

**ΤΜΗΜΑ ΕΒΔΟΜΟ
(Ζ΄ ΔΙΑΚΟΠΩΝ)**

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του στις 17 Αυγούστου 2022 με την εξής σύνθεση: Γεωργία Μαραγκού, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Ζ΄ Τμήματος Διακοπών, Νικολέτα Ρένεση και Ελένη Σκορδά, Σύμβουλοι, Παναγιώτα Τάγαρη και Ελένη Καραγιάννη, Πάρεδροι, οι οποίες μετέχουν με συμβουλευτική ψήφο

Γενικός Επίτροπος της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο: Παραστάθηκε η Αντεπίτροπος της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο Ειρήνη Κατσικέρη κωλυομένου του Γενικού Επιτρόπου της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο.

Γραμματέας: Αναστάσιος Θεράπων – Λώλης, υπάλληλος του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 5.8.2022 (με Α.Β.Δ.) προσφυγή:

Του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου Ο.Τ.Α, Α΄ βαθμού με την επωνυμία «Δήμος, που εδρεύει στον (.....) και εκπροσωπείται νόμιμα, το οποίο παραστάθηκε διά 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) του πληρεξουσίου δικηγόρου του Παναγιώτη Πούλιου (Α.Μ. Δ.Σ.Α. 26369).

Για την ανάκληση της πράξης της Υπηρεσίας Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου ΟΤΑ .. στο Δήμο

Το Ελληνικό Δημόσιο εκπροσωπείται νόμιμα από τον Υπουργό Οικονομικών, ο οποίος παραστάθηκε δια της Παρέδρου του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους Μαρίας Γραμματικάκη.

Κατά τη συνεδρίαση που ακολούθησε το Δικαστήριο άκουσε:

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

Την Αντεπίτροπο της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο, η οποία πρότεινε την απόρριψη της αίτησης.

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.

Αφού άκουσε την εισήγηση της Συμβούλου Ελένης Σκορδά

Μελέτησε τα στοιχεία του φακέλου

Σκέφθηκε σύμφωνα με τον νόμο:

1. Για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής ανάκλησης δεν απαιτείται η καταβολή παραβόλου (βλ. άρθρο 308 παρ. 3 του ν. 4700/2020, 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. Με την ένδικη προσφυγή ζητείται η ανάκληση της πράξης της Επιτρόπου στην Υπηρεσία Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου ΟΤΑ ... στο Δήμο με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η τροποποίηση του σχεδίου σύμβασης μεταξύ του προσφεύγοντος Δήμου και της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» για την προμήθεια φρέσκου γάλακτος για τις ανάγκες του εργατοτεχνικού προσωπικού του Δήμου.

3. Η προσφυγή αυτή, έχει ασκηθεί εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτός και συνεπώς είναι τυπικώς δεκτή και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω ως προς τη βασιμότητα των προβαλλομένων δι' αυτής λόγων.

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 ουσιώδης 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 1363/2022, 1242, 91/2021, VI Τμ. 639/2020, Στ' Κλιμ. 271/2022). 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. 1363/2022, 1242, 91/2021, Στ' Κλιμ. 372/2021, 154/2022).

5.1. Στην υπό κρίση υπόθεση, από την πράξη της οποίας ζητείται η ανάκληση καθώς και από τα λοιπά στοιχεία του φακέλου, προκύπτουν τα ακόλουθα πραγματικά περιστατικά:

5.2. Με την απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, εγκρίθηκε η μελέτη της Διεύθυνσης Οικονομικών

Υπηρεσιών, οι τεχνικές προδιαγραφές και οι όροι της διακήρυξης για τη διεξαγωγή του διεθνούς ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την «προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες του κοινωνικού παντοπωλείου του Δήμου και του ν.π.δ.δ. καθώς και γάλακτος για το προσωπικό του Δήμου και των ν.π.δ.δ. και, διάρκειας δύο (2) ετών με δικαίωμα προαίρεσης» προϋπολογιζόμενης δαπάνης 889.540,93 ευρώ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α, και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Από την εν λόγω μελέτη προκύπτει για τα έτη 2020 έως 2022 η ανάγκη προμήθειας για το εργατοτεχνικό προσωπικό του Δήμου 195.264 λίτρων φρέσκου γάλακτος με δικαίωμα προαίρεσης 20% προϋπολογισθείσας δαπάνης 39.052,80 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α.. Σχετικώς δημοσιεύθηκε η διακήρυξη στην οποία το φρέσκο γάλα για τις ανάγκες του εργατοτεχνικού προσωπικού του Δήμου ορίσθηκε ως είδος Γ΄ της προμήθειας. Κατά το μέρος που αφορούσε το είδος αυτό μειοδότηρα αναδείχθηκε η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «..... ..», κατόπιν της απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου. Με την πράξη της Υπηρεσίας Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου ΟΤΑ .. στο Δήμο κρίθηκε ότι δεν κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης μεταξύ του Δήμου και της προαναφερόμενης εταιρείας και ακολούθως υπεγράφη η σύμβαση (ΑΔΑΜ) για την «προμήθεια γάλακτος για το εργατοτεχνικό προσωπικό του Δήμου, διάρκειας δύο (2) ετών, με δικαίωμα προαίρεσης». Ειδικότερα στο άρθρο 1 της εν λόγω σύμβασης ορίσθηκε ως αντικείμενο αυτής η προμήθεια 195.264 λίτρων φρέσκου γάλακτος, με τιμή μονάδας 0,78 ανά λίτρο και τελική τιμή συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 172.105,69 ευρώ πλέον δικαιώματος προαίρεσης 44.129,66 ευρώ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. (39.052,80 ευρώ, χωρίς Φ.Π.Α.), ήτοι συνολική δαπάνη σύμβασης 216.235,35 ευρώ με Φ.Π.Α. Στο άρθρο 2 της ίδιας σύμβασης ορίσθηκε ως διάρκεια αυτής το χρονικό διάστημα από 7.1.2021 έως 6.1.2023 ενώ κατά το ίδιο άρθρο η αναθέτουσα αρχή ήταν δυνατόν να ενεργοποιήσει μονομερώς τον όρο της προαίρεσης με αντίστοιχη

παράταση της σύμβασης εφόσον αυτό απαιτείτο για την εύρυθμη λειτουργία του Δήμου και με την προϋπόθεση ότι δεν θα υπήρχε υπέρβαση του αρχικού συμβατικού ποσού ή των αρχικών συμβατικών ποσοτήτων. Κατά το ίδιο άρθρο η αναθέτουσα αρχή διατηρούσε το δικαίωμά της να μην εξαντλήσει τις συμβατικές ποσότητες και το συμβατικό ποσό. Περαιτέρω, στο άρθρο 6 της σύμβασης αυτής προβλέφθηκε ότι η σύμβαση θα μπορούσε να τροποποιείται κατά τη διάρκειά της χωρίς να απαιτείται νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης μόνο σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις του άρθρου 132 του ν. 4412/2016 και κατόπιν γνωμοδότησης της Επιτροπής της περ. β' της παρ. 1 του άρθρου 221 του ν. 4412/2016.

5.3. Μετά την υπογραφή της ως άνω σύμβασης η ανάδοχος εταιρεία ζήτησε από το Τμήμα Προμηθειών του Δήμου με το έγγραφό της την αναπροσαρμογή της τιμής μονάδας ανά λίτρο φρέσκου γάλακτος από 0,78 ευρώ πλέον 13% Φ.Π.Α σε 0,95 ευρώ πλέον 13% Φ.Π.Α με την αιτιολογία ότι από το τέλος του έτους 2021 και ειδικότερα από την έναρξη του πολέμου οι τιμές των πρώτων υλών (γάλα), ειδών συσκευασίας, ενέργειας, κόστους διανομής κ.α είχαν εκτοξευθεί και το κόστος των προϊόντων είχε διπλασιαστεί. Στο ίδιο έγγραφο εξέθεσε ότι δεν ήταν δυνατόν να απορροφήσει εφεξής στο τελικό προϊόν τα ως άνω κόστη, τα οποία περαιτέρω δεν σταθεροποιούνταν αλλά συνέχιζαν να αυξάνονται καθώς και ότι η συνέχιση των παραδόσεων με την ίδια τιμή θα είχε ως συνέπεια την πτώχευση της εταιρείας. Με το εν λόγω αίτημα συνυποβλήθηκαν τα ακόλουθα: (α) έγγραφο της αναδόχου εταιρείας, στο οποίο αναφέρονται τα κάτωθι κόστη για την εταιρεία: αύξηση κόστους πρώτης ύλης (πριν από το Μάρτιο 8,35%, το Μάρτιο 11,1%) ποσοστό συμμετοχής στο κόστος 40%, αύξηση καυσίμων (πριν από το Μάρτιο 1,21%, το Μάρτιο 1,57%) ποσοστό συμμετοχής στο κόστος 30%, αύξηση κόστους συσκευασίας 1 (πριν από το Μάρτιο 0,13%, το Μάρτιο 0,14%), ποσοστό συμμετοχής στο κόστος 5%, αύξηση κόστους συσκευασίας 2 (πριν από το Μάρτιο 0,68%, το Μάρτιο 0,70%), ποσοστό συμμετοχής στο κόστος 5%, αύξηση τιμής ρεύματος (πριν από το Μάρτιο 0,26%, το Μάρτιο 0,31%) ποσοστό συμμετοχής στο κόστος 20%. Στο ίδιο έγγραφο παρατίθεται πίνακας σύμφωνα με τον οποίο κατόπιν των άνω

μεταβολών 32,9%, 29,8%, 8,0%, 2,9% και 18,1% η μεσοσταθμική αύξηση κόστους για την ανάδοχο εταιρεία ανήλθε σε 26,3 %. Συνολικά το ποσοστό συμμετοχής στο κόστος της ίδιας εταιρείας, σύμφωνα με το ίδιο έγγραφο, ανήλθε σε 100%. (β) Το τιμολόγιο του κτηνοτρόφου από το οποίο προκύπτει αγορά από την ανάδοχο εταιρεία 27.050 κιλών φρέσκου γάλακτος αγελάδος με τιμή μονάδος 0,44 ευρώ και συνολικής αξίας συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 13.418,31 ευρώ. (γ) Το τιμολόγιο του αγελαδοτρόφου από το οποίο προκύπτει αγορά από την ανάδοχο εταιρεία 40.866 κιλών γάλακτος αγελάδος με τιμή μονάδας 0,42 ευρώ, συνολικής αξίας συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 19.352,09 ευρώ. (δ) Το τιμολόγιο του κτηνοτρόφου από το οποίο προκύπτει αγορά 12.460 κιλών φρέσκου γάλακτος αγελάδος με τιμή μονάδος 0,57 ευρώ και συνολικής αξίας συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 8.025,49 ευρώ. (ε) Το δελτίο αποστολής της ανώνυμης εταιρείας με τον διακριτικό τίτλο «.....», από το οποίο προκύπτει, μεταξύ άλλων, η αγορά από την ανάδοχο εταιρεία 1.043 φιαλών διαφανών γάλακτος – χυμού 1 λίτρου (29,5 gr) με τιμή μονάδας 0,125 ευρώ και καθαρής αξίας χωρίς Φ.Π.Α. 130,38 ευρώ, 480 φιαλών διαφανών τετράγωνων pet 10 λίτρων 156,5gr, με τιμή μονάδας 0,68 ευρώ και καθαρής αξίας χωρίς Φ.Π.Α. 326,40 ευρώ, η αγορά 5 ξύλινων παλετών πλαστικών με τιμή μονάδας 5,00 ευρώ και συνολικά 25 ευρώ. (στ) Το δελτίο αποστολής της ίδιας ως άνω εταιρείας από το οποίο προκύπτει η αγορά 1.043 φιαλών διαφανών γάλακτος – χυμού 1 λίτρου (29,5 gr) με τιμή μονάδας 0,135 ευρώ και καθαρής αξίας χωρίς ΦΠΑ 140,80 ευρώ, 120 φιαλών διαφανών τετράγωνων 10 λίτρων 156,5gr, με τιμή μονάδας 0,70 ευρώ και καθαρής αξίας χωρίς Φ.Π.Α. 84,00 ευρώ, η αγορά 3 ξύλινων παλετών πλαστικών με τιμή μονάδας 5,00 ευρώ και συνολικά 15 ευρώ. (ζ) Το τιμολόγιο της εταιρείας «.....» από το οποίο προκύπτει, μεταξύ άλλων, η αγορά από την ανάδοχο εταιρεία 1.000 κιλών promil k 731 με τιμή μονάδας 8,35 ευρώ και συνολικής αξίας χωρίς Φ.Π.Α. 8.350,00 ευρώ. (η) το

2012/25.5.2022 τιμολόγιο της ίδιας ως άνω εταιρείας από το οποίο προκύπτει η αγορά 600 κιλών promil k 731 με τιμή μονάδας 11,10 ευρώ και συνολικής αξίας χωρίς Φ.Π.Α. 6.660,00 ευρώ, (η) λογαριασμός ρεύματος που εκδόθηκε στις 8.2.2022 και αφορά στην περίοδο κατανάλωσης από 1.1.2022 έως 31.1.2022 σύμφωνα με τον οποίο για 35.745,00 KWH και 24.148,00 KWH έναντι 0,26355 ευρώ ανά KWH το τελικό πληρωτέο ποσό ανήλθε σε 14.377,80 ευρώ με Φ.Π.Α. (θ) Λογαριασμός ρεύματος που εκδόθηκε στις 6.4.2022 και αφορά στην περίοδο κατανάλωσης από 1.3.2022 έως 31.3.2022 σύμφωνα με τον οποίο για 28.806,60 KWH και 20.920,80 KWH έναντι 0,31134 ευρώ ανά KWH το τελικό πληρωτέο ποσό ανήλθε σε 14.682,21 ευρώ με Φ.Π.Α. (ι) Το τιμολόγιο του πρατηρίου υγρών καυσίμων της, από το οποίο προκύπτει η αγορά 3.650 λίτρων πετρελαίου κίνησης με τιμή λίτρου 1,57 ευρώ, καθαρής αξίας χωρίς Φ.Π.Α. 5.730,50 ευρώ και (ια) το τιμολόγια της ίδιας πρατηριούχου από το οποίο προκύπτει η αγορά διαφόρων ποσοτήτων πετρελαίου κίνησης (300,13 + 950,18 + 1.300,25 + 949,97) με τιμή μονάδας ανά λίτρο 1,21 ευρώ, συνολικής αξίας 4.260 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.

5.4. Η Επιτροπή Παρακολούθησης και Παραλαβής Προμηθειών Συμβάσεων στο Δήμο, εισηγήθηκε, με το από 22.6.2022 πρακτικό της στην Οικονομική Επιτροπή την τροποποίηση της προαναφερόμενης συμβάσεως, με αναπροσαρμογή τιμής, ήτοι από 0,78 ευρώ ανά λίτρο φρέσκου γάλακτος σε 0,95 ευρώ ανά λίτρο. Στο ίδιο πρακτικό αναφέρεται ότι ελήφθησαν υπόψη, μεταξύ άλλων (i) το αίτημα της αναδόχου εταιρείας με τα προαναφερόμενα δικαιολογητικά στοιχεία που συνυποβλήθηκαν, (ii) το 2040/13.4.2022 έγγραφο της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, το οποίο εκδόθηκε λόγω υποβληθέντων ερωτημάτων ως προς την επίδραση μεταξύ άλλων στις ήδη συναφθείσες συμβάσεις της αύξηση των τιμών των αγαθών στην αγορά λόγω της ενεργειακής κρίσης καθώς και της σύρραξης στην Ουκρανία στο οποίο ειδικότερα αναφέρεται ότι εφόσον συντρέχουν απρόβλεπτες περιστάσεις, όπως η αύξηση των τιμών προϊόντων, λόγω των εν θέματι γεγονότων που δεν οφείλονται σε υπαιτιότητα

της αναθέτουσας αρχής, παρέχεται η δυνατότητα, κατόπιν γνωμοδότησης του αρμοδίου συλλογικού οργάνου, τροποποίησης των συναφθεισών συμβάσεων και αναπροσαρμογής της συμβατικής τιμής σε ποσοστό έως 50% επί της αξίας της αρχικής σύμβασης, υπό την τήρηση και των λοιπών σωρευτικών προϋποθέσεων που προβλέπονται στην περ. γ' της παρ. 1 του άρθρου 132. (iii) το γεγονός ότι η ανάγκη τροποποίησης οφείλεται σε απρόβλεπτες περιστάσεις (αύξηση τιμών, αύξηση κόστους ρεύματος και καυσίμων, αύξηση κόστους διανομής), (iv) το ποσοστό αύξησης της τιμής μονάδος που αιτούνταν η ανάδοχος εταιρεία (παλαιά τιμή μονάδος 0,78 ανά λίτρο πλέον Φ.Π.Α. 13% X 21,79% ποσοστό αύξησης= 0,95 ευρώ ανά λίτρο πλέον 13% Φ.Π.Α.) ήταν στο πλαίσιο του υπολογισμού της αύξησης κόστους που κατέθεσε με το αίτημά της η ανάδοχος εταιρεία και (v) την ύπαρξη διαθέσιμης πίστωσης έτους 2022, η οποία επαρκούσε για να καλύψει τη σχετική δαπάνη καθώς και τη σχετική πρόβλεψη που θα διενεργούνταν για το οικονομικό έτος 2023. Κατά την Επιτροπή η τιμολογημένη ποσότητα γάλακτος ανέρχεται σε 74.730,00 λίτρα γάλακτος συνολικής δαπάνης με Φ.Π.Α. 65.867,02 ευρώ (58.289,40 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α.) το δε υπόλοιπο της σύμβασης προς τιμολόγηση ανέρχεται σε 120.534 λίτρα συνολικής δαπάνης 129.393,25 ευρώ με Φ.Π.Α. το δε δικαίωμα προαίρεσης παρέμεινε στο ποσό των 44.129,66 ευρώ με Φ.Π.Α. και το τελικό ποσό της σύμβασης διαμορφώθηκε σε 239.389,93 ευρώ με Φ.Π.Α. Κατά την Επιτροπή η αύξηση που θα προκύψει στη σύμβαση ανέρχεται στο ποσό των 23.154,58 ευρώ (239.389,93 ευρώ – 216.235,35 ευρώ) ήτοι η αύξηση του συμβατικού ποσού ανέρχεται στο 10,708%, ενώ η προαναφερόμενη ποσότητα λίτρων γάλακτος ήταν η μέγιστη που θα χρειαζόταν ο Δήμος για την κάλυψη των αναγκών του λαμβανομένου υπόψη τις μέχρι τώρα τιμολογημένες ποσότητες στην τρέχουσα σύμβαση και τις προβλέψεις προσλήψεων εποχικού προσωπικού. Το ως άνω πρακτικό εγκρίθηκε με την απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής σε εκτέλεση δε αυτής συντάχθηκε το υποβληθέν στην Υπηρεσία Επιτρόπου σχέδιο τροποποίησης της σύμβασης.

6. Με την προσβαλλόμενη πράξη της Υπηρεσίας Επιτρόπου κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή περί τροποποίησης της σύμβασης διότι δεν συντρέχουν σωρευτικά οι προϋποθέσεις που τίθενται με τις διατάξεις του άρθρου 132 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή επέλεξε τη διαδικασία της τροποποίησης της σχετικής σύμβασης προκειμένου να αποφύγει τη διενέργεια διαγωνιστικής διαδικασίας. Τούτο διότι προέβη στην επαύξηση του οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης αν και τα σχετικά κονδύλια της σύμβασης δεν είχαν ακόμη αναλωθεί. Κατά την Επίτροπο προκειμένου να υπάρχει ορθολογική διαχείριση του προϋπολογισμού και υπέρ της ανάπτυξης ανταγωνισμού, συμβάσεις οι οποίες στηρίζονται σε δεδομένα τιμών μη ανταποκρινόμενα στις υφιστάμενες τιμές της αγοράς και οι οποίες καλύπτουν πάγιες και διαρκείς ανάγκες πρέπει να λήγουν όσο το δυνατόν πιο σύντομα, η δε αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε να προκηρύξει άμεσα διαγωνισμό για την κάλυψη των αναγκών της και μέχρι την ολοκλήρωσή του να κάνει χρήση των κονδυλίων της σύμβασης που δεν έχουν ακόμα αναλωθεί.

7. Ο Δήμος προβάλλει ότι η τροποποίηση της σύμβασης οφείλεται σε απρόβλεπτες περιστάσεις (αύξηση τιμών πρώτης ύλης γάλακτος, αύξηση τιμών συσκευασίας, ενεργειακή κρίση λόγω πολέμου, αύξηση κόστους ρεύματος και καυσίμων, αύξηση κόστους διανομής κλπ.), η αύξηση δε αυτή δεν οφείλεται σε υπαιτιότητα του Δήμου, ενώ περαιτέρω η ανάδοχος εταιρεία προσκόμισε στοιχεία από τα οποία αποδεικνύεται η αύξηση του οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης εις βάρος της. Περαιτέρω, το γεγονός ότι δεν έχουν αναλωθεί τα κονδύλια της αρχικής σύμβασης δεν συνιστά διακωλυτικό λόγο της τροποποιητικής σύμβασης. Σε κάθε περίπτωση το δικαίωμα προαίρεσης ποσού 39.052,80 ευρώ ενεργοποιείται μετά τη λήξη της σύμβασης. Επιπρόσθετα, επικαλείται το 2040/13.4.2022 έγγραφο της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, στο οποίο επισημαίνεται η δυνατότητα τροποποίησης των ήδη συναφθεισών συμβάσεων, για τις οποίες υπάρχει σχετικό αίτημα αναπροσαρμογής τιμής λόγω της ενεργειακής κρίσης, της κρίσης στην Ουκρανία και των συνεχιζόμενων συνεπειών της πανδημίας. Τέλος, ισχυρίζεται ότι δεν υπήρχε σκοπός καταστρατήγησης των διατάξεων του ν. 4412/2016 από την

αναθέτουσα αρχή δεδομένου ότι με την υποβολή αιτήματος για σύνταξη μελετών από τον Ιούνιο του έτους 2022 έχει ήδη ξεκινήσει τη διαδικασία για την προκήρυξη νέου διαγωνισμού τον Σεπτέμβριο του ίδιου έτους.

8.1. Με βάση τα προεκτεθέντα το Δικαστήριο κρίνει τα ακόλουθα: Η εγκριθείσα με την απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου τροποποίηση της σύμβασης, η οποία προέκυψε λόγω της αυξητικής αναπροσαρμογής της τιμής μονάδας φρέσκου γάλακτος οφείλεται στην αύξηση της τιμής μονάδας της πρώτης ύλης, της συσκευασίας του γάλακτος, καθώς και στην αύξηση των τιμών στην αγορά ενέργειας σε παγκόσμια κλίμακα. Οι περιστάσεις αυτές, δεν μπορούσαν να προβλεφθούν κατά τον χρόνο της προκήρυξης της προμήθειας φρέσκου γάλακτος καθόσον οφείλονται στις συνθήκες που διαμορφώθηκαν στην αγορά ενέργειας κυρίως λόγω της κρίσης στην Ουκρανία και της πανδημίας covid 19 (βλ. και το προαναφερόμενο 2040/13.4.2022 έγγραφο τη Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.).

8.2. Από την εν λόγω απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής προκύπτει ότι λόγω των ανωτέρω προβλέπτων περιστάσεων έχει ανατραπεί η οικονομική ισορροπία στην οποία απέβλεψαν αμφότερα τα συμβαλλόμενα μέρη εις βάρος της αναδόχου εταιρείας κατά τρόπο που δεν μπορούσε να είχε προβλεφθεί κατά τον χρόνο κατάρτισης της αρχικής προκήρυξης, ούτε μεταγενέστερα κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Συγκεκριμένα, από την απόφαση αυτή αποδεικνύεται ότι η ανατροπή της οικονομικής ισορροπίας της σύμβασης εις βάρος της αναδόχου εταιρείας οφείλεται στην αύξηση του κόστους του τελικού προϊόντος (μεσοσταθμική αύξηση κόστους 26,32% από το Μάρτιο 2022 και εφεξής), το οποίο ενόψει και των συνεχιζόμενων ανατιμήσεων δεν ήταν δυνατόν να απορροφηθεί από την ανάδοχο εταιρεία. Η αύξηση του κόστους του τελικού προϊόντος και η μη δυνατότητα απορρόφησής από την ανάδοχο εταιρεία προκύπτουν από τα δικαιολογητικά στοιχεία που προσκόμισε η ανάδοχος και έλαβε υπόψη η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου. Ειδικότερα, από τα συνυποβαλλόμενα με το αίτημα της μειοδότης αναπροσαρμογής της τιμής μονάδας φρέσκου γάλακτος δικαιολογητικά στοιχεία

προκύπτουν (i) ως προς την πρώτη ύλη του γάλακτος αύξηση της τιμής μονάδας κατά 0,13 έως 0,15 ευρώ δεδομένου ότι στις 28.2.2022 και στις 3.3.2022 η τιμή μονάδας του προμηθευθέντος από την ανάδοχο εταιρεία γάλακτος ήταν 0,44 ευρώ και 0,42 ευρώ, αντιστοίχως, ενώ στις 6.6.2022 η τιμή μονάδας του φρέσκου γάλακτος για την ανάδοχο εταιρεία ανήλθε σε 0,57 ευρώ, (ii) ως προς την πρώτη ύλη Promil k 731 αύξηση της τιμής ανά τεμάχιο αφού στις 2.2.2022 το προϊόν είχε κόστος για την ανάδοχο 8,35 ευρώ ανά τεμάχιο, ενώ στις 25.5.2022 το κόστος του ίδιου προϊόντος ανήλθε σε 11,10 ευρώ ανά τεμάχιο, (iii) αύξηση των τιμών συσκευασίας του γάλακτος αφού στις 1.3.2022 η τιμή μονάδας της διάφανης στρογγυλής φιάλης του ενός λίτρου καθώς και της διάφανης τετράγωνης φιάλης των δέκα λίτρων ανέρχονταν σε 0,125 ευρώ και 0,68 ευρώ ανά τεμάχιο ενώ στις 11.4.2022 η τιμή μονάδας των ιδίων ειδών ανέρχονταν σε 0,135 ευρώ και 0,70 ευρώ αντιστοίχως, (iv) αύξηση των τιμών ηλεκτρικού ρεύματος δεδομένου ότι στις 8.2.2022 η τιμή μονάδας ανά KWH ανέρχονταν σε 0,26355 ευρώ, ενώ στις 6.4.2022 η τιμή μονάδας ανά KWH ανέρχονταν σε 0,31134 ευρώ, (v) αύξηση των τιμών του πετρελαίου κίνησης καθώς στις 4.2.2022 για περίοδο κατανάλωσης από 1.1. έως 31.12.2022 η τιμή μονάδας αυτού ήταν 1,217 ευρώ ανά λίτρο ενώ στις 29.3.2022 για περίοδο κατανάλωσης από 1.3.έως 31.3.2022 ανήλθε στα 1,57 ευρώ ανά λίτρο.

8.3. Το Δικαστήριο κρίνει περαιτέρω ότι με την επιχειρούμενη τροποποίηση δεν μεταβάλλεται η συνολική φύση της σύμβασης δεδομένου ότι αναπροσαρμόζεται μόνον αυξητικά κατά 21,79 % η συμφωνηθείσα τιμή μονάδας με συνακόλουθη αύξηση της τελικής τιμής του συμβατικού αντικειμένου κατά 23.154,58 ευρώ, που αντιστοιχεί σε ποσοστό 10,70% περίπου. Συγκεκριμένα, δεν μεταβάλλεται η ποσότητα των λίτρων γάλακτος που πρόκειται να προμηθευτεί ο Δήμος
....., δεδομένου ότι έχουν τιμολογηθεί με τιμή μονάδας 0.78 ανά λίτρο 74.730 λίτρα γάλακτος, ενώ πρόκειται να τιμολογηθούν με την νέα τιμή 120.534 (195.264-74.730) λίτρα γάλακτος, ήτοι εντός της προβλεπόμενης με την αρχική σύμβαση ποσότητας (195.264 λίτρα φρέσκου γάλακτος)

8.4. Από τη μη ανάλωση των κονδυλίων που είχαν προβλεφθεί για την αρχική σύμβαση αφού μέχρι τώρα έχουν τιμολογηθεί 74.730 λίτρα φρέσκου γάλακτος έναντι 195.264 λίτρων συνολικής ποσότητας, δεν συνάγεται πρόθεση αποφυγής εφαρμογής των διατάξεων του ν. 4412/2016, δεδομένου ότι τα υπόλοιπα 120.534 λίτρα φρέσκου γάλακτος που αντιστοιχούν στις ανάγκες του Δήμου, δεν δύνανται, λόγω της προαναφερόμενης διατάραξης της οικονομικής ισορροπίας της σύμβασης σε βάρος της αναδόχου εταιρείας, να τιμολογηθούν με την αρχική τιμή 0,78 ευρώ ανά λίτρο. Άλλωστε, δεν προβάλλεται από την Επιτροπο, ούτε αποδεικνύεται από τα στοιχεία του φακέλου που τέθηκαν υπόψη του Τμήματος, ότι υπάρχει διαθέσιμη από την ανάδοχο εταιρεία ποσότητα φρέσκου γάλακτος δυνάμενη να τιμολογηθεί με την αρχική τιμή που είχε προσφέρει η ανάδοχος εταιρεία ανά λίτρο φρέσκου γάλακτος πριν από την τροποποίηση.

8.5. Τούτων δοθέντων το Τμήμα κρίνει ότι συντρέχουν οι όροι της διάταξης του άρθρου 132 παρ. 1γ' του ν.4412/2016 για την τροποποίηση της αρχικής σύμβασης και την αυξητική αναπροσαρμογή της τιμής του συμβατικού αντικειμένου κατά 23.154,58 ευρώ, κατά τα αναφερόμενα στην απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου.

9. Κατ' ακολουθίαν των προεκτεθέντων, πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη προσφυγή, να ανακληθεί η προσβαλλόμενη πράξη της Υπηρεσίας Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου ΟΤΑ ... στο Δήμο και να υπογραφεί το σχέδιο της ελεγχόμενης σύμβασης.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την με Α.Β.Δ. προσφυγή του ν.π.δ.δ. Ο.Τ.Α. Α' βαθμού με την επωνυμία «Δήμος

Ανακαλεί την προσβαλλόμενη πράξη της Επιτρόπου στην Υπηρεσία Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου ΟΤΑ ... στο Δήμο

Αποφαίνεται ότι δεν κωλύεται η υπογραφή του υποβληθέντος προς έλεγχο

σχεδίου τροποποίησης σύμβασης μεταξύ του Δήμου και της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» για την «Προμήθεια γάλακτος για το εργατοτεχνικό προσωπικό Δήμου, διάρκειας δύο (2) ετών, με δικαίωμα προαίρεσης», το οποίο (σχέδιο) επισυνάπτεται στην παρούσα απόφαση και αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε σε τηλεδιάσκεψη, στις 19 Αυγούστου 2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΓΕΩΡΓΙΑ ΜΑΡΑΓΚΟΥ

Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ ΣΥΜΒΟΥΛΟΣ
ΕΛΕΝΗ ΣΚΟΡΔΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση του Ι Τμήματος Διακοπών στο ακροατήριό του, στις 5 Σεπτεμβρίου 2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ANNA ΛΙΓΩΜΕΝΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ