



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
ΓΡΑΦΕΙΟ ΝΟΜΙΚΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΟΥ
ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΠΟΛΙΤΙΣΜΟΥ
ΚΑΙ ΑΘΛΗΤΙΣΜΟΥ**

Αθήνα, 30-7-2016

ΑΤΟΜΙΚΗ ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗ: 217/2016

Της Ελένης Σβολοπούλου, Νομικού Συμβούλου του Κράτους.

Αριθμός εγγράφου ερωτήματος: 199469/16497/16-6-2016 της Γενικής Δ/σης Αναστήλωσης Μουσείων και Τεχνικών Έργων του Υπουργείου Πολιτισμού και Αθλητισμού.

Περίληψη ερωτήματος: Ερωτάται αν δύναται νομίμως να κηρυχθεί έκπτωτη, κατά τις διατάξεις του άρθρου 34 του Π.Δ.118/2007 «Κανονισμός προμηθειών του Δημοσίου», η κοινοπραξία Χ.Σ&ΣΙΑε.ε –Ι&Π.Μ Ο.Ε στην οποία, μετά τη διενέργεια πρόχειρου μειοδοτικού διαγωνισμού, ανατέθηκαν από την υπηρεσία Νεωτέρων Μνημείων και Τεχνικών έργων Δωδεκανήσου (Υ.Ν.Μ.Τ.Ε.Δ.) του Υπουργείου Πολιτισμού και Αθλητισμού, με σχετική σύμβαση, εργασίες ενίσχυσης θεμελίωσης με μικροπασσάλους διατηρητέου νεοκλασικού σχολείου της μεσαιωνικής πόλης της Ρόδου.

Ι. Ιστορικό.

Με το έγγραφο του ερωτήματος και τα έγγραφα που το συνοδεύουν τίθενται υπόψη μας τα ακόλουθα:

1. Μετά το διαγωνισμό, που διενεργήθηκε στις 24-12-2013 με βάση την 1656/2/2013 διακήρυξη πρόχειρου μειοδοτικού διαγωνισμού της Υπηρεσίας Νεωτέρων Μνημείων και Τεχνικών Έργων Δωδεκανήσου του ΥΠ.ΠΟ.Α, για την επιλογή αναδόχου, με σκοπό την ανάθεση εργασιών ενίσχυσης θεμελίωσης με μικροπασσάλους, συνολικού προϋπολογισμού 120.000,00 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α. και με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή, συνήφθη μεταξύ της αναθέτουσας Αρχής και του νομίμου εκπροσώπου της κοινοπραξίας Χ.Σ&ΣΙΑε.ε –Ι&Π.Μ Ο.Ε, στην οποία κατακυρώθηκε

το αποτέλεσμα του διαγωνισμού, η από 31-1-2014 σύμβαση για την παροχή υπηρεσιών «ανάθεση εργασιών ενίσχυσης θεμελίωσης με μικροπασσάλους» στο πλαίσιο του υποέργου «Αποκατάσταση διατηρητέου νεοκλασικού σχολείου μεσαιωνικής πόλης Ρόδου και μετατροπή του σε πολιτιστικό-εκπαιδευτικό κέντρο».

2. Στο άρθρο 1 της Διακήρυξης διαλαμβάνεται ρητά ως θεσμικό πλαίσιο του διαγωνισμού, μεταξύ άλλων, το π.δ.118/2007«Κανονισμός προμηθειών του Δημοσίου», ο ν.2362/1995(άρθρα 79-85) «Περί Δημοσίου Λογιστικού», ο ν. 2286/1995 «Προμήθειες του δημόσιου τομέα...» και το άρθρο 12 παρ.1 του π.δ.99/1992 «Μελέτη και εκτέλεση αρχαιολογικών έργων». Περαιτέρω, οι διατάξεις του π.δ.118/2007 επαναλαμβάνονται ως εφαρμοστέο δίκαιο τόσο στα άρθρα 6,7,9 παρ.5 και 6 ,12 παρ.5,13 παρ.2 και 3,15 παρ.1,16 παρ.2 και 17 παρ.2και3 της Διακήρυξης, όσο και στα άρθρα 3,6 και 7 της Σύμβασης,. ειδικότερα δε οι διατάξεις του άρθρου 34 αυτού περί έκπτωσης του αναδόχου αναφέρονται ρητά στο άρθρο17 παρ.2 της Διακήρυξης και στο άρθρο 7 παρ.6 της Σύμβασης.

3. Η Υ.Ν.Μ.Τ.Ε.Δ εξέδωσε την 154/16-02-2016 απόφαση έκπτωσης της αναδόχου κοινοπραξίας σύμφωνα με το άρθρο 34 παρ 5 του Π.Δ.118/2007«Κανονισμός Προμηθειών Δημοσίου» για το λόγο ότι, κατά την ημερομηνία λήξης του συμβατικού αντικειμένου, όπως αυτή τελικά μετατέθηκε στις 31-12-2015, οι εργασίες δεν είχαν ολοκληρωθεί, ο εκτιμώμενος χρόνος για την ολοκλήρωσή τους υπερέβαινε από τεχνική άποψη τους δύο (ίσως και τρεις) μήνες και το κυριότερο διότι με την κατασκευή των μικροπασσάλων, χωρίς την κατασκευή των κεφαλόδεσμων οι οποίοι βασίζονται επί των μικροπασσάλων, δεν εξασφαλίζεται κατ'ουδένα τρόπο η ενίσχυση της θεμελίωσης του κτιρίου, η οποία αποτελούσε το αντικείμενο της παροχής των υπηρεσιών εκ μέρους του αναδόχου. Η 154/6-2-2016 απόφαση εκδόθηκε μετά την ανάκληση της 2/4-1-2016, προηγούμενης σχετικής απόφασης έκπτωσης, καθώς αυτή εκ παραδρομής είχε βασιστεί στο ν.3669/2008 (περί εκτελέσεως δημοσίων έργων) και όχι στο π.δ.118/2007 στο οποίο ρητά αναφερόταν τόσο η Διακήρυξη όσο και η υπογραφείσα Σύμβαση (ΑΔΑ: 7ΞΒ21-21Λ).

4. Η Κοινοπραξία " με την από 23-02-2016 επιστολή προς την υπηρεσία Νεωτέρων Μνημείων και Τεχνικών έργων Δωδεκανήσου υποστήριξε ότι κακώς ανακλήθηκε η προηγούμενη απόφαση έκπτωσης, που βασιζόταν στο ν. 3669/2008, και ότι η διαδικασία έκπτωσης βάσει του π.δ. 118/2007 δεν έπρεπε να έχει ακολουθηθεί. Η Υ.Ν.Μ.Τ.Ε.Δ. απάντησε με το 206/21-03-2016 έγγραφο «Διευκρινίσεις επί της ανάκλησης απόφασης έκπτωσης του αναδόχου των "Εργασιών ενίσχυσης θεμελίωσης

με μικροπασσάλους"» και η ανάδοχος με την από 15-04-2016 επιστολή της δήλωσε ότι εμμένει στην από 23-2-2016 απάντησή της.

5. Κατόπιν αυτών, η υπηρεσία προβληματίζεται για το κατά πόσον οι ενέργειες της Υ.Ν.Μ.Τ.Ε.Δ δηλαδή τόσο η ανάκληση του πρώτου (α.π.2/04-1-2016) εγγράφου, σχετικά με την απόφαση έκπτωσης βάσει του ν.3669/2008,όσο και η έκδοση της 154/16-02-2016 απόφασης έκπτωσης σύμφωνα με το άρθρο 34 παρ 5 του π.δ 118/2007 «Κανονισμός Προμηθειών Δημοσίου» και κλήσης της αναδόχου για παροχή εξηγήσεων είναι νόμιμες, προκειμένου να ακολουθήσει η διαδικασία έκδοσης υπουργικής απόφασης για την οριστική έκπτωση της αναδόχου σύμφωνα με το π.δ 118/2007.

II. Νομοθετικό πλαίσιο.

6. Με τις διατάξεις του ν. **2286/1995** «Προμήθειες Δημοσίου Τομέα και Ρυθμίσεις Συναφών Θεμάτων» (Α' 19) ,όπως ισχύουν, μεταξύ άλλων ορίζεται: **Άρθρο 2**«...12. Οι διαδικασίες συνάψεως συμβάσεων προμηθειών διακρίνονται σε συνοπτικές, ανοικτές, κλειστές και με διαπραγμάτευση..... γ) Συνοπτικές (πρόχειρος διαγωνισμός) είναι οι διαδικασίες που διενεργούνται μόνο για τη σύναψη συμβάσεων προμηθειών αγαθών αξίας κάτω των διακοσίων χιλιάδων (200.000) ECU, ετήσιας συνολικής δαπάνης, καθοριζομένης εκάστοτε με απόφαση του Υπουργού Εμπορίου.

7. Στις ακόλουθες διατάξεις του π.δ. **118/2007** “Κανονισμός Προμηθειών Δημοσίου (Κ.Π.Δ.)” (Φ.Ε.Κ. Α' 150) ,πλην άλλων, ορίζεται ότι: **Άρθρο 2** ...4.Πρόχειρος διαγωνισμός διενεργείται για τη σύναψη συμβάσεων προμήθειας αγαθών, η κατ' είδος ετήσια συνολική δαπάνη των οποίων δεν υπερβαίνει το ποσό που καθορίζεται με απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ.12 περ.γ του ν.2286/1995...(Σημείωση: Με την ισχύουσα κατά τον κρίσιμο χρόνο ΥΑ Π1/3305/3.11.2010(Β'1789) απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης καθορίστηκε η ετήσια συνολική δαπάνη των προμηθειών κατά κωδικό αριθμό είδους αυτών, για τις οποίες η σύναψη των σχετικών συμβάσεων διενεργείται με πρόχειρο διαγωνισμό, μέχρι του ποσού των 60.000ευρώ. Περαιτέρω, σύμφωνα με την παράγραφο 1α) του άρθρου 11 του π.δ. 99/1992 «Μελέτη και εκτέλεση αρχαιολογικού έργου» οι επί μέρους εργασίες, που εκτελούνται από τρίτους στα πλαίσια της εκτέλεσης του όλου έργου με αυτεπιστασία (όπως στην υπό κρίση περίπτωση), ανατίθενται κατόπιν πρόχειρου διαγωνισμού, εφόσον η δαπάνη κάθε επί μέρους εργασίας δεν υπερβαίνει το διπλάσιο του ορίου του ποσού που ισχύει κάθε φορά για πρόχειρους διαγωνισμούς προμηθειών του Δημοσίου(δηλαδή τις 120.000ευρώ)). **Άρθρο 24** .3. Το κείμενο της σύμβασης κατισχύει κάθε άλλου κειμένου στο οποίο τούτο στηρίζεται. όπως προσφορά,

διακήρυξη και απόφαση κατακύρωσης ή ανάθεσης,...εκτός καταδήλων σφαλμάτων ή παραδρομών. **Άρθρο 34.** «1.0 προμηθευτής που δεν προσέρχεται μέσα στην προθεσμία που του ορίστηκε να υπογράψει τη σχετική σύμβαση, κηρύσσεται υποχρεωτικά έκπτωτος από την κατακύρωση ή....., με απόφαση του αρμοδίου Υπουργού ή του αρμοδίου για την διοίκηση φορέα οργάνου, ύστερα από γνωμοδότηση του αρμοδίου οργάνου. 2. Με την ίδια διαδικασία ο προμηθευτής κηρύσσεται υποχρεωτικά έκπτωτος από τη σύμβαση και από κάθε δικαίωμά του που απορρέει απ' αυτή, εφόσον δεν φόρτωσε, παρέδωσε ή αντικατέστησε τα συμβατικά υλικά ή δεν επισκεύασε ή συντήρησε αυτά μέσα στον συμβατικό χρόνο ή στον χρόνο παράτασης που του δόθηκε, σύμφωνα με όσα προβλέπονται στο άρθρο 26 του παρόντος. 3...4... 5. Στον προμηθευτή που κηρύσσεται έκπτωτος από την κατακύρωση, ανάθεση ή σύμβαση, επιβάλλονται, με απόφαση του αρμοδίου Υπουργού, ύστερα από γνωμοδότηση του αρμοδίου οργάνου, το οποίο υποχρεωτικά καλεί τον ενδιαφερόμενο προς παροχή εξηγήσεων κατά το άρθρο 20 του ισχύοντος Συντάγματος, αθροιστικά ή διαζευκτικά, οι παρακάτω κυρώσεις :α)...β)...γ)...δ...».

8. Στο άρθρο 12 παρ.1 του π. δ 99/1992(A- 46) «Μελέτη και εκτέλεση αρχαιολογικών έργων.» ορίζεται: " 1. Η προμήθεια των υλικών, εργαλείων κ.λ.π., που είναι αναγκαία για τα έργα που εκτελούνται ή τις μελέτες που εκπονούνται, ενεργείται από τον προϊστάμενο της Υπηρεσίας του ΥΠ.ΠΟ, που εκτελεί τα έργα βάσει των κειμένων διατάξεων και των οριζομένων στις επόμενες παραγράφους, χωρίς να απαιτείται για αυτό έγκριση ή εξουσιοδότηση των Υπηρεσιών άλλων Υπουργείων

9. Ο Κώδικας της νομοθεσίας κατασκευής δημοσίων έργων, που κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του ν. **3669/2008 (Α' 116),** ορίζει στο **άρθρο 1 παρ. 3** ότι: «Από τεχνική άποψη, δημόσια έργα είναι όλα τα έργα που εκτελούν φορείς της παρ. 1 και συνδέονται με οποιονδήποτε τρόπο με το έδαφος, το υπέδαφος ή τον υποθαλάσσιο χώρο, όπως και τα πλωτά τμήματα των τεχνικών έργων. Ως έργο νοείται κάθε νέα κατασκευή ή επέκταση ή ανακαίνιση ή επισκευή ή συντήρηση και η οικονομικά ή τεχνικά αυτοτελής λειτουργία, καθώς και κάθε σχετική ερευνητική εργασία, που απαιτεί τεχνική γνώση και επέμβαση». Όσον αφορά τις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών, το πρώτο ενοποιημένο νομοθετικό πλαίσιο ήταν το π.δ 346/1998 (Α' 12), το οποίο όμως, (εκτός από τις διατάξεις του άρθρου 35 παρ. 1 και του άρθρου 36), καταργήθηκε με το άρθρο 77 του ΠΔ 60/2007, με το οποίο προσαρμόσθηκε η ελληνική νομοθεσία στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/EK. «περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών». Πέραν του π.δ 60/2007, δεν υπάρχει ειδικότερο ελληνικό νομικό πλαίσιο για τη

ρύθμιση εν γένει των δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, υπάρχουν όμως διάσπαρτες διατάξεις, ιδίως στο ν.2362/1995 Περί Δημοσίου Λογιστικού (άρθρα 79-85), στο ν.3614/2007(άρθρο 25παρ.1) όπως και σε άλλα ειδικά νομοθετήματα. Για την κάλυψη του νομοθετικού κενού ορίστηκε με απόφαση του Υπουργού Οικονομικών (2043748/519/0026/1989 ΦΕΚ Β 388), κυρωθείσα με το ν.1881/1990, ότι οι διατάξεις του ν.1797/88«Προμήθειες του δημόσιου τομέα και ρυθμίσεις συναφών θεμάτων» εφαρμόζονται αναλογικά και για τις αναθέσεις εκτέλεσης εργασιών που γίνονται σε βάρος του κρατικού προϋπολογισμού και των προϋπολογισμών των ΝΠΔΔ. Έκτοτε, κατά την κατάστρωση των προκηρύξεων και των συμβάσεων υπηρεσιών εφαρμόζεται από τους δημόσιους φορείς, συμπληρωματικά προς τις τυχόν ειδικότερες ρυθμίσεις των προκηρύξεων, η νομοθεσία περί προμηθειών, δηλαδή ο ν.2286/95 και το Π.Δ 118/2007, παλαιότερα δε ο προϊσχύσας ΚΠΔ,(π.δ 394/96) (βλ.Γν. ΝΣΚ. 146/2012, ενώ με τη διάταξη της παραγράφου. 3 του άρθρου 239 του ν.4072/2012 (Α-86) ορίστηκε ότι. μέχρι την έκδοση Κανονισμού Υπηρεσιών του Δημοσίου, που προβλέπεται στο ίδιο άρθρο του ίδιου νόμου, εφαρμόζεται αναλογικά στις συμβάσεις υπηρεσιών το π.δ. 118/2007 ή οι οικείοι Κανονισμοί προμηθειών ή υπηρεσιών φορέων κατά περίπτωση.

III. Ερμηνεία και εφαρμογή των διατάξεων.

Σχετικά με την ερμηνεία των ανωτέρω διατάξεων αυτοτελώς και σε συνδυασμό, μεταξύ τους, έχουν γίνει δεκτά από τη θεωρία, τη νομολογία των δικαστηρίων και τις γνωμοδοτήσεις του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, μεταξύ άλλων, τα ακόλουθα:

10.. Επί των διοικητικών συμβάσεων οι όροι, που περιέχονται στη διακήρυξη και μετά από αυτή στην σύμβαση που θα συνομολογηθεί, διέπουν κατά πρώτο λόγο και κατά προέχουσα διαδοχική τάξη τις σχέσεις των συμβαλλομένων, υπό την προϋπόθεση ότι οι όροι αυτοί τελούν σε αρμονία με το εν γένει δίκαιο των διοικητικών συμβάσεων αναλόγως με την φύση τους_(με κύριες κατηγορίες τις συμβάσεις δημοσίων έργων, κρατικών προμηθειών και υπηρεσιών) και τις γενικές διατάξεις του δημοσίου λογιστικού για τη συνομολόγηση συμβάσεων για λογαριασμό του κράτους και λοιπών Ν.Π.Δ.Δ όπως αυτές έχουν ερμηνευθεί από την επιστήμη και τη νομολογία, καθώς και τις γενικές αρχές δικαίου, που έχουν διαμορφωθεί και που από τη φύση τους είναι δημοσίας τάξεως, εφ' όσον διασφαλίζουν το δημόσιο συμφέρον, τη διαφάνεια, την ίση μεταχείριση των διαγωνιζομένων και τον υγιή ανταγωνισμό, αλλά και με τις αρχές του δικαίου που επιβάλλουν οι γενικές ρήτρες του δικαίου και ιδίως με την αρχή της καλής πίστης και των χρηστών ηθών(ΝΣΚ 278/2007).

11. Η διακήρυξη του διαγωνισμού έχει χαρακτήρα κανονιστικής διοικητικής πράξης που διέπει τον διαγωνισμό, αφού προσδιορίζει το αντικείμενο της σύμβασης, το σύστημα υποβολής προσφορών, τη διαδικασία του διαγωνισμού, τους όρους που θα περιέχει η σύμβαση κ.α). Οι όροι της διακήρυξης δεσμεύουν τόσο τους διαγωνιζόμενους όσο και τη δημόσια Αρχή (βλ. Επαμ. Σπηλιωτόπουλου «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου» εκδ. 10η σελ. 203 επ., ενδεικτικά Ολομ. ΣτΕ 1238, 1667/2011 κ.α), ενώ η αναφορά της διακήρυξης σε διατάξεις ή και ολόκληρα νομοθετήματα (νόμους, π.δ. και υπουργικές αποφάσεις) ή ακόμα και εγκυκλίους, καθιστά τις διατάξεις αυτές μέρος του κανονιστικού πλαισίου που διέπει τον εν λόγω διαγωνισμό (βλ. Σ.Τ.Ε 1633/2002, (Αναστ.) 527/2003 46, 867/2006 Γνωμ. ΝΣΚ 278/2007 κ.α'). Ενόψει δε αυτών, εφόσον ο ενδιαφερόμενος έλαβε μέρος στο διαγωνισμό χωρίς επιφύλαξη και δεν άσκησε τα προβλεπόμενα ένδικα βοηθήματα κατά των όρων της διακήρυξης, τότε δεν είναι επιτρεπτή η αμφισβήτηση της νομιμότητας όρου της διακήρυξης επ' ευκαιρία της προσβολής πράξης που εκδόθηκε στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Στην περίπτωση αυτή, οι σχετικοί λόγοι ακύρωσης είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι, και μάλιστα, ανεξάρτητα αν ο αμφισβητούμενος όρος αντίκειται σε υπερκείμενους κανόνες δικαίου (π.χ. κανόνες του Συντάγματος ή του ενωσιακού δικαίου) διότι, κατά τα παγίως δεκτά γενόμενα από τη νομολογία, οδηγούν σε ανεπίτρεπτη, για λόγους ασφάλειας δικαίου, εκ των υστέρων αμφισβήτηση του κύρους του όρου της διακήρυξης (βλ. ΣτΕ 3972, 1667/2011, 1415/2000, 3602/2005 7μ.κ.α., Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων Δημ. Ραΐκου έκδοση 2014 σελ. 338).

12. Ο νομικός χαρακτηρισμός της συναφθείσας δημόσιας σύμβασης και η ένταξή της σε κάποια από τις κατηγορίες, που αναγνωρίζει η κείμενη νομοθεσία (σύμβαση έργου, προμήθειας ή παροχής υπηρεσιών), είναι δυσχερής όταν η σύμβαση ενσωματώνει χαρακτηριστικά περισσότερων κατηγοριών συμβάσεων (μικτή σύμβαση). Στις περιπτώσεις αυτές, για τον προσδιορισμό του αντικειμένου, και συνεπώς για το νομικό χαρακτηρισμό της σύμβασης, η νομολογία έχει υιοθετήσει ως κριτήριο τον «προέχοντα χαρακτήρα της σύμβασης», ακολουθώντας τη σχετική νομολογιακή πορεία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Έτσι, όταν, για παράδειγμα, η διοικητική σύμβαση περιλαμβάνει τόσο στοιχεία σύμβασης έργου, όσο και στοιχεία άλλου τύπου δημόσιας σύμβασης, το στοιχείο που καθορίζει ποιές είναι οι εφαρμοστέες διατάξεις, είναι εκείνο το χαρακτηριστικό που είναι κύριο, αποτελεί δηλαδή τον κεντρικό άξονα γύρω από τον οποίο διαρθρώνεται όλη η σύμβαση και προσδιορίζεται στο πλαίσιο της αντικειμενικής εξέτασής της με βάση τις ουσιώδεις υποχρεώσεις που υπερισχύουν, σε αντίθεση με αυτές που έχουν απλώς παρεπόμενο ή συμπληρωματικό χαρακτήρα, ενώ

συνεκτιμάται και η οικονομική αξία αυτών (πρβλ. Ε.Σ 759/2016 με την εκεί παραπομπή σε νομολογία ΔΕΕ και ΣτΕ 2387/2009, 717/2011).

IV.13. Όπως προαναφέρθηκε, οι όροι της διακήρυξης και της σύμβασης που θα συνομολογηθεί διέπουν κατά πρώτο λόγο τη σχέση των συμβαλλομένων, ενώ η αναφορά σε αυτές διατάξεων, νομοθετημάτων ή ακόμα και εγκυκλίων καθιστά τις διατάξεις αυτές μέρος του κανονιστικού πλέγματος που διέπει τη σχετική διοικητική σύμβαση. Δεδομένου δε ότι στη σύμβαση του ερωτήματος και στη διακήρυξη, βάσει της οποίας αυτή συνήφθη, τίθεται ως εφαρμοστέο δίκαιο μεταξύ άλλων το π.δ. 118/2007, και μάλιστα γίνεται ρητή αναφορά(βλ.άρθρα 17 της διακήρυξης και 6 και 7 της σύμβασης) στις διατάξεις του άρθρου 34 του π.δ αυτού, οι οποίες θέτουν τις προϋποθέσεις κήρυξης του προμηθευτή εκπτώτου, το αρμόδιο όργανο της κήρυξης αυτής και τις εν γένει συνέπειες της εν λόγω κατάστασης, στην εξεταζόμενη περίπτωση εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις του άρθρου 34 του π.δ 118/2007 για την κήρυξη της προαναφερθείσας κοινοπραξίας έκπτωτης, εφ' όσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις της διάταξης αυτής. Η συνδρομή των προϋποθέσεων αυτών και ειδικότερα η παράβαση των συμβατικών υποχρεώσεων της αναδόχου, αποδεικνυόμενη κατά τον προσήκοντα και προβλεπόμενο από τη σύμβαση τρόπο, αποτελεί ουσιαστική κυριαρχική κρίση της αρμόδιας υπηρεσίας.

14. Από τις διατάξεις του ν.3669/2008, οι οποίες εφαρμόζονται για την ανάθεση και κατασκευή των δημοσίων έργων, που δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/18/ΕΚ, συνάγεται ότι ως δημόσιο τεχνικό έργο νοείται κάθε νέα κατασκευή, επέκταση, ανακαίνιση, επισκευή, συντήρηση ή ερευνητική εργασία, που εκτελείται από δημόσιους φορείς και απαιτεί τεχνική γνώση και επέμβαση, προκειμένου να επιτευχθεί τεχνικά ένα άρτιο λειτουργικό αποτέλεσμα. Αντιθέτως, πρόκειται για εκτέλεση εργασιών, και όχι για δημόσιο τεχνικό έργο, όταν για την επίτευξη του αποτελέσματος δεν απαιτείται η εφαρμογή ειδικών τεχνικών γνώσεων και μεθόδων και η χρησιμοποίηση εξειδικευμένου επιστημονικού ή τεχνικού προσωπικού και ανάλογων τεχνικών μέσων και εγκαταστάσεων (Ε.Σ 609/2012 μείζονος σύνθεσης, Πράξεις VII Τμ. 202, 203 94/2011, 392 403/2010).

15.Ο επίμαχος διαγωνισμός, αντικείμενο του οποίου ήταν, κατά το άρθρο 2 της διακήρυξης, *η ανάθεση εργασιών ενίσχυσης θεμελίωσης με κατασκευή μικροπασσάλων στο διατηρητέο νεοκλασικό σχολείο της μεσαιωνικής πόλης Ρόδου, όπως περιγράφεται αναλυτικά στην τεχνική περιγραφή παράρτημα Α ,που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα του διαγωνισμού και της διακήρυξης*, απέβλεψε στην υπογραφή δημόσιας σύμβασης μικτού χαρακτήρα, με προέχοντα χαρακτήρα της σύμβασης

παροχής υπηρεσιών, ενώ οι εργασίες τοποθέτησης μικροπασσάλων και των κεφαλόδεσμων θεμελίωσης για τις ανάγκες του έργου, και υπό την εκδοχή ότι συνιστούν δημόσιο έργο, έχουν παρακολουθηματικό απλώς χαρακτήρα. Συνεπώς, εφαρμοστέο δίκαιο είναι οι διατάξεις του π.δ. 118/2008 οι οποίες εφαρμόζονται αναλογικά στις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών κατά τα ανωτέρω αναλυτικά εκτεθέντα.(**υπό στοιχ 9**)

V. Απάντηση

Με βάση τα προεκτεθέντα, η απάντηση που πρέπει να δοθεί στο τεθέν ερώτημα είναι η ακόλουθη:

16...Δύναται νομίμως να κηρυχθεί έκπτωτη η προαναφερόμενη κοινοπραξία σύμφωνα με τη διαδικασία που διαγράφεται στο άρθρο 34 του π.δ 118/2007, οι διατάξεις του οποίου ήταν εφαρμοστέες στον επίμαχο διαγωνισμό σύμφωνα με τη σχετική διακήρυξη και την βάσει αυτής συναφθείσα σύμβαση, εφ' όσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις της διάταξης αυτής κατά την ουσιαστική κυριαρχική κρίση της αρμόδιας υπηρεσίας.

17...Σε κάθε περίπτωση, οι διατάξεις του άρθρου 34 του π.δ.118/2007 είναι εφαρμοστέες και λόγω του προέχοντος χαρακτήρα της επίμαχης (μικτής) σύμβασης, ως δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών, στην οποία εφαρμόζονται αναλογικά οι διατάξεις του π.δ 118/2007 κατά τα ανωτέρω αναλυτικά εκτιθέμενα(υπό στοιχ.9 και 12).

18. Συνακόλουθα, και δεδομένου ότι η παράβαση των διατάξεων της νομοθεσίας ή των όρων της διακήρυξης, που καθορίζουν τη διαδικασία του διαγωνισμού, συνιστά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας (Ε.Σπηλιωτόπουλου Εγχειρίδιο Διοικ.Δικαίου 10^η έκδοση παρ.195 σελ211 υποσ.29), ορθά. και νόμιμα η αναθέτουσα αρχή ανακάλεσε το 2/04-01-2016 έγγραφο, σχετικά με την απόφαση έκπτωσης βάσει του ν.3669/2008 και στη συνέχεια εξέδωσε το 154/16-02-2016 έγγραφο βάσει του άρθρου 34 παρ 5 του π.δ 118/2007 «Κανονισμός Προμηθειών Δημοσίου» και κλήσης της αναδόχου για παροχή εξηγήσεων προκειμένου να ακολουθήσει η διαδικασία έκδοσης υπουργικής απόφασης για την οριστική έκπτωση της αναδόχου σύμφωνα με το π.δ 118/2007.

Η γνωμοδοτούσα

Ελένη Σβολοπούλου

Νομικός Σύμβουλος του Κράτους