

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Σεπτεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση:
Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Βικτωρία Πισμύρη, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 22.08.2022 με ΓΑΚ 1184/22.08.2022 Προδικαστική Προσφυγή της ατομικής επιχείρησης με την επωνυμία «... ..» με τον διακριτικό τίτλο «... ..», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

κατά του «... ..», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η Απόφαση Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής 18η Τακτ. Συνεδρ./08.08.2022 (Θέμα 10ο οικ.), καθ' ο μέρος αποφασίστηκε η ματαίωση του διαγωνισμού της αρ. .../2021 Διακήρυξης

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... ποσού €1.923,00.

2. Επειδή, με την αρ. .../2021 Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε δημόσιος ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων ανοικτής διαδικασίας για την ανάδειξη αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών προσωπικού εστίασης του ..., για ένα έτος, συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 388.426,58 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής. Ο εν λόγω διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

Αριθμός απόφασης: 1470/2022

3. Επειδή, με το Πρακτικό Ελέγχου και Αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών της από 23-12-2021 συνεδρίασης, η Επιτροπή του διαγωνισμού έκρινε αποδεκτή τη συμμετοχή όλων των διαγωνιζομένων. Με το Πρακτικό Αξιολόγησης οικονομικών προσφορών της από 10-01-2022 συνεδρίασης, η Επιτροπή του διαγωνισμού εισηγήθηκε την αποδοχή των οικονομικών προσφορών των οικονομικών φορέων: 1),... .. αρ. ΕΣΗΔΗΣ ..., 2),... αρ.ΕΣΗΔΗΣ ..., και την απόρριψη της προσφοράς της εταιρίας Με το Πρακτικό Αξιολόγησης δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου της από 01-04-2022 συνεδρίασης, η Επιτροπή του διαγωνισμού εισηγήθηκε την οριστική κατακύρωση του διαγωνισμού στον οικονομικό φορέα,... .. Κατόπιν των ανωτέρω, εκδόθηκε η Απόφαση Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής 11η Τακτ. Συνεδρ./19.04.2022 (Θέμα 13ο οικ.), με την οποία εγκρίθηκε το από 01.04.2022 πρακτικό αποσφράγισης και κατακυρώθηκε ο διαγωνισμός στον οικονομικό φορέα,... .. και η Απόφαση Δ.Σ. Γ. Ν. ... 7η/15.03.2022 (θέμα 7ο οικ.), με την οποία εγκρίθηκαν το από 23/02/2021 πρακτικό Ελέγχου και Αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών καθώς και το από 23/02/2022 πρακτικό Αξιολόγησης οικονομικών προσφορών. Με την από 29.04.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 627/03.05.2022 Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα, ζήτησε την ακύρωση της ως άνω απόφασης, καθ' ο μέρος έγινε δεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα,... .. για τους σε αυτήν αναφερόμενους λόγους. Επίσης, η εταιρία με την επωνυμία «... ..»,» και τον διακριτικό τίτλο «... ..» υπέβαλε την από 03.05.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 643/04.05.2022 Προδικαστική Προσφυγή, ζητώντας την ακύρωση της ανωτέρω απόφασης, καθ' ο μέρος απορρίφθηκε η προσφορά της. Επί των ανωτέρω προδικαστικών προσφυγών, εκδόθηκε η αρ. 906,907/2022 απόφαση του 2ου Κλιμακίου της ΕΑΣΗΔΥ, με την οποία: α) έγινε δεκτή η προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας, πλην όμως απορρίφθηκε ένας από τους ισχυρισμούς που πρόβαλε αναφορικά με την αποδοχή της προσφοράς της επιχείρησης και β) έγινε εν μέρει δεκτή η προδικαστική προσφυγή της εταιρίας «... ..». Συγκεκριμένα, η τελευταία ως άνω προδικαστική προσφυγή έγινε δεκτή καθ' ο μέρος αφορούσε την απόρριψη της προσφοράς της εταιρίας «... ..» ενώ απορρίφθηκε καθ' ο μέρος στρεφόταν κατά της αποδοχής της προσφοράς της

Αριθμός απόφασης: 1470/2022

εδώ προσφεύγουσας. Κατά των ως άνω αποφάσεων ασκήθηκαν ενώπιον του αρμόδιου Δικαστηρίου αιτήσεις ακύρωσης – αναστολής, επί των οποίων εκκρεμεί η εκδίκαση και έκδοση αποφάσεων.

Με την Απόφαση Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής 18η Τακτ. Συνεδρ./08.08.2022 (Θέμα 10ο οικ.) [διαβιβαστ. Αρ. πρωτ. .../11.08.2022], αποφασίστηκε η ματαίωση του διαγωνισμού λόγω της νομοθετημένης αύξησης του κατώτατου νόμιμου μισθού/ημερομισθίου.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 11.08.2022, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 22.08.2022, ημέρα Δευτέρα, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΕΑΔΗΣΥ, 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 και με έννομο συμφέρον καθόσον η προσφεύγουσα επιδιώκει την συνέχιση του διαγωνισμού, στον οποίο έχει υποβάλλει παραδεκτή προσφορά.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 23.08.2022 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. πρωτ. 13619/06.09.2022 απόψεις της σχετικά με αυτήν, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν.

6. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των

ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον μοναδικό λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η εκ του νόμου αύξηση του κατώτατου μισθού/ημερομισθίου δεν αποτελεί νόμιμο λόγο ματαίωσης δημόσιου διαγωνισμού. Ειδικότερα αναφέρει ότι η μεταβολή του νομοθετικού καθεστώτος, που λαμβάνει χώρα μετά την υποβολή της προσφοράς των διαγωνιζομένων, δεν συνιστά γεγονός έκτακτο, ακαταμάχητο και απρόβλεπτο, το οποίο δικαιολογεί τη ματαίωση δημόσιου διαγωνισμού. Ιδίως, δεν συνιστά τέτοιο γεγονός η θεσμοθέτηση νέου κατώτατου μισθού και νέου κατώτατου ημερομισθίου μετά το χρονικό σημείο υποβολής των προσφορών.

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Με την προσβαλλόμενη πράξη η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε την ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας με την αιτιολογία ότι η νομοθετημένη αύξηση του κατώτατου μισθού/ημερομισθίου, συνιστά λόγο ανωτέρας βίας, που καθιστά αναγκαία τη ματαίωση για λόγους δημοσίου συμφέροντος. Όμως, όπως έχει κριθεί *ad hoc* με την απόφαση 73/2021 του ΣΤΕ *«κρίσιμος χρόνος, από την άποψη του ισχύοντος νομοθετικού καθεστώτος για την διαμόρφωση της προσφοράς διαγωνιζομένου, είναι ο χρόνος της διενέργειας του διαγωνισμού (ΕΑ 89/2010), για τον προσδιορισμό δε του κόστους της μισθοδοσίας του προσωπικού, ο διαγωνιζόμενος δεσμεύεται από τους κανονιστικούς όρους της ισχύουσας κατά τον ανωτέρω χρόνο εργατικής νομοθεσίας που προβλέπει τους κατώτατους μισθούς των υπαλλήλων και τα κατώτατα ημερομίσθια των εργατοτεχνιτών. Ειδικότερα, ο συμμετέχων σε προκηρυχθέντα διαγωνισμό με την υποβολή προσφοράς, αναλαμβάνει τον κίνδυνο να τηρήσει την εκάστοτε ισχύουσα εργατική νομοθεσία σχετικά με τους όρους αμοιβής του απασχολούμενου από αυτόν προσωπικού, σε περίπτωση που αναδειχθεί ανάδοχος, τούτο δε ορίζεται ρητώς στην διάταξη του άρθρου 10.16 του Παραρτήματος Δ' της διακήρυξης του ένδικου διαγωνισμού, που ανεφέρθη στη σκέψη 5. Περαιτέρω, η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας για την σύναψη δημόσιας σύμβασης δεν επαφίεται στην διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, αλλά επιτρέπεται μόνο για συγκεκριμένους λόγους περιοριστικώς αναφερόμενους, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται και η*

Αριθμός απόφασης: 1470/2022

συνδρομή λόγου ανωτέρας βίας που καθιστά μη δυνατή την κανονική εκτέλεση της σύμβασης (άρθρο 317 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016). Η μεταβολή του νομοθετικού καθεστώτος, που λαμβάνει χώρα μετά την υποβολή της προσφοράς του διαγωνιζομένου, δεν συνιστά γεγονός έκτακτο, ακαταμάχητο και απρόβλεπτο, το οποίο δικαιολογεί την ματαίωση του διαγωνισμού, λαμβανομένου μάλιστα υπ' όψιν ότι ήδη με την διάταξη του άρθρου 103 του ν. 4172/2013 είχε προβλεφθεί η διαδικασία, κατόπιν διαβούλευσης, που θα κατάληγε σε θεσμοθέτηση νέου κατώτατου μισθού και νέου κατώτατου ημερομισθίου. Συνεπώς, στην προκειμένη περίπτωση, η αύξηση των κατώτατων μισθών των υπαλλήλων και των κατώτατων ημερομισθίων των εργατοτεχνιτών που θεσπίσθηκε με την υπ' αριθ. 4241/127/30.1.2019 απόφαση του Υπουργού Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης, η οποία εκδόθηκε μετά την ημερομηνία της υποβολής των προσφορών της αιτούσας και της παρεμβαίνουσας, δεν συνιστούσε γεγονός ανωτέρας βίας, το οποίο να δικαιολογεί την ματαίωση του ένδικου διαγωνισμού.». Αναλόγως έχει κριθεί και με την υπ' αριθμ. 184/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, στην οποία αναφέρεται ότι η μεταβολή του νομοθετικού καθεστώτος, που λαμβάνει χώρα μετά την υποβολή της προσφοράς του διαγωνιζομένου, δεν συνιστά γεγονός έκτακτο, ακαταμάχητο και απρόβλεπτο, το οποίο δικαιολογεί την ματαίωση του διαγωνισμού, λαμβανομένου μάλιστα υπ' όψιν ότι ήδη με την διάταξη του άρθρου 103 του ν. 4172/2013 είχε προβλεφθεί η διαδικασία, κατόπιν διαβούλευσης, που θα κατάληγε σε θεσμοθέτηση νέου κατώτατου μισθού και νέου κατώτατου ημερομισθίου.

Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι η θεσμοθέτηση νέου κατώτατου μισθού και νέου κατώτατου ημερομισθίου μετά το χρονικό σημείο υποβολής των προσφορών δεν συνιστούσε γεγονός ανωτέρας βίας, το οποίο να δικαιολογεί την ματαίωση του ένδικου διαγωνισμού, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής. Ως εκ τούτου ο υπό κρίση λόγος πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη.

10. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

11. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν.

4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29 Σεπτεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 13 Οκτωβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Η Γραμματέας

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ