

ΕΒΔΟΜΟ ΤΜΗΜΑ
(Α΄ ΔΙΑΚΟΠΩΝ)

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του την 1η Ιουλίου 2022 με την ακόλουθη σύνθεση: Μαρία Βλαχάκη, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Α΄ Τμήματος Διακοπών, Γεώργιος Βοΐλης και Δέσποινα Καββαδία-Κωνσταντάρα (εισηγήτρια), Σύμβουλοι, Αριστοτέλης Σακελλαρίου και Παναγιώτης Παππίδας, Πάρεδροι, οι οποίοι μετέχουν με συμβουλευτική ψήφο.

Γενικός Επίτροπος της Επικρατείας: Αντώνιος Νικητάκης, Επίτροπος της Επικρατείας, κωλυομένου του Γενικού Επιτρόπου της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο.

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

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 17.6.2022 (Α.Β.Δ.) προσφυγή του Ν.Π.Δ.Δ. με την επωνυμία «ΓΕΝΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ», που εδρεύει στην και εκπροσωπείται νόμιμα από τον Διοικητή του, που παραστάθηκε δια δηλώσεως του άρθρου 231 παρ. 1 του ν. 4700/2020 «Ενιαίο κείμενο Δικονομίας για το Ελεγκτικό Συνέδριο, ολοκληρωμένο νομοθετικό πλαίσιο για τον προσυμβατικό έλεγχο (...)» (Α΄ 127) της πληρεξουσίας δικηγόρου του Βασιλικής Μπάμπουρα (Α.Μ. Δ.Σ. Καβάλας 521).

Με την προσφυγή αυτή ζητείται η ανάκληση της Πράξεως του Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου στην Π.Ε.

Υπέρ της προσφυγής και κατά του κύρους της προσβαλλόμενης Πράξεως παρεμβαίνει ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην, η οποία παραστάθηκε δια δηλώσεως του άρθρου 231 παρ. 1 του ν. 4700/2020 του πληρεξούσιου δικηγόρου της Ηλία Μπαχάρη (Α.Μ./Δ.Σ. Καβάλας 161).

Κατά τη συζήτηση που ακολούθησε το Δικαστήριο άκουσε:

Την Δικαστική Πληρεξούσια του Ελληνικού Δημοσίου, η οποία δήλωσε ότι επαφίεται στην κρίση του Δικαστηρίου.

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

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το Δικαστήριο συνήλθε σε τηλεδιάσκεψη, σύμφωνα με τα άρθρα 295 παρ. 2 και 336 παρ.1 του ν. 4700/2020 με την παρουσία όλων των ανωτέρω μελών του.

**Άκουσε την εισήγηση της Συμβούλου
Δέσποινας Καββαδία-Κωνσταντάρα και
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφθηκε κατά τον νόμο**

1. Για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής ανάκλησης δεν απαιτείται η καταβολή παραβόλου (βλ. άρθρο 308 παρ. 3 του ν. 4700/2020 «Ενιαίο κείμενο Δικονομίας για το Ελεγκτικό Συνέδριο, ολοκληρωμένο νομοθετικό πλαίσιο για τον προσυμβατικό έλεγχο (...) και άλλες διατάξεις», Α' 127, το οποίο εφαρμόζεται αναλόγως και στην υπό κρίση διαφορά από προσυμβατικό έλεγχο, σύμφωνα με το άρθρο 336 παρ. 1 του ίδιου ως άνω νόμου).

2. Η προσφυγή αυτή, όπως αναπτύσσεται με το από 30.6.2022 νομίμως κατατεθέν υπόμνημα, έχει ασκηθεί εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς και συνεπώς είναι τυπικώς δεκτή και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω ως προς τη βασιμότητα των προβαλλομένων δι' αυτής λόγων.

3. Με την προσφυγή αυτή ζητείται η ανάκληση της Πράξεως του Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου στην Π.Ε., με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή του υποβληθέντος για έλεγχο σχεδίου τροποποιητικής σύμβασης του τμήματος 11 της σύμβασης μεταξύ του Γενικού

Νοσοκομείου και του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» με αντικείμενο την προμήθεια τροφίμων (άρτου και αρτοποιημάτων).

4. Το άρθρο 132 του ν. 4412/2016, όπως αυτό τροποποιήθηκε με το άρθρο 22 παρ. 34 του ν. 4441/2016 (Α' 227), ορίζει ότι «1. Οι συμβάσεις (...) μπορούν να τροποποιούνται χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις: (...) γ) όταν πληρούνται σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις: αα) η ανάγκη τροποποίησης προέκυψε λόγω περιστάσεων που δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν από μια επιμελή αναθέτουσα αρχή, ββ) η τροποποίηση δεν μεταβάλλει τη συνολική φύση της σύμβασης, γγ) οποιαδήποτε αύξηση της τιμής δεν υπερβαίνει το 50% της αξίας της αρχικής σύμβασης... Οι επακόλουθες τροποποιήσεις δεν πρέπει να αποσκοπούν στην αποφυγή εφαρμογής του παρόντος βιβλίου (...)). Από τις ανωτέρω διατάξεις συνάγεται ότι σύμφωνα με τους κανόνες του ενωσιακού δικαίου η σύναψη τροποποιητικής σύμβασης με τον ανάδοχο ήδη εκτελούμενης τοιαύτης επιτρέπεται μόνο στις περιοριστικά αναφερόμενες στο ως άνω άρθρο περιπτώσεις και εφόσον συντρέχουν οι προβλεπόμενες στις διατάξεις αυτού προϋποθέσεις. Τούτο, διότι η ουσιαστική τροποποίηση των όρων μίας σύμβασης, όπως είναι η αύξηση του οικονομικού της αντικειμένου πέραν των ορίων της ήσσονος οικονομικής σημασίας τροποποιήσεων (άρθρο 132 παρ. 2 ν. 4412/2016) ισοδυναμεί με εκ νέου ανάθεση και, ως εκ τούτου, συνιστά παρέκκλιση από τις αρχές της διαφάνειας, της ισότητας συμμετοχής των οικονομικών φορέων στις διαδικασίες για την κατάρτιση δημοσίων συμβάσεων και της διασφάλισης της ανάπτυξης υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, επιτρεπτή περίπτωση τροποποίησης σύμβασης προμήθειας αποτελεί, μεταξύ άλλων, αυτή που έχει ως αντικείμενο την αύξηση του συμβατικού τιμήματος σε σχέση με το αρχικά προβλεπόμενο, εφόσον συντρέχουν σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις: α) Η ανάγκη τροποποίησης προκύπτει από απρόβλεπτες για κάθε επιμελή αναθέτουσα Αρχή περιστάσεις, οι οποίες ανέκυψαν κατά την εκτέλεση της σύμβασης. Ως τέτοιες νοούνται πραγματικά γεγονότα, που δεν ανάγονται στον χρόνο κατάρτισης της αρχικής σύμβασης και τα οποία, παρότι ο αρχικός σχεδιασμός, βάσει του οποίου

προσδιορίστηκε το αντικείμενο της αρχικής ανάθεσης, υπήρξε κατά το δυνατόν πλήρης και ακριβής, λαμβανομένων υπ' όψιν των διαθέσιμων μέσων, της φύσης και των χαρακτηριστικών των συγκεκριμένων προς προμήθεια ειδών, των ορθών πρακτικών στον σχετικό τομέα και της ανάγκης διασφάλισης της κατάλληλης σχέσης μεταξύ των πόρων που δαπανώνται για την προετοιμασία της ανάθεσης και της προβλεπόμενης αξίας της, εν τούτοις ήταν αδύνατον να προβλεφθούν από «μια επιμελή δημόσια αρχή» (βλ. αιτιολογική σκέψη 109 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ΕλΣυν Τμ. Μείζ. Επταμ. Συνθ. 1317/2018, 682/2017, 2229/2016, Τμ. Έβδομο 1242, 91/2021, VI Τμ. 639/2020, Στ' Κλιμ. 154/2022). β) Με την επιχειρούμενη τροποποίηση δεν μεταβάλλεται η συνολική φύση της αρχικής σύμβασης, υπό την έννοια της αλλοίωσης των βασικών παραμέτρων αυτής, και ιδίως με την αντικατάσταση των προς προμήθεια αγαθών με άλλα διαφορετικά (βλ. αιτιολογική σκέψη 109 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ΕλΣυν Έβδομο Τμ. 1242, 91/2021). γ) Η οποιαδήποτε αύξηση τιμής δεν υπερβαίνει το 50% του συμβατικού τιμήματος της αρχικής σύμβασης (βλ. ΕλΣυν Έβδομο Τμ. 1242, 91/2021, VI Τμ. 639, 23/2020, 1877/2019). δ) Η τροποποίηση δεν αποσκοπεί στην αποφυγή εφαρμογής των διατάξεων του ν. 4412/2016 ως προς τις διαδικασίες ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων. Η ανωτέρω διάταξη που παρέχει τη δυνατότητα τροποποίησης μίας σύμβασης πρέπει να ερμηνεύεται στενά, το δε βάρος απόδειξης της συνδρομής των αναφερόμενων σε αυτήν ειδικών περιπτώσεων επιτρεπτής τροποποίησης της σύμβασης φέρει η αναθέτουσα Αρχή που τις επικαλείται (πρβλ. ΔΕΕ Αποφάσεις της 27^{ης}.10.2011, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, C-601/10, σκ. 32, της 8^{ης}.4.2008, C-337/05, Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, σκ. 57-58, της 11^{ης}.1.2005, C-26/03, Stadt Halle, σκ. 46, της 18^{ης}.11.2004, C-126/03, Επιτροπή κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας σκ. 23, βλ. ΕλΣυν Έβδομο Τμ. 1242, 91/2021, Στ' Κλιμ. 372/2021, 154/2022).

5. Περαιτέρω, ο ν. 4412/2016 ορίζει στο άρθρο 129 ότι: «Κατά την εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων εφαρμόζονται: α) οι διατάξεις του παρόντος, β) οι όροι της σύμβασης και γ) συμπληρωματικά ο Αστικός Κώδικας». Σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 173, 200 και 288 του Αστικού Κώδικα, οι οποίες

εφαρμόζονται συμπληρωματικά στις δημόσιες συμβάσεις βάσει της προαναφερθείσας διάταξης του άρθρου 129 (πρβλ. ΣτΕ 2426/2017, 3803/2009, 74/1992 κ.α., στο πλαίσιο προγενέστερων μορφών της νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, κατά τις οποίες οι ανωτέρω διατάξεις του Αστικού Κώδικα αποδίδουν γενική αρχή του δικαίου και έχουν ανάλογη εφαρμογή στις διοικητικές συμβάσεις), το αρμόδιο δικαστήριο μπορεί, αν αυτό δεν επιτεύχθηκε κατά την ενώπιον των διοικητικών οργάνων διαδικασία, να παρεμβαίνει διορθωτικά στη σύμβαση καθορίζοντας, ακόμη και κατά παρέκκλιση από τα συμφωνηθέντα, την παροχή και την αντιπαροχή, όταν αυτό επιβάλλεται από την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη. Ήτοι, στις περιπτώσεις εκείνες κατά τις οποίες συντρέχουν απρόβλεπτες συνθήκες, οι οποίες, αν και δεν συνεπάγονται την εφαρμογή του άρθρου 388 του Αστικού Κώδικα, καθιστούν, εν τούτοις, την παροχή, η οποία οφείλεται από έναν από τους συμβαλλομένους, υπερμέτρως επαχθή και μάλιστα σε βαθμό, ο οποίος υπερβαίνει τον κίνδυνο που μπορεί να αναληφθεί από αυτόν, σύμφωνα προς την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη. Δεν δύναται όμως στις ανωτέρω διατάξεις του Αστικού Κώδικα να θεμελιωθεί η τροποποίηση ουσιωδών όρων της σύμβασης κατά το στάδιο εκτέλεσής της, που θα είχε ως συνέπεια την, κατά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων ανατροπή των όρων, με βάση τους οποίους αναπτύχθηκε κατά το προσυμβατικό στάδιο ο ανταγωνισμός, διαμορφώθηκαν οι προσφορές των διαγωνιζομένων και ανακηρύχθηκε ο ανάδοχος, ήτοι τροποποίησης που θα ενείχε τον κίνδυνο στρέβλωσης του ανταγωνισμού σε βάρος ήδη διαγωνισθέντων ή δυνητικών διαγωνιζομένων (βλ. ΣτΕ 1284/2020, ΕλΣυν Εβδ. Τμ. 948/2022, Ζ' Κλ. 684/2021, όπου και περαιτέρω παραπομπές).

6. Στην υπό κρίση υπόθεση, από τα στοιχεία του φακέλου που συνοδεύουν την ελεγχόμενη σύμβαση προκύπτουν τα ακόλουθα:

6.1. Με την διακήρυξη του Γενικού Νοσοκομείου προκηρύχθηκε η διενέργεια ηλεκτρονικού δημοσίου διεθνούς ανοικτού τακτικού διαγωνισμού άνω των ορίων για την προμήθεια Τροφίμων, για τις ανάγκες του Νοσοκομείου με κριτήριο κατακύρωσης για το τμήμα 11 της σύμβασης, το οποίο αφορά σε προμήθεια Άρτου – Αρτοσκευασμάτων, την πλέον συμφέρουσα από

οικονομικής άποψης προσφορά, αποκλειστικά βάσει της τιμής. Η προϋπολογιζόμενη δαπάνη του ανωτέρω τμήματος ανήρχετο σε 45.399,52 ευρώ για ένα έτος (και συνολικά 90.799,04 ευρώ για το πρώτο και το δεύτερο έτος, με ενεργοποίηση του προβλεπόμενου δικαιώματος προαίρεσης). Ειδικότερα, ως προς το Τμήμα 11 της σύμβασης που αφορούσε στην προμήθεια άρτου και αρτοσκευασμάτων, υποβλήθηκαν τρεις οικονομικές προσφορές: από την «.....»», ποσού 42.774,43 ευρώ (πλέον ΦΠΑ), από την «.....» (από την οποία υποβλήθηκε η με αριθμ. πρωτ. 205628 /03-02-2021 προσφορά), στην οποία κατακυρώθηκε το επίμαχο τμήμα της σύμβασης, ποσού 28.468,99 ευρώ (πλέον ΦΠΑ) και από την «.....»», ποσού 45.055,82 ευρώ (πλέον ΦΠΑ).

6.2. Το Διοικητικό Συμβούλιο του Γενικού Νοσοκομείου με το .../14-10-2021 Πρακτικό του (αριθμ. πρωτ. .../25-10-2021), επεκύρωσε τα αποτελέσματα αξιολόγησης των προσφορών όλων των σταδίων («Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» και «Οικονομική προσφορά», Πρακτικό 1 και 2 επιτροπής διαγωνισμού) του ως άνω ηλεκτρονικού διαγωνισμού και ανέδειξε τους προσωρινούς αναδόχους των τμημάτων. Ειδικά για το τμήμα 11 ανέδειξε προσωρινό ανάδοχο την επιχείρηση «.....», με προσφορά για το εν λόγω τμήμα με σταθερή, συνολική τιμή κατά την εκτέλεση της σύμβασης, 28.468,99€ προ ΦΠΑ και 32.169,97 με ΦΠΑ. Ακολούθως, με την .../10-03-2022 (Πρακτικό .../9-3-2022, θέμα 1ο) απόφασή του το Διοικητικό Συμβούλιο του Νοσοκομείου ενέκρινε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της σύμβασης. Περαιτέρω η προέβη στην υπ' αριθμ .../01-04-2022 δέσμευση πίστωσης στον ΚΑΕ καθώς και στην απόφαση έγκρισης αναλήψεως υποχρεώσεως, που θα βαρύνει τα επόμενα οικονομικά έτη του ΜΠΔΣ, του προϋπολογισμού της. Κατόπιν των ανωτέρω, και αφού εκδόθηκε η θετική πράξη προσυμβατικού ελέγχου του Επιτρόπου στην Υπηρεσία Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου στο Νομό,

υπεγράφη η σύμβαση μεταξύ του Γ.Ν. και της επιχείρησης με την επωνυμία «.....», την 1/4/2022. Η διάρκεια της σύμβασης αυτής ορίστηκε, κατά το άρθρο 3 αυτής, σε δώδεκα μήνες από την σύναψη της σύμβασης (1.4.2022), ήτοι μέχρι 31.3.2023.

6.3. Εν συνεχεία, με την .../12-04-2022 αίτηση - δήλωσή της η ανάδοχος αιτήθηκε την αύξηση τιμών κατακύρωσης κατά ποσοστό 50% διότι η προσφορά της υποβλήθηκε τον Φεβρουάριο του 2021, σε συνάρτηση, όπως αναφέρει, με τις τότε οικονομικές συνθήκες στη Χώρα μας, όσον αφορά στο κόστος της ενέργειας και των πρώτων υλών που χρησιμοποιεί για την παρασκευή των προς προμήθεια προϊόντων, ενώ, λόγω της παγκόσμιας οικονομικής και ενεργειακής κρίσης του τελευταίου διαστήματος, η οποία εντάθηκε με την πολεμική σύρραξη Ρωσίας - Ουκρανίας, οι τιμές των πρώτων υλών αυξήθηκαν κατακόρυφα όπως και το κόστος της ενέργειας για τη λειτουργία της επιχείρησής της. Επομένως, για τον λόγο αυτό και προκειμένου να ανταποκριθεί ως επιχείρηση στις συμβατικές της υποχρεώσεις αιτήθηκε την αύξηση των τιμών κατακύρωσης των προμηθευόμενων προϊόντων σε ποσοστό πενήντα (50%) τοις εκατό. Τούτων δοθέντων, το Δ.Σ. του Νοσοκομείου με το ... Πρακτικό της 9- 5-2022 (Θέμα 4ο) ενέκρινε την ανωτέρω αίτηση – δήλωση της αναδόχου, κατ' επίκληση του άρθρου 132 παρ. 1 γ' του Ν. 4412/2016, με αύξηση του συμβατικού τιμήματος κατά 50%, ήτοι κατά 14.234,50 ευρώ άνευ ΦΠΑ. (16.084,97€ με ΦΠΑ), και παράλληλη ανάληψη υποχρέωσης για την αύξηση αυτή στον ΚΑΕ, ενώ ακολούθησε η απόφαση έγκρισης συμπληρωματικής δέσμευσης πίστωσης. Η εν λόγω έγκριση έγινε με την αιτιολογία ότι το ζήτησε η ανάδοχος προβάλλοντας ότι «λόγω του ότι υπάρχει μεγάλη αύξηση του κόστους της ενέργειας και των πρώτων υλών που χρησιμοποιεί για την παρασκευή του άρτου, (σε παγκόσμιο επίπεδο) τελείωσαν τα αποθέματα μας με την τιμή που είχαμε δεσμεύσει για τον διαγωνισμό....ώστε να αυξή[σουμε] την τιμή στο διπλάσιο και να καταστεί δυνατή τόσο η εύρυθμη λειτουργία του Νοσοκομείου σε προμήθεια άρτος - αρτοσκευάσματα όσο και η εξέλιξη συνάμα του διαγωνισμού», και αφού το Δ.Σ. του Νοσοκομείου έλαβε υπ' όψιν το 2040/13-04-2022 έγγραφο της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ με θέμα «Διευκρινήσεις ως προς την αύξηση των τιμών και τα

προβλήματα στην εφοδιαστική αλυσίδα λόγω της ενεργειακής κρίσης, της κρίσης στην Ουκρανία και των συνεχιζόμενων συνεπειών του COVID 19». Στο πρακτικό δε αυτό παρατίθενται και δύο πίνακες, ένας με τις αρχικές τιμές κατακύρωσης και ένας με τις αναθεωρημένες τιμές. Κατόπιν των ανωτέρω, συντάχθηκε το κρινόμενο σχέδιο της τροποποίησης του τμήματος 11 της ως άνω σύμβασης μεταξύ του Γενικού Νοσοκομείου και του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», σύμφωνα με το οποίο το συμβατικό τίμημα αυξάνεται κατά 50%, ήτοι κατά το ποσό των 14.234,50 ευρώ (πλέον ΦΠΑ), διαμορφούμενο τελικώς στο ποσό των 42.703,49 ευρώ, κατ' επίκληση της οικονομικής και ενεργειακής κρίσης που είχε ως συνέπεια την κατακόρυφη αύξηση των τιμών των πρώτων υλών.

6.4. Με την Πράξη του Επιτρόπου στην Υπηρεσία Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου στο Νομό, της οποίας ζητείται η ανάκληση, κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή του υποβληθέντος για έλεγχο, κατ' άρθρο 324 παρ. 5 εδ. α' ν.4700/2020, σχεδίου τροποποιητικής σύμβασης, με την αιτιολογία ότι, ακόμη και αν συντρέχουν οι απρόβλεπτες καταστάσεις που επικαλείται η ανάδοχος, δεν αιτιολογείται ούτε τεκμηριώνεται από τα στοιχεία του φακέλου ή το .../9.5.2022 Πρακτικό του Δ.Σ. του Νοσοκομείου (από το οποίο δεν προκύπτει ότι η αναθέτουσα Αρχή ζήτησε από τον αντισυμβαλλόμενο οικονομικό φορέα και εξέτασε στοιχεία και δικαιολογητικά, όπως π.χ. τιμολόγια αγοράς κ.λπ.), η κατ' αποδοχήν του αιτήματος της αναδόχου αύξηση του συμβατικού τιμήματος στο ανώτατο επιτρεπτό από το νόμο όριο (50%), ούτε συναρτάται η επιδιωκόμενη αύξηση συγκεκριμένως και ειδικώς με την επικαλούμενη από την ανάδοχο αύξηση του κόστους παραγωγής των υπό προμήθεια προϊόντων.

7. Με την κρινόμενη αίτηση ζητείται ανάκληση της ανωτέρω πράξης λόγω πλάνης περί το νόμο και τα πράγματα. Ειδικότερα, προβάλλεται ότι:

α) Η προσβαλλόμενη είναι μη νόμιμη, διότι συντρέχουν εν προκειμένω οι προϋποθέσεις της διάταξης του άρθρου 132 παρ. 1 περ. γ' του ν. 4412/2016. Τούτο διότι η αύξηση του συμβατικού τιμήματος έχει καταστεί αναγκαία λόγω της αύξησης του κόστους της ενέργειας και των πρώτων υλών παρασκευής άρτου και αρτοσκευασμάτων που οφείλεται στην παγκόσμια ενεργειακή κρίση και τον

πόλεμο Ρωσίας - Ουκρανίας, ήτοι σε απρόβλεπτες για την αναθέτουσα Αρχή περιστάσεις που ανέκυψαν μετά τη σύναψη και κατά την εκτέλεση της σύμβασης, ενώ η ένδικη τροποποίηση δεν μεταβάλλει τη συνολική φύση της σύμβασης, ούτε υπερβαίνει το 50% της αξίας του αρχικού τμήματος της σύμβασης. Ουδόλως δε παραβλάπτεται ο ανταγωνισμός, δοθέντος ότι η αύξηση του κόστους παραγωγής των υπό προμήθεια προϊόντων επήλθε για όλους τους οικονομικούς φορείς, ώστε η οικονομική βάση για την υποβολή προσφοράς θα ήταν για όλους επαυξημένη.

β) Ανεξαρτήτως του ότι η ανάδοχος δήλωσε εγγράφως ότι τελείωσαν τα αποθέματα που είχε προμηθευτεί με τις τιμές επί τη βάσει των οποίων είχε συντάξει την υποβληθείσα οικονομική της προσφορά, προσκόμισε τιμολόγια τόσο προμήθειας καυσίμων για το επαγγελματικό όχημά της, όσο και αγοράς πρώτων υλών (άλευρα, γαλακτοκομικά, κ.λπ.) και ειδών συσκευασίας (καθώς τα προμηθευόμενα είδη εκ της συμβάσεως παρέχονται συσκευασμένα) που εκδόθηκαν τους τελευταίους μήνες του 2021 και, συγκριτικά, αντίστοιχα τιμολόγια που εκδόθηκαν τους μήνες Μάρτιο και Απρίλιο του 2022 τα οποία ελήφθησαν υπ' όψιν από την αναθέτουσα Αρχή. Συγκεκριμένα, προβάλλεται ότι προσκομίστηκαν τα 010604/12-3-2021, 010869/28-6-2021, 011102/8-9-2021, 011464/10-12-2021, 011749/1-3-2022 τιμολόγια του πρατηρίου καυσίμων «.....», τα 001160/10-3-2021, 003968/25-8-2021, 005401/17-11-2021, 001690/13-4-22 τιμολόγια της, τα 049313/12-3-2021, 054669/19-11-2021, 057103/1-4-2022, 057528/22-4-2022 τιμολόγια της εταιρείας «.....», τα 027310/29-10-2021, 029044/19-11-2021, 005526/28-4-22 τιμολόγια της «.....» και τα 105676/14-10-21, 401207/15-11-2021, 106508/24-3-22, 106610/8-4-22 τιμολόγια της εταιρείας «.....», από τα οποία κατά τους ισχυρισμούς της προκύπτουν οι αυξήσεις τις οποίες επικαλέστηκε. Ενδεικτικά δε εξ αυτών προκύπτει, κατά τα προβαλλόμενα, ότι η τιμή diesel προκύπτει ότι ξεκίνησε από 1,299€/λίτρο (τιμ.010604/12-3-21) τον Μάρτιο του 2021, ενώ τον Μάρτιο του 2022 αυξήθηκε σε 1,649€/λίτρο (τιμ. 011749/1-3-2022). Το αλεύρι τ.70% δυνατό 25 kgr, το οποίο κόστιζε 0,5702€/σάκο τον Μάρτιο του 2021 (τιμ. 001160/10-3-2021) τον Απρίλιο του 2022 κόστιζε 0,6702€/σάκο (τιμ. 001690/13-4-2022). Στα

υλικά συσκευασίας οι νάιλον διάφανες σακούλες, οι οποίες τιμολογήθηκαν τον Μάρτιο του 2021 2,800€/κιλό (τιμ. 049313/12-3- 2021, τον Απρίλιο του 2022 τιμολογήθηκαν τον Απρίλιο του 2022 4,100€/κιλό (τιμ. 057528/22-4-2022. Η μαγιονέζα δοχείο 2 kg από 1,840€/κιλό το Νοέμβριο του 2021 (τιμ. 029044/19-11-21) τιμολογήθηκε 2,100€/κιλό τον Απρίλιο του 2022 (τιμ. 005526/28-4-22). Το δε ηλιέλαιο από 1,549€/λίτρο το Νοέμβριο 2021 (τιμ. 401207/15-11-21 συσκευασία 10 λίτρων) σε 2,125€/λίτρο τον Απρίλιο του 2022 (τιμ. 106610/8-4-22 συσκευασία 2 λίτρων). γ) Η κρίση που εκφέρεται στην προσβαλλόμενη περί δυνατότητας κάλυψης των αναγκών σε προμηθευόμενα τρόφιμα (άρτο και αρτοσκευάσματα) με προκήρυξη νέου διαγωνισμού για το έτος 2023, κατόπιν απορροφήσεως μέσω του τρέχοντος προϋπολογισμού των κονδυλίων που έχουν προβλεφθεί να διατεθούν συνολικά για τα έτη 2022-2023, ενόψει και της ανυπαρξίας κατανομής ποσοτήτων μεταξύ των δύο αυτών ετών, και του γεγονότος ότι τα κονδύλια της σύμβασης δεν έχουν εισέτι αναλωθεί, είναι μη νόμιμη. Διότι, όπως προκύπτει από την απόφαση έγκρισης ανάληψης υποχρέωσης που θα βαρύνει τα επόμενα οικονομικά έτη του ΜΠΔΣ, από την, υπήρξε κατανομή των αναγκαίων κονδυλίων μεταξύ των οικονομικών ετών 2022- 2023, την οποία ακολούθησε και η απόφαση έγκρισης συμπληρωματικής δέσμευσης πίστωσης του Γ.Ν. Σε κάθε δε περίπτωση, θα πρέπει να ακολουθούνται υποχρεωτικά οι ορισθείσες στην σύμβαση τιμές, χωρίς να είναι δυνατή η τιμολόγηση σε τιμές υψηλότερες προκειμένου να αναλωθούν στο σύνολό τους τα κονδύλια μέχρι την εξάντληση του προϋπολογισθέντος ποσού εντός του έτους 2022 και δ) ενόψει της μεταβολής των προϋποθέσεων εκπλήρωσης των συμβατικών παροχών της προσφεύγουσας, η ένδικη τροποποίηση επιβάλλεται σε κάθε περίπτωση από τα άρθρα 200 και 288 ΑΚ που εφαρμόζονται συμπληρωματικά στις δημόσιες συμβάσεις και επιβάλλουν την καλόπιστη εκπλήρωση των συμβατικών παροχών, χωρίς η τροποποίηση αυτή να κωλύεται από την οικεία συμβατική ρήτρα περί σταθερότητας της συμβατικής τιμής κατά τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης.

8. Με βάση τα προεκτεθέντα, το Δικαστήριο κρίνει τα ακόλουθα: Οι απρόβλεπτες περιστάσεις τις οποίες επικαλείται το προσφεύγον Νοσοκομείο, ήτοι

η κατακόρυφη αύξηση τιμών στην αγορά ενέργειας σε παγκόσμια κλίμακα καθώς και η αύξηση της τιμής των πρώτων υλών, να μεν συντρέχουν, και μάλιστα τις περιστάσεις αυτές δεν μπορούσε να προβλέψει, πολλώ μάλλον να επηρεάσει ή να αποφύγει το ανωτέρω κατά τον χρόνο προκήρυξης της προμήθειας (βλ. και το 2040/13.4.2022 προαναφερθέν έγγραφο της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.). Πλην όμως, το προσφεύγον έχει το βάρος να αποδείξει ότι λόγω των απροβλέπτων αυτών περιστάσεων έχει ανατραπεί η οικονομική ισορροπία της αρχικής σύμβασης, στην οποίαν απέβλεψαν τα μέρη, και δη υπερμέτρως εις βάρος της προμηθεύτριας εταιρείας. Όμως, με την αόριστη αναφορά του στο οικείο Πρακτικό του για αύξηση κατά 50%, δηλαδή ακριβώς στο επιτρεπόμενο όριο, το Δ.Σ. του Νοσοκομείου, δεν ανταποκρίθηκε στο αποδεικτικό βάρος αυτού. Ειδικότερα, από το .../9.5.2022 Πρακτικό, με το οποίο αποφασίστηκε η ένδικη τροποποίηση, δεν προκύπτει, με αναφορά σε συγκεκριμένα συγκριτικά στοιχεία για την αύξηση του κόστους παραγωγής των προς προμήθεια ειδών ή σε άλλα στοιχεία που επηρεάζουν την τιμή τους (π.χ. μεταφορικά), πώς εξήχθη το ποσοστό αύξησης ύψους 50% της επίμαχης προμήθειας. Ο δε πίνακας που περιλαμβάνεται στο ανωτέρω Πρακτικό, στον οποίο παρατίθενται απλώς οι αναθεωρούμενες τιμές ανά προμηθευόμενο είδος άρτου/αρτοσκευάσματος, δεν περιλαμβάνει τα απαιτούμενα κατά τα ανωτέρω αποδεικτικά στοιχεία, καθόσον δεν προκύπτει ο τρόπος υπολογισμού από την αναθέτουσα Αρχή των αναθεωρημένων τιμών (βλ. και το .../9.5.2022 έγγραφο του Γραφείου Προμηθειών του Νοσοκομείου προς το Δ.Σ. αυτού με «Θέμα: ΑΙΤΗΜΑ ΓΙΑ ΑΥΞΗΣΗ ΤΩΝ ΤΙΜΩΝ ΣΤΗΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ», όπου παρατίθεται ο ίδιος πίνακας, χωρίς περαιτέρω ανάλυση). Η απαιτούμενη αιτιολογία ως προς τον τρόπο προσδιορισμού των νέων τιμών δεν προκύπτει ούτε από τα λοιπά στοιχεία του φακέλου. Συγκεκριμένα, από τα προσκομισθέντα τιμολόγια δεν προκύπτουν οι αυξήσεις στις τιμές πρώτων υλών που να δικαιολογούν την αναπροσαρμογή του συμβατικού τιμήματος κατά 50%-πέραν του ότι σε κάποιες περιπτώσεις τα στοιχεία που προσκομίζονται είναι ελλιπή, όπως ενδεικτικώς αναφέρεται ότι δεν έχει προσκομιστεί το 001690/13-4-2022 τιμολόγιο, από το οποίο, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος Νοσοκομείου, προκύπτει αύξηση της τιμής στο

αλεύρι (τ. 70% δυνατό 25kgr), από 0,5702€/σάκο τον Μάρτιο του 2021 (τιμ. 001160/10-3-2021), σε 0,6702€/σάκο τον Απρίλιο του 2022. Επίσης η τρέχουσα τιμή του ηλιελαίου δεν είναι συγκρίσιμη με την τιμή που ίσχυε προ της επικαλούμενης ενεργειακής και οικονομικής κρίσης, διότι όπως προκύπτει από το 401207/15-11-21 τιμολόγιο αρχικώς είχε αγοραστεί από την ανάδοχο συσκευασία 10 λίτρων, ενώ όπως προκύπτει από το μεταγενέστερο 106610/8-4-22 τιμολόγιο, τον Απρίλιο του 2022 είχε αγοραστεί συσκευασία 2 λίτρων. Ενόψει τούτων, αλυσιτελώς προβάλλεται ότι είχαν υποβληθεί στη Διοίκηση από την ανάδοχο τα ενώπιον του παρόντος Τμήματος προσκομιζόμενα τιμολόγια -γεγονός που, πάντως, δεν προκύπτει από το .../9.5.2022 Πρακτικό του Δ.Σ. του Νοσοκομείου ότι πράγματι συνέβη- διότι σε κάθε περίπτωση δεν αιτιολογείται προσηκόντως στο Πρακτικό αυτό, ούτε συνάγεται από τα λοιπά στοιχεία του φακέλου ο τρόπος προσδιορισμού του ποσού της αύξησης του συμβατικού τιμήματος κατά 14.234,50 ευρώ, το οποίο, μάλιστα, όπως προαναφέρθηκε, ανέρχεται στο ανώτατο επιτρεπτό από το νόμο όριο (50% X 28.468,99 ευρώ -ποσό στο οποίο ανέρχεται η τιμή κατακύρωσης). Συνεπώς, ορθώς κρίθηκε με την προσβαλλόμενη πράξη ότι κωλύεται η υπογραφή της επίμαχης τροποποιητικής σύμβασης, διότι δεν συντρέχουν οι όροι της διάταξης του άρθρου 132 παρ. 1γ' του ν. 4412/2016 για την τροποποίηση της αρχικής σύμβασης και την αυξητική αναπροσαρμογή του τιμήματος. Ειδικότερα, αφού δεν αποδεικνύεται-τεκμηριώνεται το ύψος της αυξητικής αναπροσαρμογής, δεν αποδεικνύεται ότι η επίμαχη τροποποιητική σύμβαση, δεν αποσκοπεί στην καταστρατήγηση των διατάξεων περί αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων (βλ. και προαναφερόμενο έγγραφο Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., όπου γίνεται παραπομπή στο άρθρο 132 παρ.1γ', στο οποίο τίθεται ως προϋπόθεση της εν προκειμένω επιτρεπτής τροποποίησης, η μη καταστρατήγηση των περί αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων διατάξεων). Τούτο ανεξαρτήτως του εάν μπορεί να καλυφθεί η διαφαινόμενη αύξηση του κόστους παραγωγής των υπό προμήθεια προϊόντων με απορρόφηση κονδυλίων που δεν έχουν εισέτι αναλωθεί, όπως ως εκ περισσού υποστηρίζει ο Επίτροπος, χωρίς όμως να στηρίζει την απορριπτική κρίση του στην αιτιολογία αυτή.

9. Κατά την ειδικότερη γνώμη της Αντιπροέδρου Μαρίας Βλαχάκη, αναπροσαρμογή του τιμήματος υπογραφείσας σύμβασης, χωρίς αντίστοιχη επαύξηση των συμβατικών υποχρεώσεων του αναδόχου, επιτρέπεται κατά τις διατάξεις του ν. 4412/2016 μόνο κατ' εξαίρεση όταν αυτό προβλέπεται από τα έγγραφα της σύμβασης (διακήρυξη και λοιπά τεύχη), όπως ρητά ορίζει το άρθρο 53 παρ. 1 (περ. θ') και 9, που παραπέμπει στο άρθρο 132 του ίδιου νόμου. Βάσει των διατάξεων του άρθρου 132 (παρ. 1 περ. α') επιτρέπεται η τροποποίηση των συμβάσεων ως προς το οικονομικό τους αντικείμενο όταν στα αρχικά έγγραφα της σύμβασης περιλαμβάνονται ρήτρες αναθεώρησης τιμών ή όταν πρόκειται για ήσσονος σημασίας αύξηση της αξίας της αρχικής σύμβασης (τα όρια της οποίας τίθενται στην παρ. 2 του άρθρου 132). Στις άλλες περιπτώσεις επιτρεπτών τροποποιήσεων των συμβάσεων, στις οποίες είναι δυνατή η αύξηση της τιμής ως το 50% της αρχικής αξίας, είτε υπάρχει αντίστοιχη αύξηση της αντιπαροχής του αναδόχου (συμπληρωματική σύμβαση του άρθρου 132 παρ. 1 περ. β') ή τίθεται ως προϋπόθεση η μη μεταβολή της συνολικής φύσης της σύμβασης (άρθρο 132 παρ. 1 περ. γ'). Όταν όμως προβλέπεται αναπροσαρμογή του συμφωνηθέντος τιμήματος κατά 50%, τούτο αποτελεί ουσιώδη, κατά την παρ. 4 του άρθρου 132, τροποποίηση της σύμβασης που επηρεάζει εν τέλει τη φύση αυτής, καθόσον δεν μεταβάλλει απλώς, αλλά αλλοιώνει την αρχική οικονομική ισορροπία της σύμβασης (πρβλ. ΕλΣυν Έβδομο Τμήμα 948/2022, 1277/2021). Κατόπιν τούτων, εφόσον με την προτεινόμενη τροποποίηση αυτής προβλέπεται αύξηση του τιμήματος κατά 50%, η τροποποίηση αυτή δεν είναι νόμιμη διότι πρόκειται για ουσιώδη τροποποίηση της αρχικής σύμβασης που ανατρέπει την αρχική οικονομική ισορροπία αυτής, συνεπώς και τη φύση της αρχικής σύμβασης, χωρίς να προβλέπεται τούτο με ρήτρες αναθεώρησης τιμών. Συνεπώς, για το λόγο αυτό κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης, μη απαιτούμενου να ερευνηθεί αν είναι αιτιολογημένη η επικαλούμενη αύξηση του κόστους παραγωγής των προς προμήθεια αγαθών.

10. Περαιτέρω, η προσβαλλόμενη δεν εξέφερε κρίση περί μεταβολής της συνολικής φύσης της σύμβασης ούτε περί υπέρβασης του 50% της αξίας του αρχικού τιμήματος της σύμβασης ή περί βλάβης του ανταγωνισμού, όπως

αβασίμως προβάλλεται με την υπό κρίση προσφυγή. Συνεπώς οι σχετικοί ισχυρισμοί του προσφεύγοντος Νοσοκομείου είναι απορριπτέοι, καθόσον δεν πλήττουν την αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης.

11. Τέλος, όπως έγινε ερμηνευτικώς δεκτό στη σκέψη 5 της παρούσης, η επιχειρούμενη τροποποίηση ουσιωδών όρων της σύμβασης κατά το παρόν στάδιο, δεν δύναται να θεμελιωθεί ούτε στις διατάξεις των άρθρων 200 και 288 του Αστικού Κώδικα, διότι, ανεξαρτήτως του ότι οι τελευταίες δύνανται να ενεργοποιηθούν διορθωτικά μόνον από το δικαστή της σύμβασης κατά την εκτέλεση αυτής, δεν εφαρμόζονται συμπληρωματικώς στις δημόσιες συμβάσεις, στις περιπτώσεις που το ανακύπτει ζήτημα αντιμετωπίζεται από τις ειδικές για την εκτέλεση των συμβάσεων αυτών διατάξεις, όπως είναι εν προκειμένω οι διατάξεις του άρθρου 132 ν. 4412/2016, δυνάμει των οποίων και μόνον μπορεί να τροποποιηθεί μια σύμβαση από την αναθέτουσα αρχή.

12. Με τα δεδομένα αυτά ορθώς κρίθηκε με την προσβαλλόμενη πράξη, έστω και με εν μέρει διαφορετική αιτιολογία, ότι κωλύεται η υπογραφή της ελεγχόμενης σύμβασης, καθόσον δεν πληρούνται οι σωρευτικώς τασσόμενες προϋποθέσεις της διάταξης της παραγράφου 1 του άρθρου 132 του ν. 4412/2016, κατ' επίκληση της οποίας επιχειρείται η τροποποίηση της αρχικώς συναφθείσας μεταξύ του Γ.Ν. και της εταιρείας «.....», σύμβασης.

13. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω πρέπει η κρινόμενη προσφυγή ανάκλησης και η ασκηθείσα υπέρ αυτής παρέμβαση να απορριφθούν στο σύνολό τους.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την κρινόμενη προσφυγή και την υπέρ αυτής ασκηθείσα παρέμβαση.

Δεν ανακαλεί την Πράξη του Αναπληρωτή Επιτρόπου στην Υπηρεσία Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου στο Νομό

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 6 Ιουλίου 2022.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΑΡΙΑ ΒΛΑΧΑΚΗ**

**Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ ΣΥΜΒΟΥΛΟΣ
ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΑΒΒΑΔΙΑ-
ΚΩΝΣΤΑΝΤΑΡΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ**

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριο του 5ου Τμήματος
Διακοπών του Δικαστηρίου την 1^η Αυγούστου 2022.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ – ΕΛΙΣΑΒΕΤ
ΚΟΥΛΟΥΜΠΙΝΗ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΜΑΡΙΑ ΦΟΡΤΣΕΡΑ**