



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ

ΤΟ ΕΛΕΓΚΤΙΚΟ ΣΥΝΕΔΡΙΟ

ΣΕ ΟΛΟΜΕΛΕΙΑ

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, στις 10 Ιανουαρίου 2018, με την εξής σύνθεση : Ανδρονίκη Θεοτοκάτου, Πρόεδρος, Ιωάννης Σαρμάς, Σωτηρία Ντούνη, Μαρία Βλαχάκη, Άννα Λιγωμένου, Γεωργία Μαραγκού, Αγγελική Μαυρουδή και Κωνσταντίνος Κωστόπουλος, Αντιπρόεδροι, Γεώργιος Βοΐλης, Βασιλική Ανδρεοπούλου, Μαρία Αθανασοπούλου, Σταμάτιος Πουλής, Δημήτριος Πέππας, Δέσποινα Καββαδία - Κωνσταντάρα, Αγγελική Μυλωνά, Γεωργία Τζομάκα, Στυλιανός Λεντιδάκης, Θεολογία Γναρδέλλη, Βιργινία Σκεύη, Κωνσταντίνος Εφεντάκης, Αγγελική Πανουτσακοπούλου, Δέσποινα Τζούμα, Ευφροσύνη Παπαθεοδώρου (εισηγήτρια), Βασιλική Προβίδη, Κωνσταντίνος Παραθύρας, Ασημίνα Σακελλαρίου, Αργυρώ Μαυρομμάτη, Ευαγγελία Σεραφή, Κωνσταντίνος Κρέπης, Ειρήνη Κατσικέρη, Γεωργία Παπαναγοπούλου και Νεκταρία Δουλιανάκη, Σύμβουλοι. Γραμματέας η Ελένη Αυγουστόγλου.

Γενικός Επίτροπος Επικρατείας : Αντώνιος Νικητάκης, Επίτροπος Επικρατείας, κωλυομένης της Γενικής Επιτρόπου της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο, Χρυσούλας Καραμαδούκη.

Για να δικάσει την από 16 Μαΐου 2016 (Α.Β.Δ. .../2016) αίτηση του ν.π.δ.δ. με την επωνυμία «Γενικό Νοσοκομείο ...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα,

το οποίο παραστάθηκε δια του πληρεξουσίου δικηγόρου του Σωτηρίου Σδούκου (Α.Μ./Δ.Σ.Α. 9900).

Κ α τ ά του Ελληνικού Δημοσίου, που εκπροσωπείται νόμιμα από τον Υπουργό Οικονομικών, ο οποίος παραστάθηκε δια του Νομικού Συμβούλου του Κράτους Νικολάου Καραγιώργη.

Με την υπό κρίση αίτηση, ζητείται η αναίρεση της .../2016 απόφασης του Ι Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Κατά τη συζήτηση που ακολούθησε το Δικαστήριο άκουσε:

Τον πληρεξούσιο δικηγόρο του αιτούντος, ο οποίος ζήτησε να γίνει δεκτή η αίτηση αναίρεσης.

Τον εκπρόσωπο του Ελληνικού Δημοσίου, ο οποίος ζήτησε την απόρριψη της αίτησης. Και

Τον Επίτροπο της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο, ο οποίος πρότεινε επίσης την απόρριψη αυτής.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το Δικαστήριο συνήλθε σε διάσκεψη, με παρόντες τους Δικαστές που έλαβαν μέρος στη συζήτηση της υπόθεσης, εκτός από τον Αντιπρόεδρο Ιωάννη Σαρμά και τους Συμβούλους Βασιλική Ανδρεοπούλου, Σταμάτιο Πουλή, Στυλιανό Λεντιδάκη, Θεολογία Γναρδέλλη και Βιργινία Σκεύη, που είχαν κώλυμα (άρθρα 11 παρ. 2 του Κώδικα Νόμων για το Ελεγκτικό Συνέδριο, που κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του ν. 4129/2013 και 78 παρ. 2 του π.δ/τος 1225/1981), καθώς και τη Σύμβουλο Νεκταρία Δουλιανάκη, που αποχώρησε από τη διάσκεψη, σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 2 του ν. 1968/1991.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα και

Σκέφθηκε σύμφωνα με το νόμο

Αποφάσισε τα εξής :

1. Η υπό κρίση αίτηση, για την άσκηση της οποίας δεν απαιτείται η καταβολή παραβόλου (άρθρα 61 παρ. 1 και 117 του π.δ/τος 1225/1981 «Περί εκτελέσεως των περί Ελεγκτικού Συνεδρίου διατάξεων», Α' 304 και 73 παρ. 1 του κυρωθέντος με το άρθρο πρώτο του ν. 4129/2013, Α' 52, Κώδικα Νόμων για το Ελεγκτικό Συνέδριο), έχει ασκηθεί νομοτύπως και εμπροθέσμως, συνεπώς είναι τυπικά δεκτή και πρέπει να εξεταστεί περαιτέρω ως προς το βάσιμο των λόγων της.

2. Με την ένδικη αίτηση, όπως αυτή αναπτύσσεται με το από 15.1.2018 νομίμως κατατεθέν υπόμνημα, ζητείται η αναίρεση της .../2016 απόφασης του Ι Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία απορρίφθηκε έφεση του ήδη αναιρεσειόντος νομικού προσώπου κατά της ...2012 απόφασης του Αναπληρωτή Υπουργού Οικονομικών, με την οποία επιβλήθηκε εις βάρος του δημοσιονομική διόρθωση, ποσού 551.565 ευρώ, για την ανάκτηση της ενίσχυσης που καταβλήθηκε σε αυτό αχρεωστήτως, από εθνικούς και κοινοτικούς πόρους (Ε.Τ.Π.Α.), για την υλοποίηση του υποέργου «Αναβάθμιση του συστήματος μαγνητικού τομογράφου», στο πλαίσιο του Επιχειρησιακού Προγράμματος «...». Ήδη, με την αίτηση αυτή, το αναιρεσείον επιδιώκει την εξαφάνιση της πληττόμενης απόφασης, προβάλλοντας: α) εσφαλμένη ερμηνεία και πλημμελή εφαρμογή των διεπουσών την επίδικη υπόθεση ουσιαστικών διατάξεων και β) παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, υπό την ειδικότερη αιτίαση της πλημμελούς αιτιολογίας.

3. Με τον Κανονισμό (ΕΚ) 1083/2006 του Συμβουλίου της 11^{ης} Ιουλίου 2006 «Περί καθορισμού γενικών διατάξεων για το Ευρωπαϊκό Ταμείο Περιφερειακής Ανάπτυξης, το Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Ταμείο και το Ταμείο Συνοχής και την κατάργηση του κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 1260/1999» (ΕΕ L 210/25 της 31^{ης}.7.2006) θεσπίστηκε, μεταξύ άλλων, ένα αποκεντρωμένο σύστημα εφαρμογής και ελέγχου των χρηματοδοτικών παρεμβάσεων των διαρθρωτικών Ταμείων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ευρωπαϊκού Ταμείου Περιφερειακής Ανάπτυξης και Ευρωπαϊκού Κοινωνικού Ταμείου) και του Ταμείου Συνοχής, σύμφωνα με το οποίο η ευθύνη για την υλοποίηση των συγχρηματοδοτούμενων από ευρωπαϊκούς πόρους πράξεων, που εντάσσονται στο πλαίσιο εφαρμογής εγκεκριμένων επιχειρησιακών προγραμμάτων, καθώς και ο έλεγχός τους ανήκει, κατά πρώτο λόγο, στην ευθύνη των κρατών μελών. Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 59 παρ. 1 του Κανονισμού, για κάθε επιχειρησιακό πρόγραμμα το κράτος μέλος ορίζει διαχειριστική αρχή, αρχή πιστοποίησης και αρχή ελέγχου. Η διαχειριστική αρχή, κατά το άρθρο 60 του ίδιου Κανονισμού, είναι υπεύθυνη για τη διαχείριση και την υλοποίηση του επιχειρησιακού προγράμματος σύμφωνα με την αρχή της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης και έχει ως στόχο, μεταξύ άλλων, αφενός τη διασφάλιση της επιλογής των προς χρηματοδότηση πράξεων σύμφωνα με τα κριτήρια που εφαρμόζονται στο επιχειρησιακό πρόγραμμα, καθώς και της συμμόρφωσής τους με τους ισχύοντες κοινοτικούς και εθνικούς κανόνες, καθ' όλη την περίοδο υλοποίησής τους, αφετέρου την επαλήθευση της παράδοσης των συγχρηματοδοτούμενων προϊόντων και υπηρεσιών και της πραγματικής πραγματοποίησης των δαπανών που δηλώνουν οι δικαιούχοι για τις διάφορες

πράξεις, καθώς και της συμμόρφωσής τους προς τους κοινοτικούς και τους εθνικούς κανόνες.

4. Περαιτέρω, από τα άρθρα 70 και 98 του Κανονισμού (ΕΚ) 1083/2006, σε συνδυασμό με τα άρθρα 12 έως 25 και 27 έως 38 του Κανονισμού (ΕΚ) 1828/2006 της Επιτροπής της 8^{ης} Δεκεμβρίου 2006 «για τη θέσπιση κανόνων σχετικά με την εφαρμογή του κανονισμού (Ε.Κ.) αριθ. 1083/2006 του Συμβουλίου (...)» (ΕΕ L 371/1 της 27^{ης}/12.2006), συνάγεται ότι τα κράτη μέλη, που είναι αρμόδια για τη διαχείριση και τον έλεγχο των επιχειρησιακών προγραμμάτων, λαμβάνουν, ιδίως, τα ακόλουθα μέτρα: α) διασφαλίζουν ότι τα συστήματα διαχείρισης και ελέγχου για τα επιχειρησιακά προγράμματα έχουν οργανωθεί σύμφωνα με τα άρθρα 58 έως 62 και λειτουργούν ουσιαστικά, β) προλαμβάνουν, εντοπίζουν και διορθώνουν παρατυπίες και ανακτούν αχρεωστήτως καταβληθέντα ποσά μαζί με τους τόκους υπερημερίας, ανάλογα με την περίπτωση, γ) φέρουν την πρωταρχική ευθύνη για τη διερεύνηση των παρατυπιών, ενεργώντας βάσει στοιχείων για οποιαδήποτε μείζονος σημασίας μεταβολή, η οποία επηρεάζει τη φύση ή τους όρους υλοποίησης ή τον έλεγχο πράξεων ή επιχειρησιακών προγραμμάτων και δ) προβαίνουν στις αναγκαίες δημοσιονομικές διορθώσεις, που συνίστανται στην ακύρωση του συνόλου ή μέρους της παρατύπως διατεθείσας δημόσιας συνεισφοράς του επιχειρησιακού προγράμματος, λαμβάνοντας υπόψη τη φύση και τη σοβαρότητα των παρατυπιών, καθώς και την οικονομική απώλεια του οικείου Ταμείου. Ως παρατυπία, κατά το άρθρο 2 του Κανονισμού, ορίζεται «κάθε παράβαση διάταξης του κοινοτικού δικαίου η οποία προκύπτει από πράξη ή παράλειψη οικονομικού φορέα και η οποία ζημιώνει ή ενδέχεται να ζημιώσει το γενικό

προϋπολογισμό της Ευρωπαϊκής Ένωσης, με τον καταλογισμό στον κοινοτικό προϋπολογισμό αδικαιολόγητης δαπάνης».

5. Σε εθνικό επίπεδο, το ζήτημα του ελέγχου των δαπανών των προγραμμάτων, δραστηριοτήτων ή πρωτοβουλιών, που χρηματοδοτούνται ολικά ή μερικά από κοινοτικούς πόρους, καθώς και η αναζήτηση των τυχόν αχρεωστήτως ή παρανόμως καταβληθέντων ποσών, ρυθμίζεται, κατ' αρχήν, από τις γενικές διατάξεις των άρθρων 101 έως 105 του ν. 2362/1995 «Περί Δημοσίου Λογιστικού, ελέγχου των δαπανών του Κράτους και άλλες διατάξεις» (Α' 247). Ειδικά, όμως, για την προγραμματική περίοδο 2007-2013, εκδόθηκε ο ν. 3614/2007 «Διαχείριση, έλεγχος και εφαρμογή αναπτυξιακών παρεμβάσεων για την προγραμματική περίοδο 2007 – 2013» (Α' 267), ο οποίος ρυθμίζει, μεταξύ άλλων, τα ζητήματα της διαχείρισης και του ελέγχου των δαπανών, καθώς και της ανάκτησης των αχρεωστήτως ή παρανόμως καταβληθέντων εθνικών ή κοινοτικών κονδυλίων, κατά την εκτέλεση των συγχρηματοδοτούμενων πράξεων.

6. Με τις διατάξεις του προαναφερθέντος ν. 3614/2007 ορίζονται τα εξής: Στο άρθρο 15, ότι: «1. Αρχή Ελέγχου της παρ. 1 (γ) του άρθρου 59 του Κανονισμού 1083/2006 (...) για όλα τα επιχειρησιακά προγράμματα του ΕΣΠΑ (...) ορίζεται η Επιτροπή Δημοσιονομικού Ελέγχου (ΕΔΕΛ) (...). 2. Η ΕΔΕΛ έχει την ευθύνη για τον έλεγχο της ουσιαστικής λειτουργίας του συστήματος διαχείρισης και ελέγχου των επιχειρησιακών προγραμμάτων του ΕΣΠΑ (...)». Και στο άρθρο 16, ότι: «1. (...) 6. (...) Οι έλεγχοι επαληθεύουν ότι πληρούνται οι ακόλουθες προϋποθέσεις: (α) η πράξη ικανοποιεί τα κριτήρια επιλογής για το επιχειρησιακό πρόγραμμα, υλοποιήθηκε σύμφωνα με την απόφαση ένταξης και

πληροί οποιονδήποτε ισχύοντα όρο ως προς τη λειτουργικότητα και τη χρήση της ή σχετικά με τους επιδιωκόμενους στόχους, (β) οι δηλωθείσες στην Επιτροπή δαπάνες αντιστοιχούν στα λογιστικά έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τηρούνται από τον δικαιούχο, (γ) οι δηλωθείσες στην Επιτροπή δαπάνες συνάδουν προς τους κοινοτικούς και τους εθνικούς κανόνες (...)).

7. Κατ' εξουσιοδότηση ιδίως των παρ. 10 και 14 του άρθρου 16 του ν. 3614/2007, όπως η παρ. 10 αυτού αντικαταστάθηκε με το άρθρο 10 παρ. 7 του ν. 3840/2010 (Α' 53), εκδόθηκε η 448/0052/4.3.2011 απόφαση του Υφυπουργού Οικονομικών «Σύστημα επιβαλλόμενων από την Επιτροπή Δημοσιονομικού Ελέγχου (Ε.Δ.ΕΛ) δημοσιονομικών διορθώσεων και διαδικασίες ανάκτησης αχρεωστήτως ή παρανόμως καταβληθέντων ποσών από πόρους του κρατικού προϋπολογισμού ή/και του προϋπολογισμού των ευρωπαϊκών Κοινοτήτων για την υλοποίηση προγραμμάτων συγχρηματοδοτούμενων στο πλαίσιο του ΕΣΠΑ (στόχοι 1 και 2), του ΕΣΣΑΑΛ 2007 - 2013 και του ΕΟΧ» (Β' 686), η οποία ορίζει τα εξής: Στο άρθρο 1, ότι: «Για τους σκοπούς της παρούσας νοούνται ως: Παρατυπία: κάθε παράβαση διάταξης του Κοινοτικού δικαίου ή του Εθνικού δικαίου η οποία προκύπτει από πράξη ή παράλειψη οικονομικού φορέα και η οποία ζημιώνει ή ενδέχεται να ζημιώσει το γενικό προϋπολογισμό της Ευρωπαϊκής Ένωσης, με τον καταλογισμό στον προϋπολογισμό αδικαιολόγητης δαπάνης (...)). Στο άρθρο 2, ότι: «Το σύστημα των επιβαλλόμενων δημοσιονομικών διορθώσεων και οι διαδικασίες ανάκτησης των αχρεωστήτως ή παρανόμως καταβληθέντων ποσών από πόρους του κρατικού προϋπολογισμού ή/και του προϋπολογισμού των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων για την υλοποίηση έργων συγχρηματοδοτούμενων στο πλαίσιο των Επιχειρησιακών Προγραμμάτων

των στόχων 1 και 2 του ΕΣΠΑ 2007-2013 (...) εφαρμόζονται από την Επιτροπή Δημοσιονομικού Ελέγχου (Ε.Δ.ΕΛ.) σε συνέχεια: α) των ελέγχων που διενεργούνται από την Ε.Δ.ΕΛ. ή υπό την ευθύνη της, σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου 15 του ν. 3614/2007, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει. β) της αξιολόγησης των αποτελεσμάτων των ως άνω ελέγχων, σύμφωνα με την παράγραφο 10 στοιχ. β' του άρθρου 16 του ίδιου νόμου, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει (...). Στο άρθρο 3, ότι: «1. (...) Μετά την οριστικοποίηση των αποτελεσμάτων των ελέγχων, εφόσον διαπιστώνεται παρατυπία, ο Υπουργός Οικονομικών κατόπιν πρότασης της Ε.Δ.ΕΛ. προβαίνει στην έκδοση απόφασης δημοσιονομικής διόρθωσης, που δύναται να συνιστά και ανάκτηση παρανόμως ή αχρεωστήτως καταβληθέντων ποσών, με την οποία οι οικείες δαπάνες καταλογίζονται στον λαβόντα και ζητείται η επιστροφή τους (...).»

8. Από τον συνδυασμό των διατάξεων που παρατέθηκαν στις σκέψεις 3 έως 7 συνάγονται τα εξής:

A. Απαραίτητη προϋπόθεση για τη χρηματοδότηση μιας πράξης από τα Διαρθρωτικά Ταμεία της Ευρωπαϊκής Ένωσης στο πλαίσιο ενός επιχειρησιακού προγράμματος αποτελεί αφενός η ένταξη της πράξης αυτής στο οικείο επιχειρησιακό πρόγραμμα και αφετέρου η υλοποίησή της σύμφωνα με τους όρους της ένταξής της, καθώς και το νομοθετικό πλαίσιο που διέπει το φυσικό αντικείμενό της. Επομένως, στις ουσιώδεις υποχρεώσεις που αναλαμβάνει ο δικαιούχος με την απόφαση ένταξης στο επιχειρησιακό πρόγραμμα και από την εκπλήρωση των οποίων εξαρτάται το δικαίωμα απόληψης της εγκεκριμένης χρηματοδοτικής συνδρομής, συγκαταλέγεται και η τήρηση της κοινοτικής -ήδη

ενωσιακής- και εθνικής νομοθεσίας που διέπει τη σύναψη των απαραίτητων για την εκτέλεση της πράξης δημοσίων συμβάσεων (πρβλ. Ολομ.Ελ.Συν. 716/2018).

Β. Περαιτέρω, η Επιτροπή Δημοσιονομικού Ελέγχου (Ε.Δ.ΕΛ.), που συνιστά, όσον αφορά την Ελλάδα, την Αρχή Ελέγχου της παρ. 1 του άρθρου 59 του Κανονισμού (ΕΚ) 1083/2006, έχει την ευθύνη για τον έλεγχο της ουσιαστικής λειτουργίας του συστήματος διαχείρισης και ελέγχου των επιχειρησιακών προγραμμάτων της προγραμματικής περιόδου 2007-2013. Στο πλαίσιο αυτό, κατά τον έλεγχο που ασκεί, βάσει των εγγράφων και αρχείων που τηρούνται από τον δικαιούχο της ενίσχυσης, επαληθεύει, μεταξύ άλλων, ότι οι δηλωθείσες στην Επιτροπή δαπάνες συνάδουν προς τους κοινοτικούς και τους εθνικούς κανόνες.

Γ. Συνιστά δε «παρατυπία», ενόψει και της αρχής της πρακτικής αποτελεσματικότητας των διαδικασιών ελέγχου των οικείων Κανονισμών, κάθε παράνομη χρήση κεφαλαίων της Ένωσης, δηλαδή κάθε παραβίαση του δικαίου της Ένωσης, αλλά και των διατάξεων του εθνικού δικαίου που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του δικαίου της Ένωσης και διέπουν το συγχρηματοδοτούμενο Μέτρο, οι οποίες απορρέουν από πράξεις ή παραλείψεις που προκαλούν ή ενδέχεται να προκαλέσουν ζημία στον γενικό προϋπολογισμό της Ένωσης, καταλογίζοντας στον προϋπολογισμό αυτόν αδικαιολόγητη δαπάνη (βλ. ως προς την έννοια της παρατυπίας, στο πλαίσιο του Κανονισμού 1083/2006, αποφ. ΔΕΕ της 26.5.2016, συνεκδ. Judetul Neamt και Județul Bacău, C-260/14, C-261/14, σκ. 36-46, της 14.7.2016, Wrocław-Miasto na prawach powiatu, C-406/14, σκ. 44, της 6.12.2017, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, C-408/16, σκ. 60, στο πλαίσιο του Κανονισμού 1260/1999, απόφ. ΔΕΕ της

3.9.2014, C- 410/13, Baltlanda UAB, σκ. 48 και 49 και στο πλαίσιο του γενικού Κανονισμού 2988/1995, απόφ. ΔΕΕ της 21.12 2011, C-465/10, Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration κατά Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre, σκ. 43).

Δ. Σε περίπτωση, εξάλλου, που διαπιστωθεί παρατυπία, όπως, μεταξύ άλλων, η σύναψη δημόσιας σύμβασης κατά παράβαση των συναφών κανόνων νομιμότητας, το τυχόν χορηγηθέν ποσό της ενίσχυσης (δημόσιας συνεισφοράς) καθίσταται αχρεωστήτως ή παρανόμως καταβληθέν, με συνέπεια να δικαιολογείται η επιβολή εις βάρος του δικαιούχου δημοσιονομικής διόρθωσης για την ανάκτησή του (πρβλ. Ολομ. Ελ.Συν. 1271/2018). Η ευθύνη δε του υπόχρεου επιστροφής θεμελιώνεται μόνο στο αντικειμενικό γεγονός της διάπραξης της παρατυπίας, χωρίς η ύπαρξη υπαιτιότητάς του να αποτελεί αναγκαίο όρο για τη στοιχειοθέτηση αυτής (Ολομ. Ελ.Συν. 2150/2017, 878/2016, 7413/2015, 1818, 1811/2014).

9. Α. Στο π.δ/μα 60/2007 «Προσαρμογή της Ελληνικής νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/EK «Περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών» (Α' 64), που ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο, στο άρθρο 25, ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης στις ακόλουθες περιπτώσεις: 1) (...) 2) Προκειμένου για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών: α) (...) β) όταν αφορούν συμπληρωματικές παραδόσεις που πραγματοποιούνται από τον αρχικό προμηθευτή και προορίζονται είτε για τη μερική ανανέωση προμηθειών ή εγκαταστάσεων τρέχουσας χρήσης είτε για την

επέκταση υφιστάμενων προμηθειών ή εγκαταστάσεων, εφόσον η αλλαγή προμηθευτή θα υποχρέωνε την αναθέτουσα αρχή να προμηθευτεί υλικό με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά τα οποία είναι ασυμβίβαστα ή προκαλούν δυσανάλογες τεχνικές δυσχέρειες ως προς τη χρήση και συντήρηση. (...))».

B. Περαιτέρω, στο άρθρο 2 του ισχύοντος κατά τον κρίσιμο χρόνο ν. 2286/1995 «Προμήθειες του δημόσιου τομέα και ρυθμίσεις συναφών θεμάτων» (Α' 19) ορίζεται ότι: 1. (...). 12. Οι διαδικασίες συνάψεως συμβάσεων προμηθειών διακρίνονται σε συνοπτικές, ανοικτές, κλειστές και με διαπραγμάτευση: α) (...) δ) Με διαπραγμάτευση (εξαιρετική ή απευθείας ανάθεση) είναι η διαδικασία που οι επί μέρους φορείς προσφεύγουν στους προμηθευτές της επιλογής τους και διαπραγματεύονται τους όρους των υπό σύναψη συμβάσεων με έναν ή περισσότερους από αυτούς, με ή χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού. 13. Η διαδικασία του τελευταίου εδαφίου της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να τηρηθεί στις ακόλουθες περιπτώσεις: I (...) VI. Για συμπληρωματικές προμήθειες αγαθών από τον αρχικό προμηθευτή, εφόσον η αλλαγή του θα υποχρέωνε τον ενδιαφερόμενο φορέα να αγοράσει αγαθά με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά, που θα ήταν ασυμβίβαστα ή θα προκαλούσαν δυσανάλογες τεχνικές δυσχέρειες ή οικονομικές επιβαρύνσεις στη λειτουργία ή συντήρησή τους. VII. (...))».

10. Από τον συνδυασμό των διατάξεων που παρατέθηκαν στη σκέψη 9 συνάγονται τα εξής:

A. Για τη σύναψη συμβάσεων προμηθειών πρέπει, κατά κανόνα, να διενεργείται ανοικτός ή κλειστός διαγωνισμός, ενώ, κατ' εξαίρεση, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να συνάψει σύμβαση προμήθειας με τη διαδικασία της

διαπραγμάτευσης, χωρίς να έχει προηγηθεί δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, στις περιοριστικά αναφερόμενες περιπτώσεις, οι οποίες, καθώς εισάγουν παρέκκλιση από τον ως άνω κανόνα, είναι στενά ερμηνευτέες και το βάρος απόδειξης φέρει όποιος τις επικαλείται (πρβλ. αποφ. ΔΕΚ της 18.5.1995, Επιτροπή κατά Ιταλίας, C-57/94, σκ. 23, της 28.3.1996, Επιτροπή κατά Γερμανίας, C-318/94, σκ. 13 και απόφ. ΔΕΕ της 17.10.2011, Επιτροπή κατά Ελλάδος, C- 601/10, σκ. 32).

Β. Ειδικότερα, μετά την κατάρτιση και εκτέλεση διοικητικής σύμβασης προμήθειας αγαθών είναι επιτρεπτή η με τη διαδικασία των διαπραγματεύσεων σύναψη από την ίδια αναθέτουσα αρχή νέας σύμβασης με τον αρχικό προμηθευτή, συμπληρωματικής της ήδη εκτελεσθείσας, όταν πρόκειται για μερική ανανέωση ή επέκταση των ειδών που αποτέλεσαν αντικείμενο της προηγούμενης κατά χρόνο σύμβασης και εφόσον αιτιολογείται επαρκώς ότι η αλλαγή προμηθευτή θα δημιουργούσε τον κίνδυνο προμήθειας νέων ειδών με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά από αυτά της αρχικής σύμβασης, τα οποία δεν θα ήταν συμβατά προς αυτά των ήδη παραδοθέντων ή εγκατασταθέντων ειδών ή θα προκαλούσαν δυσανάλογες τεχνικές δυσχέρειες και οικονομικές επιβαρύνσεις ως προς τη χρήση και συντήρησή τους. Συναφώς, ως συμπληρωματικές, κατά την έννοια του άρθρου 25 παρ. 2β του π.δ/τος 60/2007, «παραδόσεις» νοούνται οι πρόσθετες, σε σχέση με τις ήδη «συντελεσθείσες», με βάση την αρχική σύμβαση, παραδόσεις, οι οποίες καθίστανται αναγκαίες μετά την ολοκλήρωση της εκτέλεσης αυτής. Και τούτο, προκειμένου να διασφαλιστεί, μεταξύ άλλων, ότι η σύναψη της συμπληρωματικής σύμβασης δεν συνιστά κατ' ουσίαν ουσιώδη τροποποίηση των όρων του διενεργηθέντος για τη σύναψη της

αρχικής σύμβασης διαγωνισμού, παραβιάζοντας κατ' αυτόν τον τρόπο τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (βλ. κατωτέρω σκ. Δ).

Γ. Κατά τη γνώμη όμως της Προέδρου Ανδρονίκης Θεοτοκάτου, των Αντιπροέδρων Σωτηρίας Ντούνη, Άννας Λιγωμένου και Γεωργίας Μαραγκού, και των Συμβούλων Μαρίας Αθανασοπούλου (ήδη Αντιπροέδρου), Δημητρίου Πέππα, Δέσποινας Καββαδία - Κωνσταντάρα, Γεωργίας Τζομάκα, Ευφροσύνης Παπαθεοδώρου, Κωνσταντίνου Παραθύρα, Γεωργίας Μαυρομμάτη και Ευαγγελίας Σεραφή, στο πεδίο εφαρμογής των ανωτέρω διατάξεων εμπίπτει η σύναψη συμπληρωματικών συμβάσεων προμηθειών όχι μόνο μετά την ολοκλήρωση εκτέλεσης της αρχικής σύμβασης, αλλά, ελλείπει ειδικής νομοθετικής ρύθμισης, και κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής (βλ. ήδη άρθρα 132 του Βιβλίου Ι και 337 του Βιβλίου ΙΙ του ν. 4412/2016, στα οποία έχουν ενσωματωθεί οι αντίστοιχες, σε εναρμόνιση με τη σχετική νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, νεοπαγείς ρυθμίσεις των Οδηγιών 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ αναφορικά με τις περιπτώσεις επιτρεπτής τροποποίησης της αρχικής σύμβασης, χωρίς την κίνηση νέας διαδικασίας ανάθεσης). Τούτο δε, ανεξαρτήτως εάν, στην τελευταία αυτή περίπτωση, έχει προηγηθεί παράδοση ή μη του αντικειμένου της αρχικής προμήθειας, καθόσον, του νόμου μη διακρίνοντος, ως «συμπληρωματικές παραδόσεις» εν προκειμένω νοούνται οι πρόσθετες, σε σχέση με τις «συμφωνηθείσες» -και όχι κατ' ανάγκη «συντελεσθείσες»- παραδόσεις, με βάση την ήδη υφιστάμενη βασική σύμβαση, οι οποίες κατέστησαν, για οποιονδήποτε λόγο, αναγκαίες κατά το στάδιο εκτέλεσης αυτής.

Δ. Τέλος, κατά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή δεν έχει τη δυνατότητα να μεταβάλει ουσιώδεις όρους της διακήρυξης, αφού κατ' αυτόν τον τρόπο πλήττονται οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, που επιβάλλουν, πλην άλλων, την ενιαία εφαρμογή των όρων του διαγωνισμού, υπό την έννοια ότι αν η σχετική τροποποίηση δημοσιευόταν κατά το στάδιο του διαγωνισμού, θα μπορούσε να μεταβάλει τον κύκλο των υποψηφίων στη διαγωνιστική διαδικασία, με συνέπεια, ενδεχομένως, ο διαγωνισμός να κατέληγε σε αποτέλεσμα διαφορετικό από αυτό στο οποίο εν τέλει κατέληξε (πρβλ. αποφ. ΔΕΚ της 19.6.2008, Presstext Nachrichtenagentur GmbH κατά Republik Österreich, C-454/06, σκ. 33-37 και 47-49 και της 29.4.2004, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά CAS Succhi di Frutta SpA, C-496/99, σκ. 113-121).

11. Στην υπό κρίση υπόθεση, το δικάσαν Τμήμα, με την προσβαλλόμενη απόφασή του, δέχθηκε, κατά την ανέλεγκτη περί τα πράγματα κρίση του, τα ακόλουθα:

A. Με την ...2007 διακήρυξη του Γενικού Νοσοκομείου ...» προκηρύχθηκε διεθνής ανοικτός δημόσιος διαγωνισμός για την προμήθεια και εγκατάσταση στο Νοσοκομείο ενός μαγνητικού τομογράφου, συνολικού προϋπολογισμού δαπάνης 2.000.000,00 ευρώ (με Φ.Π.Α.), με κάλυψή της από το Π.Ε.Π. ... 2000-2006 στο πλαίσιο του μέτρου 2.2. με τίτλο «Προμήθεια Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού Νοσοκομείου ...» και με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη προσφορά. Στο παράρτημα Α της ανωτέρω διακήρυξης ορίστηκε, μεταξύ άλλων, ότι: «6.1 Ο προμηθευτής υποχρεούται απαραίτητα στην προσφορά του να περιγράφει την σύνθεση του προσφερόμενου συγκροτήματος

προς ικανοποίηση των απαιτήσεων των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης. Κατά την αξιολόγηση-βαθμολόγηση των προσφορών καταρτίζεται για κάθε αποδεκτή προσφορά, ισοδύναμη συγκριτικά σύνθεση του προσφερόμενου είδους, η οποία οφείλει να ικανοποιεί τις απαιτήσεις της διακήρυξης και με βάση αυτή τη σύνθεση διαμορφώνεται μετά το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών η αντίστοιχη ισοδύναμη συγκριτική τιμή προμήθειας του είδους. Η ισοδύναμη συγκριτική τιμή προμήθειας-εγκατάστασης-παράδοσης σε λειτουργία θα ληφθεί υπόψη ως θα διαμορφωθεί στην οικονομική αξιολόγηση των προσφορών» και στο παράρτημα Β της ίδιας διακήρυξης με τίτλο «τεχνικές προδιαγραφές» ότι:

«1. (...) 6. Επιπρόσθετα πλεονεκτήματα να αναφερθούν και περιγραφούν αναλυτικά κατά κατηγορία δόμησης του συγκροτήματος, θα εκτιμηθούν δε αναλόγως των αναγκών του Τμήματος και των οικονομικών επιβαρύνσεων. (...)

3. Υποσύστημα Ραδιοσυχνότητας (...) 3.3. Για την αξιολόγηση να δοθούν τα κάτωθι: (...) αριθμός ανεξάρτητων ψηφιακών καναλιών RF λήψης τουλάχιστον οκτώ (8) (16 τεταρτοκυκλικής πόλωσης). Δυνατότητα αναβάθμισης του προσφερόμενου συστήματος με μεγαλύτερο αριθμό ανεξάρτητων καναλιών λήψης π.χ. 16, 32 να προσφερθεί και να τεκμηριωθεί».

Β. Κατόπιν διενέργειας του διαγωνισμού στις 7.2.2008 το Διοικητικό Συμβούλιο του Νοσοκομείου, μετά την έγκριση, με την ...2008 απόφασή του, του πρακτικού αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών και του πρακτικού αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών της Επιτροπής Διαγωνισμού (βλ. τα με αριθμ. πρωτ. ...2008 και ...2009 πρακτικά της ίδιας Επιτροπής, αντίστοιχα), προέβη, με την ...2009 απόφασή του, σε κατακύρωση του διαγωνισμού στην εταιρεία Ακολούθως, υπεγράφη η 3/2.3.2009 σύμβαση προμήθειας

συγκροτήματος μαγνητικού τομογράφου ... αντί συνολικού τιμήματος 1.059.100 ευρώ (με Φ.Π.Α.), στην οποία ορίστηκε ότι η παράδοση των ειδών θα πραγματοποιείται εντός ογδόντα (80) ημερολογιακών ημερών από την υπογραφή της σύμβασης στον χώρο εγκατάστασης, που θα υποδεικνυόταν από τις υπηρεσίες του Νοσοκομείου.

Γ. Με την ...2009 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Νοσοκομείου, κατόπιν επιστολής της προμηθεύτριας εταιρείας, με την οποία ζητούσε τη μετάθεση του χρόνου παράδοσης της προμήθειας για λόγους ανωτέρας βίας (βλ. τη με αριθμ. πρωτ. ...2009 σχετική επιστολή στην οποία αναφέρεται μεταξύ άλλων ότι «λόγω (...) της αργοπορημένης απελευθέρωσης και παράδοσης των χώρων από το Νοσοκομείο για την εκτέλεση των κτιριακών εργασιών όχι από την υπογραφή της σύμβασης στις 2-3-2009 όπως έπρεπε αλλά αργότερα, σύμφωνα με το αριθμ. έγγραφο09 του Νοσοκομείου, αλλά και των επιπλέον εργασιών που μας ανατέθηκαν μετά την υπογραφή της σύμβασης αναβάθμισης του συγκροτήματος του μαγνητικού τομογράφου σας ζητούμε την μετάθεση της ημερομηνίας παράδοσης του συγκροτήματος του μαγνητικού τομογράφου για τις 15-6-2009 δεδομένου ότι δε φέρουμε καμία ευθύνη για τις εν λόγω καθυστερήσεις, ώστε να μπορέσουμε να ολοκληρώσουμε το έργο σύμφωνα με τις υποχρεώσεις μας και τις απαιτήσεις σας, καθώς και να αποφευχθεί επιβολή ποινικής ρήτρας στην εταιρεία μας»), εγκρίθηκε η μετάθεση του συμβατικού χρόνου παράδοσης κατά είκοσι ημέρες (ήτοι από 21.5.2009 στις 10.6.2009). Ήδη, όμως, με την ...2009 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Νοσοκομείου, κατόπιν του ...2009 εγγράφου του Διευθυντή του Τμήματος Αξονικού τομογράφου και του Διευθυντή της Τεχνικής Υπηρεσίας του ως άνω

Νοσοκομείου, είχε εγκριθεί η με απευθείας συμφωνία προμήθεια εξοπλισμού για την αναβάθμιση του ως άνω τομογράφου και είχε υπογραφεί η ...2009 συμπληρωματική σύμβαση αναβάθμισης.

Δ. Περαιτέρω, η ως άνω προμήθεια εντάχθηκε ως πράξη «Προμήθεια Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού Νοσοκομείου ...» στο Ε.Π. ... 2007-2013 στον άξονα προτεραιότητας 06 «Αειφόρος ανάπτυξη και ποιότητα ζωής Ηπείρου» και στον κωδικό θεματικής προτεραιότητας 76 «Υποδομές Υγείας» με συγχρηματοδότηση από το ΕΤΠΑ, συνολικής δαπάνης για το υποέργο 2, που αφορά την αναβάθμιση του συστήματος μαγνητικού τομογράφου, 551.565 ευρώ με Φ.Π.Α..

Ε. Ακολούθως, Ομάδα ελέγχου της Ε.Δ.ΕΛ. διενήργησε από 1.2 έως και 5.2.2010 έλεγχο στο ως άνω υποέργο, τα αποτελέσματα του οποίου καταγράφηκαν στην από ...2010 Έκθεση Προσωρινών Αποτελεσμάτων Ελέγχου, που κοινοποιήθηκε στο ήδη αναιρεσείον νομικό πρόσωπο, το οποίο υπέβαλε το με αριθμ. πρωτ. ...2010 έγγραφο αντιρρήσεών του. Επί των ανωτέρω αντιρρήσεων εκδόθηκαν τα πρακτικά της ...^{ης} Συνεδρίασης της ...2010 της Ε.Δ.ΕΛ., με τα οποία αυτές απορρίφθηκαν και οριστικοποιήθηκε η έκθεση ελέγχου. Σύμφωνα με τα πορίσματα της Έκθεσης Οριστικών Αποτελεσμάτων Ελέγχου διαπιστώθηκε ότι: α) λόγω ασάφειας των όρων της διακήρυξης δεν μπορούσε η αναθέτουσα αρχή να επιβεβαιώσει αν ο τελικός αποδέκτης της ενίσχυσης κατάρτισε προσφορά ισοδύναμης συγκριτικά σύνθεσης και εν συνεχεία ισοδύναμης τιμής, με αποτέλεσμα οι προσκομιζόμενες στον διαγωνισμό προσφορές να μην δύναται να συγκριθούν και συνεπώς να βαθμολογηθούν κατά τρόπο ενιαίο και αντικειμενικό και β) δεν πληρούνταν οι

προϋποθέσεις του άρθρου 31 παρ. 2 της οδηγίας 18/2004/ΕΚ για ανάθεση συμπληρωματικής σύμβασης με διαπραγμάτευση, καθόσον η συμπληρωματική σύμβαση για την αναβάθμιση του μαγνητικού τομογράφου συνάφθηκε πριν παραληφθεί το παραδοτέο της αρχικής σύμβασης, γεγονός που υποδηλώνει ότι αφενός μεν με την εν λόγω σύμβαση δεν αναβαθμίστηκε υφιστάμενη προμήθεια, εφόσον το συγκρότημα μαγνητικού τομογράφου δεν είχε παραληφθεί ακόμα από το Νοσοκομείο και δεν είχε εγγραφεί στα πάγια στοιχεία του, αφετέρου δε η συμπληρωματική σύμβαση δεν αφορούσε σε ανανέωση (εφόσον το μηχάνημα ήταν καινούργιο) ούτε σε επέκταση προμήθειας/ εγκατάστασης αλλά σε βελτίωση προδιαγραφών. Επομένως, το φυσικό αντικείμενο της συμπληρωματικής σύμβασης θα μπορούσε υπό προϋποθέσεις να έχει ανατεθεί στο πλαίσιο της αρχικής σύμβασης, δεδομένου ότι δεν μεσολάβησε χρονικό διάστημα τέτοιο που να δικαιολογεί μεταβολή των αναγκών του δικαιούχου. Με βάση τις παραδοχές αυτές προτάθηκε η επιβολή δημοσιονομικής διόρθωσης και η ανάκτηση του συνόλου της δαπάνης για το υποέργο 2. Κατόπιν αυτών, επιβλήθηκε εις βάρος του αναιρεσιόντος ν.π.δ.δ. δημοσιονομική διόρθωση, ποσού 551.565 ευρώ.

12. Με βάση τις πραγματικές αυτές παραδοχές, το δικάσαν Τμήμα ήχθη στην κρίση ότι η επίμαχη απόφαση δημοσιονομικής διόρθωσης και ανάκτησης του ως άνω ποσού παρίσταται νόμιμη, καθόσον το τότε εκκαλούν και ήδη αναιρεσιόν νομικό πρόσωπο δεν προχώρησε σε αναβάθμιση ενός ήδη λειτουργούντος μαγνητικού τομογράφου, σύμφωνα με τις διατάξεις του εδ. VI της παρ. 13 του άρθρου 2 του ν.2286/1995, της παρ. 2β του άρθρου 25 του π.δ/τος 60/2007 και της παρ. 2β του άρθρου 31 της οδηγίας 2004/18/ΕΚ, αλλά

στην εξ αρχής προμήθεια ενός μαγνητικού τομογράφου με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά από τα προκηρυχθέντα, τροποποιώντας κατ' ουσίαν τους όρους του διαγωνισμού, αφού προέβη σε βελτίωση των αρχικά προβλεπόμενων τεχνικών προδιαγραφών και κατά συνέπεια σε τροποποίηση του φυσικού αντικειμένου της σύμβασης, παραβιάζοντας κατ' αυτόν τον τρόπο τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας. Εξάλλου, κατά τα γενόμενα δεκτά με την αναιρεσιβαλλομένη, η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να προσφύγει στη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης (συμπληρωματική σύμβαση) χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 25 παρ. 2β του π.δ. 60/2007 και 31 παρ. 2β της οδηγίας 204/18/EK, προϋποθέτει ότι η αρχική σύμβαση έχει ήδη εκτελεστεί, γεγονός που, κατά την κρίση του Τμήματος, δεν συνέτρεξε εν προκειμένω, αφού είχε μεν υπογραφεί η αρχική σύμβαση προμήθειας μαγνητικού τομογράφου, αυτός όμως δεν είχε παραδοθεί, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από το εκκαλούν και ήδη αναιρεσείον απορρίφθηκαν ως αβάσιμα.

13. Περαιτέρω, το δικάσαν Τμήμα απέρριψε ως αλυσιτελή τον ισχυρισμό του εκκαλούντος και ήδη αναιρεσείοντος ότι η παράταση του χρόνου παράδοσης και εγκατάστασης του μαγνητικού τομογράφου έγινε προκειμένου να αποφευχθούν προβλήματα δυσλειτουργίας και περαιτέρω οικονομικής επιβάρυνσης του Νοσοκομείου. Επιπλέον, το Τμήμα έκρινε ότι από τα στοιχεία του φακέλου δεν αιτιολογείτο η ανάγκη αναβάθμισης του εν λόγω μαγνητικού τομογράφου πριν καν αυτός εγκατασταθεί, ενώ τα αναφερόμενα στην επιστολή του Διευθυντή της Ιατρικής Υπηρεσίας του Τμήματος Αξονικής Τομογραφίας και του Διευθυντή της Τεχνικής Υπηρεσίας, στην οποία παραπέμπει η ...2009

απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Νοσοκομείου, ότι κατά αυτόν τον τρόπο το μηχάνημα «θα αξιοποιηθεί πλήρως και θα επεκταθεί τεχνολογικά καλύπτοντας τις διαγνωστικές απαιτήσεις του μέλλοντος με την απόκτηση των ακόλουθων στοιχείων τα οποία προσεφέρθησαν προς επιλογή από την εταιρεία στον εν λόγω διαγωνισμό και αξιολογήθηκαν», πέραν του ότι είναι γενικόλογα και αόριστα, δεν παραθέτουν εκείνους τους τεχνικούς λόγους για τους οποίους κατέστη αναγκαία η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης και η σύναψη συμπληρωματικής σύμβασης σε τόσο σύντομο μάλιστα χρονικό διάστημα από την υπογραφή της αρχικής σύμβασης. Περαιτέρω, απορρίφθηκε ως αόριστος ο προβληθείς με την έφεση ισχυρισμός ότι μελλοντική αναβάθμιση του εν λόγω μαγνητικού τομογράφου για λόγους τεχνικής ομοιογένειας και συμβατότητας των συστημάτων θα ανατίθετο υποχρεωτικά στην αρχική προμηθεύτρια εταιρεία. Εξάλλου, με την αναιρεσιβαλλομένη κρίθηκε ότι αλυσιτελώς προβάλλεται για την αιτιολόγηση της απευθείας ανάθεσης το γεγονός ότι το κόστος της βασικής σύνθεσης και το κόστος της αναβάθμισης που προσέφερε η προμηθεύτρια εταιρεία είναι μικρότερο από το κόστος της βασικής σύνθεσης της

14. Τέλος, ως αβάσιμος απορρίφθηκε και ο προβληθείς ισχυρισμός του εκκαλούντος και ήδη αναιρεσειόντος νομικού προσώπου περί συνδρομής στο πρόσωπό του συγγνωστής πλάνης, ενόψει του ότι: α) ζητούνταν με τη διακήρυξη να προσφερθούν και οι δυνατότητες αναβάθμισης του μηχανήματος, β) καμία από τις συμμετέχουσες στο διαγωνισμό εταιρείες δεν αμφισβήτησε τους όρους της διακήρυξης όσον αφορά τις δυνατότητες αναβάθμισης, γ) η προμήθεια του μηχανήματος υφίστατο όταν συνήφθη η σύμβαση αναβάθμισης,

δ) οποιαδήποτε αναβάθμιση στο μέλλον θα ανατίθετο υποχρεωτικά στην ίδια προμηθεύτρια εταιρεία και ε) η σύμβαση αναβάθμισης είχε τύχει προεγκρίσεως από την Περιφέρεια ..., με αποτέλεσμα να του δημιουργηθεί δικαιολογημένα η πεποίθηση ότι η ως άνω διαδικασία είναι νόμιμη. Ήχθη δε το Τμήμα στην κρίση του αυτή, με την αιτιολογία ότι λόγοι αναγόμενοι στην προαίρεση του τελικού δικαιούχου δεν είναι δυνατό να προβληθούν στο πλαίσιο δημοσιονομικής ανάγκης που ερείδεται σε αντικειμενικά μόνο δεδομένα, όπως στην προκειμένη περίπτωση, που η αιτία ανάγκης συνίσταται στην παραβίαση του εθνικού και κοινοτικού δικαίου σχετικά με την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων. Ενόψει δε όλων των ανωτέρω, το Τμήμα έκρινε ότι παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των ισχυρισμών του εκκαλούντος και ήδη αναιρεσιόντος, με τους οποίους αμφισβητήθηκε η ερειδόμενη σε διαφορετική νομική βάση διαπιστωθείσα από την Ε.Δ.ΕΛ. και περιλαμβανόμενη στην ως άνω έκθεση ελέγχου παράβαση, που αφορά στη μη σαφή διατύπωση των όρων της διακήρυξης του διαγωνισμού (βλ. σκ. 11 Ε).

15. Ήδη, με την υπό κρίση αίτηση, το αναιρεσείον επαναφέρει τις ως άνω αιτιάσεις, προβάλλοντας πλέον αυτές ως λόγους αναίρεσης, υπό την έννοια ότι, κατά παράβαση νόμου, εσφαλμένως έγινε δεκτό από την αναιρεσιβαλλομένη ότι δεν συνέτρεχαν οι νόμιμες προϋποθέσεις για τη σύναψη της εν λόγω σύμβασης αναβάθμισης του μαγνητικού τομογράφου, δοθέντος ότι αυτός δεν είχε παραδοθεί, συναφώς δε ότι για τον ίδιο λόγο συνέτρεχε περίπτωση παραβίασης των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, ενώ, εξάλλου, διατείνεται ότι το δικάσαν Τμήμα, κατά παράβαση ουσιώδους τύπου

της διαδικασίας, δεν αιτιολόγησε επαρκώς την απόρριψη των ισχυρισμών που είχε προβάλει ενώπιόν του.

16. Σύμφωνα, όμως, με όσα έγιναν δεκτά στις σκέψεις 10 Β και 10 Δ, κατ' ορθή ερμηνεία και εφαρμογή των διατάξεων της παρ. 2β του άρθρου 25 του π.δ/τος 60/2007 και του εδ. VI της παρ. 13 του άρθρου 2 του ν. 2286/1995, το δικάσαν Τμήμα ήχθη στην κρίση ότι η επίμαχη απόφαση δημοσιονομικής διόρθωσης για την ανάκτηση του ως άνω ποσού παρίσταται νόμιμη και με νόμιμη αιτιολογία απορρίφθηκε το σύνολο των προβαλλόμενων με την έφεση ισχυρισμών του τότε εκκαλούντος και ήδη αναιρεσειόντος, οι δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι λόγοι αναίρεσης πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι.

17. Ειδικότερα, όπως έγινε ήδη δεκτό (σκ. 10 Β), η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να προσφύγει στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για τη σύναψη συμπληρωματικής σύμβασης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης με βάση τις ανωτέρω διατάξεις, προϋποθέτει ότι η αρχική σύμβαση έχει ήδη εκτελεστεί. Η προϋπόθεση, ωστόσο, αυτή δεν συνέτρεξε εν προκειμένω, αφού, σύμφωνα με όσα έγιναν αναιρετικώς ανέλεγκτα δεκτά από το δικάσαν Τμήμα, είχε μεν υπογραφεί η αρχική σύμβαση προμήθειας μαγνητικού τομογράφου, πλην όμως, αυτός δεν είχε παραδοθεί. Ως εκ τούτου, το αναιρεσειόν νομικό πρόσωπο δεν προχώρησε σε αναβάθμιση, σύμφωνα με τις εν λόγω διατάξεις, ενός ήδη λειτουργούντος μαγνητικού τομογράφου, αλλά στην προμήθεια εξ αρχής ενός μαγνητικού τομογράφου με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά από τα προκηρυχθέντα, τροποποιώντας κατ' ουσίαν τους όρους του διαγωνισμού. Και τούτο, καθόσον προέβη σε βελτίωση των αρχικά προβλεπόμενων τεχνικών προδιαγραφών και κατά συνέπεια σε τροποποίηση του φυσικού αντικειμένου της

σύμβασης, παραβιάζοντας κατ' αυτόν τον τρόπο τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας (βλ. σκ. 10 Δ).

18. Συναφώς, ορθώς απορρίφθηκε από το δικάσαν Τμήμα ως αλυσιτελής ο ισχυρισμός του εκκαλούντος και ήδη αναιρεσειόντος ότι η παράταση του χρόνου παράδοσης και εγκατάστασης του τομογράφου έγινε προκειμένου να αποφευχθούν προβλήματα δυσλειτουργίας και περαιτέρω οικονομικής επιβάρυνσης του Νοσοκομείου. Και τούτο, καθόσον, ενόψει του ότι, σύμφωνα με όσα έγιναν ήδη δεκτά, απαραίτητη προϋπόθεση για την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για τη σύναψη συμπληρωματικής σύμβασης είναι η αρχική σύμβαση να έχει εκτελεστεί, οι λόγοι για τους οποίους δεν συντελέστηκε η παράδοση του αντικειμένου της προμήθειας πριν από τη σύναψη της συμπληρωματικής σύμβασης, ουδεμία ασκούν επιρροή. Για τον ίδιο δε λόγο, ορθώς το Τμήμα δεν εξέτασε περαιτέρω τον ισχυρισμό του εκκαλούντος και ήδη αναιρεσειόντος ότι, για λόγους τεχνικής ομοιογένειας και συμβατότητας των συστημάτων, η αναβάθμιση του εν λόγω τομογράφου στο μέλλον θα ανατίθετο υποχρεωτικά στην αρχική προμηθεύτρια εταιρεία, καθόσον, ανεξαρτήτως της αόριστης, όπως προκύπτει από την παραδεκτή επισκόπηση του δικογράφου της έφεσης, προβολής του, όπως ορθώς έγινε δεκτό από το Τμήμα, σε κάθε περίπτωση, ενόψει της σύναψης της επίμαχης συμπληρωματικής σύμβασης κατά τη διάρκεια και όχι μετά την ολοκλήρωση της εκτέλεσης της αρχικής σύμβασης, ο ισχυρισμός αυτός παράστατο και αλυσιτελής.

19. Εξάλλου, κατά την ανέλεγκτη αναιρετικά περί τα πράγματα κρίση του Τμήματος, από τα στοιχεία του φακέλου δεν προκύπτει η αιτιολόγηση της ανάγκης αναβάθμισης του εν λόγω τομογράφου πριν καν αυτός εγκατασταθεί,

ενώ στην επιστολή των Διευθυντών της Ιατρικής Υπηρεσίας, Τμήματος Αξονικής Τομογραφίας και της Τεχνικής Υπηρεσίας, στην οποία παραπέμπει η ...2009 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Νοσοκομείου, δεν παρατίθενται οι τεχνικοί λόγοι για τους οποίους κατέστη αναγκαία η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης και η σύναψη συμπληρωματικής σύμβασης σε τόσο σύντομο μάλιστα χρονικό διάστημα από την υπογραφή της αρχικής σύμβασης. Η πραγματική δε αυτή παραδοχή της αναιρεσιβαλλομένης επιρρωνύει την ορθή κατά τα ανωτέρω κρίση του Τμήματος ότι η σύναψη της εν λόγω συμπληρωματικής σύμβασης συνιστούσε κατ' ουσίαν ανεπίτρεπτη τροποποίηση του φυσικού αντικειμένου της αρχικής σύμβασης.

20. Συναφώς, ορθώς κρίθηκε με την αναιρεσιβαλλομένη ότι για την αιτιολόγηση της απευθείας ανάθεσης αλυσιτελώς προβλήθηκε το γεγονός ότι το κόστος της βασικής σύνθεσης και το κόστος της αναβάθμισης που προσέφερε η προμηθεύτρια εταιρεία είναι μικρότερο από το κόστος της βασικής σύνθεσης της εταιρίας Και τούτο, καθόσον ο ισχυρισμός αυτός, που αφορά στο στάδιο της οικονομικής αξιολόγησης και, κατ' επέκταση, της κατακύρωσης του αποτελέσματος του διενεργηθέντος διαγωνισμού για την ανάθεση της αρχικής προμήθειας, και αληθής υποτιθέμενος, ουδεμία πράγματι εν προκειμένω ασκεί επιρροή, καθόσον δεν δύναται να άρει τη διαπιστωθείσα πλημμέλεια περί σύναψης της επίμαχης σύμβασης αναβάθμισης, χωρίς το συγκεκριμένο μηχάνημα να έχει παραδοθεί.

21. Τέλος, κατ' ορθή ερμηνεία και εφαρμογή του νόμου και με νόμιμη αιτιολογία απορρίφθηκε ως αβάσιμος ο προβαλλόμενος ισχυρισμός του εκκαλούντος και ήδη αναιρεσειόντος νομικού προσώπου περί συνδρομής, για

τους ανωτέρω εκτιθέμενους λόγους (βλ σκ. 14), συγγνωστής πλάνης των οργάνων αυτού, καθόσον, πράγματι, λόγοι αναγόμενοι στην προαίρεση του δικαιούχου της ενίσχυσης δεν είναι δυνατό να προβληθούν στο πλαίσιο δημοσιονομικής διόρθωσης, η οποία ερείδεται σε αντικειμενικά μόνο δεδομένα (βλ. σκ. 8Δ), όπως στην προκειμένη περίπτωση, που η αιτία ανάκτησης του αχρεωστήτως καταβληθέντος ποσού συνίσταται στην παραβίαση του εθνικού και κοινοτικού δικαίου σχετικά με την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων (πρβλ. Ολομ.Ελ.Συν. 487/2014, 210/2011, απόφ. ΔΕΚ της 14.9.2004, Επιτροπή κατά Ιταλίας, C-385/02, σκ. 40).

22. Κατά τη γνώμη όμως της Προέδρου Ανδρονίκης Θεοτοκάτου, των Αντιπροέδρων Σωτηρίας Ντούνη, Άννας Λιγωμένου και Γεωργίας Μαραγκού, και των Συμβούλων Μαρίας Αθανασοπούλου (ήδη Αντιπροέδρου), Δημητρίου Πέππα, Δέσποινας Καββαδία - Κωνσταντάρα, Γεωργίας Τζομάκα, Ευφροσύνης Παπαθεοδώρου, Κωνσταντίνου Παραθύρα, Γεωργίας Μαυρομμάτη και Ευαγγελίας Σεραφή, το δικάσαν Τμήμα, κατ' εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή του νόμου και με μη νόμιμη αιτιολογία, δέχθηκε ότι η σύναψη της εν λόγω συμπληρωματικής σύμβασης δεν είναι νόμιμη, ερειδόμενο, ως προς την κρίση του αυτή, στην αναιρετικά ανέλεγκτη πραγματική παραδοχή ότι η αρχική σύμβαση δεν είχε εκτελεστεί, αφού το μηχανήμα που αποτελούσε το αντικείμενο αυτής, δεν είχε παραδοθεί.

A. Ειδικότερα, η κρίση αυτή της αναιρεσιβαλλομένης ερείδεται επί εσφαλμένης νομικής προϋπόθεσης, καθόσον, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στη σκέψη 10 Γ, η προσφυγή, με βάση τις διατάξεις της παρ. 2β του άρθρου 25 του π.δ/τος 60/2007 και του εδ. VI της παρ. 13 του άρθρου 2 του ν. 2286/1995, στη

διαδικασία της διαπραγμάτευσης για τη σύναψη συμπληρωματικής σύμβασης προμήθειας αφενός είναι επιτρεπτή και κατά το στάδιο εκτέλεσης της αρχικής σύμβασης, υπό την έννοια της τροποποίησης αυτής, αφετέρου προϋποθέτει τη σύναψη και μόνο της βασικής σύμβασης, ανεξαρτήτως εάν το παραδοτέο αυτής έχει ήδη παραδοθεί. Επομένως, στην προκειμένη περίπτωση, εφόσον συνέτρεχαν και οι λοιπές τασσόμενες από τον νόμο προϋποθέσεις -η συνδρομή πάντως των οποίων δεν αμφισβητήθηκε από τον έλεγχο της Ε.Δ.ΕΛ.- το αναιρεσίον είχε τη δυνατότητα να προσφύγει στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για τη σύναψη συμπληρωματικής-τροποποιητικής σύμβασης με την αρχική ανάδοχο για την αναβάθμιση του μηχανήματος που αποτέλεσε αντικείμενο της αρχικής προμήθειας, υπό την έννοια της τεχνολογικής επέκτασής του, με την ενσωμάτωση πρόσθετου εξοπλισμού (μεγαλύτερου αριθμού καναλιών RF), έστω και αν, για τους επικαλούμενους από το ίδιο λόγους, το μηχάνημα αυτό δεν είχε παραδοθεί.

Β. Περαιτέρω, η κρίση της αναιρεσιβαλλομένης περί παραβίασης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας είναι, σε κάθε περίπτωση, πλημμελώς αιτιολογημένη, κατά το μέρος που ερείδεται κατ' ουσίαν επί της εσφαλμένης νομικής παραδοχής ότι η «βελτίωση»-αναβάθμιση του αντικειμένου της αρχικής σύμβασης πριν αυτό παραδοθεί συνιστά άνευ ετέρου ανεπίτρεπτη τροποποίηση της σύμβασης αυτής. Ειδικότερα, το δικάσαν Τμήμα, προκειμένου να αιτιολογήσει νομίμως και επαρκώς τη σχετική κρίση του, όφειλε να εξετάσει, ενόψει των ιδιαίτερων περιστάσεων της συγκεκριμένης περίπτωσης (ad hoc), τη συνδρομή ή μη των κριτηρίων που έχει θέσει η νομολογία του ΔΕΚ σχετικά με τις επιτρεπόμενες τροποποιήσεις των δημοσίων συμβάσεων (βλ. υπό σκέψη 10 Δ

αποφ. C-454/06, σκ. 37, 40, 60, 68-69 και C-496/99, σκ. 112, 115, 117 και 118), ιδίως δε με ποιον τρόπο η συγκεκριμένη τροποποίηση ήταν ικανή να θέσει εν αμφιβόλω το αποτέλεσμα του διενεργηθέντος διαγωνισμού, υπό την έννοια της μη διασφάλισης, κατά παραβίαση των ανωτέρω αρχών, της ενιαίας εφαρμογής των όρων αυτού, όπως υπολαμβάνει. Και τούτο, δοθέντος ότι, σύμφωνα με όσα έγιναν αναιρετικώς ανέλεγκτα δεκτά με την αναιρεσιβαλλομένη, τα οποία, άλλωστε, το εκκαλούν και ήδη αναιρεσεΐον επικαλέσθηκε με την έφεσή του, το δικάσαν Τμήμα, όμως, εσφαλμένα σιγή απέρριψε ως μη ουσιώδη, όπως το ίδιο βάσιμα υποστηρίζει, στη διακήρυξη είχε περιληφθεί ρητός όρος περί δυνατότητας υποβολής προσφοράς και για αναβάθμιση του προσφερόμενου συστήματος μαγνητικού τομογράφου. Ως εκ τούτου, ήταν εκ των προτέρων γνωστή η σχετική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής σε όλους τους διαγωνιζόμενους κατά την υποβολή της προσφοράς τους (πρβλ. και απόφ. ΔΕΕ της 7.9.2016, Finn Frogne A/S κατά Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, C-549/14, σκ. 30 και 37).

Γ. Συγκεκριμένα, στη διακήρυξη του διαγωνισμού για την προμήθεια του μαγνητικού τομογράφου προβλεπόταν δυνατότητα υποβολής προφοράς και με κατ' επιλογή αναβάθμιση (Παράρτημα Β', άρθρο 3.3. για το υποσύστημα ραδιοσυχνότητας, σε συνδ. με το άρθρο 6 για τυχόν επιπρόσθετα πλεονεκτήματα). Όρος, μάλιστα, ο οποίος, με την 1908/2016 απόφαση του ίδιου Τμήματος, που, κατά τα γνωστά στο Δικαστήριο, έχει ήδη καταστεί αμετάκλητη, κρίθηκε ως νόμιμος, υπό την έννοια ότι δεν είχε τεθεί κατά παραβίαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας, ενόψει και της απαίτησης της διακήρυξης (Παράρτημα Α', άρθρο 6.1.) για την κατάρτιση «ισοδύναμων

συγκριτικά» από άποψη σύνθεσης και τιμής προσφορών. Με βάση, επομένως, τον όρο αυτόν της διακήρυξης, η ευχέρεια του αναιρεσειόντος να προβεί σε προμήθεια ενός «αναβαθμισμένου» μηχανήματος, θα μπορούσε, ούτως ή άλλως, να ενεργοποιηθεί ήδη κατά το στάδιο της κατακύρωσης (πρβλ. ΣτΕ 1059/2008), εφόσον υποβάλλονταν «ισοδύναμες» κατά τα ανωτέρω προσφορές. Ωστόσο, κατά τα γενόμενα δεκτά με την ως άνω 1908/2016 απόφαση, οι δυνατότητες αναβάθμισης αξιολογήθηκαν από την Επιτροπή του διαγωνισμού αποκλειστικά κατά το στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης των προσφορών και όχι και κατά το στάδιο της οικονομικής αξιολόγησης, δοθέντος του «τυχαίου», σύμφωνα με την ίδια απόφαση, γεγονός ότι η εταιρεία ... συμπεριέλαβε στην τεχνική της προσφορά χαρακτηριστικά, τα οποία στην προσφορά της αναδόχου εταιρείας ... περιελήφθησαν στις κατ' επιλογήν αναβαθμίσεις. Συναφώς δε, το εκκαλούν και ήδη αναιρεσειόν προέβαλε με την έφεσή του ότι για τον ανωτέρω λόγο, που είχε ως αποτέλεσμα, σε σχέση με την αναβάθμιση, οι υποβληθείσες προσφορές να μην είναι συγκριτικά ισοδύναμες, δεν κατέστη δυνατή η προμήθεια εξ αρχής ενός αναβαθμισμένου τομογράφου από την ως άνω ανάδοχο, ισχυρισμός που, αν και ουσιώδης, εσφαλμένα δεν εξετάστηκε από το Τμήμα, όπως βάσιμα το αναιρεσειόν υποστηρίζει. Και τούτο, ανεξαρτήτως του ότι, κατά τα γενόμενα, επίσης, δεκτά με την ως άνω 1908/2016 απόφαση, η μη προκριθείσα στον διαγωνισμό προσφορά της εταιρείας ... υπήρξε ακριβότερη με ή χωρίς την πρόβλεψη αναβάθμισης του προς προμήθεια τομογράφου.

Δ. Εκ των ανωτέρω παρέπεται ότι η ως άνω παρεχόμενη από τη διακήρυξη ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει την αναβάθμιση του προσφερόμενου συστήματος μαγνητικού τομογράφου μπορούσε να

ενεργοποιηθεί, με βάση την υποβληθείσα στον διαγωνισμό σχετική τεχνική και οικονομική προσφορά της αναδόχου, και κατά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, και μάλιστα, ανεξαρτήτως της παράδοσης ή μη του βασικού μηχανήματος, όπως και συνέβη στην προκειμένη περίπτωση, κατά την οποία, για τους λόγους που προεκτέθηκαν, δεν κατέστη δυνατό να συμπεριληφθεί η επίμαχη αναβάθμιση στην αρχική σύμβαση. Τούτο δε, ενόψει και του ότι αφενός η δυνατότητα αναβάθμισης του υπό προμήθεια τομογράφου αξιολογήθηκε κατά τα ανωτέρω από την αρμόδια Επιτροπή του διαγωνισμού στο στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης, αφετέρου το συνολικό ποσό αρχικής και συμπληρωματικής σύμβασης (1.610.665 ευρώ) έκειτο εντός των ορίων του συνολικού Π/Υ της προμήθειας (2.000.000 ευρώ). Συναφώς, δεν υφίστατο υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να αιτιολογήσει περαιτέρω την ανάγκη τεχνολογικής επέκτασης του υπό προμήθεια μηχανήματος μετά τη σύναψη της αρχικής σύμβασης, όπως εσφαλμένα υπολαμβάνει το δικάσαν Τμήμα. Ενόψει αυτών, η υπό κρίση αίτηση θα έπρεπε να γίνει δεκτή, κατά παραδοχή των προβαλλόμενων λόγων αναίρεσης. Η γνώμη όμως αυτή δεν εκράτησε.

23. Κατ' ακολουθία των προεκτεθέντων και εφόσον δεν υπάρχει άλλος αναιρετικός λόγος, η ένδικη αίτηση αναίρεσης πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την από 16 Μαΐου 2016 αίτηση του ν.π.δ.δ. με την επωνυμία «Γενικό Νοσοκομείο ...» για αναίρεση της ...Φ/2016 απόφασης του Ι Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στην Αθήνα, στις 29 Μαΐου 2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΑΝΔΡΟΝΙΚΗ ΘΕΟΤΟΚΑΤΟΥ

Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ ΣΥΜΒΟΥΛΟΣ
ΕΥΦΡΟΣΥΝΗ ΠΑΠΑΘΕΟΔΩΡΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΕΛΕΝΗ ΑΥΓΟΥΣΤΟΓΛΟΥ

Δημοσιεύθηκε σε έκτακτη δημόσια συνεδρίαση, στις 11 Μαρτίου 2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΙΩΑΝΝΗΣ ΣΑΡΜΑΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΕΛΕΝΗ ΑΥΓΟΥΣΤΟΓΛΟΥ