

Αριθμός απόφασης: 662 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 31 Μαΐου 2019, δυνάμει της με αριθμό 754/2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου που τροποποίησε τη με αριθμό 602/2019 όμοια Πράξη της, ως προς την ημερομηνία εξέτασης της υπό κρίση προσφυγής, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης – Εισηγητής – και Αργυρώ Τσουλούφα, Μέλη

Για να εξετάσει τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 483/22-04-2019 Προδικαστική Προσφυγή της ομόρρυθμης εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στη ..., επί της οδού ... αρ. ..., νόμιμα εκπροσωπούμενης (εφεξής «προσφεύγουσα» ή «προσφεύγων»)

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» («...»), που εδρεύει στην ..., επί της οδού ..., αρ. ... (εφεξής «αναθέτων φορέας» ή «...» ή «Επιχείρηση»), στο πλαίσιο διαγωνισμού με ανοικτή διαδικασία για τη σύναψη σύμβασης με αντικείμενο: «Καθαρισμός Διοικητηρίου, Αποδυτηρίων προσωπικού και Χώρων συνεργείων του ...» που η επιχείρηση προκήρυξε με τη με αριθμό ... από 12-12-2018 διακήρυξή της (εφεξής «διαγωνισμός») και κατά του υπ' αριθ. .../17-4-2019 εγγράφου της Διευθύντριας ... (εφεξής «προσβαλλόμενη απόφαση» ή «προσβαλλόμενη πράξη»), με το οποίο γνωστοποιήθηκε στους συμμετέχοντες ότι ο διαγωνισμός «ματαιώθηκε και πρόκειται να επαναπροκηρυχθεί με τροποποίηση των όρων του στην κατεύθυνση των επιταγών της απόφασης .../30-1-2019», για τους λόγους που αναφέρονται στην εν λόγω Προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδα

Αριθμός απόφασης: 662 / 2019

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (345 παρ. 1 ν. 4412/2016, 6 παρ.1 ν. 4412/2016) που ανέρχεται σε 86.500,00€, του αντικειμένου της (υπηρεσίες) και της ιδιότητας της ... που διενεργεί το διαγωνισμό, ως εταιρείας του κεφαλαίου Β του ν. 3429/2005 (ΦΕΚ Α' 314) που δραστηριοποιείται στον τομέα της ενέργειας, δραστηριότητα που η ... ασκεί ως αναθέτων φορέας (παροχή ή λειτουργία σταθερών δικτύων που έχουν ως στόχο να παρέχουν στο κοινό υπηρεσίες στον τομέα της παραγωγής, της μεταφοράς ή της διανομής ηλεκτρισμού ή φυσικού αερίου ή την τροφοδότηση των εν λόγω δικτύων με ηλεκτρισμό ή με φυσικό αέριο), δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, υπάγεται όμως στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και πιο συγκεκριμένα του Βιβλίου ΙΙ αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την περ. γ' της παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε εντέλει από την παρ. 4 του άρθρου 43 του ν.4487/2017 (Φ.Ε.Κ. Α'116/9-8-2017), η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκούνται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

2. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 39/2017, με τη χρήση τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, καταβλήθηκε δε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ..., ποσού 600,00€). Συνακόλουθα, πρέπει να εξεταστεί κατ' ουσίαν.

3. Επειδή, η ..., με τη με αριθμό ... από 12-12-2018 διακήρυξή της, που ανήρτησε στην επίσημη ιστοσελίδα της, στην ηλεκτρονική διεύθυνση ...,

Αριθμός απόφασης: 662 / 2019

προκήρυξε διαγωνισμό με ανοικτή διαδικασία για τη σύναψη σύμβασης με αντικείμενο: «Καθαρισμός Διοικητηρίου, Αποδυτηρίων προσωπικού και Χώρων συνεργείων του ...», με συνολικό προϋπολογισμό, κατ' εκτίμηση, ανερχόμενο σε 86.500,00 € για το σύνολο των παρεχόμενων υπηρεσιών για χρονικό διάστημα 12 μηνών (τιμή κατ' αποκοπή), χωρίς, όμως ο προϋπολογισμός αυτός να αποτελεί ανώτατο όριο προσφοράς και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά, η οποία προσδιορίζεται βάσει της τιμής. Στη διακήρυξη, περαιτέρω, ορίστηκε ότι ο διαγωνισμός διενεργείται με το σύστημα προσφοράς με ελεύθερη συμπλήρωση ανοικτού Τιμολογίου και ότι προσφορές με συνολικό ετήσιο ύψος των νόμιμων αποδοχών και ασφαλιστικών εισφορών των εργαζομένων για τις συγκεκριμένες υπηρεσίες μικρότερο από αυτό που καθορίζεται στην παρ. 8.4.3 του τεύχους 2 της διακήρυξης δεν γίνονται δεκτές και θα απορρίπτονται χωρίς δικαίωμα προσφυγής. Αρμόδια υπηρεσία για τη διεξαγωγή του διαγωνισμού ορίστηκε η Διεύθυνση Λειτουργικής Υποστήριξης ... (...)/.../..., που έχει έδρα στην ..., στο ..., ΤΘ Ο διαγωνισμός διενεργήθηκε με την υποβολή γραπτών προσφορών και, κατά την προσφυγή, υποβλήθηκαν προσφορές από τρεις (3) οικονομικούς φορείς, την προσφεύγουσα, την εταιρεία με την επωνυμία «...» και την ..., μετά το άνοιγμα των οποίων προσωρινή μειοδότης αναδείχθηκε η προσφεύγουσα, η οποία και κλήθηκε να προσκομίσει εντός 10 ημερών τα δικαιολογητικά και στοιχεία που αναφέρονται στα Άρθρα 6.2.B. 1 – XV της διακήρυξης. Με το υπ' αριθ. 2422/29-3-2019 έγγραφο της Διευθύντριας της ... της ..., ενημερώθηκε και η προσφεύγουσα ότι: «οι διαγωνισμοί με αριθμούς διακήρυξης ... και ..., οι οποίοι αφορούν παροχή υπηρεσιών καθαριότητας στα ..., πρόκειται να ματαιωθούν και να επαναπροκηρυχθούν, τροποποιούμενοι οι όροι τους στην κατεύθυνση των επιταγών της Απόφασης 4241/127/30.01.2019 με θέμα «Καθορισμός κατώτατου μισθού και κατώτατου ημερομισθίου για τους υπαλλήλους και τους εργατοτεχνίτες όλης της χώρας (ΦΕΚ Β'173/2019)». Τελικώς, στις 17-4-2019, κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες του διαγωνισμού το υπ' αριθ. 2974/17-4-2019 έγγραφο της Διευθύντριας ... της

Αριθμός απόφασης: 662 / 2019

..., με το οποίο γνωστοποιήθηκε και στην προσφεύγουσα ότι ο διαγωνισμός «ματαιώθηκε και πρόκειται να επαναπροκηρυχθεί με τροποποίηση των όρων του στην κατεύθυνση των επιταγών της απόφασης 4241/127/30-1-2019». Κατά του τελευταίου αυτού εγγράφου του αναθέτοντος φορέα, άσκησε η προσφεύγουσα την υπό εξέταση προδικαστική της προσφυγή.

4. Επειδή, στην υπό εξέταση προσφυγή της, η προσφεύγουσα, που συμμετείχε στο διαγωνισμό και αναδείχθηκε μειοδότης, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, προβάλλει ότι είναι μη νόμιμη η απόφαση με την οποία ματαιώθηκε ο διαγωνισμός με την αιτιολογία της ανόδου του ημερομισθίου που έγινε με τη απόφαση 4241/127/30-1-2019 με θέμα «Καθορισμός κατώτατου μισθού και κατώτατου ημερομισθίου για τους υπαλλήλους και τους εργατοτεχνίτες όλης της χώρας» (ΦΕΚ Β'173/2019). Συγκεκριμένα, ισχυρίζεται ότι από τις διατυπώσεις του άρθρου 106 του ν. 4412/2016 και των ειδικότερων όρων 10.5 και 10.6 της διακήρυξης προκύπτει ότι δεν προβλέπεται ως λόγος ματαίωσης η τροποποίηση του κατώτατου ημερομισθίου που έλαβε χώρα, ενώ εκκρεμούσε η διαγωνιστική διαδικασία. Οι λόγοι ματαίωσης που αναφέρονται στο άρθρο 10 της διακήρυξης, μάλιστα, δεν ταυτίζονται με τους λόγους ματαίωσης του άρθρου 106 του νόμου, αλλά είναι πιο περιορισμένοι και συγκεκριμένοι, επιτρέποντας τη ματαίωση του διαγωνισμού αυστηρώς και μόνον υπό τη συνδρομή των λόγων που αναφέρονται στους όρους 10.5 και 10.6 της διακήρυξης, στους οποίους δεν περιλαμβάνεται ο λόγος για τον οποίο ματαιώθηκε ο διαγωνισμός. Επιπλέον, η προσβαλλόμενη απόφαση δεν έχει καμία αιτιολογία ως προς το εάν επηρεάζεται ουσιωδώς, λόγω της τροποποίησης του κατώτατου ημερομισθίου, το οικονομικό αντικείμενο της σύμβασης. Τούτο δε, μολονότι στο από 19-2-2019 έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ (ΑΔΑ: ...), του οποίου έγινε επίκληση για τη ματαίωση του διαγωνισμού, επισημαίνεται ότι οι Αναθέτουσες Αρχές οφείλουν να κρίνουν «αιτιολογημένα» για το εάν επηρεάζεται «ουσιωδώς το οικονομικό θεμέλιο της σχεδιασθείσας με το προϋφιστάμενο κανονιστικό πλαίσιο διαδικασίας». Αντίθετα, στην προσβαλλόμενη απόφαση

Αριθμός απόφασης: 662 / 2019

ματαίωσης δεν έγινε καμία εκτίμηση ως προς το ποσοστό επηρεασμού του οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης. Η προσφεύγουσα μάλιστα ισχυρίζεται ότι, δοθέντος ότι η συνολική προσφορά της, στην οποία, εκτός των αποδοχών και ασφαλιστικών εισφορών των εργαζομένων, συνυπολογίζονται και κόστος αναλωσίμων, διοικητικό κόστος, εργολαβικό κέρδος και κρατήσεις υπέρ τρίτων, όπως ορίζει το άρθρο 68 του Ν.3863/2010, ανερχόταν συνολικώς στα 78.888,00€ (άνευ φπα), δηλαδή με βάση τις προϋφιστάμενες τιμές ημερομισθίου ήταν κατά 7.612,00 ευρώ μικρότερη του ενδεικτικού προϋπολογισμού της διακήρυξης, ήτοι παρασχέθηκε έκπτωση περίπου 9% επί του ενδεικτικού προϋπολογισμού, το οικονομικό αντικείμενο της σύμβασης θα επηρεαστεί κατά περίπου 11%, λόγω της αύξησης του ημερομισθίου κατά 10,9%, γεγονός που θα οδηγούσε σε μικρή επαύξηση του οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης. Η αύξηση αυτή θα καλυπτόταν οριακώς - με ενδεχόμενο να γίνει ελαφρά υπέρβαση του - από τον προβλεπόμενο προϋπολογισμό των 86.500 ευρώ, ο οποίος, όμως, είναι ενδεικτικός και επιτρέπεται ρητώς κατά τη διακήρυξη η υπέρβασή του, πλέον της δυνατότητας που η ... έχει να κάνει χρήση του άρθρου 4 του υπό σύναψη συμφωνητικού, σύμφωνα με το οποίο «Είναι δυνατή η αυξομείωση του συμβατικού τιμήματος της Παροχής Υπηρεσίας από 30% έως +50% ...». Συνεπώς, ενόψει της αλλαγής των ημερομισθίων μπορεί να γίνει σύναψη της σύμβασης με βάση τη δοθείσα τιμή της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου, ενώ σε μεταγενέστερο χρόνο θα μπορούσε δυνάμει του άρθρου 132 Ν. 4412/2016 να γίνει προσαύξηση της εργοδοτικής δαπάνης, όπως αυτή προκύπτει από την ανάλυση του άρθρου 68 Ν. 3863/2010, κατά 10,9 %, λόγω της οφισθενούς μεταβολής που μεσολάβησε με την αλλαγή του ημερομισθίου. Άλλωστε, ήδη κατά τον παρόντα χρόνο, εκτελείται το παρόν έργο της καθαριότητας με τα νέα ημερομίσθια και επομένως δεν είναι κατανοητό για ποιόν λόγο έγινε ματαίωση του διαγωνισμού, εφόσον και πάλι η ανάθεση έγινε επί τη βάση των νέων ημερομισθίων.

5. Επειδή, ο αναθέτων φορέας, με το με αρ. πρωτ. 21340/02-05-2019 έγγραφο της νομικής του υπηρεσίας, απέστειλε τις απόψεις του, στις

Αριθμός απόφασης: 662 / 2019

οποίες, συμπληρώνοντας την αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης, κατά τις διατάξεις του άρθρου 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, αναφέρει ότι νομίμως ματαίωσε το διαγωνισμό, διότι σύμφωνα με τον όρο 10.6. β της διακήρυξης το αποτέλεσμα της διαδικασίας είναι μη ικανοποιητικό για αυτόν. Και τούτο, διότι κατόπιν της απόφασης με 4241/127/30-1-2019 σχετικά με την αύξηση του κατώτατου μισθού και κατώτατου ημερομισθίου για τους υπαλλήλους και τους εργατοτεχνίτες όλης της χώρας (ΦΕΚ Β'173/2019) και του από 19-2-2019 εγγράφου της ΕΑΑΔΗΣΥ (ΑΔΑ: ...), έκρινε ότι ανατρέπεται ουσιωδώς το οικονομικό θεμέλιο της διαδικασίας και τίθεται σε κίνδυνο η αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης, καθώς η κατακύρωση του διαγωνισμού με την ήδη υποβληθείσα οικονομική προσφορά στην προσφεύγουσα θα ήταν μη νόμιμη, με αποτέλεσμα να μην είναι δυνατή η ομαλή εκτέλεση της σύμβασης αν ανατίθετο. Και προσθέτει ότι απαραδέκτως η προσφεύγουσα με την προσφυγή της υποβάλει κατ' ουσίαν νέα οικονομική πρόταση. Καταλήγει δε πως είναι απορριπτέος άνευ ετέρου ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι κάθε διαγωνιζόμενος έχει την ευχέρεια να διαφοροποιεί τον τρόπο υπολογισμού του εργατικού κόστους και αναλόγως να διαμορφώνει την προσφορά του, επειδή η διαμόρφωση του εργατικού κόστους δεν μπορεί να υπολείπεται των κατώτατων επιτρεπόμενων ορίων, αντίθετα το κόστος τούτο πρέπει να βασίζεται στις πραγματικές συνθήκες απασχόλησης και ιδία στον συγκεκριμένο αριθμό εργαζομένων που πρόκειται να εργασθούν σε αντικατάσταση συγκεκριμένου αριθμού άλλων εργαζομένων, οι οποίοι θέλει απέχουν από την εργασία τους νομίμως επί συγκεκριμένο αριθμό ημερών κατ' έτος αναφοράς, καθώς και στα συγκεκριμένα προς καταβολή ωρομίσθια, ημερομίσθια και μικτές αποδοχές, όπως ακριβώς προβλέπεται από την εργατική νομοθεσία.

6. Επειδή, τις απόψεις της ... και ένα σχετικό έγγραφο που σε αυτές είχε επισυναφθεί, με το από 23-05-2019 μήνυμα ηλεκτρονικής αλληλογραφίας της γραμματείας του 2^{ου} Κλιμακίου της και σε ορθή επανάληψη με το από 27-05-2019 όμοιο, η ΑΕΠΠ απέστειλε στην προσφεύγουσα, προκειμένου να λάβει γνώση και με την επισήμανση ότι εις

Αριθμός απόφασης: 662 / 2019

αντίκρουσή τους δύναται αυτή να υποβάλει υπόμνημα εντός της προθεσμίας του άρθρου 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016, όπως ισχύει τροποποιηθέν με την παρ. 42 του άρθρου 43 του ν. 4605/2019, πλην όμως η προσφεύγουσα δεν υπέβαλε ούτε υπόμνημα, ούτε άλλον ισχυρισμό.

7. Επειδή, σχετικά με τη ματαίωση διαδικασίας δημόσιας σύμβασης αναθέτοντος φορέα το άρθρο 317 του ν. 4412/2016, που έχει εφαρμογή στην προκείμενη διαδικασία, με τίτλο «Ματαίωση διαδικασίας», προβλέπει τα εξής: «1. Ο αναθέτων φορέας με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή του, 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 μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση του αναθέτοντος φορέα, 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 τον αναθέτοντα φορέα 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 τους αναθέτοντες φορείς που είναι αναθέτουσες αρχές, για άλλους λόγους δημοσίου συμφέροντος. 3. 4. Όταν συντρέχουν οι λόγοι για τη ματαίωση της διαδικασίας που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2, ο αναθέτων φορέας 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. 5. Ο αναθέτων φορέας διατηρεί, επίσης, το δικαίωμα, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, να αποφασίσει, παράλληλα με την ακύρωση ή τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης και την επανάληψη οποιασδήποτε φάσης της διαδικασίας σύναψης, με τροποποίηση ή μη των όρων της ή να προσφύγει στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, εφόσον στην τελευταία αυτή

Αριθμός απόφασης: 662 / 2019

περίπτωση πληρούνται οι όροι και οι προϋποθέσεις των άρθρων 266 και 269. ...». Κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, ο αναθέτων φορέας έχει διακριτική ευχέρεια να ανακαλέσει τη διαγωνιστική διαδικασία και να προχωρήσει σε επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, εφόσον όμως αιτιολογήσει νομίμως και επαρκώς τη σχετική κρίση του. Ένας από τους λόγους για τους οποίους μπορεί να ανακαλέσει τη διακήρυξη του διαγωνισμού σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας είναι η ανάγκη επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού με τροποποίηση των αρχικών όρων, εφόσον αιτιολογήσει νομίμως και επαρκώς την σχετική κρίση της (πρβλ. ΣΤΕ (Ασφ) 197/2013, ΣΤΕ 4146/2012, και Ε.Α. ΣΤΕ 1082/2008, ΣΤΕ 651/2010, 1580/2008, 810/2008, 4166/1996 7μ.). Τέτοια ανάγκη, άλλωστε, μπορεί να προκαλεί νομοθετική μεταβολή μεσοσύσης της διαδικασίας που ανατρέπει ουσιωδώς το οικονομικό θεμέλιο της σχεδιασθείσας - με βάση το προϋφιστάμενο κανονιστικό πλαίσιο - διαδικασίας, με αποτέλεσμα να τίθεται σε κίνδυνο η αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης που τυχόν ανατεθεί {πρβλ. από 19-2-2019 έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ (ΑΔΑ: ...)}.

8. Επειδή, εξάλλου, σχετικά με τη δυνατότητα ματαίωσης του επίμαχου διαγωνισμού, η διακήρυξη, που συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο, που διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την επιχείρηση, που τον διενεργεί και υποχρεούται από την έναρξη και μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας να εφαρμόζει όσα ορίζονται σε αυτή, όσο και τους διαγωνιζόμενους (πρβλ. ΑΕΠΠ Α65/17, 65/17, 114/17, 115/17, 174/17, 128/17 κ.α.), προβλέπει, στο Τεύχος 2 με τίτλο «Όροι και Οδηγίες Διαγωνισμού με ανοιχτή διαδικασία», στο άρθρο 10 με τίτλο «Κατακύρωση – Ματαίωση Διαδικασίας. Αναγγελία Ανάθεσης», ότι: «...10.5 Η ... ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης σύμβασης, εφόσον: α. η διαδικασία απέβη άγονη ... β. ... 10.6 Επίσης, η ... διατηρεί το δικαίωμα : 10.6.1 να ματαιώσει τη Διαδικασία σύναψης σύμβασης στο σύνολο ή σε μέρος αυτής, εφόσον κρίνει ότι: α. η Διαδικασία διεξήχθη χωρίς τήρηση των προβλεπομένων κανόνων, με συνέπεια τον επηρεασμό του αποτελέσματος β. το αποτέλεσμα της Διαδικασίας είναι μη ικανοποιητικό για την Επιχείρηση γ. ο ανταγωνισμός υπήρξε ανεπαρκής δ. μεταβλήθηκαν οι

Αριθμός απόφασης: 662 / 2019

ανάγκες της Επιχείρησης ε. δεν είναι δυνατή η κανονική εκτέλεση της σύμβασης, λόγω ανωτέρας βίας στ. στην περίπτωση που δεν εξευρεθεί η αναγκαία χρηματοδότηση που θα εξασφαλίζει την αποδεκτή για την Επιχείρηση χρηματοδότηση του ...». Από τους προπαρατεθέντες όρους της διακήρυξης, συνάγεται ότι ο αναθέτων φορέας έχει την ευχέρεια να προβαίνει στη ματαίωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού, εφόσον όμως συντρέχει μία περίπτωση από αυτές που αναφέρονται στον όρο αυτό, , η δε απόφαση περί ματαιώσεως του διαγωνισμού πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία. Εξάλλου, λόγοι για τους οποίους δύναται ο αναθέτων φορέας να ματαιώσει το διαγωνισμό μπορεί να αποτελούν να κριθεί αιτιολογημένα α) ότι το αποτέλεσμα της διαδικασίας είναι μη ικανοποιητικό, ή β) ότι δεν είναι δυνατή η κανονική εκτέλεση της σύμβασης, λόγω ανωτέρας βίας. Οι λόγοι αυτοί, μάλιστα, δεν διαφοροποιούνται ουσιωδώς από αυτούς που προβλέπουν σχετικώς οι διατάξεις του νόμου που παρατίθενται στην αμέσως προηγούμενη σκέψη της παρούσας (πρβλ. παρ. 2 του άρ. 311 ν. 4412/2016).

9. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 335 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Όροι εκτέλεσης της σύμβασης (άρθρο 87 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)», προβλέπεται ότι: «1. Οι αναθέτοντες φορείς επιβάλλουν τον όρο ότι κατά την εκτέλεση της σύμβασης ο ανάδοχος τηρεί τις υποχρεώσεις στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικοασφαλιστικού και εργατικού δικαίου που έχουν θεσπιστεί από το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικοασφαλιστικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα XIV του Προσαρτήματος Β΄. Οι όροι της παρούσας παραγράφου αναφέρονται στα έγγραφα της σύμβασης. ...». Εξάλλου, στο άρθρο 68 του ν. 3863/2010 που ειδικώς καταλαμβάνει συμβάσεις καθαρισμού, όπως η προκείμενη, ορίζεται 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,

Αριθμός απόφασης: 662 / 2019

υποχρεούται να ζητά από τις εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης (εργολάβοι) να αναφέρουν στην προσφορά τους, εκτός των άλλων, τα εξής: α) Τον αριθμό των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο. β) Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας. γ) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι. δ) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων. ε) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά. στ) Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο, όταν πρόκειται για καθαρισμό χώρων. ... 3. Στη σύμβαση που συνάπτει η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή με τους εργολάβους περιλαμβάνονται τα στοιχεία α έως στ της πρώτης παραγράφου, καθώς και ειδικός όρος για την εφαρμογή των διατάξεων της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας και της νομοθεσίας περί υγείας και ασφάλειας των εργαζομένων και πρόληψης του επαγγελματικού κινδύνου. Όταν δεν αναγράφονται τα ανωτέρω στοιχεία και όροι, η σύμβαση είναι άκυρη και απορρίπτεται η δαπάνη πληρωμής. 4. Εργολάβος που αναθέτει την εκτέλεση του έργου ή μέρος του έργου σε υπεργολάβο, υποχρεούται άμεσα να ενημερώνει εγγράφως τον αποδέκτη των υπηρεσιών. Ο εργολάβος και ο υπεργολάβος ευθύνονται αλληλεγγύως και εις ολόκληρον, έναντι των εργαζομένων για την καταβολή των πάσης φύσεως αποδοχών και ασφαλιστικών εισφορών. 5. Όταν οι υπηρεσίες ή οι επιτροπές παρακολούθησης καλής εκτέλεσης του έργου του αποδέκτη των υπηρεσιών διαπιστώνουν παραβάσεις των όρων του παρόντος άρθρου κατά τη διάρκεια υλοποίησης του έργου, η σύμβαση καταγγέλλεται από την αναθέτουσα αρχή. Όταν οι παραβάσεις διαπιστώνονται κατά την παραλαβή του έργου, τα δικαιώματα που απορρέουν από τη σύμβαση δεν ικανοποιούνται, καταβάλλονται, όμως, από τον αποδέκτη των υπηρεσιών οι αποδοχές στους εργαζομένους και αποδίδονται οι ασφαλιστικές τους εισφορές.». Συναφώς και στη διακήρυξη του διαγωνισμού, προβλέπεται, στο Τεύχος 1, στο άρθρο 3.2.A.3, κατά αντίστοιχη διατύπωση με την ως άνω διάταξη του νόμου, ότι: «Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού υποχρεούνται στην προσφορά τους, εκτός των άλλων να αναφέρουν τα εξής:· Τον αριθμό των εργαζομένων

Αριθμός απόφασης: 662 / 2019

που θα απασχολήσουν στην παροχή υπηρεσίας· Τις ημέρες και τις ώρες εργασίας · Την ηλικία των εργαζομένων (κάτω ή άνω των 25 ετών) · Τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο και να υποβάλουν ανάλυση του προσφερόμενου τιμήματος ως εξής: α. Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων β. Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά γ. Εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής υπηρεσιών, αναλώσιμων, εργολαβικού κέρδους και νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Επιπροσθέτως υποχρεούνται να επισυνάπτουν στην προσφορά τους αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας, στην οποία υπάγονται οι εργαζόμενοι. ...», στο άρθρο 2.2, ότι: «Στην προσφορά του Αναδόχου περιλαμβάνεται πίνακας με στοιχεία του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 22 του Ν. 4144/2013, ο οποίος επισυνάπτεται στην παρούσα σύμβαση και αποτελεί αναπόσπαστο μέρος αυτής. Επιπλέον στα άρθρα 4 και 5 των Ειδικών Όρων της Σύμβασης αναφέρονται οι όροι για την εφαρμογή των διατάξεων της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας και της νομοθεσίας περί υγείας και ασφάλειας των εργαζομένων και πρόληψης του επαγγελματικού κινδύνου, τους οποίους πρέπει να τηρεί ο Ανάδοχος σύμφωνα με τον ανωτέρω Ν. 3863/2010. ...», στα άρθρα 4 και 5 των Ειδικών Όρων της Σύμβασης, ότι: «... Δ. ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΤΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ 1. Ο Ανάδοχος υποχρεούται για την απαραίτητη τήρηση των διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας, δηλαδή καταβολή των νόμιμων αποδοχών, οι οποίες σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να είναι κατώτερες του κατώτατου ορίου μισθού ή ημερομισθίου, όπως αυτό ορίζεται με το Ν. 4096/2012, ο οποίος τροποποίησε την από 15/7/2010 Ε.Γ.Σ.Σ.Ε, τη χορήγηση αδειών στο προσωπικό με αντικατάσταση των εργαζομένων οι οποίοι βρίσκονται σε άδεια, τήρηση του νομίμου ωραρίου, ασφαλιστική κάλυψη, όροι υγιεινής και ασφάλειας των εργαζομένων κλπ, ευθύνεται δε έναντι των Ελληνικών Αρχών για την τήρηση κάθε υποχρέωσης που προκύπτει απ' αυτές. 2. Σε περίπτωση που διαπιστωθεί παράβαση του ανωτέρω όρου θα καταγγέλλεται η σύμβαση με την Ανάδοχο εταιρεία (άρθρο 68 του Ν.

Αριθμός απόφασης: 662 / 2019

3863/2010) με κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης. ... 7. Υποχρεούται να χρησιμοποιεί προσωπικό (ο αριθμός του οποίου θα έχει προσδιοριστεί από τους οικονομικούς όρους συμμετοχής) ... 5.1 Ο Ανάδοχος, καθώς και οι τυχόν Υπεργολάβοι του, υποχρεούνται να τηρούν απαρεγκλίτως τις διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής Νομοθεσίας για το προσωπικό τους, που θα απασχολείται στα Πλαίσια της Σύμβασης συμπεριλαμβανομένων: α. της καταβολής στο προσωπικό τους των νόμιμων αποδοχών, οι οποίες σε καμιά περίπτωση δεν μπορεί να είναι κατώτερες από τις προβλεπόμενες στην οικεία συλλογική ή επιχειρησιακή σύμβαση εργασίας β. της τήρησης του νόμιμου ωραρίου γ. της καταβολής των εκ του νόμου προβλεπόμενων ασφαλιστικών εισφορών του προσωπικού τους δ. της τήρησης των όρων υγείας και ασφάλειας των εργαζομένων κλπ. 5.2 Σε περίπτωση διαπίστωσης καθ' υποτροπή παραβίασης των εργασιακών και ασφαλιστικών δικαιωμάτων των εργαζομένων του Εργολάβου/Αναδόχου ή/και των Υπεργολάβων, που απασχολούνται στα πλαίσια της Σύμβασης, η ... διατηρεί το δικαίωμα καταγγελίας της σύμβασης και μόνο για το λόγο αυτό, διατηρουμένων σε ισχύ των λοιπών διατάξεων που προβλέπουν την καταγγελία της σύμβασης. ...».

10. Επειδή, κατά την έννοια των ανωτέρω, συνάγεται ότι για το παραδεκτό της οικονομικής προσφοράς απαιτείται αυτή να είναι σύμφωνη με την κείμενη εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία και ούτως να είναι επαρκής προς κάλυψη του οικείου εργατοασφαλιστικού κόστους κατά τον χρόνο υποβολής της, επιπλέον όμως, η υπό ανάθεση σύμβαση θα πρέπει και αυτή αυτοτελώς να τηρεί την οικεία ως άνω ισχύουσα κατά τον χρόνο σύναψής της και περαιτέρω εκτέλεσής της νομοθεσία, ο δε ανάδοχος να τηρεί αντίστοιχα κάθε οικεία διάταξη. Συνακόλουθα, δεν νοείται η διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης να καταλήξει σε σύμβαση αντικειμενικά και εξαρχής παράνομη, διότι είναι βάσει των τεχνικών και οικονομικών δεδομένων της, αδύνατον να πληροί τις κατά τον χρόνο σύναψης της σύμβασης απαιτήσεις της εργατικής και κοινωνικοασφαλιστικής νομοθεσίας και τούτο ασχέτως υπαιτιότητας των μερών και των μετεχόντων στη διαδικασία ή του

Αριθμός απόφασης: 662 / 2019

αναθέτοντος φορέα. Και τούτο, διότι η υποχρέωση τήρησης της ως άνω νομοθεσίας, συνεπώς και του οικείου ελάχιστου νόμιμου κόστους αποδοχών και ασφάλισης, δεν περιορίζεται απλά στον χρόνο υποβολής της προσφοράς, αλλά επεκτείνεται και στο στάδιο της εκτέλεσης και άρα, σε κάθε περίπτωση στον χρόνο σύναψης της σύμβασης περί της οποίας η διαδικασία ανάθεσης. Ουδόλως δε νοείται υπογραφή σύμβασης, η οποία κατά περιεχόμενο δεν μπορεί να υλοποιηθεί και δη νόμιμα από τον ανάδοχο, όταν είναι γνωστό ήδη κατά τη σύναψή της, ότι συντρέχουν γεγονότα, όπως εν προκειμένω η σημαντική αύξηση του νόμιμου κατώτατου ημερομισθίου, τα οποία καθιστούν αντικειμενικώς ανέφικτη τη νόμιμη εκτέλεσή της, η δε μεταβολή και σημαντική αύξηση του κατώτατου νομίμου ημερομισθίου, βάσει του οποίου υπολογίζεται κάθε κόστος αποδοχών και άρα και ασφάλισης, το οποίο ανήλθε στα 29,04€ από τα 26,18€ για εργαζόμενους άνω των 25 ετών και από τα 22,83€ για εργαζόμενους κάτω των 25 ετών, η οποία επήλθε με την ΥΑ 4241/127/19 με ισχύ από 1-2-2019 συνιστά περίπτωση ουσιώδους μεταβολής του οικονομικού θεμελίου της υπό ανάθεση σύμβασης (πρβλ. ad hoc ΕλΣυν, Κλιμ. Ζ Πρ. 217/2019, σκ. Ε, πρβλ. ΕλΣυν Τμ. Μειζ. Επτ. Συνθ. 1630/2018). Ούτε, εξάλλου, μπορεί η πιο πάνω μεταβολή να ενεργοποιήσει τις διατάξεις του άρθρου 337 παρ. 1 περ. γ' ν. 4412/2016 και τις ΑΚ 200 και 288, περί τροποποίησης της ήδη συναφθείσας προ της επέλευσης του απροβλέπτου γεγονότος, ήτοι της ως άνω σημαντικής αύξησης αποδοχών, σύμβασης, με αναπροσαρμογή του συμβατικού ανταλλάγματος στο προσήκον μέτρο. Και τούτο, διότι η σύμβαση πρέπει να έχει συναφθεί πριν επέλθει το απρόβλεπτο γεγονός, δηλαδή προ της παραπάνω αύξησης και όχι μεσούσης της διαδικασίας ανάθεσής της. Αντίθετα, ενόσω δεν έχει συναφθεί η επίμαχη σύμβαση, τόσο ο αναθέτων φορέας όσο και ο ανάδοχος τελούν σε πλήρη γνώση τόσο των ήδη και εφεξής ισχυουσών εργατικών και ασφαλιστικών διατάξεων και υποχρεώσεων αναδόχου, άρα του ανέφικτου της νόμιμης υλοποίησης της σύμβασης με την προσφερόμενη τιμή, και ούτως γνωρίζουν εκ των προτέρων, όχι ως απλό ενδεχόμενο, αλλά μετά πλήρους βεβαιότητας ότι οι τιμές προσφοράς δεν μπορούν να αποτελέσουν νόμιμο συμβατικό

Αριθμός απόφασης: 662 / 2019

αντάλλαγμα και ότι η αξία της σύμβασης θα υπερβεί και δη κατά σημαντικό βαθμό το ποσό της οικονομικής προσφοράς του αναδόχου. Τούτο δε, διότι (πρβλ. ΝΣΚ Γνμδ 106/2019, σκ. 20-24) οι διατάξεις των ΑΚ 200 και 288 προϋποθέτουν μια ήδη υπαρκτή σύμβαση, την ανάγκη απόκλισης από τα συμφωνηθέντα, δηλαδή να έχει συναφθεί η σύμβαση, επαναπροσδιορισμό συμφωνημένων παροχών, άρα ήδη συμφωνηθείσες παροχές και τούτο προς τον σκοπό διορθωτικής παρέμβασης επί συναφθείσας σύμβασης που επιβάλλει υποχρεώσεις στα μέρη, οι οποίες είναι δυσβάστακτες ή ανέφικτες και ούτως καταλήγουν σε αντίθεση με την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη (ΑΠ 989/2012, 1290/2011, ΣτΕ 1749/2009, 2993/2006, 1969/2004, 4326/2000, 2383/1996).

11. Επειδή, τέλος, στο έγγραφο με αρ. 1050/19-2-2019 της ΕΑΑΔΗΣΥ περί της επίδρασης της αναπροσαρμογής των κατώτατων αποδοχών σε εν εξελίξει διαδικασίες ανάθεσης εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών καθαριότητας ή φύλαξης αναφέρεται ότι: «Όπως γίνεται παγίως δεκτό από τη νομολογία τόσο του Δικαστηρίου της Ε.Ε. όσο και των εθνικών Δικαστηρίων, το εφαρμοστέο νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τη διεξαγωγή της διαδικασίας ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης είναι εκείνο που ισχύει κατά τον χρόνο δημοσίευσης της οικείας διακήρυξης. Από την εν λόγω νομολογιακά διαμορφωθείσα γενική αρχή προκύπτει ότι τυχόν νομοθετικές ή κανονιστικές μεταβολές που εμφιλοχωρούν, ενώ ήδη εξελίσσονται διαδικασίες ανάθεσης, δεν επηρεάζουν τις διαδικασίες αυτές, εκτός και αν έχουν, ρητώς, αναδρομική ισχύ. Συνεπώς, υπό το πρίσμα αυτό, και, δεδομένου ότι οι διατάξεις της προαναφερθείσας υπουργικής απόφασης δεν περιλαμβάνουν ρητή διάταξη περί αναδρομικής εφαρμογής, οι εν εξελίξει διαδικασίες ανάθεσης δύνανται να ολοκληρώνονται υπό το καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο δημοσίευσης της σχετικής διακήρυξης. Ανεξαρτήτως των ανωτέρω, επισημαίνεται, ωστόσο, ότι, κατά την εκτέλεση των συμβάσεων που συνάπτονται ως άνω, οι αποδοχές των εργαζόμενων υπολογίζονται και καταβάλλονται βάσει των οριζόμενων στην υπ' αριθμ. 4241/127/30.01.2019 Υπουργική Απόφαση. Σε συνέχεια των

Αριθμός απόφασης: 662 / 2019

ανωτέρω, στην περίπτωση που έχει παρέλθει η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ήτοι σε εκκρεμείς διαδικασίες, οι αναθέτουσες αρχές διατηρούν την ευχέρεια, συνεκτιμώντας το σύνολο των πραγματικών περιστατικών της εκάστοτε υπό ανάθεση σύμβασης, να εφαρμόσουν τις διατάξεις της παρ. 2 ή ενδεχομένως και της παρ. 5 του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, εφόσον κρίνουν αιτιολογημένα ότι η εν θέματι κανονιστική μεταβολή έχει ανατρέψει ουσιωδώς το οικονομικό θεμέλιο της σχεδιασθείσας - με βάση το προϋφιστάμενο κανονιστικό πλαίσιο- διαδικασίας, με αποτέλεσμα να τίθεται σε κίνδυνο η αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης που τυχόν ανατεθεί». Κατά την έννοια των ανωτέρω, σε εκκρεμείς διαδικασίες ανάγεται στην ελεγχόμενη ως προς την τήρηση των άκρων ορίων της, κατ' άρ. 106 παρ. 2 Ν. 4412/2016, διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας, να αποφασίσει αν θα συνεχίσει ή θα ματαιώσει τη διαδικασία. Και ναι μεν, σε συγκεκριμένες περιπτώσεις, όπου η ουσιώδης κατά τα άνω μεταβολή των οικονομικών δεδομένων και της ισχύουσας νομοθεσίας κατά τον χρόνο σύνταξης της προσφοράς δεν επιδρά επί της νομιμότητας και του υλοποιήσιμου της προσφοράς κατά τον χρόνο σύναψης της σύμβασης, η αναθέτουσα δύναται, καταρχήν, να διατηρήσει τη διαδικασία, περίπτωση που θα συνέτρεχε (στην όλως ασύνηθη για διαγωνισμούς καθαριότητας και φύλαξη, περίπτωση) εφόσον τυχόν προσφέρων είχε υποβάλει οικονομική προσφορά με βάση αμοιβές μεγαλύτερες των τότε αλλά και τώρα νομίμων αμοιβών (εξάλλου, ουδόλως υποχρεούνται οι οικονομικοί φορείς να αμείβουν με βάση αποκλειστικά τις κατώτατες αμοιβές), ενδεχόμενο που δεν είναι νομικά δυνατόν να αποκλειστεί εκ των προτέρων και με γενικευτικό τρόπο για κάθε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, δεν συντρέχει, όμως, τέτοια σύννομα ασκούμενη διακριτική ευχέρεια, όταν η προσφορά του αναδόχου και των λοιπών προσφερόντων έχει υπολογιστεί με βάση κατώτατες αποδοχές, μικρότερες των νυν νομίμων (πρβλ. ΑΕΠΠ 637, 638/2019). Στην περίπτωση αυτή, η καταρχήν διατήρηση της διαδικασίας θα συνιστούσε κακή άσκηση της ως άνω διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας, αφού διατηρεί σε εξέλιξη διαδικασία που είναι αντικειμενικώς αδύνατο να καταλήξει σε συμβασιοποίηση

Αριθμός απόφασης: 662 / 2019

με βάση το ποσό οποιασδήποτε προσφοράς (πρβλ. αμέσως παραπάνω, ΕΛΣυν, Κλιμ. Ζ Πρ. 217/2019, σκ. Ε). Η διατήρηση, όμως, της διαδικασίας και η περαιτέρω σύναψη της σύμβασης βάσει του μη νομίμου εργοδοτικού κόστους θα συνιστούσε και παράβαση της πλέον δεσμίας αρμοδιότητας της αναθέτουσας να απέχει από την υπογραφή τέτοιας παράνομης σύμβασης, η σύναψη της οποίας θα παραβιάσει διατάξεις αναγκαστικού δικαίου. Εξάλλου, τα ως άνω συνάγονται και από την ειδική για το προκείμενο αντικείμενο διάταξη του άρ. 68 ν. 3863/2010 που δεν αρκείται στην τήρηση διατυπώσεων ελεγχσιμότητας του συννόμου με τις οικείες διατάξεις εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας, της προσφοράς, αλλά επεκτείνει τις υποχρεώσεις των αναθετόντων φορέων και του αναδόχου και κατά το στάδιο της εκτέλεσης, θέτει δε και υποχρεώσεις αντίστοιχης διασφάλισης, ήδη κατά τη σύναψη της σύμβασης, επί ποινή ακυρότητας της τελευταίας.

12. Επειδή, εξάλλου, η δυνατότητα τροποποίησης ήδη συναφθείσας σύμβασης κατά τη διάρκειά της, στο άρθρο 337 του ν. 4412/2016, που έχει εφαρμογή στην προκείμενη σύμβαση, καθιερώνεται υπό τις εκεί οριζόμενες προϋποθέσεις, η δε περ. γ' της παρ. 1 της ως άνω διάταξης θέτει ως σωρευτικά απαιτούμενους όρους ότι: αα) η ανάγκη τροποποίησης προέκυψε λόγω περιστάσεων που δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν από έναν επιμελή αναθέτοντα φορέα, ββ) η τροποποίηση δεν μεταβάλλει τη συνολική φύση της σύμβασης, ...ε) όταν οι τροποποιήσεις, ανεξαρτήτως της αξίας τους, δεν είναι ουσιώδεις κατά την έννοια της παραγράφου 4. ...». Συνακόλουθα, όταν η ανάγκη τροποποίησης έχει ήδη προκύψει, δηλαδή τα γεγονότα που καθιστούν επιβεβλημένη την τροποποίηση είναι ήδη γνωστά κατά τον χρόνο αξιολόγησης προσφορών και πριν την οριστική κατακύρωση, πολλώ δε μάλλον τη σύναψη της σύμβασης, δεν πληρούνται οι παραπάνω προϋποθέσεις και δη η σωρευτικά απαιτούμενη ως άνω υπό αα. προϋπόθεση. Περαιτέρω, όταν το ποσό της αύξησης της σύμβασης υπερβαίνει κατά ποσοστό πλέον του 10% του αρχικού, δεν συντρέχει ούτε η έτερη σωρευτικά απαιτούμενη προϋπόθεση β' της παρ. 2 της διάταξης του άρθρου 337 του νόμου. Κατά συνέπεια, εκτός του ότι δεν

Αριθμός απόφασης: 662 / 2019

είναι νόμιμο ούτε σύμφωνο με τον υγιή ανταγωνισμό και την ίση μεταχείριση των διαγωνιζομένων να ολοκληρωθεί η διαδικασία βάσει προσφορών που πλέον έχουν καταστεί παράνομες και παρά την ουσιώδη μεταβολή, μεσούσης της αξιολόγησης, των οικονομικών δεδομένων βάσει των οποίων συντάχθηκε η διακήρυξη, υπολογίστηκε η εκτιμώμενη αξία της, αλλά και συντάχθηκαν οι προσφορές και πέραν ακόμη και του ότι η ίδια η σύναψη της σύμβασης βάσει των προσφερθεισών τιμών θα είναι παράνομη, σε κάθε περίπτωση ακόμη και αν νομίμως υποτεθεί ότι θα υπογραφεί σύμβαση, δεν θα είναι δυνατή ούτε η σύννομη τροποποίησή της αμέσως μετά την υπογραφή της, προς προσαρμογή της με την κείμενη νομοθεσία. Εξάλλου, οποιαδήποτε τροποποίηση θα προσέκρουε επιπλέον και στη διάταξη του άρθρου 337 παρ. 4 περ. α', κατά την οποία «Σε κάθε περίπτωση, με την επιφύλαξη των παραγράφων 1 και 2, μία τροποποίηση θεωρείται ουσιώδης όταν πληροί μία ή περισσότερες από τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) η τροποποίηση εισάγει όρους οι οποίοι, εάν είχαν αποτελέσει μέρος της αρχικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης, θα είχαν επιτρέψει τη συμμετοχή διαφορετικών υποψηφίων από αυτούς που επιλέχθηκαν αρχικώς ή στην αποδοχή άλλης προσφοράς από εκείνη που επελέγη αρχικώς ή θα προσέλκυαν και άλλους συμμετέχοντες στη διαδικασία σύναψης σύμβασης». Και τούτο, διότι η λήψη υπόψη των νυν ισχυόντων δεδομένων της εργατικής νομοθεσίας, μπορεί να μεταβάλλει τον τρόπο διαμόρφωσης των προσφορών των μετεχόντων, αφού δεν υπάρχει επί παραδείγματι «υποκατώτατος μισθός», ούτε είναι γνωστό πλέον πώς θα διαμόρφωναν οι όποιοι μετέχοντες τα λοιπά κόστη και το κέρδος τους κατά τη σύνταξη των προσφορών τους (πολλώ δε μάλλον αφού υπό φυσιολογικές συνθήκες θα έπρεπε και η διακήρυξη να έχει μεγαλύτερη εκτιμώμενη αξία αν προκηρυσσόταν με βάση το νυν ελάχιστο εργοδοτικό κόστος, με συνέπεια και τα κόστη για τη συμμετοχή των υποψηφίων να είναι διαφορετικά, λ.χ. αυξημένα κόστη έκδοσης εγγυήσεων συμμετοχής), με αποτέλεσμα να είναι αβέβαιο πώς θα συντάσσονταν και πώς θα κατατάσσονταν οι προσφορές, αν είχαν ληφθεί υπόψη τα νυν δεδομένα. Ούτε, τέλος, μπορεί στην προκειμένη περίπτωση να εφαρμόζεται η περίπτωση του

Αριθμός απόφασης: 662 / 2019

άρθρου 316 παρ. 1 του ν. 4412/2016 περί κατακύρωσης για μεγαλύτερη ποσότητα, αφού εν προκειμένω το ζήτημα που τίθεται δεν είναι η κατακύρωση υπηρεσιών μεγαλύτερου και πιο εκτεταμένου φυσικού αντικειμένου, περίπτωση στην οποία αναφέρεται η ως άνω διάταξη, αλλά και τα έγγραφα της σύμβασης, αλλά η ριζική μεταβολή των συνθηκών κόστους της ίδιας κατά το φυσικό της αντικείμενο, υπηρεσίας. Επομένως, εν προκειμένω ούτε με βάση τις πιο πάνω διατάξεις, ούτε με βάση τους όρους του άρθρου 4 του υπό σύναψη συμφωνητικού της επίμαχης σύμβασης, σύμφωνα με το οποίο «Είναι δυνατή η αυξομείωση του συμβατικού τιμήματος της Παροχής Υπηρεσίας από 30% έως +50% ...», που έχει την ίδια έννοια με αυτήν που έχουν και οι αντίστοιχες διατάξεις του νόμου, μπορεί να λάβει χώρα κατακύρωση σε μεγαλύτερη εκάστης όποιας προσφοράς τιμή, ούτε νόμιμη τροποποίησή της αμέσως μετά τη σύναψη της σύμβασης ούτε σύννομη υπογραφή της. Κατ' αποτέλεσμα, η διατήρηση μιας τέτοιας διαδικασίας δεν μπορεί να οδηγήσει σε σύννομη ολοκλήρωσή της και ούτως συντρέχουν οι περιπτώσεις γ' και δ' της παρ. 2 του άρθρου 317 του ν. 4412/2016 περί ματαίωσης της διαδικασίας και δη κατά συνθήκες που καθιστούν την παράλειψη άσκησης της παραπάνω καταρχήν ευχέρειας καταχρηστική και κινούμενη εκτός των πλαισίων και άκρων ορίων αυτής, αφού εν προκειμένω και τα οικονομικά δεδομένα μετεβλήθησαν ουσιωδώς και ριζικά και η εκτέλεση του αντικειμένου με τις νυν προσφορές παράνομη και επομένως αδύνατη. Εφόσον, άλλωστε, η προσφορά του αναδόχου και των λοιπών συμμετεχόντων υπό τις νέες συνθήκες δε θα μπορούσαν να οδηγήσουν σε νόμιμη κατακύρωση, αν καμία προσφορά δεν έχει συνταχθεί με εργατικό κόστος πάνω από τα μετά τη νομοθετική μεταβολή ελάχιστα νόμιμα, ώστε να μην απαιτείται να μεταβληθεί σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά ανωτέρω, δεν είναι και εκ των πραγμάτων συμφέρουσα από οικονομική άποψη, αφού προϋπόθεση τούτου είναι αυτονόητα η κάλυψη κάθε ελάχιστης κατά νόμο εργοδοτικής υποχρέωσης.

13. Επειδή, συνακόλουθα, η ... νομίμως ματαίωσε το διαγωνισμό με την αιτιολογία που νόμιμα συμπληρώθηκε με τις απόψεις της επί της υπό εξέτασης προσφυγή ότι το αποτέλεσμα της διαδικασίας είναι για αυτήν μη

Αριθμός απόφασης: 662 / 2019

ικανοποιητικό, κατά το προβλεπόμενα στον όρο 10.6. β της διακήρυξης. Και τούτο, διότι, δοθέντος ότι, όπως εμμέσως συνομολογεί η ίδια η προσφεύγουσα, η προσφορά της είχε συνταχθεί με εργατικό κόστος υπολογισμένο με βάση αποκλειστικά τις κατά τον χρόνο σύνταξής της ισχύουσες κατώτατες αμοιβές, αφού στην προσφυγή της ισχυρίζεται ότι λόγω της αύξησης των κατώτατων αμοιβών θα απαιτηθεί υπέρβαση του οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης και μάλιστα κατά ποσοστό 11% του αρχικού, όπως εξάλλου, με βάση τις ισχύουσες ελάχιστες αμοιβές συντάχθηκαν και οι προσφορές των λοιπών συμμετεχόντων, όπως εμμέσως συνάγεται από τη σύγκριση αυτών με της προσωρινής αναδόχου και προσφεύγουσας, που ως προς το εργατικό κόστος απέχουν μεταξύ τους, κατά μήνα, 73,83€ με τη δεύτερη και 134,09€ με την τρίτη, ενόψει των όσων έγιναν δεκτά παραπάνω κατόπιν της απόφασης με 4241/127/30-1-2019 σχετικά με την αύξηση του κατώτατου μισθού και κατώτατου ημερομισθίου για τους υπαλλήλους και τους εργατοτεχνίτες όλης της χώρας (ΦΕΚ Β'173/2019) και της προσφοράς της αναδόχου ανετράπη ουσιωδώς το οικονομικό θεμέλιο της διαδικασίας, με αποτέλεσμα να τίθεται σε κίνδυνο η αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης, καθώς η κατακύρωση του διαγωνισμού με την ήδη υποβληθείσα οικονομική προσφορά στην προσφεύγουσα θα ήταν μη νόμιμη, με αποτέλεσμα να μην είναι δυνατή η ομαλή εκτέλεση της σύμβασης αν ανατίθετο. Τα' αντίθετα δε υποστηριζόμενα από την προσφεύγουσα είναι αβάσιμα και απορριπτέα. Ομοίως απορριπτέοι ως αβάσιμοι είναι και οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας για μεταβολή του ποσού της σύμβασης από αυτό της προσφοράς της.

14. Επειδή, κατ' ακολουθία, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, σύμφωνα με το σκεπτικό.

15. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Αριθμός απόφασης: 662 / 2019

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, που κατέθεσε η προσφεύγουσα (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ...), ποσού 600,00€).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 31 Μαΐου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 20^η Ιουνίου 2019.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αθηνά Μπουζιούρη