

**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΛΕΓΚΤΙΚΟ ΣΥΝΕΔΡΙΟ**



**Προσυμβατικός έλεγχος δημοσίων
συμβάσεων προμηθειών:
Ουσιώδεις πλημμέλειες και
λοιπά πορίσματα έτους 2021**

ΕΚΘΕΣΗ ΕΛΕΓΧΟΥ

8/2022

ΣΥΝΟΨΗ

Οι ουσιώδεις πλημμέλειες και τα λοιπά πορίσματα που προέκυψαν από τον προσυμβατικό έλεγχο που διενήργησε κατά το έτος 2021 το ΣΤ΄ Κλιμάκιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου επί των συμβάσεων δημοσίων προμηθειών που ενέπιπταν στην αρμοδιότητά του, έχουν ως ακολούθως:

- 1.** Διαπιστώθηκε προσφυγή σε εξαιρετικές διαδικασίες, που δεν απαιτούν προηγούμενη δημοσίευση διακήρυξης, χωρίς να συντρέχουν οι νόμιμες προϋποθέσεις, όπως κατ' επίκληση γεγονότων που δεν είχαν απρόβλεπτο χαρακτήρα ή για την ικανοποίηση μόνιμων και όχι επειγουσών αναγκών.
- 2.** Τα κριτήρια οικονομικής και τεχνικής επάρκειας που τέθηκαν για τη συμμετοχή οικονομικών φορέων σε ορισμένες διαδικασίες δεν σχετίζονταν με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση των αντίστοιχων υπό ανάθεση συμβάσεων και δεν ήταν συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο αυτών.
- 3.** Ελλιπής ήταν ο έλεγχος που διενήργησαν ορισμένες αναθέτουσες αρχές επί των προσφορών που τους υποβλήθηκαν.
- 4.** Η βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών δεν έφερε σε κάθε περίπτωση ανάθεσης την απαιτούμενη πλήρη και επαρκή αιτιολογία.
- 5.** Τροποποιήσεις συμβάσεων που υποβλήθηκαν για έλεγχο είτε δεν οφείλονταν σε απρόβλεπτες περιστάσεις, είτε συνιστούσαν μη επιτρεπόμενη ουσιώδη τροποποίηση της αρχικής σύμβασης.
- 6.** Εντοπίστηκαν προγραμματικές συμβάσεις οι όροι των οποίων είτε δεν είχαν το ελάχιστο κατά νόμο αναγκαίο περιεχόμενο, είτε υπέκρυπταν παράνομη απευθείας ανάθεση δημόσιας σύμβασης χωρίς τη διενέργεια διαγωνιστικής διαδικασίας.
- 7.** Οι πράξεις του Κλιμακίου κατά τον προσυμβατικό έλεγχο είναι οριστικές ως προς τη νομιμότητα του υποβληθέντος για έλεγχο σχεδίου σύμβασης και των ζητημάτων που κρίθηκαν, έστω και σιωπηρώς, στα οποία περιλαμβάνεται και η νομιμότητα των δικαιολογητικών κατακύρωσης του αρχικού αναδόχου.
- 8.** Διαπιστώθηκαν ελλείψεις σε στοιχεία τεκμηρίωσης της αναγκαιότητας και της προϋπολογιζόμενης δαπάνης ορισμένων προμηθειών, τα οποία πρέπει να περιέχονται στον «Φάκελο Δημοσίας Σύμβασης» και να τίθενται υπόψη του Κλιμακίου.

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

1. Σύμφωνα με το άρθρο 98 του Συντάγματος, το Ελεγκτικό Συνέδριο αποτελεί τον ανώτατο εξωτερικό ελεγκτή της νομιμότητας και της οικονομικότητας των συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας που συνάπτουν το Δημόσιο, τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου και οι δημόσιες επιχειρήσεις, με σκοπό την εμπέδωση της διαφάνειας και την τήρηση των ενωσιακών και εθνικών αρχών της δημοσιονομικής βιωσιμότητας και του ελεύθερου ανταγωνισμού. Το αντικείμενο και ο τρόπος διενέργειας του ελέγχου περιγράφονται στον Οργανικό Νόμο του Ελεγκτικού Συνεδρίου (ν. 4820/2021), καθώς και τα άρθρα 324 επόμενα του ν. 4700/2020.

2. Ο προσυμβατικός έλεγχος έχει καθολικό, αυτεπάγγελτο και διάχυτο χαρακτήρα επί της διαδικασίας ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης, με μόνο όριο το δεδικασμένο. Ως εκ τούτου, παρακολουθεί την ανάθεση από το στάδιο προετοιμασίας της σύμβασης, κατά το οποίο προσδιορίζονται ποσοτικά οι ανάγκες της αναθέτουσας αρχής και καταρτίζεται ο προϋπολογισμός, έως την έκδοση της κατακυρωτικής απόφασης. Του ανωτέρω ελέγχου εκφεύγουν, λόγω της δικαστικής του φύσης, τόσο οι ουσιαστικές τεχνικές ή επιστημονικές κρίσεις, όσο και οι κρίσεις σκοπιμότητας των αρμόδιων οργάνων των ελεγχόμενων αρχών, για τις οποίες, άλλωστε, φέρουν την πολιτική ευθύνη.

3. Ενόψει της βαρύτητας των εννόμων συνεπειών που συνεπάγεται η τυχόν αρνητική έκβαση του ελέγχου και λαμβανομένης υπόψη της αρχής της αναλογικότητας, επιβάλλεται ο έλεγχος αυτός να έχει την αναγκαία τεκμηρίωση και να συνεκτιμά τον δημόσιο σκοπό που εκπληρώνεται με τη σύναψη έκαστης σύμβασης, καθώς και την προκαλούμενη από τη σύμβαση δημοσιονομική διακινδύνευση. Ως εκ τούτου, κατά τον διενεργούμενο έλεγχο αναδεικνύονται οι πλημμέλειες εκείνες που, υπό τις περιστάσεις έκαστης περίπτωσης, εκτιμώνται ως ουσιώδεις και ικανές να θεμελιώσουν την καταλυτική για τη σύμβαση κρίση ότι κωλύεται η υπογραφή της.

4. Στην παρούσα έκθεση, παρουσιάζονται τα πορίσματα των ελέγχων που διενήργησε κατά το έτος 2021 το ΣΤ' Κλιμάκιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου, αρμόδιο για τον προσυμβατικό έλεγχο των συμβάσεων προμηθειών η προϋπολογιζόμενη δαπάνη των οποίων υπερβαίνει, χωρίς Φ.Π.Α., το ποσοτικό όριο του 1.000.000 ευρώ, προκειμένου για συμβάσεις που χρηματοδοτούνται αμιγώς από εθνικούς πόρους, ή των 5.000.000 ευρώ, όταν οι συμβάσεις συγχρηματοδοτούνται από ενωσιακούς πόρους ή από πόρους του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή συνάπτονται στο πλαίσιο του Ταμείου Ανθεκτικότητας και Ανάπτυξης. Αρχικά, παρουσιάζονται οι ουσιώδεις πλημμέλειες που εντοπίστηκαν κατά τις διαδικασίες ανάθεσης των προμηθειών και αποτέλεσαν διακωλυτικούς λόγους σύναψης των συμβάσεων. Στη συνέχεια, παρατίθεται περιπτωσιολογία άλλων πλημμελειών, συμπεριλαμβανομένων όσων αφορούν ειδικές κατηγορίες συμβάσεων, καθώς και διαπιστώσεις του Κλιμακίου επί ζητημάτων πληρότητας του φακέλου και νομιμότητας συμβατικών όρων.

ΠΟΡΙΣΜΑΤΑ ΤΟΥ ΕΛΕΓΧΟΥ

Ι. ΟΥΣΙΩΔΕΙΣ ΠΛΗΜΜΕΛΕΙΕΣ ΚΑΤΑ ΤΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΑΝΑΘΕΣΗΣ ΤΩΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ

Επιλογή διαδικασίας ανάθεσης

Διαπιστώθηκε προσφυγή σε εξαιρετικές διαδικασίες, που δεν απαιτούν προηγούμενη δημοσίευση διακήρυξης, χωρίς να συντρέχουν οι νόμιμες προϋποθέσεις, όπως κατ' επίκληση γεγονότων που δεν είχαν απρόβλεπτο χαρακτήρα ή για την ικανοποίηση μόνιμων και όχι επειγουσών αναγκών.

5. Το Κλιμάκιο έλεγξε την εφαρμογή διάταξης¹ που επιτρέπει την προσωρινή εγκατάσταση και λειτουργία μονάδων παραγωγής νερού ύδρευσης με αφαλάτωση μέσω διενέργειας συνοπτικού διαγωνισμού, ανεξάρτητα από την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, γεγονός που απαλλάσσει τις αναθέτουσες αρχές από την υποχρέωση δημοσίευσης περίληψης της οικείας διακήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Ως προϋπόθεση για την εφαρμογή της διάταξης αυτής, ο νόμος θέτει την ανάγκη εξυπηρέτησης επειγουσών και βραχυχρόνιων αναγκών υδροδότησης των νησιών².

Μέσω μίας σύμφωνης με το ενωσιακό δίκαιο ερμηνείας, κρίθηκε ότι, σε περίπτωση σύμβασης που υπερβαίνει το κατώφλι εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου, η εφαρμογή της εξαιρετικής διαδικασίας του συνοπτικού διαγωνισμού χωρίς δημοσίευση προκήρυξης στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης δικαιολογείται μόνο όταν συντρέχει επείγουσα ανάγκη οφειλόμενη σε γεγονότα απρόβλεπτα για τον αναθέτοντα φορέα, εξαιτίας της οποίας δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές και τις διαδικασίες με διαπραγμάτευση με προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού³.

6. Κατά την ειδικότερη κρίση του Κλιμακίου, μη νομίμως ακολουθήθηκε διαδικασία ανάθεσης χωρίς αποστολή προκήρυξης στην Υπηρεσία εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, δεδομένου ότι, αφενός ο προϋπολογισμός της σύμβασης υπερέβαινε τα προβλεπόμενα όρια εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου και αφετέρου η επείγουσα ανάγκη που ο φορέας επικαλούνταν δεν αποδείχθηκε ότι οφειλόταν σε απρόβλεπτα γεγονότα. Αντιθέτως, η ανεπάρκεια του πόσιμου νερού τους θερινούς μήνες και η φθορά των υφιστάμενων υποδομών και εγκαταστάσεων ήταν γεγονότα γνωστά ήδη από το έτος 2018. Τα γεγονότα που επικαλέσθηκε ο φορέας ως απρόβλεπτα, δηλαδή ο σεισμός τον Οκτώβριο του

¹ Άρθρο 50 ν. 4487/2017.

² Άρθρο 117 ν. 4412/2016.

³ Πράξη ΣΤ΄ Κλιμ. 188/2021.

έτους 2020, καθώς και η εκτέλεση έργων στην περιοχή, που κατά τους ισχυρισμούς του επηρέασαν την ποσότητα του ακατέργαστου υφάλμυρου ύδατος, δεν αναφέρονταν στο έγγραφο τεκμηρίωσης της σκοπιμότητας της προμήθειας, καθώς και στην απόφαση έγκρισης διεξαγωγής του συνοπτικού διαγωνισμού.

7. Επιπλέον, κατά την κρίση του Κλιμακίου, δεν αποδείχθηκε μη δυνατότητα τήρησης των προβλεπόμενων ελάχιστων προθεσμιών για τη διενέργεια δημοσιεύσεων που προβλέπονται στις ανοιχτές διαδικασίες, δεδομένου ότι, από την ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης του συνοπτικού διαγωνισμού στο ΚΗΜΔΗΣ μέχρι την λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφορών, μεσολάβησε χρονικό διάστημα μεγαλύτερο των 15 ημερών. Τέλος, κρίθηκε ότι μη νομίμως εφαρμόστηκε στην προκειμένη περίπτωση η διαδικασία του συνοπτικού διαγωνισμού, δεδομένου ότι η προμήθεια της φορητής μονάδας αφαλάτωσης δεν προοριζόταν για την αντιμετώπιση προσωρινών και βραχυχρόνιων αναγκών ύδρευσης της περιοχής εγκατάστασής της, αλλά αποτελούσε μόνιμη λύση.

Κριτήρια διακήρυξης περί τεχνικής καταλληλότητας και οικονομικής επάρκειας

Τα κριτήρια οικονομικής και τεχνικής επάρκειας που τέθηκαν για τη συμμετοχή οικονομικών φορέων σε ορισμένες διαδικασίες δεν σχετίζονταν με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση των αντίστοιχων υπό ανάθεση συμβάσεων και δεν ήταν συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο αυτών.

8. Οι αναθέτουσες αρχές είναι καταρχήν ελεύθερες, στο πλαίσιο της διακριτικής τους ευχέρειας, να διαμορφώνουν κατά την κρίση τους τους όρους της διακήρυξης και να καθορίζουν τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής (καταλληλότητας), βάσει των οποίων πιστοποιείται η οικονομική και τεχνική επάρκεια των διαγωνιζομένων, λαμβάνοντας υπόψη τις εκάστοτε ανάγκες τους, καθώς και τη φύση και τις ιδιαιτερότητες της σύμβασης.

Τα θεσπιζόμενα κριτήρια ποιοτικής επιλογής πρέπει να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης, να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο αυτής, αλλά και πρόσφορα για τη διακρίβωση της οικονομικής και της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων, τηρουμένης της αρχής της αναλογικότητας. Εφόσον τα τιθέμενα κριτήρια επιλογής τελούν σε δυσαναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό, είναι παράνομα καθώς συνεπάγονται περιορισμό στην άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

9. Συναφώς, κρίθηκε⁴ μη νόμιμος ο ορισμός, ως κριτηρίου ποιοτικής επιλογής για την οικονομική επάρκεια των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων, η ύπαρξη κύκλου εργασιών αποκλειστικά κατά το έτος 2018 ποσού τουλάχιστον ίσου με το 70% του προϋπολογισμού. Το κριτήριο αυτό, κατά παράβαση των γενικών αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων, κρίθηκε ότι περιόριζε υπέρμετρα, χωρίς την επίκληση οποιουδήποτε λόγου δημοσίου συμφέροντος, τον σχετικό ανταγωνισμό μόνο μεταξύ των οικονομικών φορέων που διέθεταν στην προκειμένη περίπτωση τον απαιτούμενο κύκλο εργασιών κατά το έτος 2018. Το έτος αυτό, μάλιστα, δεν ήταν το τελευταίο πριν από την έκδοση της διακήρυξης έτος, ώστε να μπορεί ενδεχομένως να θεωρηθεί ως αιτιολογικός λόγος της θέσης του σχετικού κριτηρίου η εγγύτερη στον χρόνο εκτέλεσης της προμήθειας οικονομική επάρκεια των διαγωνιζόμενων.

10. Το ίδιο κριτήριο επιλογής για την οικονομική επάρκεια κρίθηκε ότι αντίκειται και στις διατάξεις του Μέρους Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, με τις οποίες επιβάλλεται τα στοιχεία (μέσα) απόδειξης εκ μέρους των διαγωνιζόμενων της συνδρομής της οικονομικής καταλληλότητας, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται και ο κύκλος εργασιών, να αφορούν τουλάχιστον στο τελευταίο πριν από την έκδοση της οικείας διακήρυξης έτος, δηλαδή στην ελεγχθείσα περίπτωση τουλάχιστον στο έτος 2019.

11. Στο ίδιο πνεύμα, κρίθηκε⁵ ότι μη νομίμως ορίστηκαν ως κριτήρια οικονομικής επάρκειας των διαγωνιζόμενων η απόδειξη γενικού και ειδικού κύκλων εργασιών για τα έτη 2017, 2018 και 2019, στα οποία δεν είχε περιληφθεί το τελευταίο πριν από το έτος δημοσίευσης της προκήρυξης του διαγωνισμού έτος (2020), κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Τούτο δε, διότι περιορίστηκε ο ανταγωνισμός μεταξύ των δυνητικά ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων μόνον σε εκείνους που πληρούσαν το κριτήριο κατά τα έτη που καθορίστηκαν ως κρίσιμα, κατ' αποκλεισμό εκείνων που ενδεχομένως πληρούσαν το κριτήριο αυτό κατά το έτος που προηγούνταν του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης. Το τελευταίο αυτό έτος, ως εγγύτερο του χρόνου διεξαγωγής του διαγωνισμού, ήταν και το πλέον πρόσφορο για τη διακρίβωση της καταλληλότητας των υποψηφίων.

12. Τα ανωτέρω κρίθηκε ότι ισχύουν ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι, μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, ήταν ενδεχόμενο να μην είχαν δημοσιευθεί οι οικονομικές καταστάσεις των υποψηφίων για το έτος 2020. Ο απαιτούμενος, άλλωστε, κύκλος εργασιών μπορούσε να αποδεικνύεται, με οποιοδήποτε άλλο πρόσφορο μέσο, όπως προέβλεπε και η διακήρυξη για την περίπτωση μη ύπαρξης των ανωτέρω αποσπασμάτων οικονομικών καταστάσεων.

13. Με την ίδια Πράξη, κρίθηκε ότι μη νομίμως ορίστηκε στη διακήρυξη ως κριτήριο τεχνικής επάρκειας η απόδειξη προηγούμενης εκτέλεσης προμήθειας

⁴ Πράξη ΣΤ' Κλιμ. 199/2021.

⁵ Πράξη ΣΤ' Κλιμ. 520/2021.

με τη χρήση του ίδιου του προσφερόμενου με την τεχνική προσφορά εξοπλισμού (ίδιο μοντέλο). Τούτο διότι το κριτήριο αυτό περιόρισε υπέρμετρα, χωρίς την επίκληση οποιουδήποτε λόγου δημοσίου συμφέροντος, τον ανταγωνισμό μόνο μεταξύ των οικονομικών φορέων που διέθεταν εμπειρία στην επιτυχή εκτέλεση όχι απλώς όμοιων με την προς ανάθεση συμβάσεων, αλλά όμοιων συμβάσεων στις οποίες είχαν χρησιμοποιήσει τα ίδια ακριβώς μοντέλα εξοπλισμού. Με το εν λόγω κριτήριο, παραβλέφθηκε, επομένως, ότι είναι σύνηθες είτε για λόγους αντικειμενικούς (κατάργηση των σχετικών μοντέλων λόγω αντικατάστασής τους με νεότερα, τεχνολογική απαξίωσή τους, διαφορά στις ζητούμενες στο πλαίσιο της εκάστοτε σύμβασης τεχνικές προδιαγραφές, ελλείψεις στην παραγωγή ή/και στη διάθεση συγκεκριμένων μοντέλων κ.λπ.), είτε επιχειρηματικής επιλογής (κατά περίπτωση, προτίμηση μοντέλων ποιοτικότερων ή/και οικονομικότερων ή προμηθευτών-κατασκευαστών πιο αξιόπιστων) τα μοντέλα εξοπλισμού που παρέχονται από τους προμηθευτές να διαφέρουν από σύμβαση σε σύμβαση.

14. Σε περίπτωση προμήθειας συστημάτων θερμομέτρησης για δήμους στο πλαίσιο λήψης μέτρων πρόληψης για τη διάδοση του κορωνοϊού⁶, τέθηκε ως όρος τεχνικής καταλληλότητας οι οικονομικοί φορείς να έχουν εκτελέσει, επιτυχώς, κατά την χρονική περίοδο από τον Δεκέμβριο του 2019 (ημερομηνία έναρξης της πανδημίας) έως και την ημερομηνία υποβολής προσφοράς, τουλάχιστον πέντε (5) παρόμοιες συμβάσεις προμήθειας προς διαφορετικούς φορείς του Δημοσίου, ανεξαρτήτως αξίας. Ο όρος αυτός κρίθηκε δυσανάλογος και αδικαιολόγητα περιοριστικός του ανταγωνισμού.

15. Η ανωτέρω κρίση βασίσθηκε στις εξής διαπιστώσεις: α) Η προμήθεια των σχετικών ειδών από τον Δεκέμβριο του 2019 και εφεξής ουδεμία εξειδίκευση ή ιδιαίτερη τεχνική γνώση συνεπαγόταν για τον προμηθευτή. β) Η πρόβλεψη οι συμμετέχοντες να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον 5 παρόμοιες συμβάσεις, χωρίς να συνοδεύεται από ένα ελάχιστο όριο συνολικής αξίας προμηθειών, ήταν παντελώς απρόσφορη για την επίτευξη του σκοπού για τον οποίο θεσπίσθηκε. Κι αυτό διότι δεν διασφάλιζε την ανάδειξη ενός προμηθευτή που διέθετε κατάλληλη και επαρκή εμπειρία για την εκτέλεση της σύμβασης, καθώς μπορούσε να εμφανίζεται καταλληλότερος τεχνικά ένας υποψήφιος που είχε εκτελέσει 5 συμβάσεις, οι οποίες, όμως, αφορούσαν στην προμήθεια μικρού συνολικού αριθμού τεμαχίων αξίας πολύ χαμηλότερης του προϋπολογισμού της ελεγχόμενης σύμβασης, έναντι ενός ενδιαφερόμενου, ο οποίος θα είχε μεν εκτελέσει λιγότερες συμβάσεις υπερκαλύπτοντας, όμως, με αυτές τις προς προμήθεια ποσότητες και την προϋπολογιζόμενη δαπάνη. γ) Ο επίμαχος όρος κατά το μέρος που απαιτούσε οι προηγούμενες προμήθειες να έχουν παρασχεθεί σε δημόσιους φορείς ερχόταν σε ευθεία αντίθεση με τις προβλέψεις του νόμου περί ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, ο οποίος ρητά καθορίζει⁷ ότι η επικαλούμενη εμπειρία μπορεί να προέρχεται τόσο από δημόσιους, όσο και από ιδιωτικούς φορείς.

⁶ Πράξη ΣΤ' Κλιμ. 518/2021.

⁷ Μέρος Β του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016.

16. Με την ίδια Πράξη, κρίθηκε ότι η θέσπιση του ανωτέρω παράνομου κριτηρίου τεχνικής ικανότητας συνιστά ουσιώδη πλημμέλεια που είχε πλήξει την αντικειμενική ακεραιότητα της ελεγχόμενης διαδικασίας, δοθέντος ότι ένας τουλάχιστον ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας, ο οποίος είχε επικαλεσθεί μακροχρόνια εμπειρία στην προμήθεια σχετικών ειδών, εμποδίστηκε τελικώς να συμμετάσχει εξαιτίας του όρου αυτού.

Έλεγχος δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών

Ελλιπής ήταν ο έλεγχος που διενήργησαν ορισμένες αναθέτουσες αρχές επί των προσφορών που τους υποβλήθηκαν.

Η εξέταση από το Κλιμάκιο της ορθότητας των αποφάσεων των αναθετουσών αρχών για την αποδοχή μίας προσφοράς, κατόπιν επισκόπησης των κατατεθέντων δικαιολογητικών, συνιστά νομικό έλεγχο πληρότητας των δικαιολογητικών και συμφωνίας αυτών με τις απαιτήσεις της διακήρυξης και όχι μη επιτρεπόμενη τεχνική κρίση εκ μέρους του Κλιμακίου⁸.

17. Όπως κρίθηκε από το Κλιμάκιο, οικονομικός φορέας έπρεπε να έχει αποκλεισθεί από τη διαγωνιστική διαδικασία και να μην έχει αναδειχθεί ανάδοχος, καθώς κατά την υποβολή της προσφοράς του υπέβαλε ψευδή δήλωση ως προς τη συνδρομή λόγων αποκλεισμού⁹. Ειδικότερα, ενώ με βάση απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού προέκυπτε ότι είχε εμπλακεί σε συμπράξεις με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, στην περιεχόμενη στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έντυπο Σύμβασης δήλωση ανέφερε ότι δεν είχε μετάσχει σε σχετικές συμφωνίες. Περαιτέρω, στο ίδιο έντυπο δήλωσε ψευδώς ότι δεν είχε αποκρύψει πληροφορίες σχετικές με την εξακρίβωση της συνδρομής λόγων αποκλεισμού, δεν είχε επιχειρήσει να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων αναθέτουσας αρχής, ούτε είχε παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που μπορούσαν να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις αποκλεισμού, επιλογής ή ανάθεσης.

18. Κατά τον έλεγχο σύμβασης που αφορούσε προμήθεια χειρουργικών масκών, κρίθηκε¹⁰ ότι έπρεπε να έχει απορριφθεί η προσφορά της αναδόχου εταιρείας, καθώς, από τη συγκριτική επισκόπηση του αναφερόμενου στην προσφορά κωδικού προϊόντος με το τεχνικό φυλλάδιο και την εκτύπωση καταχώρησης στη σχετική ηλεκτρονική βάση δεδομένων του ΕΟΦ, αποδεικνυόταν ότι κατασκευαστής των προσφερόμενων масκών δεν ήταν η δηλωθείσα στην προσφορά εταιρεία, αλλά η ίδια η προσφέρουσα. Συνεπώς, τα στοιχεία-

⁸ Απόφαση Έβδομο Τμ. 2131/2021.

⁹ Πράξη ΣΤ' Κλιμ. 349/2021.

¹⁰ Πράξη ΣΤ' Κλιμ. 392/2021.

δικαιολογητικά που υποβλήθηκαν με την τεχνική προσφορά και είχαν εκδοθεί για τον φερόμενο ως κατασκευαστή δεν απέδειξαν την εκπλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών της πρόσκλησης. Επιπλέον, κρίθηκε ότι δεν θα ήταν δυνατή η μετά τη διενέργεια της διαγωνιστικής διαδικασίας προσκόμιση νέων στοιχείων απόδειξης της συμβατότητας των προσφερόμενων μασκών με τις τεχνικές προδιαγραφές και τα σχετικά πρότυπα διασφάλισης ποιότητας.

19. Κατά τον έλεγχο συμβάσεων που αφορούσαν προμήθεια ανταλλακτικών για τη συντήρηση οχημάτων, κρίθηκε ότι η απόρριψη οικονομικής προσφοράς, με την αιτιολογία ότι δεν είχε υποβληθεί τιμοκατάλογος ανταλλακτικών και αναλωσίμων προϊόντων δεν ήταν νόμιμη. Τούτο διότι από τη διατύπωση της διακήρυξης και των παραρτημάτων της, δεν προέκυπτε η απαίτηση της υποβολής, επί ποινή αποκλεισμού, τιμοκαταλόγου ανταλλακτικών και αναλωσίμων προϊόντων για τα τμήματα στα οποία αφορούσε η οικονομική προσφορά¹¹.

20. Σε σύμβαση που αφορούσε στην προμήθεια τροφίμων, κρίθηκε ότι με τα προσκομισθέντα από τον προσωρινό ανάδοχο πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας δεν πιστοποιούνταν ρητώς, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, ότι οι παραγωγοί συγκεκριμένων προς προμήθεια προϊόντων διέθεταν πιστοποίηση για τους χώρους παραγωγής των ειδών αυτών, βάσει των ζητούμενων προτύπων. Η ουσιώδης αυτή έλλειψη των εν λόγω πιστοποιητικών συνιστούσε λόγο επαγόμενο την απόρριψη της προσφοράς¹².

Βαθμολόγηση προσφορών

Η βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών δεν έφερε σε κάθε περίπτωση ανάθεσης την απαιτούμενη πλήρη και επαρκή αιτιολογία.

21. Από τις διατάξεις του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων¹³, ερμηνευόμενες σε συνδυασμό με τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, συνάγεται ότι η βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν σε διαγωνισμό με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας-τιμής, πρέπει να είναι σαφώς, ειδικώς και εμπεριστατωμένα λεκτικά αιτιολογημένα.

Η απλή παράθεση βαθμών στα τεθέντα κριτήρια δεν συνιστά ειδική κρίση ούτε αρκεί για την αιτιολόγηση της αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, καθόσον χωρίς αναλυτική λεκτική αποτύπωση αυτής, έστω και συνοπτικά, δυσχεραίνεται ο έλεγχος του αιτιολογημένου της σχετικής κρίσης.

¹¹ ΣΤ' Κλιμ. Πράξεις 297 και 327/2021.

¹² ΣΤ' Κλιμ. Πράξη 482/2021

¹³ Άρθρα 18 και 86 ν. 4412/2016

22. Σημειώνεται ότι, του νόμου μη διακρίνοντος, η εν λόγω βαθμολόγηση, συνοδευόμενη με έστω συνοπτική αιτιολόγηση, είναι απαραίτητη τόσο στην περίπτωση υποβολής μιας και μόνο (μοναδικής) τεχνικής προσφοράς, όσο και στην περίπτωση κατά την οποία η οικεία τεχνική προσφορά βαθμολογείται ως προς επιμέρους κριτήριο με βαθμό εκατό (100), το οποίο υποδηλώνει ότι αυτή καλύπτει ακριβώς τους όρους και τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης. Η μη παράθεση επαρκούς αιτιολόγησης καθιστά νομικώς πλημμελή την τεχνική αξιολόγηση των προσφορών και συνιστά ουσιώδη πλημμέλεια της διαδικασίας ανάθεσης.

23. Στο πλαίσιο αυτό, διαπιστώθηκε περίπτωση έλλειψης λεκτικής αιτιολόγησης της τεθείσας βαθμολογίας¹⁴. Η αναθέτουσα αρχή, σε εκτέλεση σχετικής αναβλητικής πράξης του Κλιμακίου, κατέθεσε έγγραφο, με το οποίο προέβαλε ότι η λεπτομερειακή λεκτική αιτιολόγηση της βαθμολόγησης της τεχνικής προσφοράς της αναδόχου εταιρείας σε κάθε επιμέρους κριτήριο ανάθεσης δεν ήταν απαραίτητη, καθότι τα αρμόδια όργανα έκριναν ότι η προσφορά ήταν πλήρως σύμφωνη με τις τεχνικές προδιαγραφές, η εταιρεία ήταν εγνωσμένου κύρους και δήλωσε πλήρη συμμόρφωση στις απαιτήσεις του διαγωνισμού. Οι ισχυρισμοί αυτοί απορρίφθηκαν από το Κλιμάκιο, διότι η λεκτική αιτιολόγηση της βαθμολόγησης σε κάθε επιμέρους κριτήριο αξιολόγησης προβλεπόταν ανεξαιρέτως για κάθε τεχνική προσφορά. Η ανωτέρω Πράξη ανακλήθηκε με Απόφαση του Εβδόμου Τμήματος μετά από προσκόμιση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής πρακτικού αιτιολόγησης της τεθείσας βαθμολογίας, το οποίο συντάχθηκε μετά την Πράξη του Κλιμακίου και η το πρώτον κατάθεση στο στάδιο εξέτασης της αίτησης ανάκλησης έγινε δεκτή από το Τμήμα¹⁵.

¹⁴ ΣΤ' Κλιμ. Πράξη 28/2021.

¹⁵ Έβδομο Τμ. Απόφαση 514/2021

II. ΑΛΛΕΣ ΠΛΗΜΜΕΛΕΙΕΣ ΚΑΙ ΔΙΑΠΙΣΤΩΣΕΙΣ ΟΥΣΙΩΔΩΝ ΕΛΛΕΙΨΕΩΝ ΚΑΙ ΠΑΡΑΝΟΜΩΝ ΣΥΜΒΑΤΙΚΩΝ ΟΡΩΝ

Ζητήματα τροποποιητικών συμβάσεων

Τροποποιήσεις συμβάσεων που υποβλήθηκαν για έλεγχο είτε δεν οφείλονταν σε απρόβλεπτες περιστάσεις, είτε συνιστούσαν μη επιτρεπόμενη ουσιώδη τροποποίηση της αρχικής σύμβασης.

24. Η σύναψη τροποποιητικής σύμβασης με τον ανάδοχο ήδη εκτελούμενης σύμβασης ή συμφωνίας – πλαίσιο, επιτρέπεται μόνο στις περιοριστικά αναφερόμενες στον νόμο περιπτώσεις, καθώς η δυνατότητα αυτή συνιστά παρέκκλιση από τις αρχές της διαφάνειας, της ισότητας συμμετοχής στις διαδικασίες κατάρτισης δημόσιων συμβάσεων και της διασφάλισης του ελεύθερου ανταγωνισμού¹⁶. Επιτρεπτή περίπτωση τροποποίησης συναφθείσας σύμβασης αποτελεί, μεταξύ άλλων, η μη ουσιώδης τροποποίησή της, ανεξαρτήτως της αξίας του αντικειμένου της.

Ως ουσιώδης τροποποίηση σύμβασης νοείται εκείνη, συνεπεία της οποίας μεταβάλλεται ιδίως το εύρος και το περιεχόμενο των αμοιβαίων δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλόμενων, υποδηλώνοντας τη βούληση των τελευταίων να επαναδιαπραγματευθούν ουσιώδεις όρους της σύμβασης. Στο πλαίσιο αυτό, στον νόμο καθορίζονται συγκεκριμένα κριτήρια, η συνδρομή έστω και ενός εκ των οποίων, στοιχειοθετεί ουσιώδη τροποποίηση της αρχικής σύμβασης ή συμφωνίας - πλαίσιο.

25. Συντρέχει περίπτωση ουσιώδους τροποποίησης όταν, μεταξύ άλλων, α) οι τροποποιήσεις είναι ικανές να θέσουν εν αμφιβολή την ανάθεση της σύμβασης στον ήδη ανάδοχο, υπό την έννοια ότι, εάν είχαν συμπεριληφθεί στα έγγραφα της διαδικασίας ανάθεσης της αρχικής σύμβασης (διακήρυξη κ.λπ.), θα είχαν επηρεάσει την πορεία της είτε προσελκύοντας και άλλους συμμετέχοντες στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης, είτε κάνοντας δεκτή άλλη προσφορά από εκείνη που επιλέχθηκε, είτε επιτρέποντας τη συμμετοχή διαφορετικών οικονομικών φορέων από αυτούς που επιλέχθηκαν αρχικά, β) η τροποποίηση αλλάζει την οικονομική ισορροπία της σύμβασης υπέρ του αναδόχου, κατά τρόπο που δεν προβλεπόταν στην αρχική σύμβαση και γ) με την τροποποίηση διευρύνεται σημαντικά το αντικείμενο της σύμβασης περιλαμβάνοντας υπηρεσίες που δεν είχαν αρχικώς προβλεφθεί.

26. Σε σύμβαση προμήθειας καυσίμων, η τροποποίηση συνίστατο στη μεταβολή του τρόπου υπολογισμού της τιμής των καυσίμων κατά τον χρόνο παράδοσης

¹⁶ Άρθρο 132 ν. 4412/2016.

αυτών¹⁷. Το Κλιμάκιο έλαβε υπόψη το γεγονός ότι, με βάση την αρχική σύμβαση, η τελική αξία του προς προμήθεια καυσίμου προέκυπτε από την εφαρμογή ενός πολύπλοκου τύπου, οι τιμές αναφοράς του οποίου αποτελούνταν από μεταβλητούς (διεθνείς τιμές καυσίμων, συναλλαγματικές ισοτιμίες) και σταθερούς παράγοντες (τιμή PREMIUM). Συνεπώς, η οικονομική ισορροπία της επίμαχης συμφωνίας – πλαίσιο εδραζόταν ουσιωδώς στην τιμή PREMIUM, η οποία α) αποτελούσε τη μοναδική σταθερή τιμή στον τύπο υπολογισμού του τιμήματος, β) ήταν το μοναδικό κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης και γ) οριστικοποιήθηκε με βάση την προσφορά της αναδόχου. Ως εκ τούτου, το Κλιμάκιο έκρινε ότι η ελεγχθείσα τροποποίηση της αρχικής συμφωνίας – πλαίσιο που συνίστατο στη μεταβολή της τιμής PREMIUM ήταν ουσιώδης, καθώς μετέβαλε ουσιωδώς την οικονομική ισορροπία της αρχικής συμφωνίας υπέρ της αναδόχου, κατά τρόπο που δεν προβλεπόταν στην αρχική σύμβαση.

27. Σε άλλη υπόθεση, το Κλιμάκιο έκρινε ότι, με την υποβληθείσα για έλεγχο τροποποίηση, επερχόταν επέκταση του φυσικού αντικείμενου της αρχικής σύμβασης, καθώς η προμήθεια και εγκατάσταση επιπλέον ποσοτήτων φωτιστικών σωμάτων διαφόρων κατηγοριών και λαμπτήρων LED, που δεν προβλέπονταν στην αρχική σύμβαση, επέφερε επαύξηση του συμβατικού τιμήματος κατά ποσοστό 50% και επέκτεινε σημαντικά το αντικείμενο της αρχικής σύμβασης¹⁸. Σημειώνεται ότι η αναθέτουσα αρχή, παρά το γεγονός ότι έφερε το σχετικό βάρος απόδειξης, δεν επικαλέστηκε ούτε τεκμηρίωσε τη συνδρομή κάποιας από τις οριζόμενες στον νόμο περιπτώσεις που θα επέτρεπαν την τροποποίηση της αρχικής σύμβασης χωρίς νέα διαγωνιστική διαδικασία. Περαιτέρω, κρίθηκε ότι η όλως αόριστη επίκληση των γεγονότων ότι τέθηκαν εκτός λειτουργίας φωτιστικά εξαιτίας διαρροών υδάτων ή ότι η συντήρηση των υφισταμένων φωτιστικών ήταν δύσκολη δεν συνιστούσαν απρόβλεπτες περιστάσεις, οι οποίες δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν από μία επιμελή κατά την προετοιμασία της αρχικής σύμβασης αναθέτουσα αρχή¹⁹.

28. Σε άλλη περίπτωση, κρίθηκε ότι, κατά τον χρόνο που ελήφθη η απόφαση για την ελεγχθείσα τροποποίηση, πολλώ δε μάλλον κατά τον χρόνο που η τροποποίηση αυτή υποβλήθηκε στο Κλιμάκιο για έλεγχο, είχε λήξει η διάρκεια της «τροποποιούμενης» σύμβασης, περιλαμβανομένης και της χορηγηθείσας παράτασης αυτής. Σε κάθε περίπτωση, η διάρκεια της σύμβασης είχε λήξει και διότι, με την ανωτέρω απόφαση για την τροποποίηση, βεβαιωνόταν η εξάντληση του συμβατικού ποσού. Επομένως, η ελεγχθείσα τροποποίηση κρίθηκε μη νόμιμη, διότι, προϋπόθεση για να θεωρηθεί νόμιμη μία τροποποίηση δημοσίας σύμβασης προμήθειας είναι η τροποποιούμενη σύμβαση να μην έχει λήξει²⁰.

¹⁷ ΣΤ΄ Κλιμ. 246/2021.

¹⁸ ΣΤ΄ Κλιμ. Πράξη 306/2021

¹⁹ Άρθρο 132 παρ. 1γ΄ του ν. 4412/2016.

²⁰ ΣΤ΄ Κλιμ. 372/2021.

Ζητήματα προγραμματικών συμβάσεων

Εντοπίστηκαν προγραμματικές συμβάσεις οι όροι των οποίων είτε δεν είχαν το ελάχιστο κατά νόμο αναγκαίο περιεχόμενο, είτε υπέκρυπταν παράνομη απευθείας ανάθεση δημόσιας σύμβασης χωρίς τη διενέργεια διαγωνιστικής διαδικασίας.

29. Κατά τον έλεγχο προγραμματικής σύμβασης του άρθρου 100 ν. 3852/2010 με αντισυμβαλλόμενους έναν Φορέα Διαχείρισης Απορριμμάτων και μία Περιφέρεια για την υλοποίηση πράξης διαχείρισης βιοαποβλήτων, κρίθηκε ότι η σύμβαση δεν είχε το ελάχιστο κατά νόμο προβλεπόμενο περιεχόμενο²¹.

30. Ειδικότερα: α) δεν προσδιοριζόταν ο προϋπολογισμός των τριών επιμέρους υποέργων της πράξης, την υλοποίηση της οποίας αφορούσε η ελεγχθείσα σύμβαση, και των επιμέρους προμηθειών και υπηρεσιών που περιλαμβάνονταν σε καθένα από αυτά, ούτε γινόταν παραπομπή σε οποιαδήποτε μελέτη αναφορικά με τον αναλυτικό προϋπολογισμό (κοστολόγηση) της πράξης, έστω και κατά προσέγγιση, προς δικαιολόγηση της συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης, όπως απαιτείται από το άρθρο 100 παρ. 2 περ. α' του ν. 3852/2010 και τις αρχές της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης και της οικονομικότητας, β) δεν παρατίθεντο οι χρηματοδοτικοί πόροι, από τους οποίους θα καλύπτονταν οι αναλαμβανόμενες υποχρεώσεις, γ) δεν προσδιοριζόταν το αναλυτικό χρονοδιάγραμμα εκτέλεσης της προγραμματικής σύμβασης, δ) δεν προσδιοριζόταν με οποιονδήποτε τρόπο ο απώτατος χρονικός ορίζοντας της τυχόν παράτασης της σύμβασης και ε) καταλειπόταν πλήρης ευχέρεια στα συμβαλλόμενα μέρη να τροποποιήσουν ή να επεκτείνουν τη σύμβαση, χωρίς να έχει προσδιορισθεί, ούτε κατ' ελάχιστον, εκ των προτέρων το περιεχόμενο και το εύρος των τροποποιήσεων και χωρίς αποτύπωση του κόστους αυτών.

31. Κατά τον έλεγχο σύμβασης που είχε εισαχθεί στο Κλιμάκιο ως σύμβαση οριζόντιας συνεργασίας μεταξύ αναθετουσών αρχών²² με τη μορφή προγραμματικής σύμβασης, κρίθηκε²³ ότι απαραίτητο στοιχείο για τη νόμιμη σύναψη αυτής είναι οι συμβαλλόμενοι φορείς να ενεργούν στο πλαίσιο των νομίμων αρμοδιοτήτων τους με στόχο τη συνεργατική επιτέλεση ενός δημόσιου σκοπού. Στη συγκεκριμένη περίπτωση, όμως, η πρόβλεψη καταβολής σε έναν από τους αντισυμβαλλόμενους αμοιβής καθορισθείσας με όρους ελεύθερης αγοράς κρίθηκε ότι δεν συνάδει με τη συνεργατική εκπλήρωση εκ μέρους των συμβαλλομένων ενός κοινού δημόσιου σκοπού και υπερέβαινε το μέτρο του αναγκαίου κόστους, το οποίο θα επωμιζόταν ο φορέας που αναλάμβανε την εκτέλεση της σύμβασης. Η συνέπεια ήταν η σύμβαση να θεωρηθεί κεκαλυμμένη και μη επιτρεπόμενη απευθείας ανάθεση.

²¹ ΣΤ' Κλιμ. Πράξη 502/2021.

²² Άρθρο 12 παρ. 4 ν. 4412/2016

²³ ΣΤ' Κλιμ. 517/2021.

32. Στην ίδια περίπτωση, κρίθηκε ότι η ανάθεση μίας σύμβασης με τίμημα που προσδιορίζεται με όρους ελεύθερης αγοράς, χωρίς τη διενέργεια διαγωνιστικής διαδικασίας, παραβιάζει και την αρχή της οικονομικότητας, καθώς, αν αντί της κεκαλυμμένης απευθείας ανάθεσης είχε επιλεγεί η διενέργεια διαγωνισμού, θα επιτυγχανόταν ο ίδιος σκοπός με οικονομικότερους όρους, λόγω της έκπτωσης που μετά βεβαιότητας θα προσφερόταν από τους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό.

Δέσμευση από προηγούμενη κρίση του Κλιμακίου

Οι πράξεις του Κλιμακίου κατά τον προσυμβατικό έλεγχο είναι οριστικές ως προς τη νομιμότητα του υποβληθέντος για έλεγχο σχεδίου σύμβασης και των ζητημάτων που κρίθηκαν, έστω και σιωπηρώς, στα οποία περιλαμβάνεται και η νομιμότητα των δικαιολογητικών κατακύρωσης του αρχικού αναδόχου.

33. Στον προσυμβατικό έλεγχο, η ανάγκη εξισορρόπησης μεταξύ της διαφύλαξης του δημοσίου συμφέροντος κατά την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων και της μη παρακώλυσης της συναλλακτικής δράσης των δημόσιων φορέων επιβάλλει τη διατύπωση του κανόνα ότι, μετά την εκφορά οριστικής κρίσης εκ μέρους του Ελεγκτικού Συνεδρίου επί της νομιμότητας της υποβληθείσας προς έλεγχο διαγωνιστικής διαδικασίας, των επιμέρους σταδίων αυτής και του σχεδίου σύμβασης, παράγεται οριστικότητα.

Το Κλιμάκιο δεν δύναται να επανέλθει επί της νομιμότητας της αυτής διαδικασίας παραγωγής σχεδίου σύμβασης που έχει ήδη ελεγχθεί. Η οριστικότητα αυτή της κρίσης του Κλιμακίου και η εξ αυτής απορρέουσα δέσμευση καλύπτει, επίσης, κάθε νομικό και πραγματικό ζήτημα που είχε ανακύψει κατά την εξέταση της νομιμότητας μίας συγκεκριμένης διαδικασίας ανάθεσης και έχει κριθεί κυρίως ή παρεμπιπτόντως, ακόμα και σιωπηρώς, αν η σχετική κρίση ήταν αναγκαία για την ολοκλήρωση του αρχικού ελέγχου. Τούτο δε, ανεξαρτήτως του εάν κατά την έκδοση της αρχικής πράξης εμφολόγησε πλάνη περί τα πράγματα ή τον νόμο (Απόφαση Ολομέλειας του Ελεγκτικού Συνεδρίου 2135/2020).

34. Στο πλαίσιο αυτό, κρίθηκε ότι με την οριστικώς εκφερθείσα με προηγούμενη Πράξη του Κλιμακίου θετική κρίση για τη νομιμότητα της κατακύρωσης ενός τμήματος προμήθειας σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, το Κλιμάκιο εξάντλησε την αρμοδιότητά του ως προς τον έλεγχο της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας και δεν δύναται να επανεξετάσει τη νομιμότητα οποιουδήποτε σταδίου αυτής²⁴. Ειδικότερα, στην κριθείσα περίπτωση, μετά την

²⁴ ΣΤ΄ Κλιμ. Πράξη 481/2021.

οριστική κρίση του Κλιμακίου ότι δεν κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης με τον πρώτο κατά σειρά μειοδοσίας οικονομικό φορέα, εκδόθηκε απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, που έκρινε πλημμελή τα προσκομισθέντα από τον ως άνω ανάδοχο δικαιολογητικά κατακύρωσης. Σε συμμόρφωση με την απόφαση αυτή, η αναθέτουσα αρχή προέβη στην κατακύρωση του διαγωνισμού στον δεύτερο κατά σειρά μειοδοσίας οικονομικό φορέα και υπέβαλε νέο σχέδιο σύμβασης για προσυμβατικό έλεγχο. Πλην όμως, κατά τον έλεγχο της σύμβασης αυτής, το Κλιμάκιο διαπίστωσε ότι με την προηγούμενη Πράξη του είχε, έστω και σιωπηρά, δεχτεί ως νόμιμα τα κατατεθέντα από τον αρχικό ανάδοχο δικαιολογητικά.

35. Συνεπώς, το Κλιμάκιο έκρινε ότι η ενδεχόμενη κρίση περί της νομιμότητας του δεύτερου κατά σειρά υποβληθέντος σχεδίου σύμβασης θα συνιστούσε απαγορευμένη εκ του νόμου έμμεση ανάκληση της αρχικής κρίσης του περί νομιμότητας της κατακύρωσης στον πρώτο κατά σειρά μειοδοσίας οικονομικό φορέα, ανεξαρτήτως του εάν η απόφαση της ΑΕΠΠ, που εκδόθηκε μετά την οριστική Πράξη του Κλιμακίου, συνιστούσε ή όχι οψιφανές γεγονός ικανό να ανατρέψει το πραγματικό θεμέλιο της αρχικής κρίσης του Κλιμακίου. Ως εκ τούτου, το Κλιμάκιο έκρινε ότι κωλύεται η υπογραφή του υποβληθέντος προς έλεγχο νέου σχεδίου σύμβασης. Σημειώνεται ότι, στην ανωτέρω περίπτωση, το ζήτημα ανέκυψε λόγω του γεγονότος ότι η αναθέτουσα αρχή απέστειλε το αρχικό σχέδιο σύμβασης για τη διενέργεια προσυμβατικού ελέγχου, χωρίς προηγουμένως να έχει ολοκληρωθεί η διαγωνιστική διαδικασία με την αποστολή της απόφασης κατακύρωσης στους συμμετέχοντες στη διαδικασία οικονομικούς φορείς και χωρίς να έχει παρέλθει η προθεσμία για την άσκηση προδικαστικών προσφυγών.

Τεκμηρίωση αναγκαιότητας και προϋπολογισμού της δημόσιας προμήθειας

Διαπιστώθηκαν ελλείψεις σε στοιχεία τεκμηρίωσης της αναγκαιότητας και της προϋπολογιζόμενης δαπάνης ορισμένων προμηθειών, τα οποία πρέπει να περιέχονται στον «Φάκελο Δημόσιας Σύμβασης» και να τίθενται υπόψη του Κλιμακίου.

36. Αντικείμενο του προσυμβατικού ελέγχου, ως στοιχείο της νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης, είναι η πληρότητα του «Φακέλου Δημόσιας Σύμβασης»²⁵, στον οποίο πρέπει να περιλαμβάνονται, μεταξύ άλλων, τα συγκεκριμένα στοιχεία που λήφθηκαν υπόψη για τον προσδιορισμό των ποσοτήτων των προς προμήθεια ειδών, αλλά και τον καθορισμό των τιμών μονάδος του προϋπολογισμού. Μέσω του ανωτέρω ελέγχου, διασφαλίζεται η τήρηση της αρχής της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης και των ειδικότερων εκφάνσεων αυτής, δηλαδή των αρχών της οικονομικότητας, σύμφωνα με την οποία ο δημόσιος σκοπός που επιτελείται μέσω της οικείας σύμβασης πρέπει να

²⁵ Άρθρα 45 και 277 ν. 4412/2016.

επιτυγχάνεται με τη μικρότερη δυνατή οικονομική επιβάρυνση, και της διαφάνειας²⁶.

37. Παρά το γεγονός ότι το Κλιμάκιο, σε ορισμένες περιπτώσεις, είχε ζητήσει με αναβλητικές Πράξεις από τις αναθέτουσες αρχές την προσκόμιση πρόσθετων στοιχείων τεκμηρίωσης της αναγκαιότητας και του ύψους της προϋπολογιζόμενης δαπάνης των διαδικασιών που είχαν υποβληθεί για έλεγχο, οι τελευταίες δεν προσκόμισαν τα ζητηθέντα στοιχεία. Ως εκ τούτου, το Κλιμάκιο έκρινε ότι η εν όλω ή εν μέρει έλλειψη των ανωτέρω στοιχείων συνιστά ουσιώδη νομική πλημμέλεια των διαδικασιών ανάθεσης, καθότι καθιστά ανέφικτο τον έλεγχο της ορθής διάθεσης του δημοσίου χρήματος²⁷.

38. Σημειώνεται ότι, μετά την κατάθεση αιτήσεων ανάκλησης ενώπιον του Εβδόμου Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου, οι ίδιες αναθέτουσες αρχές προσκόμισαν πρόσθετα στοιχεία τεκμηρίωσης των προμηθειών, τα οποία δεν είχαν τεθεί υπόψη του Κλιμακίου. Με βάση τα νέα δεδομένα, το Τμήμα έκρινε, εν τέλει, ότι η αναγκαιότητα και το ύψος των σχετικών προμηθειών αιτιολογήθηκαν επαρκώς²⁸. Το γεγονός αυτό, όμως, επιβεβαιώνει την ορθότητα της επιλογής του Κλιμακίου να ζητά, εφόσον κρίνεται αναγκαίο, την προσκόμιση στοιχείων πλήρους τεκμηρίωσης των συμβάσεων.

Τροποποιήσεις συμβατικών όρων

39. Κατά την εξέταση από το Κλιμάκιο των όρων των σχεδίων συμβάσεων, εντοπίστηκε η ανάγκη τροποποίησης συγκεκριμένων συμβατικών όρων που κρίθηκαν παράνομοι²⁹. Οι υποδειχθείσες τροποποιήσεις ήταν οι εξής: α) Στο σχέδιο σύμβασης έπρεπε να προστεθεί όρος ότι η εφάπαξ προκαταβολή προς τον ανάδοχο κατά την έναρξη ισχύος της σύμβασης είναι έντοκη, σύμφωνα με το άρθρο 302 παρ. 1 περ. δ του ν. 4412/2016, β) έπρεπε να απαλειφθούν από το σχέδιο σύμβασης οι προβλέψεις που απέκλιναν από την περί δημοσίων συμβάσεων νομοθεσία θέτοντας όρους υπέρ του αναδόχου, και, ειδικότερα, προέβλεπαν συγκεκριμένες προθεσμίες πληρωμής σε περίπτωση παραβίασης των οποίων προβλεπόταν αναστολή των συμβατικών του υποχρεώσεων και δικαίωμα καταγγελίας της σύμβασης εκ μέρους του και γ) όλες οι παραπομπές των σχεδίων σε διατάξεις του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016 έπρεπε να αντικατασταθούν από παραπομπές στα αντίστοιχα άρθρα του Βιβλίου ΙΙ του ν. 4412/2016, όπου το τελευταίο αυτό Βιβλίο ήταν εφαρμοστέο.

²⁶ Άρθρο 33 ν. 4270/2014.

²⁷ Πράξεις ΣΤ' Κλιμ. 68, 323, 438/2021.

²⁸ Αποφάσεις Έβδομο Τμ. 608, 1402 και 2064/2021.

²⁹ ΣΤ' Κλιμ. Πράξη 50/2021.

ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ ΚΑΙ ΣΥΣΤΑΣΕΙΣ

Συμπεράσματα

40. Από τα ανωτέρω πορίσματα της νομολογίας του Κλιμακίου προκύπτει ότι, στο στάδιο προετοιμασίας της ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης, εντοπίστηκαν προβλήματα σε τρεις κυρίως τομείς της οικείας διοικητικής δράσης.

41. Στο αρχικό στάδιο σχεδιασμού των προμηθειών, τέθηκαν ζητήματα τεκμηρίωσης τόσο της αναγκαιότητας, όσο και της προϋπολογιζόμενης δαπάνης των ελεγχόμενων από το Κλιμάκιο συμβάσεων. Οι αναθέτουσες αρχές ήταν τελικώς σε θέση να παράσχουν τα αναγκαία στοιχεία τεκμηρίωσης, τα οποία όμως παρέλειψαν αδικαιολόγητα να εκθέσουν ενώπιον του Κλιμακίου αν και κλήθηκαν προς τούτο, γεγονός που αφενός μεν επέφερε καθυστέρηση στην ανάθεση των συμβάσεων και αφετέρου επιβάρυνε τους ανώτερους σχηματισμούς του Δικαστηρίου με την εξέταση υποθέσεων που θα μπορούσαν ευχερώς να επιλυθούν σε πρώτο βαθμό.

42. Κατά τη φάση της επιλογής της τηρητέας διαδικασίας ανάθεσης, διαπιστώθηκε η προσφυγή σε εξαιρετικές διαδικασίες ανάθεσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, ενώ δεν συνέτρεχαν οι προβλεπόμενες στον νόμο εξαιρετικές περιστάσεις, όπως η ανάγκη κάλυψης απρόβλεπτων αναγκών. Το γεγονός αυτό συνιστά ουσιώδη πλημμέλεια, καθώς αποτελεί ευθεία παραβίαση του ενωσιακού δικαίου.

43. Κατά το στάδιο σύνταξης των όρων της διακήρυξης, τέθηκαν κυρίως ζητήματα όσον αφορά στις απαιτήσεις τεχνικής ικανότητας και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Η θέσπιση υπερβολικών και δυσανάλογων όρων και προϋποθέσεων συμμετοχής συνιστά περιορισμό του ανταγωνισμού. Λόγω του γεγονότος ότι ο περιορισμός αυτός δρα αποτρεπτικά στη συμμετοχή στις διαγωνιστικές διαδικασίες, δεν είναι εύκολο να αποτυπωθεί ο πραγματικός αντίκτυπος των παράνομων όρων στην ανταγωνιστική λειτουργία της αγοράς. Σε κάθε περίπτωση, η προσθήκη στη διακήρυξη τέτοιων όρων δημιουργεί και υπόνοιες ευνοϊκής μεταχείρισης συγκεκριμένων υποψηφίων και πρέπει συστηματικά να αποφεύγεται. Το μοντέλο που οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να ακολουθούν είναι η θέσπιση όρων καταλληλότητας που διασφαλίζουν την πρόσβαση σε όσο το δυνατόν περισσότερους ικανούς δυνητικούς υποψηφίους και η θέσπιση αυστηρών όρων στο στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, ώστε να διασφαλίζεται η επίτευξη των σκοπών των συναπτόμενων συμβάσεων.

44. Κατά τη διενέργεια των διαγωνιστικών διαδικασιών, εντοπίστηκαν ζητήματα ως προς την εκ μέρους των αναθετουσών αρχών ορθότητα και την πληρότητα ελέγχου των κατατεθέντων δικαιολογητικών συμμετοχής και στοιχείων των τεχνικών προσφορών. Οι σχετικές πλημμέλειες, στις περισσότερες περιπτώσεις, αποδίδονται σε αβλεψίες ή λανθασμένα ερμηνεία όρων και απαιτήσεων της διακήρυξης εκ μέρους των αρμόδιων οργάνων. Ειδικώς, η επιλογή των αναθετουσών αρχών να μην αιτιολογούν τη βαθμολογία που τίθεται στις τεχνικές προσφορές συνιστά ουσιώδη πλημμέλεια συνδεδεμένη τόσο με τη

διαφάνεια της διαδικασίας, όσο και με την άσκηση του ελεγκτικού ρόλου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

45. Σε ειδικότερα ζητήματα ελέγχου, διαπιστώθηκε ότι δεν έχουν γίνει απολύτως κατανοητές οι προϋποθέσεις που πρέπει να συντρέχουν, ώστε μία σύμβαση να θεωρηθεί ως επιτρεπόμενη κατά το άρθρο 12 παρ. 4 του ν. 4412/2016 οριζόντια συνεργασία μεταξύ αναθέτουσών αρχών. Το γεγονός ότι συμβαλλόμενοι σε μία τέτοια σύμβαση εμφανίζονται μόνο δημόσιοι φορείς που αποτελούν αναθέτουσες αρχές, δεν αρκεί ώστε η σύμβαση να θεωρηθεί ότι συνάπτεται νομίμως χωρίς να προηγηθεί διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης. Θα πρέπει να αποδεικνύεται η πράγματι συνεργατική επιτέλεση ενός δημόσιου σκοπού που ο κάθε συμβαλλόμενος επιδιώκει μέσα στο πλαίσιο των νομοθετικά καθορισμένων αρμοδιοτήτων του. Επίσης, δεν αποτελεί ορθή πρακτική το αντάλλαγμα για την εκ μέρους ενός των συμβαλλομένων παροχή υπηρεσιών να προσδιορίζεται σε τιμές και με όρους ελεύθερης αγοράς.

46. Στην περίπτωση των τροποποιητικών συμβάσεων, σε ορισμένες περιπτώσεις διαπιστώθηκε η μη συνδρομή των νόμιμων προϋποθέσεων για την τροποποίηση μίας σύμβασης, γεγονός που συνιστά ουσιώδη πλημμέλεια, δοθέντος ότι η παράνομη ουσιώδης τροποποίηση ισοδυναμεί νομικά με νέα σύμβαση, η οποία ανατίθεται κατά παράβαση των διαδικασιών ανάθεσης και δημιουργεί υπόνοιες ευνοϊκής μεταχείρισης του οικονομικού φορέα με τον οποίο συνεργάζεται ήδη η αναθέτουσα αρχή.

Συστάσεις στις αναθέτουσες αρχές

Σύσταση πρώτη: Οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να είναι εξαιρετικά φειδωλές στην επιλογή εξαιρετικών διαδικασιών ανάθεσης που δεν προϋποθέτουν δημοσίευση διακήρυξης και να τηρούν αυστηρά τις σχετικές προϋποθέσεις. Συστήνεται σε περίπτωση επειγουσών περιστάσεων να εξετάζεται ως πρώτη λύση η σύντμηση των προθεσμιών δημοσίευσης που προβλέπεται στο άρθρο 27 παρ. 3 του ν. 4412/2016 για τις ανοιχτές διαδικασίες.

Σύσταση δεύτερη: Οι θεσπιζόμενοι όροι τεχνικής ικανότητας και χρηματοοικονομικής επάρκειας πρέπει να τελούν σε αναλογία με το τεχνικό και οικονομικό αντικείμενο της σύμβασης και να μην δημιουργούν την εντύπωση προεπιλογής συγκεκριμένου οικονομικού φορέα, ο οποίος αναλαμβάνει την εκτέλεση της σύμβασης κατ' αποκλεισμό άλλων ικανών υποψηφίων που διαθέτουν τεχνική και οικονομική επάρκεια ανάλογη με το αντικείμενο του διαγωνισμού.

Σύσταση τρίτη: Οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να ελέγχουν προσεκτικά τα δικαιολογητικά συμμετοχής και τις τεχνικές προσφορές, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης. Επίσης, οφείλουν να αιτιολογούν πλήρως, με αναγωγή σε συγκεκριμένα στοιχεία της προσφοράς, τη βαθμολογία που θέτουν στα κριτήρια ανάθεσης, ακόμα και αν στη διαδικασία μετέχει ένας μοναδικός υποψήφιος.

Σύσταση τέταρτη: Οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να είναι ιδιαίτερα προσεκτικές στη συνδρομή των προϋποθέσεων που απαιτούνται για τη νόμιμη τροποποίηση μίας σύμβασης και να αιτιολογούν επαρκώς και προσηκόντως τη σχετική επιλογή.

Σύσταση πέμπτη: Σε περίπτωση σύναψης προγραμματικών συμβάσεων με τη μορφή οριζόντιας συνεργασίας μεταξύ αναθετουσών αρχών, πρέπει να διασφαλίζεται ότι όλοι οι συμβαλλόμενοι ενεργούν στο πλαίσιο των νομοθετικά καθορισμένων αρμοδιοτήτων τους και το τυχόν προβλεπόμενο αντάλλαγμα δεν καθορίζεται με όρους ελεύθερης αγοράς.

Σύσταση έκτη: Οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να υποβάλλουν τον σχετικό φάκελο της διαδικασίας και το σχέδιο σύμβασης για τη διενέργεια προσυμβατικού ελέγχου μετά την κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης σε όλους τους συμμετέχοντες και την πάροδο της προθεσμίας άσκησης προδικαστικών προσφυγών.

Σύσταση έβδομη: Οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να περιλαμβάνουν στα στοιχεία που καταθέτουν ενώπιον του ΣΤ΄ Κλιμακίου τον προβλεπόμενο στο άρθρο 45 του ν. 4412/2016 «Φάκελο Δημόσιας Σύμβασης», καθώς και όλα τα σχετικά έγγραφα που σχετίζονται με την τεκμηρίωση της αναγκαιότητας και τον τρόπο κατάρτισης του προϋπολογισμού έκαστης προμήθειας, περιλαμβανομένων και των στοιχείων έρευνας αγοράς που τυχόν έχει διενεργηθεί.

Η έκθεση συντάχθηκε από το μέλος του ΣΤ΄ Κλιμακίου προσυμβατικού ελέγχου προμηθειών του Ελεγκτικού Συνεδρίου, Πάρεδρο Ιωάννη Βάγια υπό την εποπτεία της Προέδρου του, Συμβούλου Δέσποινας Καββαδία - Κωνσταντάρα. Έτυχε επεξεργασίας από την Πάρεδρο του Τμήματος Ελέγχων Ι Ειρήνη Λιάσκα για λόγους ομογενοποίησης της δομής και της ορολογίας των εκθέσεων προσυμβατικού ελέγχου των Ε΄, ΣΤ΄ και Ζ΄ Κλιμακίων.

Υιοθετήθηκε από το Τμήμα Ελέγχων Ι του Ελεγκτικού Συνεδρίου, αποτελούμενο από τους Ιωάννη Σαρμά, Πρόεδρο του Ελεγκτικού Συνεδρίου και του Τμήματος, Βιργινία Σκεύη και Κωνσταντίνο Εφεντάκη, Συμβούλους, Ειρήνη Λιάσκα και Νικόλαο Σπανάκη, Παρέδρους, και εγκρίθηκε προς δημοσίευση κατά τη συνεδρίαση της 30ής Ιανουαρίου 2023.