτημένα στοιχεία στη λειτουργικότητα της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προκύπτει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στις προσφεύγουσες στις 08-12-2020 και οι προσφυγές ασκήθηκαν, η πρώτη (με ΓΑΚ 1904/2020) στις 14-12-2020 και η δεύτερη (με ΓΑΚ 1938/2020) στις 18-12-2020, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης κατά τις ανωτέρω αναφερόμενες διατάξεις δεκαήμερης προθεσμίας για την άσκησή τους.

7. Επειδή, συνακόλουθα, ως τύποις παραδεκτές, οι κρινόμενες προσφυγές πρέπει να εξεταστούν στην ουσία τους.

8. Επειδή, εξάλλου, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και 7 του π.δ. 39/2017 υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης και

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

επί σκοπώ απόρριψης της πρώτης κρινόμενης προσφυγής, παρεμβαίνει η προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης, εταιρεία ****, με την αναρτηθείσα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 28-12-2020 και κοινοποιηθείσα και στην ΑΕΠΠ από ίδιας ημερομηνίας παρέμβασή της.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή δεν υπέβαλε απόψεις επί των προσφυγών.

10. Επειδή, τέλος, η 1^η προσφεύγουσα στις 15-01-2021 παραδεκτώς ανήρτησε στην επικοινωνία του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού το από ίδιας ημερομηνίας υπόμνημά της, σύμφωνα με τις διατάξεις του τελευταίου εδαφίου της πρώτης παρ. του άρ. 365 του ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει.

11. Επειδή, η 1^η προσφεύγουσα (***), όπως αναφέρεται και στην 4^η σκέψη της παρούσας, συμμετείχε στον διαγωνισμό και υπέβαλε εμπρόθεσμη και καταρχήν νομότυπη προσφορά, η προσφορά της όμως απορρίφθηκε με τη με αρ. πρωτ. **** απόφαση της αναθέτουσας αρχής με την οποία ανακλήθηκε μερικώς η με αριθ. πρωτ. ****, σε συμμόρφωση με τη αριθμό Σ856/2020 Απόφαση της ΑΕΠΠ και τη με αριθμό 209/2020 Απόφαση της ΕΑ ΣτΕ. Δοθέντος ότι κατά τον χρόνο άσκησης της κρινόμενης προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, χωρίς να αμφισβητείται, αλλά και χωρίς να προκύπτει το αντίθετο, ότι δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για την άσκηση αίτησης ακύρωσης κατά της απόφασης με αριθμό Σ856/2020 της ΑΕΠΠ και της απόφασης με αρ. πρωτ. **** της αναθέτουσας αρχής, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η προσφεύγουσα δεν έχει οριστικά αποκλειστεί, ούτε έχει καταστεί τρίτη, ως προς τον επίμαχο διαγωνισμό (ΕΑ ΣτΕ 235/2019). Στην κρίση αυτή άγεται το παρόν Κλιμάκιο, λαμβανομένου υπόψη ότι η απάντηση στο, εάν, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ερμηνεύομενων υπό το φως των διατάξεων των άρθρων 1 (παρ. 1 τρίτο εδάφιο και παρ. 3) και 2α (παρ. 1 και 2) της δικονομικής οδηγίας 89/665/ΕΟΚ (L 395), αναγνωρίζεται στον διαγωνιζόμενο που αποκλείσθηκε κατόπιν απόφασης της ΑΕΠΠ, που δεν ανετράπη με απόφαση επί αιτήσεως αναστολής του αρμόδιου Δικαστηρίου, έννομο συμφέρον να προσβάλει με προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ επόμενη του αποκλεισμού του

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

πράξη της αναθέτουσας αρχής (επόμενου σταδίου), δεν μπορεί, να θεωρηθεί ως απαλλαγμένη ευλόγων αμφιβολιών, ενόψει της στο παρόν στάδιο εξέλιξης της νομολογίας της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας, (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 299/2020 σκ. 12) και εν αναμονή της απάντησης του ΔΕΕ στα σχετικά με τα ζητήματα του εννόμου συμφέροντος προσωρινώς αποκλεισθέντος ερωτήματα. Ως εκ τούτου, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι δεν μπορεί η προσφεύγουσα να στερηθεί του δικαιώματός της να εξετασθεί επί της ουσίας η προδικαστική της προσφυγή, με την οποία αμφισβητείται η νομιμότητα οριστικής κατακύρωσης της επίμαχης σύμβασης στην παρεμβαίνουσα.

12. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής με την οποία κατακυρώνονται οριστικά τα αποτελέσματα του διαγωνισμού στην εταιρεία *** είναι μη νόμιμη, διότι εμπεριέχει τη σιωπηρή απόρριψη του αιτήματός της για ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, απόρριψη που συνιστά παραβίαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής, ενώ υφίστανται σημαντικοί λόγοι που (όχι μόνο υποδεικνύουν, αλλά περαιτέρω) επιβάλλουν την ματαίωση του διαγωνισμού και την επαναπροκήρυξη της διαδικασίας ανάθεσης με όρους που λαμβάνουν υπόψη την συντελεσθείσα από 1.2.2019 αναπροσαρμογή προς τα άνω των κατωτάτων νομίμων αποδοχών. Η προσφεύγουσα, ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι ύστερα από την Υ.Α. 4241/127 (ΦΕΚ Β' 173/2019), που αύξησε με ισχύ από 1.2.2019 τα νομοθετημένα γενικά κατώτατα όρια μισθών και ημερομισθίων του ν. 4093/12 και τη σύνθεση του προσωπικού που η εταιρεία **** θα απασχολήσει, όπως αυτή προκύπτει από το αρχείο της προσφοράς της με τίτλο «*****», το ελάχιστο εργοδοτικό κόστος για κάθε εργατοώρα για την **** ανέρχεται σε 6,153€ και το συνολικό εργατικό κόστος για το έτος 2021 θα ανέλθει σε 3.014.453,11€, που υπερβαίνει την προϋπολογισθείσα δαπάνη 2.747.993,55€ όπως αυτή αναφέρεται στην υπ' Αρ. Πρωτ. ***** . Και της ίδιας της προσφεύγουσας όμως το εργοδοτικό κόστος, με βάση τα ανωτέρω ανέρχεται πλέον σε 6,06€ για κάθε εργατοώρα και συνολικά το εργατικό κόστος για το έτος 2021 θα ανέλθει σε 2.961.889,03€, που επίσης υπερβαίνει την προϋπολογισθείσα δαπάνη 2.747.993,55€, όπως αυτή αναφέρεται στην

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

ανωτέρω ****. Δοθέντος ότι η τρίτη συμμετασχούσα στο διαγωνισμό εταιρεία **** δεν παρέτεινε την ισχύ της προσφοράς της, προκύπτει πλέον ότι οι ισχύουσες προσφορές της προσφεύγουσας (****, που είχαν συνταχθεί με βάση τα κατά την υποβολή τους ισχύοντα κατώτατα ημερομίσθια, πλέον έχουν καταστεί όχι μόνο μη ανταποκρινόμενες στο ελάχιστο νόμιμο εργατικό και ασφαλιστικό κόστος, αλλά τόσο τα επιμέρους ποσά και κεφάλαια της ανάλυσης της οικονομικής προσφοράς αυτών δεν είναι τα ισχύοντα, όσο και το σύνολο των προσφορών ουδεμία σχέση έχει με τα νυν ισχύοντα κόστη και όσα θα απαιτηθούν για την σύνομη εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τα δεδομένα αυτά, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι δεν καταλείπεται καμιά αμφιβολία ότι η κρίσιμη διαγωνιστική διαδικασία οδηγεί σε ανέφικτη σύμβαση που δεν μπορεί να υλοποιηθεί νομίμως και συγχρόνως διαταράσσει τον υγιή ανταγωνισμό, την ίση μεταχείριση και τις ίσες ευκαιρίες σύνταξης οικονομικών προσφορών και ότι συνεπώς η αναθέτουσα αρχή όφειλε να ματαιώσει τον διαγωνισμό.

13. Επειδή, ο διαγωνισμός προκηρύχτηκε έχοντας υπόψη «... τις διατάξεις του άρθρου 68 του Ν.3863/10 (ΦΕΚ115/Α) «νέο ασφαλιστικό σύστημα και συναφείς διατάξεις, ρυθμίσεις στις εργασιακές σχέσεις» ... το Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ 147/Α/08-08-2016) «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)», όπως τροποποιήθηκε και ισχύει και ειδικότερα τα άρθρα 107, 108 και 109 περί συμβάσεων ειδικών υπηρεσιών, που αναφέρονται στο Παράρτημα XIV του Προσαρτήματος Α'.» Περαιτέρω, στη διακήρυξη, στο άρθρο 1.2.2. Περιεχόμενα (υπο)φακέλου «Οικονομική Προσφορά», ορίζονται τα εξής: «...Η οικονομική προσφορά, συντάσσεται συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος ... Οι προσφέροντες θα πρέπει να εξειδικεύουν στην προσφορά τους, με ποινή αποκλεισμού, τα παρακάτω στοιχεία : -Τον αριθμό των εργαζομένων. - Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας. - Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία υπάγονται οι εργαζόμενοι. - Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων. - Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά. Επιπροσθέτως οφείλουν να επισυνάψουν στη προσφορά τους αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

υπάγονται οι εργαζόμενοι. Στην προσφορά θα πρέπει να υπολογίζεται εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών, των αναλώσιμων, του εργολαβικού κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου κρατήσεων. Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με τον τρόπο που ορίζεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Δ' «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ», παράγραφος 6 «Τρόπος σύνταξης της οικονομικής προσφοράς» ... 1.2.2.1 Τιμές Οι τιμές θα πρέπει να δίδονται σε ΕΥΡΩ και θα αφορούν τη βασική τιμή χρέωσης εργατοώρας ελεγκτή ασφαλείας για την πρωινή / απογευματινή βάρδια (06.00 - 22.00) και θα συμπεριλαμβάνουν και όλα τα προβλεπόμενα επιδόματα. Θα αναγράφονται δε ολογράφως και αριθμητικώς. - Προσφορές που δεν δίνουν τις τιμές σε ΕΥΡΩ ή που καθορίζουν σχέση ΕΥΡΩ προς ξένο νόμισμα, θα απορρίπτονται ως απαράδεκτες. - Η αναγραφή της τιμής σε ΕΥΡΩ, μπορεί να γίνεται με τρία δεκαδικά ψηφία, εφόσον χρησιμοποιείται σε ενδιάμεσους υπολογισμούς. Το γενικό σύνολο στρογγυλοποιείται σε δυο δεκαδικά ψηφία, προς τα άνω εάν το τρίτο δεκαδικό ψηφίο είναι ίσο ή μεγαλύτερο του πέντε και προς τα κάτω εάν είναι μικρότερο του πέντε. - Εφόσον από την προσφορά δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή ή δεν δίδεται ενιαία τιμή για ολόκληρη την προσφερόμενη ποσότητα, η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη. - Προσφορές που θέτουν όρο αναπροσαρμογής της τιμής απορρίπτονται ως απαράδεκτες. ... Επισημαίνεται ότι η συνολική προσφερόμενη τιμή δεν θα πρέπει να ξεπερνά την προϋπολογισθείσα δαπάνη επί ποινή απορρίψεως.».

14. Επειδή, εξάλλου, η παράγραφος 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 «Νέο Ασφαλιστικό Σύστημα και συναφείς διατάξεις, ρυθμίσεις στις εργασιακές σχέσεις» (ΦΕΚ Α' 115), όπως αυτή ισχύει μετά την αντικατάστασή της με την παράγραφο 1 άρθρου 22 του ν. 4144/2013 (ΦΕΚ Α' 88), 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

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

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) ... Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) υποχρεούνται, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία. Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Επιπροσθέτως, υποχρεούνται να επισυνάπτουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι» 3. Στη σύμβαση που συνάπτει η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή με τους εργολάβους 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.....». Συναφώς, με την υπ' αριθ. οικ. 4241/127/30-1-2019 Υπουργική Απόφαση «Καθορισμός κατώτατου μισθού και κατώτατου ημερομισθίου για τους υπαλλήλους και τους εργατοτεχνίτες όλης της χώρας» (ΦΕΚ 173/Β/30-1-2019), αυξήθηκε από 1-2-2019 ο νόμιμος κατώτατος μισθός και το νόμιμο κατώτατο ημερομίσθιο για τους υπαλλήλους και τους εργατοτεχνίτες χωρίς ηλικιακή διάκριση α) Για τους υπαλλήλους ο κατώτατος μισθός ορίζεται στα εξακόσια πενήντα ευρώ (650,00 €), β) Για τους εργατοτεχνίτες το κατώτατο ημερομίσθιο ορίζεται στα είκοσι εννέα ευρώ και τέσσερα λεπτά (29,04 €). Επομένως, από 1-2-2019 και 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.

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

15. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 106 του ν. 4412/2016 (τιτλοφορούμενο “Ματαίωση διαδικασίας”) ορίζονται τα εξής: “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” (δηλαδή, αν ουδείς αναδειχθείς οριστικός ανάδοχος προσέλθει να υπογράψει το σχετικό συμφωνητικό) “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. Κατά την έννοια των διατάξεων αυτών ο διαγωνισμός ματαιώνεται σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 106 του ν. 4412 κατά δέσμια αρμοδιότητα της διοίκησης, για λόγους που αφορούν στη ματαίωση σύναψης της σύμβασης, ήτοι, ελλείπει ή λόγω απόρριψης των προσφορών ή λόγω αποκλεισμού όλων των υποψηφίων ή μη προσέλευσης υπογραφής της σύμβασης από τον επιλεγέντα ανάδοχο, είτε κατά διακριτική ευχέρεια της διοίκησης, για λόγους που αφορούν στη ματαίωση ανάθεσης της σύμβασης στο μέτρο, που αυτή εξειδικεύει αόριστες νομικές έννοιες λόγω αντίθεσης της διαδικασίας στο δίκαιο (περ.α’), ή λόγω αδυναμίας εκτέλεσης μιας καθόλου νόμιμης διαδικασίας, η οποία ωστόσο: (i) είτε δεν μπορεί να εκτελεστεί για λόγους ανωτέρας βίας (περ. γ), (ii) είτε δεν μπορεί να εκτελεστεί λόγω λήξεως

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

των προσφορών (περ. ε), (iii) είτε δεν είναι πλέον προς το συμφέρον της υπηρεσίας να εκτελεσθεί, όπως λόγω μεταβολής των δεδομένων ή επειδή η επιλεγείσα προσφορά κρίνεται οικονομικά μη συμφέρουσα (περ. β, δ), είτε τέλος, συντρέχουν λόγοι δημοσίου συμφέροντος, που καθιστούν την ματαίωση επιβεβλημένη (ιδίως λόγοι δημόσιας υγείας ή περιβαλλοντικοί, περ. στ). Εφόσον ανάγεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να προβεί, ακόμα και πριν από την έκδοση της κατακυρωτικής πράξεως, στη ματαίωση του διαγωνισμού και σε επαναπροκήρυξή του, εφ' όσον συντρέχει οποιοσδήποτε νόμιμος λόγος αναγόμενος στην εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος, η σχετική απόφαση πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία, αναφερομένη κατά τρόπο συγκεκριμένο στους λόγους, για τους οποίους αποφασίζεται η ματαίωση και επανάληψη του διαγωνισμού (πρβλ. ΣΤΕ 950/2016, 543/2010).

16. Επειδή, η διακήρυξη θέτει το κανονιστικό πλαίσιο, το οποίο διέπει τα της διεξαγωγής των διαγωνισμών δημοσίων έργων και δεσμεύει τόσο τους διαγωνιζομένους όσο και την αναθέτουσα αρχή, οι δε κανόνες που τίθενται με αυτήν κατισχύουν, ως ειδικότεροι, κάθε άλλης διατάξεως, ανεξάρτητα, μάλιστα, από το αν η τελευταία διάταξη ρυθμίζει ζητήματα με τρόπο διαφορετικό από τη διακήρυξη (ΣΤΕ 1502/2003, ΕΑ 613/2009, 348/2010). Εξάλλου, κατά γενική αρχή του διοικητικού δικαίου και την πάγια νομολογία, η νομιμότητα των διοικητικών πράξεων κρίνεται βάσει των κανόνων δικαίου που ισχύουν κατά το χρόνο έκδοσής τους και δεν ασκούν επιρροή κανόνες δικαίου που θεσπίσθηκαν μετά την έκδοση της πράξης, εκτός εάν υπάρχει ρητή αντίθετη διάταξη (πρβλ ΣΤΕ 2133/2003, 778/2001, 73/2001, 5755/1996, 2956/1964). Ειδικότερα, επί κανονιστικών πράξεων, όπως είναι οι διακηρύξεις των διαγωνισμών, κρίσιμος χρόνος για τον καθορισμό του νομοθετικού πλαισίου που διέπει τους διαγωνισμούς, ως τέτοιες πράξεις, είναι ο χρόνος δημοσίευσης της σχετικής διακήρυξής τους. Επομένως η διεξαγωγή αυτών λαμβάνει χώρα, καταρχήν, με βάση το νομοθετικό καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης (πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 297/2019, 69/2009, 1435/2007, 32/2003 κ.α.), με αποτέλεσμα ενόψει και των αρχών της ισότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής, να μην εφαρμόζονται διατάξεις που δεν περιλαμβάνονται σε αυτήν, αιφνιδιάζοντας ανεπιτρεπτως τους

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

διαγωνιζομένους. Κατά συνέπεια, υπό την εκδοχή ότι η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της νομιμότητας της προσφοράς της συνδιαγωνιζομένης εταιρείας **** με την αιτιολογία ότι υπολείπεται του ελάχιστου εργατικού κόστους, όπως αυτό διαμορφώθηκε ύστερα από την Υ.Α. 4241/127 (ΦΕΚ Β' 173/2019), που αύξησε με ισχύ από 1.2.2019 τα νομοθετημένα γενικά κατώτατα όρια μισθών και ημερομισθίων του Ν. 4093/12, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι. Και τούτο δεδομένου ότι ο διαγωνισμός διεξάγεται καταρχήν σύμφωνα με το νομικό καθεστώς του χρόνου δημοσίευσης της οικείας διακήρυξης (πρβ. Ε.Α. 1435/2007, 167/2006, 240/2004, 32, 231, 288/2003 κ.ά.), κατά τον χρόνο δε αυτό κρίνεται και η νομιμότητα των προσφορών. Κατά συνέπεια, η ως άνω ρύθμιση δεν επιδρά επί της νομιμότητας διαγωνισμού που είχε όχι απλώς προκηρυχθεί αλλά και διενεργηθεί, δια της καταθέσεως των προσφορών των διαγωνιζομένων, οι οποίες ως εκ τούτου δεν καθίστανται άνευ ετέρου επιγενομένως μη νόμιμες και, συνεπώς, απορριπτέες.

17. Επειδή, εξάλλου, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στην 15η σκέψη της παρούσας, από την παρ. 1 του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, στις διατάξεις του οποίου υπάγεται διαγωνισμός (βλ. τα έχοντας υπόψη της διακήρυξης και τα όσα γίνονται δεκτά στην 5^η σκέψη της παρούσας), δεν προκύπτει δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής να προβεί σε ματαίωση του διαγωνισμού, για το λόγο ότι πριν την υπογραφή της σύμβασης εξεδόθη η υπ' αριθμ. 4241/127/30-01-2019 Υπουργική Απόφαση περί αύξησης του κατωτάτου μισθού και ημερομισθίου, δεδομένου ότι κρίσιμος χρόνος για τη νομιμότητα της διαδικασίας ήταν ο χρόνος δημοσίευσης της διακήρυξης (πρβλ. ΔΕΦΑΘ 548/2020). Εν προκειμένω η διακήρυξη του επίμαχου διαγωνισμού δημοσιεύτηκε στις 07.08.2018, η δε καταληκτική ημερομηνία για την υποβολή των προσφορών ορίστηκε η 04η/09/2018, ήτοι ημερομηνία, πριν την έναρξη ισχύος της 4241/127/30.01.2019 υπουργικής απόφασης. Στο εν λόγω άρθρο αντίθετα 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

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

μακρῶ ματαίωσή του και εν τέλει τη ματαίωση ικανοποίησης του δημοσίου συμφέροντος στο οποίο αυτές τείνουν. 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 απόφασης είναι απαραίτητη προκειμένου να υποβληθεί η εκτελεστή πράξη αυτή σε αποτελεσματικό προδικαστικό έλεγχο ενώπιον της ΑΕΠΠ, τελικῶς δε ενώπιον του αρμοδίου ακυρωτικού Δικαστηρίου κατά το άρθρο 372 παρ. 1 και 3 ν. 4412/2016. Κατ' ακολουθία, δεν προκύπτει υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να αιτιολογήσει τη μη ματαίωση του διαγωνισμού, λόγω μεταβολής του νομοθετικού καθεστώτος, εφόσον ισχύει η θεμελιώδης αρχή ότι η διαγωνιστική διαδικασία αξιολογείται επί τη βάσει των πραγματικών και νομικών δεδομένων που ισχύουν κατά τον χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή, κάνοντας χρήση της διακριτικής της ευχέρειας κατ' άρθρο 106 παρ. 2 του ν. 4412/2016, αποδεχόμενη την προσφορά της εταιρείας *** και κατακυρώνοντας σε αυτή το διαγωνισμό ανακηρύσσοντάς την ως προσωρινή ανάδοχο, κινήθηκε εντός του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού με αποτέλεσμα ουδεμία παράλειψη έκδοσης εκτελεστής διοικητικής πράξης, να έχει εν προκειμένω συντελεστεί. Ούτε, άλλωστε, αναγνωρίζεται σε κάθε διαγωνιζόμενο γενικό έννομο συμφέρον να ενεργεί ως μοχλός αντικειμενικού ελέγχου της νομιμότητας, προσφορότητας και αποτελεσματικότητας κάθε διαγωνισμού (ΔΕφΘεσσ 496/2020). Εν όψει των ανωτέρω, ο πρώτος λόγος της κρινομένης προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως νόμω αβάσιμος. Όσα δε περί του αντιθέτου προβάλλει η προσφεύγουσα είναι απορριπτέα. Ο λόγος αυτός, άλλωστε, είναι απορριπτέος και διότι, όπως, γίνεται δεκτό (ΣΤΕ 4484/2005, 2662/2004, ΕΑ 224/2012, 234/2008, 534/2006), ο συμμετέχων σε διαγωνισμό δεν έχει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον να επιδιώξει τη ματαίωσή του, εφ' όσον δια της συμμετοχής του απέβλεπε στην κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού στον ίδιο, η δε προσφεύγουσα δεν είχε αποκλεισθεί από τον διαγωνισμό, προϋπόθεση, εξάλλου, αναγκαία για την αναγνώριση εννόμου συμφέροντος ματαίωσης του διαγωνισμού και υπό την

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

σχετικώς διαμορφούμενη κατόπιν σχετικών αποφάσεων του ΔΕΕ (μεταξύ άλλων C-131/16, Archus and Gama, C-355/15, Bietergemeinschaft, C-333/18, Lombardi SA) και του ΣτΕ (ΣτΕ 235/2019 κ.α.) νομολογία, την οποία η αιτούσα με την υπό κρίση προσφυγή επικαλείται.

18. Επειδή, περαιτέρω με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της, η 1^η προσφεύγουσα βάλλει κατά της νομιμότητας της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος με το οποίο έκανε δεκτή την προσφορά της εταιρείας ****, παρόλο που η προσφορά της δεν συμμορφώνεται πλέον με ρητούς και επί ποινή αποκλεισμούς όρους της διακήρυξης και περαιτέρω οι ελλείψεις αυτές συνιστούν εκ των πραγμάτων οφινγενείς μεταβολές, η περί των οποίων παράλειψη ενημέρωσης συνιστά αυτοτελή λόγο παράνομης αποδοχής της προσφοράς της. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι, ενώ στο **** είχε δηλώσει ότι αρνητικά στο ερώτημα αν έχει παραβιάσει τις υποχρεώσεις της όσον αφορά την καταβολή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, με τα δικαιολογητικά της κατακύρωσης προσκόμισε (α) το με αρ. συστήματος **** Αποδεικτικό Ασφαλιστικής Ενημερότητας (N. 4611/2019) και (β) το με αρ. συστήματος ***** Αποδεικτικό Ασφαλιστικής Ενημερότητας (N. 4611/2019), σε αμφότερα των οποίων αναγραφόταν ότι η εταιρεία αυτή «* Έχει ρυθμίσει την οφειλή του/της προς το *** σε δόσεις με την υπ' αριθμ. ****, σύμφωνα με τις διατάξεις Ν.4152/13 ΠΑΡ.ΙΑ.ΙΑ1 ΠΑΓΙΑ ΡΥΘΜΙΣΗ και δεν οφείλει στο *** ποσά από ληξιπρόθεσμες δόσεις και τρέχουσες ασφαλιστικές εισφορές για τους μισθωτούς του/της.», για τούτο και κλήθηκε να προσκομίσει τις σχετικές αποφάσεις περί ρύθμισης, από τις οποίες όπως αναγράφεται στο από 27.10.2020 πρακτικό αξιολόγησης της επιτροπής του διαγωνισμού προκύπτει ότι σε αυτές γίνεται αναφορά σε ρύθμιση οφειλών με Απόφαση στις 16-3-20. Επομένως, κατά την προσφεύγουσα αποδεικνύεται ότι διαρκούντος του διαγωνισμού η εταιρεία **** δεν διατηρούσε ως είχε δηλώσει με την προσφορά της την ασφαλιστική της ενημερότητα, αφού η υπαγωγή των οφειλών της προς τους ασφαλιστικούς φορείς σε ρύθμιση είχε την έννοια, ότι αυτές σε ορισμένο σημείο κατέστησαν ληξιπρόθεσμες και δεν πληρώθηκαν, κατόπιν δε η εταιρεία αυτή υπήγαγε τις οφειλές αυτές σε ρύθμιση, μεταβολή που δεν δήλωσε αμελλητί ως είχε υποχρέωση κατ' άρθρο 104 παρ. 2 του ν. 4412/2016.

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

19. Επειδή, στη διακήρυξη, στο άρθρο 1.2.1 (Περιεχόμενα (υπο)φακέλου «Δικαιολογητικά συμμετοχής - Τεχνική προσφορά») της Διακήρυξης αναφέρονται τα εξής: «Στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική προσφορά» υποβάλλονται όλα τα απαιτούμενα κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα άρθρα 92, 93 και 94 του Ν. 4412/16. Συγκεκριμένα, στον προαναφερόμενο (υπο)φάκελο περιλαμβάνονται: 1.2.1.1 Δικαιολογητικά Συμμετοχής 1.2.1.1.1. Εγγύηση συμμετοχής... 1.2.1.1.2. Ενιαίο Ευρωπαϊκό Έντυπο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) του αρ. 79 του Ν. 4412/2016, το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του Ν. 1599/1986 (Α' 75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο υποψήφιος οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δε βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλειστούν, ήτοι συμμετοχή σε εγκληματική οργάνωση, δωροδοκία, απάτη, τρομοκρατικά εγκλήματα, νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες, παιδική εργασία, καταβολή φόρων και εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα κλπ.». Περαιτέρω, στο άρθρο 4.1. του Παραρτήματος Β της διακήρυξης «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΤΟΥ ΠΡΟΣΦΕΡΟΝΤΟΣ ΣΤΟΝ ΟΠΟΙΟ ΠΡΟΚΕΙΤΑΙ ΝΑ ΓΙΝΕΙ Η ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗ» ορίζεται ότι «Τα δικαιολογητικά που απαιτείται να προσκομισθούν από τον προσφέροντα στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση, υποβάλλονται σύμφωνα με τα κατά περίπτωση καθοριζόμενα στο άρθρο 80 του Ν. 4412/16, ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής σύμφωνα με το άρθρο 75. ... β) Για τις παραγράφους 2 και 4 περίπτωση β' του άρθρου 73, πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας».

20. Επειδή, εξάλλου, στο άρθρο 73 «Λόγοι αποκλεισμού (άρθρο 57 παράγραφοι 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016, ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «...2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

αρχή: ... β) μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, ...», στο δε άρθρο 104 «Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής Οψιγενείς μεταβολές», ορίζεται ότι «1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ. 3 του άρθρου 105. 2. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες/υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο 79, οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσφέρων/υποψήφιος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, οι προσφέροντες/υποψήφιοι οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά και το αργότερο μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών του άρθρου 80. 3. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για οψιγενείς μεταβολές κατά την έννοια της προηγούμενης παραγράφου που επήλθαν στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου, δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με τις παραγράφους 4, 5 και 6 του άρθρου 72, και εφαρμόζονται κατά τα λοιπά οι διατάξεις των παραγράφων αυτών. Σε αντίθετη περίπτωση, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του προσωρινού αναδόχου, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 72.».

21. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τον φάκελο της υπόθεσης, η εταιρεία ***** της με την προσφορά της στον επίμαχο διαγωνισμό, είχε πλήρη και αναλυτική απάντηση στην ερώτηση για την εκπλήρωση των υποχρεώσεων της όσον αφορά την καταβολή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Στην ερώτηση, αν παραβίασε τις υποχρεώσεις της απάντησε «ΟΧΙ» και στη συνέχεια παρείχε πλήρη στοιχεία για την πρόσβαση σε όλες τις σχετικές πληροφορίες από τη βάση δεδομένων www.idika.org.gr/eftka.

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

Ανέφερε, περαιτέρω, τον αριθμό πρωτοκόλλου της βεβαίωσης ασφαλιστικής ενημερότητας (314112/4-7-2018) και τον αριθμό συστήματος για την επαλήθευση από τον ΕΦΚΑ. Την ως άνω με αριθμό **** βεβαίωση ασφαλιστικής ενημερότητας, εξάλλου, κατέθεσε και με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Από την επισκόπηση του ΕΕΕΣ και της ως άνω ασφαλιστικής ενημερότητας προκύπτει ότι η εταιρεία ****, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της ήταν ασφαλιστικά ενήμερη, επομένως η αρνητική δήλωσή της στο ΕΕΕΣ στο ερώτημα αν είχε παραβιάσει τις υποχρεώσεις της όσον αφορά τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης ήταν αληθής. Όσα δε περί του αντιθέτου υποστηρίζει η προσφεύγουσα είναι αβάσιμα. Εξάλλου, από το με αρ. συστήματος **** και με αρ. πρωτ. ***** Αποδεικτικό Ασφαλιστικής Ενημερότητας (Ν. 4611/2019) και (β) το με αρ. συστήματος ***** και με αρ. πρωτ. **** Αποδεικτικό Ασφαλιστικής Ενημερότητας (Ν. 4611/2019), σε αμφότερα των οποίων αναγραφόταν ότι η εταιρεία «* Έχει ρυθμίσει την οφειλή του/της προς το *** σε δόσεις με την υπ' αριθμ. *****, σύμφωνα με τις διατάξεις Ν.4152/13 ΠΑΡ.ΙΑ.ΙΑ1 ΠΑΓΙΑ ΡΥΘΜΙΣΗ και δεν οφείλει στο *** ποσά από ληξιπρόθεσμες δόσεις και τρέχουσες ασφαλιστικές εισφορές για τους μισθωτούς του/της», προκύπτει ότι και κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, δεν οφείλει εισφορές και στο πλαίσιο της ρύθμισης τηρεί τις καταβαλλόμενες δόσεις. Κατά συνέπεια, δοθέντος ότι για τη μη συνδρομή του επίμαχου λόγου αποκλεισμού προσκομίζεται ασφαλιστική ενημερότητα, η εταιρεία **** κάλυψε την ως άνω απαίτηση της διακήρυξης και κατά τον χρόνο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης. Εξάλλου, όπως προκύπτει από τις σχετικές αποφάσεις περί ρύθμισης, σε συνδυασμό με τη με αριθμό ***** βεβαίωση ασφαλιστικής ενημερότητας, στην οποία γίνεται αναφορά για ρύθμιση οφειλών με απόφαση στις 16-3-20, η ρύθμιση προφανώς αφορά οφειλές της **, που κατέστησαν ληξιπρόθεσμες μετά την υποβολή της προσφοράς της, και δεν ήταν, ως εκ τούτου, δυνατόν να δηλωθούν κατά τον χρόνο υποβολής του ****, δηλώθηκαν, όμως, δια της υποβολής των ως άνω αναφερόμενων βεβαιώσεων ασφαλιστικής ενημερότητας μεταξύ των άλλων δικαιολογητικών κατακύρωσης. Έχει δε κριθεί (ΕΑ ΣτΕ 57/2020) ότι στην περίπτωση αυτή δεν συντρέχει λόγος απορρίψεως της προσφοράς κατά το άρθρο 103 παρ.3 του ν. 4412/2016, που θέτει ως

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

προϋπόθεση για τη συνέπεια αυτή την υποβολή ψευδών ή ανακριβών στοιχείων που δηλώθηκαν σύμφωνα με το άρθρο 79 του ν. 4412/2016. Ούτε, όμως, οι διατάξεις των παραγράφων 2 και 3 του άρθρου 104 του ίδιου νόμου δύνανται να παράσχουν τέτοιο έρεισμα, δεδομένου ότι, όπως προκύπτει και από την εισηγητική τους έκθεση, δεν ιδρύουν λόγο απόρριψης της προσφοράς λόγω μη αμελλητί ενημερώσεως της αναθέτουσας αρχής σχετικά με γεγονότα που ανακλύπτον ή καθίστανται γνωστά μετά την υποβολή της προσφοράς και έχουν ως αποτέλεσμα να μην πληρούνται τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, κατά τα δηλωθέντα στο ΕΕΕΣ, αλλά παρέχουν την ευχέρεια στον προσφέροντα, στο πρόσωπο του οποίου επήλθαν γεγονότα ικανά να καταστήσουν την προσφορά του απορριπτέα, να αποφύγει την κατάπτωση της εγγυητικής του επιστολής, εφόσον ενημερώσει εγκαίρως την αναθέτουσα αρχή για τα γεγονότα αυτά, όπως ειδικότερα προβλέπεται στις διατάξεις αυτές. Και ναι μεν, στη σκέψη 85 του προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ αναφέρεται ότι είναι σημαντικό οι αναθέτουσες αρχές να λαμβάνουν τις αποφάσεις τους βασιζόμενες σε πρόσφατη πληροφόρηση, ιδίως σε ό,τι αφορά τους λόγους αποκλεισμού, πλην όμως, στις διατάξεις της Οδηγίας (καθώς και του ν. 4412/2016) έχουν καταστρωθεί οι λόγοι αποκλεισμού, καθώς και τα στάδια και ο τρόπος ελέγχου από την αναθέτουσα αρχή της συνδρομής τους, δεν δύναται δε να χωρήσει απόρριψη προσφοράς για λόγο που δεν προβλέπεται σαφώς στις διατάξεις του νόμου ή της διακήρυξης, όπως αβάσιμα προβάλλει η προσφεύγουσα. Ούτε, άλλωστε προβλέπεται η υποβολή της απόφασης ρύθμισης με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, ώστε να μπορεί βάσιμα να υποστηριχθεί ότι η παράλειψη προσκόμισής της συνιστά έλλειψη επί ποινή αποκλεισμού δικαιολογητικών εκ μέρους της εταιρείας ****, το αίτημα δε για την προσκόμισή της έγινε προφανώς προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να επιβεβαιώσει την ακρίβεια τόσο των στοιχείων που στις ενημερότητες που υποβλήθηκαν αναφέρονται όσο και την ακρίβεια των δηλώσεων της **** που είχε υποβάλει. Συνακόλουθα, και δεύτερος λόγος της κρινόμενης προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

22. Επειδή, περαιτέρω, με τον τρίτο και τελευταίο λόγο της κρινόμενης προσφυγής της, η 1^η προσφεύγουσα, ισχυρίζεται ότι η ****, όπως αποδεικνύεται από τις δημοσιευμένες στο Γ.Ε.ΜΗ. οικονομικές καταστάσεις της

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

για την χρήση 2019, δεν ικανοποιεί πλέον τις απαιτήσεις του όρου 4.7 του Παραρτήματος Δ' της διακήρυξης, αφού κατά την χρήση 2019 ο μεν δείκτης δανειακής επιβάρυνσης (ΔΔΕ) της εταιρείας αυτής είναι 27,57% (και, συνεπώς, υπολείπεται του 0,33, που είναι απαίτηση της διακήρυξης), ο δε δείκτης κυκλοφοριακής ρευστότητας (ΔΚΡ) της αυτής εταιρείας είναι 134,70% (και, επομένως υπολείπεται του 150%, που είναι απαίτηση της διακήρυξης), με συνέπεια να μην διαθέτει πλέον την απαιτούμενη από την διακήρυξη οικονομική ευρωστία, η οποία να της επιτρέπει την ακώλυτη εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, πολλώ μάλλον μίας σύμβασης, η τιμή της οποίας υπολείπεται σημαντικά και του εργοδοτικού κόστους για την απασχόληση του προσωπικού που θα απασχοληθεί για την εκτέλεση της σύμβασης, αλλά και του σχετικού διοικητικού κόστους. Η εκ μέρους της εταιρείας **** μη πλήρωση των απαιτήσεων της διακήρυξης, σχετικά με οικονομική ευρωστία συνιστά αυτοτελή λόγο απόρριψης της προσφοράς της ως απαράδεκτης, σε κάθε δε περίπτωση αποτελεί η (αρνητική) μεταβολή των χρηματοοικονομικών της δεικτών (οψιγενή μεταβολή), για την οποία η **** κατά παράβαση της εκ του άρθρου 104 παρ. 2 ν. 4412/2016 υποχρέωσής της δεν προέβη σε σχετική αμελλητί γνωστοποίηση προς την αναθέτουσα αρχή, με αποτέλεσμα και εξ αυτού του λόγου να εγείρεται λόγος απόρριψης της προσφοράς της ως απαράδεκτης και κατάπτωσης, μάλιστα, της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης που η εταιρεία αυτή υπέβαλε στον διαγωνισμό.

23. Επειδή, στο άρθρο 1.2.1.1 της διακήρυξης «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» ορίζεται μεταξύ άλλων ότι «... Ενιαίο Ευρωπαϊκό Έντυπο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) του αρ. 79 του Ν. 4412/2016, το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του Ν. 1599/1986 (Α' 75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο υποψήφιος οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: ... Β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 75, ήτοι καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, τεχνική και επαγγελματική ικανότητα κλπ. ... 1.2.1.1.4 Εκτός των ανωτέρω δικαιολογητικών συμμετοχής, για την εξασφάλιση

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

και του δικαιώματος συμμετοχής, θα πρέπει να υποβληθούν και τα αναφερόμενα στις παραγράφους 3 & 4 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Δ' «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ...». Εξάλλου, στο άρθρο 4. του κεφαλαίου 4 (Κριτήρια Επιλογής Ενδιαφερομένων – Δικαιολογητικά) του Παραρτήματος Δ της διακήρυξης, ορίζεται ότι «Οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό πλέον των αναφερομένων στην διακήρυξη και στις παρούσες Τεχνικές Προδιαγραφές για την προσφορά και για τα εκ του νόμου προαπαιτούμενα που περιλαμβάνονται στο σχετικό Παράρτημα της Διακήρυξης υπό τον τίτλο «Συμπληρωματικοί Γενικοί Όροι Ανοικτού Διαγωνισμού», υποχρεούνται να υποβάλουν και τα παρακάτω δικαιολογητικά που θα αποτελούν κριτήρια επιλογής: ... 4.5 Τους δύο τελευταίους δημοσιευμένους ισολογισμούς που αφορούν στα τρία τελευταία έτη πριν από την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, για κάθε εταιρεία που συμμετέχει αυτόνομα ή ως μέλος κοινοπραξίας, εφόσον αυτό επιβάλλεται από τη νομική μορφή της εταιρείας. Δεν γίνονται δεκτά ισοζύγια παρά μόνο ισολογισμοί που έχουν αναρτηθεί στο ΓΕΜΗ και όχι απλώς υποβληθέντες σ' αυτό. Αν η εταιρεία λειτουργεί ή ασκεί επιχειρηματική δραστηριότητα κατά χρονικό διάστημα που δεν επιτρέπει την έκδοση των ανωτέρω δύο ισολογισμών αποκλείεται του διαγωνισμού. Ως τελευταία τριετία νοείται το χρονικό διάστημα 36 μηνών (12 μήνες X 3) πριν από την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού και οι ισολογισμοί θα αντιστοιχούν στα έτη της τριετίας αυτής ... 4.7 Οικονομική ευρωστία: Η οικονομική ευρωστία των αυτόνομα ή μέσω κοινοπραξίας συμμετεχουσών στο διαγωνισμό εταιρειών επίσης ελέγχεται, μέσω των δημοσιευμένων ισολογισμών στο ΓΕΜΗ που αφορούν στα τρία (3) τελευταία έτη και των αντίστοιχων καταστάσεων αποτελεσμάτων χρήσης και βεβαιώσεων αναγνωρισμένων χρηματοπιστωτικών ιδρυμάτων που λειτουργούν νομίμως σε χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης (όπως η τριετία ορίζεται στην ανωτέρω παρ.4.5) Ειδικότερα λαμβάνονται υπόψη και γίνονται δεκτές προσφορές εταιρειών των οποίων οι δείκτες ικανοποιούν τις ακόλουθες τιμές: α) Ο δείκτης δανειακής επιβάρυνσης/ΔΔΕ (Ιδίων προς Ξένα κεφάλαια), θα είναι ίσος με το κλάσμα 1:3 (0,33) ή μεγαλύτερος. β) Ο δείκτης κυκλοφοριακής ρευστότητας/ ΔΚΡ (Κυκλοφορούν Ενεργητικό προς Βραχυπρόθεσμες Υποχρεώσεις), θα είναι ίσος με το κλάσμα 1,5:1 (1,5) ή μεγαλύτερος γ) οι υποβληθέντες ισολογισμοί των

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

δυο (2) ετών από τα αναφερόμενα στα ανωτέρω τρία (3) έτη να παρουσιάζουν θετική καθαρή θέση. ...».

24. Επειδή, από τους προπαρατεθέντες όρους της διακήρυξης προκύπτει ότι για τη νόμιμη συμμετοχή τους στον διαγωνισμό οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να έχουν δύο (2) δημοσιευμένους ισολογισμούς κατά την τελευταία τριετία πριν από την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, δηλαδή το χρονικό διάστημα 36 μηνών (12 μήνες X 3) πριν από την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού και οι ισολογισμοί θα αντιστοιχούν στα έτη της τριετίας αυτής. Από τους ισολογισμούς αυτούς, επιπλέον, θα πρέπει να αποδεικνύονται οι δείκτες οικονομικής ευρωστίας, όπως εξειδικεύονται στο άρθρο 4.7 του παραστήματος Δ της διακήρυξης. Με άλλα λόγια δοθέντος ότι η διενέργεια του διαγωνισμού είχε οριστεί ότι θα λάβει χώρα εντός του 2018, όπως και έγινε, στον διαγωνισμό νομίμως συμμετείχαν οικονομικοί φορείς που τα τελευταία τρία (3) έτη πριν τη διενέργειά του, δηλαδή κατά τα έτη 2015, 2016 και 2017, είχαν δημοσιεύσει ισολογισμούς, από τους οποίους θα επιβεβαιώνονταν οι δείκτες οικονομικής ευρωστίας. Από τις διατυπώσεις στα αναφερόμενα στην προηγούμενη σκέψη της παρούσας άρθρα της διακήρυξης, αντιθέτως, δεν προκύπτει ότι σε περίπτωση που τα αποτελέσματα του διαγωνισμού δεν θα έχουν κατακυρωθεί εντός του έτους 2018 ή θα κατακυρωθούν αργότερα, για την πλήρωση του κριτηρίου οικονομικής ευρωστίας θα πρέπει οι διαγωνιζόμενοι και σε επόμενα έτη, πλέον των τριών αναφερομένων ετών προ της υποβολής προσφοράς, να τηρούν απαραίκλιτα τους δείκτες οικονομικής ευρωστίας, ούτε και πολύ περισσότερο να προσκομίσουν ισολογισμούς για τα έτη αυτά. Ως εκ τούτου, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι κατά τη χρήση του έτους 2019 η εταιρεία **** έπαψε να σημειώνει τους δείκτες οικονομικής ευρωστίας που απαιτεί η διακήρυξη, προβάλλονται αλυσιτελώς. Ούτε, άλλωστε, ακόμα και αν οι δείκτες αυτοί παρουσιάζονταν κατώτεροι των απαιτήσεων της διακήρυξης στον ισολογισμό για το έτος 2019, ο διαγωνιζόμενος υπείχε υποχρέωση ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής. Και τούτο, διότι δεν θα επρόκειτο για μεταβολή στα στοιχεία που είχαν δημοσιευθεί και αφορούσαν την τριετία πριν τη διενέργεια του διαγωνισμού, αλλά τα στοιχεία που αφορούν σε διαφορετικό χρονικό διάστημα μεταγενέστερο αυτού που ορίζεται στη διακήρυξη. Ενόψει δε των αρχών της

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας που κατά πάγια νομολογία διέπουν τις διαδικασίες δημόσιων συμβάσεων, δεν θα μπορούσε να απορριφθεί η προσφορά της **** με την αιτιολογία σε επόμενη της διενέργειας χρήση δεν πληροί τις απαιτήσεις του όρου 4.7 του Παραρτήματος Δ' της διακήρυξης. Άλλωστε, κατά πάγια αρχή του εθνικού και κοινοτικού δικαίου, οι όροι μιας διακήρυξης να ερμηνεύονται αυστηρά υπό την έννοια της συσταλτικής εκδοχής, ώστε να μην επιτρέπεται όρος τεθείς από τη διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού να ερμηνεύεται και να εφαρμόζεται διασταλτικά, εις τρόπον ώστε κατά το στάδιο της αξιολόγησης να καθιερώνεται νέος λόγος αποκλεισμού που δεν προκύπτει ρητά και με πλήρη σαφήνεια από τη διακήρυξη. Από τους προπαρατεθέντες όρους της διακήρυξης, άλλωστε, ανεξαρτήτως του χρονικού διαστήματος που λαμβάνεται υπόψη για την εξαγωγή των σχετικών οικονομικών στοιχείων, δεν προκύπτει με ρητή επί ποινή αποκλεισμού διατύπωση ότι οι δείκτες ευρωστίας πρέπει να πληρούνται σε κάθε χρήση από αυτές που λαμβάνονται υπόψη. Κατά συνέπεια, δεν θα μπορούσε να αποκλειστεί οικονομικός φορέας αν οι ως άνω δείκτες οικονομικής ευρωστίας πληρούνταν λαμβανομένου υπόψη του μέσου όρου των στοιχείων των ετών αναφοράς. Επομένως, δεν θα αρκούσε η **** να μην πληροί του δείκτες οικονομικής ευρωστίας στη χρήση του 2019, αν λαμβανομένου υπόψη του μέσου όρου των οικονομικών της στοιχείων σε όλες τις προηγούμενες χρήσεις, του 2019 συμπεριλαμβανομένου, οι ως άνω δείκτες οικονομικής ευρωστίας πληρούνται. Και υπό την αντίθετη εκδοχή, όμως, η προσφεύγουσα παραλείπει να αναφερθεί στην πλήρωση ή μη των επίμαχων δεικτών κατά τα έτη 2018 και 2020 (έτος κατά το οποίο υποβλήθηκαν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της ****), οι δε αναφορές της σχετικά με την αυξημένη δανειακή επιβάρυνση της εταιρείας αυτής ήδη από το έτος 2018 και εντεύθεν, εκτός από αόριστες, αφού δεν συσχετίζονται με έναν από τους προβλεπόμενους δείκτες ευρωστίας που η διακήρυξη καθιερώνει και δεν προβάλλεται ο ισχυρισμός ότι οι δείκτες αυτοί ένεκα του υψηλού δανεισμού δεν πληρούνται κατά τις χρήσεις αυτές 2018, 2019 και 2020, δεν ασκούν καμία επιρροή. Τούτων, έπεται ότι πρέπει να απορριφθεί και ο τρίτος και τελευταίος λόγος της 1^{ης} κρινόμενης προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

25. Επειδή, εξάλλου, η 2^η προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον διώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης με την οποία κατακυρώνονται σ' αυτήν τα αποτελέσματα του διαγωνισμού για τον λόγο ότι αποφασίζεται ότι η διάρκεια της σύμβασης θα είναι από 01-01-2021 έως 31-12-2021 και όχι τριετής, όπως διατείνεται ότι θα έπρεπε να είναι, και για τον λόγο ότι, μετ' αποδοχή του από 06-11-2020 με αριθμ. Πρωτ. ***** πρακτικού γνωμοδότησης της επιτροπής του διαγωνισμού, αποφασίζεται ότι δεν συντρέχουν οι απαραίτητες και νόμιμες προϋποθέσεις αναδιαμόρφωσης του ποσού πληρωμής εργασιών του, όπως προκύπτει βάσει της οικονομικής προσφοράς που κατέθεσε στο διαγωνισμό και της οποίας την ισχύ παρέτεινε.

26. Επειδή, εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και 7 του π.δ. 39/2017 παρεμβαίνει η εταιρεία *****, με την αναρτηθείσα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 31-12-2020 και κοινοποιηθείσα και στην ΑΕΠΠ από ίδιας ημερομηνίας παρέμβασή της Η παρέμβαση αυτή, ωστόσο, ασκείται με έννομο συμφέρον μόνον κατά το σκέλος που η επίμαχη απόφαση βάλλεται για τη διάρκεια της σύμβασης, η οποία θα είναι από 01-01-2021 έως 31-12-2021 και όχι τριετής, καθώς αν η προφυγή ήθελε γίνει δεκτή θίγεται το δικαίωμα της παρεμβαίνουσας να διεκδικήσει με νέο διαγωνισμό το αντικείμενο της σύμβασης για μετά το έτος 2021. Αντιθέτως, άνευ εννόμου συμφέροντος διώκεται η διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που αποφασίζεται ότι δεν συντρέχουν οι απαραίτητες και νόμιμες προϋποθέσεις αναδιαμόρφωσης του ποσού πληρωμής εργασιών του αναδόχου. Και τούτο, διότι και η παρεμβαίνουσα, αν ήθελε κριθεί ότι μη νομίμως αποκλείστηκε και επανέλθει στον διαγωνισμό, θα ωφελείτο από μια τυχόν διαφορετική απόφαση εκ μέρους την αναθέτουσας αρχής επί του ζητήματος αυτού. Άλλωστε, όπως και η ίδια η παρεμβαίνουσα συνομολογεί και προκύπτει και από τον φάκελο της υπόθεσης, η ίδια παρέτεινε την ισχύ της προσφοράς της με την επιφύλαξη αναπροσαρμογής του εργατικού κόστους της σύμβασης κατά την Υ.Α. 4241/127 που ισχύει από 1.2.2019, για να καλύπτεται το ελάχιστο νόμιμο εργοδοτικό κόστος εκτέλεσης της υπό ανάθεση σύμβασης, συνεπώς δεν μπορεί με την παρέμβασή της να προβάλλει προς όφελός της ισχυρισμούς που κατατείνουν στο αντίθετο αποτέλεσμα.

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

27. Επειδή, όπως αναφέρεται στην 9^η σκέψη της παρούσας, η αναθέτουσα αρχή δεν υπέβαλε απόψεις ούτε και επί της 2^{ης} κρινόμενης προσφυγής.

28. Επειδή, σε σχέση με τη χρονική διάρκεια της σύμβασης, στο Παράρτημα Α' της, στο προοίμιο αυτής υπό τον τίτλο «ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΤΩΝ ΠΡΟΣ ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ» προβλέπεται εντός πλαισίου ότι «Χρονική διάρκεια σύμβασης Για χρονικό διάστημα από 01/01/2019 έως και 31/12/2021, με πραγματική ημερομηνία έναρξης, την ημερομηνία εγκατάστασης.», στο δε Παράρτημα Δ με τίτλο «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ», στο άρθρο 2.1 ορίζεται ότι «2.1. Η διάρκεια της σύμβασης καθορίζεται από την απόφαση της Διακήρυξης, ήτοι από εγκατάσταση του αναδόχου μέχρι και 3 έτη». Κατά την έννοια των όρων αυτών της διακήρυξης, συνάγεται με σαφήνεια ότι η δημοπρατούμενη σύμβαση προβλέπεται να έχει χρονική διάρκεια αρχόμενη από 01-01-2019 και έως 31-12-2019, δηλαδή το πολύ έως τρία χρόνια, η πραγματική της διάρκεια όμως σχετίζεται με τον χρόνο εγκατάστασης του αναδόχου, επομένως η διάρκειά της μπορεί να είναι και λιγότερη της τριετίας, εξαρτάται δε αποκλειστικά από το χρονικό σημείο κατά το οποίο πραγματικά θα αναλάβει υπηρεσία ο ανάδοχος και σε κάθε δε περίπτωση περατώνεται στις 31-12-2021. Από τους πιο πάνω όρους της διακήρυξης, εξάλλου, δεν προβλέπεται δικαίωμα μετάθεσης της ημερομηνίας λήξης της διάρκειας της σύμβασης (31-12-2021) από την αναθέτουσα αρχή, συναινούντος ή μη του αναδόχου, σε περίπτωση που καθυστερήσει η εγκατάσταση του αναδόχου για οποιοδήποτε λόγο, η δε τριετία (η τριετής διάρκεια δηλαδή) ορίζεται σαφώς ως μέγιστη διάρκεια της σύμβασης, αρχόμενης από της εγκατάστασης του αναδόχου, όποτε αυτή λάβει χώρα. Κατά συνέπεια, ο ισχυρισμός της 2^{ης} προσφεύγουσας ότι η οριζόμενη στην προσβαλλόμενη απόφαση κατακύρωσης διάρκεια παροχής των υπηρεσιών για το χρονικό διάστημα από 1-1-2021 έως 31-12-2021, συνιστά μη νόμιμη τροποποίηση, μονομερή, τροποποίηση όρου της διακήρυξης είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, η επίκληση δε των διατάξεων του άρθρου 105 του ν. 4412/2016 περί πρότασης κατακύρωσης σε ποσοστό μικρότερο του νομίμου γίνεται αλυσιτελώς. Συνακόλουθα, ο πρώτος λόγος της 2^{ης} προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

29. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα με την από 12-10-2020 επιστολή της, υπέβαλε στην αναθέτουσα αρχή το αίτημα «να ληφθεί υπόψη η αναδιαμόρφωση του εργατικού κόστους της Σύμβασης, που είναι υποχρεωτική, σύμφωνα με την προαναφερθείσα υπουργική απόφαση. Ειδικότερα, το εργατικό κόστος της Σύμβασης θα πρέπει να διαμορφωθεί κατά τρόπο ώστε να είναι σύμφωνο με τις προβλέψεις της ως άνω υπουργικής απόφασης περί αύξησης των νόμιμων κατώτατων αποδοχών των εργαζομένων. Σημειώνουμε ότι η αναδιαμόρφωση αυτή είναι σύμφωνη με όσα έχει ζητήσει με παλαιότερα πρακτικά του το Ζ΄ Κλιμάκιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου (βλ. πρακτικά 389/2019, 390/2019) από την *****, ενώ με άλλη απόφαση του VI Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου (1246/2019, σκέψη VII) κρίθηκε ότι η αναθέτουσα αρχή δύναται, συναινούντος του αναδόχου, να προβεί στην υπογραφή των συμβάσεων, υπό τον όρο αναδιαμόρφωσης του εργατικού κόστους της κάθε σύμβασης, κατά τρόπο που να είναι σύμφωνο με τις προβλεπόμενες από την ως άνω οικ. **** αυξημένες κατώτατες αμοιβές των εργαζομένων που θα απασχολήσει ο ανάδοχος, με δυνατότητα είτε αύξησης του συμβατικού τιμήματος, χωρίς ωστόσο μεταβολή των λοιπών όρων της οικονομικής προσφοράς του αναδόχου, είτε ανάλογου περιορισμού του συμβατικού αντικειμένου μέχρι την εξάντληση του χρηματικού ποσού της κατακύρωσης». Έχει κριθεί, ωστόσο, ότι υπό το πρίσμα των αρχών της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων και της διαφάνειας, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής, είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, ΔΕΕ, Απόφαση της 29.03.2012, Υπόθεση C599/10, SAG ELV Slovensko κ.λπ., σκέψη 36 • ΔΕΕ, Απόφαση της 10.10.2013, Υπόθεση C-336/12, Manona, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 29.03.2012, Υπόθεση C-599/10, SAG ELV Slovensko κ.λπ., σκέψη 40 • ΔΕΕ, Απόφαση της 10.10.2013, Υπόθεση C-336/12, Manona, σκέψη 36). Κατά συνέπεια, η αναδιαμόρφωση του συμβατικού τιμήματος υπό τον όρο αναδιαμόρφωσης του εργατικού κόστους της σύμβασης, κατά τρόπο που να είναι σύμφωνο με τις προβλεπόμενες από την ως άνω οικ. 4241/127/2019 Υ.Α. αυξημένες κατώτατες αμοιβές των εργαζομένων που θα απασχολήσει ο ανάδοχος, κατά τα επικαλούμενα από την

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

προσφεύγουσα πρακτικά του Ελεγκτικού Συνεδρίου, είναι σοβαρώς υποστηρίξιμο ότι μπορεί να λάβει χώρα, υπό προϋποθέσεις, και μόνο εφόσον, οι προσφορές των διαγωνιζομένων όσον αφορά το ελάχιστο εργοδοτικό κόστος που έχουν λάβει υπόψη τους να μην διαφοροποιούνται μεταξύ τους, αλλά και σε σχέση με το ελάχιστο προβλεπόμενο εργατικό κόστος κατά τη διακήρυξη, η διαφοροποίηση δε μεταξύ των προσφερόμενων τιμών να είναι αποτέλεσμα του διαφορετικού ύψους των λοιπών δαπανών που έχουν ληφθεί υπόψη, όπως του κόστους αναλωσίμων, του διοικητικού κόστους και του εργολαβικού οφέλους, περίπτωση όμως που δεν συντρέχει με τις προσφορές των εταιρειών ****, οι οποίες κατά τα ιστορούμενα στην 1^η προσφυγή, που δεν αμφισβητούνται από τη 2^η προσφεύγουσα, διαφοροποιούνται όχι μόνον λόγω του διαφορετικού ύψους του κόστους αναλωσίμων, του διοικητικού κόστους και του εργολαβικού οφέλους που κάθε προσφέρουσα έλαβε υπόψη της για τον υπολογισμό της τιμής εργατοώρας που προσέφερε, αλλά διαφοροποιούνται κυρίως στον υπολογισμό του εργοδοτικού κόστους, καθώς η προσφερόμενη τιμή εργατοώρας καθεμίας διαμορφώνεται αναλόγως της πρότασης της σχετικά με τη σύνθεση του προσωπικού που θα απασχοληθεί κατά την εκτέλεση της σύμβασης και τις ώρες που τα μέλη του θα απασχοληθούν σε συνάρτηση με τις ελάχιστες αμοιβές που λόγω των προσόντων τους πρέπει να λαμβάνουν. Κατά συνέπεια, η προσβαλλόμενη απόφαση που αποφασίζει ότι δεν συντρέχουν οι απαραίτητες και νόμιμες προϋποθέσεις αναδιαμόρφωσης του ποσού πληρωμής εργασιών του αναδόχου, όπως προκύπτει βάσει της οικονομικής προσφοράς που κατέθεσε στο διαγωνισμό, δεν μπορεί βάσιμα να υποστηριχθεί ότι είναι μη νόμιμη. Σε κάθε περίπτωση, σε αντίθεση με την παρεμβαίνουσα, η προσφεύγουσα, με τη με αριθμό πρωτ ***** επιστολή της παρέτεινε την ισχύ της προσφοράς της για ακόμα εκατόν ογδόντα (180) ημέρες ήτοι, έως τις είκοσι τρεις Μαΐου δύο χιλιάδες είκοσι ένα (23/05/2021), χωρίς καμία επιφύλαξη, όπως άλλωστε ανεπιφύλακτα είχε υποβάλει και την προσφορά της. Εξάλλου, όπως η ίδια η 2^η προσφεύγουσα συνομολογεί, η αναδιαμόρφωση του συμβατικού τιμήματος υπό τον όρο αναδιαμόρφωσης του εργατικού κόστους της σύμβασης, κατά τα επικαλούμενα από την προσφεύγουσα πρακτικά του Ελεγκτικού Συνεδρίου δεν αποτελεί υποχρέωση, αλλά δυνατότητα για την αναθέτουσα

Αριθμός απόφασης: 289,290 / 2021

αρχή, επομένως μη νομίμως βάλλεται η ευχέρειά της να μην την ασκήσει. Οι δε ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί λόγω εσφαλμένης ερμηνείας των αποφάσεων του Ελεγκτικού Συνεδρίου είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελείς. Τούτων, έπεται ότι και ο δεύτερος λόγος της 2^{ης} προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

30. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, οι κρινόμενες προσφυγές πρέπει να απορριφθούν, οι δε επ' αυτών παρεμβάσεις πρέπει να γίνουν δεκτές.

31. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη, τα παράβολα που κατέθεσαν και οι δύο προσφεύγουσες πρέπει να καταπέσουν, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει τις προσφυγές.

Δέχεται τις παρεμβάσεις.

Ορίζει την κατάπτωση των παραβόλων, που κατέθεσαν οι προσφεύγουσες.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 22 Ιανουαρίου 2021 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στη 11 Φεβρουαρίου 2021.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Νικόλαος Σ. Σαββίδης

Αλεξάνδρα Κ. Παπαχρήστου