

ΤΜΗΜΑ ΕΒΔΟΜΟ

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, στις 18 Ιανουαρίου 2022, με την ακόλουθη σύνθεση: Σωτηρία Ντούνη, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Τμήματος, Αργυρώ Μαυρομάτη και Ιωάννης Καλακίκος, Σύμβουλοι, Ευαγγελία Πασπάτη και Ελένη Νικολάου, Πάρεδροι που μετέχουν με γνώμη συμβουλευτική.

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

Γραμματέας: Πελαγία Κρητικού.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 30.12.2021 (Α.Β.Δ.) προσφυγή της δημοτικής επιχείρησης με την επωνυμία «Δημοτική Επιχείρηση Ύδρευσης Αποχέτευσης» (Α.Φ.Μ.....), που εδρεύει στο (οδός), εκπροσωπείται νόμιμα και παραστάθηκε διά του πληρεξουσίου δικηγόρου της Σωτηρίου Μπρέγιαννου (Α.Μ./Δ.Σ.Α. 8917).

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

Το Ελληνικό Δημόσιο που εκπροσωπείται νομίμως από τον Υπουργό Οικονομικών παραστάθηκε διά της Παρέδρου του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους Στελιανής Κουστουμπάρδη.

Κατά τη συζήτηση που ακολούθησε το Δικαστήριο άκουσε:

Τον πληρεξούσιο δικηγόρο της προσφεύγουσας δημοτικής επιχείρησης, ο οποίος ζήτησε να γίνει δεκτή η προσφυγή ανάκλησης.

Τη δικαστική πληρεξούσια του Ελληνικού Δημοσίου, η οποία ζήτησε την απόρριψη της προσφυγής ανάκλησης, και

Τον Αντεπίτροπο της Επικρατείας του Ελεγκτικού Συνεδρίου, ο οποίος πρότεινε την απόρριψη της προσφυγής ανάκλησης.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση, το Δικαστήριο συνήλθε, κατ' εφαρμογή του άρθρου 295 παρ. 2 του ν.4700/2020, σε τηλεδιάσκεψη που διενεργήθηκε μέσω της

δημόσιας υπηρεσίας e-presence.gov.gr.

Αφού άκουσε την εισήγηση του Συμβούλου Ιωάννη Καλακίκου

Μελέτησε τα στοιχεία του φακέλου

Σκέφθηκε σύμφωνα με το νόμο και αποφάσισε τα ακόλουθα:

1. Για την άσκηση της κρινόμενη προσφυγής ανάκλησης δεν απαιτείται η καταβολή παραβόλου [άρθρα 308 παρ. 3, 335 παρ. 1 και 336 παρ. 1 της Δικονομίας του Ελ.Συν. (ν. 4700/2020, Α' 127, στο εξής Δικ.Ελ.Συν.), σε συνδυασμό με το άρθρο 276 παρ. 1 του «Κώδικα Δήμων και Κοινοτήτων» (ν.3463/2006, Α' 114), βλ. Ελ.Συν. Ολομ. 2494/2020 σκ. 6, 2135/2020 σκ. 4, του Τμήματος τούτου 1472, 1471/2021 σκ. 1, 1201/2021 σκ. 2].

2. Με την κρινόμενη προσφυγή ζητείται παραδεκτώσ η ανάκληση της πράξης του Ε' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου (στο εξής: προσβαλλόμενη Πράξη), με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης, μεταξύ της Δημοτικής Επιχείρησης Ύδρευσης Αποχέτευσης (Δ.Ε.Υ.Α.), ως «κυρίου του έργου» (στο εξής: αναθέτων Φορέας), του Δήμου, ως «φορέα υλοποίησης» και της κοινοπραξίας με την επωνυμία «.....», καθ' υποκατάσταση του αρχικού αναδόχου, εργοληπτικής επιχείρησης με την επωνυμία «.....», για την εκτέλεση του έργου «Κατασκευή βιολογικού καθαρισμού Δ.Ε. (πρώην Δήμου)» (στο εξής: ελεγχόμενο έργο), συμβατικής δαπάνης 1.771.835,02 ευρώ, χωρίς Φ.Π.Α.

3. Με την προσβαλλόμενη Πράξη, κατ' εκτίμηση αυτής, κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου της σύμβασης του ελεγχόμενου έργου διότι και με την τηρηθείσα νέα διαδικασία, από τον αναθέτοντα Φορέα σε συμμόρφωση προς την τελειωτική κρίση του ήδη διενεργηθέντος με την πράξη του Ε' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου προσυμβατικού ελέγχου νομιμότητας, δεν έχει αρθεί η διαπιστωθείσα, με την δεσμευτική κρίση της ανωτέρω πράξης, πλημμέλεια της μη πλήρωσης των νόμιμων προϋποθέσεων για την υποκατάσταση, του αρχικού αναδόχου («.....») από τον νέο ανάδοχο (υποκαταστάτρια κοινοπραξία

«.....»), κατά την κατασκευή του ελεγχόμενου έργου.

4. Με την κρινόμενη προσφυγή, όπως αυτή αναπτύσσεται και με το από 21.1.2022 υπόμνημα, προβάλλονται τρεις (3) λόγοι ανάκλησης.

4.1. Με τον πρώτο λόγο ανάκλησης προβάλλεται ότι η προσβαλλόμενη Πράξη εκδόθηκε κατά πλάνη περί το νόμο, καθόσον εσφαλμένα εφάρμοσε τις διατάξεις των άρθρων 132 παρ. 1 περ. δ' υποπερ. ββ' και 164 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ενώ, εφαρμοστέες τυγχάνουν, σύμφωνα με το άρθρο 376 παρ. 2 του ν. 4412/2016, οι διατάξεις του άρθρου 65 του ν. 3669/2008 (Α' 116) περί κωδικοποίησης της νομοθεσίας κατασκευής δημόσιων έργων, που ίσχυαν κατά τον χρόνο σύναψης της αρχικής σύμβασης (18.8.2010). Δεδομένου τούτου, η επίμαχη υποκατάσταση του αναδόχου («.....») από τρίτο (υποκατάστρια κοινοπραξία «.....) στην κατασκευή μέρους του έργου (εκχώρηση του έργου), είναι νόμιμη, καθόσον πληρούνται όλες οι προϋποθέσεις που τάσσονται με το ανωτέρω άρθρο 65 του ν. 3669/2008, αφού αυτή διενεργήθηκε κατόπιν σχετικής έγκρισης του φορέα κατασκευής του έργου, καθεμία από τις εργοληπτικές επιχειρήσεις, μέλη της υποκαταστάτριας κοινοπραξίας έχει τα ίδια προσόντα που απαιτήθηκαν για την ανάθεση του έργου και παρέχουν, κατά την κρίση της οικείας προϊσταμένης αρχής, τα απαραίτητα εγγέγγυα για την κατασκευή του. Εξάλλου, η εκφερθείσα, με την πράξη, κρίση του Κλιμακίου επί του αρχικώς υποβληθέντος για προσυμβατικό έλεγχο σχεδίου σύμβασης, δεν συνιστά κρίση δικαιοδοτικού οργάνου και, συνεπώς, δεν παράγει δεδικασμένο, ούτε «οριστικότητα» οποιασδήποτε μορφής, που να καλύπτει τα νομικά ζητήματα που ανέκυψαν κατά την εξέταση της νομιμότητας του. Αντίθετη άποψη, παραβιάζει τόσο την αρχή της δίκαιης δίκης [άρθρο 6 παρ. 1 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ)], καθόσον καθιστά την πεπλανημένη περί το νόμο κρίση στοιχείο της νομιμότητας της πράξης και, επομένως, καθιστά την παρανομία στοιχείο της νομιμότητας της πράξης, όσο και το άρθρο 98 παρ. 1 εδ. β' του Συντάγματος διότι

επιτρέπει την παραγωγή δεδικασμένου σε διοικητικές πράξεις που δεν προέρχονται από δικαιοδοτικού χαρακτήρος όργανο.

4.2. Με τον δεύτερο λόγο ανάκλησης προβάλλεται ότι, σε κάθε περίπτωση, εσφαλμένα κρίθηκε με την προσβαλλόμενη Πράξη ότι πρόκειται για την ίδια ήδη κριθείσα διαδικασία υποκατάστασης, καθόσον το νυν υποβληθέν σχέδιο σύμβασης ερείδεται σε απολύτως νέα στοιχεία και δη σε νόμιμη μερική (ειδική) διαδοχή της αρχικής αναδόχου από την υποκαταστάτρια κοινοπραξία, που επήλθε με την από 20.2.2021 σύμβαση εκχώρησης της επίμαχης σύμβασης και των εξ αυτής απορρεόντων δικαιωμάτων στην εν λόγω κοινοπραξία. Η ως άνω δε σύμβαση εκχώρησης συνιστά την απαιτούμενη, από τα άρθρα 132 παρ. 1 περ. δ' υποπερ. ββ' και 164 του ν. 4412/2016, μερική (ειδική) διαδοχή του αρχικού αναδόχου, για την νόμιμη υποκατάστασή του στην κατασκευή του έργου, λόγω κατάστασης αφερεγγυότητας.

4.3. Με τον τρίτο λόγο ανάκλησης, ο αναθέτων Φορέας προβάλλει ότι η σύμβαση του ελεγχόμενου έργου πρέπει να υπογραφεί **α)** λόγω συγγνωστής πλάνης και **β)** λόγω δημοσίου συμφέροντος.

5. Οι διατάξεις, σύμφωνα με τις οποίες πρέπει να κριθεί το κρίσιμο στην προκείμενη υπόθεση ζήτημα, είναι οι ακόλουθες:

5.1. Με τα άρθρα 35, 36 και 37 του κυρωθέντος με το άρθρο πρώτο του ν. 4129/2013 (Α' 52) «Κώδικα Νόμων για το Ελεγκτικό Συνέδριο» (Κ.Ν.Ελ.Συν.) και, ήδη από 29.6.2020, με τις όμοιες ρυθμίσεις των άρθρων 324 επ. της Δικ.Ελ.Συν., θεσπίζεται ένα ολοκληρωμένο νομοθετικό πλαίσιο για τη διενέργεια από το Ελεγκτικό Συνέδριο του συνταγματικά κατοχυρωμένου, στο άρθρο 98 παρ. 1 εδ. β' του Συντάγματος, προσυμβατικού ελέγχου νομιμότητας των δημοσίων συμβάσεων.

A. Κατά την έννοια των διατάξεων του νομοθετικού αυτού πλαισίου –όπως επιβάλλεται τόσο για τη διασφάλιση της εκπορευόμενης από το Σύνταγμα ανάγκης πρακτικής αποτελεσματικότητας του θεσπισθέντος ως άνω ελέγχου, όσο και για λόγους ασφάλειας δικαίου και σταθερότητας των διαμορφούμενων με τον εν λόγω έλεγχο πραγματικών και νομικών καταστάσεων– οι πράξεις του Κλιμακίου ή κατά

περίπτωση του Επιτρόπου, που εκδίδονται κατά τον προσυμβατικό έλεγχο νομιμότητας, δεν παράγουν δεσμευτικότητα δεδικασμένου, δεδομένου ότι δεν έχουν χαρακτήρα δικαστικής απόφασης, πλην όμως αναπτύσσουν οριστικότητα ως προς τις εκφερόμενες κρίσεις. Η απορρέουσα, δε, από τις κρίσεις αυτές δέσμευση καλύπτει κάθε νομικό ζήτημα που είχε ανακύψει κατά την εξέταση της νομιμότητας της συγκεκριμένης διαδικασίας ανάθεσης και έχει κριθεί κυρίως ή παρεμπιπτόντως, ακόμα και σιωπηρώς αν η σχετική κρίση ήταν αναγκαία για την ολοκλήρωση του ελέγχου, ανεξαρτήτως εάν κατά την έκδοσή τους εμφιλοχώρησε πλάνη περί τα πράγματα ή τον νόμο (βλ. Ελ.Συν., 1384/2021 σκ. 23, 24 Μείζ.Ολ., 2135/2020 σκ. 6, 7, και εκεί παρατιθέμενη σχετική νομολογία, καθώς και 1377/2021 σκ. 44.3).

Β. Με το ανωτέρω νομοθετικό πλαίσιο προβλέπεται περιοριστικά ο τρόπος ανατροπής των κρίσεων περί της νομιμότητας της υποβληθείσας για έλεγχο δημόσιας σύμβασης. Ειδικότερα, σε περίπτωση έκδοσης διακωλυτικής της υπογραφής της σύμβασης πράξης από το αρμόδιο Κλιμάκιο ή Επίτροπο παρέχεται η δυνατότητα άσκησης αίτησης ανάκλησης ενώπιον του VI Τμήματος (πλέον προσφυγής ανάκλησης ενώπιον του Έβδομου Τμήματος) και κατόπιν άσκησης αίτησης αναθεώρησης ενώπιον του Τμήματος Μείζονος-Επταμελούς Συνθέσεως (πλέον προσφυγής αναθεώρησης ενώπιον της ελάσσονος Ολομέλειας). Επομένως, η απορρέουσα εκ των πράξεων του Κλιμακίου ή κατά περίπτωση του Επιτρόπου δέσμευση δεν δύναται να ανατραπεί παρά μόνον εφόσον ανακληθούν με απόφαση του αρμοδίου Τμήματος ή αναθεωρηθούν με απόφαση της Ολομέλειας για τους προβλεπόμενους από το νόμο λόγους. Κατ' ακολουθίαν τούτου, με την εκδιδόμενη πράξη του καθ' ύλην αρμοδίου Κλιμακίου ή Επιτρόπου εξαντλείται η αρμοδιότητά τους επί του προσυμβατικού ελέγχου νομιμότητας της υποβληθείσας προς έλεγχο δημόσιας σύμβασης, το ίδιο δε όργανο δεν δύναται να επανέλθει στα ήδη κριθέντα, καθόσον δε χωρεί επανεξέταση της υπόθεσης ούτε κυρίως ούτε παρεμπιπτόντως, ανεξαρτήτως του εάν κατά την έκδοση της πράξης αυτής εμφιλοχώρησε πλάνη περί τα πράγματα ή το νόμο ή προέκυψαν νέα στοιχεία.

Γ. Η οριστικότητα, πάντως, της κρίσης του Κλιμακίου ή του Επιτρόπου επί της νομιμότητας του σχεδίου της υποβληθείσας για έλεγχο δημόσιας σύμβασης δεν κωλύει τον αναθέτοντα φορέα να επιχειρήσει να συμμορφωθεί με την οριστική αυτή κρίση και να επανέλθει στο στάδιο, στο οποίο εντοπίστηκε η πλημμέλεια, ώστε να άρει αυτήν, υπό την προϋπόθεση ότι τούτο είναι επιτρεπτό από τις σχετικές ρυθμίσεις αλλά και από τη φύση της διαπιστωθείσας παρατυπίας. Στη συνέχεια, ο αναθέτων φορέας μπορεί να υποβάλει παραδεκτώς για προσυμβατικό έλεγχο τον σχετικό φακέλο με όλα τα νεότερα στοιχεία που κατά την εκτίμησή του θεμελιώνουν τη συμμόρφωσή του με τις ανωτέρω οριστικές κρίσεις. Στην περίπτωση αυτή, το Κλιμάκιο ή ο Επίτροπος δεσμευόμενοι από την κατάσταση οριστική προηγούμενη κρίση τους ελέγχουν κατ' ουσία τον βαθμό συμμόρφωσης προς τις διαπιστωθείσες κατά τον αρχικό έλεγχο πλημμέλειες, χωρίς να μπορούν να επανεξετάσουν τη νομιμότητα των σταδίων της διαδικασίας και των διοικητικών πράξεων που την συναρθρώνουν, στο βαθμό που η νομιμότητα αυτών έχει ήδη κριθεί στο πλαίσιο της αρχικής υποβολής του φακέλου, εφόσον ήταν αναγκαίο να εξετασθούν για την έκδοση διακωλυτικής της υπογραφής της σύμβασης πράξης. Ακολούθως, εφόσον γίνει δεκτό ότι υπάρχει πλήρης συμμόρφωση, ελέγχουν, συντρεχούσης της περίπτωσης, μη ελεγχθέντα στάδια της οικείας διαδικασίας. Σε διαφορετική περίπτωση, εφόσον κριθεί ότι κάποια από τις διαπιστωθείσες πλημμέλειες δεν έχει θεραπευθεί, αποφαινόμενοι ότι κωλύεται εκ νέου η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης. Σε κάθε περίπτωση, όμως, η υποβολή φακέλου συμμόρφωσης δεν μπορεί να οδηγήσει σε εκ πλαγίου επανεξέταση της ορθότητας των νομικών κρίσεων που είχαν εκφερθεί με την αρχική πράξη ή απόφαση επί της νομιμότητας των σταδίων της διαδικασίας, των διοικητικών πράξεων που την συναρθρώνουν και των αναφερόμενων σχετικώς νομικών ζητημάτων, στον βαθμό που τα ζητήματα αυτά έχουν ήδη κριθεί.

5.2. Σύμφωνα με τα άρθρα 132 παρ. 1 περ. δ' υποπερ. ββ' και 164 παρ. 1 του ν.4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α' 147), κατά την εκτέλεση μίας δημόσιας σύμβασης έργου «[η] υποκατάσταση του αναδόχου από

τρίτο στην κατασκευή μέρους ή όλου του έργου (εκχώρηση του έργου)» και, συνακόλουθα, η τροποποίηση της σύμβασης χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης είναι δυνατή μόνο στην περίπτωση «ολικής ή μερικής διαδοχής του αρχικού αναδόχου, λόγω εταιρικής αναδιάρθρωσης, περιλαμβανομένων της εξαγοράς, της απορρόφησης και της συγχώνευσης ή καταστάσεων αφερεγγυότητας, ιδίως στο πλαίσιο προπρωχευτικών ή πρωχευτικών διαδικασιών» και μόνο όταν ο νέος ανάδοχος «πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που καθορίστηκαν αρχικά, υπό τον όρο ότι η διαδοχή δεν συνεπάγεται άλλες ουσιώδεις τροποποιήσεις της σύμβασης και δεν αποσκοπεί στην αποφυγή της εφαρμογής [του Βιβλίου I του ως άνω νόμου]» (βλ. και όμοια ρύθμιση του άρθρου 337 παρ. 1 περ. δ' υποπερ. ββ' του Βιβλίου II του ίδιου ν. 4412/2016 για τις συμβάσεις έργων στους πρώην εξαιρούμενους τομείς).

A. Οι ανωτέρω διατάξεις πρέπει να ερμηνεύονται στενά, καθόσον πρόκειται για εξαίρεση από τον γενικό κανόνα σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (βλ. αποφ. ΔΕΕ, της 3.2.2022 C-461/20 σκ. 30). Από το γράμμα δε των διατάξεων αυτών, σύμφωνα με το οποίο η γενεσιουργός αιτία της διαδοχής πρέπει να συνίσταται σε «εταιρική αναδιάρθρωση», συνάγεται ότι για την επιτρεπτή τροποποίηση μίας δημόσιας σύμβασης δεν αρκεί οποιασδήποτε μορφής ολική ή μερική διαδοχή του αναδόχου της. Χωρίς, εξάλλου, τον ως άνω περιορισμό, θα παρεχόταν απεριόριστη ευχέρεια εκχώρησης (πώλησης) των ήδη ανατεθεισών συμβάσεων. Επομένως, δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των ανωτέρω διατάξεων η διαδοχή που συνίσταται σε μεταβίβαση εκ μέρους του αναδόχου συγκεκριμένων δικαιωμάτων και υποχρεώσεων σε τρίτα πρόσωπα, με αμοιβαία μεταξύ τους συμφωνία, η οποία, όμως, δεν οφείλεται σε εταιρική αναδιάρθρωσή του συνεπαγόμενη μεταβολές στην εταιρική μορφή του (βλ. αιτιολογική σκέψη 110 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, κατευθυντήρια οδηγία 22/2017 «Τροποποίηση των συμβάσεων κατά τη διάρκεια τους» της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., σελ. 17 επ., ΑΔΑ: 7ΜΥΤΟΕΤΒ-ΖΓΖ).

B. Από το γράμμα των ανωτέρω διατάξεων (βλ. και αντίστοιχο άρθρο 72 παρ. 1 περ. δ' υποπερ. ii της οδηγίας 2014/24, όπου ορίζεται ότι η αντικατάσταση του

αρχικού αναδόχου πρέπει να αφορά διαδοχή «κατόπιν εταιρικής αναδιάρθρωσης, περιλαμβανομένων της εξαγοράς, της συγχώνευσης και της αφερεγγυότητας») προκύπτει ρητώς ότι η «αφερεγγυότητα» συμπεριλαμβάνεται, ως έννοια είδους, στην έννοια της εταιρικής αναδιάρθρωσης του αρχικού αναδόχου (βλ. ΔΕΕ ό.π. σκ. 21, 31). Είναι δε έννοια νομική, η οποία προσδιορίζεται από ειδικότερες διατάξεις τόσο του ενωσιακού [βλ. ενδεικτικά Κανονισμό (ΕΚ) 1346/2000 του Συμβουλίου της 29ης Μαΐου 2000 «περί των διαδικασιών αφερεγγυότητας», EL L 160/1/30.6.2000, και νεότερο Κανονισμό (ΕΕ) 2015/848 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 20ης Μαΐου 2015 «περί των διαδικασιών αφερεγγυότητας», EL L 141/19/5.6.2015] όσο και του εθνικού δικαίου και προϋποθέτει την κίνηση μίας διαδικασίας αναγνώρισης της κατάστασης αδυναμίας πληρωμών (αφερεγγυότητας) του αναδόχου, όπως η πτώχευση, ο πτωχευτικός συμβιβασμός, η διαδικασία εξυγίανσης, το σχέδιο αναδιοργάνωσης, η εξωδικαστική ρύθμιση χρηματικών οφειλών [βλ. ενδεικτικά ν. 3588/2007 (Α΄ 153), ν. 4013/2011 (Α΄ 204) Μέρος Δεύτερο, ν. 4072/2012 (Α΄ 86) άρθρο 102, ν. 4469/2017 (Α΄ 62)].

Γ. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, δεν συνιστά νόμιμη, σύμφωνα με το άρθρο 164 παρ. 1 του ν. 4412/2016, υποκατάσταση αναδόχου και, συνακόλουθα, δεν μπορεί να αποτελέσει, σύμφωνα με το άρθρο 132 παρ. 1 περ. δ΄ υποπερ. ββ΄ του ίδιου νόμου, νόμιμο έρεισμα για την τροποποίηση δημόσιας σύμβασης κατά τη διάρκειά της, χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης, η, κατά τα άρθρα 455 επ. ΑΚ, σύμβαση εκχώρησης εργολαβίας, από τον εργολάβο στον οποίο ανατέθηκε αρχικά σε τρίτο εργολάβο, η οποία δεν οφείλεται σε εταιρική αναδιάρθρωση του αρχικού αναδόχου.

6. Στην προκειμένη υπόθεση, από το σύνολο των στοιχείων του φακέλου προκύπτουν τα ακόλουθα:

6.1. Στις 18.8.2010 υπεγράφη, μετά από ανοικτό διαγωνισμό, μεταξύ της Δ.Ε.Υ.Α. και της αναδόχου εργοληπτικής επιχείρησης «.....» (στο εξής: αρχικός ανάδοχος), η σύμβαση του ελεγχόμενου έργου («Κατασκευή βιολογικού καθαρισμού Δήμου»), με συμβατικό ποσό, χωρίς Φ.Π.Α.,

1.934.858,95 ευρώ και προθεσμία περαίωσης, είκοσι τέσσερις (24) μήνες από την υπογραφή της, έως 18.8.2012. Στις 25.4.2019 ο αρχικός ανάδοχος με αίτησή του προς τον αναθέτοντα Φορέα [στον οποίο, μαζί με άλλες Δ.Ε.Υ.Α., είχε συγχωνευθεί εν τω μεταξύ η ανωτέρω Δ.Ε.Υ.Α. (βλ. απόφαση Γενικής Γραμματέα Αποκεντρωμένης Διοίκησης Θεσσαλίας – Στερεάς Ελλάδας, Β')], ζήτησε την υποκατάστασή του στην εκτέλεση του έργου από την κοινοπραξία «.....» προβάλλοντας ότι είχε περιέλθει σε οικονομική δυσπραγία και προφανή αδυναμία να ολοκληρώσει το έργο. Η ως άνω αιτούμενη υποκατάσταση εγκρίθηκε, κατ' επίκληση των διατάξεων του άρθρου 132 παρ. 1 περ. δ' υποπερ. β' του ν. 4412/2016, με την απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου (Δ.Σ.) του αναθέτοντος Φορέα και, εν συνεχεία, υποβλήθηκε αντίστοιχο σχέδιο σύμβασης για προσυμβατικό έλεγχο.

6.2. Με την πράξη του Ε' Κλιμακίου κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή του ανωτέρω σχεδίου σύμβασης, με την αιτιολογία ότι συντρέχουν οι ακόλουθες πλημμέλειες: **α)** Δεν πληρούνται οι προβλεπόμενες στο άρθρο 132 παρ. 1 περ. δ' υποπερ. ββ' του ν. 4412/2016 προϋποθέσεις για την υποκατάσταση αναδόχου στην κατασκευή μέρους ή όλου του έργου από τρίτο οικονομικό φορέα, που τον έχει διαδεχθεί ολικώς ή μερικώς λόγω εταιρικής αναδιάρθρωσης, δεδομένου ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση ουδεμία τέτοιου είδους διαδοχή έχει συντελεστεί, αφού η επίμαχη υποκατάσταση εδράζεται αποκλειστικά και μόνο στη φερόμενη αδυναμία του αναδόχου να ολοκληρώσει το έργο λόγω οικονομικής δυσπραγίας του, η οποία, όμως, δε συνιστά αυτοτελή νόμιμο λόγο υποκατάστασής του. **β)** Ήδη, από τις 18.8.2012 έχει παρέλθει η συμβατική προθεσμία περάτωσης του έργου, χωρίς να προκύπτει ότι έχει παραταθεί νόμιμα πριν από την λήξη της, ώστε να καταλαμβάνει την επίμαχη υποκατάσταση. **γ)** Στην εγκριτική της υποκατάστασης απόφαση ουδεμία αναφορά γίνεται στο τμήμα της εργολαβίας, για το οποίο εγκρίθηκε η υποκατάσταση και στις εγγυήσεις που αυτή θα έπρεπε να καταθέσει, στο δε υποβληθέν ενώπιον του Κλιμακίου σχέδιο σύμβασης αναγράφεται ως συμβατικό τίμημα το ποσό των 1.934.858,95 ευρώ, χωρίς Φ.Π.Α., το οποίο αντιστοιχεί στο

συνολικό ποσό της αρχικής σύμβασης, ενώ στην αίτησή του ο αρχικός ανάδοχος είχε προσδιορίσει το υλοποιηθέν απ' αυτόν τμήμα της εργολαβίας σε 163.023,93 ευρώ, χωρίς Φ.Π.Α. και, επομένως, το υπόλοιπο μη υλοποιηθέν τμήμα ανέρχεται, χωρίς Φ.Π.Α., σε 1.771.835,02 ευρώ. **δ)** Τέλος, ελλείπει σχετικών στοιχείων και ειδικών συγκριτικών αναφορών στα προσκομισθέντα έγγραφα, δεν αποδεικνύεται ότι τα μέλη της υποκαταστάτριας κοινοπραξίας έχουν, μεμονωμένα ή έστω και αθροιστικά, τα ίδια προσόντα που απαιτούνταν για την ανάληψη του έργου από τον αρχικό ανάδοχο.

6.3. Κατά της ανωτέρω πράξης του Ε΄ Κλιμακίου, ο αναθέτων Φορέας δεν άσκησε αίτηση ανάκλησης αλλά προχώρησε σε διαδικασία συμμόρφωσης επιχειρώντας την άρση των διαπιστωθεισών πλημμελειών. Προς τον σκοπό αυτόν, το Δ.Σ. του ανακάλεσε ex tunc την πλημμελή, κατά την κρίση του Κλιμακίου, απόφασή του περί έγκρισης της υποκατάστασης και εξέδωσε την απόφαση, με την οποία (α) αφαιρούνται οι εργασίες που είχε εκτελέσει η αρχική ανάδοχος, (β) ορίστηκε συμβατικό αντάλλαγμα ύψους 1.771.835,02 ευρώ, που αντιστοιχεί στις υπολειπόμενες προς εκτέλεση εργασίες, μετά την αφαίρεση της αξίας των εκτελεσθεισών από τον αρχικό ανάδοχο εργασιών, (γ) ορίστηκε ποσό εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης ύψους 88.591,75 ευρώ, το οποίο αντιστοιχεί στην εν λόγω συμβατική τιμή και (δ) ελήφθησαν υπόψη οι υποβληθείσες/1.8.2017 και/26.9.2017 βεβαιώσεις του ΜΕΕΠ των μελών της υποκαταστάτριας κοινοπραξίας, οι οποίες κατατέθηκαν με σκοπό την απόδειξη ότι αυτή έχει τα ίδια προσόντα που απαιτήθηκαν για την ανάληψη του έργου από τον αρχικό ανάδοχο, κατά τα προβλεπόμενα στις διατάξεις περί υποκατάστασης. Σε εκτέλεση δε της απόφασης αυτής, καταρτίστηκε νέο σχέδιο σύμβασης, το οποίο, με επίκληση τη συμμόρφωση προς τις κρίσεις της ως άνω πράξης, υποβλήθηκε στο Ε΄ Κλιμάκιο για την εκ νέου διενέργεια προσυμβατικού ελέγχου.

6.4. Με την πράξη του Ε΄ Κλιμακίου κρίθηκε ότι το ως άνω νέο σχέδιο σύμβασης απαραδέκτως υποβλήθηκε για προσυμβατικό έλεγχο, καθόσον η υποβληθείσα για έλεγχο σύμβαση είναι ίδια, κατά τα ουσιώδη στοιχεία της, με αυτή που ελέγχθηκε από το Κλιμάκιο και οδήγησε στην έκδοση της προηγούμενης

..... πράξης του, η δε αίτηση ανάκλησης που άσκησε κατ' αυτής ο αναθέτων Φορέας απορρίφθηκε με την απόφαση του VI Τμήματος.

6.5. Στην αίτηση αναθεώρησης που άσκησε ο αναθέτων Φορέας κατά της ανωτέρω απόφασης του VI Τμήματος εκδόθηκε η απόφαση της Ολομέλειας, με την οποία κρίθηκε ότι, στο πλαίσιο συμμόρφωσης του αναθέτοντα φορέα στις εκφερθείσες με την πράξη του Ε' Κλιμακίου κρίσεις του και θεραπείας των διαπιστωθεισών με αυτή πλημμελειών, υποβλήθηκαν ενώπιον του Ε' Κλιμακίου νεότερα έγγραφα και νέο διαφορετικό ως προς τα ουσιώδη στοιχεία του σχέδιο σύμβασης και το Κλιμάκιο όφειλε να εξετάσει τα στοιχεία αυτά κατ' ουσία και να αποφανθεί αν ο αναθέτων Φορέας είχε πράγματι θεραπεύσει τις πλημμέλειες που είχαν διαπιστωθεί με την προηγούμενη δεσμευτική κρίση του. Βάσει τούτου, έκανε δεκτή την αίτηση αναθεώρησης, διακράτησε την υπόθεση και έκρινε οριστικά επί της νομιμότητας του ελεγχόμενου σχεδίου σύμβασης. Έκανε δε δεκτό ότι δοθέντος ότι ο αναθέτων Φορέας δεν υπέβαλε κάποιο νέο στοιχείο που να αφορά στη διαδοχή της υποκατάστατης εταιρείας από την υποκαταστάτρια κοινοπραξία, ώστε να μεταβληθεί η πραγματική βάση επί της οποίας διατυπώθηκε, με την πράξη του, η οριστική κρίση του Κλιμακίου, το Δικαστήριο δεν δύναται στο πλαίσιο εξέτασης της συμμόρφωσης του αναθέτοντος φορέα να επανέλθει επί των αυτών νομικών ζητημάτων και να κρίνει διαφορετικά, καθόσον τούτο θα συνιστούσε μη επιτρεπόμενη επανεξέταση της υπόθεσης κατά τον νόμο και τα πράγματα, η οποία μόνο κατόπιν άσκησης αίτησης ανάκλησης είναι δυνατή. Το συμπέρασμα αυτό δεν μεταβάλλεται από το γεγονός ότι ο αναθέτων Φορέας ανακάλεσε την αρχική πράξη έγκρισης της υποκατάστασης και εξέδωσε νέα στηριζόμενη όμως στα αυτά δεδομένα ως η αρχική, ούτε ότι προέβη στη σύνταξη και υποβολή νέου τροποποιημένου σχεδίου σύμβασης, καθώς εν προκειμένω πρόκειται για την ίδια διαδικασία υποκατάστασης, και το νομικό ζήτημα που έχει ήδη οριστικά κριθεί από το Κλιμάκιο αφορά στη μη ύπαρξη νόμιμης διαδοχής μεταξύ του αρχικού αναδόχου και της υποκαταστάτριας κοινοπραξίας, γεγονός που συνιστά προϋπόθεση για τη νομιμότητα της υποκατάστασης. Συνεπώς, δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις σύναψης της

ελεγχόμενης σύμβασης υποκατάστασης μεταξύ του αναθέτοντος Φορέα και της κοινοπραξίας «.....» και, συνακόλουθα, κωλύεται η υπογραφή του υποβληθέντος για έλεγχο σχεδίου σύμβασης.

6.6. Μετά την έκδοση της ανωτέρω απόφασης της Ολομέλειας, το Δ.Σ. του αναθέτοντος Φορέα, με την απόφασή του, ανακάλεσε την προηγούμενη απόφασή του περί έγκρισης της υποκατάστασης του αρχικού αναδόχου «.....» από την κοινοπραξία «.....», της οποίας πλέον η επωνυμία έχει τροποποιηθεί σε «..... ..». Ακολουθως, με την από 26.2.2021 σύμβαση που επιγράφεται «Σύμβαση εκχώρησης εργολαβίας», η «.....» εκχώρησε την από 18.8.2010 σύμβαση του ελεγχόμενου έργου και τα εξ αυτής απορρέοντα δικαιώματά της στην ανωτέρω κοινοπραξία και ζήτησε, με την .../4.3.2021 αίτησή της, εκ νέου την έγκριση της υποκατάστασής της στο έργο, λόγω αφερεγγυότητάς της, επικαλούμενη τη «μερική (ειδική) διαδοχή» της στο έργο από την εν λόγω κοινοπραξία βάσει της ως άνω σύμβασης εκχώρησης. Το Δ.Σ. του αναθέτοντος Φορέα, λαμβάνοντας υπόψη και την από 1.3.2020 δήλωση της ανωτέρω κοινοπραξίας περί αποδοχής της υποκατάστασης, με την απόφασή του, έκανε δεκτή, «κατ' άρθρο 65 του ν. 3669/2008, άλλως σύμφωνα με τα άρθρα 164 και 132 παρ. 1 περ. δ' υποπερ. ββ' του ν. 4412/2016», την αίτηση του αρχικού αναδόχου και ενέκρινε την υποκατάστασή του στην εκτέλεση του ανεκτέλεστου τμήματος του ελεγχόμενου έργου, με αντίστοιχη απαλλαγή του από την ευθύνη του προς τον κύριο του έργου. Στη συνέχεια, με επίκληση τη συμμόρφωση με τις κρίσεις της απόφασης της Ολομέλειας, υποβλήθηκαν στο Ε' Κλιμάκιο, τα ως άνω χαρακτηριζόμενα ως «νέοτερα» στοιχεία καθώς και επικαιροποιημένο σχέδιο σύμβασης, για την εκ νέου διενέργεια προσυμβατικού ελέγχου.

7. Υπό τα ανωτέρω πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης και σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν στις νομικές σκέψεις που προηγήθηκαν, πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα:

7.1. Ο αναθέτων Φορέας στις 21.11.2019 (εννέα και πλέον έτη από την υπογραφή της και επτά και πλέον έτη από τη λήξη της προθεσμίας υλοποίησης του αντικειμένου της) υπέβαλε για προσυμβατικό έλεγχο σχέδιο σύμβασης, με το οποίο – έχοντας, κατά ρητή επίκληση, στην οικεία εγκριτική απόφαση του Δ.Σ. του αναθέτοντος Φορέα ως νόμιμο έρεισμα, τα άρθρα 164 και 132 παρ. 1 παρ. δ' υποπερ. ββ' του ν. 4412/2016– ένας νέος ανάδοχος υποκαθιστούσε εκείνον στον οποίο ανατέθηκε αρχικά η από 18.8.2010 σύμβαση κατασκευής του ελεγχόμενου έργου. Επομένως, υπέβαλε για έλεγχο μία τροποποιητική της αρχικής σύμβαση, με την οποία μεταβάλλεται το πρόσωπο του αρχικού αναδόχου [βλ. και σκέψη 12 της μνημονευθείσας (ανωτέρω σκ. 6.5.) απόφασης της Ολομέλειας]. Επιλαμβανόμενο του ελέγχου, το αρμόδιο Κλιμάκιο έκρινε, με την πράξη του, ότι κωλύεται η υπογραφή του ανωτέρω σχεδίου σύμβασης διότι, μεταξύ άλλων διαπιστωθέντων διακωλυτικών λόγων, η επιχειρούμενη υποκατάσταση εδράζεται σε μερική διαδοχή του αρχικού αναδόχου που όμως δεν υπάγεται σε καμία από τις περιοριστικά προβλεπόμενες, με τις επικαλούμενες, ως νόμιμο έρεισμά της, ως άνω διατάξεις του ν. 4412/2016, περιπτώσεις διαδοχής που επιτρέπουν την υποκατάσταση του αρχικού αναδόχου στην κατασκευή του ελεγχόμενου έργου από υποκαταστάτη αυτού. Η επιλογή δε του αναθέτοντος φορέα να μην ασκήσει, σύμφωνα με την παρεχόμενη σ' αυτόν, με το άρθρο 35 παρ. 5 του Κ.Ν.Ελ.Συν., δυνατότητα (βλ. ανωτέρω σκ. 5.1.Β.), αίτηση ανάκλησης κατά της ανωτέρω πράξης του Κλιμακίου, ώστε να επανεξετασθούν οι περιεχόμενες στην πράξη αυτή κρίσεις περί της ερμηνείας των σχετικών διατάξεων και της συνδρομής των προϋποθέσεων υποκατάστασης, είχε ως συνέπεια οι διατυπωθείσες σε αυτήν νομικές κρίσεις, συμπεριλαμβανομένου και του ως άνω διακωλυτικού της υπογραφής της σύμβασης λόγου, να έχουν πλέον καταστεί οριστικές (βλ. και σκέψη 23 της μνημονευθείσας απόφασης της Ολομέλειας). Επομένως, στο πλαίσιο του θεσπισθέντος ολοκληρωμένου νομοθετικού πλαισίου για τον προσυμβατικό έλεγχο (βλ. ανωτέρω σκ. 5.1.Γ.), στον αναθέτοντα Φορέα παρεχόταν πλέον μόνο η δυνατότητα συμμόρφωσης προς την πράξη αυτή, εφόσον εξακολουθούσε να εμμένει στην

ολοκλήρωση της εργολαβίας αυτής, επιχειρώντας την άρση των διαπιστωθεισών πλημμελειών.

7.2. Ακολούθως, στο πλαίσιο πάντοτε της συμμόρφωσης προς τις εκφερθείσες με τις ήδη εκδοθείσες προαναφερόμενες πράξεις και αποφάσεις, ο αναθέτων Φορέας επιχειρεί να άρει τον διαπιστωθέντα ως άνω διακωλυτικό της υπογραφής της σύμβασης λόγο με επίκληση και προσκόμιση, ως νέο στοιχείο, της από 20.1.2021 σύμβασης εκχώρησης της σύμβασης του ελεγχόμενου έργου από τον αρχικό ανάδοχο («.....») στην υποκαταστάτρια κοινοπραξία «.....» και την υποβολή εκ νέου για έλεγχο του σχεδίου σύμβασης επί του οποίου εκδόθηκε η προσβαλλόμενη Πράξη. Όμως, η υποβληθείσα ως άνω σύμβαση εκχώρησης εργολαβίας –σε κάθε περίπτωση κι ανεξάρτητα αν πράγματι συνιστά νέο στοιχείο, καθόσον και η προηγούμενη υποκατάσταση, επί της οποίας εκδόθηκε η μνημονευθείσα πράξη του Κλιμακίου ερείδεται στην ίδια (άτυπη) σύμβαση εκχώρησης του ελεγχόμενου έργου (πρβλ. ΑΠ)- δεν θεραπεύει, όπως αβασίμως προβάλλεται με τον δεύτερο λόγο ανάκλησης (βλ. ανωτέρω σκ. 4.2.), τη διαπιστωθείσα, κατά τα οριστικώς κριθέντα με τη μνημονευθείσα πράξη του Κλιμακίου, πλημμέλεια της μη νόμιμης, σύμφωνα με το άρθρο 164 παρ. 1 του ν. 4412/2016, υποκατάστασης του αρχικού αναδόχου στην κατασκευή του ελεγχόμενου έργου, καθόσον η εν λόγω διαδοχή δεν οφείλεται σε εταιρική αναδιάρθρωση του αρχικού αναδόχου και, για το λόγο αυτόν, όπως ορθώς κρίθηκε με την προσβαλλόμενη Πράξη, δεν μπορεί να αποτελέσει, σύμφωνα με το άρθρο 132 παρ. 1 περ. δ' υποπερ. ββ' του ίδιου νόμου, νόμιμο έρεισμα για την τροποποίηση της σύμβασης του ελεγχόμενου έργου, χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης.

7.3. Περαιτέρω, δεδομένου ότι στην προκειμένη υπόθεση ο έλεγχος του Κλιμακίου περιορίζεται στη διαπίστωση της συμμόρφωσης ή μη του αναθέτοντος Φορέα στα οριστικά κριθέντα με την προηγούμενη πράξη του, ο πρώτος λόγος ανάκλησης, με τον οποίο προβάλλεται ότι το Κλιμάκιο με την προσβαλλόμενη Πράξη εσφαλμένα εφάρμοσε διάταξη νόμου (άρθρα 132 παρ. 1 περ. δ' υποπερ. ββ')

και 164 παρ. 1 του ν. 4412/2016) αντί εκείνου που πράγματι ίσχυε (άρθρο 65 του ν. 3669/2008), τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος. Η ως άνω δε, σύμφωνα με το θεσπισθέν ολοκληρωμένο νομοθετικό πλαίσιο για τον προσυμβατικό έλεγχο, οριστικότητα που αναπτύσσουν οι εκφερθείσες με την πράξη του Κλιμακίου κρίσεις, δεν αντίκειται, όπως αβασίμως προβάλλεται με τον εξεταζόμενο πρώτο λόγο έφεσης, στο άρθρο 98 παρ. 1 εδ. β' του Συντάγματος που θεσπίζει τον προσυμβατικό έλεγχο των δημοσίων συμβάσεων, καθόσον, ακριβώς, επιβάλλεται τόσο από την ανάγκη διασφάλισης της πρακτικής αποτελεσματικότητας του θεσπιζόμενου με τη συνταγματική αυτή διάταξη ελέγχου νομιμότητας όσο και από λόγους ασφάλειας δικαίου και σταθερότητας των διαμορφούμενων με τον εν λόγω έλεγχο πραγματικών και νομικών καταστάσεων (βλ. ανωτέρω σκ. 5.1.Α.). Ούτε, σε κάθε περίπτωση και ανεξάρτητα από τον αν η προκείμενη διαφορά από προσυμβατικό έλεγχο υπάγεται ή όχι στο ρυθμιστικό πεδίο του άρθρου 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ, μπορεί να τεθεί ζήτημα παραβίασης, όπως αβασίμως προβάλλεται, των εγγυήσεων που προβλέπει η εν λόγω υπερνομοθετικής ισχύος διάταξη, από την επικαλούμενη υιοθέτηση από το Κλιμάκιο, με την πράξη του, βάσει της εκτίμησης των πραγματικών περιστατικών της υπόθεσης, μίας δικανικής κρίσεως αντί κάποιας άλλης (βλ. ΕΔΔΑ, Perlala κατά Ελλάδος, απόφαση της 22.2.2007, σκ. 25, 26).

7.4. Εξάλλου, επί της επιχειρηματολογίας που αναπτύσσεται με την κρινόμενη προσφυγή περί της υποτιθέμενης εσφαλμένης εφαρμογής των διατάξεων που διέπουν την προκείμενη υπόθεση, το Δικαστήριο επισημαίνει τα ακόλουθα: Υπό την ισχύ των διατάξεων του ν. 4412/2016, η υποκατάσταση του αρχικού αναδόχου δημόσιας σύμβασης –που μέχρι τότε ρυθμιζόταν ως στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, εξ αυτού δε του λόγου είχε κριθεί ότι δεν υπαγόταν σε προσυμβατικό έλεγχο, δεδομένου ότι η σχετική αρμοδιότητα του Κλιμακίου είχε εξαντληθεί με τον αρχικό έλεγχο της σύμβασης (βλ. Ελ.Συν. Ε' Κλ. 363, 25/2015, 461/2014, 363/2013, 160/2012, 488/2011)– σε εναρμόνιση προς το ενωσιακό δίκαιο και τη σχετική νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (πρώην Δικαστήριο των

Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων) που την αντιμετωπίζει ως κατ' ουσίαν διαδικασία απευθείας ανάθεσης του υπολειπόμενου έργου σε νέο ανάδοχο που μόνο υπό αυστηρές προϋποθέσεις δεν απαιτεί διαδικασία σύναψης νέας σύμβασης (βλ. ΔΕΚ απόφ. της 19.6.2008, C-454/06 - presstext Nachrichtenagentur, σκ. 40), εντάσσεται πλέον στις περιπτώσεις τροποποίησης των δημοσίων συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους (άρθρα 132, 164 και 337 του ν. 4412/2016). Στο πλαίσιο αυτό, η μεταβατική διάταξη του άρθρου 376 παρ. 2 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με την οποία οι συμβάσεις που έχουν συναφθεί πριν την ημερομηνία έναρξης ισχύος του «εκτελούνται, σύμφωνα με το καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο της σύναψής τους», δεν καταλαμβάνει και την τροποποίηση σύμβασης που συνήφθη υπό το προηγούμενο καθεστώς. Τούτο, διότι η τροποποιητική σύμβασης, καίτοι συνδέεται με την αρχική σύμβαση, παρουσιάζει αυτοτέλεια ως προς τις προϋποθέσεις σύναψής της, οι οποίες δεν καθορίζονται από τους όρους της αρχικής σύμβασης αλλά από τις ισχύουσες κάθε φορά νομοθετικές διατάξεις, χωρίς τούτο, καθόσον δεν ανάγεται σε όρους της εκτέλεσης της αρχικής σύμβασης, να μεταβάλλει αναδρομικά το νομικό πλαίσιο που διέπει την εκτέλεσή της. Ενόψει των ανωτέρω, εκάστοτε εφαρμοστέες είναι κατ' αρχάς οι διατάξεις που ισχύουν κατά το χρονικό σημείο, κατά το οποίο ο αναθέτων φορέας επιλέγει με γνώμονα τη βέλτιστη εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος, το είδος της διαδικασίας που θα εφαρμόσει για την ολοκλήρωση της εκτέλεσης της σύμβασης που βρίσκεται σε εξέλιξη και συγκεκριμένα εάν υποχρεούται να προβεί στην προκήρυξη διεξαγωγής νέας διαγωνιστικής διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης ολοκλήρωσης του έργου ή μη (βλ. ΔΕΕ αποφ., της 7.4.2016 C-324/14 σκ. 83, της 11.7.2013 C-576/10 σκ. 52, ΔΕΚ της 5.10.2000 C-337/98 σκ. 36 και 37). Επομένως, στην προκειμένη υπόθεση, δεδομένου ότι η τροποποίηση της από 18.8.2010 αρχικής σύμβασης διενεργείται υπό την ισχύ του ν. 4412/2016, η νομιμότητα της αντικατάστασης του αναδόχου της από τρίτο εργολάβο στην κατασκευή μέρους του ελεγχόμενου έργου και, συνακόλουθα, η δυνατότητα τροποποίησής της χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης, κρίνεται σύμφωνα με τις οικείες διατάξεις των άρθρων 132 και 164 (βλ. και άρθρο 337) του ανωτέρω ν.

4412/2016 (βλ. ΔΕΕ αποφ., της 2.9.2021 στις συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-721/19 και C-722/19 σκ. 28, της 18.9.2019 C-526/17 σκ. 60, Ελ.Συν. Τμ.Μείζ-Επτ. Συνθ. 537/2020 σκ. 12, 1644/2020 σκ. 22).

7.5. Περαιτέρω, με την κρινόμενη προσφυγή προβάλλεται ότι τα αρμόδια όργανα του αναθέτοντος Φορέα, χωρίς να αποσκοπούν σε καταστρατήγηση του νόμου ή σε φαλκίδευση δικαιωμάτων άλλων, υπολαμβάνοντας, σύμφωνα με τα κριθέντα με την απόφαση της Ολομέλειας, ότι εάν υπέβαλλαν νέα στοιχεία σχετικά με την διαδοχή του αρχικού αναδόχου από την υποκαταστάτρια κοινοπραξία, όπως η προσκομισθείσα από 20.2.2021 σύμβαση εκχώρησης λόγω αφερεγγυότητας, δεν θα εκωλύτετο η υπογραφή της νέας σύμβασης υποκατάστασης. Υπό τις περιστάσεις δε αυτές, επιβάλλεται η αναγνώριση συγγνωστής πλάνης που δικαιολογεί την υπογραφή της ελεγχόμενης σύμβασης. Ο ως άνω λόγος είναι απορριπτέος ως αλυσιτελής, επειδή η συγγνωστή πλάνη των οργάνων του αναθέτοντος φορέα που διενεργούν τη διαδικασία ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης δεν αποτελεί παραδεκτό λόγο προσφυγής ανάκλησης, καθόσον θα αλλοίωνε το χαρακτήρα και θα έθιγε την πρακτική αποτελεσματικότητα του προσυμβατικού ελέγχου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, δεδομένου ότι είναι έλεγχος αντικειμενικής νομιμότητας της εκάστοτε υποβαλλόμενης προς έλεγχο διαδικασίας ανάθεσης που αποβλέπει στη θεραπεία της αντικειμενικής ακεραιότητάς τους (βλ.και Ελ.Συν, Ολομ. 505/2021 σκ. 33, του Τμήματος τούτου 1137/2021 σκ. 26, πρβλ. 1136/2021 σκ. 17.4 του Τμήματος τούτου, βλ. και Ολομ. 2498/2020 σκ. 20, 2141/2020 σκ. 20).

7.6. Τέλος, με την κρινόμενη προσφυγή προβάλλεται ότι λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη σύναψη της σύμβασης του ελεγχόμενου έργου, καθόσον το υπό κατασκευή έργο είναι κομβικής σημασίας για τον Δήμο, αποτελεί υποέργο της πράξης «Κατασκευή Βιολογικού Καθαρισμού και Κεντρικών Συλλεκτήρων Αποχέτευσης Δ.Ε.» η οποία χρηματοδοτείται από το πρόγραμμα «ΦΙΛΟΔΗΜΟΣ Ι», σε περίπτωση δε αρνητικής κρίσης θα ανακληθεί η εγκεκριμένη χρηματοδότηση για το σύνολο της πράξης, άλλως το υποέργο των κεντρικών συλλεκτήρων θα μείνει χωρίς αποδέκτη, ήτοι χωρίς εγκατάσταση

βιολογικού καθαρισμού, ενώ εάν το έργο επαναδημοπρατηθεί, θα πρέπει να επικαιροποιηθεί η μελέτη και ο προϋπολογισμός του και το κόστος που θα απαιτηθεί για την κατασκευή του θα είναι διπλάσιο. Όμως, οι ως άνω λόγοι που επικαλείται ο αναθέτων Φορέας, ως λόγους δημοσίου συμφέροντος, και αληθείς υποτιθέμενοι δεν αναιρούν την υποχρέωσή του να τηρεί τους κανόνες ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, οι οποίοι έχουν επίσης θεσπισθεί για την προστασία του δημοσίου συμφέροντος, και δεν αρκούν για να δικαιολογήσουν την αιτούμενη ανάκληση της προσβαλλόμενης Πράξης (βλ. Ελ.Συν. Ολομ. 310/2022 σκ. 55, 180/2022 σκ. 24, 505/2021 σκ. 35, 2117/2020 σκ. 34, 1642/2020 σκ. 25). Σε κάθε περίπτωση άλλωστε, από τα στοιχεία που προσκομίζει ο αναθέτων Φορέας δεν τεκμηριώνεται επαρκώς η πραγματική βάση των ισχυρισμών του, οι οποίοι εξαντλούνται στην αναφορά της χρησιμότητας του έργου για την περιοχή και στην εξασφάλιση της χρηματοδότησης για το συνολικό έργο με τον επαπειλούμενο κίνδυνο απώλειας αυτής, χωρίς να διευκρινίζεται πώς διασφαλίζεται ότι το ελεγχόμενο έργο, το οποίο δημοπρατήθηκε το 2009, ήτοι πριν από δεκατρία (13) χρόνια, και μάλιστα με το εξαιρετικό σύστημα προσφοράς που περιλαμβάνει μελέτη και κατασκευή, μπορεί, με τα τότε τεχνικά και οικονομικά μεγέθη, να κατασκευαστεί σήμερα σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας.

8. Μετά από όσα έγιναν δεκτά στην προηγούμενη σκέψη, αφού συντρέχει διακωλυτικός λόγος υπογραφής του σχεδίου της σύμβασης του ελεγχόμενου έργου, πρέπει η κρινόμενη προσφυγή να απορριφθεί και να μην ανακληθεί η προσβαλλόμενη Πράξη.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την από 30.12.2021 (Α.Β.Δ.) προσφυγή ανάκλησης της δημοτικής επιχείρησης με την επωνυμία «Δημοτική Επιχείρηση Ύδρευσης Αποχέτευσης» κατά της πράξης του Ε΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε σε τηλεδιάσκεψη στις 15 Φεβρουαρίου 2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΕΙΣΗΓΗΤΗΣ ΣΥΜΒΟΥΛΟΣ

ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ

ΙΩΑΝΝΗΣ ΚΑΛΑΚΙΚΟΣ

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ**

Δημοσιεύθηκε στην Αθήνα σε δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριο του Τετάρτου Τμήματος του Δικαστηρίου στις 10 Μαρτίου 2022.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΚΩΣΤΟΠΟΥΛΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΑ ΦΡΑΓΚΟΠΑΝΑΓΟΥ**