



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΑΠΟΦΑΣΗ
(ΣΥΜ 4/2021)

(άρθρο 2, παρ. 2, περ. α,' περ. ια' του ν. 4013/2011)

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 06 Μαΐου του έτους δύο χιλιάδες είκοσι ένα (2021), ημέρα Πέμπτη, και ώρα 09.30 π.μ., επί της οδού Κεφαλληνίας 45 και Κορνά Τράκα, όπου και η έδρα 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.

- 1. Προεδρεύων:** Μιχάλης Εκατομμάτης, Αναπληρωτής Πρόεδρος
2. Μέλη: Δημήτριος Σταθακόπουλος (μέσω τηλεδιάσκεψης)
Μαρία Στυλιανίδη (μέσω τηλεδιάσκεψης)
Ερωφίλη Χριστοβασίλη (μέσω τηλεδιάσκεψης)
Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης (μέσω τηλεδιάσκεψης)
Βασιλική Σκαρτσούνη (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Τα αναπληρωματικά μέλη, καίτοι προσκληθέντα, δεν εκλήθησαν αφού δεν παρέστη ανάγκη.

Γραμματέας: Αθανάσιος Λαμπράκης, Π.Ε. Διοικητικού-Οικονομικού.

Εισηγητές: Ευάγγελος Καραμανλής, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ, Ειδικότητας Διπλωματούχων Μηχανικών.

Αικατερίνη Θεοδωροπούλου, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ, Νομικός.

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστησαν, (όλοι μέσω τηλεδιάσκεψης), οι εισηγητές Ευάγγελος Καραμανλής και Αικατερίνη Θεοδωροπούλου, η Προϊσταμένη του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων Χριστίνα Καξιρή, η Προϊσταμένη Διεύθυνσης Μελετών και Γνωμοδοτήσεων Μίνα Καλογρίδου, καθώς και ο εκπρόσωπος του Δήμου Πέλλας, οι οποίοι αποδεσμεύτηκαν πριν από την έναρξη της διαδικασίας της ψηφοφορίας των μελών του Συμβουλίου της Αρχής και τη λήψη της απόφασης.

ΘΕΜΑ: Ερώτημα του Δήμου Πέλλας με θέμα την ισχύ ή όχι των διατάξεων του Ν.4412/2016 κατά την εκτέλεση έργου, η έναρξη της διαδικασίας σύναψης του οποίου είχε προηγηθεί της δημοσίευσης του ως άνω νόμου, ενώ η σύμβαση συνήφθη μετά την δημοσίευσή του.

I. ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΕΣ ΕΠΙΣΗΜΑΝΣΕΙΣ

Στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων της Δ/σης Μελετών και Γνωμοδοτήσεων της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (εφεξής «ΕΑΑΔΗΣΥ» ή «Αρχή»), υποβλήθηκε το με αριθμ. πρωτ. οικ 5438/05.03.2021 (αριθμ. πρωτ. εισ. ΕΑΑΔΗΣΥ 1488/09.03.2021) ερώτημα του Δήμου Πέλλας, όπως συμπληρώθηκε με τα υπ' αριθμ. πρωτ. εισερχ. ΕΑΑΔΗΣΥ 2170/09.04.2021 και 2212/13.04.2021 μηνύματα ηλεκτρονικής αλληλογραφίας, σχετικά με την ισχύ ή όχι των διατάξεων του Ν.4412/2016 κατά την εκτέλεση έργου, η έναρξη της διαδικασίας σύναψης του οποίου είχε προηγηθεί της δημοσίευσης του ως άνω νόμου (27-12-2012) ενώ η σύμβαση συνήφθη μετά την δημοσίευσή του (13.03.2020).

Ειδικότερα, στο ως άνω έγγραφο υποβάλλεται το ερώτημα *«σχετικά με την με την ισχύ ή όχι των διατάξεων του Ν.4412/2016 κατά την εκτέλεση έργου του οποίου η έναρξη της διαδικασίας σύναψης έχει προηγηθεί της δημοσίευσης του Νόμου ενώ η σύμβαση έχει συναφθεί μετά την δημοσίευση του Ν,4412/2016.»*.

II. ΣΥΝΤΟΜΟ ΙΣΤΟΡΙΚΟ

1. Στις **27.12.2012** εστάλη στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης περίληψη της διακήρυξης με τίτλο: *“«ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗ ΟΙΚΙΣΜΩΝ ΓΑΛΑΤΑΔΩΝ ΚΑΙ ΚΑΡΥΩΤΙΣΣΑΣ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΛΥΜΑΤΩΝ ΔΗΜΟΤΙΚΗΣ ΕΝΟΤΗΤΑΣ ΜΕΓ. ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΥ ΔΗΜΟΥ ΠΕΛΛΑΣ»* Υπόεργο: Δίκτυο αναρρόφησης οικισμών Γαλατάδων, Καρυώτισσας” προϋπολογισμού π/υ 4.914.000,00€, πλέον Φ.Π.Α. € πλέον ΦΠΑ. Σημειωτέον ότι στην εν θέματι διακήρυξη και στην προκήρυξη όπως δημοσιεύτηκε στην ΕΕΕΕ δεν περιλαμβάνονται δικαιώματα ή ρήτρες προαίρεσης.

Το εν λόγω έργο αποτελεί υποέργο της πράξης: *«ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗ ΟΙΚΙΣΜΩΝ ΓΑΛΑΤΑΔΩΝ - ΚΑΡΥΩΤΙΣΣΑΣ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΛΥΜΑΤΩΝ ΔΗΜΟΤΙΚΗΣ ΕΝΟΤΗΤΑΣ ΜΕΓ. ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΥ ΔΗΜΟΥ ΠΕΛΛΑΣ»* με Κωδικό ΟΠΣ 5003540 στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «Υποδομές Μεταφορών, Περιβάλλον και Αειφόρος Ανάπτυξη 2014-2020», η δε συνολική δημόσια δαπάνη της οποίας ανέρχεται σε 7.731.648,38 ευρώ. Κύριος του έργου είναι η ΔΕΥΑ Πέλλας και Φορέας κατασκευής / αναθέτουσα αρχή είναι ο Δήμος Πέλλας. Η πράξη συγχρηματοδοτείται από το Ευρωπαϊκό Ταμείο Περιφερειακής Ανάπτυξης (ΕΤΠΑ).

2. Το φυσικό αντικείμενο του έργου αφορούσε σε μελέτη και κατασκευή πλήρως κατασκευασμένου και λειτουργικού δικτύου αποχέτευσης με αναρρόφηση (vacuum) για τους οικισμούς Καρυώτισσας και Γαλατάδων και ειδικότερα περιελάμβανε :

Πλήρως κατασκευασμένο και λειτουργικό δίκτυο αποχέτευσης με αναρρόφηση (vacuum) για τον οικισμό Καρυώτισσας από πολυαιθιλένιο HDPE κλάσης αντοχής SDR-11 κατά DIN, με διακλαδώσεις προς φρεάτια, φρεάτια αναρρόφησης διπλού θαλάμου, βαλβίδες κενού, στόμια ελέγχου και κατάλληλο εξοπλισμό καθώς και πλήρως κατασκευασμένο και λειτουργικό Αντλιοστάσιο VS-1 μεικτού τύπου με όλο τον απαραίτητο εξοπλισμό. Οι αγωγοί θα είναι HDPE Φ200χλστ. με συνολικό μήκος 3.730μ. κλάσης αντοχής SDR-11 κατά DIN διαμέτρου Φ90.

Πλήρως κατασκευασμένο και λειτουργικό δίκτυο αποχέτευσης με αναρρόφηση (vacuum) για τον οικισμό Γαλατάδων από πολυαιθυλένιο με διακλαδώσεις προς φρεάτια, φρεάτια αναρρόφησης διπλού θαλάμου, βαλβίδες κενού, στόμια ελέγχου και κατάλληλο εξοπλισμό καθώς και πλήρως κατασκευασμένο και λειτουργικό Αντλιοστάσιο αναρρόφησης VS-2 με όλο τον απαραίτητο εξοπλισμό. Οι αγωγοί θα είναι HDPE κλάσης αντοχής SDR-11 κατά DIN Φ200χλστ. με συνολικό μήκος 19.990μ. |διαμέτρου Φ90.

Επίσης στο αντικείμενο της εν λόγω εργολαβίας περιλαμβάνεται το σύνολο του αυτοματισμού και κάθε εργασία ή προμήθεια και εγκατάσταση εξοπλισμού, η οποία είναι αναγκαία για την ολοκληρωμένη κατασκευή και άρτια και αποδοτική λειτουργία του Έργου, έστω και αν δεν αναφέρεται ρητά στα Τεύχη Δημοπράτησης καθώς και η 12μηνη δοκιμαστική και αποδοτική λειτουργία του έργου.

3. Το έργο δημοπρατήθηκε σύμφωνα με τις διατάξεις α) του Ν.3669/08 και β) τους όρους του τεύχους διακήρυξης και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά, ως ορίζεται στο άρθρο 14 της διακήρυξης.

Αναλυτικά στο άρθρο 7 («εφαρμοστέα νομοθεσία») του τεύχους διακήρυξης ορίζεται :

«Για τη δημοπράτηση του έργου, την εκτέλεση της σύμβασης και την κατασκευή του, εφαρμόζονται οι διατάξεις των παρακάτω νομοθετημάτων: 7.1 Ο Ν. 3669/08 «Κύρωση της Κωδικοποίησης της νομοθεσίας κατασκευής δημοσίων έργων» (Κ.Δ.Ε.). 7.2 Το Άρθρο 20 παρ.7 του Ν.3669/08 περί ονομαστικοποίησης των μετοχών των εργοληπτικών επιχειρήσεων με μορφή Α.Ε.. 7.3 Οι διατάξεις Ν.1642/86 για το Φ.Π.Α. (Φ.Ε.Κ. Α' 25/1986) και το Άρθρο 27 του Ν.2166/93 για κράτηση 6% στο ΤΣΜΕΔΕ (Φ.Ε.Κ. Α' 137/1993). 7.4 Ο Ν. 3886/2010 «Δικαστική προστασία κατά τη σύναψη δημόσιων συμβάσεων» (ΦΕΚ Α' 173/30-09-2010), για τα έργα που εμπίπτουν στα όρια εφαρμογής των κοινοτικών οδηγιών. 7.5 Οι σε εκτέλεση των ανωτέρω διατάξεων εκδοθείσες κανονιστικές πράξεις (εφόσον δεν περιλαμβάνονται στην κωδικοποίηση), καθώς και λοιπές διατάξεις που αναφέρονται ρητά ή απορρέουν από τα οριζόμενα στα συμβατικά τεύχη της παρούσας εργολαβίας και γενικότερα κάθε διάταξη (Νόμος, Π.Δ., Υ.Α.) και ερμηνευτική εγκύκλιος που διέπει την ανάθεση και εκτέλεση του έργου της παρούσας σύμβασης, έστω και αν δεν αναφέρονται ρητά παραπάνω.» Στο σημείο 20.02 του τεύχους διακήρυξης αναφέρεται «Προκήρυξη σύμβασης συνταγμένη κατά το σχετικό τυποποιημένο έντυπο του Κανονισμού ΕΚ 1564/2005 της Επιτροπής όπως τροποποιήθηκε με τον Κανονισμό (ΕΚ) 1150/2009, θα αποσταλεί για δημοσίευση στις 27 / 12 / 2012 στην Υπηρεσία Επίσημων Δημοσιεύσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, εφόσον το έργο εμπίπτει στο όριο εφαρμογής των κοινοτικών οδηγιών.»

4. Με βάση τα διαλαμβανόμενα στο έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, οι διαδικασίες της σύμβασης **ολοκληρώθηκαν στις 24.03.2020, οπότε και υπεγράφη η με ΑΔΑΜ 20SYMN006487345 2020-03-27 σύμβαση μελέτης κατασκευής** του έργου με την ανάδοχο εταιρεία «ΕΝΕΡΓΟΝ Α.Ε» με αναγραφόμενο ως εφαρμοστέο δίκαιο των διατάξεων των ν. 3669/2008 και 3316/2005. Ειδικότερα στην εν θέματι σύμβαση αναφέρεται ότι «για το έργο έχουν γενικά ισχύ οι διατάξεις του ν. 3669/2008» και

αναφορικά με ζητήματα εκτέλεσης του έργου γίνεται αντιστοίχως παραπομπή στα οικεία άρθρα του ν. 3669/2008 (ενδεικτικά σημειώνεται η παραπομπή στα άρθρα 49, 61, 48, 74).

5. Στις 27.05.2020 η ανάδοχος εταιρία «ENERGON Α.Τ.Ε.» **αιτήθηκε να εγκριθεί η σύσταση και η ανάθεση του εν λόγω έργου στην κατασκευαστική κοινοπραξία** με την επωνυμία «Κ/Ξία ENERON Α.Τ.Ε. – ΜΗΧΑΝΙΚΗ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ Α.Ε.» με ποσοστά 70% για την πρώτη εταιρία και 30% για την δεύτερη, βάση του άρθρου 66 του Ν. 3669/2008. Στο σημείο αυτό σημειώνεται ότι η εταιρία «ΜΗΧΑΝΙΚΗ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ Α.Ε.» είχε λάβει μέρος στον Διαγωνισμό και είχε αποκλειστεί κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής.

Η Διεύθυνση Τεχνικής Υπηρεσίας Δ. Πέλλας, κατά τον έλεγχο της ανωτέρω αιτήσεως, **ζήτησε γνωμοδότηση** σχετικά με την νομιμότητα της σύστασης της κοινοπραξίας από την Ειδική Υπηρεσία Διαχείρισης του Επιχειρησιακού Προγράμματος Υποδομές Μεταφορών, Περιβάλλον και Αειφόρος Ανάπτυξη (**ΕΥΔ/ΕΠ ΥΜΕΠΕΡΑΑ**), ως φορέα χρηματοδότησης και παρακολούθησης του ενταγμένου έργου και από τη Μονάδα Παρακολούθησης Διαγωνισμών και Συμβάσεων (**Μο.ΠΑ.Δι.Σ**) απευθύνοντας τα υπ' αριθμ.15672/27.07.2020 και 16000/30.07.2020 έγγραφα αντίστοιχα.

Με το υπ' αριθμ. 6918/07.08.2020 έγγραφο της η ΕΥΔ/ΕΠ ΥΜΕΠΕΡΑΑ συμφώνησε με την ανωτέρω αίτηση περί σύστασης κοινοπραξίας για την κατασκευή του έργου του θέματος, χωρίς απαλλαγή του κάθε μέλους της Κ/Ξ έναντι του κυρίου του έργου. Μεταξύ άλλων στο ως άνω έγγραφο αναφέρεται ότι «σε κάθε περίπτωση θα πρέπει να ακολουθηθεί απόλυτα η διαδικασία σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 67 της κείμενης νομοθεσίας περί δημοσίων έργων για σύσταση κοινοπραξίας».

Επιπροσθέτως, με το υπ' αριθμ. **16208/ΕΑ/19.08.2020 έγγραφό της η ΜοΠΑΔιΣ** σημείωσε τα κάτωθι :

«Σύμφωνα με το άρθρο 376 παρ 2γ ν. 4412, συμβάσεις που έχουν συναφθεί πριν την ημερομηνία έναρξης ισχύος του παρόντος νόμου (08.08.2016), εκτελούνται, σύμφωνα με το καθεστώς που ίσχυε κατά τη σύναψη τους. Αντίθετα, κατά συνέπεια, συμβάσεις που έχουν συναφθεί μετά την 08.08.2016 εκτελούνται σύμφωνα με τον ν. 4412/2016. Από την ως άνω διάταξη διαφαίνεται η βούληση του Έλληνα νομοθέτη να αποτελέσει η 08.08.2016 ένα χρονικό σημείο ορόσημο για την ένταξη όσο το δυνατόν περισσότερων συμβάσεων στο νέο κανονιστικό πλαίσιο, ευρωπαϊκό (οδηγία 2014/24) και εθνικό (ν. 4412) των δημοσίων συμβάσεων.

Εν προκειμένω, εφόσον η σύναψη της σύμβασης έλαβε χώρα μετά την κατά τα ως άνω κρίσιμη ημερομηνία (κατά δήλωσή σας), εκτελείται σύμφωνα με τις προβλέψεις του ν. 4412 και δεν τυγχάνει εφαρμογής η διάταξη του α 67 του ΚΔΕ. Αντίθετα, δυνατότητα υποκατάστασης αναδόχου, έστω μερική, υφίσταται μόνο υπό τις προϋποθέσεις πλέον του α 132 παρ. 1 δ, οι οποίες δεν φαίνεται να πληρούνται εν προκειμένω».

Σε συνέχεια του ως άνω εγγράφου της, με το υπ' αριθμ. 16222/ΕΑ/21.09.2020 έγγραφό της η ΜοΠΑΔιΣ σημείωσε επιπλέον τα κάτωθι :

«[...] Ο ν. 4412 εισάγει, ωστόσο, και ένα δεύτερο κριτήριο για τον εντοπισμό του εφαρμοστέου νομοθετικού καθεστώτος, από του χρόνου της σύμβασης. Πράγματι:

α) Συμβάσεις με φυσικό αντικείμενο που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412 («συμβάσεις της παρ. 1» του α 376) και με ημερομηνία σύναψης πριν την 08.08.2016 εκτελούνται σύμφωνα με το νομοθετικό καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο σύναψης τους (α 376 παρ. 2γ ν.4412).

Εξ αντιδιαστολής, συμβάσεις με φυσικό αντικείμενο που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412 («συμβάσεις της παρ. 1» του α 376) και με ημερομηνία σύναψης μετά την 08.08.2016 εκτελούνται σύμφωνα με το νομοθετικό καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο σύναψης τους, ήτοι τον ν. 4412, παρά το γεγονός ότι δημοπρατήθηκαν ενδεχομένως με διαφορετικό νομοθετικό καθεστώς (α 376 παρ. 2γ ν.4412).

Κρίσιμο, δηλαδή, γεγονός για τον καθαρισμό του εφαρμοστέου δικαίου εκτέλεσης μίας σύμβασης είναι, κατά τον Έλληνα νομοθέτη, ο χρόνος σύναψης αυτής και όχι ο χρόνος έναρξης διενέργειας της διαγωνιστικής

διαδικασίας, ο οποίος είναι κρίσιμος μόνο για το εφαρμοστέο δίκαιο της ανάθεσης. Έπραξε δε τούτο προφανώς για να συγκεντρώσει υπό το νέο καθεστώς του ν. 4412/2016 όσο το δυνατόν περισσότερες συμβάσεις και να εναρμονίσει την εκτέλεσή τους με τις νέες ευρωπαϊκές εξελίξεις σε θέματα συμβάσεων, κυρίως δε το άρθρο 132 του ν. 4412».

6. Ακολούθως, εκδόθηκε η υπ' αριθ. 199/22.09.2020 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου Πέλλας, με την οποία εγκρίθηκε κατά πλειοψηφία η σύσταση της κατασκευαστικής κοινοπραξίας, παρά την εισήγηση περί του αντιθέτου της Τεχνικής Υπηρεσίας του Δήμου, η οποία, με βάση τα αναφερόμενα στο από 08.04.2021 ηλεκτρονικό μήνυμα της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών Δήμου Πέλλας, «κοινοποιήθηκε στην εταιρία ENERFON ΑΤΕ, ανάδοχο του έργου με τίτλο « Δίκτυο αναρρόφησης οικισμών Γαλατάδων, Καρυώτισσας» με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο στις 24/12/2020 και δια χειρός στις 3/2/2021» **Η παραπάνω απόφαση ελέγχθηκε από την Αποκεντρωμένη Διοίκηση Μακεδονίας Θράκης και τέθηκε στο αρχείο καθώς θεωρήθηκε εκτός του πλαισίου των αρμοδιοτήτων της.**

Τέλος, στο από 31.03.2021 ηλεκτρονικό μήνυμα εκ μέρους της αναθέτουσας αναφέρεται ότι έχει σταλεί «σε εκτέλεση της απόφασής του ΔΣ, για έγκριση σχέδιο τροποποίησης σύμβασης προς το ΥΜΕΠΕΡΑΑ (από τις 20/1/2021) χωρίς να έχουμε ακόμη απάντηση. Ως εκ τούτου δεν έχει υπογραφεί σύμβαση με το σχήμα της κοινοπραξίας.»

7. Τέλος στο από 08.04.2021 ηλεκτρονικό μήνυμα της Προϊσταμένης Διεύθυνσης Τ. Υπηρεσιών Δήμου Πέλλας αναφέρονται τα εξής σχετικά με την εκτέλεση της εν θέματι σύμβασης:

« Η αιτούμενη κοινοπραξία έχει προσφάτως ζητήσει διακοπή των εργασιών επικαλούμενη λόγου μη ορισμού επιβλέποντα αρχαιολόγου. Το έργο βρίσκεται στο στάδιο της έγκρισης μελετών και έχει ληφθεί απόφαση παράτασης του έργου. Η αιτούμενη κοινοπραξία έχει υποβάλλει εγγυητικές επιστολές καλής εκτέλεσης προς αντικατάσταση στις 3/03/2021 χωρίς όμως να έχει επιστραφεί η εγγυητική του αρχικού αναδόχου λόγω της εκκρεμότητας η οποία αποτελεί αντικείμενο της αιτούμενης γνωμοδότησής σας. Οι μελέτες έχουν παραδοθεί πολύ νωρίτερα της καταθέσεως εγγυητικών επιστολών καλής εκτέλεσης της κοινοπραξίας εις αντικατάσταση της εγγυητικής που υποβλήθηκε με την υπογραφή της σύμβασης, άρα αφορούν τον αρχικό ανάδοχο σε κάθε περίπτωση. Δεν έχουν εγκριθεί μελέτες ή πιστοποιηθεί εργασίες έως σήμερα.

Από πλευρά ΥΔΕ-ΥΜΕΠΕΡΑΑ δεν έχει απαντηθεί το ερώτημά μας, ούτε με έγκριση ούτε με απόρριψη. Στις προφορικές μας ενοχλήσεις έχουμε συνεχώς διαβεβαίωση ότι είναι υπόθεση ημερών και για τον παραπάνω λόγο αναγκαστήκαμε να αποστείλουμε και το αριθμό πρωτοκόλλου 5170/3-03-2021 έγγραφο υπενθύμισης».

III. ΕΠΙ ΤΟΥ ΕΡΩΤΗΜΑΤΟΣ

A. Νομικό πλαίσιο

1. Στο ν. 4412/16 (ΦΕΚ-147 Α/8-8-16-Διορθ. Σφαλμ. στα ΦΕΚ-200 Α/24-10-16 και ΦΕΚ-206 Α/3-11-16): «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» προβλέπονται σχετικώς τα κάτωθι:

Άρθρο 1 Αντικείμενο - Πεδίο Εφαρμογής

[...] 2. Ο παρών νόμος θεσπίζει κανόνες: α) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης δημοσίων συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι (άρθρα 2 έως 221), β) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που

υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου II (άρθρα 2 και 222 έως 338), γ) για τη διακυβέρνηση, οι οποίοι εφαρμόζονται, σύμφωνα με το Βιβλίο III (άρθρα 339 έως 344), από τις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς και δ) για την έννομη προστασία κατά τη σύναψη συμβάσεων που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV (άρθρα 345 έως 374). Οι διατάξεις του παρόντος εφαρμόζονται, με την επιφύλαξη των παραγράφων 3 έως 7, σε όλες τις συμβάσεις των περιπτώσεων α' και β', ανεξαρτήτως είδους και εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν άλλως ορίζεται στις επιμέρους διατάξεις αυτού.

Το άρθρο 132 παρ. 1 έως 5

«Άρθρο 132 Τροποποίηση συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους (άρθρο 72 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)

1. Οι συμβάσεις και οι συμφωνίες-πλαίσιο μπορούν να τροποποιούνται χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις:

α) όταν οι τροποποιήσεις, ανεξαρτήτως της χρηματικής αξίας τους, προβλέπονται σε σαφείς, ακριβείς και ρητές ρήτρες αναθεώρησης στα αρχικά έγγραφα της σύμβασης στις οποίες μπορεί να περιλαμβάνονται και ρήτρες αναθεώρησης τιμών ή προαιρέσεις. Οι ρήτρες αυτές αναφέρουν το αντικείμενο και τη φύση των ενδεχόμενων τροποποιήσεων ή προαιρέσεων, καθώς και τους όρους υπό τους οποίους μπορούν να ενεργοποιηθούν. Δεν προβλέπουν τροποποιήσεις ή προαιρέσεις που ενδέχεται να μεταβάλουν τη συνολική φύση της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο·

β) για τα συμπληρωματικά έργα, υπηρεσίες ή αγαθά από τον αρχικό ανάδοχο, τα οποία κατέστησαν αναγκαία και δεν περιλαμβάνονταν στην αρχική σύμβαση, εφόσον η αλλαγή αναδόχου:

αα) δεν μπορεί να γίνει για οικονομικούς ή τεχνικούς λόγους, π.χ. απαιτήσεις εναλλαξιμότητας ή διαλειτουργικότητας με τον υφιστάμενο εξοπλισμό, υπηρεσίες ή εγκαταστάσεις που παρασχέθηκαν με τη διαδικασία σύναψης της αρχικής σύμβασης, και ββ) θα συνεπαγόταν σημαντικά προβλήματα ή ουσιαστική επικάλυψη δαπανών για την αναθέτουσα αρχή.

Ωστόσο, οποιαδήποτε αύξηση της τιμής δεν υπερβαίνει το πενήντα τοις εκατό (50%) της αξίας της αρχικής σύμβασης. Σε περίπτωση διαδοχικών τροποποιήσεων, η σωρευτική αξία των τροποποιήσεων αυτών δεν μπορεί να υπερβαίνει το πενήντα τοις εκατό (50%) της αξίας της αρχικής σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο.

Οι επακόλουθες τροποποιήσεις δεν πρέπει να αποσκοπούν στην αποφυγή εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221).

γ) όταν πληρούνται σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις:

αα) η ανάγκη τροποποίησης προέκυψε λόγω περιστάσεων που δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν από μια επιμελή αναθέτουσα αρχή,

ββ) η τροποποίηση δεν μεταβάλλει τη συνολική φύση της σύμβασης,

γγ) οποιαδήποτε αύξηση της τιμής δεν υπερβαίνει το 50% της αξίας της αρχικής σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο.

Οι επακόλουθες τροποποιήσεις δεν πρέπει να αποσκοπούν στην αποφυγή εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου,

δ) όταν ένας νέος ανάδοχος υποκαθιστά εκείνον στον οποίο ανατέθηκε αρχικά η σύμβαση από την αναθέτουσα αρχή, συνεπεία:

αα) ρητής ρήτρας αναθεώρησης ή προαίρεσης, σύμφωνης με την περίπτωση α',

ββ) ολικής ή μερικής διαδοχής του αρχικού αναδόχου, λόγω εταιρικής αναδιάρθρωσης, περιλαμβανομένων της εξαγοράς, της απορρόφησης, της συγχώνευσης ή καταστάσεων αφερεγγυότητας ιδίως στο πλαίσιο προπτωχευτικών ή πτωχευτικών διαδικασιών, από άλλον οικονομικό φορέα, ο οποίος πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που καθορίστηκαν αρχικά, υπό τον όρο ότι η διαδοχή δεν συνεπάγεται άλλες ουσιώδεις τροποποιήσεις της σύμβασης και δεν γίνεται με σκοπό την αποφυγή της εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου ή

γγ) περίπτωσης που η αναθέτουσα αρχή αναλαμβάνει τις υποχρεώσεις του κύριου αναδόχου έναντι των υπεργολάβων του και εφόσον η δυνατότητα αυτή προβλέπεται στις κείμενες διατάξεις, σύμφωνα με το άρθρο 131, ε) όταν οι τροποποιήσεις, ανεξαρτήτως της αξίας τους, δεν είναι ουσιώδεις κατά την έννοια της παρ.

4. Οι αναθέτουσες αρχές που τροποποιούν μία σύμβαση στις περιπτώσεις των περιπτώσεων β' και γ' δημοσιεύουν σχετική γνωστοποίηση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ένωσης. Η γνωστοποίηση αυτή περιέχει τις πληροφορίες που προβλέπονται στο Μέρος Ζ' του Παραρτήματος V του Προσαρτήματος Α' και δημοσιεύεται, σύμφωνα με το άρθρο 65.

2. Χωρίς να απαιτείται επαλήθευση αν τηρούνται οι προϋποθέσεις των περιπτώσεων α' έως δ' της παρ. 4, οι συμβάσεις μπορεί να τροποποιούνται χωρίς νέα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, σύμφωνα με το παρόν Βιβλίο, εφόσον η αξία της τροποποίησης είναι κατώτερη και των δύο ακόλουθων τιμών:

α) των κατώτατων ορίων του άρθρου 5, και

β) του δέκα τοις εκατό (10%) της αξίας της αρχικής σύμβασης για τις συμβάσεις υπηρεσιών και προμηθειών και του 15% της αξίας της αρχικής σύμβασης για τις συμβάσεις έργων. Η τροποποίηση δεν μπορεί να μεταβάλει τη συνολική φύση της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο. Σε περίπτωση διαδοχικών τροποποιήσεων, η αξία τους υπολογίζεται βάσει της καθαρής σωρευτικής αξίας των διαδοχικών τροποποιήσεων.

3. Για τον υπολογισμό της τιμής που προβλέπεται στην παρ. 2 και στις περιπτώσεις β' και γ' της παρ. 1, όταν η σύμβαση περιλαμβάνει ρήτρα τιμαριθμικής αναπροσαρμογής, η αναπροσαρμοσμένη τιμή είναι η τιμή αναφοράς.

4. Η τροποποίηση σύμβασης ή συμφωνίας-πλαίσιο κατά τη διάρκειά της θεωρείται ουσιώδης κατά την έννοια της περίπτωσης ε' της παρ. 1, εφόσον καθιστά τη σύμβαση ή τη συμφωνία-πλαίσιο ουσιωδώς διαφορετική, ως προς τον χαρακτήρα, από την αρχικώς συναφθείσα.

Σε κάθε περίπτωση, με την επιφύλαξη των παραγράφων 1 και 2, μία τροποποίηση θεωρείται ουσιώδης όταν πληροί μία ή περισσότερες από τις ακόλουθες προϋποθέσεις:

α) η τροποποίηση εισάγει όρους οι οποίοι, εάν είχαν αποτελέσει μέρος της αρχικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης, θα είχαν επιτρέψει τη συμμετοχή διαφορετικών υποψηφίων από αυτούς που επιλέχθηκαν αρχικώς ή στην αποδοχή άλλης προσφοράς από εκείνη που επελέγη αρχικώς ή θα προσέλκυαν και άλλους συμμετέχοντες στη διαδικασία σύναψης σύμβασης,

β) η τροποποίηση αλλάζει την οικονομική ισορροπία της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο υπέρ του αναδόχου, κατά τρόπο που δεν προβλεπόταν στην αρχική σύμβαση ή συμφωνία-πλαίσιο,

γ) η τροποποίηση επεκτείνει σημαντικά το αντικείμενο της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο,

δ) όταν νέος ανάδοχος υποκαθιστά εκείνον στον οποίο είχε ανατεθεί αρχικώς η σύμβαση σε περιπτώσεις διαφορετικές από τις προβλεπόμενες στην περίπτωση δ' της παραγράφου 1.

5. Απαιτείται νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης, σύμφωνα με το παρόν Βιβλίο, για τροποποιήσεις των διατάξεων μίας δημόσιας σύμβασης ή μίας συμφωνίας-πλαίσιο κατά τη διάρκειά τους, που είναι διαφορετικές από τις προβλεπόμενες στις παραγράφους 1 και 2...»

Το άρθρο 379 παρ. 1 & 2 του ως άνω νόμου προβλέπει ότι:

«1. Η ισχύς των διατάξεων του παρόντος αρχίζει από τη δημοσίευση του παρόντος στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στις επιμέρους διατάξεις του {...}».

Επιπρόσθετα, με τις διατάξεις των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 376 “Μεταβατικές διατάξεις (άρθρα 90 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 106 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)” του ως άνω νόμου ορίζεται ότι:

«1. Οι διατάξεις του παρόντος νόμου εφαρμόζονται σε όλες τις δημόσιες συμβάσεις, καθώς και σε όλους τους διαγωνισμούς μελετών που εμπíπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι (άρθρα 3 έως 221), [...] και η έναρξη της διαδικασίας σύναψης των οποίων, σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120 290 και 330 αντίστοιχα, λαμβάνει χώρα μετά την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου.

2. Διαδικασίες σύναψης συμβάσεων της παραγράφου 1, οι οποίες έχουν ξεκινήσει πριν από την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου, συνεχίζονται και ολοκληρώνονται, σύμφωνα με το καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο έναρξης τους, με την επιφύλαξη της παρ. 8 του άρθρου 379. [...] Συμβάσεις της παρ. 1, οι οποίες έχουν συναφθεί πριν την ημερομηνία έναρξης ισχύος του παρόντος, εκτελούνται, σύμφωνα με το καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο της σύναψής τους.[...]

Στο άρθρο 377 (Καταργούμενες διατάξεις) προβλέπεται :

1. Από την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου καταργούνται οι διατάξεις:

(31) του Ν. 3669/2008 (Α' 116), πλην των άρθρων 80 έως 110, τα οποία παραμένουν σε ισχύ μέχρι την έκδοση του προεδρικού διατάγματος του άρθρου 83, των παραγράφων 4 και 5 του άρθρου 20 και της παραγράφου 1α του άρθρου 176. Ειδικά η υποχρέωση δημοσίευσης περίληψης της διακήρυξης σε δύο ημερήσιες εφημερίδες, που προβλέπεται στο άρθρο 15 του ως άνω νόμου, καταργείται με την επιφύλαξη της παρ. 10 του άρθρου 379. Ειδικά η υποχρέωση δημοσίευσης περίληψης της διακήρυξης στον περιφερειακό και τοπικό τύπο, που προβλέπεται στο ίδιο άρθρο, καταργείται με την επιφύλαξη της παρ. 12 του άρθρου 379.

2. Στο άρθρο 81 (Υπεργολαβία κατά την εκτέλεση -Εγκεκριμένος υπεργολάβος - Κατασκευαστική κοινοπραξία -Αντικατάσταση του άρθρου 165 του ν. 4412/2016) του ν. 4782/2021 «Εκσυγχρονισμός, απλοποίηση και αναμόρφωση του ρυθμιστικού πλαισίου των δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερες ρυθμίσεις προμηθειών στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας και άλλες διατάξεις για την ανάπτυξη, τις υποδομές και την υγεία.» (ΦΕΚ Α 36) προβλέπονται τα εξής:

«Άρθρο 165 Υπεργολαβία κατά την εκτέλεση -Εγκεκριμένος υπεργολάβος -Κατασκευαστική κοινοπραξία
«4. Επιτρέπεται η σύσταση κοινοπραξίας μεταξύ εργοληπτικών επιχειρήσεων, για την κατασκευή έργου, το οποίο έχει αναλάβει μία ή περισσότερες από τις επιχειρήσεις αυτές (κατασκευαστική κοινοπραξία), αν: α) όλα τα μέλη της κατασκευαστικής κοινοπραξίας πληρούν τα κριτήρια των άρθρων 73 έως 76, β) το συμφωνητικό σύστασης της κοινοπραξίας γνωστοποιείται στην Προϊσταμένη Αρχή του έργου, και γ) ο προϋπολογισμός του έργου υπερβαίνει το όριο της περ. α' του άρθρου 5. Παράλειψη της υποχρέωσης γνωστοποίησης επιφέρει ακυρότητα της συμφωνίας. Η Προϊσταμένη Αρχή μπορεί να μην εγκρίνει τη σύσταση της κοινοπραξίας, με απόφαση που λαμβάνεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία δύο (2) μηνών από την ανωτέρω γνωστοποίηση. Η άπρακτη πάροδος της ανωτέρω προθεσμίας τεκμαίρεται ως απόρριψη της σύστασης κατασκευαστικής κοινοπραξίας.

5. Ο ανάδοχος πρέπει να διατηρεί συνολικό ποσοστό συμμετοχής στην κατασκευαστική κοινοπραξία τουλάχιστον πενήντα τοις εκατό (50%). Αν ο ανάδοχος είναι κοινοπραξία, πρέπει επιπλέον κάθε επιχείρηση της κοινοπραξίας να διατηρεί ελάχιστο ποσοστό συμμετοχής δεκαπέντε τοις εκατό (15%), εκτός αν η συμμετοχή της στην αρχική κοινοπραξία ανέρχεται σε ποσοστό μικρότερο του δεκαπέντε τοις εκατό (15%), οπότε αυτό ισχύει ως ελάχιστο ποσοστό και στην κατασκευαστική κοινοπραξία. Κάθε άλλη νέα επιχείρηση που μετέχει στην κατασκευαστική κοινοπραξία πρέπει να έχει ελάχιστο ποσοστό συμμετοχής δεκαπέντε τοις εκατό (15%). Τα νέα μέλη της κατασκευαστικής κοινοπραξίας, πέραν του αναδόχου, δεν επιτρέπεται να είναι κοινοπραξίες.

6. Τα μέλη της κοινοπραξίας ευθύνονται εις ολόκληρον έναντι της αναθέτουσας αρχής, για το σύνολο του έργου».

Ενώ στο άρθρο 140 (Μεταβατικές διατάξεις Μέρους Α') του ίδιου ως άνω νόμου προβλέπεται μεταξύ άλλων, το εξής αναφορικά με την εφαρμογή του άρθρου 81:

[...]9. Το άρθρο 81 εφαρμόζεται και σε συμβάσεις που συνάφθηκαν πριν την έναρξη ισχύος του.

3. Στο ν. 3669/08 (ΦΕΚ 116 Α/18-6-2008) : Κύρωση της κωδικοποίησης της νομοθεσίας κατασκευής δημόσιων έργων προβλέπονταν τα κάτωθι:

Άρθρο 66 Κατασκευαστική κοινοπραξία

1. Επιτρέπεται η σύσταση κοινοπραξίας μεταξύ εργοληπτικών επιχειρήσεων που αναφέρονται στο πρώτο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 80 του παρόντος, όπως κάθε φορά ισχύει, για την κατασκευή έργου, το οποίο έχει αναλάβει μία ή περισσότερες από τις επιχειρήσεις αυτές (κατασκευαστική κοινοπραξία), αν:

α) όλα τα μέλη της κατασκευαστικής κοινοπραξίας ανήκουν στις καλούμενες από τη διακήρυξη τάξεις και κατηγορίες του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) και

β) το συμφωνητικό σύστασης της κοινοπραξίας γνωστοποιείται στον κύριο του έργου ή τον φορέα κατασκευής. Αν δεν γνωστοποιηθεί, δεν αναγνωρίζεται από τον κύριο του έργου ή τον φορέα κατασκευής. Ο κύριος του έργου ή ο φορέας κατασκευής μπορεί να μην εγκρίνει τη σύσταση της κοινοπραξίας, με απόφαση που λαμβάνεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία ενός (1) μηνός από την ανωτέρω γνωστοποίηση. Μέχρι την έγκριση ή μέχρι την παρέλευση της προθεσμίας αυτής δεν επιτρέπεται η σύμπραξη της κοινοπραξίας στην κατασκευή του έργου. Ο αριθμός των μελών της κατασκευαστικής κοινοπραξίας δεν μπορεί να υπερβαίνει τα τρία, αν το έργο ανατέθηκε σε μία επιχείρηση, ή το διπλάσιο του αρχικού αριθμού των εργοληπτικών επιχειρήσεων, αν το έργο ανατέθηκε σε κοινοπραξία εργοληπτικών επιχειρήσεων.

2. Ο ανάδοχος πρέπει να διατηρεί συνολικό ποσοστό συμμετοχής στην κατασκευαστική κοινοπραξία τουλάχιστον εβδομήντα τοις εκατό (70%).

Αν ο ανάδοχος είναι κοινοπραξία, πρέπει επιπλέον κάθε επιχείρηση της κοινοπραξίας να διατηρεί ελάχιστο ποσοστό συμμετοχής δεκαπέντε τοις εκατό (15%), εκτός αν η συμμετοχή της στην αρχική κοινοπραξία ανέρχεται σε ποσοστό μικρότερο του δεκαπέντε τοις εκατό (15%), οπότε αυτό ισχύει ως ελάχιστο ποσοστό και στην κατασκευαστική κοινοπραξία. Στην περίπτωση αναδόχου κοινοπραξίας επιχειρήσεων της ίδιας κατηγορίας, το ελάχιστο ποσοστό συμμετοχής καθεμίας των επιχειρήσεων αυτών στην κατασκευαστική κοινοπραξία δεν μπορεί να είναι κατώτερο από είκοσι πέντε τοις εκατό (25%). Κάθε άλλη νέα επιχείρηση που μετέχει στην κατασκευαστική κοινοπραξία πρέπει να έχει ελάχιστο ποσοστό συμμετοχής δεκαπέντε τοις εκατό (15%).

Τα επιπλέον μέλη της κοινοπραξίας δεν επιτρέπεται να είναι κοινοπραξίες.

3. Τα μέλη της κοινοπραξίας ευθύνονται εις ολόκληρον έναντι του κυρίου του έργου ή του φορέα κατασκευής, για το σύνολο του έργου.

4. Στον υπολογισμό της εμπειρίας και του ορίου ανεκτέλεστου μέρους εργολαβιών δημόσιων έργων κάθε εργοληπτικής επιχείρησης, όπως το όριο αυτό προσδιορίζεται στην παράγραφο 4 του άρθρου 20 του παρόντος, λαμβάνονται υπόψη και τα έργα που εκτελέστηκαν από κατασκευαστικές κοινοπραξίες, στις οποίες συμμετείχε καθεμία από αυτές τις εργοληπτικές επιχειρήσεις, κατά το ποσοστό συμμετοχής της.

Άρθρο 67

Όροι και διαδικασία έγκρισης κατασκευαστικής κοινοπραξίας

1. Η γνωστοποίηση της σύστασης κατασκευαστικής κοινοπραξίας μεταξύ εργοληπτικών επιχειρήσεων της παραγράφου 1 του άρθρου 80 του παρόντος, η οποία προτίθεται να εκτελέσει έργο, που έχει αναλάβει μία ή περισσότερες από αυτές, γίνεται με αίτηση του αναδόχου, η οποία υποβάλλεται στη διευθύνουσα το έργο Υπηρεσία, μαζί με πρωτότυπο συμφωνητικό σύστασης της κατασκευαστικής κοινοπραξίας και φάκελο δικαιολογητικών, σύμφωνα με την παράγραφο 3.

2. Το συμφωνητικό σύστασης της κατασκευαστικής κοινοπραξίας τελεί υπό την αίρεση έγκρισής του και πρέπει να περιλαμβάνει, τουλάχιστον, τα εξής στοιχεία:

α) Σαφή αναφορά των στοιχείων των συμβαλλόμενων εργοληπτικών επιχειρήσεων, από τα οποία να αποδεικνύεται η εγκυρότητα της σύστασης της κατασκευαστικής κοινοπραξίας και ότι αυτές έχουν και τις ιδιότητες που απαιτούνται από τις διατάξεις του άρθρου 66 του παρόντος και ειδικότερα:

- i) Εάν πρόκειται περί ατομικής εργοληπτικής επιχείρησης εγγεγραμμένης στο Μ.Ε.ΕΠ., το ονοματεπώνυμο, την ισχύουσα επαγγελματική διεύθυνση και τον αριθμό εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ. και την τάξη και τις κατηγορίες έργων στις οποίες είναι γραμμένη.
- ii) Εάν πρόκειται περί εργοληπτικής επιχείρησης με νομική προσωπικότητα εγγεγραμμένης στο Μ.Ε.ΕΠ., την πλήρη επωνυμία και το διακριτικό τίτλο της εταιρίας, την ισχύουσα διεύθυνση, τον αριθμό εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ. και την τάξη και τις κατηγορίες έργων στις οποίες είναι εγγεγραμμένη, καθώς και το ονοματεπώνυμο, την ισχύουσα διεύθυνση, το επάγγελμα και την ιδιότητα του φυσικού προσώπου, το οποίο είναι εξουσιοδοτημένο για την υπογραφή του συμφωνητικού σύστασης της κατασκευαστικής κοινοπραξίας και τα στοιχεία της απόφασης του οργάνου, το οποίο δεσμεύει την εταιρία κατά το καταστατικό της, για την εκτέλεση του έργου σε κοινοπραξία με τα λοιπά μέλη της κατασκευαστικής κοινοπραξίας και για την εξουσιοδότησή του να υπογράψει το συμφωνητικό σύστασής της.
- iii) Εάν πρόκειται για εργοληπτική επιχείρηση με έδρα εκτός Ελλάδος, μη εγγεγραμμένη στο Μ.Ε.ΕΠ., τα στοιχεία των περιπτώσεων i και ii και αντί των στοιχείων εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ., τα στοιχεία που αποδεικνύουν ότι πρόκειται περί εργοληπτικής επιχείρησης η οποία δύναται, σύμφωνα με το δίκαιο της έδρας της, να συμμετέχει σε δημοπρασίες και να αναλαμβάνει την εκτέλεση δημόσιων έργων, της τάξης και της κατηγορίας του συγκεκριμένου έργου το οποίο έχει αναλάβει ο ανάδοχος.
- β) Σαφή αναφορά του ποσοστού συμμετοχής κάθε συμβαλλόμενης εργοληπτικής επιχείρησης στην κατασκευαστική κοινοπραξία, από την οποία να αποδεικνύεται πλήρως η τήρηση των σχετικών προϋποθέσεων έγκρισης της κοινοπραξίας αυτής, που ορίζουν οι διατάξεις του άρθρου 66 του παρόντος.
- γ) Σαφή αναφορά του έργου για την εκτέλεση του οποίου συνιστάται η κατασκευαστική κοινοπραξία, η οποία να ταυτίζεται με τον τίτλο του έργου που έχει αναλάβει ο αρχικός ανάδοχος.
- δ) Ρητή και ανεπιφύλακτη δήλωση όλων των συμβαλλομένων περί αποδοχής όλων των όρων της σύμβασης, μεταξύ του εργοδότη και του αναδόχου και περί της εις ολόκληρον ευθύνης τους έναντι του εργοδότη για το σύνολο του έργου.
- ε) Ορισμό φυσικού προσώπου, ως εκπροσώπου της κατασκευαστικής κοινοπραξίας, με τον αναπληρωτή του για τους οποίους ισχύουν τα εξής:
- i) Σε περίπτωση που ο αρχικός ανάδοχος είναι κοινοπραξία, ο εκπρόσωπος πρέπει να είναι μέλος αυτής ή νόμιμος εκπρόσωπος εταιρίας, μέλους της κοινοπραξίας, ο δε αναπληρωτής μπορεί να είναι μέλος ή νόμιμος εκπρόσωπος των υπόλοιπων μελών της κατασκευαστικής κοινοπραξίας.
- ii) Σε περίπτωση που ο αρχικός ανάδοχος είναι μία εργοληπτική επιχείρηση, ο εκπρόσωπος πρέπει να είναι το φυσικό πρόσωπο που τη συνιστά (επί ατομικής επιχείρησης) ή ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτής (επί εταιρίας) και ο αναπληρωτής μπορεί να είναι πρόσωπο με τις ίδιες ιδιότητες από τα υπόλοιπα μέλη της κατασκευαστικής κοινοπραξίας.
- iii) Σε όλες τις περιπτώσεις ισχύουν αναλόγως κατά τα λοιπά και οι σχετικές διατάξεις των άρθρων 39 και 70 παράγραφοι 2 και 4 του παρόντος.
3. Ο φάκελος των δικαιολογητικών που συνοδεύει την αίτηση της παραγράφου 1 περιέχει ιδίως τα εξής:
- α) Τα νομιμοποιητικά έγγραφα που τεκμηριώνουν τα στοιχεία της παραγράφου 2.α, όπως τα ισχύοντα καταστατικά, αποφάσεις διοικητικών συμβουλίων, εξουσιοδοτήσεις κ.λπ..
- β) Τις ισχύουσες βεβαιώσεις εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ. (σε αντίγραφα νομίμως επικυρωμένα) για τις περιπτώσεις i και ii της παραγράφου 2.α και τα αντίστοιχα σχετικά στοιχεία για την περίπτωση iii της ίδιας παραγράφου.
- γ) Τις συμβολαιογραφικές πράξεις ορισμού εκπροσώπου και αναπληρωτή, σύμφωνα με την ανωτέρω παράγραφο 2.ε και τα άρθρα 39 και 70 παράγραφοι 2 και 4 του παρόντος.
- δ) Πιστοποιητικά από τα οποία να αποδεικνύεται ότι τα επιπλέον του αρχικού αναδόχου μέλη της κατασκευαστικής κοινοπραξίας δεν βρίσκονται υπό πτώχευση, εκκαθάριση, αναγκαστική διαχείριση ή προκειμένου για επιχείρηση με έδρα εκτός Ελλάδας, σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση που προκύπτει από παρόμοια διαδικασία προβλεπόμενη από τη νομοθεσία της έδρας της.

ε) Πιστοποιητικά από τα οποία να αποδεικνύεται ότι τα παρακάτω πρόσωπα δεν έχουν καταδικασθεί με αμετάκλητη δικαστική απόφαση για αδικήματα τα οποία στερούν το δικαίωμα συμμετοχής στη δημοπρασία, όπως καθορίζονται κάθε φορά στη διακήρυξη δημοπράτησης του συγκεκριμένου έργου. Τα πιστοποιητικά αυτά πρέπει να έχουν εκδοθεί από την αρμόδια εισαγγελική αρχή ή την αντίστοιχη δημόσια αρχή (επί επιχειρήσεων με έδρα εκτός Ελλάδας, μη εγγεγραμμένων στο Μ.Ε.ΕΠ.) και αφορούν στα εξής φυσικά πρόσωπα:

i) επί ατομικής επιχείρησης, στο πρόσωπο που ανήκει αυτή,

ii) επί προσωπικής εταιρίας, στους διαχειριστές,

iii) επί Ε.Π.Ε. στους διαχειριστές,

iv) επί Α.Ε. στον πρόεδρο του διοικητικού συμβουλίου και στον Διευθύνοντα Σύμβουλο,

v) στον εκπρόσωπο της κατασκευαστικής κοινοπραξίας και στον αναπληρωτή του.

στ) Υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου της εργοληπτικής επιχείρησης ότι δεν της επιβλήθηκε για πειθαρχικό παράπτωμα ποινή η οποία της στερεί το δικαίωμα συμμετοχής στη δημοπρασία.

ζ) Βεβαιώσεις των αρμόδιων οργανισμών κοινωνικής ασφάλισης (βεβαιώσεις ασφαλιστικής ενημερότητας), από τις οποίες να αποδεικνύεται ότι κάθε επιπλέον του αρχικού αναδόχου μέλος της κατασκευαστικής κοινοπραξίας έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, σύμφωνα με την ισχύουσα ελληνική νομοθεσία ή με τη νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος.

η) Βεβαιώσεις των αρμόδιων φορολογικών αρχών (βεβαιώσεις φορολογικής ενημερότητας), από τις οποίες να αποδεικνύεται ότι κάθε επιπλέον του αρχικού αναδόχου μέλος της κατασκευαστικής κοινοπραξίας έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του τις σχετικές με την πληρωμή των φόρων, σύμφωνα με την ισχύουσα ελληνική νομοθεσία ή με τη νομοθεσία της χώρας που είναι εγκατεστημένος.

θ) Υπεύθυνη δήλωση κάθε επιπλέον του αρχικού αναδόχου μέλους της κατασκευαστικής κοινοπραξίας, για το ύψος του ανεκτέλεστου μέρους των εργολαβικών της συμβάσεων δημόσιων έργων.

4. Εργοληπτικές επιχειρήσεις κάτοχοι «ενημερότητας πτυχίου» σε ισχύ δεν προσκομίζουν όσα από τα ανωτέρω δικαιολογητικά προσκομίστηκαν για την έκδοση της ενημερότητας πτυχίου.

5. Η διευθύνουσα υπηρεσία οφείλει να διαβιβάσει αμέσως στην προϊσταμένη αρχή την αίτηση του αναδόχου και τα συνημμένα σε αυτή στοιχεία, μαζί με αιτιολογημένη εισήγησή της για την έγκριση ή μη της σύστασης της κατασκευαστικής κοινοπραξίας. Επί της αιτήσεως αποφασίζει η προϊσταμένη αρχή, μέσα στην αποκλειστική προθεσμία του ενός (1) μηνός, που ορίζεται στις διατάξεις του τρίτου εδαφίου της περίπτωσης β' της παραγράφου 1 του άρθρου 66 του παρόντος. Αν κατά την εξέταση της αίτησης διαπιστωθούν ελλείψεις, μπορεί να προσκληθεί ο ανάδοχος για τη συμπλήρωσή τους. Στην περίπτωση αυτή μπορεί να ανασταλεί η ανωτέρω προθεσμία, μέχρι τη συμπλήρωση των ελλείψεων και την υποβολή των δικαιολογητικών που λείπουν.

6. Η προϊσταμένη αρχή, με ειδική αιτιολόγηση, μπορεί να μην εγκρίνει τη σύσταση της κατασκευαστικής κοινοπραξίας, οι δε λόγοι μη έγκρισης μπορούν να βασίζονται μόνο σε τεκμηριωμένα στοιχεία προερχόμενα κυρίως από την υπηρεσία του μητρώου του άρθρου 92 του παρόντος, σχετικά με την ικανότητα και αξιοπιστία των εργοληπτικών επιχειρήσεων, που μετέχουν στην κατασκευαστική κοινοπραξία (εκτός από τον ανάδοχο), για την καλή και έγκαιρη κατασκευή του έργου. Η απόφαση αυτή της προϊσταμένης αρχής, περί μη έγκρισης της σύστασης της κατασκευαστικής κοινοπραξίας, εκδίδεται μόνο μέσα στην αποκλειστική προθεσμία της παραγράφου 5 και κοινοποιείται αμέσως στη διευθύνουσα υπηρεσία, καθώς και στον ανάδοχο, κατά τις διατάξεις του άρθρου 44 του παρόντος. Πριν από την ολοκλήρωση της ανωτέρω κοινοποίησης, και πάντως μέσα στην ανωτέρω αποκλειστική προθεσμία, αν εκδοθεί αρνητική απόφαση, η προϊσταμένη αρχή γνωστοποιεί στη διευθύνουσα υπηρεσία με κάθε πρόσφορο μέσο (όπως εσωτερικό σημείωμα, τηλεμοιοτυπία, τηλεφωνικώς) το γεγονός ότι εκδόθηκε η απόφαση και τα στοιχεία αυτής, για την επέλευση των συνεπειών της παραγράφου 7.

7. Η προϊσταμένη αρχή και η διευθύνουσα υπηρεσία υποχρεούνται ύστερα από σχετική αίτηση του αρχικού αναδόχου ή του εκπροσώπου της κατασκευαστικής κοινοπραξίας, που υποβάλλεται μετά από την

παρέλευση της αποκλειστικής προθεσμίας της παραγράφου 5, να του γνωστοποιήσουν εγγράφως αν εκδόθηκε ή δεν εκδόθηκε μέσα στην προθεσμία απόφαση για τη μη έγκριση της κατασκευαστικής κοινοπραξίας. Σε περίπτωση μη χορήγησης απάντησης το αργότερο εντός της επόμενης εργάσιμης ημέρας, τεκμαίρεται η έγκριση της κοινοπραξίας, εκτός αν σε αυτήν μετέχουν μέλη που δεν ανήκουν σε καλούμενες από τη διακήρυξη τάξεις και κατηγορίες του Μ.Ε.ΕΠ. ή παραβιάζονται οι περιορισμοί που προβλέπει το άρθρο 66 του παρόντος ως προς την κατανομή των ποσοστών συμμετοχής. Σε περίπτωση μη έγκρισης της κατασκευαστικής κοινοπραξίας ο ανάδοχος μπορεί να προσβάλει τη σχετική απόφαση με αίτηση θεραπείας, σύμφωνα με το άρθρο 76 του παρόντος, μέσα στην προβλεπόμενη τρίμηνη προθεσμία, η οποία αρχίζει από την πλήρη κοινοποίηση της απόφασης, σύμφωνα με την παράγραφο 6.

8. Η απόφαση της προϊσταμένης αρχής, με την οποία εγκρίνεται η σύσταση της κατασκευαστικής κοινοπραξίας, κοινοποιείται αμέσως στον εκπρόσωπο αυτής, κατά τις διατάξεις του άρθρου 44 του παρόντος, καθώς και στη διευθύνουσα υπηρεσία, μαζί με επικυρωμένο αντίγραφο του υποβληθέντος συμφωνητικού σύστασης της κατασκευαστικής κοινοπραξίας.

Εάν η έγκριση της κατασκευαστικής κοινοπραξίας γίνει αυτοδικαίως κατά τις διατάξεις των τρίτου και τέταρτου εδαφίων της περίπτωσης β' της παραγράφου 1 του άρθρου 66 του παρόντος, η διευθύνουσα υπηρεσία οφείλει, εντός δέκα (10) ημερών από τότε που θα το ζητήσει εγγράφως ο εκπρόσωπος αυτής, να εκδώσει σχετική βεβαίωση για την ανάληψη του έργου από αυτήν, προς χρήση ενώπιον των αρμόδιων φορολογικών, ελεγκτικών ή άλλων αρχών, χορηγώντας του και επικυρωμένο αντίγραφο του υποβληθέντος συμφωνητικού σύστασης της κατασκευαστικής κοινοπραξίας.

9. Στα πιστοποιητικά Μ.Ε.Κ. και Μ.Ε.ΕΠ., τα οποία εκδίδει η διευθύνουσα υπηρεσία, εν σχέσει με το έργο, καθώς και στις κάθε είδους βεβαιώσεις για την εμπειρία από την κατασκευή του έργου και για το ανεκτέλεστο, αναφέρονται τα στοιχεία τα οποία προκύπτουν από την ανάληψη του έργου από την κατασκευαστική κοινοπραξία, σύμφωνα με όσα ορίζονται στις σχετικές διατάξεις του άρθρου 66 του παρόντος.

10. Μετά από τη ρητή ή αυτοδίκαιη έγκριση της κατασκευαστικής κοινοπραξίας, ο ανάδοχος υποκαθίσταται από αυτήν στην κατασκευή του έργου. Με αίτηση της εγκεκριμένης κατασκευαστικής κοινοπραξίας αντικαθίστανται οι εγγυήσεις εκτέλεσης του έργου που είχε χορηγήσει ο αρχικός ανάδοχος, εφαρμοζομένων αναλόγως των σχετικών διατάξεων, όπως των άρθρων 35 και 39 της παραγράφου 1 του παρόντος.

4. Στην υπ' αριθ. Δ17α/01/13/ΦΝ430/02 (ΦΕΚ Β 267/6-3-02) Υπουργική Απόφαση «Όροι και διαδικασία έγκρισης κατασκευαστικής κοινοπραξίας και υπεργολαβίας» ορίζονται οι ειδικότερες προϋποθέσεις εφαρμογής, τα δε άρθρα 1 και 2 της οποίας έχουν κωδικοποιηθεί στα άρθρα 67 και 69 αντίστοιχα του ν. 3669/2008.

5. Στην εγκύκλιο 18/2016 (αρ. πρωτ. ΔΝΣα'/οικ.68559 /Φ.ΕΓΚΥΚΛ./19.10.2016) του Υπουργείου Υποδομών Μεταφορών και Δικτύων με θέμα «Παροχή διευκρινίσεων ως προς την εφαρμογή του ν. 4412/2016 "Δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)"» παρέχονται, μεταξύ άλλων, οι κάτωθι διευκρινίσεις:

[...] 5) Διαδικασίες ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων οι οποίες έχουν ξεκινήσει πριν την 8/8/2016 (ημερομηνία έναρξης ισχύος του νέου νόμου) συνεχίζονται, ολοκληρώνονται και εκτελούνται με βάση το καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο έναρξης των διαδικασιών ή τη σύναψη της σχετικής σύμβασης. Ο χρόνος έναρξης διαδικασίας σύναψης σύμβασης προσδιορίζεται στα άρθρα 61 και 120 του νόμου για συμβάσεις άνω και κάτω των ορίων αντίστοιχα [...]

B. Νομική εκτίμηση

1. Γενικά

Επί του υποβληθέντος ερωτήματος του Δήμου Πέλλας, όπως αυτό αποτυπώνεται στο ιστορικό και με βάση τα στοιχεία που τέθηκαν στη διάθεση της Αρχής, επισημαίνονται τα ακόλουθα:

Όπως γίνεται παγίως δεκτό από τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ε.Ε. και των εθνικών Δικαστηρίων, καθώς και από τις σχετικές αποφάσεις και γνωμοδοτήσεις της Αρχής¹, το εφαρμοστέο νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τη διεξαγωγή της διαδικασίας ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης είναι εκείνο που ισχύει κατά τον χρόνο δημοσίευσης της οικείας διακήρυξης. Από την εν λόγω νομολογιακά διαμορφωθείσα γενική αρχή προκύπτει ότι τυχόν νομοθετικές ή κανονιστικές μεταβολές που εμφιλοχωρούν, ενώ ήδη εξελίσσονται διαδικασίες ανάθεσης, δεν επηρεάζουν τις διαδικασίες αυτές, εκτός και αν έχουν, ρητώς, αναδρομική ισχύ.

Ωστόσο σε πλήθος περιπτώσεων γεννάται ζήτημα επί του καθορισμού του εφαρμοστέου δικαίου και της ανεύρεσης των εφαρμοστέων διατάξεων σε εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες, των οποίων η χρονική διάρκεια τυγχάνει μακρά, σε τέτοιο βαθμό, που κατά τη διάρκεια αυτή να επισυμβαίνουν μεταβολές των κανόνων του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων. Η βασική συνέπεια του προσδιορισμού του εφαρμοστέου καθεστώτος συνίσταται στην παγίωση του, στο γεγονός δηλαδή ότι αυτό διεκδικεί καθολική εφαρμογή, εκτεινόμενο σε όλα ανεξαιρέτως τα επόμενα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας².

Κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, οι νέοι κανόνες εφαρμόζονται, κατ' αρχήν, άμεσα στα μελλοντικά αποτελέσματα κατάστασης που γεννήθηκε υπό το κράτος παλαιότερου κανόνα (βλ. συναφώς, μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 14ης Απριλίου 1970, 68/69, Brock, Συλλογή τόμος 1969-1971, σ. 293, σκέψη 6 και 7, και της 10ης Ιουλίου 1986, 270/84, Licata κατά ΟΚΕ, Συλλογή 1986, σ. 2305, σκέψη 31, C-60/98 σκέψη 24). Το αντίθετο ισχύει, υπό την επιφύλαξη της αρχής της μη αναδρομικότητας των νομικών πράξεων, μόνο σε περίπτωση που ο νέος αυτός κανόνας συνοδεύεται από ειδικές διατάξεις οι οποίες καθορίζουν συγκεκριμένα τις προϋποθέσεις εφαρμογής του *ratione temporis*.

Συναφώς, η αρχή της ασφάλειας δικαίου επιτάσσει, μεταξύ άλλων, οι κανόνες δικαίου να είναι σαφείς και ακριβείς, τα δε αποτελέσματά τους να μπορούν να προβλεφθούν, ιδίως όταν οι κανόνες αυτοί ενδέχεται να έχουν δυσμενείς συνέπειες για τους ιδιώτες και τις επιχειρήσεις (βλ. ΔΕΕ απόφαση της 26ης Μαρτίου 2020 στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-496/18 και C-497/18, σκ. 93 με τις εκεί παραπομπές στις αποφάσεις της 17ης Ιουλίου 2008, ASM Brescia, C-347/06, EU:C:2008:416, σκέψη 69, και της 17ης Δεκεμβρίου 2015, XSteuerberatungsgesellschaft, C-342/14, EU:C:2015:827, σκέψη 59).

Επίσης υπενθυμίζεται ότι, καίτοι η αρχή της ασφάλειας δικαίου³ δεν επιτρέπει την αναδρομική εφαρμογή ορισμένης ρύθμισης, ήτοι την εφαρμογή της σε κατάσταση που έχει διαμορφωθεί προ της ενάρξεως ισχύος της, τούτο δε ανεξάρτητα από τις ευνοϊκές ή δυσμενείς συνέπειες που η εν λόγω εφαρμογή θα μπορούσε να έχει για τον ενδιαφερόμενο, η ίδια αρχή απαιτεί κάθε πραγματική κατάσταση να εκτιμάται κατά κανόνα, εκτός αντίθετης ρητής πρόβλεψης, βάσει των κανόνων δικαίου που ισχύουν κατά τον χρόνο που η κατάσταση αυτή διαμορφώνεται, όπερ σημαίνει ότι η νέα ρύθμιση ισχύει μόνο για το μέλλον και έχει εφαρμογή, πλην παρεκκλίσεως, επί των μελλοντικών αποτελεσμάτων κατάστασης δημιουργηθείσας υπό το κράτος της προϊσχύσασας νομοθεσίας (ο.π. C-496/18 και C-497/18, σκ 94, πρβλ. αποφάσεις της 3ης

¹ Βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ C-337/98 Επιτροπή κατά Γαλλίας σκ. 36-37), T-151/2016, C 596/13, C610/10 σκέψη 45 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία, ΝΣΚ Γνμδ 297/2012, 168, 171/2016 ΕΑΑΔΗΣΥ καθώς και διευκρινιστικό έγγραφο 1050/19.02.2019 της Αρχής.

² Πρβλ Ν. Νικολάκη «Ζητήματα διαχρονικού δικαίου στο Ν. 4412/2016» στο «Δημόσιες Συμβάσεις – Ν. 4412/2016 Νομολογιακή προσέγγιση και πρακτική εφαρμογή» επιμ. Ε-Ε Κουλουμπίνη, Η. Μάζος, Ι. Κίτσος, Νομική Βιβλιοθήκη, 2019, σελ. 41

³ Με την ίδια απόφαση (σκ. 90) υπενθυμίζεται ότι η αρχή της ασφάλειας δικαίου δεσμεύει μεν, δυνάμει του δικαίου της Ένωσης, όλες τις εθνικές αρχές, πλην όμως μόνο στο μέτρο κατά το οποίο οι αρχές αυτές καλούνται να εφαρμόσουν το δίκαιο της Ένωσης (αποφάσεις της 17ης Ιουλίου 2008, ASM Brescia, C- 347/06, EU:C:2008:416, σκέψη 65, και της 21ης Μαρτίου 2019, Unareti, C- 702/17, EU:C:2019:233, σκέψη 34).

Σεπτεμβρίου 2015, A2A, C-89/14, EU:C:2015:537, σκέψη 37, καθώς και της 26ης Μαΐου 2016, Județul Neamț και Județul Bacău, C-260/14 και C-261/14, EU:C:2016:360, σκέψη 55).

2. Το ζήτημα του καθορισμού του εφαρμοστέου καθεστώτος σε εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες βάσει των κανόνων του ενωσιακού δικαίου.

Το ζήτημα του καθορισμού του εφαρμοστέου δικαίου σε εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες γεννάται σε πλήθος περιπτώσεων, ιδίως σε περιπτώσεις στις οποίες η χρονική διάρκεια τους τυγχάνει μακρά, σε τέτοιο βαθμό, που κατά τη διάρκεια αυτή να επισυμβαίνουν μεταβολές των κανόνων του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων. Σημειώνεται στο σημείο αυτό ένας πρόσθετος βαθμός δυσκολίας που τίθεται κατά την εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών υπεισέρχεται λόγω της προθεσμίας προσαρμογής των κρατών μελών στο νέο κανονιστικό καθεστώς και της απουσίας μεταβατικών διατάξεων ως προς τις εκκρεμείς διαδικασίες⁴. Εύλογα προκύπτει το ερώτημα εάν οι νέοι κανόνες που θεσπίζονται σε ενωσιακό και εθνικό επίπεδο καταλαμβάνουν τις διαδικασίες που είναι σε εξέλιξη ή ακόμα και τις συμβάσεις που είναι σε εξέλιξη, ιδίως όταν οι νέες οδηγίες δεν αφορούν μόνον διαδικασίες ανάθεσης αλλά και διαδικασίες εκτέλεσης των συμβάσεων.

Το ΔΕΚ για την αντιμετώπιση του ζητήματος έθεσε ως γνώμονα για την επιλογή κριτηρίου, δυνάμει του οποίου προσδιορίζεται το εφαρμοστέο καθεστώς στις διαγωνιστικές διαδικασίες, την αρχή της ασφάλειας δικαίου, ουσιώδη έκφανση της οποίας αποτελεί η προβλεψιμότητα των εφαρμοστέων κανόνων σε αυτές.

Στην πρώτη του απόφαση σχετικά με τη διαχρονική εφαρμογή των οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις⁵, με αφορμή την προσφυγή της Επιτροπής κατά της Γαλλικής Δημοκρατίας, το Δικαστήριο έκρινε τα εξής :

α) Κρίσιμος χρόνος για τον καθορισμό του εφαρμοστέου καθεστώτος είναι αυτός, κατά τον οποίο εκδόθηκε η απόφαση⁶ της αναθέτουσας αρχής να προσφύγει στη διαδικασία σύναψης σύμβασης με διαπραγματεύσεις, χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού όπως στην προκείμενη περίπτωση.

β) Ως προς την επιχειρηματολογία της Επιτροπής ότι η ημερομηνία η οποία πρέπει να ληφθεί υπόψη, προκειμένου να προσδιοριστεί η διαχρονική εφαρμογή της οδηγίας 93/38, είναι εκείνη της αναθέσεως της σύμβασης, αρκεί η διαπίστωση ότι αντιβαίνει προς την αρχή της ασφαλείας δικαίου το να προσδιοριστεί το εφαρμοστέο δίκαιο εν αναφορά προς την ημερομηνία αναθέσεως της σύμβασης, στο μέτρο που η ημερομηνία αυτή σηματοδοτεί το τέλος της διαδικασίας, ενώ η απόφαση του αναθέτοντος φορέα να ενεργήσει με ή χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού έχει ληφθεί κανονικά στο αρχικό στάδιο της διαδικασίας αυτής.

γ) Αν, παρά τα ανωτέρω χωρήσει επαναδιαπραγμάτευση ουσιωδών όρων της σύμβασης τότε εφαρμοστέο καθεστώς κρίνεται με βάση το χρόνο που έλαβε χώρα η εν λόγω επαναδιαπραγμάτευση.

Επομένως, με βάση τα ανωτέρω, το εφαρμοστέο καθεστώς σε περίπτωση αλληλουχίας οδηγιών που ρυθμίζουν ζητήματα δημοσίων συμβάσεων, προσδιορίζεται, κατά κανόνα, από δύο χρονικά σημεία, α) τον χρόνο λήψης της απόφασης ως προς το είδος της διαγωνιστικής διαδικασίας και β) το χρόνο λήξης της προθεσμίας μεταφοράς στο εσωτερικό δίκαιο των κρατών μελών των νεότερων κανόνων του ενωσιακού

⁴ Βλ. ο.π. Ν. Νικολάκης «Ζητήματα διαχρονικού δικαίου στο Ν. 4412/2016»

⁵ Απόφαση της 5.10.2000, C-337/98, Επιτροπή κατά Γαλλίας

⁶ Ως «απόφαση» νοείται κατά κανόνα η διακήρυξη και ως ασφαλές και σταθερό σημείο έναρξης της διαγωνιστικής διαδικασίας η ημερομηνία δημοσίευσης της στην ΕΕΕΕ

δικαίου. Η νομολογία αυτή έκτοτε επαναλαμβάνεται από το Δικαστήριο ως προς τις τρεις ως άνω παραδοχές της⁷.

Ακολούθως νομολογιακά έχει διαμορφωθεί τόσο από το ΔΕΚ όσο και από τα εθνικά δικαστήρια ο κανόνας ότι, κρίσιμη για τον προσδιορισμό του εφαρμοστέου νομικού καθεστώτος είναι η ημερομηνία που φέρει η απόφαση εκδήλωσης της βούλησης της αναθέτουσας αρχής να προχωρήσει στην διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης, λ.χ. με την πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος, με την ημερομηνία έναρξης διαγωνιστικής διαδικασίας με την δημοσίευση της διακηρύξεως στην Επίσημη εφημερίδα της ΕΕ (βλ. ΕΑ ΣτΕ 205/2016, με παραπομπή σε ΔΕΚ C-26/03, StadtHalle και RPL Lochan, σκ.33).

Απόκλιση από τον ως άνω κανόνα εντοπίζεται στην περίπτωση, κατά την οποία τροποποιούνται ουσιώδεις όροι της σύμβασης⁸. Στην περίπτωση αυτή, για την οποία απαιτείται η επανεκκίνηση της διαγωνιστικής διαδικασίας, το χρονικό σημείο καθορισμού του εφαρμοστέου δικαίου μετατίθεται και εφαρμοστέο δίκαιο καθίσταται πλέον εκείνο της έναρξης της νέας διαγωνιστικής διαδικασίας. Το ΔΕΕ έκρινε σχετικώς ότι, θα μπορούσε σε ανάλογη περίπτωση να δικαιολογηθεί η εφαρμογή των διατάξεων οδηγίας, η προθεσμία μεταφοράς της οποίας εξέπνευσε σε ημερομηνία μεταγενέστερη της ημερομηνίας απόφασης για την εκκίνηση της διαδικασίας αναθέσεως της σύμβασης (C-576/10 Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών σκ. 54, C-526/17 Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας σκ. 58-62).

Οι έννοιες «ουσιωδώς διαφορετικά χαρακτηριστικά» και «ουσιώδεις όροι της συμβάσεως» έχουν οριοθετηθεί με τα κριτήρια που το Δικαστήριο έχει διαμορφώσει στην απόφαση *pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06).

«Η τροποποίηση, προκειμένου να εμπίπτει στο πεδίο της εξαιρέσεως, πρέπει να αφορά ένα ουσιώδες στοιχείο της συμβάσεως, όπως, για παράδειγμα, είναι:

- οι όροι οι οποίοι, αν είχαν γνωστοποιηθεί στο πλαίσιο της αρχικής διαγωνιστικής διαδικασίας, θα είχαν ενδεχομένως ως αποτέλεσμα να επιτραπεί η συμμετοχή στη διαδικασία διαγωνιζομένων διαφορετικών από εκείνους που έγιναν αρχικώς δεκτοί ή να επιλεγεί μια προσφορά διαφορετική από εκείνη που αρχικώς επελέγη,*
- η σε σημαντικό βαθμό διεύρυνση του αντικειμένου της συμβάσεως, με επέκταση σε υπηρεσίες που δεν είχαν αρχικώς προβλεφθεί,*
- η τροποποίηση η οποία μεταβάλλει την οικονομική ισορροπία της συμβάσεως υπέρ του αναδόχου κατά τρόπο μη προβλεπόμενο στην αρχική σύμβαση,*
- η μη προβλεπόμενη από την αρχική σύμβαση αντικατάσταση με νέο ανάδοχο του αντισυμβαλλόμενου με τον οποίο η αναθέτουσα αρχή είχε αρχικώς συνάψει τη σύμβαση,*
- η τιμή.»*

⁷ ο.π. Ν. Νικολάκης «Ζητήματα διαχρονικού δικαίου στο Ν. 4412/2016»

⁸ Βλ. απόφαση Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου κάτω Χωρών C-576-10 περίληψη: “Στο πλαίσιο των διαδικασιών για τη σύναψη δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, η εφαρμοστέα οδηγία είναι καταρχήν αυτή που ισχύει στο χρονικό σημείο κατά το οποίο η αναθέτουσα αρχή επιλέγει το είδος της διαδικασίας που θα εφαρμόσει και δίνει, με τον τρόπο αυτό, οριστική απάντηση στο ζήτημα αν υπάρχει ή όχι υποχρέωση διεξαγωγής διαγωνισμού για την ανάθεση μιας δημοσίας συμβάσεως. Πράγματι, θα ήταν αντίθετος προς την αρχή της ασφαλείας δικαίου ο καθορισμός του εφαρμοστέου δικαίου με γνώμονα την ημερομηνία αναθέσεως της συμβάσεως, στο μέτρο που η ημερομηνία αυτή σηματοδοτεί το τέλος της διαδικασίας, ενώ η απόφαση της αναθέτουσας αρχής να ενεργήσει με ή χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού λαμβάνεται κανονικά στο αρχικό στάδιο της διαδικασίας αυτής. Εντούτοις, αν οι διαπραγματεύσεις που άρχισαν μετά τη λήψη της αποφάσεως αυτής εμφανίζουν χαρακτηριστικά ουσιωδώς διαφορετικά σε σχέση με τις ήδη διεξαχθείσες διαπραγματεύσεις και, κατά συνέπεια, είναι ικανές να καταδείξουν τη βούληση των μερών να αναδιαπραγματευθούν τους ουσιώδεις όρους της συμβάσεως, θα μπορούσε να δικαιολογηθεί η εφαρμογή των διατάξεων οδηγίας η προθεσμία μεταφοράς της οποίας εξέπνευσε σε ημερομηνία μεταγενέστερη της ημερομηνίας της εν λόγω αποφάσεως. (βλ. σκέψεις 52-54)”

Επισημαίνεται στο σημείο αυτό ότι, για τροποποιήσεις δημοσίων συμβάσεων που λαμβάνουν χώρα υπό το καθεστώς των νέων Οδηγιών 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ, έχουν εφαρμογή οι διατάξεις 72 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 89 της 2014/25/ΕΕ (άρθρα 132 και 337 του ν.4412/2016) με τις οποίες ρυθμίζονται οι προϋποθέσεις τροποποίησης συμβάσεων «χωρίς νέα διαδικασία προμήθειας» και ενσωματώνουν εν πολλοίς την προηγούμενη νομολογία .

Αποκλίνουσα από την ανωτέρω νομολογία του ΔΕΕ, ως προς το κριτήριο προσδιορισμού του εφαρμοστέου καθεστώτος στην περίπτωση των συμπληρωματικών συμβάσεων, διαμορφώθηκε - σε πρώτο χρόνο- η νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Σύμφωνα με αυτή, έχει γίνει δεκτό ότι, μολονότι, μετά την έναρξη ισχύος του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α' 147/8.8.2016), με τις διατάξεις του άρθρου 377 παρ. 1 περ. 31 του νόμου αυτού καταργήθηκαν οι διατάξεις του ν. 3669/2008 «Κύρωση της κωδικοποίησης της νομοθεσίας κατασκευής δημοσίων έργων» (ΦΕΚ Α' 116, εφεξής Κ.Δ.Ε.), πλην των ρητώς εξαιρουμένων στο ανωτέρω άρθρο διατάξεων, εντούτοις, οι συμπληρωματικές συμβάσεις δημοσίων έργων που ανατίθενται στον ανάδοχο του αρχικού έργου διέπονται από το καθεστώς του ως άνω νομοθετήματος Ν.3669/08, εφόσον η αρχική σύμβαση συνήφθη υπό το καθεστώς αυτού. Τούτο δε, διότι, αφενός μεν, κατά την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου τούτου (VI Τμ. Ε.Σ. 707/2010, 2440/2012 κ.ά.) οι συμπληρωματικές συμβάσεις αποτελούν παρακολούθημα των αρχικών συμβάσεων, γεγονός που δικαιολογεί την αντιμετώπισή τους ως ενιαίο σύνολο και την υπαγωγή τους στο ίδιο νομοθετικό καθεστώς, αφετέρου δε, η σύναψή τους καθίσταται αναγκαία κατά τη διαδικασία εκτέλεσης της αρχικής σύμβασης, η οποία (διαδικασία εκτέλεσης) συνεχίζει να διέπεται από το καθεστώς συνάψεως της αρχικής σύμβασης. Η ως άνω κρίση ισχύει ακόμη και στην περίπτωση κατά την οποία, η απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί εγκρίσεως της συνάψεως μιας συμπληρωματικής σύμβασης εκδίδεται μετά την έναρξη ισχύος του ν. 4412/2016 (8.8.2016), καθόσον οι συμπληρωματικές συμβάσεις δεν εμπίπτουν στο ρυθμιστικό πεδίο της μεταβατικής διατάξεως του άρθρου 376 παρ. 1 του ν. 4412/2016, που ορίζει ότι οι διατάξεις του εν λόγω νόμου εφαρμόζονται σε όλες τις δημόσιες συμβάσεις του Βιβλίου Ι και ΙΙ αυτού, η έναρξη της διαδικασίας συνάψεως των οποίων, σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120 και 290 αντίστοιχα, λαμβάνει χώρα μετά την έναρξη ισχύος αυτού (βλ. Ελ.Συν. Ε' Κλιμ. Πρ. 53/2017, 458, 455, 440/2016 όπ. και μειοψηφ., βλ. επίσης Πρ. 68, 45, 43, 41, 39, 31/2017, 433, 424/2016 κ.α.).

Εν τούτοις, με τις πρόσφατες αποφάσεις της Μείζ. Επταμελούς Σύθεσης 537/ 2020 και 1644/2020 το Ελ. Συν., αντίθετα στην προαναφερθείσα νομολογία και συγκλίνοντας με την νομολογία του ΔΕΕ, έκρινε ότι «...Η κατάρτιση τροποποιητικών συμβάσεων έργων, στις οποίες περιλαμβάνονται και οι συμπληρωματικές συμβάσεις, είναι επιτρεπτή, κατά την παράγραφο 2 του άρθρου 132 και κατά την παράγραφο 1 περ. β' του άρθρου 156 του ν. 4412/2016, όταν η αξία της τροποποίησης είναι κατώτερη, αφενός μεν των 5.548.000 ευρώ (χωρίς Φ.Π.Α.), αφετέρου δε του 15% της αξίας της αρχικής σύμβασης, υπό την πρόσθετη προϋπόθεση να παραμένει αμετάβλητη η συνολική φύση της σύμβασης. Δεν απαιτείται η συνδρομή απρόβλεπτων καταστάσεων δικαιολογουσών τις νέες εργασίες. Με τις ως άνω διατάξεις προσδιορίζεται η έννοια των *de minimis* τροποποιήσεων, ήτοι των τροποποιήσεων οι οποίες επιτρέπονται χωρίς να απαιτείται διεξαγωγή νέας διαδικασίας δημοπράτησης, δεδομένου ότι η διενέργεια αυτών, κατά τη στάθμιση των νομοθετικών οργάνων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, δεν παραβλάπτει ουσιωδώς, εν όψει της μικρής αξίας τους, την ανάπτυξη ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού ούτε αντίκειται στις αρχές της διαφάνειας της ίσης μεταχειρίσεως των προσφερόντων (βλ. σημείο 113 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, πρβλ. ΔΕΚ απόφαση της 19.6.2008, *pressetextNachrichtenagentur*, C-454/06).

Οι εν λόγω διατάξεις για τις de minimis τροποποιήσεις, ως εκ του ανωτέρω σκοπού τους, αλλά και της συμπερίληψής τους στο άρθρο 156 του ν. 4412/2016, με το οποίο επαναλαμβάνονται οι περί ανάθεσης συμπληρωματικών εργασιών ρυθμίσεις της προϊσχύσασας Οδηγίας 2004/17/ΕΕ (βλ. άρθρο 40 παρ. 3 περ. στ') και του ν. 3669/2008 (σκ. 4), αναπτύσσουν άμεση ισχύ εφαρμοζόμενες και στις συμπληρωματικές συμβάσεις που συνάπτονται μετά την έναρξη ισχύος του ν. 4412/2016, ακόμα και αν το αντικείμενο των αρχικών συμβάσεων είχε δημοπρατηθεί υπό το καθεστώς του ν. 3669/2008 (πρβλ. ΔΕΕ απόφαση της 18.9.2019, Επιτροπή κατά Ιταλίας, C-526/17).»⁹.)

Σε άλλη περίπτωση, ελέγχου νομιμότητας της υποκατάστασης αναδόχου εταιρίας από κοινοπραξία στην κατασκευή έργου(βλ. Ελ. Συν. Ε' Κλιμ. Πρ.1026/2019, Τμήμα VI Απόφ. 1083/2020), περίπτωση κατά την οποία ενώ τόσο διαδικασία ανάθεσης όσο και η σύναψη της εξεταζόμενης σύμβασης έλαβαν χώρα υπό καθεστώς του ν.3669/2008 (Α' 116), ομοίως εξετάστηκε η εκπλήρωση των προϋποθέσεων των διατάξεων των άρθρων 132 και 164 του Ν.4412/2016 (Α' 147), και η δυνατότητα της υποκατάστασης αυτής «ως μη αποτελούσα ουσιώδη τροποποίηση των όρων της αρχικής σύμβασης, και κατ' επέκταση, ως μη επιβάλλουσα την τήρηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας».

Ομοίως στην Πράξη 138/2021 Ζ Κλιμακίου του Ε.Σ. κατά τον προσυμβατικό έλεγχο συμπληρωματικής σύμβασης που η αρχική είχε συναφθεί προ της έναρξης ισχύος ν. 4412/2016 (17/3/2014), εξέτασε την συνδρομή των προϋποθέσεων του άρθρου 132 ν. 4412/2016 προκειμένου να επιτρέψει την υπογραφή της¹⁰.

3. Η ρύθμιση του ν. 4412/2016 και η θέση της Αρχής

3.1. Με τις διατάξεις του 376 επ. του ν. 4412/2016 ρυθμίζονται θέματα διαχρονικού δικαίου που εκ των πραγμάτων προέκυψαν ως συνέπεια της μείζονος μεταβολής που έφερε ο νόμος αυτός στο καθεστώς των δημοσίων συμβάσεων. Ειδικότερα αφενός με τις μεταβατικές διατάξεις μεταφέρθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη οι διατάξεις των άρθρων 90 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 106 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ και επιπροσθέτως ρυθμίστηκαν ζητήματα διαχρονικού δικαίου που συνδέονται με αμιγώς εσωτερικές καταστάσεις¹¹.

Με βάση τα αναφερόμενα στην αιτιολογική έκθεση του νόμου «Στο άρθρο 376 περιέχονται οι μεταβατικές διατάξεις, οι οποίες ρυθμίζουν ζητήματα επιλογής του εφαρμοστέου δικαίου σε εν εξελίξει διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κατά το χρόνο έναρξης ισχύος του νόμου. Οι διατάξεις αυτές κρίνονται απαραίτητες για την ομαλή μετάβαση από το υφιστάμενο θεσμικό πλαίσιο στο νέο και αποσκοπούν στη σταδιακή προσαρμογή των αναθετουσών αρχών/φορέων αλλά και των υποψήφιων οικονομικών φορέων στις διατάξεις του νόμου, καθώς και στην ομαλή ανάθεση-εκτέλεση των ήδη εκκρεμών, κατά την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου, δημοσίων συμβάσεων προμηθειών, υπηρεσιών και έργων»

Ειδικότερα, σύμφωνα με τις μεταβατικές διατάξεις του ν. 4412/2016 (άρθρ. 376 παρ. 2) οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων της παρ. 1¹² οι οποίες έχουν ξεκινήσει πριν από την έναρξη ισχύος του παρόντος

⁹ Ελ.Συν.Μείζ. Επταμελούς Σύνθεσης 537/ 2020 (σκ. 11-12 ΕΣ Μείζ. Επταμελούς Σύνθεσης 537/ 2020

¹⁰ Ελ.Συν.Πράξη 138/2021 Ζ Κλιμακίου σκ. 5 «Όπως έχει κριθεί από το ΔΕΕ (βλ. απόφαση 18-9-2019 C-526/17, Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, σκ. 55-62 και ιδίως σκέψη 60) εφαρμοστέα είναι η νομοθεσία της Ε.Ε. που ισχύει κατά τον χρόνο τροποποίησης της δημόσιας σύμβασης. Συναφώς δεν ασκεί επιρροή αν η σύναψη της αρχικής δημόσιας σύμβασης είναι προγενέστερη της θέσπισης της σχετικής νομοθεσίας της Ε.Ε.»

¹¹ καθόσον οι ρυθμίσεις του νόμου συνθέτουν ένα ολοκληρωμένο – ενοποιημένο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων εν γένει

¹² Οι διατάξεις του παρόντος νόμου εφαρμόζονται σε όλες τις δημόσιες συμβάσεις, καθώς και σε όλους τους διαγωνισμούς

νόμου, συνεχίζονται και ολοκληρώνονται, σύμφωνα με το καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο έναρξης τους, με την επιφύλαξη της παρ. 8 του άρθρου 379, ενώ στο εδάφιο γ' της ίδιας ως άνω παραγράφου ορίζεται ότι "συμβάσεις της παρ. 1, οι οποίες έχουν συναφθεί πριν την ημερομηνία έναρξης ισχύος του παρόντος, εκτελούνται, σύμφωνα με το καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο της σύναψής τους."

Επιπροσθέτως από τις διατάξεις των άρθρων 377 και 379 του ν. 4412/2016 συνάγεται ότι οι διατάξεις των άρθρων 66 και 67 (κατασκευαστική κοινοπραξία & όροι και διαδικασία έγκρισης κατασκευαστικής κοινοπραξίας) του ν. 3669/2008 καταργούνται από την έναρξη ισχύος του νόμου αυτού, ήτοι από την 08.08.2016.

3.2. Συναφώς επισημαίνεται ότι η Αρχή λαμβάνοντας υπ' όψιν την ως άνω μεταβατική ρύθμιση, την νομολογία του Δικαστηρίου για ζητήματα διαχρονικού δικαίου των Οδηγιών¹³ καθώς και τη γενική αρχή της μη αναδρομικής ισχύος των νεότερων νομοθετικών και κανονιστικών ρυθμίσεων έκανε δεκτά τα εξής στην υπ' αριθμ. 171/2016 Απόφασή της (η οποία αφορούσε αίτημα για σύναψη συμπληρωματικής σύμβασης, επί αρχικής που είχε συναφθεί πριν από την έναρξη ισχύος του ν. 4412/2016):

«Όπως ιδίως αναπτύσσεται αναλυτικώς στις προτάσεις της 23.03.2000 του Γενικού Εισαγγελέα Jacobs στην υπόθεση C-337/98 Επιτροπή κατά Γαλλικής Δημοκρατίας (βλ. ιδίως σκέψεις 32, 33, 37-40, 49), ο γενικός κανόνας είναι ότι, ελλείψει σαφούς διατάξεως και εφόσον ο προς επίτευξη στόχος δεν το απαιτεί, η νεότερη κανονιστική ρύθμιση δεν πρέπει να ερμηνεύεται ως έχουσα αναδρομικό αποτέλεσμα. Γίνεται επίσης δεκτή η αρχή ότι οι τροποποιητικές διατάξεις εφαρμόζονται, εκτός αν υπάρχει αντίθετη διάταξη, στα μελλοντικά αποτελέσματα καταστάσεων γεγεννημένων υπό το κράτος της προγενέστερης νομοθετικής διατάξεως (βλ. απόφαση της 25ης Οκτωβρίου 1978, 125/77 και απόφαση της 29ης Ιουνίου 1999, C-60/98).

Υπό το πρίσμα αυτό, το άρθρο 72 της Οδηγίας, που ενσωματώθηκε με το άρθρο 132 του ν. 4412/2016, οριοθετεί τον εξαιρετικό χαρακτήρα της τροποποίησης σύμβασης χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης, καθώς ορίζει τις πολύ συγκεκριμένες περιπτώσεις στο πλαίσιο των οποίων είναι νοητή η τροποποίηση της σύμβασης χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης.

Ιδίως, η εφαρμογή της περίπτωσης της παρ. 1. γ' του άρθρου 132, με την οποία επιτρέπεται, υπό τις σωρευτικές στο νόμο προϋποθέσεις η τροποποίηση της σύμβασης, λόγω περιστάσεων που δεν ήταν δυνατό να προβλεφθούν από την αναθέτουσα αρχή –διάταξης πανομοιότυπης ως προς το δικαιολογητικό λόγο της ανάγκης τροποποίησης, καθώς και ως προς την έκταση αυτής (50%) με αυτή της διάταξης του άρθρου 25 παρ.4 περ. α του π.δ. 60/07– δεν δύναται να θεωρηθεί ότι προσκρούει στην αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου και ότι μπορεί να προβληθεί και έναντι πράξεων της νομοθετικής εξουσίας, κατ' αρχήν για να εμποδίσει τη -μη γνήσια- αναδρομική ισχύ νέων νομοθετικών μέτρων, με την έννοια ότι δεν είχε εξ αρχής θεμελιωθεί δικαίωμα προσδοκίας για την τροποποίηση της σύμβασης ή ευνοϊκή νομική κατάσταση για τον ανάδοχο της αρχικής σύμβασης ή για οποιοδήποτε τρίτο καθώς δεν αποτελούσε όρο εκτέλεσης της σύμβασης.

Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι από τις 8.08.2016 και εντεύθεν οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να

μελετών που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου I (άρθρα 3 έως 221), καθώς και σε όλες τις συμβάσεις και τους διαγωνισμούς μελετών που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου II (άρθρα 222 έως 338), και η έναρξη της διαδικασίας σύναψης των οποίων, σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 290 και 330 αντίστοιχα, λαμβάνει χώρα μετά την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου.

¹³ συναφώς παρατίθενται οι σκέψεις 36 της T-151/2016 Απόφασης του Γενικού Δικαστηρίου, 32 και 33 της C-596/2013 Απόφασης της 26ης Μαρτίου 2015, 83 της C-324/14 Απόφασης της 7ης Απριλίου 2016, 52 της C-576/10 Απόφασης του Δικαστηρίου της 11ης Ιουλίου 2013, 38-42 της C-337/98 Απόφασης του Δικαστηρίου της 5ης Οκτωβρίου 2000

προβαίνουν σε τροποποιήσεις των εκτελούμενων συμβάσεών τους, εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρου 132 του ν. 4412/2016, χωρίς αυτό να σημαίνει ότι μεταβάλλεται αναδρομικά το νομικό καθεστώς που διέπει την εκτέλεσή τους (σημειώνεται ότι στην περίπτωση των έργων η ίδια συλλογιστική θεμελιώνει την εφαρμογή και των ειδικότερων διατάξεων των άρθρων 155 και 156 του ίδιου νόμου».

Η άνω θέση έχει αποτυπωθεί και στην υπ' αριθμ. 168/2016 Απόφαση της Αρχής.

4. Αναφορικά με το ζήτημα της κατασκευαστικής κοινοπραξίας επισημαίνονται τα ακόλουθα:

Η κατασκευαστική κοινοπραξία προβλεπόταν ρητά από τα άρθρα 66 και 67 του ν. 3669/2008, με βάση τον οποίο προκηρύχθηκε η υπό εξέταση σύμβαση.

Κατά την εθνική νομολογία ως προς τις ανωτέρω διατάξεις γινόταν δεκτό ότι (βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 1809/2017 Στ Τμήματος σκ. 12): «Κατά κανόνα το σχήμα (εταιρία ή κοινοπραξία) που έχει αναλάβει ως ανάδοχος την εκτέλεση ενός δημόσιου έργου μετά τη διενέργεια διαγωνισμού οφείλει το ίδιο να ολοκληρώσει αυτοδυνάμως το έργο αυτό, διότι, σε διαφορετική περίπτωση, ελλοχεύει ο κίνδυνος καταστρατήγησης των διατάξεων περί δημοσίων διαγωνισμών. Ωστόσο, ο νομοθέτης προέβλεψε ότι σε ορισμένες εξαιρετικές περιπτώσεις επιβάλλεται από το δημόσιο συμφέρον, που συνίσταται στην ολοκλήρωση του δημόσιου έργου που έχει αρχίσει να κατασκευάζεται, η υποκατάσταση του αναδόχου. [...]

Εξάλλου, ειδικότερη περίπτωση υποκατάστασης του αναδόχου αποτελεί η σύσταση κοινοπραξίας σύμφωνα με την παρ. 7 του άρθρου 5 του ν. 1418/1984 (άρθρο 66 του ν. 3669/2008) με σκοπό να αναλάβει αυτή τη συνέχιση του έργου. Πρόκειται για την περίπτωση που μια ή περισσότερες εργοληπτικές επιχειρήσεις έχουν αναλάβει την εκτέλεση ενός δημόσιου έργου, αλλά, κατά την διάρκεια της εκτέλεσής του, με αίτησή τους προς τον κύριο του έργου ζητούν την έγκριση της σύμπραξής τους και με άλλες εταιρίες, προκειμένου να το αποπερατώσουν. Στην περίπτωση αυτή, με τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στην παρ. 7 του άρθρου 5 του ν. 1418/1984, είναι δυνατό ο κύριος του έργου να εγκρίνει τη σύσταση κοινοπραξίας, στην οποία ο αρχικός ανάδοχος πρέπει να συμμετέχει με ποσοστό τουλάχιστον 50% (στη συνέχεια, με την παρ. 2 του άρθρου 7 του ν. 3263/2004 το ποσοστό αυτό αυξήθηκε σε τουλάχιστον 70%). Προβλέπεται δε ρητώς ότι τα μέλη της κοινοπραξίας ευθύνονται εις ολόκληρον έναντι του κυρίου του έργου ή του φορέα κατασκευής για το σύνολο του έργου».

Με το άρθρο 1 της αριθμ. Δ17α/01/13/ΦΝ430/27-2-02 (Β' 267) «Όροι και διαδικασία έγκρισης κατασκευαστικής κοινοπραξίας και υπεργολαβίας», το οποίο έχει κωδικοποιηθεί στο άρθρο 67 του ν. 3669/2008, ορίζονταν οι ειδικότερες προϋποθέσεις εφαρμογής.

Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι επρόκειτο για εξαιρετική δυνατότητα που είχε τεθεί προς το σκοπό του δημοσίου συμφέροντος για την ολοκλήρωση της αποπεράτωσης του έργου, η δε η εφαρμογή της τελούσε υπό την αίρεση της έγκρισης από την αναθέτουσα αρχή, η οποία ενεργούσε κατά διακριτική ευχέρεια και προς το σκοπό της εξυπηρέτησης δημοσίου συμφέροντος. Η δυνατότητα αυτή δεν είχε συμπεριληφθεί, μέχρι πρόσφατα, στις ρυθμίσεις του ν.4412/2016 με τις οποίες μεταφέρθηκαν στην εθνική έννομη τάξη οι Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ.

Με το άρθρο 132 του ν. 4412/2016, με το οποίο μεταφέρθηκε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 72 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπεται και οριοθετείται η τροποποίηση σύμβασης -ρύθμιση εξαιρετικού χαρακτήρα- χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης, καθώς ορίζονται οι πολύ συγκεκριμένες περιπτώσεις στο πλαίσιο των οποίων είναι νοητή η τροποποίηση της σύμβασης χωρίς νέα διαδικασία

σύναψης σύμβασης, μεταξύ των οποίων και η υποκατάσταση αναδόχου ¹⁴ (περίπτωση δ' παρ. 1 ως άνω άρθρου).

Ωστόσο, με τη ρύθμιση του άρθρου 81 του ν. 4782/2021, η οποία αντικαθιστά το άρθρο 165 του ν. 4412/2016 από 09-03-2021, η δυνατότητα σύστασης κατασκευαστικής κοινοπραξίας κατά την εκτέλεση δημοσίου έργου επανεισήχθη στην εθνική νομοθεσία, μερικώς διαφοροποιημένη (ως προς το πεδίο εφαρμογής, τα ποσοστά υποκατάστασης και τη διαδικασία έγκρισης), μόνον ως προς τις συμβάσεις έργων άνω των ορίων, παρά τις ρητές επιφυλάξεις της Αρχής, όπως διατυπώθηκαν στην υπ' αριθμόν Α45/2020 Γνώμη της (ΑΔΑ:ΩΛΒΟΞΤΒ-ΩΘ1 σελ.173 επ.),.

Μάλιστα, κατά τη ρητή πρόβλεψη της παρ. 9 του άρθρου 140 του ν. 4781/2021, το άρθρο 81 εφαρμόζεται και σε συμβάσεις που συνάφθηκαν πριν την έναρξη ισχύος του.

5. Από τις προπαρατεθείσες διατάξεις, ερμηνευόμενες αυτοτελώς και σε συνδυασμό μεταξύ τους, και την παρατιθέμενη νομολογία δύναται να συναχθούν τα ακόλουθα:

Με βάση το παρατιθέμενο ιστορικό η αρχική σύμβαση προκηρύχθηκε με τους κανόνες του προϊσχύοντος νομοθετικού πλαισίου (ν.3669/2008), αλλά συνήφθη μετά την έναρξη ισχύος του ν. 4412/2016. Εν προκειμένω, με βάση το τιθέμενο ιστορικό, η υπό εξέταση διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε την 27.12.2012, ενώ η σύμβαση υπεγράφη την 24.03.2020. Εξάλλου, από το περιεχόμενο της σχετικής σύμβασης προκύπτει ότι αυτή ρητά παραπέμπει στο προϊσχύσαντα ΚΔΕ.

Ακολούθως, την 27.05.2020 η ανάδοχος εταιρεία ζήτησε την έγκριση της σύστασης κατασκευαστικής κοινοπραξίας, βάσει των άρθρων 66 και 67 του ν. 3669/2008. Η ως άνω κοινοπραξία εγκρίθηκε, μετά από σύμφωνη γνώμη της διαχειριστικής αρχής, σύμφωνα με τη διαδικασία που προδιαγράφουν τα άρθρα 66 και 67 ΚΔΕ, με την υπ' αριθμ. 199/22.09.2020 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου, η οποία και γνωστοποιήθηκε στον ανάδοχο του έργου από την Προϊσταμένη Αρχή με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο στις 24/12/2020 .

Επομένως και ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι δεν έχει υπογραφεί ακόμα το συμφωνητικό τροποποίησης, το οποίο φαίνεται να έχει αποδεικτικό χαρακτήρα, διαφαίνεται ότι η σχετική διαδικασία έχει ήδη ολοκληρωθεί, και μάλιστα πριν από την ισχύ του άρθρου 81 του ν. 4782/2021, με το οποίο τροποποιήθηκε το άρθρο 165 του νόμου 4412/2016 καταλαμβάνοντας και τις εκκρεμείς εκτελούμενες συμβάσεις, γεγονός που μπορεί να θεωρηθεί ότι θέτει εν αμφιβολία την σχετική συμβουλευτική αρμοδιότητα της Αρχής, η οποία, εν προκειμένω, αποσκοπεί στην ερμηνευτική επίλυση ζητημάτων ενόσω αυτά εκκρεμούν (πρβλ αριθμ. 770/2021 έγγραφο της Αρχής με θέμα: Υποστήριξη αναθετουσών αρχών / αναθετόντων φορέων και οικονομικών φορέων κατά τη διαδικασία ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων) .

Σε κάθε περίπτωση, όμως, επισημαίνονται τα ακόλουθα:

Με βάση τα οριζόμενα στις μεταβατικές ρυθμίσεις του νόμου αυτού το εφαρμοστέο νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τη διεξαγωγή της διαδικασίας ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης είναι εκείνο που ισχύει κατά τον χρόνο δημοσίευσης της οικείας διακήρυξης. Από την εν λόγω νομολογιακά διαμορφωθείσα γενική αρχή προκύπτει ότι τυχόν νομοθετικές ή κανονιστικές μεταβολές που

¹⁴ Πρβλ και Άρθρο 164 Υποκατάσταση

εμφιλοχωρούν, ενώ ήδη εξελίσσονται διαδικασίες ανάθεσης, δεν επηρεάζουν τις διαδικασίες αυτές, εκτός και αν έχουν, ρητώς, αναδρομική ισχύ¹⁵.

Η δε βασική συνέπεια του προσδιορισμού του εφαρμοστέου καθεστώτος συνίσταται, ως προελέχθη, στην παγίωση του, στο γεγονός δηλαδή ότι αυτό διεκδικεί καθολική εφαρμογή, εκτεινόμενο σε όλα ανεξαιρέτως τα επόμενα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Επομένως, καταρχήν, ο χρόνος έναρξης της διαγωνιστικής διαδικασίας είναι ο κανόνας για την εύρεση των εφαρμοστέων διατάξεων της ανάθεσης, αλλά εν προκειμένω τίθεται και ένας επιπρόσθετος κανόνας, που αφορά στο δίκαιο της εκτέλεσης της σύμβασης, όπου κρίσιμος είναι ο χρόνος σύναψης της σύμβασης.

Ο νομοθέτης με την πρόβλεψη του εδαφίου γ', της παρ. 2, του άρθρου 376 του ν. 4412/2016 διαφαίνεται ότι είχε τη βούληση ο νόμος αυτός να διέπει και τις μετά την έναρξη ισχύος του συναπτόμενες συμβάσεις, καθώς αυτό ορίζει ρητώς. Με βάση δε την προαναφερόμενη νομολογία του ΔΕΕ, φαίνεται ότι ο ως άνω κανόνας αφορά σε κατάσταση που ρυθμίζεται για το μέλλον, βάσει των κανόνων δικαίου που ισχύουν κατά τον χρόνο που η κατάσταση αυτή διαμορφώνεται, δηλαδή την ημερομηνία σύναψης της σύμβασης (ο.π. C-496/18 και C-497/18, σκ 94, πρβλ. αποφάσεις της 3ης Σεπτεμβρίου 2015, Α2Α, C-89/14, ΕΥ:C:2015:537, σκέψη 37, καθώς και της 26ης Μαΐου 2016, *Județul Neamț* και *Județul Bacău*, C-260/14 και C-261/14, ΕΥ:C:2016:360, σκέψη 55).

Αντιστοίχως, με την υπ' αριθμ 138/2021 Πράξη του Ζ' Κλιμακίου του ΕΣ (σημ. 5 και ειδικότερες παραπομπές σε Αποφάσεις τμήματος Μείζονος Επταμελούς Σύνθεσης) έγινε δεκτό ότι *«όπως έχει κριθεί από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης [...] εφαρμοστέα είναι η νομοθεσία της Ευρωπαϊκής Ένωσης που ισχύει κατά το χρόνο της τροποποίησης της δημόσιας σύμβασης. Συναφώς, δεν ασκεί επιρροή αν η σύναψη της αρχικής δημόσιας σύμβασης είναι προγενέστερη της θέσπισης της σχετικής νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης.»*

Συνακολούθως από τα ανωτέρω αναφερόμενα και υπό το πρίσμα των προσκομισθέντων στην Αρχή στοιχείων, συνάγεται ότι από την έναρξη ισχύος του ν. 4412/2016, ήτοι από 08.08.2016 και εντεύθεν οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προβαίνουν σε τροποποιήσεις των εκτελούμενων συμβάσεων τους εν γένει και όχι μόνον εκείνων που έχουν συναφθεί, όπως εν προκειμένω, μετά την έναρξη ισχύος του ν.4412/2016, εφόσον πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 132 του ίδιου ως άνω νόμου (βλ. και Απόφαση 16/2017 και ΣΥΜ 2/2018 της Αρχής, ως αναρτώνται στην ιστοσελίδα της Αρχής).

Τέλος, επισημαίνεται ότι η εκ μέρους της ΕΑΑΔΗΣΥ παροχή γενικών οδηγιών και κατευθύνσεων δεν δύναται να υποκαταστήσει την κρίση των αρμόδιων οργάνων της αναθέτουσας αρχής, στην αποκλειστική αρμοδιότητα της οποίας εναπόκειται να ερευνησει εάν πληρούνται οι τιθέμενες από τον νόμο προϋποθέσεις σε συγκεκριμένη περίπτωση, η οποία και ελέγχεται από τα αρμόδια διοικητικά και δικαστικά όργανα.

IV. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑ

Η Αρχή, ασκούσα την κατά το άρθρο 2 παρ. 2 περ. ια' του ν.4013/2011 συμβουλευτική αρμοδιότητά της, με βάση τις προεκτεθείσες σκέψεις και όλα τα προσκομισθέντα σ' αυτήν στοιχεία και υπό την επιφύλαξη

¹⁵ Πρβλ και έγγραφο 1050/19 Φεβρουαρίου 2019 της Αρχής τις συνέπειες της αναπροσαρμογής του κατώτατου μισθού και του κατώτατου ημερομισθίου σε εν εξελίξει διαδικασίες ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών καθαριότητας ή/και φύλαξης.

της τελευταίας ανωτέρω επισήμανσης ως προς την έκταση της συμβουλευτικής της αρμοδιότητας, αποφαίνεται ομόφωνα ότι από την έναρξη ισχύος του ν. 4412/2016, ήτοι από 08.08.2016 και εντεύθεν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προβαίνουν σε τροποποιήσεις των εκτελούμενων συμβάσεών τους, ανεξαρτήτως του χρόνου σύναψης των τελευταίων, επομένως και εκείνων που έχουν συναφθεί μετά την έναρξη ισχύος του, υπό τον αναγκαίο όρο ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 132 του ίδιου ως άνω ν. 4412/2016.

Αθήνα, 6 Μαΐου 2021

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Αναπληρωτής Πρόεδρος

Μιχαήλ Εκατομμάτης