

Αριθμ. Απόφ 2105/2020

Κατηγορία: Προσυμβατικές διαφορές (Έργα)

Περίληψη: Προϋποθέσεις σύναψης συμπληρωματικής σύμβασης. Επίκληση εντοπισμού κατά την εκτέλεση του έργου παλαιών μη χαρτογραφημένων Δικτύων Ο.Κ.Ω.. Απόρριψη προσφυγής ανάκλησης.

ΕΒΔΟΜΟ ΤΜΗΜΑ

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, στις 6 Οκτωβρίου 2020, με την ακόλουθη σύνθεση: Σωτηρία Ντούνη, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Εβδόμου Τμήματος, Δέσποινα Καββαδία – Κωνσταντάρα και Ευαγγελία Σεραφή, Σύμβουλοι, Ιωάννης Καλακίκος και Ευπραξία Δημολιού, Πάρεδροι με συμβουλευτική ψήφο.

Γενικός Επίτροπος της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο: δεν παρέστη, σύμφωνα με το άρθρο 223 παρ. 2 του ν. 4700/2020 σε συνδυασμό με τα Πρακτικά της 1ης Οκτωβρίου 2020 της Ολομέλειας της Γενικής Επιτροπείας της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο.

Γραμματέας: Πελαγία Κρητικού, Προϊσταμένη Τμήματος, υπάλληλος του Ελεγκτικού Συνεδρίου με βαθμό Α΄.

Για να αποφασίσει σχετικά με την με αριθ. πρωτ./30.9.2020 (ΑΒΔ/2020) προσφυγή:

του Δήμου, νομίμως εκπροσωπούμενου, που εδρεύει στη (οδός) και παραστάθηκε δια του πληρεξουσίου του δικηγόρου Γρηγορίου Χ. Μιχαηλόπουλου (ΑΜ ΔΣΑ 80556).

Για την ανάκληση της/2020 Πράξης της Αναπληρώτριας Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου στην

Κατά τη συνεδρίαση το Δικαστήριο άκουσε:

Τον πληρεξούσιο δικηγόρο του αιτούντος, ο οποίος ζήτησε να γίνει δεκτή η προσφυγή ανάκλησης.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το Δικαστήριο συνήλθε σε διάσκεψη, με την παρουσία όλων των ανωτέρω μελών του.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά το Νόμο και

Αποφάσισε τα ακόλουθα :

1. Με την υπό κρίση προσφυγή, για την οποία δεν απαιτείται η καταβολή παραβόλου (βλ. άρθρο 24 παρ. 9 του ν. 2860/2000, Α' 251, σε συνδυασμό με το 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' 127/29.6.2020), όπως οι λόγοι αυτής αναπτύσσονται με το παραδεκτώως κατατεθέν στις2020 υπόμνημα, ζητείται η ανάκληση της/2020 Πράξης της Αναπληρώτριας Επιτρόπου στην Υπηρεσία Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου στην, με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή του υποβληθέντος για έλεγχο σχεδίου της 1^{ης} συμπληρωματικής σύμβασης ανάθεσης εκτέλεσης του έργου με τίτλο «.....», από τον ήδη προσφεύγοντα Δήμο στον εργολήπτη, συμβατικού τιμήματος 75.085,46 ευρώ, χωρίς Φ.Π.Α.. Η προσφυγή έχει ασκηθεί νομοτύπως και εμπροθέσμως κατ' άρθρο 328 του ν. 4700/2020, ως εκ τούτου είναι τυπικά δεκτή και πρέπει να εξεταστεί περαιτέρω.

2. Κατά την έννοια της παρ. 1 του άρθρου 156 του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α' 147), με την οποία θεσπίζονται ειδικά, σε σχέση με το άρθρο 132 του ιδίου νόμου, θέματα τροποποιήσεων συμβάσεων δημοσίων έργων κατά τη διάρκειά τους, η σύναψη συμπληρωματικής σύμβασης με τον επιλεγέντα ανάδοχο ήδη εκτελούμενου δημόσιου έργου αποτελεί εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης εκτέλεσης εργασιών, η προσφυγή στην οποία επιτρέπεται μόνον υπό τις διαλαμβανόμενες στις εν λόγω διατάξεις προϋποθέσεις.

Ειδικότερα, ως συμπληρωματικές εργασίες, θεωρούνται εκείνες που α) παρουσιάζουν αναγκαία

συνάφεια με το έργο και δεν περιλαμβάνονται στην αρχικώς συναφθείσα σύμβαση, β) κατέστησαν αναγκαίες, λόγω απρόβλεπτων περιστάσεων, κατά τη διάρκεια εκτέλεσης του έργου, όπως αυτό περιγράφεται στην αρχική σύμβαση, γ) είτε δεν

μπορούν, για τεχνικούς ή οικονομικούς λόγους, να διαχωρισθούν από την αρχική σύμβαση, χωρίς να δημιουργήσουν μείζονα προβλήματα στην αναθέτουσα αρχή, είτε, παρά τη δυνατότητα διαχωρισμού τους, είναι απολύτως αναγκαίες για την τελειοποίησή της και δ) το συνολικό ποσό τους δεν υπερβαίνει το ποσοστό του πενήντα τοις εκατό (50%) του ποσού της αξίας της αρχικής σύμβασης, χωρίς την αναθεώρηση και τον αναλογούντα Φ.Π.Α. Ως απρόβλεπτες δε περιστάσεις νοούνται αιφνίδια πραγματικά γεγονότα, που δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν και να ενταχθούν στο αρχικό έργο και τη συναφθείσα σύμβαση, μολονότι η αναθέτουσα επέδειξε την ενδεδειγμένη επιμέλεια κατά τη σύνταξη και την έγκριση της μελέτης με βάση την οποία προσδιορίστηκε το τεχνικό και οικονομικό αντικείμενο του έργου, διασφαλίζοντας την κατά το δυνατόν ακρίβεια και πληρότητά της ενόψει της φύσης του έργου και του είδους των εργασιών που προβλέπονται για την εκτέλεσή του. Λαμβανομένης υπόψη της εξαιρετικής, εκτός διαγωνισμού, σύναψης της συμπληρωματικής σύμβασης, η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία ως προς την αναγκαιότητα των σκοπούμενων τροποποιήσεων της αρχικής σύμβασης, εναρμονιζόμενη με την προβλεπόμενη από το ίδιο ως άνω άρθρο αιτιολογική έκθεση του Ανακεφαλαιωτικού Πίνακα Εργασιών (Α.Π.Ε.) και του Πρωτοκόλλου Κανονισμού Τιμών Μονάδας Νέων Εργασιών (Π.Κ.Τ.Μ.Ν.Ε) που τον συνοδεύει (βλ. Απ. Τμ. Μείζ. - Επταμ. Συνθ. Ελ. Συν. 1291, 40/2019, πρβλ. αιτιολογική σκέψη 109 της οδηγίας 24/2014 ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26^{ης} Φεβρουαρίου 2014, η οποία μεταφέρθηκε στην ελληνική έννομη τάξη με τον ανωτέρω ν. 4412/2016).

3. Στην κρινόμενη υπόθεση, από την υπό ανάκληση Πράξη, καθώς και από τα λοιπά στοιχεία του φακέλου, προκύπτουν τα ακόλουθα πραγματικά περιστατικά:

3.1. Με την/2019 Πράξη της Αναπληρώτριας Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, κρίθηκε νόμιμη η ανοικτή ηλεκτρονική διαγωνιστική διαδικασία και το σχέδιο σύμβασης για την ανάθεση της εκτέλεσης του έργου του Δήμου με τίτλο «.....», προϋπολογισμού δαπάνης 300.000 ευρώ, άνευ Φ.Π.Α., με χρηματοδότηση από ίδιους πόρους του εν λόγω Δήμου. Η αρχική σύμβαση υπεγράφη στις 31 Ιουλίου 2019 μεταξύ του Δήμου και του αναδειχθέντος αναδόχου εργολήπτη

....., έναντι εργολαβικού ανταλλάγματος 164.254,64 ευρώ άνευ Φ.Π.Α (με μέση τεκμαρτή έκπτωση 45,25% επί των τιμών του τιμολογίου μελέτης) και προβλεπόμενη συνολική προθεσμία περαίωσης του έργου 360 ημερολογιακές ημέρες από την υπογραφή της, η οποία παρατάθηκε με την 141/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής (Ο.Ε.) του Δήμου έως τις 30.10.2020.

3.2. Σύμφωνα με την εγκριθείσα/2018 μελέτη της Τεχνικής Υπηρεσίας του Δήμου, το έργο είχε ως αντικείμενο την εφαρμογή του εγκεκριμένου ρυμοτομικού σχεδίου στην Κεντρική Πλατεία της, που καθιστά δυνατή τη λειτουργική και αισθητική της αναβάθμιση. Στη μελέτη προβλέφθηκε ότι στην ανωτέρω Πλατεία, η οποία είχε αναπλαστεί για τελευταία φορά το έτος το 1995 με δωρεά του, και η οποία είναι ο κατ' εξοχήν χώρος διέλευσης, συνάθροισης και αναψυχής των 3.000 κατοίκων της κωμόπολης της, περιβαλλόμενος από δημόσιες υπηρεσίες (Δημαρχείο, Ταχυδρομείο, Κ.Ε.Π.) Τράπεζες, φαρμακείο και χώρους εστίασης και αναψυχής με τραπεζοκαθίσματα επί της Πλατείας, θα πραγματοποιηθούν οι εξής κύριες εργασίες ανάπλασης: επέκταση της πλατείας προς τα ανατολικά (στο δρόμο μπροστά στο Δημαρχείο) με δημιουργία πεζόδρομου που επιτρέπει την ελεύθερη κίνηση των πεζών και διευρύνει τον χώρο της πλατείας, δημιουργία πεζοδρομίου περιμετρικά της πλατείας, κατάργηση σκαλιών πρόσβασης σε αυτή στη βόρεια πλευρά της, οριοθέτηση χώρων τραπεζοκαθισμάτων για την εξυπηρέτηση των πελατών των καταστημάτων εστίασης και αναψυχής, οργάνωση του ελεύθερου χώρου της πλατείας με καθιστικά, πράσινο, πέργκολες, μετάθεση του νότιου περιπτέρου, ανάδειξη των κρινών και του ανδριάντα του ευεργέτη που βρίσκεται μπροστά στο Δημαρχείο. Ενόψει τούτων, προβλέφθηκαν στη μελέτη εκτεταμένες αποξηλώσεις – καθαιρέσεις, οι οποίες αφορούσαν, μεταξύ άλλων, όλα τα κράσπεδα περιμετρικά της πλατείας, τα κράσπεδα του πεζοδρομίου προς τα κτίρια του ανατολικού ανώνυμου δρόμου της πλατείας, όλα τα σκαλοπάτια εκατέρωθεν της μιας κρήνης αυτής, την ασφαλτο του ανατολικού ανώνυμου δρόμου σε όλο το μήκος και το πλάτος αυτού, αλλά και την επιφάνεια της πλατείας, όπου απαιτούνταν από την μελέτη, για τις εγκαταστάσεις

Υδραυλικών, Αποχέτευσης και Ηλεκτρικών. Επίσης προβλέφθηκε η εκσκαφή για την κατασκευή των δύο φρεατίων με σχάρα στο δύο άκρα του πεζόδρομου καθώς επίσης και σε όλο το μήκος της σχάρας συλλογής ομβρίων κατά μήκος του πεζόδρομου. Σημειώνεται δε ότι στο Τιμολόγιο Μελέτης όπου προσδιορίστηκαν οι τιμές μονάδας πλήρως περαιωμένων εργασιών, διευκρινίστηκε ότι σε αυτές περιλαμβάνονται, μεταξύ άλλων, και «δαπάνες ανίχνευσης και εντοπισμού εμποδίων στον χώρο εκτέλεσης του έργου και εκπόνησης μελετών αντιμετώπισης αυτών (λ.χ. υπάρχοντα θεμέλια, υψηλός ορίζοντας υπογείων υδάτων, δίκτυα Οργανισμών Κοινής Ωφελείας [ΟΚΩ])».

3.3. Κατά τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης, εγκρίθηκαν με τις/....2020 και/.....2020 αποφάσεις της Οικονομικής Επιτροπής (Ο.Ε.) του Δήμου ο 1^{ος} και ο 2^{ος} Α.Π.Ε. του ως άνω έργου, οι οποίοι συντάχθηκαν σε ισοζύγιο με τη συμβατική δαπάνη, με στοιχεία αφορώντα στις αυξομειώσεις των ποσοτήτων των συμβατικών εργασιών σύμφωνα με τις συνταχθείσες επιμετρήσεις καθώς και στις αυξήσεις των ποσοτήτων που κρίθηκαν απαραίτητες για την ολοκλήρωση του έργου, με συνολική απορρόφηση του κονδυλίου των απροβλέπτων.

3.4. Ακολούθως, με την/.....2020 απόφαση της Ο.Ε. εγκρίθηκε, μετά από σύμφωνη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου Δημοσίων Έργων της Περιφερειακής Ενότητας (Πρακτικό αριθμ.), ο 3^{ος} Α.Π.Ε. του έργου, ύψους 239.340,10 ευρώ (χωρίς Φ.Π.Α.), εκ του οποίου ποσό 75.085,46 ευρώ (χωρίς Φ.Π.Α.), αφορά στο κόστος της συμπληρωματικής σύμβασης, που αντιστοιχεί σε ποσοστό 45,71% της αξίας της αρχικής σύμβασης. Οι αναγραφόμενες στον ανωτέρω Α.Π.Ε. εργασίες της συμπληρωματικής σύμβασης είναι οι ακόλουθες: i) καθαιρέσεις μεμονωμένων στοιχείων ή τμημάτων κατασκευών από οπλισμένο σκυρόδεμα, ii) προμήθεια, μεταφορά επί τόπου, διάστρωση και συμπύκνωση σκυροδέματος για κατασκευές από σκυρόδεμα, iii) πλήρης κατασκευή στεγάστρου τραπεζοκαθισμάτων, συμπεριλαμβανομένης και της τέντας σκίασης, iv) Προμήθεια και τοποθέτηση Pillar οδοφωτισμού είκοσι αναχωρήσεων, v) Μόρφωση λωρίδων τυφλών με ειδικές πλάκες, vi) Επιστρώσεις με

αντιολισθητικές πλάκες τσιμέντου και vii) Ορθομαρμαρώσεις με πλάκες μαρμάρου. Οι πρώτες από τις εν λόγω εργασίες ανήκουν στην ομάδα «Χωματοουργικά» της προαναφερθείσας/2018 μελέτης του έργου, οι δύο επόμενες στην Ομάδα «Τεχνικά Έργα Ανοικτής Οδοποιίας» της ίδιας μελέτης, η τέταρτη στην Ομάδα «Οδοφωτισμός και Ηλεκτρομηχανολογικές Εργασίες» της αυτής μελέτης και οι υπόλοιπες στην ομάδα «Λοιπά» της ανωτέρω μελέτης. Ως προς τους λόγους που επιβάλλουν τη σύναψη της συμπληρωματικής σύμβασης, στην εισηγητική έκθεση του Τμήματος Τεχνικών Υπηρεσιών και Πολεοδομίας του Δήμου προς το Τεχνικό Συμβούλιο Δημοσίων Έργων της Περιφερειακής Ενότητας, η οποία συνοδεύει τον 3^ο Α.Π.Ε. και την 1^η συμπληρωματική σύμβαση, καθώς επίσης και στην/2020 εγκριτική απόφαση της Ο.Ε. για την σύναψή της, διαλαμβάνονται τα ακόλουθα: «Ο τρίτος Α.Π.Ε. εμπεριέχει την 1^η Σ.Ε.Ε. με εργασίες οι οποίες κατέστησαν αναγκαίες και δεν περιλαμβάνονταν στην αρχική σύμβαση και οι οποίες: α) σχετίζονται άμεσα με το αντικείμενο της αρχικής σύμβασης, παρά το γεγονός της μη συμπερίληψής τους στην αρχική σύμβαση (βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία 22 «Τροποποίηση των Συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους», Απόφαση 44/09- 6 - 2017 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων

Συμβάσεων, σελ. 10 επ.), β) δεν μπορούν τεχνικά ή οικονομικά να διαχωριστούν από την αρχική σύμβαση, χωρίς να δημιουργήσουν μείζονα προβλήματα για την αναθέτουσα αρχή, και συγχρόνως είναι απόλυτα αναγκαίες για την τελειοποίησή της και γ) δεν μπορούν να γίνουν για οικονομικούς ή τεχνικούς λόγους από άλλο ανάδοχο, ενώ, επιπροσθέτως, μία ενδεχόμενη αλλαγή αναδόχου θα συνεπαγόταν σημαντικά προβλήματα και ουσιαστική επικάλυψη δαπανών για την αναθέτουσα αρχή. Επίσης, οι εργασίες αυτές δεν μεταβάλλουν τη συνολική φύση της και δεν υπερβαίνουν το 50% της αξίας της αρχικής σύμβασης ή της συμφωνίας – πλαίσιο». Ενόψει τούτων, η σύναψη της συμπληρωματικής σύμβασης δικαιολογείται εν κατακλείδι «λόγω νέων απρόβλεπτων καταστάσεων, σύμφωνα με τις παρ. 1, 2 του άρθρου 156 του ν. 4412/2016».

4. Με την προσβαλλόμενη Πράξη της Αναπληρώτριας Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης για τους ακόλουθους λόγους:

4.1. Διότι στην αιτιολογία της σύναψης συμπληρωματικής σύμβασης που περιλαμβάνεται τόσο στην εισηγητική έκθεση του 3^{ου} Α.Π.Ε, όσο και στην εγκριτική απόφαση της Ο.Ε γίνεται απλή παράθεση των προϋποθέσεων σύναψής της που προβλέπονται από τον νόμο, χωρίς αναφορά ούτε στους λόγους για τους οποίους κατέστησαν αναγκαίες οι υπό ανάθεση συμπληρωματικές εργασίες, ούτε στο εάν οι λόγοι αυτοί συνίστανται σε συγκεκριμένες αντικειμενικά απρόβλεπτες περιστάσεις, μη αναγόμενες στο χρόνο κατάρτισης της αρχικής μελέτης, οι οποίες εμποδίζουν την αποπεράτωση του έργου με τεχνική αρτιότητα.

4.2. Δεν περιέχεται στα στοιχεία του φακέλου η προβλεπόμενη από τις διατάξεις του άρθρου 225 του ν. 3852/2010 ειδική πράξη του Γενικού Γραμματέα της Αποκεντρωμένης Διοίκησης περί του ελέγχου νομιμότητας της απόφασης/2020 της Ο.Ε. με την οποία εγκρίθηκε η σύναψη της συμπληρωματικής σύμβασης. Αντ' αυτής περιέχεται το/21.8.2020 έγγραφο της Αναπληρώτριας Προϊσταμένης του Τμήματος Διοικητικού - Οικονομικού, στο οποίο αναφέρεται ότι η εν λόγω απόφαση ελέγχθηκε ως προς τα τυπικά χαρακτηριστικά και τη νομιμότητά της κατά το άρθρο 226 του ν. 3852/2010, κρίθηκε νόμιμη και τέθηκε στο αρχείο.

5. Με την κρινόμενη προσφυγή ανάκλησης και το προς ανάπτυξη αυτής κατατεθέν υπόμνημα προβάλλεται ότι:

5.1. Εσφαλμένως εφαρμόστηκαν με την προσβαλλόμενη Πράξη οι διατάξεις των άρθρων 132 παρ. 1 γ' και 156 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016, που απαιτούν, μεταξύ των λοιπών προϋποθέσεων ανάθεσης συμπληρωματικών έργων/προμηθειών/υπηρεσιών, και τη συνδρομή μη προβλέψιμων περιστάσεων, αντί της διάταξης του άρθρου 132 παρ. 1 περ. β' του ν. 4412/2016, στην οποία δεν γίνεται αναφορά στην προϋπόθεση αυτή και, κατά συνέπεια, διέπει και περιπτώσεις, οι οποίες θα μπορούσαν, ενδεχομένως, να είχαν προβλεφθεί από την αναθέτουσα αρχή, αλλά για κάποιον λόγο αυτή «απέτυχε» να τις προβλέψει ή δεν τις συμπεριέλαβε στην αρχική σύμβαση για άλλους λόγους.

5.2. Και υπό την εκδοχή ότι το άρθρο 156 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016, αποκλείει, ως ειδικότερη διάταξη, την εφαρμογή του προαναφερθέντος άρθρου 132 παρ. 1 περ. β', εσφαλμένως κρίθηκε με την προσβαλλόμενη Πράξη ότι κωλύεται η υπογραφή της συμπληρωματικής σύμβασης, δοθέντος ότι στην προκειμένη περίπτωση πληρούται και η προϋπόθεση του απροβλέπτου. Τούτο διότι κατά την εκτέλεση της σύμβασης εντοπίστηκαν μη εμφανή δίκτυα ύδρευσης, αποχέτευσης και Ο.Τ.Ε., τα οποία ήταν παλαιά και αχαρτογράφητα και, ως εκ τούτου, δεν καταγράφονταν σε κανένα στοιχείο από αυτά που διαθέτει το Τμήμα Τεχνικών Υπηρεσιών και Πολεοδομίας του Δήμου Τα δίκτυα δε αυτά δεν αποτελούν εγγενές και σύνηθες χαρακτηριστικό του υπεδάφους της, ώστε η ύπαρξή τους να δύναται να πιθανολογηθεί εκ των προτέρων από τα αρμόδια όργανα βάσει των διδαγμάτων της κοινής πείρας και λογικής και να συμπεριληφθεί στις προβλέψεις της/2028 μελέτης του έργου. Ο εντοπισμός τους κατέστησε αναγκαία την τροποποίηση της χωροθέτησης της Πλατείας, με εκτέλεση των εξής συμπληρωματικών εργασιών: α) τη μετατόπιση των ραμπών Α.Μ.Ε.Α. σε νέα θέση, β) την τροποποίηση του σχήματος και της θέσης των τραπεζοκαθισμάτων με ανάπτυξη νέου χώρου τραπεζοκαθισμάτων στην αριστερή πλευρά της Πλατείας, γ) τη μεταφορά του κεντρικού Pillar σε νέα θέση, σε σχέση με την αρχική μελέτη, δ) την αλλαγή των αποστάσεων των ηλεκτρολογικών εγκαταστάσεων στις διατομές και η τοποθέτηση πιο ενισχυμένων καλωδίων λόγω της αλλαγής της θέσης και της διάταξης των τραπεζοκαθισμάτων, και ε) την τροποποίηση των λωρίδων των τυφλών, επιπλέον ορθομαρμαρώσεις και επιπλέον ποσότητες αντιολισθητικών πλακών σε διάσπαρτα σημεία της πλατείας, λόγω των ανωτέρω αλλαγών στη χωροθέτησή της. Σημειωτέον, επιπροσθέτως, ότι η υπ' αριθμ./2020 απόφαση της Ο.Ε. εκδόθηκε σε συνέχεια: α) της από 28.5.2020 Εισηγητικής έκθεσης του Τμήματος Τεχνικών Υπηρεσιών και Πολεοδομίας του Δήμου, β) του υπ' αριθ. πρωτ./28.5.2020 εγγράφου του Δήμου, γ) της υπ' αριθ./2020 θετικής γνωμοδότησης του Τεχνικού Συμβουλίου Δημοσίων Έργων της Περιφέρειας, στο σώμα της οποίας αναφέρεται ότι η έγκριση του 3^{ου} Α.Π.Ε και της πρώτης συμπληρωματικής σύμβασης λαμβάνει

χώρα ενόψει της εκτέλεσης αναγκαίων εργασιών, οι οποίες δεν μπορούν τεχνικά ή οικονομικά να διαχωριστούν από την αρχική σύμβαση χωρίς να δημιουργήσουν μείζονα προβλήματα και σοβαρή αλληλοεπικάλυψη δαπανών, ενώ δεν μεταβάλλουν την φύση της σύμβασης και η αξία τους δεν υπερβαίνει το 50% της αρχικής σύμβασης. Επίσης αναφέρεται ότι οι εργασίες αυτές προέκυψαν λόγω απρόβλεπτων περιστάσεων. Προς επίρρωση των ανωτέρω λόγων που οδήγησαν στην ανάγκη τροποποίησης της χωροθέτησης της πλατείας, και συνακόλουθα, στην ανάγκη εκτέλεσης των σχετικών συμπληρωματικών εργασιών, προσκομίζεται το υπ' αριθ. πρωτ./12.10.2020 έγγραφο «Συμπληρωματικών Στοιχείων Εισηγητικής Έκθεσης της επιβλέπουσας του έργου και της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών του Δήμου», με το συνημμένο σε αυτό σχέδιο (κάτοψη) του έργου με θέμα «αποτύπωση υφιστάμενων δικτύων αποχέτευσης – ύδρευσης- Ο.Τ.Ε. & απαιτούμενων τροποποιήσεων».

5.3. Σε κάθε περίπτωση, ακόμη κι αν ήθελε υποτεθεί ότι η σύναψη της συμπληρωματικής σύμβασης χωρεί μόνον εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις των άρθρων 132 παρ. 1 περ. γ' και 156 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016 και ότι ο εντοπισμός των παραπάνω δικτύων δεν αποτελεί απρόβλεπτη περίπτωση υπό την έννοια των διατάξεων αυτών, από τα προδιαληφθέντα συνάγεται ότι τα αρμόδια όργανα του Δήμου δεν ενήργησαν με πρόθεση καταστρατηγήσεως των σχετικών διατάξεων, όπως αυτές ερμηνεύτηκαν με την σχετική υπ' αριθμ. 22 κατευθυντήρια οδηγία της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ, αλλά έδρασαν με την πεποίθηση ότι για την τροποποίηση της σύμβασης έργου σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 132 παρ. 1 περ. β' του ν. 4412/2016 δεν απαιτείτο η συνδρομή απρόβλεπτης περιστασης και, συνεκδοχικώς, δεν υφίστατο υποχρέωση συμπερίληψης σχετικής αιτιολογίας στα έγγραφα που αφορούσαν στη σύναψη της σύμβασης.

5.4. Σε ό,τι αφορά τον δεύτερο λόγο για τον οποίο κρίθηκε από την Αναπληρώτρια Επίτροπο ότι κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης, η προσβαλλόμενη Πράξη πάσχει, διότι το υποβληθέν/21.8.2020 έγγραφο της Αναπληρώτριας Προϊσταμένης του Τμήματος Διοικητικού - Οικονομικού

....., με το οποίο ελέγχθηκε η νομιμότητα της/2020 απόφασης της Ο.Ε., εκδόθηκε από αυτή με εντολή και εξουσιοδότηση του Συντονιστή Αποκεντρωμένης Διοίκησης, δυνάμει της οικ...../1.6.2017 απόφασής του περί παροχής εξουσιοδότησης υπογραφής.

6. Υπό αυτές τις περιστάσεις, και ενόψει όσων έγιναν δεκτά ανωτέρω στη σκέψη 2, το Τμήμα κρίνει ότι:

6.1. Ο εντοπισμός κατά την εκτέλεση του έργου παλαιών μη χαρτογραφημένων Δικτύων Ο.Κ.Ω. (Υδρευσης, Αποχέτευσης και Ο.Τ.Ε.) δεν μπορεί να αποτελέσει νόμιμο δικαιολογητικό λόγο σύναψης της ελεγχθείσας συμπληρωματικής σύμβασης. Πρώτον, διότι σε κανένα από τα έγγραφα της κατά νόμο διαδικασίας σύναψης της επίμαχης συμπληρωματικής σύμβασης δεν γίνεται επίκληση του εντοπισμού αχαρτογράφητων δικτύων Ο.Κ.Ω κατά την εκτέλεση του έργου, ούτε αποδεικνύεται το αχαρτογράφητο αυτών με επισύναψη σχετικών βεβαιώσεων των αρμοδίων Ο.Κ.Ω. (Δ.Ε.Υ.Α. και Ο.Τ.Ε.), ούτε αιτιολογούνται εμπεριστατωμένα οι επιπτώσεις που έχει η θέση, το βάθος τοποθέτησής τους και η λειτουργικότητά τους στον αρχικό σχεδιασμό της αναβάθμισης της πλατείας. Σε κάθε περίπτωση, τα ανωτέρω δεν δύνανται να τεκμηριωθούν εκ των υστέρων με την προσφυγή ανακλήσεως, δοθέντος ότι με αυτή δεν δύνανται να υποκατασταθεί η αιτιολογία των αρμοδίων για τη σύναψη της σύμβασης οργάνων, ούτε να θεραπευθεί το παράνομο της διαδικασίας δια της οποίας αυτή αποφασίστηκε. Δεύτερον, διότι ακόμα κι αν ήθελε θεωρηθεί ότι πληρούται η απαίτηση της ύπαρξης αιτιολογίας, τα εντοπισθέντα εκ των υστέρων δίκτυα Ο.Κ.Ω δεν συνιστούν στην κρινόμενη περίπτωση απρόβλεπτη περίπτωση κατά την έννοια της παρ. 1 του άρθρου 156 του ν. 4412/2016. Η επεκτεινόμενη και αναβαθμιζόμενη κεντρική πλατεία περιβάλλεται από δημόσια κτίρια, καταστήματα υγειονομικού ενδιαφέροντος και οικιστικό ιστό, τα οποία, κατά λογική αναγκαιότητα, εξυπηρετούνται από υποκείμενα δίκτυα Ο.Κ.Ω και ευλόγως θα αναμενόταν από μια επιμελή αναθέουσα αρχή να προβεί σε διαδικασία εντοπισμού τους κατά τη σύνταξη της αρχικής μελέτης ή να ζητήσει να εντοπισθούν από τον ανάδοχο κατά τη σύνταξη της μελέτης εφαρμογής με διερευνητικές τομές ή χρήση ανιχνευτών υπογείων δικτύων όπως

ανιχνευτών μετάλλων, πεδίων, ραντάρ υπεδάφους και άλλου σύγχρονου εξοπλισμού (βλ. τις από 2.8.2000 προδιαγραφές του Υ.ΠΕ.ΧΩ.ΔΕ. για την αντιμετώπιση συνάντησης με αγωγούς Ο.Κ.Ω. κατά τις εκσκαφές). Συνεπώς, ενόψει των ανωτέρω χαρακτηριστικών του συγκεκριμένου έργου, η ύπαρξη Δικτύων Ο.Κ.Ω. ήταν προβλέψιμο γεγονός και η αναθέτουσα δεν αποδεικνύει ότι είχε λάβει τα απαιτούμενα μέτρα εντοπισμού της όδυσής τους κατά τη προετοιμασία της αρχικής ανάθεσης προκειμένου να αποφευχθούν δυσανάλογες τεχνικές δυσχέρειες και υπέρβαση της συμβατικής αξίας του έργου κατά την εκτέλεσή του. Επισημαίνεται δε, ότι από τα στοιχεία του Τιμολογίου Μελέτης που παρατίθενται ανωτέρω στη σκέψη 3.2. προκύπτει ότι η ύπαρξη δικτύων Ο.Κ.Ω. δεν αποτέλεσε απρόβλεπτο γεγονός όπως διατείνεται ο προσφεύγων Δήμος, ούτε συνιστά εν προκειμένω απλώς προβλέψιμο γεγονός, αλλά είχε προβλεφθεί από τον Δήμο εφόσον συμπεριελήφθησαν στην τιμή μονάδας πλήρως περαιωμένων εργασιών και δαπάνες ανίχνευσης, εντοπισμού και εκπόνησης μελετών αντιμετώπισής τους.

6.2. Δεν δικαιολογείται αποδοχή συγγνωστής πλάνης υπέρ των οργάνων του Δήμου, διότι φέρονται ότι θεώρησαν ότι για την τροποποίηση σύμβασης έργου σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 132 παρ. 1 β' του ν. 4412/2016 δεν απαιτείτο η συνδρομή απρόβλεπτης περίπτωσης ώστε να προβούν σε στοιχειοθέτησή της. Ο ισχυρισμός αυτός στηρίζεται επί εσφαλμένης εκδοχής, καθόσον το ανωτέρω άρθρο 132 παρ. 1 β' δεν παρατίθεται ως εφαρμοζόμενο σε κανένα από τα έγγραφα της διαδικασίας σύναψης της συμπληρωματικής σύμβασης, αλλά και δεν θα μπορούσε να τύχει εφαρμογής καθώς από το γράμμα της συγκεκριμένης διάταξης προκύπτει ότι ρυθμίζει περιπτώσεις συμπληρωματικών συμβάσεων στις οποίες λόγοι μοναδικότητας του αναδόχου και απαιτήσεις εναλλαξιμότητας ή διαλειτουργικότητας με τον εξοπλισμό που παρήχθη με την αρχική σύμβαση καθιστούν αδύνατη την αλλαγή του αναδόχου. Αντιθέτως, είναι αναμφίβολο ότι η διάταξη στην οποία ερείδεται η σύναψη της επίμαχης συμπληρωματικής σύμβασης είναι η διάταξη του άρθρου 156 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθώς αυτή διαλαμβάνεται ρητά, σε όλα τα προμνησθέντα έγγραφα της τηρηθείσας διαδικασίας σύναψης της συμπληρωματικής σύμβασης με αναπόδεικτη όμως

επίκληση της συνδρομής των απρόβλεπτων περιστάσεων τις οποίες προϋποθέτει.

6.3. Αντιθέτως, σε ό,τι αφορά τον έλεγχο νομιμότητας της επίμαχης/2020 απόφασης της Ο.Ε., το Δικαστήριο κρίνει ότι η κατά τα άρθρα 225, 226 και 238 του ν. 3852/2010 (Α' 87) εκδοθείσα ΑΠ/21.8.2020 απόφαση ελέγχου νομιμότητας της εν λόγω απόφασης νομίμως υπογράφεται με εντολή και κατ' εξουσιοδότηση του Συντονιστή της Αποκεντρωμένης Διοίκησης, από την Αναπληρώτρια Προϊσταμένη του Τμήματος Διοικητικού - Οικονομικού, δυνάμει του άρθρου 7 περ. στ' της απόφασης του Συντονιστή της ίδιας Αποκεντρωμένης Διοίκησης, με την οποία παρέχεται εξουσιοδότηση υπογραφής πράξεων και εγγράφων με εντολή του στον Προϊστάμενο της Γενικής Διευθύνσεως Εσωτερικής Λειτουργίας και στους Προϊσταμένους Διευθύνσεων και Τμημάτων της εν λόγω Γενικής Διεύθυνσης. Συνεπώς, αίρεται η διαπιστωθείσα με την προσβαλλόμενη Πράξη δεύτερη πλημμέλεια, κατά παραδοχή του τρίτου λόγου ανακλήσεώς της.

7. Κατ' ακολουθίαν όσων κρίθηκαν προηγουμένως και δεδομένου ότι ο πρώτος και δεύτερος λόγος ανάκλησης δεν έγιναν δεκτοί, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, καθόσον εξακολουθούν να υφίστανται λόγοι διακωλυτικοί της υπογραφής του ελεγχθέντος σχεδίου σύμβασης.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή ανάκλησης.

Δεν ανακαλεί, κατά τα αναφερόμενα στο αιτιολογικό, την/31.8.2020

Πράξη της Αναπληρώτριας Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου στην

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στην Αθήνα στις 20 Οκτωβρίου 2020.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ ΠΑΡΕΔΡΟΣ

ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ

ΕΥΠΡΑΞΙΑ ΔΗΜΟΛΙΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριο του Δικαστηρίου, στις
3 Νοεμβρίου 2020.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ