



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ

ΡΥΘΜΙΣΤΙΚΗ ΑΡΧΗ ΛΙΜΕΝΩΝ

REGULATORY AUTHORITY FOR PORTS

Γρ. Λαμπράκη 150, 18535 Πειραιάς

Τηλ.: 210- 4191966 Fax: 210-4191888

e-mail : info@raports.gr

ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗ 13/2019

ΣΥΝΕΔΡΙΑΣΗ 55^η

ΘΕΜΑ 6^ο: «Γνωμοδότηση επί ερωτήματος της Οργανισμός Λιμένος Ηρακλείου Α.Ε. περί δυνατότητας αναπροσαρμογής του τιμήματος παροχής υπηρεσιών ασφαλείας, μετά και την αναπροσαρμογή των κατώτατων μισθών και των ημερομισθίων, σύμφωνα με την Υπουργική Απόφαση 4241/127/ΦΕΚ 173 Β'/2019».

Την 30^η Αυγούστου 2019, ημέρα Παρασκευή, ώρα 11:00, τα Μέλη της Ανεξάρτητης Διοικητικής Αρχής «Ρυθμιστική Αρχή Λιμένων» (Ρ.Α.Λ.) συνήλθαν στην 55^η Συνεδρίασή τους στα γραφεία της Ρ.Α.Λ. επί της οδού Γρ. Λαμπράκη 150, Πειραιάς, ύστερα από πρόσκληση του Προέδρου της Παναγιώτη – Ιάσωνα Αγγελόπουλου, προκειμένου να συζητήσουν και να λάβουν απόφαση επί των θεμάτων της Ημερήσιας Διάταξης.

ΠΑΡΟΝΤΑ ΜΕΛΗ:

1. Αγγελόπουλος Παναγιώτης – Ιάσων	Πρόεδρος
2. Τορουνίδης Αθανάσιος	Αντιπρόεδρος
3. Κουφός Παναγιώτης	Εισηγητής
4. Μπίτας Δημήτριος	Εισηγητής
5. Χλωμούδης Κωνσταντίνος	Μέλος
6. Γρίνος Σπυρίδων	Μέλος
7. Γεωργίου Βασίλειος	Μέλος

ΑΠΟΝΤΑ ΜΕΛΗ:

1. Κορκίδης Βασίλειος	Μέλος
2. Βελουδογιάννη Ελένη	Μέλος

Χρέη γραμματέως εκτελεί η Αρχικελευστής Λ.Σ. Δημητριάδη Αφεντούλα

Στην αρχή της συζήτησης ο Πρόεδρος έδωσε το λόγο στον αρμόδιο Εισηγητή κ. Δημήτριο Μπίτα, ο οποίος ανέπτυξε συνοπτικά την από 27^{ης} Αυγούστου 2019 εισήγησή του, και λαμβάνοντας υπ' όψιν όσα αναφέρονται αναλυτικά σε αυτή, πρότεινε με βάση τα στοιχεία που διαθέτει η Αρχή.

Η Ρυθμιστική Αρχή Λιμένων, αφού έλαβε υπόψη τα στοιχεία του φακέλου της κρινόμενης υποθέσεως και την Εισήγηση,

ΣΚΕΦΘΗΚΕ ΩΣ ΕΞΗΣ

Η παρούσα Γνωμοδότηση αφορά το υπ' αριθ. πρωτ. ΡΑΛ 408/17.04.19 ερώτημα της Οργανισμός Λιμένος Ηρακλείου Α.Ε. (εφεξής: Ο.Λ.Η. Α.Ε.) περί της δυνατότητας του Οργανισμού να προβεί σε αναπροσαρμογή του τιμήματος ήδη συναφθείσας σύμβασης με ανάδοχο εταιρεία παροχής υπηρεσιών ασφαλείας, ύστερα από την αναπροσαρμογή των κατώτατων μισθών και των ημερομισθίων, σύμφωνα με την Υπουργική Απόφαση 4241/127/ΦΕΚ'173 Β'/2019.

Ιστορικό

Στις 17/04/2019 υπεβλήθη στη Αρχή η από 17/04/2019 (με αρ. πρωτ. ΡΑΛ 408/17.04.19) επιστολή της ΟΛΗ Α.Ε. με την οποία ζητείται ή άποψη της Αρχής αναφορικά με τη δυνατότητα του Οργανισμού να προβεί σε αναπροσαρμογή του τιμήματος ήδη συναφθείσας σύμβασης μετά από την αναπροσαρμογή των κατώτατων μισθών και των ημερομισθίων. Η εν λόγω επιστολή υπεβλήθη παράλληλα στην Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων ενώ κοινοποιήθηκε στο Υπουργείο Ναυτιλίας κα Νησιωτικής Πολιτικής και στην ανάδοχο εταιρεία (ICTS HELLAS). Με την επιστολή της η Ο.Λ.Η Α.Ε απέστειλε συνημμένα τα κάτωθι έγγραφα:

- Α.** Την από 19^{ης} Σεπτεμβρίου 2018 και με αριθ. πρωτ. ΟΛΗ Α.Ε. 5283/2018 διακήρυξη ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την «Παροχή υπηρεσιών ασφάλειας/φύλαξης των λιμενικών εγκαταστάσεων αρμοδιότητας Οργανισμού Λιμένος Ηρακλείου Α.Ε. για την εφαρμογή του Κώδικα ISPS 2018».
- Β.** Την με αριθ. πρωτ. ΟΛΗ Α.Ε. 7350/31.12.2018 Σύμβαση παροχής υπηρεσιών ασφάλειας/φύλαξης των λιμενικών εγκαταστάσεων αρμοδιότητας Οργανισμού Λιμένος Ηρακλείου Α.Ε. για την εφαρμογή του Κώδικα ISPS 2018 μεταξύ της ΟΛΗ Α.Ε. και της αναδόχου εταιρείας με την επωνυμία «ICTS HELLAS Ι.Ε.Π.Υ.Α. Α.Ε.» (εφεξής: ανάδοχος εταιρεία).
- Γ.** Την με αριθ. πρωτ. ΟΛΗ Α.Ε. 1589/20.03.2019 επιστολή (μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου) της Νομικής Συμβούλου της αναδόχου εταιρείας.
- Δ.** Την με αριθ. πρωτ. ΟΛΗ Α.Ε. 1788/29.03.2019 επιστολή (μέσω τηλεομοιοτυπίας) της αναδόχου εταιρείας προς την ΟΛΗ Α.Ε.

Ε. Την με αριθ. πρωτ. ΟΛΗ Α.Ε. 1868/09.04.2019 επιστολή της ΟΛΗ Α.Ε. προς τον Εκτελεστικό Διευθυντή της αναδόχου εταιρείας.

ΣΤ. Το με αριθ. πρωτ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ 1050/19.02.2019 έγγραφο της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων.

Στις 07/06/2019 η Ρ.Α.Λ. απηύθυνε την με αριθ. πρωτ. 366/07.06.2019 επιστολή της προς την Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (εφεξής Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ) με αντικείμενο την υποβολή ερωτήματος αναφορικά με το εάν προτίθεται να δημοσιεύσει γνωμοδότηση ή κατευθυντήριες γραμμές περί δημοσίων συμβάσεων μετά το ανακύψαν ζήτημα της αύξησης του κατώτατου μισθού και της αντιμετώπισης αυτού από τις Αναθέτουσες Αρχές/Αναθέτοντες Φορείς σε ήδη ενεργές και εκτελούμενες δημόσιες συμβάσεις.

Στις 19/06/2019 η ανάδοχος εταιρεία απέστειλε στη Ρ.Α.Λ το με αρ. πρωτ. 6231/19-06-2019 έγγραφό της αναλύοντας τους λόγους που ζητείται η αναπροσαρμογή του τιμήματος επικαλούμενη την οικονομική ισορροπία της ήδη εκτελούμενης σύμβασης.

Στις 11/07/2019 η ανάδοχος επανήλθε στο θέμα με το αρ. πρωτ. 6592/11-07-2019 έγγραφό της προς τη Ρ.Α.Λ επικαλούμενη επιπλέον, για το βάσιμο του αιτήματος αναπροσαρμογής του τιμήματος της σύμβασης, την αρ. 389/2019 Πράξη του Ζ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η οποία εξεδόθη στο πλαίσιο του προσυμβατικού ελέγχου για τον προκυρηχθέντα διαγωνισμό της Υ.Π.Α. για την ανάδειξη αναδόχου καθαρισμού ορισμένων κρατικών αερολιμένων.

Νομικό – Ρυθμιστικό και Νομολογιακό Πλαίσιο

1. Το άρθρο 22 του Συντάγματος της Ελλάδας.
2. Ο **Ν.2690/1999** «Κύρωση του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 45), όπως ισχύει.
3. Ο **Ν.2932/2001** «Ελεύθερη παροχή υπηρεσιών στις θαλάσσιες ενδομεταφορές Σύσταση Γενικής Γραμματείας Λιμένων και Λιμενικής Πολιτικής - Μετατροπή Λιμενικών Ταμείων σε Ανώνυμες Εταιρείες και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 145).
4. Ο **Ν.4150/2013** «Ανασυγκρότηση του Υπουργείου Ναυτιλίας και Αιγαίου και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 102), Άρθρο 44, παρ. 4ε.
5. Ο **Ν.4389/2016** «Επείγουσες διατάξεις για την εφαρμογή της συμφωνίας δημοσιονομικών στόχων και διαρθρωτικών μεταρρυθμίσεων και άλλες διατάξεις.» (ΦΕΚ Α' 94).
6. Ο **Ν.4412/2016** «Δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (ΦΕΚ Α' 147) και ιδίως τα άρθρα 105, 129 και 132.

7. Ο **N.4532/2018** «Ενσωμάτωση στην ελληνική νομοθεσία της Οδηγίας (ΕΕ) 2015/1794 και άλλες διατάξεις.» (ΦΕΚ Α' 63).
8. Ο **N.3863/2010** «Νέο Ασφαλιστικό Σύστημα και συναφείς διατάξεις, ρυθμίσεις στις εργασιακές σχέσεις» (ΦΕΚ Α' 115) και συγκεκριμένα το άρθρο 68 αυτού.
9. Το **Π.Δ.19/2016** «Κανονισμός Λειτουργίας και Οργάνωση Υπηρεσιών της Ρυθμιστικής Αρχής Λιμένων (Ρ.Α.Λ.)» (ΦΕΚ Α' 28), όπως τροποποιήθηκε και ισχύει.
10. Η υπ' αρ. **1000.00/44060/2017** απόφαση του Υπουργού Ναυτιλίας και Νησιωτικής Πολιτικής (ΦΕΚ Υ.Ο.Δ.Δ. 299/19.06.2017).
11. Η υπ' αρ. **1000.00/62063/2018** απόφαση του Υπουργού Ναυτιλίας και Νησιωτικής Πολιτικής (ΦΕΚ Υ.Ο.Δ.Δ. 477/23.08.2018).
12. Η υπ. αριθμ. **4241/127/30-01-2019** Υπουργική Απόφαση της Υπουργού Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης με θέμα «Καθορισμός κατώτατου μισθού και κατώτατου ημερομίσθιου για τους υπαλλήλους και τους εργατοτεχνίτες όλης της χώρας» (ΦΕΚ Β' 173/2019).
13. Η **Κατευθυντήρια Οδηγία 22** (Απόφαση 44/09-06-2017 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων) με θέμα την "Τροποποίηση των συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους" (ΑΔΑ:7ΜΥΤΟΞΒΤ-ΖΓΖ).
14. Η **Πράξη 389/2019** του Ζ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Υπαγωγή – Αιτιολογικό

Κεφάλαια Υπαγωγής - Αιτιολογικού:

A. Αρμοδιότητα Ρυθμιστικής Αρχής Λιμένων

B. Νομικό Πλαίσιο

Νόμος 4412/2016 – «Δημόσιες Συμβάσεις έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)».

Γ. Τεκμηρίωση Υπαγωγής - Αιτιολογικού

A. Αρμοδιότητα Ρυθμιστικής Αρχής Λιμένων

Σύμφωνα με το άρθρο 108 παρ. 1 του Ν. 4389/2016 (Σύσταση Ρυθμιστικής Αρχής Λιμένων), όπως τροποποιήθηκε με την Παρ.1 του Άρθρο 45 Ν. 4597/2019 προβλέπεται ότι «Συνιστάται Ανεξάρτητη Διοικητική Αρχή με την επωνυμία «Ρυθμιστική Αρχή Λιμένων» (Ρ.Α.Λ.), η οποία έχει ως γενικότερη αποστολή την εποπτεία και τη διασφάλιση της νομιμότητας των σχέσεων μεταξύ δημόσιων και ιδιωτικών φορέων του εθνικού λιμενικού συστήματος και συνδεδεμένων σε αυτό εγκαταστάσεων, με έμφαση στην τήρηση της συμβατικής τάξης και την εφαρμογή της νομοθεσίας περί ελεύθερου ανταγωνισμού και με την επιφύλαξη των αρμοδιοτήτων της Γενικής Γραμματείας Λιμένων, Λιμενικής Πολιτικής και Ναυτιλιακών Επενδύσεων του Υπουργείου Ναυτιλίας και Νησιωτικής Πολιτικής...».

Σύμφωνα με το Άρθρο 113 του Ν.4389/2016 «...1. η Ρ.Α.Λ. έχει την αρμοδιότητα να λαμβάνει ρυθμιστικά μέτρα για: α) την παρακολούθηση της εφαρμογής των όρων και διατάξεων των Συμβάσεων Παραχώρησης στους λιμένες, ιδίως σε ότι αφορά την τήρηση των κανόνων ανταγωνισμού, του συμφωνημένου επιπέδου εξυπηρέτησης και τη συμμόρφωση προς τους χρηματοοικονομικούς στόχους, β) την τήρηση των υποχρεώσεων των λιμένων στο πλαίσιο της σχετικής κείμενης - εθνικής και ευρωπαϊκής - νομοθεσίας, σε σχέση με δημόσιες συμβάσεις, Συμβάσεις Παραχώρησης και τους κανόνες ανταγωνισμού,...».

Συνεπώς η ΡΑΛ είναι καθ' ύλην αρμόδια για να εξετάσει και να λάβει απόφαση επί του εν θέματι ζητήματος και απολύτως παραδεκτώς φέρεται προς συζήτηση ενώπιον του Διοικητικού Συμβουλίου.

Β. Νομικό Πλαίσιο

Νόμος 4412/2016 - Δημόσιες Συμβάσεις έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)»

Σύμφωνα με το άρθρο 130 παρ. 1,2 & 3 του Ν. 4412/2016 1) «Οι αναθέτουσες αρχές επιβάλλουν τον όρο ότι κατά την εκτέλεση της σύμβασης ο ανάδοχος τηρεί τις υποχρεώσεις στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικοασφαλιστικού και εργατικού δικαίου, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικοασφαλιστικού και εργατικού δικαίου...Ειδικά: α) στις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή φύλαξης, περιλαμβάνονται, επιπλέον του όρου του πρώτου εδαφίου, τα στοιχεία που αναφέρονται στις περιπτώσεις α' έως σ' της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 115), όπως εκάστοτε ισχύει, καθώς και ο ειδικός όρος της παραγράφου 3 του ίδιου άρθρου....» 2) «Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν και άλλους ειδικούς όρους σχετικά με την εκτέλεση της σύμβασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης.....Οι εν λόγω όροι μπορούν να περιλαμβάνουν οικονομικές, περιβαλλοντικές, κοινωνικές παραμέτρους ή παραμέτρους που αφορούν την καινοτομία και την απασχόληση. 3) «Οι κοινωνικές παράμετροι αφορούν κυρίως: α) την απασχόληση εργαζομένων που ανήκουν σε ευπαθείς ομάδες του πληθυσμού κατά την έννοια της παρ. 4 του άρθρου 1 του ν. 4019/2011 (Α' 216), β) τη διευκόλυνση της κοινωνικής ή/και εργασιακής ένταξης ατόμων που προέρχονται από

ευπαθείς ομάδες του πληθυσμού, γ) την καταπολέμηση των διακρίσεων ή/και δ) την προαγωγή της ισότητας ανδρών και γυναικών.»

Επιπλέον σύμφωνα με το άρθρο 132 παρ. 1γ του ιδίου Νόμου προβλέπεται ότι «1. Οι συμβάσεις και οι συμφωνίες-πλαίσιο μπορούν να τροποποιούνται χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις:....γ) όταν πληρούνται σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις: αα) η ανάγκη τροποποίησης προέκυψε λόγω περιστάσεων που δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν από μια επιμελή αναθέτουσα αρχή, ββ) η τροποποίηση δεν μεταβάλλει τη συνολική φύση της σύμβασης, γγ) οποιαδήποτε αύξηση της τιμής δεν υπερβαίνει το 50% της αξίας της αρχικής σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο».

Γ. Τεκμηρίωση Υπαγωγής - Αιτιολογικού

Σύμφωνα με τα ανωτέρω τεθέντα στοιχεία, προκύπτει ότι οι Οργανισμοί Λιμένος, εάν και είναι Νομικά Πρόσωπα Ιδιωτικού Δικαίου και πιο συγκεκριμένα Ανώνυμες Εταιρείες (ν. 2688/1999 και ν. 2932/2001), ασκούν δημόσια εξουσία δυνάμει νόμου, κυρίως μέσω της αρμοδιότητάς τους περί έκδοσης Κανονισμών και διενέργειας, κατά κανόνα, διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Επιπροσθέτως, υπόκεινται, ως προς τη λειτουργία, την οργάνωση, τη διοίκηση και τη διαχείριση των λιμένων, στην εποπτεία του Υπουργού Ναυτιλίας και Νησιωτικής Πολιτικής.

Σύμφωνα με το άρθρο 68 παρ. 1 του ν. 3863/2010: «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...». Τα στοιχεία που οφείλουν να συνυποβάλλουν με την προσφορά τους οι εταιρείες είναι: α) ο αριθμός των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο, β) οι ημέρες και οι ώρες εργασίας, γ) η 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 καθώς και στ) τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο, όταν πρόκειται για καθαρισμό χώρων. Τα ανωτέρω στοιχεία πρέπει με ποινή ακυρότητας να περιλαμβάνονται και στη συναφθείσα σύμβαση.

Στο άρθρο 129 του ν. 4412/2016 ορίζεται το συμβατικό πλαίσιο και η εφαρμοστέα νομοθεσία στο πλαίσιο σύναψης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων. Συνεπώς, κατά την εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων εφαρμόζονται: α) οι διατάξεις του ν. 4412/2016, β) οι όροι της συναφθείσας σύμβασης και γ) συμπληρωματικά ο Αστικός Κώδικας.

Στο άρθρο 132 του ν. 4412/2016 απαριθμούνται περιοριστικά και όχι ενδεικτικά, ήτοι μόνο στις συγκεκριμένες περιπτώσεις και με τήρηση σωρευτικά των οικείων, κατά περίπτωση,

προϋποθέσεων, οι περιπτώσεις επιτρεπτής τροποποίησης της αρχικής σύμβασης, χωρίς να ακολουθήσει η αναθέτουσα αρχή νέα διαδικασία ανάθεσης.

Κοινή και οριζόντια προϋπόθεση για την εφαρμογή των διατάξεων τόσο των άρθρων 132 για συμβάσεις του Βιβλίου Ι & 337 για τις συμβάσεις του Βιβλίου ΙΙ του ν. 4412/2016, όσο και του άρθρου 51 του ν. 4413/2016 για τις συμβάσεις παραχώρησης έργων και υπηρεσιών, οι οποίες έχουν ενσωματώσει τις διατάξεις των Οδηγιών 2014/24/ΕΕ, 2014/25/ΕΕ και 2014/23/ΕΕ αντίστοιχα, αποτελεί η τροποποίηση της αρχικής σύμβασης να λαμβάνει χώρα εν όσο διαρκεί η τελευταία, δηλαδή κατά το χρονικό διάστημα, στο οποίο ακόμη εκτελείται. Η εν λόγω προϋπόθεση προκύπτει με σαφήνεια τόσο από τη γραμματική διατύπωση του τίτλου των σχετικών διατάξεων, στον οποίο ρητά αναφέρεται «Τροποποίηση συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους» όσο και από τις αιτιολογικές σκέψεις των Οδηγιών.

Ειδικότερα, στην αιτιολογική σκέψη (107) του προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ αναφέρεται: *«Είναι αναγκαίο να αποσαφηνιστούν οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες, για τυχόν τροποποιήσεις μιας σύμβασης κατά τη διάρκεια της εκτέλεσής της, απαιτείται νέα διαδικασία προμήθειας, λαμβανομένης υπόψη της σχετικής νομολογίας του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης.»* Αντίστοιχες αναφορές υπάρχουν και στις αιτιολογικές σκέψεις των Οδηγιών 2014/25/ΕΕ και 2014/23/ΕΕ.

Περαιτέρω, και από τις προϋποθέσεις εφαρμογής των σχετικών διατάξεων, όπως ειδικότερα θα αναλυθούν στη συνέχεια, προκύπτει ότι οι προβλεπόμενες περιπτώσεις τροποποίησης συνδέονται με γεγονότα, τα οποία προκύπτουν πάντοτε κατά την εκτέλεση της αρχικής σύμβασης και όχι κατά τη διαδικασία σύναψής αυτής ή μετά την ολοκλήρωση εκτέλεσής της. Κατά συνέπεια ως πρώτη και εκ των «ων ουκ άνευ» τιθέμενη προϋπόθεση, η οποία, σε κάθε περίπτωση απαιτείται να συντρέχει για την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων από τις αναθέτουσες αρχές, είναι οι τροποποιήσεις της αρχικής σύμβασης να λαμβάνουν χώρα κατά τη διάρκεια εκτέλεσής της.

Ως προς το κρίσιμο, δε, νομικό γεγονός σύναψης της σύμβασης, για τις συμβάσεις που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 επισημαίνεται ότι, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 105, προβλέπεται ότι: *«Τα έννομα αποτελέσματα της απόφασης κατακύρωσης και ιδίως η σύναψη της σύμβασης επέρχονται εφόσον και όταν συντρέξουν σωρευτικά τα εξής: α) άπρακτη πάροδος των προθεσμιών άσκησης των προβλεπόμενων στις κείμενες διατάξεις βοηθημάτων και μέσων στο στάδιο της προδικαστικής και δικαστικής προστασίας και από τις αποφάσεις αναστολών επί αυτών, β) ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με τα άρθρα 35 και 36 του ν. 4129/2013, εφόσον απαιτείται και γ) κοινοποίησή της απόφασης κατακύρωσης στον προσωρινό ανάδοχο, εφόσον ο τελευταίος υποβάλει επικαιροποιημένα τα δικαιολογητικά του άρθρου 80, έπειτα από σχετική πρόσκληση.»* Περαιτέρω, στην παράγραφο 5 του ίδιου άρθρου ορίζεται ότι: *«Η υπογραφή του συμφωνητικού έχει αποδεικτικό χαρακτήρα».*

Από τον συνδυασμό των ως άνω διατάξεων συνάγεται αβίαστα ότι η σύμβαση συνάπτεται με τη σωρευτική τήρηση των προϋποθέσεων του άρθρου 105 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και όχι με την υπογραφή της σχετικής σύμβασης, η οποία έχει μόνον αποδεικτικό και όχι συστατικό χαρακτήρα.

Σύμφωνα με το άρθρο 132 παρ. 1 περ. γ) του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι: «Οι συμβάσεις και οι συμφωνίες-πλαίσιο μπορούν να τροποποιούνται χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης όταν πληρούνται σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις:

αα) η ανάγκη τροποποίησης προέκυψε λόγω περιστάσεων που δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν από μια επιμελή αναθέτουσα αρχή,

ββ) η τροποποίηση δεν μεταβάλλει τη συνολική φύση της σύμβασης,

γγ) οποιαδήποτε αύξηση της τιμής δεν υπερβαίνει το 50% της αξίας της αρχικής σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο.»

Η πρώτη προϋπόθεση, ήτοι όταν η ανάγκη τροποποίησης της σύμβασης προέκυψε λόγω περιστάσεων που δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν από μια επιμελή αναθέτουσα αρχή αναφέρεται στη συνδρομή απρόβλεπτων περιστάσεων, οι οποίες ενσκήπτουν κατά τη διάρκεια εκτέλεσής της και καθιστούν επιβεβλημένη την τροποποίησή της σύμβασης.

Σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη (109) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ: «Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να χρειαστεί να αντιμετωπίσουν εξαιρετικές περιστάσεις τις οποίες ήταν αδύνατον να προβλέψουν όταν ανέθεταν τη σύμβαση, ιδίως όταν η εκτέλεση της σύμβασης καλύπτει μεγάλο χρονικό διάστημα. Σε αυτή την περίπτωση, χρειάζεται ένας βαθμός ευελιξίας για την προσαρμογή της σύμβασης στις εν λόγω περιστάσεις, χωρίς νέα διαδικασία προμήθειας. Η έννοια των απρόβλεπτων περιστάσεων αναφέρεται σε περιστάσεις που δεν θα ήταν δυνατόν να προβλεφθούν, παρά την ευλόγως επιμελή προετοιμασία της αρχικής ανάθεσης από την αναθέτουσα αρχή, λαμβανομένων υπόψη των διαθέσιμων μέσων, της φύσης και των χαρακτηριστικών του συγκεκριμένου έργου, των ορθών πρακτικών στον σχετικό τομέα και της ανάγκης διασφάλισης της κατάλληλης σχέσης μεταξύ των πόρων που δαπανώνται για την προετοιμασία της ανάθεσης και της προβλεπόμενης αξίας της. Εντούτοις, αυτό δεν ισχύει σε περιπτώσεις όπου η τροποποίηση έχει ως αποτέλεσμα την αλλοίωση της φύσης της συνολικής προμήθειας, επί παραδείγματι μέσω της αντικατάστασης των προς αγορά έργων, αγαθών και υπηρεσιών με κάτι διαφορετικό ή μέσω της ριζικής αλλαγής του είδους της προμήθειας, καθότι, σε μια τέτοια κατάσταση, μπορεί να θεωρηθεί ότι η τροποποίηση θα μπορούσε υποθετικά να επηρεάσει αποτέλεσμα.»

Συνακόλουθα συνάγεται ότι η ανάγκη τροποποίησης της σύμβασης θα πρέπει να οφείλεται σε απρόβλεπτες περιστάσεις, καθώς και ότι στο πεδίο εφαρμογής των σχετικών διατάξεων εμπίπτουν μόνον περιπτώσεις, τις οποίες δεν μπορούσε να προβλέψει μία επιμελής αναθέτουσα αρχή κατά τον σχεδιασμό της διαδικασίας, ώστε να τις συμπεριλάβει στα αρχικά έγγραφα της σύμβασης.

Η έννοια των απρόβλεπτων περιστάσεων έχει ερμηνευτεί εξαντλητικά τόσο από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ενώσεως όσο και από τα εθνικά δικαστήρια, στο πλαίσιο ερμηνείας των διατάξεων των προϋφιστάμενων Οδηγιών για τη διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκηρύξεως για λόγους κατεπείγοντες που οφείλονται σε γεγονότα απρόβλεπτα. Ειδικότερα, σύμφωνα με τη νομολογία των εθνικών δικαστηρίων, ως απρόβλεπτες περιστάσεις νοούνται τα έκτακτα και ασυνήθιστα γεγονότα, που αντικειμενικά δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν σύμφωνα με τους κανόνες και τα διδάγματα της ανθρώπινης πείρας και λογικής, είναι ανεξάρτητα της βούλησης της αναθέτουσας αρχής και δεν πρέπει να απορρέουν από έλλειψη προγραμματισμού και επιμέλειας αυτής. Περαιτέρω, η μεταβολή των συνθηκών θα πρέπει να οφείλεται σε έκτακτα και μη δυνάμενα να προβλεφθούν (όχι απλώς τυχαία) φυσικά, πολιτικά, κοινωνικά ή οικονομικά γεγονότα, τα οποία δεν επέρχονται κατά την κανονική ή συνήθη πορεία των πραγμάτων.

Ως δεύτερη σωρευτικά πληρούμενη προϋπόθεση επιτρεπτής τροποποίησης της συναφθείσας και εκτελούμενης σύμβασης, προβλέπεται από το άρθρο 132 παρ. 1 περ. γ) η μη μεταβολή της συνολικής φύσης της αρχικής σύμβασης. Περιπτώσεις, δηλαδή, όπου η τροποποίηση έχει ως αποτέλεσμα την αλλοίωση της φύσης της συνολικής σύμβασης, για παράδειγμα, μέσω της αντικατάστασης των έργων, αγαθών ή υπηρεσιών που περιλαμβάνονται στην αρχική σύμβαση με κάτι διαφορετικό ή μέσω της ριζικής αλλαγής του είδους της σύμβασης (π.χ. από σύμβαση προμηθειών σε σύμβαση υπηρεσιών), δεν αποτελούν επιτρεπτή περίπτωση τροποποίησης, ακόμη και όταν συντρέχει απρόβλεπτη περίσταση, καθώς σε μια τέτοια κατάσταση, μπορεί να θεωρηθεί ότι η τροποποίηση θα μπορούσε υποθετικά να επηρεάσει το αποτέλεσμα της αρχικής διαδικασίας σύναψης της σύμβασης.

Τρίτη προϋπόθεση, η οποία πρέπει να συντρέχει σωρευτικά από κοινού με τις δύο ανωτέρω αναλυθείσες είναι ότι: «Οποιαδήποτε αύξηση της τιμής δεν πρέπει να υπερβαίνει το πενήντα τοις εκατό (50%) της αξίας της αρχικής σύμβασης.» Η εν λόγω προϋπόθεση, η οποία προϋπήρχε και στις διατάξεις των προϋφιστάμενων Οδηγιών καθώς και των καταργηθέντων π.δ. των 59/2007 και 60/2007, ως μία εκ των απαιτούμενων προϋποθέσεων προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να προσφύγει σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, θέτει ανώτατο χρηματικό όριο ως προς το ύψος της μεταβολής της τιμής, η οποία δεν μπορεί να υπερβαίνει, σε ποσοστό, το πενήντα τοις εκατό (50%) της αξίας της αρχικής σύμβασης.

Η ανωτέρω ερμηνεία των κανόνων δικαίου και περαιτέρω εξειδίκευση διαλαμβάνεται και στην Κατευθυντήρια Οδηγία 22 (Απόφαση 44/09-06-2017 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων) με θέμα την "Τροποποίηση των συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους" (ΑΔΑ:7ΜΥΤΟΞΒΤ-ΖΓΖ).

Μετά τη θέση σε ισχύ της Υπουργικής Αποφάσεως 4241/127 (ΦΕΚ Β' 173/2019), σημειώθηκε αύξηση του μισθολογικού κόστους για την ανάδοχο εταιρεία, καθότι επήλθε μεταβολή στο ύψος των βασικών αποδοχών, των προσαυξήσεων για νυχτερινή εργασία, για εργασία τις Κυριακές και αργίες καθώς και συνακόλουθα στο ύψος των ασφαλιστικών εισφορών. Αυτό είχε ως αποτέλεσμα να μεταβληθεί το υποβληθέν αρχικά στην προσφορά της εταιρείας και μετέπειτα

συμφωνηθέν στη συναφθείσα σύμβαση παροχής υπηρεσιών ασφάλειας κόστος μισθοδοσίας για την ανάδοχο εταιρεία. Το επιπρόσθετο μισθολογικό κόστος υπολογίζεται περί τα 0,30 Ευρώ ανά ώρα ανά ελεγκτή.

Το ανωτέρω αποτελεί ουσιώδη μεταβολή του οικονομικού θεμελίου της προς ανάθεση σύμβασης, δοθέντος ότι η τιμή ανθρωπόωρας -βάσει του οποίου υπολογίζεται το μηνιαίο κόστος κατ' άτομο και, κατ' επέκταση, το εργατικό κόστος της οικονομικής προσφοράς- έχει αυξηθεί ανά ώρα για τους ελεγκτές ασφαλείας από 6,04 ευρώ σε 6,34 ευρώ.

Επιπρόσθετα, σύμφωνα και την υπ' αριθμ. πρωτ. 1050/19-02-2019 επιστολή της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων με θέμα «Διευκρινήσεις ως προς τις συνέπειες της αναπροσαρμογής του κατώτατου μισθού και του κατώτατου ημερομισθίου σε εν εξελίξει διαδικασίες ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών καθαριότητας ή/και φύλαξης» (ΑΔΑ ΩΖΟΑΟΞΤΒ-ΣΡΟ) αναφέρεται ότι «σε ό,τι αφορά στην εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων που έχουν ανατεθεί στη βάση του προϊσχύσαντος κανονιστικού πλαισίου σχετικά με τον κατώτατο μισθό και το κατώτερο ημερομίσθιο, εξυπακούεται ότι εφαρμόζονται οι διατάξεις 129 έως 134 του ν. 4412/2016, τηρουμένων των ειδικότερων σε αυτά οριζόμενων προϋποθέσεων, σε συνδυασμό και συμπληρωματικώς με τις ισχύουσες διατάξεις του Αστικού Κώδικα».

Ακόλουθα με το ανωτέρω σκεπτικό έκρινε και η Πράξη 389/2019 του Ζ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η οποία δημοσιεύθηκε 28.06.2019 (ήτοι μετά την έκδοση της Υπουργικής Αποφάσεως 4241/127/2019) και προσκομίστηκε από την ανάδοχο εταιρεία, κρίθηκε ότι σύμβαση, η οποία βρίσκεται στο στάδιο της υπογραφής της από τα μέρη και προ της έναρξης εκτέλεσης αυτής, δεν κωλύεται να υπογραφεί «υπό τον όρο αναδιαμόρφωσης του εργατικού κόστους της σύμβασης κατά τρόπο ώστε αυτό να είναι σύμφωνο με τις προβλέψεις της ως άνω υ.α. (Υπουργικής Αποφάσεως 4241/127 (ΦΕΚ Β' 173/2019) περί αύξησης του νόμιμου κατωτάτου ημερομισθίου».

Η έκδοση της ανωτέρω αναφερόμενης Υπουργικής Αποφάσεως συνιστά απρόβλεπτη μεταβολή των συνθηκών, η οποία δεν θα ήταν δυνατόν να προβλεφθεί ακόμη και από μια αναθέτουσα αρχή, η οποία θα κατέβαλε την προσήκουσα επιμέλεια, καθότι αφορά ζήτημα αμιγώς υπαγόμενο στην κανονιστική αρμοδιότητα της Κυβέρνησης.

Η περιγραφείσα αυτή μεταβολή επιφέρει οικονομική ανισορροπία της σύμβασης διότι μειώνει αισθητά τα έσοδα της αναδόχου εταιρείας με αποτέλεσμα η συνέχιση της εκτέλεσης της σύμβασης να καθίσταται ζημιογόνος για την ανάδοχο εταιρεία.

Επειδή, το άρθρο 68 του ν. 3863/2010 προβλέπει ότι οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης οφείλουν με ποινή ακυρότητας της σύμβασης να συμπεριλαμβάνουν στο περιεχόμενο αυτής τα κάτωθι στοιχεία: 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 καθώς και στ) τα τετραγωνικά μέτρα καθαρισμού ανά άτομο, όταν πρόκειται για καθαρισμό χώρων.

Επειδή, το άρθρο 132 του ν. 4412/2016 αναφέρει περιοριστικά τις περιπτώσεις επιτρεπτής τροποποίησης της αρχικής σύμβασης, χωρίς την υποχρέωση να ακολουθηθεί από την αναθέτουσα αρχή νέα διαδικασία ανάθεσης.

Επειδή το άρθρο 132 παρ. 1 περ. γ) του ν. 4412/2016 προβλέπει ότι: «Οι συμβάσεις και οι συμφωνίες-πλαίσιο μπορούν να τροποποιούνται χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης όταν : αα) η ανάγκη τροποποίησης προέκυψε λόγω περιστάσεων που δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν από μια επιμελή αναθέτουσα αρχή, ββ) η τροποποίηση δεν μεταβάλλει τη συνολική φύση της σύμβασης και γγ) οποιαδήποτε αύξηση της τιμής δεν υπερβαίνει το 50% της αξίας της αρχικής σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο.»

Επειδή η έκδοση της Υπουργικής Αποφάσεως 4241/127/ΦΕΚ 173 Β'/2019 συνιστά, κατά τα ανωτέρω απρόβλεπτη μεταβολή των συνθηκών, η οποία δεν θα ήταν δυνατόν να προβλεφθεί ακόμη και από μια επιμελή αναθέτουσα αρχή.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Η Ρυθμιστική Αρχή Λιμένων ομόφωνα σε φανερή ψηφοφορία

ΓΝΩΜΟΔΟΤΕΙ

υπέρ της τροποποίησης από την Ο.Λ.Η. Α.Ε. της ήδη συναφθείσας σύμβασης με τίτλο «Παροχή υπηρεσιών ασφαλείας/φύλαξης των λιμενικών εγκαταστάσεων αρμοδιότητας Οργανισμού Λιμένος Ηρακλείου Α.Ε. για την εφαρμογή του Κώδικα ISPS 2018», σύμφωνα με την προβλεπόμενη από τα άρθρα 129 έως 134 του ν. 4412/2016 διαδικασία, μετά και την αναπροσαρμογή των κατώτατων μισθών και των ημερομισθίων, σύμφωνα με την Υπουργική Απόφαση 4241/127/ΦΕΚ' 173 Β'/2019, μόνον ως προς το κόστος εκείνο που η συγκεκριμένη νομοθετική ρύθμιση μετέβαλε και με το αντίστοιχο περιθώριο κέρδους που είχε συμφωνηθεί πριν τη δημοσίευση της Υπουργικής Αποφάσεως 4241/127/ΦΕΚ' 173 Β'/2019, αναδρομικά δε από την ημερομηνία θέσεως αυτής σε ισχύ.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΗΣ ΡΑΛ

Παναγιώτης – Ιάσων Αγγελόπουλος