



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΑΠΟΦΑΣΗ

77 /2014

(Της διαδικασίας του άρθρου 2, παρ. 2, περ. γ' (δδ) Ν. 4013/2011)

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα, την 11^η Μαρτίου του έτους δύο χιλιάδες δέκα τέσσερα (2014) ημέρα Τρίτη και ώρα 10.00 π.μ. και επί της οδού Κηφισίας 7 (5^{ος} όροφος) στους Αμπελοκήπους, όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η **ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ** (εφεξής Αρχή) σε συνεδρίαση μετά από σχετική πρόσκληση του Προέδρου της, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως σε όλα τα μέλη της Αρχής.

Από τα προσκληθέντα μέλη της Αρχής παρέστησαν κατά την συνεδρίαση τα ακόλουθα:

- 1. Πρόεδρος** : Ράικος Δημήτριος
2. Αντιπρόεδρος : Μπουσουλέγκα Χριστίνα
Μέλη : Κουλούρη Ιωάννα
Καραμανλής Ευάγγελος
Σταθακόπουλος Δημήτριος
Λουρίκας Δημήτριος

Γραμματέας : Στυλιανή Τσιάβου

Εισηγητές: Φωτεινή Τοπάλη, Νομικός, Ζαχαρόπουλος Αριστοτέλης- Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.-ΔΗ.ΣΥ.

Θέμα: Αίτηση θεραπείας από τον Δήμο Κοζάνης (έγγραφο με αρ. Πρωτ. 5537/03-02-2014, το οποίο παρελήφθη από την Αρχή στις 11-02-2014 (αρ.πρωτ. 727),) για την ανάκληση της υπ' αριθμ. 16/2014 αποφάσεως της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. περί μη παροχής σύμφωνης γνώμης σε αίτημα του για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για τη σύναψη 1ης Συμπληρωματικής Σύμβασης Εργασιών (1 Σ.Σ.Ε.) του έργου με τίτλο «ΚΤΙΡΙΟ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗΣ ΚΑΙ ΕΚΘΕΣΕΙΑΚΟΥ ΧΩΡΟΥ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗΣ», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 117.669,98€ (χωρίς ΦΠΑ 23%).

I. Ιστορικό

- 1.** Με την με αρ. 16/2014 Απόφασή της η Αρχή δεν παρείχε σύμφωνη γνώμη επί υποβληθέντος αιτήματος του Δήμου Κοζάνης, για προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για τη σύναψη της 1ης Συμπληρωματικής Σύμβασης Εργασιών (1 Σ.Σ.Ε.) του έργου με τίτλο «ΚΤΙΡΙΟ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗΣ ΚΑΙ ΕΚΘΕΣΕΙΑΚΟΥ ΧΩΡΟΥ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗΣ», προϋπολογιζόμενης δαπάνης

117.669,98€ (χωρίςΦΠΑ 23%), λόγω μη συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

2. Με την υπό κρίση αίτηση θεραπείας, η οποία συμπληρώθηκε με τα αρ. Πρωτ. (ΕΑΑΔΗΣΥ) 909/19-02-2014 και 933/20-02-2014 έγγραφα του εξειδικευμένου μελετητή των γεωτεχνικών μελετών και αφορούν σε ερμηνεία του φαινομένου της κατολίθωσης και παροχή διευκρινίσεων επί της μελέτης αντιστήριξης αντίστοιχα, ζητείται η ανάκληση της ως άνω απόφασης της Αρχής και η χορήγηση έγκρισης προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού για την σύναψη της 1ης Σ.Σ.Ε. του έργου του θέματος, μετά την επί της ουσίας εξέταση όλων των δικαιολογητικών και στοιχείων.

3. Με την κρινόμενη αίτηση θεραπείας προβάλλονται τα ακόλουθα:

Η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίζεται ότι η Αρχή με την προσβαλλόμενη απόφαση της εκ πραγματικής πλάνης ως προς τις συνθήκες υπό τις οποίες επιλέχθηκε η διαδικασία σύναψης της 1ης ΣΣΕ έκρινε ότι δεν πληρούται η συνδρομή της απρόβλεπτης περίπτωσης στην κατάπτωση τμήματος του πρανούς που έθεσε σε ουσιαστικό κίνδυνο τους εργαζόμενους εντός του χώρου του εργοταξίου και αρνήθηκε να διατυπώσει σύμφωνη γνώμη και ως εκ τούτου είναι ανακλητέα. Ειδικότερα η αναθέτουσα αρχή αναφέρει “ Η πραγματικότητα είναι ότι συντάχθηκε γεωλογική μελέτη (επισυναπτόμενο στοιχείο Α) αλλά όχι μελέτη αντιστήριξης διότι εκτιμήθηκε ότι δεν απαιτούνταν πρόσθετες αντιστηρίξεις λόγω της βραχώδους σύστασης του εδάφους. Σημειώνεται ότι κατά την ίδια χρονική περίοδο, σε άλλο κτιριακό έργο του Δήμου Κοζάνης («Κατασκευή πρότυπου Βιοκλιματικού Σχολικού Συγκροτήματος Δημοτικού και Νηπιαγωγείου με εφαρμογή τεχνολογιών ανανεώσιμων πηγών ενέργειας στο Ο.Τ. 15 της ΖΕΠ Κοζάνης», Προϋπολογισμού 8.933.000,00 ευρώ με Φ.Π.Α.) όπου το έδαφος είναι βραχώδες με γρανιτικά πετρώματα και η γεωλογική μελέτη (βάσει 3 γεωτρήσεων σε οικόπεδο 4 στρεμμάτων) περιέγραφε κατακερματισμένο βράχο, οι εκσκαφές πραγματοποιούνται με κατακόρυφη εκσκαφή βάθους 9 μέτρων και σε μήκος 30 μέτρων, χωρίς να επέλθει κίνδυνος κατάρρευσης. Επίσης, στο έργο «Γ’ Βρεφονηπιακός Σταθμός Κοζάνης» (Προϋπολογισμού 1.670.000,00 ευρώ με Φ.Π.Α.) του Δήμου Κοζάνης, όπου το έδαφος ήταν στα πρώτα 4 μέτρα της εκσκαφής γαιώδες και στα υπόλοιπα 5 μέτρα βραχώδες (μεταϊλύλιθος), πραγματοποιήθηκε εκσκαφή με πρανές σχεδόν κατακόρυφο ύψους 9 μέτρων και ολοκληρώθηκαν οι εργασίες θεμελίωσης και ανέγερσης του κτιρίου. Είναι λοιπόν αδιαμφισβήτη πραγματικότητα ότι δεν είναι δυνατόν τόσο από τεχνική άποψη όσο και από οικονομική, να εφαρμόζονται σύνθετοι μέθοδοι αντιστήριξης τύπου Βερολίνου σε κάθε εκσκαφή θεμελίωσης κτιρίων. Επιπρόσθετα ισχυρίζεται ότι πριν την έναρξη των κυρίως εκσκαφών και αφού πραγματοποιήθηκαν δοκιμαστικές τομές σε πολλά τμήματα του οικοπέδου, διαπιστώθηκε ότι το έδαφος παρουσίαζε ασυνέχειες που εγκυμονούσαν κινδύνους κατά την κατακόρυφη εκσκαφή περιμετρικά που προέβλεπε η αρχική μελέτη, καθώς είχε τόσο σκληρά γρανιτικά πετρώματα, όσο και φλύσχη και μεταϊλύλιθο. Από την Αναθέτουσα Αρχή ανατέθηκε σε εξειδικευμένο μελετητή η σύνταξη νέας επικαιροποιημένης γεωλογικής μελέτης που βασίστηκε σε τρεις γεωτρήσεις εντός του οικοπέδου και παράλληλα μελέτης αντιστήριξης των πρανών εκσκαφής συμμορφούμενη πλήρως κατά τα λοιπά με το κριτήριο 2.1 της 2ης φάσης, καθώς και το κριτήριο 3.5 της 3ης φάσης του παραρτήματος IV της Ε38/2005 περί «οδηγού εκπόνησης μελετών Δημοσίων έργων». Η πρώτη προταθείσα μελέτη αντιστήριξης των πρανών συμπεριλάμβανε συνολική αντιστήριξη των κατακόρυφων παρειών εκσκαφής και των τεσσάρων επιμέρους κτιρίων (Α,Β,Γ,Δ) του έργου, με συνολικά 107 διατρήσεις τύπου Βερολίνου, το κόστος των οποίων μαζί με τις λοιπές εργασίες (εκτοξευόμενο σκυρόδεμα GUNITE, αγκυρώσεις πρανών κλπ) ξεπερνούσε κατά πολύ το ποσό των απροβλέπτων της σύμβασης μετά της έκπτωσης (ενδεικτικά το κόστος αντιστήριξης της πρώτης προταθείσας λύσης μετά την έκπτωση ανερχόταν περίπου σε 500.000,00 ευρώ ενώ το ύψος απροβλέπτων της αρχικής σύμβασης σε 476.000,00 ευρώ). Ως εκ τούτου δεν ήταν δυνατό να γίνει δεκτή η πρώτη προταθείσα μελέτη, διότι τυχόν εφαρμογή της θα καθιστούσε, πέραν πάσης αμφιβολίας, αδύνατη την περαίωση του φυσικού αντικείμενου του έργου, λόγω προκαταβολικής απορρόφησης των απροβλέπτων προτού καν ξεκινήσει η κατασκευή του. Απευθυνθήκαμε εκ νέου στον εξειδικευμένο μελετητή ζητώντας νέα γεωτεχνική μελέτη, αποδεχόμενοι μεν τον προταθέντα τρόπο αντιστήριξης του κατακόρυφου πρανούς επί της οδού Δαβάκη για τους κάτωθι λόγους: α) άμεση επαφή των κτιρίων Γ, Δ με την ρυμοτομική γραμμή και β) αδυναμία εκσκαφής

του οδοστρώματος καθ' οιονδήποτε τεχνικό τρόπο για την δημιουργία πρανούς υπό αποδεκτή γεωτεχνικά κλίση, λόγω ύπαρξης δικτύου μέσης τάσης της ΔΕΗ σε απόσταση μόλις 1,40μ. από την ρυμοτομική γραμμή το οποίο ήταν αδύνατο να μετακινηθεί, αναζητώντας συγχρόνως δε την ενδεδειγμένη γεωτεχνικά λύση για την εκσκαφή των πρανών των υπόλοιπων πλευρών των κτηρίων Γ, Δ καθώς και των κτιρίων Α, Β υπό αποδεκτή γεωτεχνικά κλίση και πάντα υπό την απόλυτη προϋπόθεση της πλήρους και αυστηρής συμμόρφωσης της νέας γεωτεχνικής μελέτης με : α) τα ευρήματα της επικαιροποιημένης γεωλογικής μελέτης, β) τα οριζόμενα από τον Ευρωκώδικα 7 (Γεωτεχνικός σχεδιασμός). Αποτέλεσμα όλων των παραπάνω ενεργειών της Αναθέτουσας Αρχής ήταν η υποβολή εκ μέρους του εξειδικευμένου μελετητή νέας γεωτεχνικής μελέτης με νέο επικαιροποιημένο διάγραμμα εκσκαφής, το οποίο περιελάμβανε εκσκαφές πρανών υπό κλίση για τις υπόλοιπες πλευρές των κτιρίων Γ,Δ και των κτιρίων Α,Β, η οποία και έλαβε όλες τις απαιτούμενες εγκρίσεις. Ως εκ τούτου, η Αναθέτουσα Αρχή συμμορφώθηκε πλήρως με τις απαιτήσεις της Ε38/2005 και εφάρμοσε την τελική εγκεκριμένη γεωτεχνική μελέτη και όχι επιλεκτικά τμήμα της αρχικής, όπως αναφέρεται στην απόφαση. Τόσο η πρώτη πρόταση όσο και η εγκεκριμένη μελέτη αντιστήριξης επισυνάπτονται και συνοδεύουν την παρούσα (Β ΚΑΙ Γ σχετικά). Συνοψίζοντας, η αρχική εκτίμηση της μελέτης να μην συμπεριλάβει μεθόδους σύνθετης αντιστήριξης των πρανών αλλά να αντιμετωπίσει τις εκσκαφές με κάθετα πρανή περιμετρικά του οικοπέδου, αντιμετωπίστηκε μέσω της τροποποίησης της αρχικής μελέτης και της σύνταξης νέας γεωτεχνικής μελέτης και μελέτης αντιστήριξης που χρηματοδοτήθηκαν μέσω του 1ου Α.Π.Ε. της αρχικής σύμβασης απορροφώντας σημαντικό ποσό απροβλέπτων. Κατά συνέπεια η παράλειψη αυτή της αρχικής μελέτης καλύφθηκε πλήρως από τα απρόβλεπτα της αρχικής σύμβασης και η Αναθέτουσα αρχή σε συνεργασία με τον εξειδικευμένο γεωτεχνικό μελετητή επέδειξε και κατέβαλε κάθε δυνατή επιμέλεια και προσοχή ώστε να ολοκληρωθούν με ασφάλεια οι εργασίες εκσκαφής των πρανών. Αν δε δεν προέκυπτε το απρόβλεπτο γεγονός των διαρροών από το δίκτυο αποχετεύσεως και των έντονων βροχοπτώσεων, οι εκσκαφές θα πραγματοποιούνταν απρόσκοπτα. Επίσης αναφέρει ότι ο 2^{ος} Α.Π.Ε. του έργου του θέματος, ο οποίος εγκρίθηκε μετά την έγκριση του Α.Π.Ε. για τη σύναψη 1^{ης} Συμπληρωματικής Σύμβασης, και με βάση τον οποίο τα εναπομείναντα απρόβλεπτα της αρχικής σύμβασης ανέρχονται στο ποσό των 113.293,77 ευρώ. Κατά συνέπεια το ποσό των απροβλέπτων δεν επαρκεί υφισταμένου κινδύνου μη ολοκλήρωσης του έργου μετά τον μηδενισμό των απροβλέπτων. Τα ανωτέρω δεν μεταβάλλονται κατ' επίκληση τουλάχιστον της υπ' αριθμ. 63/2011 Πράξης του Κλιμακίου VII του Ελεγκτικού Συνεδρίου αφού η εν λόγω πράξη αναφέρεται σε γεγονότα που ουδεμία σχέση έχουν με το έργο του θέματος καθώς οι εργασίες που αιτούνταν ο φορέας να θεωρηθούν ως προεληθούσες από απρόβλεπτες περιστάσεις αναφέρονταν σε διαγραμμίσεις και εργασίες αποχέτευσης. Στην περίπτωση του έργου του Δήμου Κοζάνης, οι διαρροές από το δίκτυο αποχέτευσης αλλά και οι έντονες βροχοπτώσεις σε συνδυασμό με τον τύπο του πετρώματος, οδήγησαν σε κατάπτωση του πρανούς, που φυσικά και δε θα μπορούσε να προβλεφθεί στο στάδιο της μελέτης (συγκριτικά με τις διαγραμμίσεις που αναφέρει η εν λόγω Απόφαση). Άλλωστε η σχετική 466/2013 Πράξη του Ε' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου που σας κοινοποιήθηκε με το υπ' αριθμ. 1027/09-01-2014 έγγραφο του Δήμου Κοζάνης και αφορά το συγκεκριμένο έργο δεν καταλείπει την παραμικρή αμφιβολία περί του ότι «κατ' αρχάς συντρέχουν εν προκειμένω οι απρόβλεπτες περιστάσεις, οι οποίες επιτρέπουν την κατάρτιση συμπληρωματικής σύμβασης, δεδομένου ότι κατεβλήθη κάθε δυνατή προσπάθεια από τα όργανα της αναθέτουσας αρχής να ακολουθηθούν οι ενδεδειγμένες μέθοδοι εκσκαφών προς τούτο άλλωστε επικαιροποιήθηκε και η γεωτεχνική μελέτη του έργου». Εξάλλου, με την επιλογή της Αναθέτουσας Αρχής να μη συμπεριληφεί μελέτη αντιστήριξης αρχικά, δημιουργήθηκε πεπλανημένως πλην όμως συγγνωστώς η πεποίθηση ότι οποιαδήποτε τυχόν παράλειψη θα μπορούσε να θεραπευτεί. Η συγγνωστή πλάνη, κατά πάγια νομολογία των Δικαστηρίων αλλά και της διοικητικής πρακτικής, θεωρείται ως νόμιμος και βάσιμος λόγος ανακλήσεως Αποφάσεων, με τις οποίες κρίνεται ότι κωλύονται οι υπογραφές συμβάσεων ή διατυπώνεται μη σύμφωνη γνώμη για την ανάθεση συμπληρωματικών εργασιών με διαπραγμάτευση. Και τούτο επειδή έχει αποδειχθεί ότι ενδεχόμενη προσήλωση στους τύπους και όχι στην ουσιαστική ερμηνεία του κανονιστικού πλαισίου, είναι πιθανό να οδηγήσει σε καταστρατήγηση του αληθούς νοήματος και σκοπού, του τελευταίου συνισταμένου – κατά κύριο λόγο – στην ταχεία, άρτια και έντεχνη εκτέλεση ενός έργου προς όφελος του δημοσίου συμφέροντος και της ικανοποίησης των άμεσων και επιτακτικών αναγκών του κοινωνικού συνόλου. Συνεπώς και αν ακόμη ήθελε κριθεί ότι οι υπηρεσίες της Αναθέτουσας Αρχής έσφαλαν, αυτό συνέβη χωρίς πρόθεση καταστρατήγησης των οικείων διατάξεων. Ως εκ τούτου η απόφαση πρέπει να ανακληθεί

λόγω συγγνωστής πλάνης. Συνοψίζοντας, η αρχική εκτίμηση της μελέτης να μην συμπεριλάβει μεθόδους σύνθετης αντιστήριξης των πρανών αλλά να αντιμετωπίσει τις εκσκαφές με κάθετα πρανή περιμετρικά του οικοπέδου, αντιμετωπίστηκε μέσω της τροποποίησης της αρχικής μελέτης και της σύνταξης νέας γεωτεχνικής μελέτης και μελέτης αντιστήριξης που χρηματοδοτήθηκαν μέσω του 1ου Α.Π.Ε. της αρχικής σύμβασης. Το αιφνίδιο γεγονός της κατάρπτωσης του πρανού αποτελεί απρόβλεπτη κατάσταση που παρά την υφιστάμενη αναθεωρημένη γεωτεχνική μελέτη δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθεί. Η συνέχιση των εκσκαφών με τον τρόπο που υποδεικνύει η γεωτεχνική μελέτη, έπειτα από την κατάρπτωση, εγκυμονεί σοβαρούς κινδύνους για τους εργαζόμενους στο χώρο του εργοταξίου, και ως εκ τούτου κρίνεται επιτακτική η ανάγκη λήψης των επιπλέον μέτρων αντιστήριξης για τη συνέχιση των εργασιών. Η υπέρβαση που προτείνεται με την 1η Συμπληρωματική Σύμβαση (όπως προαναφέρθηκε) ανέρχεται στο 1,97% της αρχικής σύμβασης και συγκεκριμένα στο ποσό των 144.734,08 ευρώ (τελικό ποσό με την έκπτωση), θα χρηματοδοτηθεί από ΣΑΤΑ, έχει μελετηθεί προσεκτικά και αποτελεί την ελάχιστη απαιτούμενη δαπάνη που θα απαιτηθεί για τη λήψη όλων των απαιτούμενων μέτρων αντιστήριξης. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω δέον όπως γίνει δεκτή η παρούσα αίτηση και ανακληθεί η προσβαλλόμενη Απόφαση της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων με σκοπό όπως διατυπωθεί η σύμφωνη γνώμη σας περί συνάψεως συμπληρωματικής συμβάσεως με την αρχική ανάδοχο του εκτελούμενου έργου”.

II. Νομικό πλαίσιο

4. Το άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ, υποπερίπτωση δδ) του Ν. 4013/2011 ορίζει : “δδ) Οι αποφάσεις των αναθετουσών Αρχών που αφορούν προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 3 του Π.Δ. 59/2007 και των άρθρων 24 και 25 του π.δ. 60/2007, εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των ανωτέρω προεδρικών διαταγμάτων.”

5. Η διάταξη του άρθρου 6 παρ. 1 του π.δ. 60/2007 «Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ...» ορίζει: «...Το παρόν εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών που δεν εξαιρούνται, δυνάμει των εξαιρέσεων που προβλέπονται στα άρθρα 16, 17 και 9 έως 15, και των οποίων η εκτιμώμενη αξία εκτός φόρου προστιθέμενης αξίας (ΦΠΑ) είναι ίση προς ή ανώτερη από τα ακόλουθα κατώτατα όρια: γ) 5.278.000 ευρώ, για τις δημόσιες συμβάσεις έργων...»

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με το άρθρο 2 του αριθμ. 1336/2013 Κανονισμού της Επιτροπής της 13ης Δεκεμβρίου 2013 για την τροποποίηση των οδηγιών 2004/17/ΕΚ, 2004/18/ΕΚ και 2009/81/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, όσον αφορά στα κατώτατα όρια εφαρμογής τους κατά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, το ως άνω ποσό αναπροσαρμόστηκε στο ποσό των 5.186.000 ευρώ.

6. Το Π.Δ. 60/2007 (ΦΕΚ 64/Α) Προσαρμογή της Ελληνικής Νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ «περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών», όπως τροποποιήθηκε με την Οδηγία 2005/51/ΕΚ της Επιτροπής και την Οδηγία 2005/75/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 16ης Νοεμβρίου 2005, ορίζει :

Άρθρο 25

Διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού

(άρθρο 31 Οδηγίας 2004/18/ΕΚ)

«Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, στις ακόλουθες περιπτώσεις[...]:

4) Προκειμένου για δημόσιες συμβάσεις έργων και υπηρεσιών:

α) όταν αφορούν συμπληρωματικά έργα ή υπηρεσίες που δεν περιλαμβάνονταν στην αρχικών κατακυρωθείσα μελέτη ούτε στην αρχική σύμβαση και τα οποία, λόγω μη προβλέψιμων περιστάσεων, κατέστησαν αναγκαία για την εκτέλεση των εργασιών ή της υπηρεσίας, όπως περιγράφεται στην αρχική σύμβαση, υπό την προϋπόθεση ότι η ανάθεση γίνεται στον οικονομικό φορέα που εκτελεί τις υπηρεσίες αυτές ή την υπηρεσία αυτή, εφόσον τα συμπληρωματικά έργα ή οι υπηρεσίες είτε δεν μπορούν, από τεχνική ή οικονομική άποψη, να διαχωρισθούν από την αρχική σύμβαση χωρίς να δημιουργηθούν μείζονα προβλήματα για τις αναθέτουσες αρχές είτε μπορούν να διαχωρισθούν από την εκτέλεση της αρχικής σύμβασης, πλην όμως είναι απόλυτα αναγκαία για την ολοκλήρωσή της. Το σωρευτικό ποσό των συναπτομένων συμβάσεων συμπληρωματικών έργων ή υπηρεσιών δεν επιτρέπεται να υπερβαίνει το 50% του ποσού της αρχικής σύμβασης [...].»

7. Οι σχετικές διατάξεις στο άρθρο 57 του Ν. 3669/2008, προβλέπουν:

«1. Το έργο εκτελείται σύμφωνα με τη σύμβαση και τα τεύχη και σχέδια που τη συνοδεύουν. Ο φορέας κατασκευής του έργου έχει το δικαίωμα, αν προκύψει ανάγκη εκτέλεσης συμπληρωματικών εργασιών, που δεν περιλαμβάνονται στο αρχικό ανατεθέν έργο ούτε στην πρώτη συναφθείσα σύμβαση και οι οποίες κατέστησαν αναγκαίες λόγω απρόβλεπτων περιστάσεων κατά την εκτέλεση του έργου, όπως αυτό περιγράφεται στην αρχική σύμβαση, να συνάπτει σύμβαση με τον ανάδοχο του έργου, με την προϋπόθεση ότι οι συμπληρωματικές εργασίες δεν μπορούν τεχνικά ή οικονομικά να διαχωριστούν από την κύρια σύμβαση, χωρίς να δημιουργήσουν μείζονα προβλήματα για τις αναθέτουσες αρχές ή όταν αυτές οι εργασίες, μολοντί μπορούν να διαχωριστούν από την αρχική σύμβαση, είναι απόλυτα αναγκαίες για την τελειοποίησή της. Το συνολικό ποσό των συμβάσεων αυτών δεν μπορεί να υπερβαίνει το ποσοστό του πενήντα τοις εκατό (50%) του ποσού της αρχικής σύμβασης, στο οποίο συμπεριλαμβάνεται και η αμοιβή για τη σύνταξη των τυχόν απαιτούμενων μελετών για τις συμπληρωματικές εργασίες. Η εκτέλεση των συμπληρωματικών εργασιών είναι υποχρεωτική για τον ανάδοχο του έργου και, προκειμένου να υπογραφεί η σύμβαση για την εκτέλεσή τους, απαιτείται γνώμη του οικείου τεχνικού συμβουλίου. Για τον καθορισμό τιμών μονάδας στις εργασίες της συμπληρωματικής σύμβασης λαμβάνονται οι τιμές της αρχικής σύμβασης και για τον κανονισμό τιμών μονάδας στις νέες εργασίες της συμπληρωματικής σύμβασης εφαρμόζονται οι παράγραφοι 5, 6 και 7. [...].

3. Με τα ποσά των απρόβλεπτων δαπανών (απρόβλεπτα) που περιλαμβάνονται στην αρχική σύμβαση καλύπτονται ιδίως δαπάνες που προκύπτουν από εφαρμογή νέων κανονισμών ή κανόνων που καθιερώθηκαν ως υποχρεωτικοί μετά την ανάθεση του έργου, καθώς και από προφανείς παραλείψεις ή σφάλματα της προμέτρησης της μελέτης ή από απαιτήσεις της κατασκευής οι οποίες καθίστανται απαραίτητες για την αρτιότητα και λειτουργικότητα του έργου, παρά την πλήρη εφαρμογή των σχετικών προδιαγραφών κατά την κατάρτιση των μελετών του έργου και υπό την προϋπόθεση να μην τροποποιείται το «βασικό σχέδιο» του έργου, δηλαδή ή όλη κατασκευή, καθώς και τα βασικά διακριτά στοιχεία της, όπως προβλέπονται από την αρχική σύμβαση. Για τη διάθεση των απρόβλεπτων δαπανών συντάσσεται Α.Π.Ε. που δεν μπορεί να συμπεριλάβει συμπληρωματικές εργασίες, οι οποίες κατέστησαν αναγκαίες λόγω απρόβλεπτων περιστάσεων. Τα ποσά των απρόβλεπτων δαπανών ανέρχονται σε ποσοστό εννέα τοις εκατό (9%) επί του προϋπολογισμού της υπηρεσίας, χωρίς το συνυπολογισμό των κονδυλίων αναθεώρησης και Φ.Π.Α., για έργα συνολικού προϋπολογισμού ίσου ή μεγαλύτερου του ορίου εφαρμογής της Κοινοτικής Νομοθεσίας, σύμφωνα με την απόφαση Δ17α/08/78/ΦΝ 357/3.11.1995 (ΦΕΚ 941 Β') και δεκαπέντε τοις εκατό (15%) για έργα προϋπολογισμού μικρότερου του ως άνω ορίου, σύμφωνα με την απόφαση Δ17α/07/45/ΦΝ 380/27.5.1996 (ΦΕΚ 409 Β') και μπορεί να αναπροσαρμόζεται με απόφαση του Υπουργού Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημόσιων Έργων. Το ποσό των απρόβλεπτων δαπανών επανυπολογίζεται κατά την υπογραφή της σύμβασης, ανάλογα με την προσφερθείσα έκπτωση, ώστε να διατηρείται σταθερή η ποσοστιαία αναλογία, σύμφωνα με το άρθρο 30 του παρόντος.»

8. Στην εγκύκλιο Ε38/2005 του ΥΠΕΧΩΔΕ περί “εκπονήσεως μελετών” και συγκεκριμένα στο Παράρτημα ΙV αυτής “Μελέτες Κτιριακών Έργων”, όπου περιγράφεται η διαδικασία εκπόνησης μελετών κτιριακών έργων, προβλέπεται ότι, σε κάθε περίπτωση, ήτοι ανεξαρτήτως της ακολουθούμενης, σύμφωνα με το Ν.3316/2005, διαδικασίας, στο στάδιο της προμελέτης περιλαμβάνεται, μεταξύ άλλων, η εκτέλεση γεωλογικών, γεωτεχνικών κ.λ.π. ερευνών με ιδιαίτερη σύμβαση.

III. Νομική Εκτίμηση

9. Με την κρινόμενη αίτηση θεραπείας ζητείται, κατ' αρχήν, η ανάκληση της προσβαλλόμενης απόφασης της Αρχής και η επανεξέταση της συνδρομής των προϋποθέσεων εφαρμογής της διατάξεως του άρθρου 25 παρ. 4 περ. α του Π.Δ. 60/2007. Το υπό εξέταση αίτημα, του Δήμου Κοζάνης αφορά στη σύναψη συμπληρωματικής σύμβασης εργασιών, ο προϋπολογισμός της οποίας ανέρχεται σε 117.669,98€, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Δεδομένου ότι η εν λόγω συμπληρωματική σύμβαση αποτελεί παρακολούθημα της αρχικής σύμβασης, της οποίας η ορισθείσα συμβατική αρχική αμοιβή ανήρχετο σε 5.968.190,27€, ομοίως μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, προκύπτει ότι το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Κοζάνης αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης έργου, με την έννοια της περίπτωσης (β) της παραγράφου 2 του άρθρου 2 του π.δ. 60/2007 (ΦΕΚ 64/Α) και συνεπώς συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής κατ' άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. δδ' του Ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την παροχή σύμφωνης γνώμης (βλ. ΕΣ Τμήμα VI 265/2011).

10. Από την προαναφερόμενη διάταξη του άρθρου 25 παρ. 4 περ. α του Π.Δ. 60/2007, συνάγεται σαφώς ότι η κατάρτιση συμπληρωματικών συμβάσεων με τον ανάδοχο ήδη εκτελούμενης δημόσιας σύμβασης έργου ή υπηρεσίας αποτελεί εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης με διαπραγμάτευση και για το λόγο αυτό εφαρμόζεται μόνο υπό τις αναφερόμενες περιοριστικά στο νόμο προϋποθέσεις. Συγκεκριμένα, για την κατάρτιση συμπληρωματικής σύμβασης υπηρεσιών με διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης θα πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά οι εξής προϋποθέσεις:

α) οι συμπληρωματικές υπηρεσίες θα πρέπει να παρουσιάζουν αναγκαία συνάφεια με το αρχικό συμβατικό αντικείμενο, αλλά δεν περιελήφθησαν στην αρχικά συναφθείσα σύμβαση,

β) η παροχή των υπηρεσιών αυτών κατέστη αναγκαία για την εκτέλεση του αρχικού συμβατικού αντικειμένου λόγω μη προβλέψιμων περιστάσεων,

γ) οι συμπληρωματικές υπηρεσίες είτε δεν μπορούν να διαχωριστούν από την αρχική σύμβαση χωρίς να δημιουργηθούν μείζονα προβλήματα για τις αναθέτουσες αρχές είτε μπορούν να διαχωριστούν από την εκτέλεση της αρχικής σύμβασης, πλην όμως είναι απόλυτα αναγκαίες για την ολοκλήρωσή της.

δ) το συνολικό ποσό αυτών των συμβάσεων, δεν μπορεί να υπερβαίνει το ποσοστό του πενήντα τοις εκατό (50%) του ποσού της αρχικής σύμβασης (βλ. ενδεικτικά, ΔΕΕ στην υπόθεση 601/2010 *Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας*, Ελ. Συν./Τμ. Μείζονος Επταμελούς Σύνθεσης 3210/2011, 2429/2011, Ελ. Συν./Τμ. VI, 897/2012, 288/2012, 2069/2010).

Σύμφωνα με την πάγια θέση της νομολογίας ως απρόβλεπτες περιστάσεις νοούνται πραγματικά γεγονότα τα οποία δεν ανάγονται στο χρόνο κατάρτισης της αρχικής σύμβασης και τα οποία, παρότι ο αρχικός σχεδιασμός με βάση τον οποίο προσδιορίστηκε το αντικείμενο της σύμβασης, υπήρξε κατά το δυνατόν πλήρης και ακριβής, αντικειμενικά δεν μπορούσαν να προβλεφθούν, σύμφωνα με τους κανόνες επιμέλειας του μέσου συνेतού ανθρώπου του οικείου κλάδου ώστε να ενταχθούν στο αρχικό έργο και τη συναφθείσα σύμβαση, ενώ περαιτέρω οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση του απρόβλεπτου δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη. Δεν θεωρούνται συμπληρωματικές οι υπηρεσίες που αφορούν στην επέκταση του τεχνικού αντικειμένου της σύμβασης ή στη βελτίωση της ποιότητάς του, καθώς είναι ανεπίτρεπτη η εκ των υστέρων μεταβολή του αντικειμένου της σύμβασης, που δεν ήταν γνωστή στο σύνολο των διαγωνιζομένων κατά την υποβολή της προσφοράς τους και δεν αποτέλεσε τη βάση της διαδικασίας ανάδειξης αναδόχου (Ελ. Συν./Τμ. Μείζονος - Επταμελούς Σύνθεσης 3205/2011, 3030/2011, 2489/2011, Ελ. Συν. /Τμ. VI/, 2158/2011, 2069/2010, 108/2007, 232/2006, 216/2006, 197/2006, 192/2006, 98/2006).

11. Σύμφωνα με όσα αναλυτικά αναφέρονται στην προσβαλλόμενη απόφαση, η Αρχή έκρινε μεταξύ άλλων ότι οι υπό εξέταση αιτούμενες εργασίες δεν μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο συμπληρωματικής σύμβασης καθόσον δεν προκύπτει ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 25 παρ. 4, περ. α του Π.Δ. 60/2007. Συγκεκριμένα, από την εξέταση των στοιχείων του φακέλου προέκυψε ότι, δεδομένης της παράλειψης εκτέλεσης γεωτεχνικών ερευνών και μελέτης αντιστήριξης των πρανών, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, κατά το στάδιο της δημοπράτησης, δεν μπορεί να υποστηριχθεί ότι κατεβλήθη από την αναθέτουσα αρχή η ενδεδειγμένη επιμέλεια και προσοχή, ούτως ώστε, οι αναγκαίες για την αντιστήριξη των πρανών εργασίες, να ενταχθούν στο αρχικό έργο και την οικεία σύμβαση. Περαιτέρω, τα επικαλούμενα ως απρόβλεπτα γεγονότα ανάγονται σε παραλείψεις της μελέτης δημοπράτησης, δεδομένου ότι αποτελούν, κατά την κοινή πείρα, γεγονότα που μπορούσαν και επιβαλλόταν - με την καταβολή της ενδεδειγμένης επιμέλειας - να προβλεφθούν, ώστε οι αντίστοιχες εργασίες να αποτελέσουν περιεχόμενο της μελέτης δημοπράτησης του κύριου έργου (βλ. ΕΣ, Τμ. VII 63/2011).

12. Με την κρινόμενη αίτηση θεραπείας, ο Δήμος Κοζάνης υποβάλλει ως νεότερα στοιχεία τα με αρ. Πρωτ. (ΕΑΑΔΗΣΥ) 909/19-02-2014 και 933/20-02-2014 έγγραφα του εξειδικευμένου μελετητή που εκπόνησε τις γεωτεχνικές μελέτες και αφορούν σε ερμηνεία του φαινομένου της κατολίσθησης και παροχή διευκρινίσεων επί της μελέτης αντιστήριξης αντίστοιχα.

Λαμβάνοντας υπόψη όσα προβάλλονται με την αίτηση θεραπείας από τον Δήμο Κοζάνης και τα στοιχεία του φακέλου η Αρχή θεωρεί ότι :

Η αναθέτουσα αρχή, πριν την δημοπράτηση του έργου παρέλειψε να εκτελέσει τις αναγκαίες γεωτεχνικές έρευνες και να εκπονήσει ειδική μελέτη αντιστήριξης καθόσον εκτίμησε ως βραχύωδη την σύσταση του εδάφους θεμελίωσης του έργου. Όμως πριν την έναρξη των εργασιών εκσκαφών για την θεμελίωση του κτιριακού έργου ο Ανάδοχος μέσω εξειδικευμένου μελετητή προέβη στις αναγκαίες έρευνες και μελέτες, οι οποίες και εγκρίθηκαν αρμοδίως, και υποδείκνυαν την υιοθέτηση μεθόδου αντιστήριξης επί της οδού Δαβάκη (αντιστήριξη με τοίχο Βερολίνου) και εκσκαφή με κατάλληλη κλίση στις λοιπές πλευρές του περιγράμματος του οικοπέδου.

Κατά την διάρκεια των εκσκαφών ανοικτού ορύγματος, και ενώ εκτελείτο η εκσκαφή της κατώτατης στάθμης του ποδός του κεντρικού τμήματος του ανατολικού πρανούς της οδού Δελιβάνη, κατέπεσε τμήμα του πρανούς (ολίσθηση κατακερματισμένου βράχου και εδαφικού υλικού από το διαμορφωμένο πρανές). Τα δε αίτια της κατάρτησης ως επικαλείται η αναθέτουσα αρχή, η οποία φέρει και το σχετικό βάρος απόδειξης, ανάγονται στην επίδραση έντονων βροχοπτώσεων που προηγήθηκαν σε συνδυασμό με την κατάσταση του εδάφους λόγω μακροχρόνιας προϋπάρχουσας διαρροής του εκεί αγωγού λυμάτων όπως επισημαίνει και ο μελετητής του έργου με το υπ. αρ. Πρωτ. (ΕΑΑΔΗΣΥ) 909/19-02-2014 συμπληρωματικό υπόμνημα για την ερμηνεία του φαινομένου της κατολίσθησης.

Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι οι εργασίες της αποκατάστασης του πρανού και λήψης επιπλέον μέτρων αντιστήριξης κατέστησαν αναγκαίες λόγω απρόβλεπτων περιστάσεων κατά την εκτέλεση της σύμβασης (κατάρτησης του πρανού λόγω έντονων βροχοπτώσεων σε συνδυασμό με την αποσάθρωση του εδάφους λόγω μακροχρόνιας διαρροής παρακείμενου αγωγού λυμάτων) οι οποίες δεν ανάγονται σε υπαιτιότητα της αναθέτουσας αρχής, καθώς καταβλήθηκε η ενδεδειγμένη επιμέλεια και προσοχή, ώστε πριν την έναρξη των εργασιών εκσκαφής να εκπονηθεί η αναγκαία γεωτεχνική μελέτη - μελέτη αντιστήριξης η οποία και εφαρμόστηκε.

Κατά τα λοιπά, τα συμπληρωματικά έργα της εξεταζόμενης συμπληρωματικής σύμβασης δεν μπορούν, από τεχνική ή οικονομική άποψη, να διαχωριστούν από την αρχική σύμβαση χωρίς να δημιουργηθούν μείζονα προβλήματα για την αναθέτουσα αρχή, ούτε μπορούν να διαχωριστούν από την εκτέλεση της αρχικής σύμβασης καθόσον αφορούν έργα αποκατάστασης και αντιστήριξης των εκσκαφών θεμελίωσης του κτιριακού συγκροτήματος επομένως είναι προαπαιτούμενα για την ανέγερση του.

Τέλος το ποσό της προυπολογιζόμενης δαπάνης της νέας σύμβασης ανέρχεται σε 117.669,98 € χωρίς ΦΠΑ ποσό που δεν υπερβαίνει το 50% του ποσού της αρχικής σύμβασης (5.968.190,27€ χωρίς ΦΠΑ).

Όμως, κατά την γνώμη των μελών Ε. Καραμανλή και Ι. Κουλούρη, με την κρινόμενη αίτηση θεραπείας, ο Δήμος Κοζάνης δεν επικαλείται νέα στοιχεία ή περιστάσεις, ικανά να επιφέρουν τροποποίηση των ήδη κριθέντων με την υπ' αριθ. 16/2014 απόφαση της Αρχής. Συγκεκριμένα, από τα πραγματικά περιστατικά της υπό εξέταση υπόθεσης προκύπτει ότι ο αρχικός σχεδιασμός εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ούτε πλήρης ούτε ακριβής υπήρξε, αφού παρέλειψε να συμπεριλάβει στις μελέτες δημοπράτησης του έργου την εκτέλεση των απαιτούμενων γεωτεχνικών και, σε συνέχεια αυτών, την μελέτη αντιστήριξης των πρανών της εκσκαφής όπως και ακολούθως τις απαραίτητες εργασίες στην σύμβαση. Εφόσον το είχε πράξει, θα είχε στην διάθεσή της μέτρα αντιστήριξης για να προλάβει γεγονότα όπως τα επισυμβάντα εν προκειμένω (κατάπτωση του πρανούς) και, σε κάθε περίπτωση, θα μπορούσε να κάνει χρήση του κονδυλίου των απροβλέπτων δαπανών της σύμβασης για την εκτέλεση τυχόν αναγκαίων πρόσθετων εργασιών για την αντιμετώπισή τους. Αντιθέτως, η επιλογή λήψης μέτρων αντιστήριξης σε χρόνο μετά την υπογραφή της σύμβασης περιόρισε τις επιλογές της αναθέτουσας αρχής εντός των τεχνικοοικονομικών δεδομένων της σύμβασης και την εξέθεσε στον κίνδυνο γεγονότων τα οποία κατά την κοινή πείρα μπορούσαν να προβλεφθούν και να αντιμετωπιστούν (έντονες βροχοπτώσεις, υπάρχουσες διαρροές αγωγών).

III. Συμπέρασμα

Ενόψει όλων των προεκτεθέντων, η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. αποφασίζει κατά πλειοψηφία την **αποδοχή της αίτησης θεραπείας** του Δήμου Κοζάνης, ανακαλεί την υπ. αριθ. 16/2014 απόφαση της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. και παρέχει σύμφωνη γνώμη επί του υποβληθέντος αιτήματος για προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για τη σύναψη της 1ης Συμπληρωματικής Σύμβασης Εργασιών (1 Σ.Σ.Ε.) του έργου με τίτλο «ΚΤΙΡΙΟ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗΣ ΚΑΙ ΕΚΘΕΣΕΙΑΚΟΥ ΧΩΡΟΥ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗΣ», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 117.669,98€ (χωρίς ΦΠΑ 23%), για τους λόγους που αναφέρονται στην παρούσα απόφαση.

Αθήνα 11 Μαρτίου 2014
ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ
Ο Πρόεδρος

Ράϊκος Δημήτριος