

**ΠΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΛΕΓΚΤΙΚΟ ΣΥΝΕΔΡΙΟ**



**Προσυμβατικός έλεγχος δημοσίων συμβάσεων
έργων: Ουσιώδεις πλημμέλειες και λοιπά
κρίσιμα πορίσματα χρονικής περιόδου από
1.1.2022 έως 30.6.2023**

ΕΚΘΕΣΗ ΕΛΕΓΧΟΥ **5/2023**

ΣΥΝΟΨΗ

Κατά τη χρονική περίοδο από 1.1.2022 έως 30.6.2023, οι ουσιώδεις πλημμέλειες και τα κρισιμότερα πορίσματα, που αναδείχθηκαν από τον προσυμβατικό έλεγχο των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων έργων, έχουν ως ακολούθως:

- I. Από 1.9.2021 και μετά, η ανάθεση στον ανάδοχο δημοσίου έργου της εκτέλεσης συμπληρωματικών εργασιών δεν προϋποθέτει τη συνδρομή απροβλέπτων περιστάσεων, ανεξαρτήτως του χρόνου σύναψης της αρχικής σύμβασης, εξακολουθεί, όμως, να ελέγχεται από το Κλιμάκιο αν οι εργασίες που ανατίθενται είναι, κατά την έννοια του νόμου, αναγκαίες για την ολοκλήρωσή του ή αν, αντιθέτως, συνιστούν επέκταση ή μεταβολή του αρχικού συμβατικού αντικειμένου.
- II. Διαπιστώθηκε αδικαιολόγητη παρέκκλιση από τον κανόνα της διενέργειας διαγωνισμού για την ανάθεση εργασιών προς κάλυψη πάγιων αναγκών – αναγκών, δηλαδή, που δεν είχαν ανακύψει κατεπειγόντως εξαιτίας περιστάσεων που δεν θα μπορούσε να προβλέψει μία επιμελής αναθέτουσα αρχή.
- III. Κρίθηκαν παράνομοι οι αποκλεισμοί οικονομικών φορέων από τους οποίους οι αναθέτουσες αρχές στέρησαν τη δυνατότητα να καλύψουν τα κριτήρια χρηματοοικονομικής επάρκειας με την άθροιση των δυνατοτήτων είτε του εκάστοτε υποψηφίου και τρίτου παρέχοντος σ' αυτόν σχετική στήριξη, είτε των μελών υποψηφίας ένωσης οικονομικών φορέων, απαιτώντας, αντιθέτως, την πλήρωση των οικείων κριτηρίων από έναν φορέα αυτοτελώς.
- IV. Διαπιστώθηκαν πλημμέλειες στα στάδια ελέγχου των δικαιολογητικών είτε συμμετοχής, είτε κατακύρωσης, που είχαν ως αποτέλεσμα τον παράνομο αποκλεισμό οικονομικών φορέων που προηγούνταν στη σειρά μειοδοσίας από τους αναδειχθέντες αναδόχους.
- V. Το Κλιμάκιο έθεσε το πλαίσιο του ελέγχου που διεξάγεται, ειδικώς, σε φάσεις της διαδικασίας ανάθεσης των έργων που χρηματοδοτούνται από το Ταμείο Ανάκαμψης και Ανθεκτικότητας και διατύπωσε επισημάνσεις επί του περιεχομένου διακηρύξεων που υποβλήθηκαν στον έλεγχο αυτόν.
- VI. Μέρος των τροποποιητικών συμβάσεων που υποβλήθηκαν στο Κλιμάκιο είχαν ως έρεισμα τις αυξήσεις στις τιμές των υλικών, ως προς τις οποίες αντικείμενο ελέγχου αποτέλεσε το αν οι δυσμενείς συνθήκες που διαμορφώθηκαν στις αγορές και διαπιστωμένα αποτελούν τον γενεσιουργό λόγο των αυξήσεων αυτών ήταν επιγενόμενες του κρίσιμου χρόνου προκήρυξης των έργων και, ως εκ τούτου, αδύνατο να προβλεφθούν.

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

1. Με το άρθρο 98 παρ. 1 περ. β' του Συντάγματος και τις συναφείς διατάξεις τυπικών νόμων¹, ανατέθηκε στο Ελεγκτικό Συνέδριο, λόγω της δικαστικής του φύσης, ο έλεγχος της νομιμότητας του συνόλου της διαδικασίας και του οικείου σχεδίου των σημαντικής αξίας συμβάσεων που πρόκειται να συναφθούν από το Δημόσιο και τα δημόσια νομικά πρόσωπα. Ο έλεγχος αυτός αποβλέπει στη διασφάλιση της αντικειμενικής ακεραιότητας των σχετικών διαδικασιών ανάθεσης και στον σεβασμό αξιών και αρχών, όπως η διαφάνεια, η ισότητα των μερών και ο υγιής ανταγωνισμός².

2. Βασικά χαρακτηριστικά του προσυμβατικού ελέγχου είναι τα εξής: (α) Είναι προληπτικός, καθώς διενεργείται στο στάδιο που προηγείται της υπογραφής των συμβάσεων, (β) διεξάγεται ταχέως, δεδομένου ότι η ελεγκτική διαδικασία ολοκληρώνεται εντός ενδεικτικής προθεσμίας τριάντα ημερών και (γ) μέσω αυτού αναδεικνύονται – και, συνακόλουθα, κρίνεται ότι διακωλύουν τη σύναψη μίας ελεγχόμενης σύμβασης - οι πλημμέλειες εκείνες που, υπό τις περιστάσεις κάθε περίπτωσης, εκτιμώνται ως ουσιώδεις³. Ουσιώδης, κατά την πάγια νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου⁴, είναι μία πλημμέλεια, όταν εξαιτίας της πλήττονται οι αξίες και αρχές που αναφέρονται ανωτέρω, δηλαδή η διαφάνεια, ο ανταγωνισμός και η ίση μεταχείριση των διαγωνιζομένων. Αντιθέτως, εκφεύγουν του ανωτέρω ελέγχου τόσο οι ουσιαστικές τεχνικές ή επιστημονικές κρίσεις, όσο και οι κρίσεις σκοπιμότητας των αρμόδιων οργάνων των ελεγχόμενων αρχών.

3. Στην καθ' ύλην αρμοδιότητα του Ε' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου ανήκει ο προσυμβατικός έλεγχος των διαδικασιών ανάδειξης αναδόχων εκτέλεσης δημοσίων έργων με προϋπολογιζόμενη δαπάνη, χωρίς ΦΠΑ, ανώτερη, από τις 4.2.2023, των 1.700.000 ευρώ⁵, όταν η χρηματοδότηση προέρχεται αμιγώς από εθνικούς πόρους, ή των 5.000.000 ευρώ για τις συμβάσεις που συγχρηματοδοτούνται από ενωσιακούς πόρους ή από πόρους του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή συνάπτονται στο πλαίσιο του Ταμείου Ανθεκτικότητας και Ανάκαμψης⁶.

4. Κατά τη χρονική περίοδο από 1.1.2022 έως 30.6.2023, εισήχθησαν στο Κλιμάκιο 1.374 φάκελοι, για τον έλεγχο ισάριθμων διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων έργων. Η παρούσα έκθεση παρουσιάζει: (α) Τις ουσιώδεις πλημμέλειες που εντοπίστηκαν κατά τις εν λόγω διαδικασίες ανάθεσης και αποτέλεσαν διακωλυτικούς λόγους σύναψης των σχετικών συμβάσεων. (β) Τα πορίσματα που, χωρίς να οδηγηθεί σε αρνητική κρίση, διατύπωσε το Κλιμάκιο κατά την αντιμετώπιση επαναλαμβανόμενων κρίσιμων ζητημάτων γενικότερου ενδιαφέροντος.

¹ Βλ. ενδεικτικά άρθρα 35 του ν. 4129/2013 (Α' 52) και, ήδη, 324 του ν. 4700/2020 (Α' 127).

² ΕλΣυν Ολ. 1384/2021, σκέψη 23, 2141/2020, σκέψη 20.

³ Έκθεση Ελέγχου 7/2022.

⁴ ΕλΣυν Ολ. 2141/2020, σκέψη 20.

⁵ Άρθρο 51 του ν. 5016/2023 (Α' 21/4.2.2023). Μέχρι τις 4.2.2023, το όριο αυτό ανερχόταν στο ποσό του 1.000.000 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ.

⁶ Άρθρο 324 παρ. 3 του ν. 4700/2020, όπως ισχύει.

ΠΟΡΙΣΜΑΤΑ ΤΟΥ ΕΛΕΓΧΟΥ

ΟΥΣΙΩΔΕΙΣ ΠΛΗΜΜΕΛΕΙΕΣ

I

Από 1.9.2021 και μετά, η ανάθεση στον ανάδοχο δημοσίου έργου της εκτέλεσης συμπληρωματικών εργασιών δεν προϋποθέτει τη συνδρομή απροβλέπτων περιστάσεων, ανεξαρτήτως του χρόνου σύναψης της αρχικής σύμβασης, εξακολουθεί, όμως, να ελέγχεται από το Κλιμάκιο αν οι εργασίες που ανατίθενται είναι, κατά την έννοια του νόμου, αναγκαίες για την ολοκλήρωσή του ή αν, αντιθέτως, συνιστούν επέκταση ή μεταβολή του αρχικού συμβατικού αντικειμένου.

Έννοια και χαρακτηριστικά συμπληρωματικών συμβάσεων

5. Ως συμπληρωματική σύμβαση εκτελούμενου δημοσίου έργου, νοείται η τροποποιητική σύμβαση που συνάπτεται απευθείας με τον αρχικό ανάδοχο και έχει ως αντικείμενο εργασίες «συμπληρωματικές», δηλαδή εργασίες που δεν μπορούν τεχνικά ή οικονομικά να διαχωριστούν από την κύρια σύμβαση, χωρίς να δημιουργήσουν μείζονα προβλήματα για τις αναθέτουσες αρχές, ή, μολονότι μπορούν να διαχωριστούν, είναι απόλυτα αναγκαίες για την τελειοποίησή της και δεν μεταβάλλουν τη συνολική της φύση⁷.

6. Δύο, επομένως, είναι τα βασικά διακριτικά γνωρίσματα των συμπληρωματικών συμβάσεων: Το πρώτο - κοινό σε όλες τις μορφές τροποποιητικών συμβάσεων - είναι η μη μεταβολή του προσώπου του αναδόχου, καθώς δεν απαιτείται, υπό τις προϋποθέσεις που θέτει ο νόμος, να τηρηθεί νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης, που εν δυνάμει θα οδηγούσε και σε ένα νέο, διαφορετικό ανάδοχο εκτέλεσης των επίμαχων εργασιών. Το ότι οι συμβάσεις αυτές δεν είναι ανοικτές στον ανταγωνισμό είναι και αυτό που τις χαρακτηρίζει ως υψηλού ελεγκτικού ενδιαφέροντος για τον προσυμβατικό έλεγχο, που συνιστά έλεγχο νομιμότητας.

7. Και το δεύτερο είναι το αντικείμενο των συμβάσεων, που συνίσταται σε εργασίες συμπληρωματικές, υπό την έννοια ότι αυτές συνδέονται άρρηκτα με το ανατεθέν στον ανάδοχο συμβατικό αντικείμενο και είναι απαραίτητο να εκτελεστούν για την άρτια, από τεχνικής ή λειτουργικής απόψεως, ολοκλήρωσή του, όπως, όμως, το αντικείμενο αυτό περιγράφεται στα οικεία συμβατικά τεύχη⁸.

⁷ Άρθρο 156 παρ. 1 (β) του ν. 4412/2016 (Α' 147).

⁸ ΕλΣυν Ολ. 551/2023, σκέψη 11.

Θετικές και αρνητικές προϋποθέσεις σύναψης συμπληρωματικών συμβάσεων

8. Οι συμπληρωματικές συμβάσεις έργων διέπονται, ως προς τη σύναψή τους, από δύο άρθρα του ν. 4412/2016: το άρθρο 132 παρ. 1 (β) το οποίο αποτελεί μεταφορά στο εθνικό δίκαιο οριζόντιας ενωσιακής ρύθμισης⁹, που ισχύει, δηλαδή, για τις τροποποιήσεις όλων των κατηγοριών δημοσίων συμβάσεων. Και από το άρθρο 156 το οποίο συνιστά εθνική ρύθμιση, που αφορά ειδικώς τα δημόσια έργα.

9. Το τελευταίο αυτό άρθρο, όπως ίσχυε έως 31.8.2021, προϋπέθετε, για τη νόμιμη σύναψη συμβάσεων εκτέλεσης συμπληρωματικών εργασιών, τη συνδρομή απροβλέπτων περιστάσεων, δηλαδή αιφνίδιων πραγματικών γεγονότων που δεν ανάγονταν στον χρόνο κατάρτισης της αρχικής σύμβασης και αντικειμενικά δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν, ούτε να αποδοθούν σε ευθύνη της αναθέτουσας αρχής. Από 1.9.2021, όμως, η προϋπόθεση της συνδρομής τέτοιων περιστάσεων απαλείφθηκε¹⁰ και απέμεινε η προϋπόθεση του «αναγκαίου» των εργασιών, υπό την έννοια της στενής σύνδεσής τους με τις αρχικώς ανατεθείσες, όπως ορίζεται ειδικώς στον νόμο.

Όπως έχει διαμορφωθεί σήμερα το νομοθετικό καθεστώς, η σύναψη συμπληρωματικής σύμβασης με τον αρχικό ανάδοχο προϋποθέτει σωρευτικά: α) Οι συμπληρωματικές εργασίες να κατέστησαν «αναγκαίες» κατά τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης, β) να μην μπορεί να γίνει μεταβολή του προσώπου του αρχικού αναδόχου για λόγους τεχνικούς ή οικονομικούς και γ) οποιαδήποτε αύξηση της τιμής να μην υπερβαίνει το πενήντα τοις εκατό (50%) της αξίας της αρχικής σύμβασης. Αν δεν πληρούται μία από τις προϋποθέσεις αυτές, η τροποποίηση της σύμβασης, χωρίς νέα διαγωνιστική διαδικασία, δεν δικαιολογείται¹¹.

10. Δεν εμπίπτουν στην έννοια των αναγκαίων εργασιών, καθώς δεν αποτελούν αναγκαία προϋπόθεση για την έντεχνη ολοκλήρωση του εκτελούμενου έργου, οι εργασίες που αποσκοπούν στην επέκταση του αρχικά ανατεθέντος συμβατικού αντικειμένου ή τη βελτίωση της ποιότητάς του, με υλικά ή μεθόδους που δεν προδιαγράφονται στα οικεία συμβατικά τεύχη¹². Η συνδρομή της εν λόγω αρνητικής προϋπόθεσης εξακολουθεί να ελέγχεται και υπό το νομοθετικό καθεστώς που έχει διαμορφωθεί και ισχύει σήμερα.

Η επίλυση του ζητήματος διαχρονικού δικαίου και η εφαρμογή του από τον έλεγχο

11. Το ζήτημα που, ακολούθως, ανέκυψε κατά τον προσυμβατικό έλεγχο ήταν ποιες συμπληρωματικές συμβάσεις έργων καταλαμβάνονται από την ως άνω, επί

⁹ Αυτής του άρθρου 72 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

¹⁰ Με το άρθρο 75 του ν. 4782/2021 (Α' 36).

¹¹ ΕλΣυν Ολ. 551/2023, σκέψη 11.

¹² ΕλΣ Ολ. 551/2023, με εκτενείς παραπομπές.

το ευνοϊκότερο για τις αναθέτουσες αρχές, μεταβολή του οικείου νομοθετικού πλαισίου. Το ζήτημα αποσαφηνίστηκε από την Ολομέλεια του Δικαστηρίου, σύμφωνα με την οποία, στις τροποποιητικές συμβάσεις έργων, εκάστοτε εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις που ισχύουν κατά τον χρόνο που η αναθέτουσα αρχή αποφασίζει να τροποποιήσει την εκτελούμενη σύμβαση με τη σύναψη της σχετικής τροποποιητικής. Επομένως, στις τροποποιητικές – συμπληρωματικές συμβάσεις με τους αρχικούς αναδόχους, που συνάπτονται από 1.9.2021 και εφεξής, δεν ελέγχεται πλέον από το Κλιμάκιο η συνδρομή απρόβλεπτων περιστάσεων¹³, εξακολουθεί, όμως, να ελέγχεται αν οι συμπληρωματικές εργασίες είναι πράγματι αναγκαίες, καθώς και ότι δεν αποτελούν επέκταση του αρχικού αντικειμένου, κατά την έννοια που προαναφέρθηκε. Τόσο η αναγκαιότητα των εργασιών για την ολοκλήρωση της αρχικής σύμβασης, όσο και οι λόγοι (τεχνικής ή οικονομικής φύσης), για τους οποίους κρίνεται ασύμφορη η εμπλοκή οικονομικού φορέα διαφορετικού από τον αρχικό ανάδοχο, πρέπει να τεκμηριώνονται με επάρκεια από την αναθέτουσα αρχή.

12. Κατά τη χρονική περίοδο την οποία καλύπτει η έκθεση, ο ανωτέρω κανόνας διαχρονικού δικαίου εφαρμόστηκε σε περίπτωση¹⁴ που, ενώ το αρχικό έργο αφορούσε τη συλλογή, μεταφορά, επεξεργασία και διάθεση ακαθάρτων συγκεκριμένων περιοχών, η υποβληθείσα για έλεγχο συμπληρωματική σύμβαση είχε ως αντικείμενο τις εργασίες που θα καθιστούσαν εφικτή τη μελλοντική επέκτασή του, ώστε να συμπεριλάβει τα λύματα νέων περιοχών. Ανεξαρτήτως του ότι η αρχική σύμβαση είχε συναφθεί από έτους 2013 και, επομένως, υπό διαφορετικό καθεστώς, αντικείμενο του προσυμβατικού ελέγχου δεν αποτέλεσε η συνδρομή απροβλέπτων περιστάσεων, καθώς η προϋπόθεση αυτή είχε ήδη απαλειφθεί από το κρίσιμο νομοθετικό καθεστώς κατά τον χρόνο σύναψης της σύμβασης που υποβλήθηκε για έλεγχο. Η πλημμέλεια που, κατά τα λοιπά, αναδείχθηκε από το Κλιμάκιο συνίστατο στο ότι δεν συνέτρεχε η ανωτέρω αρνητική προϋπόθεση, καθώς οι νέες εργασίες αποσκοπούσαν σε επέκταση του αρχικού συμβατικού αντικειμένου. Η αρχική κρίση του Κλιμακίου επιβεβαιώθηκε στους επόμενους βαθμούς ουσιαστικής κρίσης της υπόθεσης. Κατόπιν τούτου, τροποποίηση της αρχικής σύμβασης με αντικείμενο τις επίμαχες εργασίες επέκτασης, που κατέτειναν στην ποιοτική αναβάθμιση του έργου για την υποδοχή λυμάτων περισσότερων περιοχών και τη συμμόρφωση σε νέους κανονισμούς, δεν κατέστη επιτρεπτή.

¹³ ΕΛΣυν Ολ. 1854/2022, σκ. 13.

¹⁴ ΕΛΣ Ε΄ Κλ. 828/2022, επικυρώθηκε από Έβδομο Τμ. 2059/2022 και, στη συνέχεια, από Ολ. 551/2023.

II

Διαπιστώθηκε αδικαιολόγητη παρέκκλιση από τον κανόνα της διενέργειας διαγωνισμού για την ανάθεση εργασιών προς κάλυψη πάγιων αναγκών – αναγκών, δηλαδή, που δεν είχαν ανακύψει κατεπειγόντως εξαιτίας περιστάσεων που δεν μπορούσε να προβλέψει μία επιμελής αναθέτουσα αρχή.

Ο κανόνας της διενέργειας διαγωνισμού και το επιτρεπτό της εξαίρεσης από αυτόν

13. Βασική αποστολή του προσυμβατικού ελέγχου αποτελεί η διασφάλιση των ενωσιακών αρχών της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων, οι οποίες επιβάλλουν τον κανόνα η ανάδειξη αυτών ως αναδόχων δημοσίων έργων να διενεργείται κατόπιν διαγωνιστικών διαδικασιών. Όταν οι αναθέτουσες αρχές παρεκκλίνουν από τον κανόνα αυτόν, προσφεύγοντας σε διαδικασίες εξαιρετικές, όπως η διαπραγμάτευση χωρίς την προηγούμενη τήρηση διατυπώσεων δημοσιότητας, οπότε και κατ' ουσίαν δεν μπορεί να γίνει λόγος για ανάδειξη ενός μειοδότη, αλλά για επιλογή αναδόχου κατά διακριτική ευχέρεια του αναθέτοντος φορέα¹⁵, τότε το Κλιμάκιο ερευνά αν πράγματι συντρέχει περίπτωση που δικαιολογεί την εξαίρεση αυτή¹⁶.

Οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες δικαιολογείται η προσφυγή σε διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης είναι: α) η ύπαρξη κατεπείγουσας ανάγκης που δεν είναι συμβατή με την τήρηση των προθεσμιών που επιτάσσουν άλλες διαδικασίες, β) η συνδρομή απρόβλεπτης περίπτωσης, γ) αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της απρόβλεπτης περίπτωσης και της κατεπείγουσας ανάγκης, δ) η έλλειψη ευθύνης της αναθέτουσας αρχής, ε) η ανάθεση της σύμβασης στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο για την αντιμετώπιση των αναγκών που προέκυψαν από τις επικαλούμενες απρόβλεπτες περιστάσεις¹⁷.

14. Όταν μία αναθέτουσα αρχή επικαλείται κατεπείγουσα ανάγκη, η οικεία σύμβαση πρέπει να ανατίθεται χωρίς καθυστέρηση¹⁸, καθώς το επείγον δεν μπορεί να χρησιμοποιείται ως πρόσχημα προσφυγής στην εξαιρετική διαδικασία για την ανάθεση συμβάσεων, έστω και αν για την τήρηση των διαγωνιστικών διαδικασιών απαιτείται μεγαλύτερο χρονικό διάστημα από αυτό που θα χρειαζόταν για την προσφυγή σε απευθείας ανάθεση. Η αναθέτουσα αρχή πρέπει

¹⁵ Βλ. και Έκθεση Ελέγχου του Τμήματος Ελέγχων Ι 4/2023.

¹⁶ Άρθρο 32 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016.

¹⁷ ΕΛΣ Ολ. 1309, 1306, 1305/2022.

¹⁸ ΕΛΣ Ολ. 1309, 1306, 1305/2022. Περίπτωση εύλογου χρονικού διαστήματος διαπιστώθηκε με την Πράξη 905/2022 του Ε' Κλιμακίου.

να αποδείξει ότι, εν όψει της κατεπείγουσας ανάγκης που προέκυψε, δεν μπορούσε να ακολουθήσει διαγωνιστικές διαδικασίες, έστω με προθεσμίες συντεταγμένες.

Περιπτωσιολογία της εξαίρεσης

15. Το επίμαχο ζήτημα του επιτρεπτού της διαπραγμάτευσης έχει απασχολήσει το Κλιμάκιο σε περιπτώσεις συμβάσεων που φέρονται ότι αποσκοπούν στην αποκατάσταση ζημιών που προκλήθηκαν από έντονα καιρικά φαινόμενα (πλημμύρες, θεομηνίες κ.λπ.). Κατά τον έλεγχο που διενεργεί, το Κλιμάκιο ερευνά, σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, αν οι υπό ανάθεση εργασίες είναι αυτές που απαιτούνται για την αποκατάσταση των ζημιών που προκλήθηκαν από τα έκτακτα καιρικά φαινόμενα και όχι εργασίες που αποσκοπούν στην κάλυψη πάγιων αναγκών της αναθέτουσας αρχής. Λαμβάνονται υπόψη η ταχύτητα προσφυγής στη διαδικασία και ολοκλήρωσής της, καθώς και η διάρκεια που προβλέπεται για την υλοποίηση του αντικειμένου της σύμβασης. Ο προϋπολογισμός δεν αποτελεί πάντοτε κρίσιμο κριτήριο, δεδομένου ότι οι εργασίες που απαιτούνται ενδέχεται να είναι μεγάλης οικονομικής αξίας λόγω του μεγέθους των ζημιών, στην αποκατάσταση των οποίων αποσκοπεί η δημοπράτηση του έργου με την εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης. Απαραίτητη, πάντως, είναι η ύπαρξη μελέτης, η οποία πρέπει να έχει εκπονηθεί και να αναφέρεται σε αυτές τις συγκεκριμένες ζημίες και την αποκατάστασή τους¹⁹.

16. Περίπτωση υπέρμετρης καθυστέρησης της αναθέτουσας αρχής διαπίστωσε το Κλιμάκιο σε διαδικασία διαπραγμάτευσης που έλαβε χώρα 4 έτη μετά το έντονο και απρόβλεπτο καιρικό φαινόμενο (θεομηνία) που είχε προκαλέσει τη χαρακτηρισθείσα ως επείγουσα ανάγκη αποκατάστασης του αγροτικού δικτύου της πληγείσας περιοχής. Το Κλιμάκιο επεσήμανε ότι μόνη η επίκληση αποφάσεων των αρμόδιων οργάνων Πολιτικής Προστασίας περί κήρυξης μίας περιοχής σε κατάσταση έκτακτης ανάγκης και παρατάσεων αυτής, δεν συνιστά αφ' εαυτή κατεπείγουσα ανάγκη. Πέραν τούτου, και οι εργασίες που επρόκειτο να ανατεθούν δεν ήταν, κατά την κρίση του Κλιμακίου, οι απολύτως αναγκαίες για την κάλυψη των ζημιών από τα έντονα καιρικά φαινόμενα που επικαλείτο η αναθέτουσα αρχή, αλλά αφορούσαν στην κάλυψη πάγιων αναγκών για τη συντήρηση και βελτίωση του αγροτικού δικτύου της περιοχής²⁰.

¹⁹ Εισαγωγική ομιλία της Προέδρου του Ε΄ Κλιμακίου Συμβούλου Θεολογίας Γναρδέλλη, κατά την ημερίδα με θέμα «Ο προσυμβατικός έλεγχος» της 23.10.2023.

²⁰ Ε΄ Κλ. 917/2022, που επικυρώθηκε με την 141/2023 απόφαση του Εβδόμου Τμήματος.

III

Κρίθηκαν παράνομοι οι αποκλεισμοί οικονομικών φορέων από τους οποίους οι αναθέτουσες αρχές στέρησαν τη δυνατότητα να καλύψουν τα κριτήρια χρηματοοικονομικής επάρκειας με την άθροιση των δυνατοτήτων είτε του εκάστοτε υποψηφίου και τρίτου παρέχοντος σ' αυτόν σχετική στήριξη, είτε των μελών υποψήφιας ένωσης οικονομικών φορέων, απαιτώντας, αντιθέτως, την πλήρωση των οικείων κριτηρίων από έναν φορέα αυτοτελώς.

Η κατοχύρωση της δυνατότητας άθροισης των οικονομικών ικανοτήτων πλειόνων οικονομικών φορέων

17. Οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν διακριτική ευχέρεια να θέτουν στις διακηρύξεις τις ελάχιστες απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, που πρέπει να πληρούν οι οικονομικοί φορείς.

Το άρθρο 78 παρ. 1 του ν. 4412/2016 επιτρέπει τη σώρευση των ικανοτήτων πλειόνων οικονομικών φορέων προς εκπλήρωση των ελαχίστων απαιτήσεων ικανότητας που θέτει η αναθέτουσα αρχή, στο μέτρο που αποδεικνύεται ότι ο προσφέρων, που επικαλείται τις ικανότητες ενός ή περισσότερων άλλων φορέων, θα έχει πράγματι στη διάθεσή του τα μέσα αυτών τα οποία είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης²¹.

Αντιστοίχως, στην περίπτωση της ένωσης, ο κανόνας αναφορικά με την πλήρωση των απαιτήσεων χρηματοοικονομικής επάρκειας είναι ότι αυτή έχει το δικαίωμα να επικαλείται είτε τη δυνατότητα ενός, είτε το άθροισμα της ελάχιστου οικονομικής δυνατότητας περισσότερων ή και όλων των μελών της²².

Περιπτώσιολογία του ελέγχου της άθροισης δυνατοτήτων

18. Την ως άνω ερμηνεία υιοθέτησε στις ακόλουθες δύο περιπτώσεις ο έλεγχος, δεδομένου ότι συνάδει προς τον σκοπό του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό και μπορεί επίσης να διευκολύνει την πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, σκοπό τον οποίο επιδιώκει η οδηγία 2014/24/ΕΕ²³.

²¹ Έβδομο Τμ. 741/2022 σκ. 8.

²² Έβδομο Τμ. 451/2023 σκ. 8.

²³ Τα πορίσματα παρουσιάστηκαν εκτενώς από τον Εισηγητή και μέλος του Ε' Κλιμακίου κ. Παναγιώτη Σταθόπουλο κατά την ημερίδα με θέμα «Ο προσυμβατικός έλεγχος» της 23.10.2023. Η εισήγηση του κ. Παρέδρου παραχωρήθηκε για τη σύνταξη του κειμένου της έκθεσης αυτής.

19. Στην πρώτη περίπτωση²⁴, αποκλείστηκε οικονομικός φορέας ο οποίος, για την κάλυψη της απαίτησης του ελάχιστου μέσου όρου κύκλου εργασιών που ζητούσε η διακήρυξη, στηριζόταν, κατά ένα μέρος, στις δυνατότητες τρίτου (δανείζοντος) οικονομικού φορέα, υπό την έννοια ότι κανένας από τους δύο φορείς, δανείζων και δανειζόμενος, δεν κάλυπτε αυτοτελώς τη σχετική απαίτηση, την κάλυπταν, όμως, και οι δύο αθροιστικά.

20. Και στη δεύτερη περίπτωση²⁵, αποκλείστηκε ένωση οικονομικών φορέων, κανένα από τα μέλη της οποίας δεν κάλυπτε αυτοτελώς την απαίτηση ελάχιστης πιστοληπτικής ικανότητας που έθετε η διακήρυξη, έστω κι αν η απαίτηση αυτή καλυπτόταν από δύο ή περισσότερα μέλη αθροιστικά.

21. Και στις δύο περιπτώσεις που αντιμετώπισε ο έλεγχος, οι πλημμέλειες αφορούσαν τα κριτήρια χρηματοοικονομικής επάρκειας που είναι κατ' αρχάς επιτρεπτό να τίθενται με τις διακηρύξεις για την ανάθεση δημοσίων έργων. Τόσο το Κλιμάκιο, όσο και, στη συνέχεια, το Τμήμα έκριναν ότι, με την ερμηνεία των επίμαχων όρων από τις αναθέτουσες αρχές, αποκλείστηκε ανεπίτρεπτα η δυνατότητα ορισμένων οικονομικών φορέων που προηγούνταν στη σειρά μειοδοσίας να αθροίσουν τις ικανότητες είτε του ίδιου του υποψήφιου φορέα και εκείνου που παρείχε σ' αυτόν στήριξη, είτε των μελών της υποψήφιας αναδόχου ένωσης οικονομικών φορέων, προκειμένου να καλύψουν τις τεθείσες απαιτήσεις χρηματοοικονομικής επάρκειας. Αντί της δυνατότητας άθροισης, απαιτήθηκε σε κάθε περίπτωση η κάλυψη των κριτηρίων αυτών εξ ολοκλήρου από έναν φορέα, είτε δηλαδή τον ίδιο τον υποψήφιο, είτε τον τρίτο παρέχοντα στήριξη, είτε το μέλος της υποψήφιας ένωσης, χωρίς, όμως, ένας τέτοιος περιορισμός να προέκυπτε ευθέως και σαφώς από το νομοθετικό πλαίσιο εκάστου διαγωνισμού.

²⁴ Ε' Κλ. 171/2022.

²⁵ Ε' Κλ. 51/2023.

IV

Διαπιστώθηκαν πλημμέλειες στα στάδια ελέγχου των δικαιολογητικών είτε συμμετοχής, είτε κατακύρωσης, που είχαν ως αποτέλεσμα τον παράνομο αποκλεισμό οικονομικών φορέων που προηγούνταν στη σειρά μειοδοσίας από τους αναδειχθέντες αναδόχους.

Το ουσιώδες της πλημμέλειας που στοιχειοθετείται από παράνομο αποκλεισμό οικονομικού φορέα

22. Η πλημμέλεια που στοιχειοθετείται σε μία ελεγχόμενη διαδικασία ανάθεσης από τον παράνομο αποκλεισμό ενός υποψήφιου οικονομικού φορέα είναι ουσιώδης, όταν στον υποψήφιο που αποκλείστηκε, βάσει της σειράς μειοδοσίας του, θα κατακυρωνόταν το αποτέλεσμα της διαδικασίας, αν δεν είχε επιλοχώσει ο αποκλεισμός.

Περιπτωσιολογία του ελέγχου ουσιωδών πλημμελειών σε σχέση με παράνομους αποκλεισμούς

23. Ενδιαφέρον παρουσιάζουν οι εξής περιπτώσεις που αντιμετώπισε το Κλιμάκιο: Αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι συνέτρεχε λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπο οικονομικού φορέα που είχε καταταγεί πρώτος στη σειρά μειοδοσίας, καθώς είχε κηρυχθεί έκπτωτος από προηγούμενη εργολαβία και δεν είχε λάβει επαρκή επανορθωτικά μέτρα αυτοκάθαρσης. Εξ αυτού του λόγου, το αποτέλεσμα του διαγωνισμού κατακυρώθηκε προσωρινά στον επόμενο, κατά σειρά, μειοδότη. Αμέσως μετά, δημοσιεύθηκε δικαστική απόφαση με την οποία η απόφαση κήρυξης του αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα ως εκπτώτου από την προηγούμενη σύμβαση ακυρώθηκε. Την εξέλιξη αυτή γνωστοποίησε στην αναθέτουσα αρχή ο αποκλεισθείς πρώτος μειοδότης, ζητώντας, παράλληλα, και την ανάδειξή του ως αναδόχου του έργου. Το αίτημα αυτό δεν έγινε αποδεκτό από την αναθέτουσα αρχή, η οποία προσκάλεσε τον προσωρινό ανάδοχο δεύτερο μειοδότη να προσκομίσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Με τα δεδομένα αυτά, το Κλιμάκιο έκρινε μη νόμιμο τον αποκλεισμό, με το σκεπτικό ότι η ακυρωτική της έκπτωσης απόφαση, με την οποία αναδρομικά εξέλιπε ο λόγος του αποκλεισμού αυτού, συνιστά οψιγενές στοιχείο που νομίμως υποβλήθηκε στην αναθέτουσα αρχή, πριν την ειδοποίηση της προσωρινής αναδόχου για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύμφωνα με τα τότε οριζόμενα στο άρθρο 104 του ν.4412/2016²⁶.

24. Σε άλλη περίπτωση, οικονομικός φορέας που προηγούνταν του αναδόχου στη σειρά μειοδοσίας αποκλείστηκε μετά από απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (εφεξής ΑΕΠΠ) και με την αιτιολογία ότι δεν είχαν συμπεριληφθεί οι απαιτούμενες δηλώσεις περί μη υπέρβασης του

²⁶ Ε' Κλ. 436/2022.

προβλεπόμενου ορίου ανεκτέλεστων συμβάσεων. Το Κλιμάκιο έκρινε μη νόμιμο τον αποκλεισμό, αφού διαπίστωσε ότι οι απαιτούμενες δηλώσεις είχαν πράγματι υποβληθεί και, ως εκ τούτου, ήταν εσφαλμένη η αιτιολογία της ΑΕΠΠ, ενώπιον της οποίας, σημειωτέον, δεν είχε καν προβληθεί από τρίτον προσφεύγοντα λόγος περί ελλείψεως των εν λόγω δικαιολογητικών²⁷. Το Κλιμάκιο εξέτασε, περαιτέρω, και τους λοιπούς λόγους που είχαν προβληθεί με την προδικαστική προσφυγή, στους οποίους δεν είχε απαντήσει – θεωρώντας ότι παρέλκει η εξέτασή τους - η ΑΕΠΠ, προκειμένου να σχηματίσει βέβαιη πεποίθηση για το ότι δεν συνέτρεχε άλλος που να απέκλειε τη συμμετοχή του καθ' ου η προσφυγή στον διαγωνισμό. Αφού διαπίστωσε ότι οι λόγοι αυτοί ήταν αβάσιμοι, έκρινε τελικώς μη νόμιμο τον επίμαχο αποκλεισμό.

25. Μη νόμιμος κρίθηκε ο αποκλεισμός πρώτου μειοδότη για ελλείψεις στα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης, χωρίς προηγουμένως να κληθεί να τα συμπληρώσει. Ειδικότερα, από 1.6.2021²⁸, η αναθέτουσα αρχή είναι υποχρεωμένη να καλεί τον προσωρινό ανάδοχο, που, εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας, δεν υπέβαλε καθόλου ή υπέβαλε ελλιπή δικαιολογητικά κατακύρωσης, να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα εντός νέας δεκαήμερης προθεσμίας, χωρίς να επιτρέπεται η αυτόματη και άνευ ετέρου απόρριψη της προσφοράς του. Κατά το Κλιμάκιο, ο επιδιωκόμενος με τη θέσπιση της υποχρέωσης αυτής σκοπός είναι η ανάπτυξη του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού και ο περιορισμός των αδικαιολόγητων αποκλεισμών οικονομικών φορέων για αυστηρά τυπικούς λόγους, μολονότι πληρούνται κατ' ουσίαν οι προϋποθέσεις συμμετοχής τους. Επομένως, και στην περίπτωση που ήλεγξε το Κλιμάκιο²⁹, αφού υφίσταντο ελλείψεις στα δικαιολογητικά κατακύρωσης του πρώτου μειοδότη, υφίστατο και υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει τη συμπλήρωσή τους, πριν προβεί στον αποκλεισμό.

²⁷ Ε' Κλ. 30/2022, Έβδομο Τμ. 710/2022.

²⁸ Άρθρο 103 ν. 4412/2016, όπως αυτό είχε αντικατασταθεί από 1.6.2021 με το άρθρο 43 ν. 4782/2021. Με το άρθρο 22 του ν. 4903/2022 (Α' 46), προβλέφθηκε ρητά ότι οι διατάξεις του άρθρου 43 του ν. 4782/2021 εφαρμόζονται και στις εκκρεμείς, κατά τον χρόνο έναρξης ισχύος του (1.6.2021), διαγωνιστικές διαδικασίες, εκτός εάν έχει χωρήσει οριστικός αποκλεισμός του οικονομικού φορέα ή έχει εκδοθεί απόφαση αρμοδίου δικαστηρίου, η οποία έχει κρίνει διαφορετικά.

²⁹ Ε' Κλ. 317/2023.

ΛΟΙΠΑ ΚΡΙΣΙΜΑ ΠΟΡΙΣΜΑΤΑ

V

Το Κλιμάκιο έθεσε το πλαίσιο του ελέγχου που διεξάγεται, ειδικώς, σε φάσεις της διαδικασίας ανάθεσης των έργων που χρηματοδοτούνται από το Ταμείο Ανάκαμψης και Ανθεκτικότητας και διατύπωσε επιστημονικές επί του περιεχομένου διακηρύξεις που υποβλήθηκαν στον έλεγχο αυτόν.

Νομοθετικό καθεστώς του ελέγχου των έργων με χρηματοδότηση από το Ταμείο Ανάκαμψης και Ανθεκτικότητας

26. Με το άρθρο 200 του Οργανικού Νόμου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, θεσπίστηκε ειδική διαδικασία προσυμβατικού ελέγχου για τις χρηματοδοτούμενες από το Ταμείο Ανάκαμψης και Ανθεκτικότητας δημόσιες συμβάσεις, προϋπολογιζόμενης δαπάνης άνω των 5.000.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, προκειμένου να εξασφαλισθεί η επιτάχυνση του ελέγχου αυτού και η επίτευξη των στόχων και οροσήμων εντός των προθεσμιών που η Ελλάδα έχει δηλώσει στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή³⁰.

27. Η παράγραφος 2 του άρθρου 200 ορίζει ότι:

Η αναθέτουσα αρχή δικαιούται να ζητεί από το αρμόδιο κλιμάκιο να ασκεί προσυμβατικό έλεγχο μέχρι τρεις (3) φορές όταν ολοκληρώνεται ορισμένη μόνο φάση της διαδικασίας, όπως υπογραφή της διακήρυξης, δημοσιεύσεις, προκαταρκτική εξέταση προσφορών και τεχνικές ή οικονομικές αξιολογήσεις των προσφορών, εφόσον κρίνει ότι λόγοι ασφάλειας του δικαίου επιβάλλουν να μην συνεχισθεί η διαγωνιστική διαδικασία χωρίς να έχει προηγουμένως διαγνωσθεί από το Ελεγκτικό Συνέδριο η νομιμότητα των πράξεων που συνθέτουν την ανωτέρω φάση.

28. Για τον έλεγχο των συμβάσεων που εμπίπτουν στο ρυθμιστικό πεδίο του άρθρου 200, ως στάδια νοούνται ακόμη και η απλή υπογραφή της διακήρυξης, οι δημοσιεύσεις, η προκαταρκτική εξέταση προσφορών και οι τεχνικές ή οικονομικές αξιολογήσεις των προσφορών. Εξυπακούεται ότι η ενεργοποίηση της ρύθμισης προϋποθέτει έστω τμήμα της χρηματοδότησης του έργου να προέρχεται από το Ταμείο Ανάκαμψης³¹.

³⁰ Το πλαίσιο του προσυμβατικού ελέγχου κατ' εφαρμογή του εν λόγω άρθρου, παρουσιάστηκε εκτενώς από την Πάρεδρο του Κλιμακίου κ. Ελευθερία Πρασιανάκη κατά την ημερίδα με θέμα «Ο προσυμβατικός έλεγχος» της 23.10.2023. Η εισήγηση της κ. Παρέδρου παραχωρήθηκε για τη σύνταξη του κειμένου της έκθεσης αυτής.

³¹ Ε' Κλ. 841/2022.

Το αντικείμενο και τα όρια του ελέγχου συγκεκριμένης φάσης διαδικασίας

29. Αντικείμενο του ελέγχου φάσης της διαδικασίας αποτελούν:

Η πρόδηλη αντίθεση όρων του διαγωνισμού με ρητές νομοθετικές διατάξεις και γενικές αρχές που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις, που πλήττουν την αντικειμενική ακεραιότητα της διαδικασίας.

Η ασυμβατότητα των ίδιων όρων με σχετικά πορίσματα της πάγιας νομολογίας του Δικαστηρίου.

Η αιτιολόγηση της αναγκαιότητας και σκοπιμότητας διενέργειας του διαγωνισμού και η τεκμηρίωση του προϋπολογισμού της σύμβασης.

30. Αντιθέτως, δεν είναι δυνατόν, κατά το στάδιο αυτό, να ελεγχθεί το ζήτημα του δυσερμίνευτου ή η αοριστία όρων της διακήρυξης, η οποία, όμως, δεν είναι πρόδηλη, εν όψει και της δυνατότητας παροχής διευκρινίσεων από την αναθέτουσα αρχή προς τους δυνητικά ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς. Ούτε είναι δυνατόν να αποτελέσουν αντικείμενο ελέγχου θέματα ερμηνείας του περιεχομένου των ειδικότερων όρων και προϋποθέσεων συμμετοχής των υποψηφίων, που τυχόν θα προκύψουν κατόπιν άσκησης προδικαστικών προσφυγών ενώπιον των αρμόδιων οργάνων ή που επηρεάζουν εν τοις πράγμασι τις συνθήκες ανταγωνισμού, όπως αυτός ενδεχομένως θα αναπτυχθεί κατά την εξέλιξη της συγκεκριμένης διαδικασίας³².

31. Ο έλεγχος αποβαίνει θετικός, εφ' όσον το Κλιμάκιο δεν διαπιστώσει προφανείς νομικές πλημμέλειες στους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης, που τέθηκαν ενώπιόν του.

32. Σε αρκετές περιπτώσεις, προβαίνει σε επισημάνσεις για την απαλοιφή, διόρθωση, ερμηνεία ή και συμπερίληψη όρων, όπως, ενδεικτικά: (α) Τη χορήγηση πρόσθετης καταβολής (πριμ) στον ανάδοχο³³ διότι το προβλέπει ο νόμος³⁴. β) Την πρόβλεψη στα τεύχη δημοπράτησης της καταβολής Γενικών Εξόδων – Οφέλους Εργολάβου στον ανάδοχο για την εκτέλεση απολογιστικών εργασιών³⁵. (γ) Την αναμόρφωση του προϋπολογισμού του έργου³⁶, κατόπιν ορθού υπολογισμού του ποσού των απρόβλεπτων δαπανών³⁷. (δ) Τη συμπερίληψη λόγου περί αποκλεισμού των οικονομικών φορέων που δεν πληρούν τις προϋποθέσεις του ευρωπαϊκού Κανονισμού (ΕΕ) 2022/576, σχετικά με περιοριστικά μέτρα λόγω ενεργειών της Ρωσίας που αποσταθεροποιούν την κατάσταση στην Ουκρανία³⁸. (ε) Τη διευκρίνιση ότι η πρόβλεψη διακήρυξης που απαιτούσε οι προσφέροντες, που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα να υποβάλουν βεβαίωση εγγραφής στο

³² Ε' Κλ. 230/2023.

³³ Ε' Κλ. 230/2023.

³⁴ Άρθρο 149 του ν. 4412/2016.

³⁵ Ε' Κλ. 230/2023.

³⁶ Άρθρο 156 του ν. 4412/2016.

³⁷ Ε' Κλ. 225/2023.

³⁸ Ε' Κλ. 72/2023.

Μ.Ε.ΕΠ σε συγκεκριμένη τάξη έχει την έννοια ότι στον διαγωνισμό μπορούν να συμμετέχουν και οικονομικοί φορείς που απλώς αποδεικνύουν ότι πληρούν τις προϋποθέσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της τάξης αυτής, είτε ατομικώς, είτε μέσω της δάνειας εμπειρίας, σύμφωνα με τις σχετικές ρυθμίσεις του νόμου.

33. Το Κλιμάκιο, σε κάθε υπόθεση που άγεται ενώπιόν του, επιφυλάσσεται ρητά να επανέλθει σε κρίση επί της διαδικασίας, μετά την περάτωση και των λοιπών φάσεων του διαγωνισμού, προκειμένου να διαπιστώσει την ουσιαστική συμφωνία των προσφορών που θα έχουν τελικώς υποβληθεί και των κρίσεων της αναθέτουσας αρχής με τους όρους της διακήρυξης και να διαγνώσει την τήρηση των αρχών της διαφάνειας και του υγιούς ανταγωνισμού, υπό τις συγκεκριμένες συνθήκες διεξαγωγής του διαγωνισμού.

Έλεγχος φάσεων σε έργα στρατηγικής σημασίας

34. Σημαντική κατηγορία υποθέσεων που εισάγονται στο Κλιμάκιο κατ' εφαρμογή του άρθρου 200 είναι τα σχέδια των τευχών δημοπράτησης για την ανάθεση έργων χρηματοδοτούμενων από το Ταμείο Ανάκαμψης και Ανθεκτικότητας, που έχουν χαρακτηριστεί ως έργα στρατηγικής σημασίας³⁹ φορέας ωρίμανσης των οποίων έχει οριστεί το Ταμείο Αξιοποίησης Ιδιωτικής Περιουσίας του Δημοσίου (εφεξής ΤΑΙΠΕΔ)⁴⁰.

35. Ειδικότερα, το ΤΑΙΠΕΔ αναλαμβάνει, ως φορέας ωρίμανσης των εν λόγω συμβάσεων, τη διενέργεια των διαγωνιστικών διαδικασιών και την παρακολούθηση της εκτέλεσης των συμβάσεων για λογαριασμό του δικαιούχου της χρηματοδότησης και κυρίου του έργου. Της άσκησης των αρμοδιοτήτων του αυτών προηγείται η υπογραφή σύμβασης μεταξύ του Ταμείου και του δικαιούχου του προγράμματος, με την οποία εξειδικεύεται περαιτέρω το περιεχόμενο της αρμοδιότητας που ανατίθεται στο ΤΑΙΠΕΔ και καθορίζονται η αμοιβή του, οι ειδικότερες υποχρεώσεις και τα δικαιώματα των συμβαλλομένων μερών, καθώς και οι προθεσμίες για την εκπλήρωση τους.

36. Στο πλαίσιο αυτό, το Κλιμάκιο έχει ήδη ολοκληρώσει τον έλεγχο σχεδίων διακηρύξεων⁴¹ για την ανάθεση των έργων της ενεργειακής και λειτουργικής αναβάθμισης και ανακαίνισης των Κέντρων Υγείας της Χώρας, συνολικού προϋπολογισμού περίπου 250 εκατομμυρίων ευρώ.

³⁹ Ως Συμβάσεις Στρατηγικής Σημασίας χαρακτηρίζονται οι συμβάσεις που έχουν ενταχθεί στο Αναπτυξιακό Πρόγραμμα Συμβάσεων Στρατηγικής Σημασίας, το οποίο εγκρίνεται από την αρμόδια Κυβερνητική Επιτροπή του ν. 4799/2021 (Α' 78). Στο πρόγραμμα εντάσσονται συμβάσεις προϋπολογισμού άνω των 50 εκατομμυρίων ευρώ, αλλά και το σύνολο των συμβάσεων που χρηματοδοτούνται από πόρους του Ευρωπαϊκού Μηχανισμού Ανάκαμψης, ανεξαρτήτως προϋπολογισμού, βλ. και ν. 4799/2021, άρθρα 125 επόμενα.

⁴⁰ Άρθρο 1 παρ. 1 περ. β και 5B ν. 3986/2011 (Α' 152).

⁴¹ Ε' Κλ. 175, 293, 306, 308/2023

VI

Μέρος των τροποποιητικών συμβάσεων που υποβλήθηκαν στο Κλιμάκιο είχαν ως έρεισμα τις αυξήσεις στις τιμές των υλικών, ως προς τις οποίες αντικείμενο ελέγχου αποτέλεσε το αν οι δυσμενείς συνθήκες που διαμορφώθηκαν στις αγορές και διαπιστωμένα αποτελούν τον γενεσιουργό λόγο των αυξήσεων αυτών ήταν επιγενόμενες του κρίσιμου χρόνου προκήρυξης των έργων και, ως εκ τούτου, αδύνατο να προβλεφθούν.

Προϋποθέσεις τροποποίησης συμβάσεων λόγω αυξήσεων στις τιμές των υλικών

37. Το Κλιμάκιο απασχόλησε, κατά τη χρονική περίοδο που καλύπτει η έκθεση, το ζήτημα των τροποποιητικών συμβάσεων που συνάπτονται με σκοπό να καλυφθούν αυξήσεις στις τιμές των υλικών, αποδιδόμενες τόσο από τους αναδόχους, όσο και από τις αναθέτουσες αρχές, στη διατάραξη των εφοδιαστικών αλυσίδων λόγω γεγονότων κειμένων εκτός της σφαίρας ευθύνης τους. Οι τροποποιητικές αυτές συμβάσεις υποβλήθηκαν για έλεγχο, δοθέντος ότι, πλην άλλων, συνεπάγονται τροποποίηση ουσιωδών όρων (*essentialia negotii*) των συμβάσεων τις οποίες τροποποιούν⁴².

Η σύναψη από τα συμβαλλόμενα μέρη τροποποιητικής σύμβασης, στο μέτρο που η τροποποίηση δεν αφορά την εκτέλεση συμπληρωματικών εργασιών, προϋποθέτει, μεταξύ άλλων, τη συνδρομή απρόβλεπτων περιστάσεων, ως τέτοιων νοουμένων των έκτακτων και ασυνήθιστων γεγονότων που ήταν αδύνατο να προβλεφθούν κατά τον χρόνο ανάθεσης της αρχικής σύμβασης.

Περιπτωσιολογία του ελέγχου τροποποιητικών συμβάσεων

38. Ενδιαφέρον παρουσιάζουν οι εξής περιπτώσεις που αντιμετώπισε το Κλιμάκιο⁴³: Ανάδοχος ενεργειακού έργου η κατασκευή του οποίου προκηρύχθηκε το 2020 και ανατέθηκε το 2021, αιτήθηκε το 2022 αναπροσαρμογή για τις τιμές ορισμένων υλικών και την πρόβλεψη συντελεστή αναπροσαρμογής για πληθωρισμό και για τις τιμές ενέργειας, επικαλούμενος τη μεγάλη αύξηση των τιμών και τα προβλήματα στην παγκόσμια εφοδιαστική αλυσίδα, λόγω της ενεργειακής κρίσης, της κρίσης στην Ουκρανία και των συνεχιζόμενων συνεπειών της νόσου COVID-19. Το Κλιμάκιο έκρινε ότι η

⁴² Ως ουσιώδεις όροι θεωρούνται, ενδεικτικά, το αντικείμενο, το πρόσωπο ενός από τους αντισυμβαλλομένους, το συμβατικό τίμημα, ο τρόπος υπολογισμού και ο χρόνος καταβολής αυτού, καθώς και οι προβλεπόμενες στη σύμβαση εγγυήσεις καλής εκτέλεσης.

⁴³ Τα πορίσματα παρουσιάστηκαν εκτενώς από τον Πάρεδρο και μέλος του Κλιμακίου κ. Κωνσταντίνο Δήμου κατά την ημερίδα με θέμα «Ο προσυμβατικός έλεγχος» της 23ης.10.2023. Η εισήγηση του κ. Παρέδρου παραχωρήθηκε για τη σύνταξη του κειμένου της έκθεσης αυτής

ανάγκη σύναψης της υποβληθείσας για έλεγχο τροποποίησης προέκυψε από την αύξηση του κόστους κατασκευής ενεργειακών έργων, οφειλόμενη στην αύξηση του πληθωρισμού και στις διαταραχές των εφοδιαστικών αλυσίδων σε παγκόσμιο επίπεδο, κυρίως λόγω του πολέμου στην Ουκρανία και των συνεχιζόμενων συνεπειών της πανδημίας του κορωνοϊού⁴⁴.

39. Αντίστοιχη κρίση διατυπώθηκε και σε περίπτωση ελέγχου κτιριακού έργου που ανατέθηκε το 2020, σε σχέση με το κεφάλαιο της υποβληθείσας για έλεγχο τροποποιητικής σύμβασης που αφορούσε στην προσαρμογή των τιμών του τιμολογίου μελέτης, λόγω της αύξησης του κόστους κατασκευής των έργων γενικώς⁴⁵. Κατά το Κλιμάκιο, η τροποποίηση οφείλεται σε περιστάσεις που δεν μπορούσαν να προβλεφθούν κατά τον χρόνο της προκήρυξης του διαγωνισμού (αρχές του 2018) και, συγκεκριμένα, στις συνθήκες που διαμορφώθηκαν στις αγορές προϊόντων και ενέργειας κυρίως λόγω του πολέμου στην Ουκρανία και των συνεχιζόμενων συνεπειών της πανδημίας του κορωνοϊού.

40. Και στις δύο περιπτώσεις, το Κλιμάκιο, ανέτρεξε στον χρόνο της προκήρυξης των έργων (2020 και 2021) και έκρινε, βάσει αυτού, ότι οι περιστάσεις που οδήγησαν στις τροποποιήσεις λόγω αυξήσεων των τιμών δεν μπορούσαν να προβλεφθούν από μία επιμελή αναθέτουσα αρχή.

⁴⁴ Ε' Κλ. 263/2023.

⁴⁵ Ε' Κλ. 377/2023.

ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

41. Σημαντική εξέλιξη κατά τη χρονική περίοδο ενδιαφέροντος, αποτέλεσε η διευκρίνιση του νομικού ζητήματος που ανέκυψε, σε σχέση με το καθεστώς που διέπει τις τροποποιητικές συμβάσεις εκτέλεσης συμπληρωματικών εργασιών, που συνάπτονται από 1.9.2021 και μετά. Οι συμβάσεις αυτές υπάγονται στο νέο – ρυθμιστικό των προϋποθέσεων τους- καθεστώς, από το οποίο απαλείφθηκε η απαίτηση της συνδρομής απροβλέπτων περιστάσεων, σε κάθε περίπτωση, όμως, ελέγχεται η διασύνδεση των συμπληρωματικών εργασιών με εκείνες που περιγράφονται στη μελέτη του έργου και η αναγκαιότητα εκτέλεσής τους από τον ίδιο ανάδοχο.

42. Οι αποκλίσεις από τον κανόνα τήρησης ανοικτών διαδικασιών παρατηρείται ότι ανακύπτουν περισσότερο στις περιπτώσεις έργων που αποσκοπούν στην αποκατάσταση ζημιών από φυσικές καταστροφές. Δεδομένου ότι αναντίρρητα υφίστανται περιοχές που έχουν πληγεί από έντονα καιρικά φαινόμενα τα τελευταία έτη, κομβικό σημείο του ελέγχου των οικείων συμβάσεων είναι η έρευνα από το Κλιμάκιο του πραγματικού κάθε συγκεκριμένης περίπτωσης. Επαναλήφθηκε η πάγια νομολογία του προσυμβατικού ελέγχου ότι δεν είναι επιτρεπτή η προσφυγή σε εξαιρετικές διαδικασίες για την κάλυψη πάγιων αναγκών της αναθέτουσας αρχής, που, ως τέτοιες, είναι δυνατό να υπαχθούν σε προγραμματισμό της κάλυψής τους μέσω διαγωνιστικών διαδικασιών, ιδίως στο μέτρο που προβλέπεται δυνατότητα σύντμησης των προβλεπομένων προθεσμιών.

43. Το Κλιμάκιο επέλυσε, επίσης, ζητήματα που ανέκυψαν σε σχέση με, ουσιώδους χαρακτήρα, παράνομους αποκλεισμούς οικονομικών φορέων, υιοθετώντας, κατά περίπτωση, την πλέον συμβατή με τις ενωσιακές αρχές του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης ερμηνεία. Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει η παραδοχή ότι η πλήρωση των όρων χρηματοοικονομικής επάρκειας, είτε επιτυγχάνεται από έναν φορέα, είτε από δυο ή περισσότερους αθροιστικά μέσω της δάνειας εμπειρίας ή της συνένωσης δυνατοτήτων, δεν διαφοροποιεί το γεγονός ότι εν τέλει πληρούται ο τιθέμενος από τη διακήρυξη όρος.

44. Διαπιστώθηκαν, περαιτέρω, περιπτώσεις, μη ορθής τήρησης των σταδίων ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής ή κατακύρωσης, όπου ο έλεγχος του Κλιμακίου ήταν καίριας σημασίας για την επαναφορά της νομιμότητας, με την ανάδειξη ως αναδόχου του φορέα που προηγούνταν στη σειρά μειοδοσίας και πληρούσε όλες τις προϋποθέσεις συμμετοχής. Εφ' όσον συνέτρεχε περίπτωση, το Κλιμάκιο επεσήμανε τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να επαναλάβει τη διαδικασία από το σημείο όπου εμφιλοχώρησε η πλημμέλεια, προκειμένου να προβεί, με τις ενδεδειγμένες κάθε φορά ενέργειες, στη θεραπεία της. Το μέρος της διαδικασίας που επαναλαμβάνεται και καταλήγει σε νέο σχέδιο σύμβασης υπόκειται στον προσυμβατικό έλεγχο αυτοτελώς⁴⁶.

45. Πέραν των ως άνω ουσιωδών πλημμελειών, το Κλιμάκιο αναμένεται να απασχολήσουν στο εγγύς μέλλον και δύο ακόμη κρίσιμα ζητήματα. Το πρώτο

⁴⁶ Βλ. και Ε' Κλ. 317/2023, σκέψη 8.

από αυτά, είναι ο έλεγχος φάσεων της διαδικασίας ανάθεσης των έργων που χρηματοδοτούνται από το Ταμείο Ανάκαμψης και Ανθεκτικότητας, το πλαίσιο του οποίου τέθηκε με σειρά πράξεων, που αποφαινόνται επί σχεδίων διακηρύξεων. Η διάταξη που προβλέπει τον έλεγχο αυτόν ήδη επιτελεί, επομένως, τη λειτουργία της, που δεν είναι άλλη από την επιτάχυνση του ελέγχου, υπό την έννοια της διάγνωσης προφανών νομικών πλημμελειών σε πρωθύστερο χρονικό σημείο, δηλαδή, κατά βάση, πριν προχωρήσει μία διαδικασία και καταστεί χρονοβόρα η θεραπεία τους.

46. Και το δεύτερο ζήτημα είναι η αντιμετώπιση των τροποποιητικών συμβάσεων, που φέρονται ως οφειλόμενες στις αυξήσεις των τιμών των υλικών. Το ζήτημα αυτό ενδέχεται να εμφανίσει πολυπλοκότητες, το Κλιμάκιο, πάντως, αξιοποιεί τα νομικά εργαλεία που έχει στη διάθεσή του, προκειμένου να αξιολογήσει, με βάση τις περιστάσεις κάθε συγκεκριμένης περίπτωσης, το είδος και την αιτία των αυξήσεων αυτών, το ποσοστό της αξίας της τροποποιούμενης σύμβασης στο οποίο αναλογούν, καθώς και την προβλεψιμότητά τους, με βάση τον κρίσιμο χρόνο της προκήρυξης των έργων. Μία τροποποιητική σύμβαση – ή και μεμονωμένο τμήμα/όρος τροποποιητικής σύμβασης – που αφορά σε αυξήσεις των τιμών δεν έχει ως αντικείμενο την εκτέλεση συμπληρωματικών εργασιών, εξ ου και διαφοροποιείται ως προς τις προϋποθέσεις που κατά νόμο την καθιστούν επιτρεπτή, κατά το ότι περιλαμβάνεται σε αυτές η συνδρομή απροβλέπτων περιστάσεων, όπως η έννοιά τους έχει παγιωθεί μέσα από τη νομολογία.

Το Ε΄ Κλιμάκιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου συγκροτείται από τη Σύμβουλο Θεολογία Γναρδέλλη, ως Πρόεδρο, τους Παρέδρους Μαρία Ζέρβα, Κωνσταντίνο Δήμου, Ηλία Καμπίτση και Ελευθερία Πρασιανάκη και τους Εισηγητές Αναστασία Βουδρισλή, Παναγιώτη Σταθόπουλο και Αναστασία Καρτερολιώτη.

Η έκθεση στηρίχθηκε στις Πράξεις που υποδείχθηκαν στο παρόν Τμήμα από μέλη του Κλιμακίου, καθώς και σε εισηγήσεις των ίδιων μελών, που παρουσιάστηκαν κατά την ημερίδα με θέμα «Ο προσυμβατικός έλεγχος» της 23^{ης} Οκτωβρίου 2023.

Η έκθεση συντάχθηκε από την Πάρεδρο του Τμήματος Ελέγχων Ι Ειρήνη Λιάσκα και εγκρίθηκε προς δημοσίευση από το Τμήμα, αποτελούμενο από τους Σωτηρία Ντούνη, Πρόεδρο του Ελεγκτικού Συνεδρίου και του Τμήματος, Βιργινία Σκεύη και Κωνσταντίνο Εφεντάκη, Συμβούλους, Ειρήνη Λιάσκα και Νικόλαο Σπανάκη, Παρέδρους, κατά τη συνεδρίαση της 15^{ης} Φεβρουαρίου 2024.