ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

Αριθμός Γνωμοδότησης 37/2017
ΤΟ ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
ΤΜΗΜΑ ΣΤ'
Συνεδρίαση της 15ης-2-2017

Σύνθεση :

Πρόεδρος : Ιωάννης – Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Αντιπρόεδρος Ν.Σ.Κ.

Μέλη : Ιωάννης Διονυσόπουλος, Παρασκευάς Βαρελάς, Θεόδωρος Ψυχογυιός, Γεώργιος Κανελλόπουλος, Βασιλική Τύρου, Νικόλαος Δασκαλαντωνάκης, Γαρυφαλιά Σκιάνη, Γεώργιος Ανδρέου και Ευαγγελία Σκαλτσά, Νομικοί Σύμβουλοι του Κράτους.

Εισηγήτρια: Άννα Διον. Κάντζια, Πάρεδρος Ν.Σ.Κ.(γνώμη χωρίς ψήφο)

Αριθμός Ερωτήματος : Το έγγραφο με αριθμό πρωτ. Φ. 631.2/1/14161/Σ.1558/1-02-2017 του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας / Γενικής Διεύθυνσης Αμυντικών Εξοπλισμών & Επενδύσεων / Διεύθυνσης Αμυντικών Προγραμμάτων & Κύριων Συμβάσεων / Τμήματος Εξοπλιστικών Προγραμμάτων & Συμβάσεων Σ.Ξ. / Γραφείου Αρμάτων & ΤΘ Οχημάτων, που υπογράφεται από τον Υπουργό Εθνικής Άμυνας

Ερώτημα : Ζητείται, κατά το άρθρο 66 παρ. 2 του π.δ/τος 284/1989, γνωμοδότηση του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, σχετικά με τη νομιμότητα του σχεδίου 7ης Τροποποίησης της Σύμβασης 016 Α/03 μεταξύ του ΥΠΕΘΑ/ΓΔΑΕΕ και της εταιρίας με την επωνυμία «KR.M.», με αντικείμενο την προμήθεια εκατόν εβδομήντα (170) αρμάτων μάχης τύπου LEO 2HEL, δώδεκα (12) αρμάτων περισυλλογής, οκτώ (8) γερανοφόρων αρμάτων, καθώς επίσης εξομοιωτών και εκπαιδευτικού εξοπλισμού, μαζί με τα ανταλλακτικά, εργαλεία, βιβλιογραφία και εξοπλισμό υποστήριξης που τα συνοδεύουν.

Για το πιο πάνω ερώτημα, το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Τμήμα ΣΤ'), γνωμοδότησε ως εξής:

ΙΣΤΟΡΙΚΟ

Από το έγγραφο με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.631.2/1/14161/Σ.1558/1.02.2017 του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας / Γενικής Διεύθυνσης Αμυντικών Εξοπλισμών & Επενδύσεων (εφεξής: ΓΔΑΕΕ) / Διεύθυνσης Αμυντικών Προγραμμάτων & Κύριων Συμβάσεων / Τμήματος Εξοπλιστικών Προγραμμάτων & Συμβάσεων Σ.Ξ. / Γραφείου Αρμάτων & ΤΘ Οχημάτων, τα συνημμένα σ' αυτό έγγραφα και τα λοιπά στοιχεία του φακέλου, που τέθηκαν υπόψη μας, καθώς και από τις διευκρινίσεις που παρείχαν κατά τη συνεδρίαση του Τμήματος ο Ι.Μ., Διευθυντής Κύριων Συμβάσεων της ΓΔΑΕΕ, ο Κ.Ι., Τμηματάρχης Παρακολούθησης Κύριων Συμβάσεων της ΓΔΑΕΕ και ο Π.Κ., χειριστής της υπόθεσης, μόνιμος υπάλληλος στο Τμήμα Κατάρτισης Συμβάσεων Αρμάτων και Τεθωρακισμένων Οχημάτων της ΓΔΑΕΕ, προκύπτουν τα εξής πραγματικά περιστατικά :

1. Την 20η Μαρτίου 2003, υπεγράφη μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου / Υπουργείου Εθνικής Άμυνας / ΓΔΑΕΕ και της γερμανικής εταιρίας με την επωνυμία «KR.M.», που εδρεύει στο Μόναχο Γερμανίας και εκπροσωπείται νόμιμα, η Σύμβαση με αριθμό 016Α/2003, με ημερομηνία ενεργοποίησης την 2α Ιουνίου 2003. Η Σύμβαση αυτή αφορούσε στην προμήθεια από το Ελληνικό Δημόσιο εκατόν εβδομήντα (170) αρμάτων μάχης Leopard τύπου LEO2HEL, δώδεκα (12) αρμάτων περισυλλογής, οκτώ (8) γερανοφόρων αρμάτων, καθώς επίσης εξομοιωτών και εκπαιδευτικού εξοπλισμού, μαζί με τα ανταλλακτικά, εργαλεία, βιβλιογραφία και εξοπλισμό υποστήριξης που τα συνοδεύουν για τη λειτουργία και συντήρησή τους, συμβατικής αξίας 1.659.000.000,00 €, με δικαίωμα προαίρεσης για την προμήθεια επιπρόσθετων υλικών και υπηρεσιών, προκειμένου να καλυφθούν υπηρεσιακές ανάγκες του Γενικού Επιτελείου Στρατού (εφεξής: ΓΕΣ). Στη Σύμβαση αυτή έχουν υλοποιηθεί από τις 19.01.2005 μέχρι 24.01.2014 έξι (6) Τροποποιήσεις. Ειδικότερα:

2. Η Τροποποίηση Νο1, με ημερομηνία υπογραφής την 19η Ιανουαρίου 2005, αφορούσε στην τροποποίηση του Παραρτήματος «Θ» (Χρονοδιάγραμμα Παραδόσεων Συμβατικών Υλικών), ώστε να μην έχει η εταιρία την υποχρέωση παραδόσεων τον μήνα Αύγουστο κάθε έτους.

3.Η Τροποποίηση No2, με ημερομηνία υπογραφής την 8η Μαΐου 2007, αφορούσε σε τροποποιήσεις κυρίως λόγω αλλαγής διαμόρφωσης των συμβατικών υλικών και του άρθρου 5 (Ποιοτικός Έλεγχος – Πιστοποιητικά), προκειμένου να καθορισθούν τα Πιστοποιητικά Συμμόρφωσης που θα συνοδεύουν τα άρματα κατά την παράδοσή τους.

4.Η Τροποποίηση No3, με ημερομηνία υπογραφής την 31η Ιουλίου 2007, αφορούσε κυρίως σε τροποποιήσεις λόγω αλλαγής διαμόρφωσης των συμβατικών υλικών, του άρθρου 13 (Εγγυοδοσία) και του χρονοδιαγράμματος παραδόσεων του εξομοιωτή βολής και του εκπαιδευτικού ΣΔΕ ΗΝΙΟΧΟΣ.

5. Η Τροποποίηση No4, με ημερομηνία υπογραφής την 19η Μαρτίου 2008, αφορούσε σε εναρμόνιση με την εθνική και κοινοτική νομοθεσία των προβλέψεων της Σύμβασης για την καταβολή Φ.Π.Α και επ' αυτής εκδόθηκε η γνωμοδότηση του Ν.Σ.Κ. με αριθμό 454/2007, με την οποία κρίθηκε νόμιμη η τροποποίηση, προκειμένου να περιληφθεί σ' αυτήν όρος για επιβάρυνση του αγοραστή με Φ.Π.Α.

6. Η Τροποποίηση No5, με ημερομηνία υπογραφής την 1η Απριλίου 2009, αφορούσε σε τροποποιήσεις λόγω αλλαγής διαμόρφωσης των συμβατικών υλικών, αλλαγής του χρονοδιαγράμματος και τροποποίησης της τεχνικής περιγραφής των εξομοιωτών και επ' αυτής εκδόθηκε η γνωμοδότηση του Ν.Σ.Κ. με αριθμό 27/2009, με την οποία κρίθηκε ότι το Ν.Σ.Κ. δεν έχει αρμοδιότητα να γνωμοδοτήσει, κατά το άρθρο 66 του ΠΔ 284/1989, δεδομένου ότι, για να έχει το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους τη σχετική αρμοδιότητα, κατά την αληθή ερμηνεία της παραπάνω διάταξης, δεν αρκεί η αιτούμενη τροποποίηση να αφορά απλώς θεμελιώδη όρο της Σύμβασης, αλλά απαιτείται να προκαλείται εξ αυτής και βλάβη στα συμφέροντα του Δημοσίου, η οποία τροποποίηση, όμως, θα πρέπει να εξειδικεύεται και να αιτιολογείται ειδικά από την Υπηρεσία ότι είναι απαραίτητη και αναγκαία για την πραγμάτωση του σκοπού της Σύμβασης.

7. Η Τροποποίηση No6, με ημερομηνία υπογραφής την 24η Ιανουαρίου 2014, αφορούσε σε τροποποιήσεις λόγω αλλαγών που έχουν επέλθει σε P/N (Part Number) και A/O (Αριθμούς Ονομαστικού) στις καταστάσεις εργαλείων για το όργανο νυκτερινής παρατήρησης του οδηγού και στις υποβαλλόμενες Προτάσεις Τεχνικών Αλλαγών (ECPs GR 040217 και GR 040218) για την αντιμετώπιση των τριχοειδών ρωγμών πύργων και των διαβρώσεων σωλήνων πυροβόλων των αρμάτων μάχης LEO2HEL, καθώς και τις παρεχόμενες εγγυήσεις και εγγυητικές επιστολές για την καλή εφαρμογή αυτών. Για την 6η Τροποποίηση της Σύμβασης εκδόθηκε η

γνωμοδότηση του Ν.Σ.Κ. με αριθμό 245/2013, με την οποία κρίθηκε ότι το Ν.Σ.Κ. δεν έχει αρμοδιότητα να εκδώσει γνωμοδότηση για το Σχέδιο της 6ης Τροποποίησης, διότι με την επιδιωκόμενη τροποποίηση δεν προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου ότι επέρχεται βλάβη στα συμφέροντα του Ελληνικού Δημοσίου.

8. Με την υπογραφή της 5ης Τροποποίησης, το υπόλοιπο της αξίας των ανταλλακτικών της θέσης 261 του Παραρτήματος Β-1 της Σύμβασης ήταν 96.385,64 €. Στην σελίδα 52 της Προσθήκης «1/Β» είχε συμφωνηθεί ρητά μεταξύ των μερών ότι ο καθορισμός και η ημερομηνία παράδοσης των ανταλλακτικών της θέσης 261 θα αποτελέσει αντικείμενο μιας μελλοντικής τροποποίησης της Σύμβασης.

9. Την 08.05.2008, η εταιρία «KR.M.», κατά το 12ο PMR (Progress Meeting Review) πρότεινε να μειωθούν οι παραδοτέες ποσότητες των ανταλλακτικών με αριθμούς θέσης 1063, 1553, 1792, 2233, 2508 και 3110, με αποτέλεσμα να προκύψει μία χρηματική διαφορά υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου ύψους 1.021,96 €. Το ως άνω αίτημα έγινε αποδεκτό από το ΓΕΣ με το έγγραφό του με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.600.171/349/550659/ Σ.1352/16.07.2008, με το οποίο γνώριζε στην εταιρία ότι η εν λόγω χρηματική διαφορά θα προστεθεί στο ποσό των 96.385,64 € της θέσης 261 στο Παράρτημα Β-1 της υπό κρίση Σύμβασης.

10. Επιπρόσθετα, η εταιρία «KR.M.», τον Μάιο 2008, έθεσε αίτημα για εξαίρεση από την υποχρέωση παράδοσης ποσοτήτων υλικών της Προσθήκης «1/Β» συνολικής αξίας 16.475,88 €. Το ΓΕΣ / Διεύθυνση Ιππικού – Τεθ/νων / 2ο Γραφείο / 1 / Επιτροπή Παρακολούθησης ΝΑΣΤ (Σύμβαση 016Α/03) με το έγγραφό του με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.600.171/116/385882/Σ.807/13.05.2011 γνωστοποίησε ότι θεωρεί αναγκαία και επιβεβλημένη την οριστική παραλαβή των σχετικών υλικών και ότι σε περίπτωση αδυναμίας της εταιρίας να τα παραδώσει, πρότεινε το ισόποσο της αξίας τους (16.475,88 €) να προστεθεί στο ποσόν των 96.385,64 € της θέσης 261.

11. Επομένως, εφόσον προστεθούν στην αξία των ανταλλακτικών της θέσης 261 στο Παράρτημα Β-1 της Σύμβασης, η οποία είναι 96.385,64 €, οι αξίες των υλικών, των οποίων η εταιρία ζήτησε την μη παράδοση, δηλαδή 1.021,96 € και 16.1475,88 €, τότε η συνολική αξία των ανταλλακτικών, των οποίων εκκρεμεί ο καθορισμός μέσω τροποποίησης είναι 113.883,48 € (96.385,64 + 1.021,96 + 16.475,88)

12. Με το έγγραφο με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.625/98732/Σ.4640/14.12.2010, ο Έχων την Οικονομική Εξουσία (ΕΟΕ) αποφάσισε αφενός την μη κήρυξη της εταιρίας ως έκπτωτης για εκπρόθεσμες παραδόσεις ανταλλακτικών και αφετέρου, να

επανεξετάσει το θέμα της αδυναμίας της εταιρίας να παραδώσει στο σύνολό τους τα ανταλλακτικά που αναφέρονται παραπάνω στις παραγράφους 9 και 10.

13. Η εταιρία, με την επιστολή της με ημερομηνία 15.10.2013, ζήτησε την 7η Τροποποίηση της Σύμβασης προκειμένου: α) να καθοριστούν τα ανταλλακτικά της θέσης 261, του Παραρτήματος Β-1 της Σύμβασης, αξίας 96.385,64 €. και β) να ρυθμιστεί η εκκρεμότητα παράδοσης υλικών, συνολικής συμβατικής αξίας 17.497,84 €, τα οποία η εταιρία δεν είχε παραδώσει εξαιτίας διαφόρων λόγων.

14. Στην ίδια επιστολή, η εταιρία ανέφερε ότι το Δεκέμβριο 2012 παρέδωσε μία ποσότητα 3.320 τεμαχίων πελμάτων ερπυστριών με NSN 2530121757546, με τιμή μονάδας 35,32 €, όπως αναφέρεται στην σχετική Σύμβαση και συνολική τιμή 117.262,40 € και πρότεινε την τροποποίηση της Σύμβασης και την αντικατάσταση των αναφερομένων παραπάνω υλικών με την ποσότητα των 3.320 τεμαχίων πελμάτων ερπυστριών, χωρίς καμία αλλαγή στη συνολική αξία της Σύμβασης.

15. Η ΓΔΑΕΕ/ΔΑΠΚΣ/ΤΠΚΣ, με το έγγραφό της, με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.600.163/14537/Σ.3870/05.11.2013, ζήτησε από το ΓΕΣ/ΔΙΤ τις απόψεις του επί των διαλαμβανομένων στην ανωτέρω πρόταση της εταιρίας, ώστε να δρομολογηθούν αρμοδίως οι διαδικασίες για την τροποποίηση της Σύμβασης.

16. Το ΓΕΣ/ΔΙΤ, με το έγγραφό του με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.600.171/159/525200/Σ.17/30.12.2013, γνώρισε στη ΓΔΑΕΕ/ΔΑΠΚΣ/ΤΠΚΣ τα παρακάτω : α) Συμφωνεί με την πρόταση της εταιρίας για την τροποποίηση της Σύμβασης, προκειμένου να αποφασισθεί το είδος, η ποσότητα και οι χρόνοι παράδοσης των υλικών, τα οποία αφορούν στις θέσεις 261, 1063, 1553, 1795, 2233, 2508, 3110, 3601, 3602 και 3603 της Προσθήκης «1/Β» αυτής. β) Αρχικά διατηρεί τη θέση του για την αντικατάσταση των υλικών των ως άνω θέσεων της προσθήκης «1/Β» με ίσου κόστους συλλογές ανταλλακτικών – αναλωσίμων, απαραίτητων για τη διεξαγωγή της προληπτικής συντήρησης των αρμάτων LEO 2 HEL (εξαμηνιαίας, ετήσιας και διετίας). γ) Εκτιμά ότι δεν ικανοποιείται πλήρως από την πρόταση της εταιρίας για την αποδοχή των 3.320 πελμάτων σε αντικατάσταση των υλικών, τα οποία υποχρεούται να παραδώσει, διότι δεν ανταποκρίνονται στις ανάγκες των εδαφών της χώρας μας. Σε κάθε περίπτωση όμως, προτίθεται να εξετάσει εναλλακτικές προτάσεις και των δύο πλευρών κατά τη διάρκεια των διαπραγματεύσεων που θα λάβουν χώρα στο πλαίσιο της 7ης τροποποίησης.

17. Το ΓΕΣ/ΔΙΤ, με το έγγραφό του, με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.600.171/21/534711/Σ. 682/08.04.2014, καθόρισε τις απαραίτητες συλλογές

ανταλλακτικών για τη διεξαγωγή της προληπτικής συντήρησης των αρμάτων LEO2HEL (εξαμηνιαίας, ετήσιας και διετίας), ώστε η αξία τους να ανέρχεται στην υπολειπόμενη αξία των ανταλλακτικών, ήτοι στο ποσό των 113.883,48 € και με το έγγραφό του με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.600.171/25/536288/ Σ.848/14.05.2014 ζήτησε από την ΓΔΑΕΕ/ΔΑΠΚΣ/ΤΠΚΣ να συμπεριληφθεί στην 7η Τροποποίηση της Σύμβασης η παράταση της ισχύος των εγγυητικών επιστολών των δύο Προτάσεων Τεχνικών Αλλαγών (ECPs GR 040217 και GR 040218) της 6η Τροποποίησης κατά τέτοιο τρόπο, ώστε να καλύπτουν ολόκληρο το χρονικό διάστημα ισχύος των εγγυήσεων καλής λειτουργίας και να κλιμακώνονται χρονικά ανάλογα με την ημερομηνία εφαρμογής των τεχνικών τροποποιήσεων σε κάθε άρμα. Το εν λόγω έγγραφο διαβιβάστηκε στη ΓΔΑΕΕ/ΔΑΠΚΣ/ΤΕΠΣΣΞ λόγω αρμοδιότητας.

18. Ακολούθως, η KMW με την επιστολή της με ημερομηνία 23.06.2014, υπέβαλε αίτημα τροποποίησης της Σύμβασης, με σκοπό την απομείωση της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης και η ΓΔΑΕΕ/ΔΑΠΚΣ/ΤΠΚΣ με το έγγραφό της με ημερομηνία 12.08.2014 ζήτησε από τους ΓΕΣ/ΔΙΤ και ΑΣΔΥΣ/ΔΠΜ τις απόψεις τους, λαμβάνοντας υπόψη την μέχρι την ημερομηνία εκείνη (23.06.2014) εξέλιξη της σύμβασης.

19. Η ΑΣΔΥΣ/ΔΠΜ, με το έγγραφό της, με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.600.163/2/214558/Σ.1317/28.08.2014, ανέφερε ότι το θέμα της απομείωσης της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης, ρυθμίζεται στα άρθρα 13 και 15 της σχετικής Σύμβασης και ότι οποιαδήποτε διαφορετική προσέγγιση, πέραν των αναφερομένων στα ανωτέρω άρθρα, συνιστά τροποποίηση της Σύμβασης και είναι δυνατόν να εξετασθεί μόνο κατόπιν σύμφωνης γνώμης των αντισυμβαλλομένων και ταυτόχρονα έγκρισης από το ΥΠΕΘΑ. Σημείωσε δε, ότι σε κάθε περίπτωση, πριν την τελική απόφαση σχετικά με το ποσοστό απομείωσης της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης, θα πρέπει να εξετασθούν αρμοδίως εκκρεμότητες που αφορούν σε μη παραληφθέντα υλικά και στην οριστικοποίηση των ποινικών ρητρών, λόγω εκπρόθεσμης παράδοσης συμβατικών υλικών, το ύψος των οποίων ανέρχεται, μετά από νέο υπολογισμό, στο ποσό των είκοσι επτά εκατομμυρίων τριακοσίων τριάντα τριών χιλιάδων εννιακοσίων τριάντα ευρώ και ενενήντα τριών λεπτών (27.333.930,93 €), αντί του αρχικού ποσού των τριάντα εκατομμυρίων οκτακοσίων εξήντα οκτώ χιλιάδων εννιακοσίων τριάντα έξι ευρώ και ενενήντα οκτώ λεπτών (30.868.936,98 €).

20. Το ΓΕΣ/ΔΥΔΜ με το έγγραφό του, με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.600/144/372541/Σ.2602/19.09.2014, επισήμανε ότι οποιαδήποτε τροποποίηση της Σύμβασης

ΓΧ

θα πρέπει να τύχει ανάλογης διεξοδικής εξέτασης και να καλύπτει πλήρως, μέχρι την τελική ημερομηνία ισχύος της, τα εξής : «α). Τα συμβατικά υλικά – απάρτια, τα οποία τελούν ακόμη υπό καθεστώς εγγύησης καλής λειτουργίας β). Την αποκατάσταση των υφισταμένων βλαβών συμβατικών υλικών–απαρτίων, οι οποίες παρουσιάστηκαν την περίοδο ισχύος της εγγύησης καλής λειτουργίας τους, καθώς και προβλήματα, τα οποία πιθανώς να παρουσιαστούν κατά την αποκατάστασή τους γ). Προβλήματα που πιθανώς να παρουσιαστούν σε άλλα απάρτια – υλικά εξαιτίας των ρωγμών των θυρίδων και των διαβρώσεων των πυροβόλων, τα οποία δεν αναφέρονται στις προϋποθέσεις εγγύησης καλής λειτουργίας που προκύπτουν από τις εφαρμογές των αντιστοίχων ECPs, οι οποίες τελούν υπό ξεχωριστό καθεστώς εγγυήσεως δ). Εκκρεμότητες που αφορούν σε μη παραληφθέντα υλικά και στην οριστικοποίηση των ποινικών ρητρών ε). Την εκπλήρωση όλων των συμβατικών υποχρεώσεων της κατασκευάστριας εταιρείας.».

21. Την 04.11.2014 συγκροτήθηκε η Επιτροπή διαπραγματεύσεων και με το έγγραφο της ΓΔΑΕΕ με αριθμό Φ.631.2/15917/Σ.4597/04.11.2014 καθορίστηκε το έργο της. Την 04.03.2015, ο Πρόεδρος της Επιτροπής υπέβαλε το Πρακτικό Σύσκεψης της Επιτροπής Διαπραγματεύσεων, που συντάχθηκε κατά τη συνεδρίαση της 17.02.2015, στο οποίο, μεταξύ άλλων, αναφέρεται ότι: «...η άποψη της Επιτροπής Διαπραγματεύσεων όσον αφορά στο θέμα της προτεινόμενης από την KR..M.. απομείωσης της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης, αποφασίστηκε να είναι αρνητική διότι: α). Από τη μελέτη της μέχρι τώρα ληφθείσας αλληλογραφίας καθώς και τα αποτελέσματα των συσκέψεων που πραγματοποιήθηκαν με αίτηση της Επιτροπής Διαπραγματεύσεων με τους νομικούς συμβούλους του ΓΝΥ/ΓΔΑΕΕ και των Επιτελών της ΔΑΠΚΣ/ΓΔΑΕΕ, με τους οποίους αναλύθηκε διεξοδικά το εν λόγω θέμα και τα αναφερόμενα στο άρθρο 66 του ΠΔ 284/89 για την πρόκληση βλάβης στα συμφέροντα του Δημοσίου, δεν κατέστη δυνατόν από την Επιτροπή Διαπραγματεύσεων να αποφανθεί σαφώς ότι τυχόν απομείωση της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης της σύμβασης, για οποιοδήποτε ποσό, δεν προκαλεί βλάβη στο δημόσιο συμφέρον. Β). ...». Στο ως άνω από 04.03.2015 έγγραφό του, ο Πρόεδρος της Επιτροπής, αναφέρει ότι μέχρι την 18.02.2015 δεν κατέστη δυνατή η υπογραφή κοινού πρακτικού διαπραγματεύσεων με την αντισυμβαλλόμενη εταιρία.

22. Η αντισυμβαλλόμενη εταιρία, με την επιστολή της με στοιχεία S50316J1/16.03.2015 απέστειλε τις τελικές θέσεις της για τα θέματα της 7ης τροποποίησης της Σύμβασης, όπου μεταξύ άλλων αναφέρεται ότι «... Η άρνηση της

Επιτροπής να συζητήσει/διαπραγματευτεί το θέμα μείωσης της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης, θεωρήθηκε από την εταιρεία αδικαιολόγητη και ως εκ τούτου την αναγκάζει να αποσύρει: (1) Την πρότασή της για παράδοση 170 συλλογών αναλώσιμων υλικών, έναντι των 43 που καλύπτονται από το ποσό των 113.883,48 € της θέσης 261, δηλαδή απώλεια δωρεάν παροχής υλικών αξίας περίπου 350.000 €, (2) Την πρόθεσή της να μην ζητήσει την επιστροφή των πελμάτων ερπυστριών αξίας 117.252 €, που παρέδωσε το Δεκέμβριο 2012 για να κλείσει το θέμα των μη καθορισθέντων ανταλλακτικών της θέσης 261, (3) Την αποδοχή της να παραταθούν οι εγγυητικές επιστολές της που καλύπτουν τις ECPs για 4 ακόμη μήνες, (4) Την πρόθεσή της να παρέξει εκπαιδεύσεις και τεχνική υποστήριξη για τη χρήση των διαγνωστικών συσκευών EPAK....»

23. Η Επιτροπή Διαπραγματεύσεων ανασυγκροτήθηκε και μετά από σειρά αλλαγών στα μέλη της και μετά από συνεχείς διαβουλεύσεις της εν λόγω Επιτροπής με την εταιρία, ο Πρόεδρος της ως άνω Επιτροπής κατέθεσε το Κοινό Πρακτικό Διαπραγματεύσεων μεταξύ της Επιτροπής Διαπραγματεύσεων του ΥΠΕΘΑ/ΓΔΑΕΕ και των εκπροσώπων της εταιρίας για την Τροποποίηση με αριθμό 7 της Σύμβασης 016Α/2003 με ημερομηνία 05.11.2015, το περιεχόμενο του οποίου έχει ως εξής :

«... *ΘΕΜΑΤΑ ΠΟΥ ΣΥΖΗΤΗΘΗΚΑΝ*

ΘΕΜΑ 1^{ο} : Καθορισμός των ανταλλακτικών στη θέση 261 στο Παράρτημα «Β-1» της (β) σχετικής Σύμβασης, όπως προτάθηκε από την Υπηρεσία.

Ο πρόεδρος της επιτροπής ανέφερε ότι υπάρχει ανάγκη καθορισμού των ανταλλακτικών στη θέση 261 στο Παράρτημα «Β-1» συνολικού ποσού 113.883,48 ευρώ ... Στη συνέχεια η εταιρία υπέβαλε λίστα ανταλλακτικών προς παράδοση για τη θέση 261 του Παραρτήματος Β-1 της Σύμβασης 016Α/03, ως Συνημμένο Α στο παρόν πρακτικό, με τιμές μονάδος που προβλέπονται στη Σύμβαση 016Α/03, συνολικής αξίας 113.883,48 ευρώ και συνολικής αξίας με τρέχουσες τιμές 255.592,06 ευρώ. Η εταιρία επίσης προσέφερε, σε περίπτωση μείωσης της Εγγυητικής Επιστολής Καλής Εκτέλεσης της Σύμβασης 016Α/03 σε 1.000.000 ευρώ προ 28 Φεβ 2016, να παραδώσει στη θέση 261 του Παραρτήματος Β-1 τα ανταλλακτικά του Συνημμένου Β στο παρόν πρακτικό συνολικής αξίας 245.511,37 ευρώ με τιμές σύμβασης και 543.133,14 ευρώ με τρέχουσες τιμές, χωρίς πρόσθετο κόστος για τον Αγοραστή πέρα των 113.883,48 ευρώ. Η Επιτροπή αποδέχθηκε την υποβληθείσα λίστα ανταλλακτικών της θέσης 261 ...

ΓΧ

ΘΕΜΑ 2ο : Η προταθείσα από την Υπηρεσία παράταση ισχύος των εγγυητικών επιστολών των δύο (2) ECPs (ECPs GR 040217 και GR 040218) της 6ης τροποποίησης, κατά τέτοιο τρόπο, ώστε να καλύπτουν ολόκληρο το χρονικό διάστημα ισχύος των εγγυήσεων καλής λειτουργίας και να κλιμακώνονται χρονικά ανάλογα με την ημερομηνία εφαρμογής των τεχνικών τροποποιήσεων σε κάθε άρμα. ... Η εταιρία πρότεινε να επεκτείνει τις εγγυητικές επιστολές για επιπλέον 4 μήνες (δηλαδή μέχρι τέλος Νοε 2026). Σε ότι αφορά την εγγυητική για τις τριχοειδείς ρωγμές η εταιρία δέχθηκε να εκδώσει, ένα μήνα πριν τη λήξη της ισχύουσας εγγυητικής, νέα εγγυητική διάρκειας μέχρι τέλος του Νοεμβρίου 2027 αξίας ευρώ 29.000 ώστε να καλύπτεται και η εγγύηση καλής λειτουργίας του άρματος με αρ. πλαισίου 17051... Τελικά, η εταιρία δέχθηκε την απαίτηση της Επιτροπής να παρατείνει τις εν λόγω Εγγυητικές Επιστολές ώστε να καλύπτεται η εγγύηση των ECPs του συνόλου των αρμάτων μάχης Leo 2HEL, με τις απαιτούμενες τροποποιήσεις στο Άρθρο 11 της Σύμβασης 016Α/03. Η Επιτροπή πρότεινε στο τέλος της παραγράφου 1.β.(5) του Άρθρου 11 της Σύμβασης 016Α/03 αναφορικά με την εγγύηση της ECP GR 040217 να προστεθεί το παρακάτω λεκτικό: ... Η εταιρία δέχθηκε το αίτημα της Επιτροπής υπό την προϋπόθεση τροποποίησης του προτεινόμενου λεκτικού ως εξής: «Στην ως άνω εγγύηση θα περιλαμβάνεται και η κάλυψη προβλημάτων που πιθανώς να παρουσιασθούν σε άλλα απάρτια / υλικά των αρμάτων Leo 2HEL, τα οποία, όπως θα έχει βεβαιωθεί από ανεξάρτητο διεθνές τεχνολογικό ίδρυμα με μέριμνα και κόστος του αγοραστή, θα έχουν προκληθεί από τις τριχοειδείς ρωγμές.» ...

ΘΕΜΑ 3ο : Η προταθείσα από την «KR.M.» απομείωση της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης, η οποία αναφέρεται στο άρθρο 13 (ΕΓΓΥΟΔΟΣΙΑ) της (β) σχετικής σύμβασης. Στο θέμα της απομείωσης της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης, η εταιρία ανέφερε ότι το ύψος της ισχύουσας σήμερα εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης που ορίζεται στη Σύμβαση θέματος, σε ποσοστό 2,5% επί της αξίας της Σύμβασης (41.475.000. ευρώ), είναι δυσανάλογο με την συνολική αξία των προς παράδοση υλικών (113.883,48 €) που απομένουν για να ολοκληρωθεί η σύμβαση και των υλικών που εξακολουθούν να παραμένουν υπό εγγύηση ακόμη, και ότι θα πρέπει να υπάρξει ανάλογη απομείωση. Η πρόταση της εταιρίας είναι ότι η εγγυητική επιστολή θα πρέπει να απομειωθεί στο ποσό του 1.000.000 ευρώ το συντομότερο μετά την υπογραφή της Τροποποίησης υπ' αριθμ. 7, ποσό το οποίο υπερκαλύπτει το 10% του κόστους των προς παράδοση υλικών που απομένουν για να ολοκληρωθεί η σύμβαση και των υλικών που εξακολουθούν να παραμένουν υπό εγγύηση. Η

μειωμένη εγγυητική επιστολή θα παραμείνει σε ισχύ μέχρι οριστικής παραλαβής των υλικών της θέσης 261 του Παραρτήματος Β-1 ή την 10 Αυγ 2016 όποιο συμβεί τελευταίο, οπότε και θα επιστραφεί στον Προμηθευτή. Επιπλέον, η εταιρία ανέφερε ότι τα υλικά της θέσης 261 του Παραρτήματος Β-1 είναι αναλώσιμα υλικά τα οποία σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 11 της Σύμβασης 016Α/03 δεν καλύπτονται από εγγύηση καλής λειτουργίας και επομένως δεν επηρεάζουν την εγγυητική επιστολή. Η Επιτροπή αποδέχεται την απομείωση της Εγγυητικής Επιστολής μέχρι του ποσού των 1.000.000 ευρώ αμέσως μετά την υπογραφή της Τροποποίησης 7, υπό την προϋπόθεση ότι η είσπραξη των τυχόν ποινικών ρητρών που θα οριστικοποιηθούν θα γίνει από τις πληρωμές της εταιρίας που έχουν παρακρατηθεί, ώστε να εξασφαλισθούν τα συμφέροντα του Ελληνικού Δημοσίου. Η Επιτροπή συμφωνεί η μειωμένη εγγυητική επιστολή να παραμείνει σε ισχύ μέχρι οριστικής παραλαβής των υλικών της θέσης 261 του Παραρτήματος Β-1 ή την 10 Αυγ 2016 όποιο συμβεί τελευταίο, οπότε και θα επιστραφεί στον Προμηθευτή.

ΘΕΜΑ 4^{ο} : Η προταθείσα από την Υπηρεσία αλλαγή της περιοδικότητας της σύγκλισης επιτροπής παρακολούθησης μία (1) φορά κατ' έτος, με δυνατότητα κατά περίπτωση (ad hoc) πρόκλησης συνεδρίασης εάν απαιτηθεί, από μία εκ των δύο πλευρών, η οποία αναφέρεται στο άρθρο 30 της (β) σχετικής σύμβασης. Σε ότι αφορά τη συχνότητα σύγκλισης της επιτροπής παρακολούθησης και τα δύο μέρη συμφώνησαν ότι αυτή θα πρέπει να πραγματοποιείται μία φορά το χρόνο με δυνατότητα σύγκλισης κατά περίπτωση (ad hoc) εάν απαιτηθεί από μία εκ των δύο πλευρών. ...»

24. Το ως άνω Κοινά αποδεκτό Πρακτικό με το Σχέδιο της Τροποποίησης στάλθηκε από τη ΓΔΑΕΕ στο ΓΕΣ για τυχόν σχόλια – παρατηρήσεις και στις αρμόδιες Διευθύνσεις του, για να διατυπώσουν απόψεις και σχόλια επί του σχετικού Πρακτικού και του Σχεδίου Τροποποίησης. Η ΑΣΔΥΣ/ΔΠΜ με το έγγραφό της με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.826/3/224131/ Σ.2859/02.12.2015 ανέφερε, μεταξύ άλλων, ότι : *«...4. ... β. Σύμφωνα με το (ιβ) σχετικό (έγγραφο του ΥΠΕΘΑ/ΓΔΑΕΕ/ΔΑΠΚΣ με αριθμό Φ.625/14778/Σ.4294/16 Οκτ 15) : (1) Δεν εκκρεμεί άλλη παράδοση συμβατικών υλικών, πλην κάποιων ανταλλακτικών της θέσης 261 αμελητέας σχεδόν αξίας (113.000 €) σε σύγκριση με το συνολικό κόστος της σύμβασης, ο καθορισμός των οποίων αναμένεται μέσω της υπό εξέλιξη διαπραγμάτευσης, για την 7η τροποποίηση της σύμβασης. (2) Δεν υφίσταται ουδεμία πιθανότητα για αύξηση του ύψους των μέχρι σήμερα υπολογισθεισών ποινικών ρητρών (25.887.346,95 €), αλλά*

ΓΧ

αντίθετα, το ύψος τους, είτε θα παραμείνει σταθερό, είτε ενδεχομένως να μειωθεί, εφόσον γίνουν αποδεκτά από την υπηρεσία στο σύνολό τους ή μερικώς ορισμένα από τα παρακάτω ζητήματα, αναφορικά με : (α) Το θέμα των COC, για το οποίο αναμένεται η υποβολή του έργου της αρμόδιας επιτροπής της ΓΔΑΕΕ/ΔΑΩΔΠ. (β) Το θέμα της ανατροπής του σειριακού αριθμού παραγωγής, η έκβαση του οποίου εξαρτάται από την αναμενόμενη απόφαση του ΝΣΚ. γ. Το υπόλοιπο που απομένει να εκτελεσθεί για να ολοκληρωθεί η σύμβαση, (ορισμένα συμπληρωματικά στοιχεία που κοστολογούνται σε 113.000,00 ευρώ περίπου), δεν δικαιολογεί το ύψος της εγγυητικής επιστολής στο προαναφερθέν ποσό και είναι ιδιαιτέρως δυσανάλογο. δ. Το νέο ύψος της τροποποιούμενης εγγυητικής (1.000.000,00 ευρώ) υπερκαλύπτει στο δεκαπλάσιο την αξία των εκκρεμοτήτων και οι όποιες απαιτήσεις της Υπηρεσίας για πληρωμή ποινικών ρητρών, που απορρέουν από την σύμβαση και βαρύνουν την προμηθεύτρια εταιρία, εξασφαλίζονται (έχουν ήδη εξασφαλιστεί), μέσω της παρακράτησης πληρωμής τιμολογίων που έχει διενεργήσει η ΑΣΔΥΣ/ΔΠΜ σε παρελθόντα χρόνο, κατ' εφαρμογή των όρων της σύμβασης. 5. Κατόπιν των παραπάνω, η ΑΣΔΥΣ/ΔΠΜ έχει την άποψη ότι : α. Δύναται να απομειωθεί η εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης από 41.475.000€ σε 1.000.000€, για τους προαναφερθέντες στην παραγρ. 4 γ, δ λόγους β. Δύναται να επιστραφεί το ποσό των 2.254.187,77€ το οποίο προκύπτει από τη διαφορά μεταξύ του ποσού των 28.141.534,72€ (συνολικό ποσό που έχει παρακρατηθεί από ΑΣΔΥΣ/ΔΠΜ) και ποσού 25.887.346,90€ (συνολικό ποσό ποινικών ρητρών βάσει σημερινών δεδομένων), που έχει παρακρατηθεί από τον Απρίλιο του 2011, για διασφάλιση των συμφερόντων της Υπηρεσίας...».

25. Το ΓΕΣ/ΔΥΔΜ, με το έγγραφό του με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.600/486/246572/ Σ.3175/18.12.2015, διαπίστωσε, μεταξύ άλλων, τα ακόλουθα : *«α. Επί του πρώτου θέματος (καθορισμός των υλικών, προς αντικατάσταση των μη παραδοθέντων υλικών της Προσθήκης «1/Β» της υπόψη Σύμβασης, συνολικής αξίας 113.883,48 €) σημειώνονται τα κάτωθι : .....Το ΓΕΣ εκτιμά ως θετικά τα ως άνω αποτελέσματα, αφού είναι σύμφωνα με τις προτάσεις του, όπως αυτές είχαν υποβληθεί.... β. Επί του δεύτερου θέματος παράτασης της ισχύος των εγγυητικών επιστολών, οι οποίες καλύπτουν τις εγγυήσεις από την εφαρμογή των τεχνικών τροποποιήσεων (ECPs) GR 040217 (αποκατάσταση των τριχοειδών ρωγμών των πύργων των αρμάτων LEO2HEL) και 040218 (αποκατάσταση των διαβρώσεων των πυροβόλων των ίδιων αρμάτων)] σημειώνεται ότι τα αποτελέσματα των διαπραγματεύσεων επ' αυτού παρουσιάζουν διαφοροποιήσεις συγκρινόμενα με τις προτάσεις του ΓΕΣ όπως αυτές*

είχαν υποβληθεί....(β) Κατόπιν των ανωτέρω, επισημαίνεται ότι, αν και τα ως άνω αναφερόμενα αποτελέσματα των διαπραγματεύσεων επί του θέματος δεν υλοποιούν την πλήρη ευόδωση των προτάσεων της Υπηρεσίας, εν τούτοις διαμορφώνουν καλύτερα δεδομένα, σε σχέση με αυτά της υφιστάμενης κατάστασης. γ. Το τρίτο θέμα [απομείωση της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης της σχετικής σύμβασης] εκφεύγει των αρμοδιοτήτων του ΓΕΣ. Επί του θέματος έχουν υποβληθεί οι απόψεις του καθ' ύλην αρμόδιου φορέα (ΑΣΔΥΣ/ΔΠΜ).... δ. Σε κάθε περίπτωση, το ΓΕΣ θεωρεί ότι πρέπει τα αρμόδια θεσμικά όργανα να αποφανθούν ότι : (1) Δεν προκαλείται βλάβη των συμφερόντων του Δημοσίου. (2) Δεν αναιρείται η εκπλήρωση όλων των συμβατικών υποχρεώσεων της εταιρείας. ε. Το τέταρτο θέμα (αλλαγή της περιοδικότητας σύγκλισης της Επιτροπής Παρακολούθησης της ίδιας σύμβασης 1 φορά κατ' έτος) εκφεύγει των αρμοδιοτήτων του ΓΕΣ.....»

26. Τέλος, η Κεντρική Γνωμοδοτική Επιτροπή Προμηθειών της ΓΔΑΕΕ, με την γνωμοδότησή της με αριθμό 107/24.12.2015, γνωμοδότησε ομόφωνα υπέρ της αποδοχής του προτεινόμενου Σχεδίου 7ης Τροποποίησης και της αποστολής αυτού στο Νομικό Συμβούλιο του Κράτους για Γνωμοδότηση, σύμφωνα με το άρθρο 66 παρ. 2 του π.δ/τος 284/1989.

27. Σύμφωνα με το Σχέδιο Τροποποίησης, η 7η Τροποποίηση της Σύμβασης 016Α/2003 αφορά : α) Καθορισμό των ανταλλακτικών στη θέση 261 στο παράρτημα Β-1 της υπό κρίση Σύμβασης, β) παράταση ισχύος των εγγυητικών επιστολών των δύο ECPs (ECPs GR 040217 και GR 040218) της 6ης Τροποποίησης, κατά τέτοιο τρόπο, ώστε να καλύπτουν ολόκληρο το χρονικό διάστημα ισχύος των εγγυήσεων καλής λειτουργίας και να κλιμακώνονται χρονικά ανάλογα με την ημερομηνία εφαρμογής των τεχνικών τροποποιήσεων σε κάθε άρμα, γ) απομείωση της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης, η οποία αναφέρεται στο άρθρο 13 (ΕΓΓΥΟΔΟΣΙΑ) της Σύμβασης, μέχρι του ποσού 1.000.000,00 €, δηλαδή από 41.475.000 € σε 1.000.000 € και δ) αλλαγή της περιοδικότητας της σύγκλισης της επιτροπής παρακολούθησης μία φορά (1) κατ' έτος, με δυνατότητα κατά περίπτωση (ad hoc) πρόκλησης συνεδρίασης, εάν απαιτηθεί από μία εκ των δύο πλευρών, η οποία αναφέρεται στο άρθρο 30 της σχετικής Σύμβασης.

28. Το παραπάνω Σχέδιο Τροποποίησης, υποβλήθηκε στο Γραφείο Νομικού Συμβούλου στο Υπουργείο Εθνικής Άμυνας, με το έγγραφο με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.631.2/2383/Σ.602/12.02.2016 του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας / Γενικής Δ/νσης Αμυντικών Εξοπλισμών & Επενδύσεων (εφεξής: ΓΔΑΕΕ) / Δ/νσης Αμυντικών

ΓΧ

Προγραμμάτων & Κύριων Συμβάσεων / Τμήματος Εξοπλιστικών Προγραμμάτων & Συμβάσεων Σ.Ξ. / Γραφείου Αρμάτων & ΤΘ Οχημάτων, για έκδοση γνωμοδότησης σύμφωνα με το άρθρο 66 παρ. 2 του π.δ/τος 284/1989 με την επισημείωση του κ. Υπουργού στο σχετικό Φύλλο Ενημέρωσης Εισηγήσεων (Φ.Ε.Ε.) του υποβληθέντος ερωτήματος «*Να μην γίνει τίποτα αν δεν ενημερωθεί η κ. Εισαγγελέας διαφθοράς και συνεννοηθεί με Νομικό Συμβούλιο του Κράτους*». Το Γραφείο Νομικού Συμβούλου στο Υπουργείο Εθνικής Άμυνας με το έγγραφό του, με αριθμό πρωτοκόλλου 218-697/Φ.Ερ.5/2016/22.02.2016, ζήτησε από την Εισαγγελέα Εγκλημάτων Διαφθοράς να του γνωρίσει εάν εκκρεμεί ενώπιον των εισαγγελικών και ανακριτικών αρχών ποινική υπόθεση που σχετίζεται άμεσα με την σχετική Σύμβαση 016Α/03. Ο Εισαγγελέας Εγκλημάτων Διαφθοράς με το έγγραφό του με αριθμό πρωτοκόλλου 404/04.03.2016 μας γνώρισε ότι έχουν σχηματισθεί «δύο (εννοεί τρεις) ποινικές δικογραφίες :

- *«Η με ΑΒΜ ΕΔ 2013/254 δικογραφία, με αντικείμενο την έρευνα αξιοποίνων πράξεων στα πλαίσια της Σύμβασης Κύριας Προμήθειας αρμάτων τύπου «LEOPARD 2HEL» με αριθμό 016Α/03, εκκρεμεί στην Υπηρεσία μας για διενέργεια προκαταρκτικής εξέτασης.*
- *Η υπ' αρ. ΕΔ 2015/82 με αντικείμενο μέρος της Σύμβασης Κύριας Προμήθειας αρμάτων τύπου «LEOPARD 2HEL» με αριθμό 016Α/03, επί της οποίας, μετά την ολοκλήρωση της προκαταρκτικής εξέτασης, ασκήθηκε στις 30-4-2015 ποινική δίωξη για τις αξιόποινες πράξεις: 1) της παθητικής δωροδοκίας στρεφομένης σε βάρος του Ελληνικού Δημοσίου, εκ της οποίας το όφελος που πέτυχε ή επεδίωξε ο δράστης και η ζημία που προξενήθηκε ή οπωσδήποτε απειλήθηκε στο Δημόσιο υπερβαίνει το ποσό των 150.000 ευρώ, τελεσθείσα υπό ιδιαζόντως επιβαρυντικές περιστάσεις, η οποία εξακολούθησε επί μακρό χρόνο και της οποίας το αντικείμενο είναι ιδιαίτερα μεγάλης αξίας, 2) της ενεργητικής δωροδοκίας στρεφόμενης σε βάρος του Ελληνικού Δημοσίου, εκ της οποίας το όφελος που πέτυχε ή επεδίωξε ο δράστης και η ζημία που προξενήθηκε ή οπωσδήποτε απειλήθηκε στο Δημόσιο υπερβαίνει το ποσό των 150.000 ευρώ, τελεσθείσα υπό ιδιαζόντως επιβαρυντικές περιστάσεις, η οποία εξακολούθησε επί μακρό χρόνο και της οποίας το αντικείμενο είναι ιδιαίτερα μεγάλης αξίας. 3) της νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες, τελεσθείσας κατ' επάγγελμα, κατ' εξακολούθηση (ήτοι για*

παράβαση άρθρ. 1, 2§1, 13 στοιχ. α', στ', 14, 26§1 εδ. α', 27§1, 94§1, 98, 235, 236 ΠΚ ...) σε βάρος των Α) Π.Κ., Β) Δ.Τ., Γ) Π.Ε. και Δ) Ε.Ε. ...Στη συνέχεια η δικογραφία διαβιβάσθηκε στον Προϊστάμενο του Τριμελούς Συμβουλίου Διοίκησης του Πρωτοδικείου Αθηνών και η διενέργεια κύριας ανάκρισης ανατέθηκε στον Ανακριτή του Ν. 4022/11 του Πρωτοδικείου Αθηνών...

- *Η με ΑΒΜ ΕΔ 2015/158 δικογραφία, με αντικείμενο την έρευνα αξιοποίνων πράξεων σε σχέση με την σύμβαση Αντισταθμιστικών Ωφελημάτων με αριθμό 13/03 στα πλαίσια της ως άνω προμήθειας, επί της οποίας, μετά την ολοκλήρωση της προκαταρκτικής εξέτασης, ασκήθηκε στις 27.07.2015 ποινική δίωξη για τις αξιόποινες πράξεις .....».*

29. Στις ως άνω δύο πρώτες υποθέσεις, το Ελληνικό Δημόσιο, έχει δηλώσει παράσταση πολιτικής αγωγής, αξιώνοντας αποκατάσταση της ηθικής και υλικής βλάβης, που υπέστη από τις ως άνω αξιόποινες πράξεις. Με την από 10.03.2015 δήλωση παράστασης πολιτικής αγωγής, το Ελληνικό Δημόσιο, ζήτησε να υποχρεωθεί ο κατηγορούμενος Π.Ε. να του καταβάλει το ποσό του 1.000.000 ευρώ, ως χρηματική ικανοποίηση για την αποκατάσταση της ηθικής βλάβης που υπέστη, επιφυλασσόμενο ρητά και για την αποκατάσταση της υλικής του ζημίας κατά παντός φυσικού ή νομικού προσώπου. Αντίστοιχα, με την από 14.01.2016 δήλωση παράστασης πολιτικής αγωγής, το Ελληνικό Δημόσιο ζήτησε να υποχρεωθεί καθένας από τους ως άνω κατηγορούμενους να του καταβάλει το ποσό του 1.000.000 ευρώ ως χρηματική ικανοποίηση, επιφυλασσόμενο ρητά και για την αποκατάσταση της υλικής του ζημίας.

30. Περαιτέρω, σύμφωνα με τα έγγραφα της υπηρεσίας (ΥΠΕΘΑ/ΓΔΑΕΕ) με αριθ. Φ.631.2/2900/Σ.738/25-2-2016 και Φ.631.2/3845/Σ.1025/11-3-2016, οι εγγυήσεις των μέχρι τώρα τελευταίων παραδοθέντων υλικών έληξαν την 28-2-2016 και δεν εκκρεμεί άλλη παράδοση συμβατικών υλικών, πλην των ανταλλακτικών της θέσης 261 του Παραρτήματος «1/Β» της Σύμβασης, συνολικής αξίας 113.883,48 ευρώ, ο καθορισμός και η παράδοση των οποίων προβλέπεται στο σχέδιο της 7ης τροποποίησης. Στα ίδια έγγραφα αναφέρεται ότι η βαφή δέκα (10) αρμάτων τελούσε υπό καθεστώς εγγύησης καλής λειτουργίας μέχρι 10 Αυγούστου 2016, ημερομηνία η οποία έχει επίσης παρέλθει.

31. Για το παραπάνω Σχέδιο της 7ης Τροποποίησης της υπόψη Σύμβασης, εκδόθηκε η Γνωμοδότηση με αριθμό 106/2016, με την οποία το Νομικό Συμβούλιο του

ΓΧ

Κράτους (Τμήμα ΣΤ') γνωμοδότησε, ομόφωνα, ότι: «...η 7η τροποποίηση της 016Α/03 Κύριας Σύμβασης Προμήθειας αρμάτων τύπου «LEOPARD 2HEL», **στο παρόν στάδιο** και με βάση τα μέχρι τώρα στοιχεία, δεν παρίσταται νόμιμη, καθότι δεν εξειδικεύεται και δεν αιτιολογείται ειδικώς και επαρκώς η δι' αυτής θεραπεία νόμιμου σκοπού δημοσίου συμφέροντος, που αποτελεί την προϋπόθεση για το κατ' εξαίρεση επιτρεπτό της τροποποίησης θεμελιώδους διάταξης της σύμβασης, λαμβανομένου υπόψη και του γεγονότος ότι το Ελληνικό Δημόσιο, έχει ήδη δηλώσει παράσταση πολιτικής αγωγής στις δύο πρώτες από τις αναφερόμενες στην παράγραφο 31 της παρούσας τρεις ποινικές υποθέσεις με αντικείμενο τη διερεύνηση αξιόποινων πράξεων κατά τη διαδικασία κατάρτισης, σύναψης και υλοποίησης της σύμβασης αυτής, στα πλαίσια των οποίων έχει ασκηθεί ποινική δίωξη για ενεργητική και παθητική δωροδοκία στρεφόμενη σε βάρος του Ελληνικού Δημοσίου και για νομιμοποίηση εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στις παραγράφους 31 έως 35 της παρούσας.». Η Γνωμοδότηση αυτή έγινε αποδεκτή από τον κ. Υπουργό Εθνικής Άμυνας την 06.12.2016.

32. Στο μεταξύ η προμηθεύτρια εταιρία «KR.M.», με την επιστολή της με ημερομηνία 29.08.2016, ζήτησε την άμεση επιστροφή της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης της Σύμβασης, επικαλούμενη το γεγονός ότι η εγγύηση του τελευταίου παραδοθέντος συμβατικού υλικού (συλλογή ειδικών εργαλείων νυχτερινής παρατήρησης οδηγού 3ου κλιμακίου) έληξε την 28.02.2016 οπότε, σύμφωνα με το άρθρο 13 της Σύμβασης, η επιστολή έπρεπε να είχε επιστραφεί μετά από 30 ημέρες. Στην ίδια επιστολή αναφέρει ότι: «*...Αναφορικά με την 7η Τροποποίηση της Σύμβασης, η οποία 10 μήνες μετά την ολοκλήρωση των διαπραγματεύσεων δεν έχει ακόμη υπογραφεί, χωρίς δική μας υπαιτιότητα, σας αναφέρουμε ότι δεν υπάρχει πλέον λόγος να περιληφθεί σε αυτήν το θέμα απομείωσης/επιστροφής της εγγυητικής επιστολής. Η παράδοση των αναλωσίμων της θέσης 261 της Σύμβασης, όταν τελικά παραγγελθούν από την Υπηρεσία σας, θα καλυφθεί από εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης αξίας ίσης με το 10% της συμβατικής τους τιμής, η οποία θα ισχύει μέχρι την παράδοσή τους...*». Τέλος, η εταιρία επιφυλάσσεται για τη διεκδίκηση του κόστους διατήρησης της παραπάνω εγγυητικής επιστολής.

33. Για το αίτημα επιστροφής της εγγυητικής επιστολής, η Διεύθυνση Προμηθειών της Ανώτατης Στρατιωτικής Διοίκησης Υποστήριξης Στρατού «ΘΗΣΕΑΣ», ως αρμόδιος οικονομικός φορέας της Σύμβασης, απάντησε ότι δεν έχουν παραδοθεί τα τελευταία συμβατικά υλικά της θέσης 261 του Παραρτήματος Β-1 της Σύμβασης και ότι μέχρι τη διευθέτηση του τρόπου παράδοσης αυτών και την επιβεβαίωση ολοκλήρωσης των συμβατικών υποχρεώσεων της προμηθεύτριας εταιρίας από τον αντισυμβαλλόμενο

(ΥΠΕΘΑ/ΓΔΑΕΕ) δεν είναι δυνατή η επιστροφή της υπόψη εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης της Σύμβασης.

34. Το Γενικό Επιτελείο Στρατού, με το έγγραφό του με ημερομηνία 09.09.2016, επισημαίνει τις επιπτώσεις από τη μη αποδοχή του σχεδίου της 7ης τροποποίησης της Σύμβασης, σύμφωνα με το οποίο: *«(1) Θα παραμείνει σε εκκρεμότητα η παράδοση των υλικών, τα οποία αφορούν στις θέσεις 261, 1063, 1553, 1795, 2233, 2508, 3110, 3601, 3601 και 3603 της Προσθήκης 1/Β της εν λόγω σύμβασης, συνολικής αξίας 113.883,48 ευρώ. (2) Δεν θα υφίσταται πλέον η προσφορά, από την πλευρά της εταιρείας KMW, επιπλέον υλικών, συμβατικής αξίας 131.627,89 ευρώ άνευ κόστους για την Υπηρεσία. Η εν λόγω προσφορά ισχύει εκ μέρους της εταιρίας υπό την προϋπόθεση ότι η εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης της σύμβασης θα απομειωθεί υπό τους όρους, που συμφωνήθηκαν κατά τις διαπραγματεύσεις.(3) Οι εγγυήσεις καλής λειτουργίας, οι οποίες προβλέπονται από την εφαρμογή της τεχνικής τροποποίησης ECP GR 040218 (αποκατάσταση διαβρώσεων των πυροβόλων των αρμάτων μάχης LEO 2 HEL) και από τη Σύμβαση 016Α/03 μετά την κατάρτιση της 6ης τροποποίησής της, δεν θα καλύπτονται από την αντίστοιχη εγγυητική επιστολή για την πλήρη διάρκεια ισχύος τους (15 έτη ή 400 βολές). Σημειώνεται ότι το χρονικό διάστημα, το οποίο δεν θα καλύπτεται από την εν λόγω επιστολή, ποικίλει από 39 έως 722 ημέρες, ανάλογα με την ημερομηνία εφαρμογής της ECP σε κάθε άρμα. (4) Οι 160 από τις 170 εγγυήσεις καλής λειτουργίας, οι οποίες προβλέπονται από την εφαρμογή της τεχνικής τροποποίησης ECP GR 040217 (αποκατάσταση τριχοειδών ρωγμών θυρίδων πύργου των αρμάτων μάχης LEO 2 HEL) και από τη Σύμβαση 016Α/03 μετά την κατάρτιση της 6ης τροποποίησής της, δεν θα καλύπτονται από την αντίστοιχη εγγυητική επιστολή για την πλήρη διάρκεια ισχύος τους (15 έτη). Σημειώνεται ότι το χρονικό διάστημα, το οποίο δεν θα καλύπτεται από την εν λόγω επιστολή, ποικίλει από 1 έως 482 ημέρες, ανάλογα με την ημερομηνία εφαρμογής της ECP σε κάθε άρμα. (5) Δεν θα είναι πλέον γνωστή η πρόθεση της εταιρίας KMW επί του θέματος των 3.320 πελμάτων ερπύστριας αρμάτων LEO 2 που παρέδωσε την 12 Δεκ 2012 στην Ελληνική πλευρά, χωρίς να υπάρχει σχετική συμβατική πρόβλεψη και για το λόγο αυτό δεν έχουν παραληφθεί οριστικά από την Υπηρεσία, τα οποία έχουν κατανεμηθεί στις Μονάδες ΤΘ και έχουν ήδη χρησιμοποιηθεί...»*

35. Όπως προαναφέρθηκε, ο κ. Υπουργός Εθνικής Άμυνας αποδέχθηκε την Γνωμοδότηση του ΝΣΚ με αριθμό 106/2016, την 06.12.2016. Την ίδια μέρα ενέκρινε την έναρξη νέας διαδικασίας τροποποίησης της υπόψη Σύμβασης προκειμένου να

ΓΧ

καθορισθούν τα υλικά, των οποίων εκκρεμεί η παράδοση, με την προϋπόθεση ότι η εταιρία έχει πράγματι εκπληρώσει τις συμβατικές της υποχρεώσεις.

36. Η αντισυμβαλλόμενη εταιρία «KR.M.», με την επιστολή της με ημερομηνία 08.12.2016, αφού επισήμανε την καθυστέρηση επί 13 χρόνια καθορισμού των υλικών της θέσης 261, την καθυστέρηση ολοκλήρωσης της 7ης Τροποποίησης της Σύμβασης επί ένα χρόνο και πλέον μετά την ολοκλήρωση των διαπραγματεύσεων, το γεγονός ότι οι αρχές της καλής θέλησης και τα επιχειρηματικά ήθη δεν δικαιολογούν τη θέση της Ελληνικής πλευράς ότι μία εγγυητική καλής εκτέλεσης αξίας 41.475.000 ευρώ πρέπει να παρακρατείται ως εγγύηση για οφειλόμενη παράδοση ανταλλακτικών αξίας 113.000 ευρώ (τα οποία, ως αναλώσιμα, δεν καλύπτονται από εγγύηση καλής λειτουργίας) μέχρις ότου η Ελληνική πλευρά αποφασίσει να τα παραγγείλει, ζήτησε την άμεση επιστροφή της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης έναντι υποβολής νέας εγγυητικής καλής εκτέλεσης αξίας 113.000 ευρώ, ανοιχτής ισχύος, ή την άμεση μείωση της παραπάνω εγγυητικής καλής εκτέλεσης στη νέα αξία των 113.000 ευρώ. Με την ίδια επιστολή κάλεσε την Υπηρεσία να επιλέξει μεταξύ της αντικατάστασης και της μείωσης της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης, θέτοντας προθεσμία μέχρι 29.12.2016, άλλως προτίθεται να ασκήσει τα δικαιώματά της για παραβίαση της Σύμβασης και αποκατάσταση όλων των ζημιών της.

37. Η αρμόδια υπηρεσία (ΓΔΑΕΕ) - με δεδομένο ότι ένα σχέδιο τροποποίησης, χωρίς την ύπαρξη εγγυήσεων πιθανόν να είναι χειρότερο από το υπάρχον και επιπλέον απαιτεί αρκετό χρόνο για να υλοποιηθεί (τουλάχιστον 6 έως 9 μήνες) - με επιστολή της με ημερομηνία 21.12.2016 προς την εταιρία «KR.M.», ζήτησε την επιβεβαίωση του ενδιαφέροντός της για την υπογραφή της 7ης τροποποίησης της Σύμβασης, όπως αυτή έχει συμφωνηθεί στο πρακτικό διαπραγματεύσεων της 5ης Νοεμβρίου 2015, καθώς και παράταση της προθεσμίας ολοκλήρωσης της διαδικασίας μέχρι τέλους Φεβρουαρίου 2017, ενημερώνοντας σχετικά το Γραφείο Υπουργού Εθνικής Άμυνας.

38. Η εταιρία «KR.M.», με την επιστολή της με στοιχεία S61222J9/22-12-2016, επιβεβαίωσε το ενδιαφέρον της για υπογραφή της 7ης τροποποίησης της Σύμβασης 016Α/03, όπως αυτή έχει συμφωνηθεί στο πρακτικό διαπραγματεύσεων της 5ης Νοεμβρίου 2015, τονίζοντας ότι αν η τροποποίηση με αριθμό 7 δεν υπογραφεί μέχρι 28.02.2017, θα θεωρήσει ότι η Υπηρεσία δεν ενδιαφέρεται να παραγγείλει τα

ανταλλακτικά της θέσης 261 και θα είναι ελεύθερη κάθε περαιτέρω παράδοσης υλικών της σχετικής σύμβασης.

39. Η Κεντρική Γνωμοδοτική Επιτροπή Προμηθειών της ΓΔΑΕΕ, κατά τη συνεδρίαση της 29.12.2016, λαμβάνοντας υπόψη και τα νέα δεδομένα, γνωμοδότησε και πάλι ομόφωνα υπέρ της αποδοχής του σχεδίου τροποποίησης, που είχε υποβληθεί με την από 06.11.2015 υπηρεσιακή αναφορά του Προέδρου της Επιτροπής Διαπραγματεύσεων, επί του οποίου εκδόθηκε η γνωμοδότηση του ΝΣΚ με αριθμό 106/2016.

40. Σε συνέχεια των παραπάνω νέων στοιχείων και με δεδομένο ότι η εταιρία μέχρι σήμερα έχει εκπληρώσει τις συμβατικές της υποχρεώσεις και έχει παραδώσει όλα τα υλικά της Σύμβασης και απομένει ο καθορισμός, με τροποποίηση, των υλικών στη θέση 261 του Παραρτήματος 1-Β, συνολικής αξίας 113.883,48 ευρώ, ζητείται εκ νέου η γνωμοδότηση του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους επί του σχεδίου της 7ης τροποποίησης της Σύμβασης 016Α/2003.

41. Στο έγγραφο της ερωτώσας υπηρεσίας (ΥΠΕΘΑ/ΓΔΑΕΕ) με ημερομηνία 01.02.2017, με το οποίο διαβιβάστηκε στο ΝΣΚ σύντομο ιστορικό και υποστηρικτικά έγγραφα για την έκδοση γνωμοδότησης, σύμφωνα με το άρθρο 66 του π.δ. 284/1989, για τη νομιμότητα του προτεινόμενου σχεδίου της 7ης τροποποίησης της σύμβασης, και συγκεκριμένα στο Παράρτημα Α αυτού, αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι: *«... Με δεδομένο ότι η λήξη των εγγυήσεων των παραδοθέντων υλικών και συνεπώς της εγγυητικής επιστολής ήταν η 28η Φεβρουαρίου 2016 και ότι μετά την οριστικοποίηση του υπολογισμένου προστίμου της τελευταίας τμηματικής παράδοσης, η πληρωμή του εξασφαλίζεται από το ήδη παρακρατηθέν ποσό, ακόμη και εάν επιστραφεί στην εταιρία η διαφορά του παρακρατηθέντος ποσού των 28.716.215 ευρώ με το τελικώς υπολογισμένο ποσό των 25.887.346,95 ευρώ, η υπόψη τροποποίηση κρίνεται ως συμφέρουσα για την Υπηρεσία εξειδικεύεται και αιτιολογείται επαρκώς η δι' αυτής θεραπεία νόμιμου σκοπού δημοσίου συμφέροντος καθόσον:*

α. Δεν προκαλείται αύξηση της συμβατικής τιμής της Σύμβασης ενώ τα προς παράδοση υλικά είναι πολλαπλάσιας αξίας.

β. Δεν τροποποιείται το χρονοδιάγραμμα παραδόσεων.

ΓΧ

γ. Ικανοποιούνται οι τεχνικές απαιτήσεις του επιχειρησιακού φορέα (θα δοθεί από την εταιρία παράταση ισχύος των εγγυητικών επιστολών των δύο ECPs της 6ης τροποποίησης.)

δ. Τα 3.320 πέλματα ερπύστριας αρμάτων LEO2 που παρέδωσε την 12 Δεκ 12 στην Ελληνική πλευρά, χωρίς να υπάρχει σχετική συμβατική πρόβλεψη και για το λόγο αυτό δεν έχουν παραληφθεί οριστικά από την Υπηρεσία, τα οποία έχουν κατανεμηθεί στις Μονάδες ΤΘ και έχουν ήδη χρησιμοποιηθεί, δεν θα κοστολογηθούν.

ε. Μειώνεται ο κίνδυνος για τυχόν νέες οικονομικές απαιτήσεις της εταιρίας από την παρακράτηση των χρημάτων για τις τυχόν επιβληθείσες ποινικές ρήτρες και του κόστους της εγγυητικής επιστολής.

στ. Μειώνεται η εγγυητική επιστολή μέχρι του ποσού του 1.000.000 ευρώ και παραμένει στην Υπηρεσία μέχρι την παράδοση των υλικών της Προσθήκης 1Β της σχετικής σύμβασης αντί του 10% της αξίας των υλικών, δηλαδή 11.300 ευρώ περίπου.

ζ. Το Δημόσιο δύναται να αξιώσει αποζημίωση για υλική ζημιά και ηθική βλάβη με βάση τις ΑΚ 914 επ. και 932, αποδεχόμενο την ελαττωματική λόγω εμφιλοχώρησης πράξης διαφθοράς σύμβαση, στην περίπτωση που προκύψει μελλοντικά από την ποινική διερεύνηση της υπόθεσης και που αυτή τη στιγμή δεν υφίσταται.

η. Εξασφαλίζεται η ομαλή υλοποίηση της Σύμβασης με την παράδοση και των τελευταίων υλικών στη θέση 261 της Προσθήκης 1/Β της Σύμβασης, συνολικής αξίας 113.883,48 ευρώ

θ. Τέλος πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι η εταιρία μέχρι σήμερα έχει εκπληρώσει τις συμβατικές της υποχρεώσεις και έχει παραδώσει όλα τα υλικά της σχετικής σύμβασης και απομένει ο καθορισμός με τροποποίηση των υλικών, που έχει καθορίσει το ΓΕΣ (αναλώσιμα), συνολικής αξίας 113.883,48 ευρώ, στη θέση 261 του Παραρτήματος 1-Β, τα οποία (αναλώσιμα) σύμφωνα με την παράγραφο 3 του άρθρου 11 της Σύμβασης 016Α/03, δεν καλύπτονται από εγγύηση καλής λειτουργίας και επομένως δεν επηρεάζουν την εγγυητική επιστολή. Επίσης τριχοειδείς ρωγμές και οι διαβρώσεις καλύπτονται με τις εγγυητικές επιστολές των δύο ECPs της 6ης τροποποίησης...»

42. Το Γραφείο Νομικού Συμβούλου στο Υπουργείο Εθνικής Άμυνας, ζήτησε από την Εισαγγελία Εγκλημάτων Διαφθοράς και από την Εισαγγελία Εφετών Αθηνών να του γνωρίσει το στάδιο στο οποίο βρίσκονται σήμερα οι προαναφερθείσες στην

παράγραφο 28 της παρούσας ποινικές υποθέσεις. Ο Εισαγγελέας Εγκλημάτων Διαφθοράς, με το έγγραφό του με αριθμό πρωτοκόλλου 63/13.01.2017, μας γνώρισε ότι η υπ' αριθ. ΕΔ 2013/254 ποινική δικογραφία, με αντικείμενο την έρευνα αξιοποίνων πράξεων στα πλαίσια της Κύριας Σύμβασης Προμήθειας αρμάτων τύπου «LEOPARD 2A6 HEL», βρίσκεται στην Υπηρεσία τους για διενέργεια προκαταρκτικής εξέτασης κατ' άρθρο 31 παρ. 2 ΚΠΔ. Η Εισαγγελία Εφετών Αθηνών, με το έγγραφό της με αριθμό πρωτοκόλλου 8425/02.02.2017, μας γνώρισε ότι οι δικογραφίες με αριθμούς ΕΔ 2015/82 και ΕΔ 2015/158, μετά το πέρας της κυρίας ανακρίσεως, έχουν υποβληθεί στην Υπηρεσία τους και έχουν χρεωθεί σε Εισαγγελικούς Λειτουργούς προς υποβολή πρότασης στο αρμόδιο Δικαστικό Συμβούλιο.

43. Εξάλλου, ενόψει της ποινικής διερεύνησης της υπόθεσης στο εξωτερικό, το Γραφείο Νομικού Συμβούλου στο Υπουργείο Εθνικής Άμυνας στο πλαίσιο της έκδοσης της γνωμοδότησης με αριθμό 106/19.04.2016, με το έγγραφό του με αριθμό πρωτοκόλλου 218-998/5/2016/21.03.2016, είχε ζητήσει από το Γενικό Προξενείο Μονάχου να το πληροφορήσει, εάν τυχόν έχουν περιέλθει σε γνώση του δικαστικές αποφάσεις ή πρακτικό συμβιβασμού ή διοικητικά πρόστιμα ή ομολογία της KMW, που να αφορά την ως άνω Σύμβαση 016 Α/2003. Το Γενικό Προξενείο της Ελλάδας στο Μόναχο, με το έγγραφό του με αριθμό ΑΠΦ.: 2001/9/ΑΣ 838/19.05.2016, ενημέρωσε ότι: *«...κατόπιν έρευνάς μας, διαπιστώσαμε ότι δεν υπάρχουν δικαστικές αποφάσεις, εξωδικαστικοί συμβιβασμοί, διοικητικές κυρώσεις ή χρηματικές ποινές κατά της εταιρίας ή κατά τρίτων. Η Εισαγγελία Μονάχου είχε κινήσει διερευνητική διαδικασία, ... , η οποία ωστόσο διεκόπη σύμφωνα με την παράγραφο 170 εδάφιο 2 του Γερμανικού Κώδικα Ποινικής Δικονομίας. Επισημαίνεται ότι δηλώσεις της εταιρίας ή υπαλλήλων αυτής δεν είναι διαθέσιμες. Ωστόσο, η εταιρία έχει διενεργήσει εσωτερική έρευνα, η οποία διεξήχθη από τη εταιρία οικονομικού ελέγχου PWC AG και κατέληξε στο συμπέρασμα ότι δεν προκύπτει θέμα δωροδοκίας υπό τη μορφή πληρωμών. Στο πλαίσιο αυτό ετοιμάστηκαν δύο εκθέσεις από την εταιρία PWC AG, οι οποίες έχουν ήδη κατατεθεί, κατόπιν αιτημάτων δικαστικής συνδρομής, αφενός στο Πρωτοδικείο Αθηνών ... και αφετέρου στην Εισαγγελία Πρωτοδικών υπόψη του Εισαγγελέα περί διαφθοράς ...».*

44. Τέλος, με το έγγραφο με αριθμό Φ.900/116/11287/Σ.772/13.01.2017, που υπογράφεται από τον κ. Υπουργό Εθνικής Άμυνας, ζητήθηκε από το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους, η άσκηση αγωγής κατά των υπευθύνων, φυσικών και

ΓΧ

νομικών προσώπων των συμβάσεων, που αναφέρονται στον συνημμένο σε αυτό πίνακα – μεταξύ των οποίων και η κρινόμενη, ως προς την υποκατασκευάστρια του συστήματος «ΗΝΙΟΧΟΣ» επί του άρματος – για την χρηματική ικανοποίηση της ηθικής βλάβης του Δημοσίου από την εγκληματική δράση των κατηγορουμένων, καθώς και την αποκατάσταση κάθε υλικής, θετικής και αποθετικής ζημίας αυτού, πρωτίστως από την προσαύξηση του τιμήματος των συμβάσεων, αλλά και από κάθε άλλη σχετική αιτία, η οποία έχει προκύψει από τις οικείες ποινικές δικογραφίες ή θα τεθεί υπόψη του ΝΣΚ/Γραφείου Νομικού Συμβούλου ΥΕΘΑ από τη ΓΔΑΕΕ και το οικείο Γενικό Επιτελείο. Στο έγγραφο αυτό αναφέρεται ως σχετικό η γνωμοδότηση με αριθμό 187/2016 της Ολομέλειας του ΝΣΚ (βλ. παρακάτω παραγράφους 53-54).

ΤΟ ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ ΚΑΙ Η 187/2016 ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗ ΝΣΚ

Α. Διατάξεις περί προμηθειών των Ενόπλων Δυνάμεων

45. Στα άρθρα 17 παρ. 1 και 5, 36, 42 παρ. 1 και 66 του π.δ. 284/1989 «Περί Προμηθειών, Εργολαβιών και Εκτελέσεως Εργασιών των Ενόπλων Δυνάμεων» (Α' 133), όπως τροποποιήθηκε μεταγενέστερα με το π.δ. 189/1997 (Α' 155) και ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο, το οποίο εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 50 του ν.δ. 721/1970 «περί λογιστικού των Ενόπλων Δυνάμεων», ορίζονται τα ακόλουθα:

Άρθρο 17

«*1. Στην Γενική Διεύθυνση Εξοπλισμών και στα Γενικά Επιτελεία των Κλάδων των Ενόπλων Δυνάμεων, με απόφαση του Γενικού Διευθυντού της Γ.Δ.Ε. και των Αρχηγών των Κλάδων αντίστοιχα, συγκροτείται Κεντρική Γνωμοδοτική Επιτροπή Προμηθειών (Κ.Γ.Ε.Π.), ... 2 ... 3 ... 4 ... 5. Η Κεντρική Γνωμοδοτική Επιτροπή Προμηθειών έχει την αρμοδιότητα να κρίνει και να γνωματεύει εγγράφως για τις παρακάτω περιπτώσεις προμηθειών, που υπάγονται στην αρμοδιότητα της Γενικής Διεύθυνσης Εξοπλισμών και των Γενικών Επιτελείων και των οποίων το συνολικό ύψος κάθε δαπάνης υπερβαίνει το χρηματικό όριο των διαγωνισμών που γίνονται με έγγραφες ενσφράγιστες προσφορές : α ... β ... Για την τροποποίηση των όρων σύμβασης στις περιπτώσεις που ορίζονται στο άρθρο 66 του παρόντος ...*»

Άρθρο 36

«*1. Αυτός στον οποίο έγινε αναγγελία κατακύρωσης προμήθειας είναι υποχρεωμένος ... να προσκομίσει στην αρμόδια υπηρεσία μέσα σε 20 ημέρες τα εξής: α. ... β. Την εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης της σύμβασης απεριόριστης χρονικής ισχύος. γ. ... 2. Η εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης, σε ποσοστό τουλάχιστον δέκα τοις*

εκατό της συμβατικής αξίας των ειδών, παρέχεται στο ίδιο νόμισμα στο οποίο θα γίνει πληρωμή της αξίας των ειδών στον προμηθευτή με οποιαδήποτε σύννομη μορφή, ... 3. Η επιστροφή της εγγύησης καλής εκτέλεσης γίνεται το αργότερο μέσα σε τριάντα ημέρες από την ποιοτική και ποσοτική παραλαβή των συμβατικών ειδών και από την εκπλήρωση τυχόν άλλης συμβατικής υποχρέωσης του προμηθευτή, με την φροντίδα των ενδιαφερομένων, με απόδειξη παραλαβής της. 4. Μερική ανάλογη αποδέσμευση από αυτήν, επιτρέπεται μόνον στην περίπτωση οριστικής παραλαβής κάποιας μερίδας του υπό προμήθεια είδους, εφόσον αυτό προβλέπεται στους όρους της σύμβασης και ζητείται από τον προμηθευτή. Η αποδέσμευση πραγματοποιείται μέσα σε εύλογο χρονικό διάστημα, που δεν μπορεί να υπερβεί τις 30 ημέρες μετά την αίτηση του προμηθευτή. 5. Ειδικότερα για τις προμήθειες από οίκους του εξωτερικού επιτρέπεται: α. Κατ' εξαίρεση από αυτά που καθορίζονται στην παράγραφο 1β του παρόντος άρθρου, η λήψη εγγυητικής επιστολής που καλύπτει τον χρόνο της ποιοτικής και ποσοτικής παραλαβής των συμβατικών ειδών ή της εκπλήρωσης τυχόν άλλης συμβατικής υποχρέωσης του προμηθευτή, μετά από έγκριση εκείνου που έχει το δικαίωμα έγκρισης της σχετικής δαπάνης. β. Για προμήθειες κύριου υλικού μείζονος σημασίας, η μη λήψη της εγγυητικής επιστολής, κάθε φορά που παρέχεται ανάλογη έγγραφη εγγύηση με οποιονδήποτε τύπο καλής εκτέλεσης της σύμβασης που υπογράφεται, από Αρμόδια Κρατική Αρχή της χώρας παραγωγής των συμβατικών ειδών, ύστερα από έγκριση εκείνου που έχει το δικαίωμα έγκρισης της σχετικής δαπάνης. γ. ... 6. ...»

Άρθρο 42

«1. Η ΓΔΕ ή ο φορέας κάθε Κλάδου των Ενόπλων Δυνάμεων που πραγματοποιεί την προμήθεια μπορεί να αποδεχθεί εκπρόθεσμη παράδοση και επιβάλλει, στην περίπτωση αυτή, για τις ημερολογιακές ημέρες καθυστέρησης, τα πρόστιμα που έχουν συμφωνηθεί στους όρους της σχετικής σύμβασης, τα οποία υπολογίζονται επί της αξίας ολόκληρης της εκπρόθεσμης παράδοσης του υλικού, ανεξάρτητα από τη χρονική διάρκειά της, καθώς επίσης και επί της αξίας του υλικού, το οποίο, αν και παραδόθηκε, δεν ήταν δυνατό να χρησιμοποιηθεί λόγω της καθυστέρησης του μέρους. Το ύψος τους καθορίζεται ... 2. ...»

Άρθρο 66

«1. Τροποποίηση όρων σύμβασης μετά την υπογραφή της δεν επιτρέπεται, εκτός από τις παρακάτω περιπτώσεις για τις οποίες κρίνει και αποφασίζει χωρίς βλάβη των συμφερόντων του Δημοσίου εκείνος που έχει την οικονομική εξουσία ή δικαιοδοσία

ΓΧ

σύμφωνα με το νόμο και με βάση τα στοιχεία και δεδομένα κάθε περίπτωσης και συγκεκριμένα : α. Της μεταβολής των συμβατικών προθεσμιών, χρόνου παράδοσης ή αντικατάστασης των υπό προμήθεια υλικών ή εργασιών που κρίθηκαν ακατάλληλες. β. Της παραλαβής υλικού με έκπτωση τιμής, με σύγχρονο προσδιορισμό του ποσοστού της για παραδόσεις υλικού, κατά παρέκκλιση των όρων της σύμβασης και εκτός των επιτρεπομένων ορίων ανοχής παρεκτροπών του προμηθευτή. γ. Της απαλλαγής προμηθευτή από την παράδοση υπολοίπου, που δεν υπερβαίνει το δέκα τοις εκατό της συμβατικής ποσότητας υλικών, λόγω ειδικών συνθηκών, με επιβολή ή όχι προστίμου σ' αυτόν. 2. Πρόταση διάλυσης σύμβασης με κοινή συγκατάθεση των συμβαλλομένων ή απαλλαγής του προμηθευτή από την παράδοση υπολοίπου, που υπερβαίνει το δέκα τοις εκατό της συνολικής προμήθειας, ή αύξησης συμβατικής τιμής ή τροποποίησης άλλης θεμελιώδους διάταξης της σύμβασης, συνοδεύεται και από γνωμοδότηση του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους για λήψη σχετικής απόφασης. Ως θεμελιώδεις διατάξεις, κατ' αρχήν θεωρούνται εκείνες που δεν περιλαμβάνονται στις περιπτώσεις της παρ. 1 του παρόντος άρθρου ή σε κάθε περίπτωση οι αναφερόμενες σε αντικείμενο της σύμβασης των οποίων η τροποποίηση προκαλεί βλάβη στα συμφέροντα του Δημοσίου. 3. ...».

46. Με το ν. 3433/2006 «Προμήθειες αμυντικού υλικού των Ενόπλων Δυνάμεων» (Α' 20) επανακαθορίστηκε το νομικό καθεστώς των προμηθειών αμυντικού υλικού των Ενόπλων Δυνάμεων και καταργήθηκε το π.δ. 284/1989, πλην, όμως, στο άρθρο 73 του νόμου αυτού ορίζεται ότι: «*1. Η ισχύς του νόμου αυτού αρχίζει δύο μήνες μετά τη δημοσίευσή του στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως. 2. Προμήθειες αμυντικού υλικού που ήδη έχουν προκηρυχθεί ή εκτελούνται κατά το χρόνο που ο νόμος αυτός τίθεται σε ισχύ εξακολουθούν να διέπονται και να ρυθμίζονται από τις ισχύουσες διατάξεις...*»

47. Στα άρθρα 9, 10, 109 παρ. 3 και 118 του ισχύοντος ν. 3978/2011 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Υπηρεσιών και Προμηθειών στους τομείς της Άμυνας και της Ασφάλειας – Εναρμόνιση με την Οδηγία 2009/81 ΕΚ – Ρύθμιση θεμάτων του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας» (Α' 137) ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα εξής:

Άρθρο 9

«*1. Απαγορεύεται στους οικονομικούς φορείς ή στους νόμιμους εκπροσώπους τους, που συμμετέχουν στις διαδικασίες σύναψης και εκτέλεσης συμβάσεων προμηθειών, υπηρεσιών ή έργων στον τομέα της άμυνας να διαθέτουν και να χρησιμοποιούν οποιονδήποτε ενδιάμεσο, μεσάζοντα ή πράκτορα κατά τη διαδικασία σύναψης και*

εκτέλεσης της σύμβασης. 2. ... 3. ... 4. Οι οικονομικοί φορείς της παραγράφου 1 που συμμετέχουν σε διαδικασίες σύναψης συμβάσεων στον τομέα της άμυνας, είτε οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του παρόντος νόμου είτε εξαιρούνται από αυτό, υποχρεούνται να γνωστοποιούν στην αναθέτουσα αρχή κατάλογο με τα στοιχεία κάθε συμφωνίας που πρόκειται να συνάψουν ή έχουν συνάψει, εγγράφως ή προφορικώς, με οποιονδήποτε προμηθευτή ή υπεργολάβο ή πάροχο υπηρεσίας ή σύμβουλο της παραγράφου 2, η οποία σχετίζεται με το αντικείμενο της σύμβασης ... 5. ... 6. ... 7. Εάν οι ανάδοχοι παραβιάσουν τις υποχρεώσεις και απαγορεύσεις του παρόντος άρθρου και δεν θεραπεύσουν αυτή την παραβίαση μέσα σε τριάντα ημέρες από την κοινοποίηση σε αυτούς σχετικής ειδοποίησης, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, με απόφαση του Υπουργού Εθνικής Άμυνας, ανάλογα με τη βαρύτητα της παράβασης, να κηρύξει τον οικονομικό φορέα έκπτωτο ή να επιβάλει ποινική ρήτρα ποσού ίσου με το 20%, κατ' ανώτατο όριο, της οικονομικής αξίας της σύμβασης που έχει συνάψει με την αναθέτουσα αρχή. Σε ιδιαίτερα σοβαρές περιπτώσεις, μπορεί να επιβάλλονται σωρευτικά οι κυρώσεις του προηγούμενου εδαφίου και επιπλέον αποκλεισμός από τις συμβάσεις του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας για χρονικό διάστημα κατ' ελάχιστον τριών ετών... 8...»

Άρθρο 10

«1. Η αναθέτουσα αρχή περιλαμβάνει υποχρεωτικά στα έγγραφα της σύμβασης ειδική ρήτρα ακεραιότητας, βάσει της οποίας οι οικονομικοί φορείς ή οι νόμιμοι εκπρόσωποί τους, οι οποίοι συμμετέχουν στις διαδικασίες σύναψης και εκτέλεσης συμβάσεων προμηθειών, υπηρεσιών ή έργων στον τομέα της άμυνας, δεσμεύονται ότι, σε όλα τα στάδια που προηγήθηκαν της κατακύρωσης της σύμβασης, δεν ενήργησαν αθέμιτα, παράνομα ή καταχρηστικά και ότι θα εξακολουθήσουν να μην ενεργούν κατ' αυτόν τον τρόπο κατά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης αλλά και μετά τη λήξη αυτής. Η αναθέτουσα αρχή περιλαμβάνει στα έγγραφα της σύμβασης ιδίως δεσμευτικές δηλώσεις ότι οι οικονομικοί φορείς του προηγούμενου εδαφίου: α) δεν διέθεταν εσωτερική πληροφόρηση, ... β) δεν πραγματοποίησαν ενέργειες νόθευσης του ανταγωνισμού μέσω χειραγώγησης των προσφορών ... γ) δεν διενήργησαν ούτε θα διενεργήσουν πριν, κατά τη διάρκεια ή και μετά τη λήξη της σύμβασης παράνομες πληρωμές για διευκολύνσεις, εξυπηρετήσεις ή υπηρεσίες που αφορούν τη σύμβαση και τη διαδικασία ανάθεσης, δ) δεν πρόσφεραν ούτε θα προσφέρουν πριν, κατά τη διάρκεια ή και μετά τη λήξη της σύμβασης, άμεσα ή έμμεσα, οποιαδήποτε υλική εύνοια, δώρο ή αντάλλαγμα σε υπαλλήλους ή μέλη συλλογικών οργάνων της

ΓΧ

αναθέτουσας αρχής, καθώς και σε συζύγους, συγγενείς ... ή συνεργάτες αυτών ούτε χρησιμοποίησαν ή θα χρησιμοποιήσουν τρίτα πρόσωπα, για να διοχετεύσουν χρηματικά ποσά στα προαναφερόμενα πρόσωπα, ε) δεν πρόσφεραν ούτε θα προσφέρουν κατά τη διάρκεια ή και μετά τη λήξη της σύμβασης, άμεσα ή έμμεσα, δώρα, δωρεές, φιλανθρωπικές παροχές, χορηγίες ή χρηματικά ποσά και επιχορηγήσεις με οποιαδήποτε μορφή και αιτιολογία, σε πολιτικά κόμματα, κομματικούς εκπροσώπους ή επικεφαλής κομμάτων, Υπουργούς ή Υφυπουργούς ή ... , καθώς και σε συζύγους, συγγενείς ... ή συνεργάτες αυτών ούτε χρησιμοποίησαν ή θα χρησιμοποιήσουν τρίτα πρόσωπα, για να διοχετεύσουν χρηματικά ποσά στα προαναφερόμενα πρόσωπα. 2. Εάν οι οικονομικοί φορείς παραβιάσουν τις υποχρεώσεις και απαγορεύσεις που προβλέπονται στις παραγράφους 1 και 5, επιβάλλονται οι ακόλουθες κυρώσεις, με απόφαση του Υπουργού Εθνικής Άμυνας: α) αν δεν έχει ολοκληρωθεί η εκτέλεση της σύμβασης, σωρευτικά, έκπτωση του οικονομικού φορέα, κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης και αποκλεισμός από τους διαγωνισμούς και τις συμβάσεις του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας τουλάχιστον για τρία έτη, β) αν έχει ολοκληρωθεί η εκτέλεση της σύμβασης, ποινική ρήτρα ισόποση με την εγγύηση καλής εκτέλεσης και αποκλεισμός από τους διαγωνισμούς και τις συμβάσεις του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας τουλάχιστον για τρία έτη. 3. ...»

Άρθρο 109

«1...3. Συμβάσεις έργων, υπηρεσιών ή προμηθειών που έχουν συναφθεί πριν την ημερομηνία έναρξης ισχύος του παρόντος νόμου, εκτελούνται σύμφωνα με το καθεστώς που τις διείπε κατά τον χρόνο σύναψής τους.»

Άρθρο 118

«Η ισχύς του παρόντος νόμου αρχίζει από τη δημοσίευσή του στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως» (16 Ιουνίου 2011)

Β. Διατάξεις περί Διαφθοράς

48. Στα άρθρα 1, 3, 4 και 5 του ν. 5227/1931 «περί μεσαζόντων» ορίζεται:

Άρθρο 1

«1. Είναι άκυρος ως αντικειμένη εις τα χρηστά ήθη και ουδέν συνεπάγεται αποτέλεσμα. - α) Πάσα συμφωνία καθ' ην το έτερον των μερών αντί ωρισμένης αμοιβής ή επί ποσοστοίς ή επί οιωδήποτε εν γένει ανταλλάγματι αναδέχεται όπως, καθ' οιονδήποτε τρόπον, επιτύχη ή συντελέση εις την σύναψιν μετά του Δημοσίου ή Δήμου ή Κοινότητος ή Κρατικής επιχειρήσεως ή μονών ή άλλου νομικού προσώπου

δημοσίου δικαίου συμβάσεως εχούσης οιονδήποτε αντικείμενον ή περιεχόμενον, ή και ασχέτως προς πάσαν σύμβασιν προκαλέση οιανδήποτε πράξιν ή παράλειψιν των προσώπων τούτων ή των υπαλλήλων ή των οργάνων εν γένει αυτών. Το αυτό ισχύει εάν η αναδοχή γίνεται επί εκχωρήσει του όλου ή μέρους της συναφθησομένης συμβάσεως. - β) Πάσα συμφωνία καθ` ην το έτερον των μερών είναι υπάλληλος ή αντιπρόσωπος ή όργανον του Δημοσίου ή των ανωτέρω νομικών προσώπων ή μέλος Συμβουλίων των Δημοσίων υπηρεσιών ή των ανωτέρω νομικών προσώπων ή φέρει αιρετόν αξίωμα, ήτις συμφωνία αφορά εις παροχήν ωρισμένης αμοιβής ή ποσοστών της συμβάσεως ή άλλου ανταλλάγματος, είτε προς διάθεσιν της ψήφου αυτών, είτε προς άσκησιν της εκ του νόμου δικαιοδοσίας των υπέρ της συνάψεως συμβάσεως εκ των εν τω εδαφίω α` ή υπέρ ωρισμένων όρων αυτής, είτε προς άσκησιν της εκ της ιδιότητος ή των σχέσεων αυτών προς την Κυβέρνησιν ή την Διοίκησιν επιρροής των προς επιτυχίαν των ειρημένων σκοπών, είτε και δι` οιανδήποτε παρασεθείσαν ή παρασχετέαν υπ` αυτών υπηρεσίαν σχετικήν προς την σύμβασιν ή την πράξιν ή παράλειψιν. Επίσης είναι άκυρος πάσα συμφωνία, δι` ης ανάδοχος της συμβάσεως εκ των εν εδαφίω α` προ της καταρτίσεως αυτής αναθέτει ή αναλαμβάνει την υποχρέωσιν ν` αναθέση εις τρίτον υπεργολάβον την εκτέλεσιν του όλου ή μέρους των έργων. - γ) Πάσα συμφωνία καθ` ην το έτερον των μερών υπόσχεται ωρισμένην αμοιβήν ή ποσοστά της τοιαύτης συμβάσεως ή οιαδήποτε ανταλλάγματα, ως και πάσα τοιαύτη παροχή προς τον σκοπόν απομακρύνσεως συναγωνιστών ή εν γένει προσώπων δυναμένων να κάμωσι προσφοράς ή να ματαιώσωσιν ή δυσχεράνωσι την σύναψιν της συμβάσεως. - 2. Είναι επίσης άκυρος πάσα εκ των υστέρων καταβολή, παροχή ή υπόσχεσις παροχής δια τας εν τη προηγουμένη παραγράφω (α-γ) αιτίας.»

Άρθρο 3

«Η εν άρθρω 1 ακυρότης υφίσταται αμείωτος και αν προς συγκάλυψιν των εν αυτώ συμφωνιών έλαβε χώραν εικονικότης οιαδήποτε, συνετάχθη έγγραφον περιέχον αναληθή περιστατικά ή επί τη βάσει τοιούτων συμφωνιών προεκλήθη απόφασις ή επηκολούθησεν ομολογία, αναγνώρισις, ή συμβιβασμός. Προς απόδειξιν των περιστατικών τούτων επιτρέπεται πάντοτε και το μέσον των μαρτύρων.»

Άρθρο 4

«1. Εφ` όσον αι υποχρεώσεις ή υποσχέσεις παροχών του αναδόχου έναντι τρίτων είναι άκυροι, επί τοσούτον μειούνται αι εν τη μετά του Δημοσίου ή του νομικού προσώπου συμβάσει αμοιβαί ή ποσοστά του αναδόχου ή ελλείψει τοιούτων το

ΟΥ

αντάλλαγμα εν γένει της συμβάσεως. -2. Παν ποσόν καταβληθέν δυνάμει των κατά το άρθρον 1 ακύρων συμφωνιών αναζητείται και περιέρχεται εις το Δημόσιον ταμείον ή το οικείον πρόσωπον.»

Άρθρο 5

«Οσάκις εγένετο συμφωνία τις εκ των εν άρθρω 1, εάν η συνομολογηθείσα μετά του Δημοσίου ή των εν τω αυτώ άρθρω νομικών προσώπων σύμβασις οφείλεται κυρίως ή υπήρξεν αποτέλεσμα της ψήφου ή ενεργείας των εν τω εδαφ. β` του άρθρου 1 προσώπων ή της ασκηθείσης παρά των εν εδαφ. α` προσώπων επιρροής ή της απομακρύνσεως των εν εδαφ. γ` προσώπων το Δικαστήριον τη αιτήσει του Δημοσίου ή νομικού προσώπου δύναται να κηρύξη εν όλω ή εν μέρει άκυρον την σύμβασιν.»

49. Στα άρθρα 2 και 8 της Κυρωθείσας με το άρθρο πρώτο του ν. 2957/2001 (Α' 260) Σύμβασης του Συμβουλίου της Ευρώπης για θέματα Αστικού Δικαίου περί Διαφθοράς ορίζεται ότι:

Άρθρο 2: Έννοια διαφθοράς

«Για τους σκοπούς της παρούσας Σύμβασης, ως "διαφθορά" νοείται η απαίτηση, προσφορά, παροχή ή αποδοχή, αμέσως ή εμμέσως, δώρου ή οποιουδήποτε άλλου μη προσήκοντος ωφελήματος ή υπόσχεσης ενός τέτοιου ωφελήματος, που επηρεάζει την ορθή εκτέλεση καθήκοντος ή την απαιτούμενη συμπεριφορά του λήπτη του δώρου ή του μη προσήκοντος ωφελήματος ή της υπόσχεσης ενός τέτοιου ωφελήματος.»

Άρθρο 8: Κύρος των συμβάσεων

«1. Κάθε Μέρος προβλέπει στο εσωτερικό του δίκαιο ότι σύμβαση ή ρήτρα σύμβασης της οποίας αντικείμενο είναι πράξη διαφθοράς είναι άκυρη.

2. Κάθε Μέρος προβλέπει στο εσωτερικό του δίκαιο ότι ο συμβαλλόμενος του οποίου η δήλωση βούλησης επηρεάσθηκε από πράξη διαφθοράς μπορεί να ζητήσει από το δικαστήριο την ακύρωση της σύμβασης αυτής, χωρίς να θίγεται το δικαίωμα του για αποζημίωση.»

49α. Περαιτέρω, στα άρθρα δεύτερο και τέταρτο του ως άνω κυρωτικού νόμου 2957/2001 ορίζεται ότι:

Άρθρο δεύτερο: Αποζημίωση

«Όποιος ζημιώσει άλλον, επειδή διέπραξε ή επέτρεψε πράξη διαφθοράς κατά την έννοια του άρθρου 2 της Σύμβασης που κυρώθηκε με το νόμο αυτόν ή παρέλειψε να λάβει εύλογα μέτρα για την αποτροπή της, έχει υποχρέωση αποκατάστασης της ζημίας και ικανοποίησης της ηθικής βλάβης κατά τις διατάξεις για τις αδικοπραξίες.»

Άρθρο τέταρτο: Ακύρωση δικαιοπραξίας

«1. Όποιος προβαίνει σε δήλωση βούλησης που επηρεάσθηκε από πράξη διαφθοράς, κατά την έννοια του παρόντος νόμου, έχει δικαίωμα ακύρωσης της δικαιοπραξίας κατά τις διατάξεις των άρθρων 154 έως 157 του Αστικού Κώδικα. Αν η δήλωση απευθύνεται σε άλλον, ο οποίος δεν συμμετείχε στην πράξη της διαφθοράς, η ακύρωση μπορεί να ζητηθεί μόνο εφόσον εκείνος προς τον οποίο απευθύνεται η δήλωση ή τρίτος που απέκτησε αμέσως δικαίωμα από αυτήν γνώριζε ή όφειλε να γνωρίζει την πράξη διαφθοράς.

2. Εκείνος που έχει δικαίωμα ακύρωσης της δικαιοπραξίας λόγω πράξης διαφθοράς έχει επίσης δικαίωμα, παράλληλα με την ακύρωση της δικαιοπραξίας, να ζητήσει την ανόρθωση κάθε άλλης ζημίας, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου δεύτερου του παρόντος ή να αποδεχθεί τη δικαιοπραξία και να ζητήσει μόνο ανόρθωση της ζημίας.»

Γ. Διατάξεις αστικού κώδικα

50. Εξάλλου, στα άρθρα 174, 178 και 179 του αστικού κώδικα, ορίζεται ότι: *«Δικαιοπραξία που αντιβαίνει σε απαγορευτική διάταξη του νόμου, αν δεν συνάγεται κάτι άλλο, είναι άκυρη.»* (άρθρο 174 ΑΚ), *«Δικαιοπραξία που αντιβαίνει στα χρηστά ήθη είναι άκυρη.»* (άρθρο 178 ΑΚ), *«Άκυρη ως αντίθετη προς τα χρηστά ήθη είναι ιδίως η δικαιοπραξία με την οποία δεσμεύεται υπερβολικά η ελευθερία του προσώπου ή η δικαιοπραξία με την οποία εκμεταλλεύεται κάποιος την ανάγκη, την κουφότητα ή την απειρία του άλλου και πετυχαίνει έτσι να συνομολογήσει ή να πάρει για τον εαυτό του ή τρίτο, για κάποια παροχή, περιουσιακά ωφελήματα, που, κατά τις περιστάσεις, βρίσκονται σε φανερή δυσαναλογία προς την παροχή.»* (άρθρο 179 ΑΚ).

50α. Περαιτέρω, στις διατάξεις των άρθρων 154 – 157 του αστικού κώδικα, που εφαρμόζονται σχετικά με την ακύρωση συμβάσεως (και στις οποίες παραπέμπει ρητά το άρθρο τέταρτο του ν. 2957/2001) ορίζονται τα εξής: *«Η ακύρωση δικαιοπραξίας λόγω πλάνης, απάτης ή απειλής επέρχεται με δικαστική απόφαση. Την ακύρωση έχουν το δικαίωμα να ζητήσουν μόνο αυτός που πλανήθηκε ή απατήθηκε ή απειλήθηκε και οι κληρονόμοι τους.»* (άρθρο 154), *«Η αγωγή για ακύρωση απευθύνεται κατά του άλλου συμβαλλομένου αν πρόκειται για μονομερή δικαιοπραξία, απευθύνεται κατά εκείνου που αντλεί άμεσα από αυτήν έννομο συμφέρον.»* (άρθρο 155), *«Η παραίτηση του δικαιούχου επιφέρει απόσβεση του δικαιώματος για ακύρωση. Η παραίτηση, ρητή ή σιωπηρή, δεν είναι ανάγκη να*

ΓΧ

απευθυνθεί σε άλλον» (άρθρο 156), *«Όταν περάσουν δύο χρόνια από τη δικαιοπραξία επέρχεται απόσβεση του δικαιώματος για ακύρωση. Αν η πλάνη ή η απάτη ή η απειλή εξακολούθησαν και μετά τη δικαιοπραξία, η διετία αρχίζει από τότε που πέρασε η κατάσταση αυτή. Σε καμιά περίπτωση δεν επιτρέπεται ακύρωση όταν περάσουν είκοσι χρόνια από τη δικαιοπραξία.»* (άρθρο 157).

51. Τέλος, στις διατάξεις των άρθρων 847, 851 και 864 του αστικού κώδικα, ορίζεται ότι: *«Με τη σύμβαση της εγγύησης ο εγγυητής αναλαμβάνει απέναντι στο δανειστή την ευθύνη ότι θα καταβληθεί η οφειλή»* (άρθρο 847), *«Ο εγγυητής ευθύνεται για την έκταση που έχει κάθε φορά η κύρια οφειλή, και ιδίως για τις συνέπειες του πταίσματος ή της υπερημερίας του πρωτοφειλέτη»* (άρθρο 851), *«Όταν η κύρια οφειλή αποσβεστεί, ο εγγυητής ελευθερώνεται, εκτός αν η απόσβεση επήλθε από δικό του πταίσμα»* (άρθρο 864).

Οι όροι της σύμβασης

52. Περαιτέρω, στα άρθρα 1, 11, 13, 15 και 23 της Σύμβασης με αριθμό 016Α/03 μεταξύ του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας και της αλλοδαπής εταιρίας «KR.M.» συνομολογούνται, μεταξύ άλλων, τα ακόλουθα:

Άρθρο 1 : Αντικείμενο Σύμβασης

«1. Το αντικείμενο αυτής της Σύμβασης είναι η αγορά εκ μέρους του ΑΓΟΡΑΣΤΗ από τον ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗ, εκατόν εβδομήντα (170) Αρμάτων μάχης τύπου LEO 2HEL, δώδεκα (12) Αρμάτων Περισυλλογής, Οκτώ (8) Γεφυροφόρων Αρμάτων, εξομοιωτών και εκπαιδευτικού εξοπλισμού, μετά των ανταλλακτικών, εργαλείων, βιβλιογραφίας και εξοπλισμού υποστήριξης που τα συνοδεύουν για τη λειτουργία και συντήρησή τους, που στο εξής θα καλούνται «συμβατικά υλικά και υπηρεσίες» με δικαίωμα προαίρεσης (OPTION) για την προμήθεια επιπρόσθετων υλικών και υπηρεσιών, προς κάλυψη επιχειρησιακών αναγκών του ΓΕΣ. 2. ...»

Άρθρο 11 : Εγγύηση Καλής Λειτουργίας

«1. Ο ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗΣ εγγυάται: α. Ότι τα συμβατικά υλικά, κατά την παράδοσή τους θα ανταποκρίνονται πλήρως στις τεχνικές περιγραφές των αντιστοίχων ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΩΝ της παρούσας, θα είναι δε ελεύθερα ελαττωμάτων τόσο ως προς τα υλικά από τα οποία είναι κατασκευασμένα όσο και από πλευράς εργασίας. β. Την καλή λειτουργία όλων των συμβατικών υλικών, ... , για χρονικό διάστημα δύο (2) ετών από της υπογραφής των πρωτοκόλλων οριστικής ποιοτικής και ποσοτικής

παραλαβής, σε συνθήκες κανονικής χρήσης και συντήρησης, με εξαίρεση ... της βαφής των αρμάτων ... , για τα οποία παρέχονται οι παρακάτω εγγυήσεις:

(1) ... (3) Για τη βαφή των αρμάτων, 60 μήνες από οριστικής ποιοτικής και ποσοτικής παραλαβής. (4) ...

2. ... 3. ... Η αντικατάσταση των αναλώσιμων υλικών, όπως φίλτρα, ιμάντες, κολάρα κλπ., που προβλέπεται από τις οδηγίες συντηρήσεως και μόνο, δεν καλύπτεται από την παρούσα εγγύηση. 4. ...»

Άρθρο 13 : Εγγυοδοσία

«1. Ο ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗΣ υποχρεούται να καταθέσει τις παρακάτω εγγυητικές επιστολές Τράπεζας ή κοινοπραξίας τραπεζών από αυτές που λειτουργούν και είναι αναγνωρισμένες στην Ελλάδα ή στη Γερμανία:

α. <u>Εγγυητική Επιστολή Προκαταβολής</u>...

β. <u>Εγγυητική Επιστολή Καλής Εκτέλεσης της Σύμβασης</u> (1) Εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης, ίσης με το 10% της συνολικής συμβατικής τιμής, η οποία θα δοθεί πριν από την ημερομηνία λήψης της προκαταβολής, όπως καθορίζεται στο άρθρο 24 (ΕΝΕΡΓΟΠΟΙΗΣΗ – ΔΙΑΡΚΕΙΑ ΣΥΜΒΑΣΗΣ) και θα μειώνεται αναλογικά σύμφωνα με την αξία των παραληφθέντων υλικών ή υπηρεσιών της Σύμβασης. Η εγγυητική αυτή επιστολή θα εκπίπτει σταδιακά μέχρι του ποσοστού 2,5% της συνολικής συμβατικής τιμής, το οποίο θα παραμείνει σε ισχύ μέχρι την λήξη της περιόδου της εγγυήσεως του τελευταίου παραληφθέντος συμβατικού υλικού. Θα επιστραφεί δε στον ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗ, εντός τριάντα (30) ημερών από την λήξη της περιόδου εγγυήσεως του τελευταίου παραληφθέντος συμβατικού υλικού, μαζί με μία υπογεγραμμένη δήλωση με την οποία θα επιβεβαιώνεται η ολοκλήρωση των υποχρεώσεών του. Το περιεχόμενο της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης θα είναι διατυπωμένο σύμφωνα με το υπόδειγμα ...

2. Η κατάπτωση των εγγυήσεων καλής εκτέλεσης της Σύμβασης, ..., υπέρ του ΑΓΟΡΑΣΤΗ, θα γίνεται σε κάθε περίπτωση μετά από έγγραφη δήλωση του ΑΓΟΡΑΣΤΗ προς την εγγυήτρια Τράπεζα ότι ο ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗΣ δεν εκπλήρωσε τις υποχρεώσεις του, που απορρέουν από τη Σύμβαση και καλύπτονται από τη συγκεκριμένη Εγγυητική Επιστολή, ενώ είχε ειδοποιηθεί εξήντα (60) ημέρες ενωρίτερα για να επανορθώσει. ...

3. ... 5. Σε περίπτωση ανάγκης τροποποίησης των εγγυητικών επιστολών προκαταβολής και καλής εκτέλεσης, ο ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗΣ, αμέσως μετά την υπογραφή

ΓΧ

της σχετικής Τροποποίησης της Σύμβασης, θα δίνει εντολή στην τράπεζα B.H. und Vereinsbank προκειμένου να εκδώσει ανάλογες τροποποιήσεις αυτών. Μετά από αίτηση της Τράπεζας, ο ΑΓΟΡΑΣΤΗΣ θα εγκρίνει εγγράφως τις τροποποιήσεις των εγγυητικών εκτός εάν αυτές δεν συμφωνούν με τα υποδείγματα που περιλαμβάνονται στην τροποποίηση της Σύμβασης. 6. ... »

Άρθρο 15 : Ποινικές ρήτρες

«1. ... 3. Η είσπραξη των ποινικών ρητρών, που προβλέπονται στο παρόν άρθρο θα γίνεται ή από τον ΑΓΟΡΑΣΤΗ με παρακράτηση των αντίστοιχων ποσών, κατά τις αποπληρωμές των υλικών των επομένων τμηματικών παραδόσεων ή με απευθείας πληρωμή από τον ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗ ή με κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης. Η είσπραξη των προστίμων δεν θα προκαλέσει κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης αν τα εν λόγω πρόστιμα έχουν παρακρατηθεί από τις αποπληρωμές των υλικών ή έχουν πληρωθεί απ' ευθείας από τον ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗ. 4. ...»

Άρθρο 23 : Τροποποίηση – Εκχώρηση Σύμβασης

«1. Η Σύμβαση μπορεί να τροποποιηθεί, μεταβληθεί ή διορθωθεί μόνον κατόπιν αμοιβαίας εγγράφου συμφωνίας μεταξύ ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗ και ΑΓΟΡΑΣΤΗ. 2. ... 3. Για την τροποποίηση της Σύμβασης θα ακολουθείται η παρακάτω διαδικασία: α. Το μέρος που επιθυμεί την τροποποίηση θα υποβάλει στο άλλο μέρος ένα έγγραφο αίτημα όπου θα προσδιορίζει τις λεπτομέρειες της επιθυμητής τροποποίησης. β. Το μέρος που θα λαμβάνει το αίτημα τροποποιήσεως θα απαντά εντός τριάντα (30) ημερών εγγράφως και θα γνωρίζει αν επιθυμεί ή όχι την τροποποίηση της Σύμβασης. 4. Η τροποποίηση θα ισχύει και θα γίνεται μέρος της παρούσας Σύμβασης από την ημερομηνία υπογραφής της από τα δύο μέρη. 5. ...»

Η Γνωμοδότηση της Β' Τακτικής Ολομέλειας του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους με αριθμό 187/2016

53. Με το έγγραφο της Γενικής Διεύθυνσης Αμυντικών Εξοπλισμών και Επενδύσεων (ΓΔΑΕΕ) με αριθμό Φ.600/6981/Σ.1930/11-5-2016, διαβιβάστηκε στο Νομικό Συμβούλιο του Κράτους, πίνακας Κύριων Συμβάσεων και Συμβάσεων Αντισταθμιστικών Ωφελημάτων σε εξέλιξη, οι οποίες έχουν αποσταλεί στην Εισαγγελία προς διερεύνηση – έρευνα, μεταξύ των οποίων και η υπό κρίση Σύμβαση 016Α/03 και διατυπώθηκε το βασικό ερώτημα αν η αρξαμένη ποινική διαδικασία κατά των οργάνων ή εκπροσώπων των εταιριών Α... και RH... και διαφόρων

φυσικών προσώπων για τη διερεύνηση και ποινική αξιολόγηση αξιόποινων πράξεων, που φέρεται να τελέστηκαν σε βάρος του Ελληνικού Δημοσίου / Υπουργείου Εθνικής Άμυνας κατά τη σύναψη συμβάσεων προμήθειας οπλικών συστημάτων και αντισταθμιστικών ωφελημάτων με το Ελληνικό Δημόσιο, μπορεί να επηρεάσει καθ' οιονδήποτε τρόπο την εξέλιξη των εν λόγω συμβάσεων, στις οποίες συμμετείχαν καθ' οιονδήποτε τρόπο (π.χ. ως προμηθεύτριες, υποκατασκευάστριες κλπ.) οι ως άνω δύο εταιρίες.

54. Σύμφωνα με τη Γνωμοδότηση της Β' Τακτικής Ολομέλειας του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, με αριθμό 187/2016, δεν είναι δυνατόν να επηρεασθεί η εξέλιξη των επίμαχων συμβάσεων, διότι αυτές μέχρι την ακύρωσή τους με τελεσίδικη δικαστική απόφαση, παράγουν όλες τις έννομες συνέπειές τους και ειδικότερα δεν μπορεί να ανασταλεί ή να διακοπεί η εκπλήρωση των συμβατικών υποχρεώσεων του Ελληνικού Δημοσίου / Υπουργείου Εθνικής Άμυνας, εφόσον οι επίμαχες συμβάσεις δεν έχουν ακυρωθεί με τελεσίδικες δικαστικές αποφάσεις και οι ως άνω αντισυμβαλλόμενες του Δημοσίου εταιρίες συνεχίζουν να εκπληρώνουν τις δικές τους συμβατικές υποχρεώσεις. Σε περίπτωση καταδικαστικής απόφασης, το Ελληνικό Δημόσιο, εφόσον κρίνει ότι συντρέχουν οι νόμιμες προϋποθέσεις, δύναται να ζητήσει με αγωγή, ανταγωγή ή ένσταση από το αρμόδιο δικαστήριο την ακύρωση της σχετικής σύμβασης, είτε κατ' ευθεία εφαρμογή των διατάξεων του ν. 5227/1931 είτε κατ' αναλογική εφαρμογή των διατάξεων του ν. 2957/2001. Περαιτέρω, δυνάμει των διατάξεων του ν. 2957/2001, παρέχεται στο θύμα της διαφθοράς Ελληνικό Δημόσιο και το δικαίωμα να ζητήσει, παράλληλα με την ακύρωση της διοικητικής σύμβασης, την ανόρθωση κάθε ζημίας, που υπέστη από την εμφιλοχώρηση της πράξης διαφθοράς κατά το στάδιο κατάρτισής της, και εναλλακτικά να αξιώσει αποζημίωση για υλική ζημία και ηθική βλάβη με βάση τις διατάξεις των άρθρων 914 επομ. και 932 του ΑΚ, αποδεχόμενο την ελαττωματική λόγω εμφιλοχώρησης πράξης διαφθοράς σύμβαση.

55. Το Ελληνικό Δημόσιο, δύναται όμως, άμεσα και χωρίς να αναμένει την έκδοση οποιασδήποτε οριστικής, τελεσίδικης ή αμετάκλητης καταδικαστικής απόφασης των ποινικών δικαστηρίων, να στραφεί δικαστικά κατά των φυσικών ή και νομικών προσώπων και να αναζητήσει ενώπιον των αρμοδίων δικαστηρίων την ανόρθωση κάθε θετικής και αποθετικής ζημίας του, πρωτίστως δε, το σύνολο των παράνομων πληρωμών που μη νόμιμα προσαύξησαν το τίμημα της κάθε σύμβασης, καθώς και χρηματική ικανοποίηση για την ηθική βλάβη, που αυτό υπέστη, εφόσον από το

ΟΧ

ιστορικό που δίδει η Υπηρεσία, προκύπτει ότι υφίστανται ικανά και επαρκή στοιχεία που θα μπορούσαν να τεκμηριώσουν και να υποστηρίξουν τέτοιες δικαστικές ενέργειες κατά των εμπλεκομένων φυσικών ή και νομικών προσώπων, λαμβανομένου υπόψη, ότι προκειμένου να επιλεγούν οι ενδεδειγμένες κάθε φορά ενέργειες σχετικά με την εξέλιξη μίας σύμβασης, στις οποίες θα πρέπει να προβεί η Υπηρεσία, η τελευταία οφείλει να αξιολογήσει τα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά σε συνδυασμό με τα ειδικά χαρακτηριστικά της σύμβασης, το στάδιο υλοποίησής της και το εκάστοτε νομικό καθεστώς που τη διέπει, ώστε να σταθμισθεί εάν πράγματι οι όποιες ενέργειες από την πλευρά του συμβαλλόμενου Δημοσίου που επεμβαίνουν στη συμβατική σχέση, κατατείνουν στη θεραπεία του δημοσίου συμφέροντος.

ΕΡΜΗΝΕΙΑ ΚΑΙ ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΔΙΑΤΑΞΕΩΝ

Από τις προπαρατιθέμενες διατάξεις, ερμηνευόμενες αυτοτελώς και σε συνδυασμό μεταξύ τους, εντασσόμενες και στο συνολικό νομικό πλαίσιο και το σκοπό που εξυπηρετούν, συνάγονται τα ακόλουθα:

Α. Ερμηνεία διατάξεων περί προμηθειών των Ενόπλων Δυνάμεων

56. Σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διάταξη του άρθρου 109 παρ. 3 του ν. 3978/2011, οι συμβάσεις προμηθειών που έχουν συναφθεί πριν από την 16 Ιουνίου 2011 (ημερομηνία έναρξης της ισχύος του), εκτελούνται σύμφωνα με το καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο σύναψής τους. Ομοίως, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 73 παρ. 2 του προϊσχύσαντος ν. 3433/2006, προμήθειες αμυντικού υλικού, που ήδη έχουν προκηρυχθεί ή εκτελούνται κατά το χρόνο που ο νόμος αυτός τίθεται σε ισχύ (08.04.2006), εξακολουθούν να διέπονται και να ρυθμίζονται από τις ισχύουσες διατάξεις. Η Σύμβαση 016Α/03 διεπόταν κατά το χρόνο σύναψής της από τις διατάξεις του π.δ. 284/1989 και, συνεπώς, εκτελείται βάσει των διατάξεων του ως άνω προεδρικού διατάγματος (Γνωμ. ΝΣΚ 3/2017, 106/2016, 179/2015, 338/2014, 99/2014, 467/2012 κ.ά.)

57. Από το συνδυασμό των διατάξεων δημόσιας τάξης των άρθρων 17 παρ. 1 και 5 και 66 του π.δ. 284/1989, συνάγεται ότι η τροποποίηση των συμβάσεων προμήθειας των ενόπλων δυνάμεων, καταρχήν απαγορεύεται, επιτρέπεται δε μόνον κατ' εξαίρεση και υπό τις προϋποθέσεις που ορίζονται περιοριστικά στο άρθρο 66 και αφού τηρηθεί η διαγραφόμενη στο άρθρο αυτό τυπική διαδικασία. Ειδικότερα, σύμφωνα με τις διατάξεις του ανωτέρω άρθρου, η τροποποίηση των όρων των συμβάσεων, που εμπίπτουν στο ρυθμιστικό του

πεδίο, επιτρέπεται στις αναφερόμενες στην παράγραφο 1 περιπτώσεις και μόνον ύστερα από σχετική γνωμάτευση της Κεντρικής Γνωμοδοτικής Επιτροπής Προμηθειών (Κ.Γ.Ε.Π.). Εφόσον όμως πρόκειται για τροποποίηση θεμελιώδους όρου, που δεν περιλαμβάνεται στην παράγραφο 1, απαιτείται, σύμφωνα με την παράγραφο 2, εκτός από την γνωμάτευση της Κ.Γ.Ε.Π. και γνωμοδότηση του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους. Ως θεμελιώδεις δε διατάξεις, ο νομοθέτης κατονομάζει καταρχήν όσες δεν περιλαμβάνονται στις περιπτώσεις α' – γ' της παραγράφου 1 του άρθρου 66 και σε κάθε περίπτωση όσες αναφέρονται σε αντικείμενο της σύμβασης, που η τροποποίησή τους επιφέρει βλάβη στα συμφέροντα του Δημοσίου.

58. Γίνεται δεκτό ότι για να έχει το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους την αρμοδιότητα να γνωμοδοτήσει, κατά το άρθρο 66 παρ. 2 εδαφ. α' του π.δ. 284/1989, δεν αρκεί, κατά την αληθή ερμηνεία της ανωτέρω διατάξεως, η επιδιωκόμενη τροποποίηση να αφορά απλώς θεμελιώδη όρο της σύμβασης, αλλά απαιτείται, επιπροσθέτως, να προκαλείται από αυτήν βλάβη στα συμφέροντα του Δημοσίου. Προκειμένου δε το ΝΣΚ να εκδώσει τη σχετική γνωμοδότησή του, στο πλαίσιο και της γενικής, κατά το άρθρο 2 του ν. 3086/2002 «Οργανισμός του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους ...», αρμοδιότητάς του για καθοδήγηση των ενεργειών της Διοίκησης με νομικές γνωμοδοτήσεις, θα πρέπει να εξειδικεύεται από την Υπηρεσία κατά τρόπο ειδικό ότι η επιδιωκόμενη τροποποίηση είναι απαραίτητη και αναγκαία για την πραγμάτωση του σκοπού της σύμβασης (Γνωμ. ΝΣΚ 179/2015, 338/2014, 99/2014 (πλειοψ.), 311/2013 (πλειοψ.), 245/2013, 467 και 348/2012, 419/2011, 390/2011, 86/2009, 27/2009 (πλειοψ.), 12/2009 (πλειοψ.), 601/2008, contra 264/2005 και 580/2004).

59. Σε κάθε περίπτωση, πριν την έκδοση γνωμοδότησης του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, απαιτείται να έχει προηγηθεί η έκδοση γνωμάτευσης της Κεντρικής Γνωμοδοτικής Επιτροπής Προμηθειών κατ' άρθρο 17 παρ. 5 περ. β' του π.δ. 284/1989 (Γνωμ. ΝΣΚ 338/2014, 99/2014 (πλειοψ), 311/2013 (πλειοψ.), 245/2013, 467 και 348/2012, 419/2011, 27/2009 (πλειοψ) και 12/2009 (πλειοψ), 601/2008). Επισημαίνεται ότι, κατά την ορθή και σύμφωνη με το πνεύμα και τον σκοπό των ανωτέρω διατάξεων ερμηνεία τους, το περιεχόμενο της «γνωμάτευσης» της ΚΓΕΠ δεν είναι άνευ ετέρου δεσμευτικό για το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους, το οποίο δύναται, ύστερα από εκτίμηση όλων των δεδομένων και των στοιχείων του συγκεκριμένου φακέλου, να γνωμοδοτήσει διαφορετικά, αιτιολογώντας την άποψή του (Γνωμ. ΝΣΚ 106/2016, 245/2010).

60. Κάθε τροποποίηση, η νομιμότητα της οποίας κρίνεται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, πρέπει να είναι αναγκαία λόγω ικανοποίησης των εκάστοτε δημοσίων αναγκών, να αποβλέπει στη θεραπεία νόμιμου σκοπού δημοσίου συμφέροντος, να μην επέρχεται με

ΓΧ

αυτήν ουσιώδης βλάβη των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής και να μην καταλήγει σε ανατροπή των οικονομικών δεδομένων ενόψει των οποίων αυτή καταρτίστηκε και στα οποία απέβλεψαν τα συμβαλλόμενα μέρη. Σε κάθε περίπτωση τα γεγονότα ή οι καταστάσεις που επιβάλλουν την τροποποίηση δεν πρέπει να οφείλονται οπωσδήποτε σε λόγους που αφορούν το πρόσωπο του αντισυμβαλλομένου και πολύ περισσότερο σε αντισυμβατική συμπεριφορά του. (βλ. Ευαγγέλου Α. Καραθανασόπουλου «Ο προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο» σελ. 35, όπου και παραπομπή στις Πράξεις 26/2007 Κλιμακίου ΕλΣυν και 19/2006 του Ζ' Κλιμακίου ΕλΣυν., Γνωμ. ΝΣΚ 240/2011).

61. Εξάλλου, στην περίπτωση κατάφασης της αρμοδιότητάς του, το ΝΣΚ γνωμοδοτεί, σύμφωνα με τα επικαλούμενα από την αρμόδια υπηρεσία πραγματικά περιστατικά και στοιχεία, αν η επέμβαση στον ενοχικό δεσμό είναι νόμιμη και αιτιολογείται επαρκώς (Γνωμ. ΝΣΚ 338/2014, 99/2014 (πλειοψ), 336/2004 (Ολομ.), 311/2013 (πλειοψ.), 245/2013, 348/2012, 419/2011, 420, 419, 394, 300 και 2/2008, 6/2007, 332 και 264/2005, 580 και 470/2004, 535/2002). Ακραίο όριο δε κάθε τροποποίησης, είναι η εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος, υπό την έννοια ότι εξυπηρετείται ο σκοπός για τον οποίο έχει συναφθεί η σύμβαση (Γνωμ. ΝΣΚ 338/2014, 99/2014 (πλειοψ), 427/2003 (Ολομ.), 311/2013 (πλειοψ.), 245/2013, 348/2012, 419/2011, 420, 419, 394, 300 και 2/2008, 6/2007, 264/2005, 580/2004 και 470/2004).

62. Σε κάθε περίπτωση, η εκτίμηση από ουσιαστική άποψη των όρων του σχεδίου τροποποίησης μιας σύμβασης και ειδικότερα, αν αυτοί είναι συμφέροντες για το Δημόσιο ή εξυπηρετούν τους σκοπούς της σύμβασης, ιδίως και κυρίως όταν για την εκτίμηση αυτή απαιτούνται τεχνικές ή/και οικονομικές κρίσεις, ανήκει στην κυριαρχική εξουσία και ευθύνη της Διοίκησης (ΣτΕ 3199/2003, NoB 52, 1842, Γνωμ. ΝΣΚ 338/2014, 99/2014 (πλειοψ), 311/2013 (πλειοψ.), 245/2013, 240/2011, 601, 420, 419, 394, 300 και 2/2008, 6/2007, 365/2006, 237 και 55/2005).

Β. Ερμηνεία διατάξεων περί Διαφθοράς

63. Τα άρθρα 1, 3 και 4 του ν. 5227/1931 «Περί Μεσαζόντων» αναφέρονται σε ακυρότητα της συμφωνίας για την υπόσχεση ή παροχή δώρου. Αντίθετα η σύμβαση που «*οφείλεται κυρίως ή υπήρξε αποτέλεσμα*» ενέργειας που προκλήθηκε από την δωροδοκία είναι ακυρώσιμη (άρθρο 5 του ν. 5227/1931). Πιο συγκεκριμένα, ο νομοθέτης, με το άρθρο 5 του ν. 5227/1931, έχει ορίσει ότι εάν συνομολογηθείσα σύμβαση με το Δημόσιο ή ΝΠΔΔ οφείλεται κυρίως ή υπήρξε αποτέλεσμα ανήθικης συμφωνίας (πράξης διαφθοράς, άσκησης αθέμιτης επιρροής κλπ.) του αντισυμβαλλομένου του Δημοσίου ή του ΝΠΔΔ με υπάλληλο των τελευταίων ή και

τρίτο πρόσωπο, το Δικαστήριο δύναται να κηρύξει εν όλω ή εν μέρει άκυρη τη σύμβαση, ύστερα από αίτηση του Δημοσίου ή του νομικού προσώπου. Με τη δυνητική αυτή σχετική ακυρότητα, που μπορεί να επικαλεσθεί αποκλειστικά το Δημόσιο (ή το ΝΠΔΔ) μόνο δικαστικά, το δικαστήριο δεν δεσμεύεται στη διάγνωση της ακυρότητας της σύμβασης, έχει δε τις εξής εναλλακτικές δυνατότητες: α) να θεωρήσει ότι η σύμβαση είναι έγκυρη, επειδή λ.χ. έχει εκτελεσθεί επί μακρόν η δικαιοπραξία, χωρίς να ανακύπτει ζημία για το Δημόσιο, β) να κηρύξει την ακυρότητα ολόκληρης της σύμβασης, επειδή λ.χ. συνάγεται ότι η εκτέλεση της δικαιοπραξίας από τον συγκεκριμένο συμβαλλόμενο θα προκαλέσει υπέρμετρη βλάβη σε κρατικά έννομα αγαθά (δημόσια περιουσία, κύρος δημόσιων υπηρεσιών κλπ.), γ) να κηρύξει τη μερική ακυρότητα της σύμβασης λ.χ. του όρου εκείνου που η διαμόρφωσή του συνδέεται αιτιωδώς με την πράξη διαφθοράς (Σωτ. Ιωακειμίδη: Η διαφθορά ως λόγος ακυρωσίας των δικαιοπραξιών, ΧρΙΔ ΙΒ/2012, σελ. 19 επ.).

64. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 8 της από 4-11-1999 Σύμβασης του Συμβουλίου της Ευρώπης για θέματα Αστικού Δικαίου περί Διαφθοράς και το άρθρο τέταρτο του κυρωτικού ν. 2957/2001, η σύμβαση, που συνήφθη ως αποτέλεσμα διαφθοράς, είναι ακυρώσιμη, δηλαδή η ακύρωση επέρχεται με διαπλαστική δικαστική απόφαση (κατ' άρθρο 154 εδαφ. α' του αστικού κώδικα, στο οποίο παραπέμπει το άρθρο τέταρτο του κυρωτικού ν. 2957/2001), από το δικαστήριο ή το διαιτητικό δικαστήριο, μετά από αίτημα αυτού του οποίου η δήλωση βούλησης επηρεάσθηκε από την πράξη διαφθοράς (ΑΚ 154 εδάφ. β'), ενώ το σχετικό δικαίωμα μπορεί να ασκηθεί και κατ' ένσταση. Πρέπει να επισημανθεί ότι θέμα ακύρωσης της σύμβασης τίθεται όταν η διαφθορά (δωροδοκία) επηρέασε δήλωση βούλησης με την οποία συνήφθη η Σύμβαση, ενώ όταν η διαφθορά επηρέασε άλλη συμπεριφορά (όπως την παραλαβή), η συνέπεια είναι αποζημίωση (άρθρο δεύτερο του κυρωτικού νόμου 2957/2001).

65. Εξάλλου, όπως προκύπτει από την παράγραφο 2 του άρθρου τέταρτου του ν. 2957/2001, το δικαίωμα ακύρωσης της δικαιοπραξίας συρρέει σωρευτικά με την αξίωση αποζημίωσης του προστατευόμενου - λόγω τέλεσης σε βάρος του της ειδικής αδικοπραξίας του άρθρου δεύτερου του αυτού νόμου - θύματος διαφθοράς. Με την ίδια παράγραφο παρέχεται επίσης το δικαίωμα στο θύμα διαφθοράς να αποδεχθεί τη δικαιοπραξία και να ζητήσει μόνο ανόρθωση της ζημίας. Στην περίπτωση αυτή το περιεχόμενο της αποζημίωσης αντιστοιχεί στην περιουσιακή βλάβη που υφίσταται το θύμα διαφθοράς από την εκτέλεση της δικαιοπραξίας, που

ΓΧ

καταρτίστηκε υπό το κράτος της πράξης διαφθοράς, δηλαδή θα αναζητηθεί τι θα είχε κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων το θύμα εάν προέβαινε στην κατάρτιση και εκτέλεση της δικαιοπραξίας αυτής χωρίς να έχει διαμορφωθεί ελαττωματικά η δήλωση βούλησής του (θετικό διαφέρον) (βλ. ΑΠ 1960/2009).

66. Τόσο ο νεώτερος ν. 2957/2001, όσο και ο κατά πολύ παλαιότερος ν. 5227/1931, προβλέπουν τη δυνατότητα ακύρωσης της σύμβασης, που συνήφθη ως αποτέλεσμα διαφθοράς / δωροδοκίας, πράγμα που σημαίνει ότι αυτή είναι η διαχρονική βούληση του νομοθέτη, δηλαδή η ακυρωσία της σχετικής δικαιοπραξίας.

67. Όσον αφορά στην ενέργεια της ακύρωσης, εφαρμόζεται αναλογικά η διάταξη του άρθρου 184 του αστικού κώδικα (βλ. και Εισηγητική Έκθεση του ν. 2957/2001), που σημαίνει ότι μέχρι την έκδοση τελεσίδικης δικαστικής απόφασης, που θα παράγει δεδικασμένο (ΚΠολΔ 321), επέρχονται κανονικά τα έννομα αποτελέσματα της δικαιοπραξίας. Μετά την έκδοση αυτής, η δικαιοπραξία εξομοιώνεται με εξαρχής άκυρη, θεωρείται δηλαδή σα να μην έγινε (ΑΚ 180) και ανατρέπονται αναδρομικά οι έννομες συνέπειές της.

Γ. Υπαγωγή

68. Κατά τη συζήτηση στο Τμήμα ως προς το παραδεκτό του ερωτήματος, που υποβλήθηκε στο ΝΣΚ κατά το άρθρο 66 του πδ 284/1989, διαμορφώθηκαν δύο γνώμες. Κατά την πλειοψηφήσασα γνώμη, που σχηματίστηκε από τον Πρόεδρο του Τμήματος Ιωάννη – Κωνσταντίνο Χαλκιά, Αντιπρόεδρο ΝΣΚ, και τα μέλη Ιωάννη Διονυσόπουλο, Γεώργιο Κανελλόπουλο, Βασιλική Τύρου, Νικόλαο Δασκαλαντωνάκη, Γεώργιο Ανδρέου και Ευαγγελία Σκαλτσά, Νομικούς Συμβούλους του Κράτους, (ψήφοι 7) για την κατάφαση της αρμοδιότητας του ΝΣΚ, αρκεί η αντικατάσταση, τροποποίηση, προσθήκη ή κατάργηση του περιεχομένου οποιουδήποτε όρου, που προκαλεί αντικειμενικά «βλάβη» στα συμφέροντα του Δημοσίου, υπό την έννοια ότι μεταβάλλεται μία διάταξη ή όρος ή ρήτρα της σύμβασης, κατά τρόπο που επέρχεται απομείωση των δικαιωμάτων του Δημοσίου από τη σύμβαση, (Γνωμ. ΝΣΚ 3/2017, 214/2016, 106/2016, 245/2010).

69. Στην εξεταζόμενη περίπτωση η απομείωση της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης, με την τροποποίηση του σχετικού όρου του άρθρου 13 της Σύμβασης, επιφέρει «αντικειμενικά» βλάβη στα συμφέροντα του Ελληνικού Δημοσίου, αφού συνεπάγεται απομείωση των δικαιωμάτων του από τη Σύμβαση και, επομένως, ιδρύεται εν προκειμένω αρμοδιότητα του ΝΣΚ προς έκδοση γνωμοδότησης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 66 παρ. 2 του π.δ/τος 284/1989.

70. Το στοιχείο της βλάβης εξάλλου, επισημαίνεται και στο Πρακτικό Σύσκεψης της Επιτροπής Διαπραγματεύσεων, που συντάχθηκε κατά τη συνεδρίαση της 17.02.2015, στο οποίο, μεταξύ άλλων, αναφέρεται ότι: *«...δεν κατέστη δυνατόν από την Επιτροπή Διαπραγματεύσεων να αποφανθεί σαφώς ότι τυχόν απομείωση της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης της σύμβασης, για οποιοδήποτε* ποσό, δεν προκαλεί βλάβη στο δημόσιο συμφέρον. β. ...».

71. Σύμφωνα με τις διευκρινίσεις, που έδωσαν κατά τη συνεδρίαση του Τμήματος οι υπηρεσιακοί παράγοντες (Διευθυντής, Τμηματάρχης και χειριστής της υπόθεσης, που υπηρετούν στη ΓΔΑΕΕ, δηλαδή στην ερωτώσα υπηρεσία, που είναι και η αρμόδια για την παρακολούθηση της εκτέλεσης της επίμαχης Σύμβασης υπηρεσία του Υπουργείου), η μείωση του ποσού της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης από το ποσό των 41.475.000 ευρώ, που ισχύει σήμερα, στο ποσό του 1.000.000 ευρώ, «εκ πρώτης όψεως» επιφέρει βλάβη στα συμφέροντα του Ελληνικού Δημοσίου, αφού μειώνεται το ποσό της τραπεζικής εγγύησης, που εξασφαλίζει τη συνεπή εκτέλεση των υποχρεώσεων της προμηθεύτριας, πλην, όμως, στο παρόν στάδιο, κατά το οποίο έχει εκτελεσθεί το 99,9% της σύμβασης, έχουν παραδοθεί όλα τα συμβατικά υλικά, πλην των ανταλλακτικών - αναλώσιμων της θέσης 261 του Παραρτήματος «1/Β» της Σύμβασης, συνολικής αξίας 113.883,48 ευρώ, ο καθορισμός και η παράδοση των οποίων προβλέπεται στο σχέδιο της 7^{ης} τροποποίησης και έχουν λήξει οι εγγυήσεις καλής λειτουργίας των παραδοθέντων υλικών, η υπό κρίση τροποποίηση καθίσταται επιβεβλημένη για την Υπηρεσία, αφού με αυτή επιτυγχάνεται η ομαλή ολοκλήρωση της Σύμβασης. (Για τα παραπάνω συντάχθηκε το Πρακτικό με αριθμό 509/15.02.2017 του Στ' Τμήματος του ΝΣΚ.)

72. Κατά τη γνώμη της μειοψηφίας, που σχηματίστηκε από τους Νομικούς Συμβούλους, Παρασκευά Βαρελά, Θεόδωρο Ψυχογυιό και Γαρυφαλιά Σκιάνη (ψήφοι 3), υποστηρίχθηκαν τα ακόλουθα: Ως έχει γίνει παγίως δεκτό, απαραίτητη προϋπόθεση, ώστε το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους να κέκτηται αρμοδιότητα να γνωμοδοτήσει, κατά το άρθρο 66 παρ. 2 εδαφ. α' του π.δ. 284/1989, σχετικά με την τροποποίηση συμβατικού όρου, δεν είναι, κατά την αληθή ερμηνεία της ανωτέρω διάταξης, μόνον η διαπίστωση ότι η επιδιωκόμενη τροποποίηση αφορά σε θεμελιώδη όρο της σύμβασης, αλλά και ότι προκαλείται, επιπροσθέτως, από την τροποποίηση αυτή, βλάβη στα συμφέροντα του Δημοσίου, η συνδρομή της οποίας, ως στοιχείο του ιστορικού, πρέπει, ευλόγως, να αναφέρεται ρητώς και εγγράφως από την Υπηρεσία είτε στο τιθέμενο ερώτημα είτε στα, συνοδευτικά αυτού, έγγραφα στοιχεία του φακέλου. Προκειμένου δε το ΝΣΚ να εκδώσει τη

ΓΧ

σχετική γνωμοδότησή του, στο πλαίσιο και της γενικής, κατ' άρθρο 2 του ν. 3086/2002 «Οργανισμός του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους...», αρμοδιότητάς του για καθοδήγηση των ενεργειών της Διοίκησης με νομικές γνωμοδοτήσεις, θα πρέπει να αναλύεται από την Υπηρεσία κατά τρόπο ειδικό, ότι η επιδιωκόμενη τροποποίηση είναι απαραίτητη και αναγκαία για την πραγμάτωση του σκοπού της σύμβασης (Γνωμ. ΝΣΚ 106/2016, 179/2015, 338/2014, 99/2014, 311/2013, 245/2013, 467 και 348/2012, 419/2011, 390/2011, 86/2009, 27/2009, 12/2009, 601/2008, contra 264/2005 και 580/2004). Ενόψει των ανωτέρω, κατά την άποψη της μειοψηφίας, είναι προφανές ότι, στο υπό κρίση ερώτημα του ΥΕΘΑ, το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους στερείται γνωμοδοτικής αρμοδιότητας και, ως εκ τούτου, οφείλει να απόσχει από την έκδοση γνωμοδότησης ως προς το ενδεδειγμένο ή μη της ως άνω Τροποποίησης, καθόσον ούτε από το ερώτημα ή από το εισηγητικό ιστορικό αλλά ούτε από τα έγγραφα στοιχεία του οικείου φακέλου, που τέθηκαν υπόψη του Τμήματος, δεν προκύπτει η επίσημη και έγγραφη θέση της Υπηρεσίας, περί συνδρομής βλάβης εις βάρος του Δημοσίου, από τη συνομολόγηση της υπό κρίση 7ης Τροποποίησης της ως άνω αναφερόμενης Σύμβασης.

73. Μετά ταύτα και ως συνέπεια της πιο πάνω γνώμης της πλειοψηφίας, η επιδιωκόμενη 7η τροποποίηση της Σύμβασης 016Α/03 πρέπει να εξεταστεί περαιτέρω, προκειμένου το ΝΣΚ να εκδώσει, σύμφωνα με τα προαναφερθέντα, τη θετική ή αρνητική γνωμοδότησή του.

74. Για τη νομιμότητα της εξεταζόμενης 7ης τροποποίησης της Σύμβασης 016Α/03, από τα στοιχεία του φακέλου που τέθηκαν και υπόψη του Τμήματος εκ μέρους της ερωτώσας υπηρεσίας, καθώς και από τις διευκρινίσεις, που παρείχαν κατά τη συνεδρίαση του Τμήματος ο Διευθυντής και ο Τμηματάρχης της αρμόδιας υπηρεσίας, καθώς και ο χειριστής της υπόθεσης, προκύπτει ότι η εξεταζόμενη τροποποίηση, στηρίζεται καταρχήν στις διατάξεις των άρθρων 66 του π.δ. 284/1989 και 23 της Σύμβασης με αριθμό 016Α/2003 και ότι έχει τηρηθεί η προβλεπόμενη από τις διατάξεις αυτές τυπική διαδικασία. Ειδικότερα, η αντισυμβαλλόμενη εταιρία υπέβαλε έγγραφα αιτήματα προσδιορίζοντας τις επιθυμητές τροποποιήσεις και συγκροτήθηκε Επιτροπή Διαπραγματεύσεων, η οποία ολοκλήρωσε το έργο της, συντάχθηκε δε σχετικά το κοινό πρακτικό διαπραγματεύσεων με ημερομηνία 5-11-2015 μεταξύ αυτής και των εκπροσώπων της εταιρίας «KR.M.», καθώς και το σχέδιο της 7ης τροποποίησης της σύμβασης. Επίσης, η Κεντρική Γνωμοδοτική Επιτροπή Προμηθειών της ΓΔΑΕΕ, με τη Γνωμοδότηση με αριθμό 107/2015 της συνεδρίασης με αριθμό 53/2015 της 24ης Δεκεμβρίου 2015, γνωμοδότησε ομόφωνα υπέρ της

αποδοχής του εν λόγω σχεδίου τροποποίησης. Στη συνέχεια την 29.12.2016 γνωμοδότησε εκ νέου ομόφωνα υπέρ της αποδοχής του εν λόγω σχεδίου τροποποίησης.

75. Περαιτέρω, κατά τη συζήτηση στο Τμήμα ως προς το περιεχόμενο της απαιτούμενης κατά το άρθρο 66 του πδ 284/1989 γνωμοδότησης διαμορφώθηκαν δύο απόψεις. Σύμφωνα με τη γνώμη της πλειοψηφίας, που σχηματίστηκε από τον Πρόεδρο του Τμήματος Ιωάννη – Κωνσταντίνο Χαλκιά, Αντιπρόεδρο ΝΣΚ, και τα μέλη Ιωάννη Διονυσόπουλο, Γεώργιο Κανελλόπουλο, Βασιλική Τύρου, Νικόλαο Δασκαλαντωνάκη, Γαρυφαλιά Σκιάνη, Γεώργιο Ανδρέου και Ευαγγελία Σκαλτσά, Νομικούς Συμβούλους του Κράτους, (ψήφοι 8) η 7η τροποποίηση της Σύμβασης 016Α/03, μετά την έκδοση της γνωμοδότησης του ΝΣΚ με αριθμό 106/2016, αιτιολογείται επαρκώς από την αρμόδια υπηρεσία με αναφορά σε συγκεκριμένους και επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος, που επιβάλουν αυτή την επιλογή, παρά την εκ πρώτης όψεως «βλάβη» των συμφερόντων του Δημοσίου από την απομείωση της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης (βλ. Παράρτημα Α εγγράφου ερωτήματος της ΓΔΑΕΕ με ημερομηνία 01.02.2017, στην παράγραφο 41 της παρούσας), ενώ επισημαίνονται και οι επιπτώσεις από τη μη υπογραφή της (βλ. έγγραφο ΓΕΣ με ημερομηνία 09.09.2016, πιο πάνω στην παράγραφο 34 της παρούσας).

76. Η παραπάνω γνώμη ενισχύεται και από τις καταθέσεις των υπηρεσιακών παραγόντων, που παρέστησαν κατά τη συνεδρίαση του Τμήματος, οι οποίοι επισήμαναν τον κίνδυνο καταγγελίας της Σύμβασης από την αντισυμβαλλόμενη και προσφυγής σε Διαιτησία για την ανόρθωση κάθε ζημίας της (από τόκους υπερημερίας του παρακρατηθέντος ποσού των 28.141.534,72 ευρώ από πληρωμές της εταιρίας για ποινικές ρήτρες, χωρίς μέχρι σήμερα να έχουν επιβληθεί, για την αξία των 3.320 πελμάτων ερπύστριας αρμάτων, έξοδα διατήρησης της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης κλπ.) και ανέφεραν ότι η συγκεκριμένη εταιρία συμμετέχει καταρχήν στους διαγωνισμούς του Υπουργείου για προμήθεια ανταλλακτικών για τα συγκεκριμένα άρματα, πλην όμως στη συνέχεια αποκλείεται καθώς αρνείται να καταθέσει εγγυητικές επιστολές, λόγω μη απομείωσης της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης της Σύμβασης 016Α/03, που σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της πρέπει πλέον να της επιστραφεί με αποτέλεσμα η συντήρηση των 1.000 περίπου αρμάτων του Ελληνικού Στρατού να καθίσταται δυσχερής.

77. Από την άλλη πλευρά, σύμφωνα με όσα γίνονται δεκτά στη θεωρία και τη νομολογία, η εγγυητική επιστολή, αποτελεί ιδιαίτερο είδος εγγύησης, που

ΓΧ

καταρτίζεται στο πλαίσιο της ελευθερίας των συμβάσεων (ΑΚ 361) και εφαρμόζονται σ' αυτήν οι διατάξεις των άρθρων 847 επ. ΑΚ, κατά το μέρος που συμβιβάζονται με το περιεχόμενό της (ΑΠ 479/2016, ΠΠΑ 4777/2001, ΕΕμπΔ 2001, 560). Βασικό γνώρισμα της εγγυητικής επιστολής είναι ο παρεπόμενος χαρακτήρας της έναντι της κύριας σύμβασης. Συνακόλουθα η εγγυητική ευθύνη επηρεάζεται από την εκάστοτε έκταση της κύριας οφειλής (ΑΚ 851) και η απόσβεση της κύριας οφειλής οδηγεί σε απόσβεση και της εγγύησης (ΑΚ 864). Αυτό άλλωστε αντικατοπτρίζει και τη λειτουργία της εγγυητικής επιστολής, αφού αυτή είναι εξασφαλιστική της βασικής σχέσης που συνδέει τον οφειλέτη και το δανειστή και με την έννοια αυτή η Τράπεζα δεν υποχρεούται να καταβάλει στο δανειστή για αιτία, η οποία δεν καλύπτεται από την εγγυητική επιστολή (ΑΠ 338/2016, 1273/2014, 1793/2008, 358/2004, 983/1999, 1433/1998, 48/1996, Γνωμοδ. Ολομ. ΝΣΚ 312/2014), ενώ περαιτέρω, όταν η κύρια οφειλή αποσβεστεί, ο εγγυητής ελευθερώνεται (ΑΠ 479/2016). Εξάλλου, δεν αποκλείεται η απόκρουση της πληρωμής από την εγγυήτρια τράπεζα με την προβολή ένστασης από το άρθρο 281 του ΑΚ ή η μεταγενέστερη από τον υπέρ ου η εγγυητική επιστολή οφειλέτη αναζήτηση του καταβληθέντος ποσού από τον λαβόντα τούτο δανειστή, κατά τις διατάξεις του ΑΚ για τις αδικοπραξίες, διαφορετικά κατά τις διατάξεις για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό, αν δεν υπάρχει ή δεν αποδεικνύεται αδικοπραξία και κριθεί ότι δεν συνέτρεχαν οι όροι για την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής (ΑΠ 338/2016, 16/2008).

78. Στην προκειμένη περίπτωση, από τη γραμματική διατύπωση του άρθρου 13 της Σύμβασης 016Α/03 προκύπτει, μεταξύ άλλων, ότι η εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης, την οποία έχει εκδώσει η Γερμανική Τράπεζα HypoVereinsbank, θα μειώνεται αναλογικά σύμφωνα με την αξία των παραληφθέντων υλικών ή υπηρεσιών της Σύμβασης μέχρι του ποσοστού 2,5% της συνολικής συμβατικής τιμής, το οποίο θα παραμείνει σε ισχύ μέχρι τη λήξη της περιόδου της εγγυήσεως του τελευταίου παραληφθέντος συμβατικού υλικού. Θα επιστραφεί δε στον προμηθευτή εντός τριάντα ημερών από τη λήξη της περιόδου εγγυήσεως του τελευταίου παραληφθέντος συμβατικού υλικού, μαζί με μία υπογεγραμμένη δήλωση, με την οποία θα επιβεβαιώνεται η ολοκλήρωση των υποχρεώσεών του. Η υποχρέωση επιστροφής της εγγύησης καλής εκτέλεσης μέσα σε τριάντα ημέρες από την ποιοτική και ποσοτική παραλαβή των συμβατικών ειδών και από την εκπλήρωση τυχόν άλλης συμβατικής υποχρέωσης του προμηθευτή, θεσπίζεται και με το άρθρο 36 παρ. 3 του π.δ. 284/1989, που διέπει την Σύμβαση ως εκ του χρόνου σύναψής της. Εξάλλου, η

κατάπτωση των εγγυήσεων καλής εκτέλεσης της Σύμβασης υπέρ του αγοραστή, θα γίνεται σε κάθε περίπτωση μετά από έγγραφη δήλωση του αγοραστή προς την εγγυήτρια Τράπεζα ότι ο προμηθευτής δεν εκπλήρωσε τις υποχρεώσεις του, που απορρέουν από τη Σύμβαση και καλύπτονται από τη συγκεκριμένη Εγγυητική Επιστολή και όχι από οποιαδήποτε άλλη αιτία.

79. Από το σύνολο των στοιχείων του φακέλου που τέθηκαν και υπόψη του Τμήματος καθώς και από τις διευκρινίσεις των υπηρεσιακών παραγόντων, συνάγεται ότι στο παρόν στάδιο, κατά το οποίο έχουν λήξει όλες οι εγγυήσεις καλής λειτουργίας των παραληφθέντων υλικών και δεν εκκρεμεί άλλη παράδοση συμβατικού υλικού, πλην των ανταλλακτικών της θέσης 261, αξίας 113.883,48 ευρώ, που το ΓΕΣ έχει καθορίσει σε αναλώσιμα, τα οποία, σύμφωνα με το άρθρο 11 παρ. 3 της Σύμβασης, δεν καλύπτονται από εγγύηση καλής λειτουργίας και με δεδομένο ότι η Σύμβαση έχει εκτελεσθεί σε ποσοστό άνω του 99,9%, η απομείωση της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης σε 1.000.000 ευρώ, που υπερκαλύπτει στο δεκαπλάσιο την αξία των εκκρεμοτήτων της σύμβασης, ενώ οι απαιτήσεις της υπηρεσίας για πληρωμή ποινικών ρητρών έχουν ήδη εξασφαλισθεί μέσω της παρακράτησης πληρωμής τιμολογίων σε παρελθόντα χρόνο, παρίσταται επαρκώς αιτιολογημένη.

80. Περαιτέρω, σύμφωνα με τα προαναφερθέντα στις παραγράφους 28 και 42 έγγραφα της Εισαγγελίας Εφετών Αθηνών, δεν υφίσταται εξέλιξη στις ποινικές υποθέσεις, μετά την έκδοση της γνωμοδότησης ΝΣΚ 106/19-4-2016. Συγκεκριμένα, η ποινική δικογραφία, με αντικείμενο την έρευνα αξιόποινων πράξεων στα πλαίσια της Κύριας Σύμβασης Προμήθειας αρμάτων τύπου «LEOPARD 2A6 HEL», βρίσκεται στο στάδιο της προκαταρκτικής εξέτασης, χωρίς μέχρι σήμερα να έχει ασκηθεί ποινική δίωξη. Σύμφωνα δε με το έγγραφο του Γενικού Προξενείου της Ελλάδας στο Μόναχο με αριθμό ΑΠΦ.: 2001/9/ΑΣ 838/19.05.2016, δεν διαπιστώθηκε η ύπαρξη δικαστικών αποφάσεων, εξωδικαστικών συμβιβασμών, διοικητικών κυρώσεων ή χρηματικών ποινών κατά της εταιρίας ή κατά τρίτων.

81. Σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με τη Γνωμοδότηση της Β' Τακτικής Ολομέλειας του ΝΣΚ με αριθμό 187/2016, το Ελληνικό Δημόσιο διατηρεί το δικαίωμά του για ανόρθωση κάθε ζημιάς, εάν αποδειχθεί ότι κατά το στάδιο κατάρτισης ή και εκτέλεσης της Σύμβασης εμφιλοχώρησε πράξη διαφθοράς, δύναται δε άμεσα και χωρίς να αναμένει την έκδοση οποιασδήποτε οριστικής, τελεσίδικης ή αμετάκλητης καταδικαστικής απόφασης των ποινικών δικαστηρίων, να στραφεί δικαστικά κατά των παραπάνω εταιριών – αντισυμβαλλομένης και υποκατασκευάστριας - (ή και φυσικών

ΓΧ

προσώπων) και να αναζητήσει ενώπιον των αρμοδίων δικαστηρίων την ανόρθωση κάθε θετικής και αποθετικής ζημίας του, πρωτίστως δε, το σύνολο των παράνομων πληρωμών που μη νόμιμα προσαύξησαν το τίμημα της σύμβασης, καθώς και χρηματική ικανοποίηση για την ηθική βλάβη, που αυτό υπέστη.

82. Κατά τη γνώμη της μειοψηφίας που απαρτίστηκε από τους Νομικούς Συμβούλους Παρασκευά Βαρελά και Θεόδωρο Ψυχογυιό (ψήφοι 2) υποστηρίχθηκαν τα ακόλουθα: Σύμφωνα με το, εν προκειμένω, διδόμενο ιστορικό, έχει ασκηθεί και εκκρεμεί ποινική δίωξη, σε βαθμό κακουργήματος, για ιδιαιτέρως σοβαρά ποινικά αδικήματα (παθητική και ενεργητική δωροδοκία, νομιμοποίηση εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες κ.ά.), αμέσως σχετιζόμενα με την υπό κρίση σύμβαση προμηθείας. Εξάλλου, από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 1, 4 και 5 του ν. 5227/1931 «περί μεσαζόντων» προκύπτει σαφώς ότι, αν οποιαδήποτε σύμβαση που συνάπτει το Δημόσιο με τρίτους είναι αποτέλεσμα αξιόποινων πράξεων (όπως η παθητική ή ενεργητική δωροδοκία κ.α.), τότε η σύμβαση αυτή δύναται να κηρυχθεί εν όλω ή εν μέρει άκυρη και το Δημόσιο έχει το δικαίωμα να αξιώσει τα ποσά που αναφέρονται στο άρθρο 4 του ως άνω νόμου. Περαιτέρω, η ενεργοποίηση της αστικής ευθύνης του οικονομικού φορέα με κατάπτωση της υπ' αυτού κατατεθείσης εγγυητικής επιστολής προβλέπεται ρητά ως δεσμία αρμοδιότητα του Υπουργού Εθν. Άμυνας (άρθρο 10§2α' του ν. 3978/2011) ευθύς ως διαπιστωθεί ότι συντρέχει αθέμιτη ή παράνομη συμπεριφορά του οικονομικού φορέα, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 1 του ως άνω άρθρου. Επί πλέον, αποζημιωτική αξίωση του Δημοσίου δύναται να θεμελιωθεί και κατ' εφαρμογή των άρθρων 2 και 8 της Κυρωθείσας με το άρθρο πρώτο του ν. 2957/2001 Σύμβασης του Συμβουλίου της Ευρώπης για θέματα Αστικού Δικαίου περί Διαφθοράς ως και δυνάμει του άρθρου δεύτερου και τέταρτου του ίδιου νόμου. Ενόψει των ανωτέρω και σύμφωνα με την ορθή ερμηνεία των υπό κρίση συμβατικών όρων σχετικά με την εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης της συμβάσεως (άρθρο 13) ως και της εν γένει λειτουργίας της στο ημέτερο δίκαιο (βλ. ΑΠ 431/15) συνάγεται ότι η εγγυητική επιστολή εξασφαλίζει κάθε αξίωση του Δημοσίου, που πηγάζει από την συγκεκριμένη σύμβαση, είτε η αξίωση αυτή συνάπτεται αμέσως με τον τρόπο εκπλήρωσης των συμβατικών υποχρεώσεων της αντισυμβαλλόμενης εταιρείας, είτε πηγάζει από την εν γένει μη σύννομη συμπεριφορά της, που επιφέρει την ακυρότητα της σύμβασης κατά τις οικείες διατάξεις και την εξ αυτών ενεργοποίηση της αποζημιωτικής της ευθύνης. Ένεκα τούτου, καθίσταται σαφές ότι το Δημόσιο δικαιούται και οφείλει να διακρατήσει στο

ακέραιο την εγγυητική επιστολή μέχρι το χρόνο περαίωσης της εκκρεμούς ποινικής διαδικασίας και μέχρι του ύψους που είναι αναγκαίο και για την κάλυψη όλων των αξιώσεών του, που ενδέχεται να προκύψουν κατ' εφαρμογή των αναφερθεισών διατάξεων, οι οποίες στοχεύουν στην πάταξη της διαφθοράς. Και ναι μεν δεν αμφισβητείται ότι οι συμβατικές και νομοθετικές προβλέψεις εξαρτούν τη μείωση ή επιστροφή της εγγυητικής επιστολής από την ποιοτική και ποσοτική παραλαβή των συμβατικών ειδών, τούτο, όμως, δεν καθιστά την ως άνω διακράτηση ανεπίτρεπτη, διότι οι εν λόγω προβλέψεις, ευλόγως, αναφέρονται σε περιπτώσεις ομαλής εξέλιξης εγκύρων συμβάσεων που συνήφθησαν στα πλαίσια νομίμων και μη κολασίμων ενεργειών των συμβαλλομένων μερών. Εξυπακούεται ότι η, πράγματι, υφιστάμενη δυνατότητα του Ελλην. Δημοσίου να ασκήσει αγωγές προς επιδίκαση των ως άνω αξιώσεών του δεν αποδυναμώνει το δικαίωμά του να διακρατήσει τις εγγυητικές επιστολές, αφενός μεν διότι αυτές αποσκοπούν και στην εξασφάλιση των εν λόγω αξιώσεων, κατά τα λεχθέντα, αφετέρου δε διότι η ικανοποίηση των αξιώσεων αυτών δια των εγγυητικών επιστολών θα είναι άμεση και βεβαία (ΑΠ 431/15), εν αντιθέσει με την πολύχρονη καθυστέρηση και αβεβαιότητα που, εν πολλοίς, συνεπάγονται οι δικαστικοί αγώνες. Άλλωστε, η κατάθεση εγγυητικών επιστολών θα ήταν, σε κάθε περίπτωση, μη αναγκαία, ενόψει της εν γένει υφιστάμενης δυνατότητας προσφυγής στη Δικαιοσύνη. Επομένως, ενόψει της πιθανότητας η μείωση της εγγυητικής επιστολής της προμηθεύτριας εταιρείας, από το ποσόν των 41.475.000 ευρώ στο ποσόν των 1.000.000 ευρώ, να καταστήσει ιδαιτέρως δυσχερή την ικανοποίηση των ως άνω αξιώσεων του Δημοσίου, οι οποίες δεν αποκλείεται να είναι πολλαπλάσιες του ποσού αυτού, είναι προφανές ότι η, εν προκειμένω, εξεταζόμενη τροποποίηση της Σύμβασης δεν δύναται να θεωρείται ανεπιφυλάκτως επωφελής για το Δημόσιο και ως εκ τούτου, ενδείκνυται η μη συνομολόγησή της.

ΑΠΑΝΤΗΣΗ

83. Κατ' ακολουθία των προεκτεθέντων, το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Τμήμα ΣΤ') γνωμοδοτεί, κατά πλειοψηφία, ότι η 7η τροποποίηση της 016Α/03 Κύριας Σύμβασης Προμήθειας αρμάτων τύπου «LEOPARD 2HEL», στο παρόν στάδιο, κατά το οποίο έχουν λήξει όλες οι εγγυήσεις των παραληφθέντων υλικών και δεν εκκρεμεί άλλη παράδοση συμβατικού υλικού, πλην των ανταλλακτικών της θέσης 261, που το ΓΕΣ έχει καθορίσει σε αναλώσιμα, τα οποία δεν καλύπτονται από εγγύηση καλής λειτουργίας και με βάση νεότερα στοιχεία σχετικά με τις επιπτώσεις από τη μη υπογραφή της τροποποίησης, παρίσταται

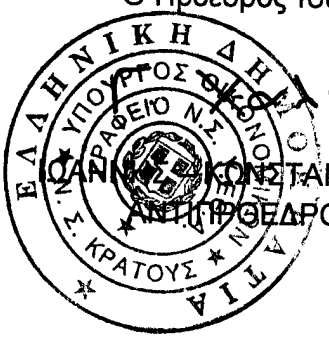
ΓΧ

επαρκώς αιτιολογημένη ως προς την δι' αυτής θεραπεία νόμιμου σκοπού δημοσίου συμφέροντος.

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Αθήνα, 22 -2-2017

Ο Πρόεδρος του Τμήματος



ΙΩΑΝΝΗΣ ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ Γ. ΧΑΛΚΙΑΣ
ΑΝΤΙΠΡΟΕΔΡΟΣ Ν.Σ.Κ.

Η Εισηγήτρια

ΑΝΝΑ ΔΙΟΝ. ΚΑΝΤΖΙΑ
ΠΑΡΕΔΡΟΣ Ν.Σ.Κ.