



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ**  
**ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ**  
**ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

9/2014

(της διαδικασίας του άρθρου 2, παρ. 2, περ. γ(δδ) Ν. 4013/2011, όπως ισχύει)

**Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

Στην Αθήνα σήμερα, την 14 Ιανουαρίου του έτους δύο χιλιάδες δέκα τέσσερα (2014) ημέρα Τρίτη και ώρα 10.30, και επί της Λεωφόρου Κηφισίας 7στους Αμπελοκήπους, όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η **ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ** 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:** Χριστίνα Μπουσουλέγκα

**Μέλη:** 3. Δημητρούλιας Θεόδωρος

4. Καραμανλής Ευάγγελος

5. Κουλούρη Ιωάννα

6. Λουρίκας Δημήτριος

7. Σταθακόπουλος Δημήτριος

Τα λοιπά τακτικά και αναπληρωματικά μέλη, καίτοι προσκληθέντα, δεν προσήλθαν λόγω δικαιολογημένου κωλύματος.

**Γραμματέας:** Στυλιανή Τσιάβου

**Εισηγητές:** Αριστοτέλης Ζαχαρόπουλος, Αικατερίνη Θεοδωροπούλου, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

**Ερώτημα:** Το πρωτ. 19554/08.07.2013 έγγραφο αίτημα του Δήμου Βύρωνα προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. το οποίο παρελήφθη από την Αρχή την 09.07.2013 με αρ. πρωτ. 3147, όπως συμπληρώθηκε με τα υπ' αριθ. πρωτ. 30031/22.10.2013 και 36744/23.12.2013 έγγραφα, τα οποία παρελήφθησαν από την Αρχή την 22.10.2013 και 31.12.2013 με αρ. πρωτ. 4822 και 5736 αντίστοιχα.

**Θέμα:** Διατύπωση σύμφωνης γνώμης της Αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ(δδ) Ν. 4013/2011, όπως ισχύει, προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 4(α) του Π.Δ 60/2007, για την ανάθεση συμπληρωματικής σύμβασης εργασιών, συμβατικού οικονομικού αντικειμένου 1.670.000,00 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ., σε υλοποιούμενη σύμβαση κατασκευής έργου με τίτλο “Πρότυπο βιοκλιματικό κολυμβητήριο - περιβαλλοντική και ενεργειακή αναβάθμιση δημοτικού σταδίου Δήμου Βύρωνα”.

Με το υπ' αρ. πρωτ. 19554/08.07.2013 έγγραφο αίτημα του Δήμου Βύρωνα προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. το οποίο παρελήφθη από την Αρχή την 09.07.2013 με αρ. πρωτ. 3147, όπως συμπληρώθηκε με τα υπ' αριθ. πρωτ. 30031/22.10.2013 και 36744/23.12.2013 έγγραφα, τα οποία παρελήφθησαν από την Αρχή την 22.10.2013 και 31.12.2013 με αρ. πρωτ. 4822 και 5736 αντίστοιχα, ο Δήμος Βύρωνα αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ(δδ) Ν. 4013/2011, όπως ισχύει, προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 4(α) του Π.Δ 60/2007, για την ανάθεση συμπληρωματικής σύμβασης εργασιών, συμβατικού οικονομικού αντικειμένου 1.670.000,00 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ., σε υλοποιούμενη σύμβαση κατασκευής έργου με τίτλο “Πρότυπο βιοκλιματικό κολυμβητήριο - περιβαλλοντική και ενεργειακή αναβάθμιση δημοτικού σταδίου Δήμου Βύρωνα”.

Η Αναθέτουσα Αρχή, με το υποβληθέν αίτημά της, όπως συμπληρώθηκε, επικαλείται την ανάγκη εκτέλεσης συμπληρωματικών εργασιών συμβατικού οικονομικού αντικειμένου 1.670.000,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., τις οποίες κρίνει απαραίτητες λόγω της εφαρμογής του Κανονισμού Ενεργειακής Απόδοσης Κτιρίων (εφεξής Κ.ΕΝ.Α.Κ) και περιγράφονται στην οικεία αιτιολογική έκθεση ως κατωτέρω : “1) τα κτίρια πρέπει να έχουν υποχρεωτική κάλυψη αναγκών σε ζεστό νερό χρήσης από ηλιακά συστήματα κατά 60%, ενώ η μελέτη προβλέπει κάλυψη μόλις 13%, 2) η κεντρική εγκατάσταση θέρμανσης πρέπει να διαθέτει σύστημα αντιστάθμισης για την κάλυψη μερικών φορτίων θέρμανσης με τη χρήση τρίοδης θάλασσας αυτόματης ρύθμισης κυκλοφορίας νερού, 3) το κεντρικό σύστημα διαχείρισης .... του Κολυμβητηρίου πρέπει να εκσυγχρονισθεί λαμβάνοντας περισσότερα σήματα από την εγκατάσταση ψύξης-θέρμανσης για να μπορεί κάνοντας συνεχείς ρυθμίσεις να επιταχύνει την ελαχιστοποίηση της καταναλωμένης ενέργειας, 4) οι ηλεκτρολογικοί πίνακες του Κολυμβητηρίου πρέπει να αναβαθμιστούν, ώστε να μπορέσουν να συνεργαστούν με το εκσυγχρονισμένο σύστημα διαχείρισης του κτιρίου, 5) απαιτείται εφαρμογή στις όψεις των κτιρίων συστήματος από μονωτικές πλάκες εξηλασμένου πολυστυρενίου ΧΡS με τελικό επίχρισμα έτοιμο σοβά ακρυλικής βάσης .... 6) αντικατάσταση των προτεινόμενων από τη μελέτη κουφωμάτων από σύγχρονα θερμομονωτικά - ηχομονωτικά - θερμοδιακοπτόμενα κουφώματα αλουμινίου, 7) αντικατάσταση υαλοστασίων με υαλοστάσια ενεργειακής κλάσης”, . Η δαπάνη της αρχικής σύμβασης του έργου ανέρχεται στο ποσό των 10.970.959,44 € χωρίς ΦΠΑ.

## **I. Ιστορικό- πραγματικά περιστατικά**

Από όλα τα στοιχεία του φακέλου της ελεγχόμενης σύμβασης προκύπτουν τα ακόλουθα:

1. Με την υπ' αριθμ. 104/20.05.2010 απόφαση της Δημορχιακής Επιτροπής του Δήμου Βύρωνα εγκρίθηκαν οι μελέτες και τα τεύχη δημοπράτησης και καταρτίσθηκαν οι όροι της διακήρυξης για την ανοικτή δημοπρασία επιλογής αναδόχου με αντικείμενο την κατασκευή του έργου “Πρότυπο βιοκλιματικό κολυμβητήριο - περιβαλλοντική και ενεργειακή αναβάθμιση δημοτικού σταδίου Δήμου Βύρωνα”, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 11.950.000 ευρώ, πλέον Φ.Π.Α. 21% Ο διαγωνισμός αυτός, αφού τηρήθηκαν οι νόμιμοι όροι δημοσιότητας, διεξήχθη την 20.07.2010 και το αποτέλεσμα του κατακυρώθηκε με την 149/2010 απόφαση της Δημορχιακής Επιτροπής του Δήμου Βύρωνα την 26.07.2010, στην εταιρεία “ΕΡΓΟΝ ΔΙΕΘΝΗΣ Α.Β.Τ.Ε.Ε.”. Το σχέδιο συμβάσεως και ο οικείος φάκελος της διαγωνιστικής διαδικασίας υποβλήθηκαν για προσυμβατικό έλεγχο νομιμότητας στο Ελεγκτικό Συνέδριο και με την 396/2010 κρίθηκε ότι δεν κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου. Την 01.12.2010 υπεγράφη η εργαλαβική σύμβαση έναντι συνολικού ανταλλάγματος ύψους 10.970.959,44 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α. και συμβατική προθεσμία περαίωσης του έργου 30 μήνες από την υπογραφή της σύμβασης, ήτοι μέχρι την 01.06.2013.

2. Περαιτέρω, με την υπ' αριθμ. 133/10.04.2012 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου Βύρωνα, ύστερα από θετική εισήγηση του Συμβουλίου Δημοσίων Έργων Περιφέρειας Αττικής, εγκρίθηκε ο 1<sup>ος</sup> Ανακεφαλαιωτικός Πίνακας Εργασιών και η σύναψη της 1<sup>ης</sup> συμπληρωματικής σύμβασης του ως άνω έργου, ποσού 3.886.784,22 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Το σχέδιο της 1ης συμπληρωματικής συμβάσεως με τη σχετική αιτιολογική έκθεση και τον 1<sup>ο</sup> Ανακεφαλαιωτικό Πίνακα Εργασιών υποβλήθηκαν για προσυμβατικό έλεγχο νομιμότητας στο Ελεγκτικό Συνέδριο και με την 290/2012 Πράξη του οικείου κλιμακίου κρίθηκε ότι δεν κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου της 1ης συμπληρωματικής σύμβασης. Την 20.07.2012 υπεγράφη η 1η συμπληρωματική σύμβαση του έργου, έναντι συνολικού ανταλλάγματος ύψους 3.159.987,17 ευρώ χωρίς ΦΠΑ.
3. Ακολούθως, με την 129/23.04.2013 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου, μετά τη θετική γνώμη του αρμοδίου Περιφερειακού Συμβουλίου Δημοσίων έργων, υπεγράφη ο 2<sup>ος</sup> Ανακεφαλαιωτικός Πίνακας Εργασιών του έργου δαπάνης 14.130.946,62 ευρώ (χωρίς Φ.Π.Α.).
4. Με την 130/23.04.2013 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου Βύρωνα εγκρίθηκε η παράταση της συνολικής προθεσμίας εκτέλεσης του έργου κατά δεκατρείς (13) μήνες επιπλέον, ήτοι έως την 01.07.2014.
5. Περαιτέρω, με την υπ' αριθμ. 170/17.06.2013 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου Βύρωνα (ΑΔΑ: ΒΕΖΣΩ93-Γ02), ύστερα από θετική εισήγηση του Συμβουλίου Δημοσίων Έργων Περιφέρειας Αττικής, εγκρίθηκε ο 3<sup>ος</sup> Ανακεφαλαιωτικός Πίνακας Εργασιών, το 2<sup>ο</sup> Πρωτόκολλο Κανονισμού Τιμών Μονάδας Νέων Εργασιών (Π.Κ.Τ.Μ.Ν.Ε.) και η σύναψη της 2<sup>ης</sup> συμπληρωματικής σύμβασης του ως άνω έργου, ποσού 1.670.000 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.
6. Ακολούθως με το υπ' αριθμ. 17630/21.06.2013 έγγραφό του Δήμου Βύρωνα υπεβλήθη στο οικείο Κλιμάκιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου το σχέδιο της 2<sup>ης</sup> συμπληρωματικής συμβάσεως του εν θέματι έργου και ο σχετικός φάκελος για προσυμβατικό έλεγχο νομιμότητας. Με την 299/2013 πράξη του Ε' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή της επίμαχης συμπληρωματικής σύμβασης για τους ακόλουθους λόγους: α) διότι η 170/17.06.2013 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου Βύρωνα, με την οποία εγκρίθηκε ο 3<sup>ος</sup> Α.Π.Ε. το 2<sup>ο</sup> Π.Κ.Τ.Μ.Ν.Ε. και η σύναψη της 2<sup>ης</sup> συμπληρωματικής σύμβασης, δεν μπορεί να αποτελέσει νόμιμο έρεισμα για την υπογραφή της, αφού δεν προηγήθηκε της έκδοσής της η σύμφωνη γνώμη της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 2 του ν. 4013/2011 και β) διότι δεν συνέτρεχαν οι απρόβλεπτες περιστάσεις που απαιτούνται κατά τα άρθρα 57 και 125 του ν. 3669/2008 για το επιτρεπτό της σύναψης της επίμαχης 2<sup>ης</sup> συμπληρωματικής σύμβασης. Το VI Τμήμα του Ελεγκτικού Συνεδρίου, επιλαμβανόμενο της εξέτασης αίτησης του Δήμου Βύρωνα για την ανάκληση της προαναφερόμενης απορριπτικής πράξης του Κλιμακίου, απέρριψε ως αβάσιμη την αίτηση ανάκλησης με την έκδοση της υπ' αριθμ. 3631/2013 αποφάσεως του. Τέλος, το Τμήμα Μείζονος – Επταμελούς Σύνθεσης του Ελεγκτικού Συνεδρίου, μετά την άσκηση από το Δήμο Βύρωνα της από 10.10.2013 αίτησης αναθεώρησης κατά της ανωτέρω υπ' αριθμ. 3631/2013 απόφασης του VI Τμήματος, απέρριψε την ως άνω υποβληθείσα αίτηση με την έκδοση της υπ' αριθμ. 4483/2013 απόφασής του, κρίνοντας ότι ορθώς απορρίφθηκαν, με την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 3631/2013 απόφαση, οι σχετικώς προβληθέντες λόγοι ανάκλησης της 299/2013 απορριπτικής πράξης του Ε' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.
7. Με το υπ' αριθ. 19554/08.07.2013 έγγραφο αίτημα του Δήμου Βύρωνα όπως συμπληρώθηκε με τα υπ' αριθμ. 30031/22.10.2013 και 36744/23.12.2013 έγγραφα, ο Δήμος αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την υπογραφή 2<sup>ης</sup> Συμπληρωματικής Σύμβασης Εργασιών με τον Ανάδοχο της αρχικής σύμβασης, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 1.670.000,00 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Σημειώνεται ότι η συνολική δαπάνη της αρχικής σύμβασης ανέρχεται σε 10.970.959,44 € (χωρίς ΦΠΑ).

## II. Νομικό πλαίσιο

8. Σύμφωνα με τις διατάξεις της υποπερ. δδ της περ. γ της παραγρ. 2 του άρθρου 2 του Ν. 4013/2011 όπως τροποποιήθηκε από την παράγραφο 1 του άρθρου 61 του Ν. 4146/2013 (Α' 90) «..Οι αποφάσεις των αναθετουσών Αρχών που αφορούν προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθε-

ση 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 εμπíπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των ανωτέρω προεδρικών διαταγμάτων. Η εν λόγω αρμοδιότητα ασκείται μέσα σε προθεσμία δεκαπέντε (15) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης στην Αρχή, συνοδευόμενου από όλα τα στοιχεία στα οποία θεμελιώνεται, κατά περίπτωση, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, με μέριμνα της αναθέτουσας αρχής. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας τεκμαίρεται η σύμφωνη γνώμη της Αρχής.»

**9.** Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 6 του Π.Δ. 60/2007 το εν λόγω Π.Δ. «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 € για τις δημόσιες συμβάσεις έργων [...]».

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με το άρθρο 2 του αριθ. 1336/2013 Κανονισμού της Επιτροπής της 13ης Δεκεμβρίου 2013 για την τροποποίηση των οδηγιών 2004/17/EK, 2004/18/EK και 2009/81/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, όσον αφορά τα κατώτατα όρια εφαρμογής τους κατά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, το ως άνω ποσό αναπροσαρμόστηκε σε 5.186.000,00 ευρώ, μέχρι τις 31-12-2015.

**10.** Η διάταξη του άρθρου 8 παρ. 1 του π.δ. 60/2007 «Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/EK...» ορίζει:

«... Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας δημόσιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, εκτός ΦΠΑ, όπως προσδιορίζεται από την αναθέτουσα αρχή. Στον υπολογισμό αυτό, λαμβάνεται υπόψη το εκτιμώμενο συνολικό ποσό, συμπεριλαμβανομένων τόσο του τυχόν προβλεπόμενου δικαιώματος προαίρεσης όσο και των τυχόν παρατάσεων της σύμβασης...».

**11.** Στη διάταξη του άρθρου 25 του ίδιου π.δ. [με τίτλο “Διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού (άρθρο 31 οδηγίας 2004/18/EK)”] προβλέπεται ότι:

«...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 αρχικώς 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 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 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, ...».

**12.** Οι σχετικές διατάξεις στο άρθρο 57 του Ν. 3669/08 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, μολονότι 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 πε-

νήντα 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...».

### III. Νομική Εκτίμηση

**13.** Το υπό εξέταση αίτημα, του Δήμου Βύρωνα αφορά στη σύναψη συμπληρωματικής σύμβασης εργασιών προϋπολογιζόμενης δαπάνης 1.670.000,00 € μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. Η εν λόγω συμπληρωματική σύμβαση αποτελεί «δημόσια σύμβαση έργου» με την έννοια της περίπτωσης (β) της παραγράφου 2 του άρθρου 2 του π.δ. 60/2007 (Α 64), «περί προσαρμογής της ελληνικής νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ "περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών"». Ο προϋπολογισμός της συμπληρωματικής σύμβασης ανέρχεται σε 1.670.000,00 € μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., η δε αρχική σύμβαση ανέρχεται στο ποσό των 10.970.959,44 € χωρίς ΦΠΑ €. Η εν λόγω υποβαλλόμενη 2<sup>η</sup> ΣΣΕ αποτελεί παρακολούθημα της αρχικής σύμβασης, και η κατάρτιση της με τον ανάδοχο αποτελεί εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης και εφαρμόζεται μόνο υπό τις περιοριστικά αναφερόμενες στο νόμο προϋποθέσεις. Σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο υπ' αριθμ. 36744/23.12.2013 έγγραφο του Δήμου Βύρωνα, το σχέδιο της 2<sup>ης</sup> ΣΣΕ εστάλη στο Ελεγκτικό Συνέδριο για την διενέργεια του προσυμβατικού ελέγχου «διότι λόγω του συμβατικού οικονομικού αντικειμένου της θεωρήθηκε ότι δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του π.δ. 60/2007 (όπως αναφέρεται στο άρθρο 61 του ν. 4146/2013 και επομένως δεν απαιτείται η σύμφωνη γνώμη της Αρχής.» Αντίστοιχος ισχυρισμός υπεβλήθη και ενώπιον του Ελεγκτικού Συνεδρίου, όπως συνάγεται από τα αναφερόμενα στην 299/2013 πράξη του Ε' Κλιμακίου (σκέψη V iii σελ 19-20).

**14.** Σε αντίθεση με τον ως άνω ισχυρισμό του Δήμου, κατά την έννοια της διατάξεως του άρθρου 2 του ν. 4013/2011, όπως αποσαφηνίσθηκε με το άρθρο 61 του ν. 4146/2013, σε περίπτωση σύναψης συμπληρωματικής συμβάσεως, η υποχρέωση της αναθέτουσας να ζητεί τη σύμφωνη γνώμη της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. προσδιορίζεται από το ύψος του προϋπολογισμού δημοπράτησης του έργου ήτοι, εν προκειμένω, ποσό των 11.950.000,00 ευρώ (χωρίς Φ.Π.Α.), αθροισμένων και των ποσών των συμπληρωματικών συμβάσεων και όχι από το ύψος της προϋπολογισθείσας δαπάνης της συμπληρωματικής συμβάσεως, δεδομένου ότι οι συμπληρωματικές συμβάσεις, ανεξαρτήτως του ύψους του προϋπολογισμού αυτών, αποτελούν παρακολούθημα του αντικειμένου των αρχικών συμβάσεων και ως εκ τούτου δεν δύναται να αντιμετωπισθούν ως αυτοτελείς συμβάσεις με ιδιαίτερο οικονομικό αντικείμενο.

Βάσει των ανωτέρω στοιχείων 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 3631/2013).

Περαιτέρω δε, ουδόλως εμπίπτει η συγκεκριμένη συμπληρωματική σύμβαση στο πεδίο των νομιμοποιητικών διατάξεων του άρθρου 61 του ν. 4146/2013, δεδομένου ότι κρίσιμος χρόνος για την εφαρμογή των διατάξεων αυτών είναι εκείνος της απόφασης σύναψης της σύμβασης με καταλη-

κτική ημερομηνία την 31.12.2012, ενώ στην προκειμένη περίπτωση η απόφαση σύναψης συμπληρωματικής συμβάσεως εκδόθηκε τον Ιούνιο του 2013 (Αποφάσεις VI Τμήματος 3012, 2270/2013).

**15.** Η διαδικασία με διαπραγμάτευση, έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες στα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18/EK περιπτώσεις (αντίστοιχα άρθρα 24 και 25 π.δ. 60/2007) (βλ. σχετικώς ΔΕΕ, απόφαση της 8ης Απριλίου 2008, C 337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψη 56). Συναφώς επισημαίνεται ότι οι ανωτέρω διατάξεις στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις που συνιστούν παρέκκλιση από τη βασική ρύθμιση, δηλαδή από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζομένων από τη Συνθήκη για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Σ.Λ.Ε.Ε.) δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο συστατικής ερμηνείας. Συγκεκριμένα, προκειμένου η οδηγία 2004/18/EK να μην απολέσει την πρακτική αποτελεσματικότητά της, τα κράτη μέλη και οι αναθέτουσες αρχές τους δεν επιτρέπεται να προβλέπουν περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση που δεν προβλέπονται από την εν λόγω οδηγία ή να συνοδεύουν τις ρητώς προβλεπόμενες από την οδηγία αυτή περιπτώσεις με νέους όρους που έχουν ως αποτέλεσμα να καθιστούν ευκολότερη την προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία (βλ. ΔΕΕ, αποφάσεις της 18<sup>ης</sup> Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28<sup>ης</sup> Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 13 και της 13<sup>ης</sup> Ιανουαρίου 2005, C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, Συλλ. 2005, I-13947, σκέψη 48).

**16.** Περαιτέρω, η τήρηση της προαναφερθείσας διαδικασίας του άρθρου 2 παρ. 2 περ. γ υποπ. δδ του Ν. 4013/2011, περί σύμφωνης γνώμης της Αρχής, σύμφωνα με την οποία η εν λόγω αρμοδιότητα ασκείται μέσα σε προθεσμία δεκαπέντε (15) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης στην Αρχή, συνοδευόμενου από όλα τα στοιχεία στα οποία θεμελιώνεται, κατά περίπτωση, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, με μέριμνα της αναθέτουσας αρχής, συνιστά ουσιώδη τύπο της διαδικασίας εκδόσεως της σχετικής διοικητικής πράξης περί προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης και η μη τήρησή του συνεπάγεται ακυρότητα της πράξεως ( βλ ΝΣΚ 262/2008 και ΕΣ IV 3630/2013, 3631/2013), ενώ δεν χωρεί εκ των υστέρων έγκριση (βλ. 38/2013, 369/2013, 80/2012 ΕΑΑΔΗΣΥ).

**17.** Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, σε περίπτωση κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή κρίνει αναγκαία τη σύναψη συμπληρωματικής σύμβασης, αρχικής συμβάσεως η οποία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Π.δ. 60/2007, οφείλει, πριν τη λήψη της απόφασης έγκρισης του σχετικού Α.Π.Ε. και σύναψης της σύμβασης, να υποβάλει τον φάκελο με όλα τα αναγκαία στοιχεία στην Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., προκειμένου να λάβει τη σύμφωνη γνώμη της. Στην περίπτωση που η Αρχή γνωμοδοτήσει αρνητικά, η σύμβαση δεν μπορεί να συναφθεί, αφού ο νόμος ορίζει ότι η γνώμη που διατυπώνει η Αρχή είναι σύμφωνη και κατά συνέπεια το όργανο που ασκεί την αποφασιστική αρμοδιότητα υποχρεούται να ενεργήσει κατά τον τρόπο που του υποδεικνύει το γνωμοδοτούν όργανο, ενώ, αν ο αναθέτων φορέας δεν υποβάλει τον φάκελο της διαδικασίας στην Αρχή, τυχόν απόφαση του αρμοδίου οργάνου περί σύναψης της συμπληρωματικής σύμβασης είναι παράνομη, ως εκδοθείσα κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας έκδοσης αυτής (β. Σχετ. Απόφαση VI Τμήματος Ελ. Συν. 3209, 3012/2013 και Πράξεις Ε΄ Κλιμακίου 192,181, 154, 125,229, 299/2013).

**18.** Συνεπώς, η έκδοση σύμφωνης γνώμης από την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. προϋποθέτει ότι, κατά το χρόνο υποβολής και εξέτασης του σχετικού αιτήματος, η αναθέτουσα αρχή δεν έχει προβεί στη λήψη σχετικής απόφασης διενέργειας διαπραγμάτευσης. Σε διαφορετική περίπτωση, η Αρχή καθίσταται κατά χρόνο αναρμόδια για τη διατύπωση της σύμφωνης γνώμης.

**19.** Στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του υποβληθέντος φακέλου, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε στις 09.07.2013 το σχετικό αίτημά της στην Αρχή, ενώ, προηγουμένως, με την αριθμ. 170/17.06.2013 απόφασή του (ΑΔΑ:ΒΕΖΣΩ9Ε-Γ02) το Δημοτικό Συμβούλιο του Δήμου Βύρωνα είχε εγκρίνει τον σχετικό 30 Α.Π.Ε., το 2<sup>ο</sup> Π.Κ.Τ.Μ.Ν.Ε. και τη σύναψη της 2<sup>ης</sup> ΣΣΕ του ως άνω έργου και είχε υποβάλει με το αρ. πρωτ. 17630/21.06.2013 έγγραφό του στο Ελεγκτικό Συνέδριο για έλεγχο το σχετικό σχέδιο της 2ης ΣΣΕ.

**20.** Κατά συνέπεια, η ως άνω απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου Βύρωνα, με την οποία εγκρίθηκε ο 3ος ΑΠΕ του έργου καθώς και η σύναψη της 2ης ΣΣΕ, εκδόθηκε κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας (βλ. ενδεικτικά Ελ Συν Κλιμ. Ν, 389/2013), αφού από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε στις 09.07.2013 το σχετικό αίτημά της στην Αρχή, δηλαδή κατόπιν εκδόσεως της ως άνω απόφασης.

**21.** Κατόπιν των ανωτέρω, από την υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στις προαναφερόμενες διατάξεις, διαπιστώνεται ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 2 παράγραφος 2 περίπτωση γ' υποπερίπτωση δδ' του ν. 4013/2011, το οποίο επιτάσσει την υποβολή και εξέταση του σχετικού αιτήματος πριν η αναθέτουσα αρχή προβεί στη λήψη σχετικής απόφασης ανάθεσης της σύμβασης.

### **Συμπέρασμα**

Ενόψει όλων των προεκτεθέντων, με βάση το διδόμενο πραγματικό και από την υπαγωγή αυτού στις προαναφερόμενες και ερμηνευόμενες διατάξεις, επί του τεθέντος ερωτήματος, η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. ομόφωνα :

Διαπιστώνει την εκ μέρους του Δήμου Βύρωνα παραβίαση του άρθρου 2 παράγραφος 2 περίπτωση γ' υποπερίπτωση δδ' του ν. 4013/2011 και απορρίπτει το αίτημα παροχής σύμφωνης γνώμης για προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για τη σύναψη της 2ης συμπληρωματικής σύμβασης εργασιών δαπάνης 1.670.000,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. , λόγω μη συνδρομής των προς τούτο τασσόμενων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

**Αθήνα, 14 Ιανουαρίου 2014**

**ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ**

**Ο Πρόεδρος**

**Δημήτριος Ραΐκος**