

ΤΜΗΜΑ ΕΒΔΟΜΟ

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του στις 18 Ιανουαρίου 2022 με την ακόλουθη σύνθεση: Σωτηρία Ντούνη, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Τμήματος, Αργυρώ Μαυρομμάτη και Ιωάννης Καλακίκος, Σύμβουλοι, Ευαγγελία Πασπάτη (εισηγήτρια) και Ευπραξία Δημολιού, Πάρεδροι, που μετέχουν με συμβουλευτική ψήφο.

Γενικός Επίτροπος Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο: Παραστάθηκε ο Αντεπίτροπος της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο Ιωάννης Κάρκαλης, κωλυομένου του Επιτρόπου Επικρατείας, ο οποίος νόμιμα αναπληρώνει τον ελλείποντα Γενικό Επίτροπο Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο.

Γραμματέας: Πελαγία Κρητικού, Προϊσταμένη Τμήματος, δικαστική υπάλληλος με βαθμό Α΄.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 5.1.2022 (Α.Β.Δ.) προσφυγή

Της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία ".....", με ΑΦΜ, που εδρεύει στον και εκπροσωπείται νόμιμα, η οποία παραστάθηκε δια του πληρεξούσιου δικηγόρου του Ευγένιου Χριστοφιλόπουλου (ΑΜ/ΔΣ 24563).

Το Ελληνικό Δημόσιο εκπροσωπείται νόμιμα από τον Υπουργό Οικονομικών, ο οποίος παραστάθηκε διά της Παρέδρου του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους Στελιανής Κουτσουμπάρδη.

Με την προσφυγή αυτή ζητείται η μερική ανάκληση της Πράξης του Ε΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Στην παρούσα υπόθεση κλήθηκε να συμμετάσχει και η Περιφέρεια, ως αναθέτουσα αρχή, η οποία, όμως, δεν παρέστη.

Κατά τη συζήτηση που ακολούθησε το Δικαστήριο άκουσε:

Την δικαστική πληρεξούσια του Ελληνικού Δημοσίου, η οποία δήλωσε ότι επαφίεται στην κρίση του Δικαστηρίου.

Τον Αντεπίτροπο της Επικρατείας, ο οποίος πρότεινε να γίνει δεκτή η προσφυγή ανάκλησης.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το Δικαστήριο συνήλθε, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 295 παρ. 2 του ν. 4700/2020, σε διαδικτυακή τηλεδιάσκεψη, που διενεργήθηκε μέσω της επίσημης κρατικής πλατφόρμας e:Presence.gov.gr, με την παρουσία όλων των ανωτέρω μελών του.

Αφού άκουσε την εισήγηση της Παρέδρου Ευαγγελίας Πασπάτη

Μελέτησε τα στοιχεία του φακέλου

Σκέφθηκε σύμφωνα με το νόμο και αποφάσισε τα ακόλουθα:

1. Για την υπό κρίση προσφυγή ανάκλησης καταβλήθηκε το προβλεπόμενο από το άρθρο 335 του ν. 4700/2020 (Α'127) παράβολο ποσού 100 ευρώ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό πληρωμής πληρωθέν, σύμφωνα με την επισυναπτόμενη εκτύπωση πληρωμής αυτού, στις 31.12.2021).

2. Με την ένδικη προσφυγή ζητείται η ανάκληση της Πράξης του Ε΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου κατά το μέρος εκείνο, με το οποίο, αφού κρίθηκε ότι δεν κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης μεταξύ της Περιφέρειας και της προσφεύγουσας εργοληπτικής επιχείρησης, με αντικείμενο την υλοποίηση του έργου «ΒΕΛΤΙΩΣΗ ΤΗΣ ΕΘΝΙΚΗΣ ΟΔΟΥ», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 19.990.000,00 ευρώ, με Φ.Π.Α. (συμβατικού τιμήματος 10.762.497,30 ευρώ, με Φ.Π.Α.), τέθηκε ως επισήμανση ότι πριν την υπογραφή του «πρέπει α) ... β) να συμπληρωθεί το νόμιμο ποσό της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης που πρέπει να κατατεθεί από τον ανάδοχο, σύμφωνα με το άρθρο 72 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει» (ήτοι μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 21 του ν. 4782/2021, Α'36). Η προσφυγή αυτή, παραδεκτώς στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης πράξης, κατά το μέρος που βάλλει κατά της συγκεκριμένης επισήμανσης, η οποία ως εκ της διατυπώσεώς της περιέχει κατ'ουσίαν αμφισβήτηση της νομιμότητας συγκεκριμένου ουσιώδους

όρου του ελεγχόμενου σχεδίου σύμβασης αναφορικά με την εγγύηση καλής εκτέλεσης που πρέπει να καταθέσει ο ανάδοχος και ως εκ τούτου, κατόρθη εκτίμηση, συνιστά όρο, υπό την έννοια ότι τα συμβαλλόμενα μέρη δε δύνανται να προχωρήσουν άμεσα στην υπογραφή του (πρβλ. Ε.Σ. VI Τμ. 978, 728/2019, 298/2018, 270/2016, 1175/2015). Κατά τα λοιπά, η προσφυγή έχει ασκηθεί νομότυπα και εμπρόθεσμα και, συνεπώς, πρέπει να ερευνηθεί περαιτέρω ως προς τη νομική και ουσιαστική της βασιμότητα.

3. Το άρθρο 72 του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (φ. 147/8.8.2016 Α', Διορθ. σφαλμ. φ. 200/24.10.2016) υπό τον τίτλο " Εγγυήσεις", όπως ίσχυε κατά τον χρόνο δημοσίευσεως της διακήρυξης του διαγωνισμού, όριζε τα εξής: " 1. Οι αναθέτουσες αρχές ζητούν από τους προσφέροντες να παράσχουν, κατά περίπτωση, τα ακόλουθα είδη εγγυήσεων: (...) β) «Εγγύηση καλής εκτέλεσης», το ύψος της οποίας καθορίζεται σε ποσοστό 5% επί της αξίας της σύμβασης εκτός ΦΠΑ και κατατίθεται πριν ή κατά την υπογραφή της σύμβασης. (...)". Συναφώς, η εγκριθείσα, με την απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας, διακήρυξη της ελεγχόμενης διαδικασίας ανάθεσης, που αποτελεί κανονιστική διοικητική πράξη που δεσμεύει με τους όρους της την αναθέτουσα Αρχή που διενεργεί το διαγωνισμό καθώς και τους συμμετέχοντες σ' αυτόν, προβλέπει στο το άρθρο 17 υπό τον τίτλο "Εγγυήσεις καλής εκτέλεσης και λειτουργίας του έργου" τα εξής : "17.1 Για την υπογραφή της σύμβασης απαιτείται η παροχή εγγύησης καλής εκτέλεσης, σύμφωνα με το άρθρο 72 παρ. 1 β) του ν. 4412/2016, το ύψος της οποίας καθορίζεται σε ποσοστό 5% επί της αξίας της σύμβασης, χωρίς Φ.Π.Α. και κατατίθεται πριν από την υπογραφή της σύμβασης. (...)".

4. Ήδη, μετά τη δημοσίευση της διακήρυξης και εκκρεμούσης της ελεγχόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας με τον ν. 4782/2021 (Α' 36/9.3.2021), υπό τον τίτλο "Εκσυγχρονισμός, απλοποίηση και αναμόρφωση του ρυθμιστικού πλαισίου των δημοσίων συμβάσεων κλπ.", επήλθαν εκτεταμένες τροποποιήσεις στον ν. 4412/2016. Ειδικότερα, με το άρθρο 21 ("Εγγυήσεις - Τροποποίηση του τίτλου και αντικατάσταση του άρθρου 72 του ν. 4412/2016") του νόμου αυτού

αντικαταστάθηκε το άρθρο 72 του ν. 4412/2016 ως εξής: «Άρθρο 72" Εγγυήσεις - Εξουσιοδοτική διάταξη" (...) 4. Οι αναθέτουσες αρχές ζητούν από τον ανάδοχο της σύμβασης να παράσχει «εγγύηση καλής εκτέλεσης», σε ποσοστό επί της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ή του τμήματος της σύμβασης, χωρίς να συμπεριλαμβάνονται τα δικαιώματα προαίρεσης. Το ποσοστό αυτό καθορίζεται για τις προμήθειες και τις υπηρεσίες σε τέσσερα τοις εκατό (4%) και για τα έργα και τις μελέτες σε πέντε τοις εκατό (5%). Η εγγύηση καλής εκτέλεσης κατατίθεται μέχρι και την υπογραφή του συμφωνητικού. (...) ". Περαιτέρω, όπως προκύπτει, μεταξύ άλλων, από το άρθρο 142 του ως άνω ν. 4782/2021, υπό τον τίτλο "Έναρξη ισχύος μέρους Α'", όπου ορίζεται κατά περίπτωση η έναρξη ισχύος των επιμέρους διατάξεων του νόμου αυτού, η έναρξη ισχύος του άρθρου 21, το οποίο αντικατέστησε ως ανωτέρω το άρθρο 71 του ν. 4412/16, αρχίζει από την 1η.6.2021.

5. Όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία τόσο των εθνικών δικαστηρίων, όσο και του Δ.Ε.Ε., στις διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων είναι εφαρμοστέες οι διατάξεις των οικείων οδηγιών και της σχετικής εθνικής νομοθεσίας, οι οποίες ισχύουν κατά τον χρόνο που η αναθέτουσα αρχή (ή φορέας) επιλέγει, κατά κανόνα με τη δημοσίευση διακηρύξεως, τη διαδικασία που θα εφαρμόσει για την ανάθεση της συμβάσεως (πρβλ. C-216/17, *Autorità Garante della Concorrenza* κλπ., σκ. 45, της 27.10.2016, *Hörmann Reisen*, C-292/15, σκ. 31, 32, C-324/14 *Partner Apelski Dariusz*, σκ. 83, C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, σκ. 31, C-576/10 *Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών*, σκ. 52, C-337/98 *Επιτροπή κατά Γαλλίας*, σκ. 36 – 37, C-285/18 *Irgita*, σκ. 31, Ε.Σ. VI Τμ. 592/2019, 1443,1434, 851/2017, 270/2016,1175/2015, ΔΕφΑΘ 329/2019, ΣτΕ 1904/2020, 48/2012, 606/2011 1212/2010, 111/2003, ΕΑ ΣτΕ 237/2021, σκ. 12 και 17, 37/2021, 241/2019, 205/2016, 800/2008 κ.ά.).

6. Στην υπό κρίση υπόθεση, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν τα ακόλουθα: Με την απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας, εγκρίθηκαν η μελέτη, τα τεύχη και οι όροι δημοπράτησης του έργου «ΒΕΛΤΙΩΣΗ ΤΗΣ ΕΘΝΙΚΗΣ ΟΔΟΥ ‘.....
.....

.....», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 19.990.000,00 ευρώ, με Φ.Π.Α., το οποίο συγχρηματοδοτείται κατά ποσοστό 80% από πόρους του Ευρωπαϊκού Ταμείου Περιφερειακής Ανάπτυξης (ΕΤΠΑ) και κατά 20% από εθνικούς πόρους, μέσω του Π.Δ.Ε. (ΣΑΕΠ). Η διακήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στο Τμήμα Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις, ενώ το πλήρες κείμενο αυτής δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις Κατά την ορισθείσα ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού (.....) κατέθεσαν προσφορά δέκα (10) οικονομικοί φορείς, οι οποίοι έγιναν όλοι δεκτοί. Προσωρινή ανάδοχος ανεδείχθη η πρώτη κατά σειρά μειοδοσίας εργοληπτική επιχείρηση «.....» με μέσο ποσοστό έκπτωσης 46,17% που αντιστοιχεί σε προσφερόμενο συμβατικό τίμημα 8.679.433,31 ευρώ, κατόπιν κλήσης της, κατ' εφαρμογή του άρθρου 88 του ν.4412/2016, για αιτιολόγηση της δοθείσας έκπτωσης. Το δε αποτέλεσμα του διαγωνισμού κατακυρώθηκε στην ανωτέρω εργοληπτική επιχείρηση, αφού προηγουμένως διαπιστώθηκαν η πληρότητα και η νομιμότητα των δικαιολογητικών που υπέβαλε, κατ' εφαρμογή των άρθρων 103 του ν.4412/2016 και 4.2 της προκήρυξης, με τη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας Σε εκτέλεση των ανωτέρω, συντάχθηκε το οικείο σχέδιο σύμβασης, στο άρθρο 9 του οποίου υπό τον τίτλο "Εγγύηση καλής εκτέλεσης" συμπληρώθηκε το ποσό της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης που οφείλει να καταθέσει η ανάδοχος, το οποίο ορίστηκε σε 5% επί της αξίας της σύμβασης, χωρίς Φ.Π.Α., και ανέρχεται σε 433.972 ευρώ (8.679.433,31X5%).

7. Ακολούθως, ο φάκελος της διαγωνιστικής διαδικασίας με το οικείο σχέδιο σύμβασης υποβλήθηκαν στις 8.12.2021 ενώπιον του Ε' Κλιμακίου για τη διενέργεια προσυμβατικού ελέγχου. Κατά τον έλεγχο αυτό, το Κλιμάκιο δεν διαπίστωσε τη συνδρομή ουσιωδών νομικών πλημμελειών που να κωλύουν την υπογραφή του σχεδίου σύμβασης, θέτοντας, ωστόσο, στη σκέψη 4 της Πράξης την επισήμανση, μεταξύ άλλων, ότι "πριν την υπογραφή του σχεδίου, πρέπει: ...β) να συμπληρωθεί το νόμιμο ποσό της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης που πρέπει να κατατεθεί από τον ανάδοχο, σύμφωνα με το άρθρο 72 του ν.4412/2016,

όπως ισχύει" ήτοι μετά την αντικατάστασή του με το άρθρο 21 του ν. 4782/2021 (Α'36/9.3.2021).

8. Στη συνέχεια, μετά την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης Πράξης, η ανάδοχος εταιρεία άσκησε την κρινόμενη προσφυγή, όπως αυτή αναπτύσσεται με το νομίμως κατατεθέν υπόμνημα, προβάλλοντας ότι η ανωτέρω επισήμανση συνιστά κατ'ουσία όρο για την υπογραφή της σύμβασης, ο οποίος είναι δυσμενέστερος γι'αυτήν, αφού καλείται να προσκομίσει εγγύηση καλής εκτέλεσης επιπλέον ποσού 372.076,00 ευρώ, αλλά και αντίθετος με τις εφαρμοστέες εν προκειμένω ευνοϊκότερες διατάξεις του άρθρου 72 του ν. 4412/2016, όπως ίσχυαν κατά τον κρίσιμο χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης (.....)- πριν, δηλαδή, την αντικατάστασή τους από εκείνες του άρθρου 21 του νεότερου ν. 4782/2021- στις οποίες (προγενέστερες διατάξεις), άλλωστε, παραπέμπει και το άρθρο 17 της διακήρυξης του διαγωνισμού που αποτελεί και το κανονιστικό πλαίσιο της διεξαγωγής του. Περαιτέρω, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, ενδεχόμενη εφαρμογή της ως άνω νέας διάταξης θα συνιστούσε μη νόμιμη εκ των υστέρων τροποποίηση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, κατά παράβαση των αρχών της ασφάλειας δικαίου, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων. Δοθέντος δε ότι ο όρος αυτός της διακήρυξης περί της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης και του ύψους αυτής επέδρασε καθοριστικά στην απόφασή της για την υποβολή και τη διαμόρφωση της προσφοράς της, οποιαδήποτε μεταβολή του επί το δυσμενέστερο θα επέφερε αθέμιτο, αυθαίρετο και παράνομο αιφνιδιασμό της με επιζήμια γι'αυτήν αποτελέσματα.

9. Με τα δεδομένα αυτά και σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν στη σκέψη 5 της παρούσας, το Δικαστήριο κρίνει ότι, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα με την κρινόμενη προσφυγή, η εγγύηση καλής εκτέλεσης της επίμαχης σύμβασης, πρέπει να υπολογιστεί με βάση τα οριζόμενα στο άρθρο 17 της διακήρυξης της ελεγχόμενης διαδικασίας, το οποίο παραπέμπει ευθέως στο άρθρο 72 του ν.4412/2016, όπως ίσχυε κατά την ημερομηνία αποστολής της στην Επίσημη Εφημερίδα της Ένωσης (.....), που αποτελεί και τον κρίσιμο χρόνο για την οριστικοποίηση του οικείου θεσμικού πλαισίου διενέργειας του διαγωνισμού και

σύναψης της σύμβασης, και όχι με βάση το άρθρο 21 του ν. 4782/2021, οι διατάξεις του οποίου τέθηκαν σε ισχύ μεταγενέστερα και συγκεκριμένα την 1η.6.2021, όπως εσφαλμένα υπολαμβάνει το Κλιμάκιο με τον προσβαλλόμενο όρο. Αντίθετη ερμηνευτική εκδοχή, σύμφωνα με την οποία ο ανάδοχος του έργου θα υποχρεούταν να καταθέσει εγγύηση καλής εκτέλεσης υπολογιζόμενη σύμφωνα με το καθεστώς που εισήγαγε η διάταξη του παραπάνω άρθρου, δηλαδή σε ποσοστό 5% επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης (χωρίς να συμπεριλαμβάνονται τα δικαιώματα προαίρεσης), θα συνιστούσε μη επιτρεπόμενη μονομερή εκ των υστέρων όλως αυθαίρετη τροποποίηση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, βάσει του οποίου συμμετείχε και διαμόρφωσε την προσφορά της η προσφεύγουσα και μάλιστα επί το δυσμενέστερο, λόγω της μεγάλης διαφοράς ως προς το ύψος της απαιτούμενης εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης που καλείται να προσκομίσει κατά το στάδιο της συνομολόγησης της σύμβασης σε σχέση με το προγενέστερο καθεστώς, γεγονός που αντίκειται ευθέως, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα με την προσφυγή, στις αρχές της διαφάνειας, της ισότητας των διαγωνιζομένων και της ασφάλειας δικαίου, που κατοχυρώνονται στο εθνικό και ενωσιακό δίκαιο και διέπουν όλες τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (πρβλ. ΔΕΕ C-181/2020, σκέψη 47 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία, απόφαση της 10ης Μαΐου 2012 στην υπόθεση C-368/10 Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, σκ. 109, VI Τμ. 270/2016, Ε.Α. ΣτΕ 603 /2009 σκ. 8, Δ.Εφ.Αθ. 149/2013, σκ. 14). Τούτο άλλωστε επιβεβαιώνεται και από την επιλογή του νομοθέτη να ορίσει για τη διάταξη αυτή συγκεκριμένο χρόνο έναρξης ισχύος της (1.6.2021) και να μη εισάγει ειδική ρητή μεταβατική διάταξη που να καταλαμβάνει αναδρομικά και τις εκκρεμείς κατά τον ως άνω χρόνο διαγωνιστικές διαδικασίες (βλ. ΣτΕ 1904/2020 σκ. 13, πρβλ. ΣτΕ 2029/2015, Ε.Α. 133/2019 σκ. 11, 129/2018 σκ. 14). Συνεπώς, ορθώς εν προκειμένω, όπως προκύπτει από το ελεγχόμενο σχέδιο σύμβασης, το ύψος της εγγύησης καλής εκτέλεσης υπολογίστηκε στο ποσό των 433.972,00 ευρώ, ήτοι σε ποσοστό 5% επί της αξίας της σύμβασης (8.679.433,31 X 5%), μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α.

10. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η ένδικη προσφυγή ανάκλησης πρέπει να γίνει δεκτή και να ανακληθεί εν μέρει η προσβαλλομένη Πράξη του Ε΄ Κλιμακίου και ειδικότερα, κατά το μέρος αυτής που αφορά στην επισήμανση για τη συμπλήρωση της προβλεπόμενης στο υποβληθέν σχέδιο σύμβασης εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης, η οποία πρέπει να απαλειφθεί από την σκέψη 4 της ανωτέρω Πράξης. Επίσης, πρέπει να διαταχθεί η απόδοση στην προσφεύγουσα του παραβόλου που κατέθεσε για την άσκηση της προσφυγής ανάκλησης (άρθρο 310 παρ. 1 ν. 4700/2020).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή ανάκλησης της εταιρείας με την επωνυμία «.. ..».

Διατάσσει την απόδοση στην προσφεύγουσα του κατατεθέντος από αυτήν παραβόλου.

Ανακαλεί εν μέρει την Πράξη του Ε΄ Κλιμακίου, κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

Αποφαίνεται ότι δεν κωλύεται η υπογραφή του υποβληθέντος για έλεγχο σχεδίου σύμβασης μεταξύ της προσφεύγουσας και της Περιφέρειας

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 1η Φεβρουαρίου 2022, μέσω τηλεδιάσκεψης.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ

Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ ΠΑΡΕΔΡΟΣ
ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΑΣΠΑΤΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ

Δημοσιεύθηκε δε σε δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριο του Δευτέρου Τμήματος του Δικαστηρίου στις 8 Φεβρουαρίου 2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ANNA ΛΙΓΩΜΕΝΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΙΩΑΝΝΗΣ ΑΘΑΝΑΣΟΠΟΥΛΟΣ