ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

ΑΡΙΘΜΟΣ ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗΣ 93/2017
ΤΟ ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
Β΄ ΤΑΚΤΙΚΗ ΟΛΟΜΕΛΕΙΑ
Συνεδρίαση της 6ης-4-2017

Σύνθεση :

Πρόεδρος : Μιχαήλ Απέσσος, Πρόεδρος του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους.

Μέλη : Χρυσαφούλα Αυγερινού, Μεταξία Ανδροβιτσανέα και Ιωάννης – Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Αντιπρόεδροι του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, Ιωάννης Διονυσόπουλος, Παρασκευάς Βαρελάς, Θεόδωρος Ψυχογυιός, Κωνσταντίνος Γεωργάκης, Γεώργιος Κανελλόπουλος, Αικατερίνη Γρηγορίου, Νικόλαος Δασκαλαντωνάκης, Δήμητρα Κεφάλα, Γεώργιος Ανδρέου, Δημήτριος Αναστασόπουλος, Δημήτριος Μακαρονίδης, Ευστράτιος Συνοίκης, Ευαγγελία Σκαλτσά, Σταύρος Σπυρόπουλος, Βασίλειος Καραγεώργος, Χρήστος Μητκίδης, Παναγιώτα – Ελευθερία Δασκαλέα – Ασημακοπούλου, Γεώργιος Γρυλωνάκης και Χαράλαμπος Μπρισκόλας, Νομικοί Σύμβουλοι του Κράτους.

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

Αριθμός Ερωτήματος : Το υπ' αριθ. πρωτ. Φ. 631.2/1/14161/Σ.1558/1-2-2017 έγγραφο του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας / Γενική Διεύθυνση Αμυντικών Εξοπλισμών & Επενδύσεων / Διεύθυνση Αμυντικών Προγραμμάτων & Κύριων Συμβάσεων / Τμήμα Εξοπλιστικών Προγραμμάτων & Συμβάσεων Σ.Ξ. / Γραφείο Αρμάτων & ΤΘ Οχημάτων.

Ερώτημα : Ζητείται η, κατά το άρθρο 66 παρ. 2 του π.δ/τος 284/1989, γνωμοδότηση του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, σχετικά με τη νομιμότητα του

προτεινόμενου σχεδίου της 7ης Τροποποίησης της Σύμβασης 016 Α/2003 μεταξύ του ΥΠΕΘΑ/ΓΔΑΕΕ και της αλλοδαπής εταιρίας με την επωνυμία «KMW».

Επί του ανωτέρω ερωτήματος, επί του οποίου εκδόθηκε η υπ' αριθ. 37/2017 γνωμοδότηση του Στ' Τμήματος του ΝΣΚ, εν συνεχεία δε, κατόπιν του υπ' αριθ. Φ.631.2/2/26916/Σ.4899/28-3-2017 εγγράφου του Υπουργού Εθνικής Άμυνας, παραπέμφθηκε στην Ολομέλεια του Σώματος, λόγω σπουδαιότητας, η Β' Τακτική Ολομέλεια του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, γνωμοδοτεί ως εξής:

Ιστορικό

Από το έγγραφο του ερωτήματος και τα λοιπά στοιχεία του φακέλου, καθώς και τις διευκρινίσεις που δόθηκαν κατά τη συνεδρίαση του Στ΄ Τμήματος του ΝΣΚ, από τον Ι.Μ., Διευθυντή Κύριων Συμβάσεων της ΓΔΑΕΕ, τον Κ.Ι., Τμηματάρχη Παρακολούθησης Κύριων Συμβάσεων της ΓΔΑΕΕ και τον Π.Κ., υπάλληλο στο Τμήμα Κατάρτισης Συμβάσεων Αρμάτων και Τεθωρακισμένων Οχημάτων της ΓΔΑΕΕ, οι οποίες έχουν καταχωρηθεί στο υπ΄αριθ. 509/15-2-2017 Πρακτικό του ΣΤ' Τμήματος του ΝΣΚ, προκύπτουν τα ακόλουθα:

1. Μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου / Υπουργείου Εθνικής Άμυνας / ΓΔΑΕΕ και της γερμανικής εταιρίας με την επωνυμία «KMW», που εδρεύει στο Μόναχο Γερμανίας και εκπροσωπείται νόμιμα, υπογράφηκε, στις 20-3-2003, η Σύμβαση με αριθμό 016Α/2003, με ημερομηνία ενεργοποίησης την 2α Ιουνίου 2003, η οποία αφορούσε 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). Η Σύμβαση αυτή έχει υποστεί έξι (6) Τροποποιήσεις, κατά το χρονικό διάστημα από 19-1-2005 μέχρι 24-1-2014.

2. 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 ευρώ. 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.

3. Στις 8-5-2008, η εταιρία «KMW» (εφεξής «Εταιρία»), 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 ευρώ, επιπρόσθετα δε, η ίδια εταιρία έθεσε, τον Μάιο 2008, αίτημα για εξαίρεση από την υποχρέωση παράδοσης ποσοτήτων υλικών της Προσθήκης «1/Β» συνολικής αξίας 16.475,88 ευρώ. Κατόπιν τούτων, το ΓΕΣ / Διεύθυνση Ιππικού – Τεθ/νων / 2^{ο} Γραφείο / 1 / Επιτροπή Παρακολούθησης ΝΑΣΤ (Σύμβαση 016Α/03), με το υπ΄ αριθ. πρωτ. Φ.600.171/116/385882/Σ.807/ 13-5-2011 έγγραφό του, 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 ευρώ) να προστεθεί στο ποσό των 96.385,64 ευρώ της θέσης 261. Επομένως, εφόσον προστεθούν στην αξία των ανταλλακτικών της θέσης 261 στο Παράρτημα Β-1 της Σύμβασης, η οποία ανέρχεται στο ποσό των 96.385,64 ευρώ, οι αξίες των υλικών, των οποίων η εταιρία ζήτησε την μη παράδοση, δηλαδή 1.021,96 ευρώ και 16.1475,88 ευρώ, η συνολική αξία των ανταλλακτικών, των οποίων εκκρεμεί ο καθορισμός μέσω τροποποίησης ανέρχεται σε 113.883,48 ευρώ (ήτοι 96.385,64 + 1.021,96 + 16.475,88).

4. Με το υπ' αριθ. πρωτ. Φ.625/98732/Σ.4640/14.12.2010 έγγραφο του Έχοντος την Οικονομική Εξουσία (ΕΟΕ) αποφασίστηκε, αφενός να μην κηρυχθεί η εταιρία έκπτωτη για εκπρόθεσμες παραδόσεις ανταλλακτικών, και αφετέρου να επανεξετασθεί το θέμα της αδυναμίας της εταιρίας να παραδώσει στο σύνολό τους τα ανταλλακτικά, που αναφέρονται παραπάνω στην παράγραφο 3.

5. Εν συνεχεία, με την από 15.10.2013 επιστολή της, η εταιρία ζήτησε τη συνομολόγηση της 7^{ης} Τροποποίησης της Σύμβασης, προκειμένου α) να καθοριστούν τα ανταλλακτικά της θέσης 261, του Παραρτήματος Β-1 της Σύμβασης, αξίας 96.385,64 ευρώ και β) να ρυθμιστεί η εκκρεμότητα παράδοσης υλικών, συνολικής συμβατικής αξίας 17.497,84 ευρώ, τα οποία η εταιρία δεν είχε παραδώσει εξαιτίας διαφόρων λόγων. Με την ίδια επιστολή, η εταιρία ανέφερε ότι τον Δεκέμβριο 2012 παρέδωσε μία ποσότητα 3.320 τεμαχίων πελμάτων ερπυστριών με NSN 2530121757546, με τιμή μονάδας 35,32 ευρώ, όπως

αναφέρεται στην σχετική Σύμβαση, και συνολική τιμή 117.262,40 ευρώ, και πρότεινε την τροποποίηση της Σύμβασης και την αντικατάσταση των προαναφερόμενων υλικών με την ποσότητα των 3.320 τεμαχίων πελμάτων ερπυστριών, χωρίς καμία αλλαγή στη συνολική αξία της Σύμβασης.

6. Με το υπ΄αριθ. πρωτ. Φ.600.171/159/ 525200/Σ.17/30-12-2013 έγγραφό του, το ΓΕΣ/ΔΙΤ πληροφόρησε τη ΓΔΑΕΕ/ΔΑΠΚΣ/ΤΠΚΣ, που είχε ζητήσει τις απόψεις του επί των διαλαμβανομένων στην πιο πάνω πρόταση της εταιρίας, ότι: 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) Διατηρεί, κατ΄αρχήν, 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 πως 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 7^{ης} Τροποποίησης.

7. Περαιτέρω, με το υπ' αριθ. πρωτ. Φ.600.171/21/534711/Σ. 682/08-04-2014 έγγραφο του ΓΕΣ/ΔΙΤ, καθορίστηκαν οι απαραίτητες συλλογές ανταλλακτικών για τη διεξαγωγή της προληπτικής συντήρησης των αρμάτων LEOPARD 2HEL (εξαμηνιαίας, ετήσιας και διετίας), ώστε η αξία τους να ανέρχεται στην υπολειπόμενη αξία των ανταλλακτικών, ήτοι στο ποσό των 113.883,48 ευρώ και, επίσης με το υπ' αριθ.Φ.600.171/25/536288/ Σ.848/14-05-2014 έγγραφό του, ζητήθηκε από την ΓΔΑΕΕ/ΔΑΠΚΣ/ΤΠΚΣ να συμπεριληφθεί στην 7^{η} Τροποποίηση της Σύμβασης η παράταση της ισχύος των εγγυητικών επιστολών των δύο Προτάσεων Τεχνικών Αλλαγών (ECPs GR 040217 και GR 040218) της 6^{ης} 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 έγγραφο αυτό διαβιβάστηκε στη ΓΔΑΕΕ/ΔΑΠΚΣ/ΤΕΠΣΣΞ λόγω αρμοδιότητας).

8. Ακολούθως, η προμηθεύτρια εταιρία υπέβαλε αίτημα τροποποίησης της Σύμβασης, με την από 23-6-2014 επιστολή της, ζητώντας την απομείωση της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης, εν συνεχεία δε του αιτήματος αυτού η ΓΔΑΕΕ/ΔΑΠΚΣ/ΤΠΚΣ ζήτησε από το ΓΕΣ/ΔΙΤ και την ΑΣΔΥΣ/ΔΠΜ, με το από 12-8-2014 έγγραφό της, τις απόψεις τους. Επί του εγγράφου αυτού, η ΑΣΔΥΣ/ΔΠΜ απάντησε, με το υπ' αριθ. πρωτ. Φ.600.163/2/214558/Σ.1317/28-8-2014 έγγραφό της, 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 περαιτέρω, ότι σε κάθε περίπτωση, πριν την τελική απόφαση σχετικά με το ζήτημα αυτό, 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 ευρώ), αντί του αρχικού ποσού των τριάντα εκατομμυρίων οκτακοσίων εξήντα οκτώ χιλιάδων εννιακοσίων τριάντα έξι ευρώ και ενενήντα οκτώ λεπτών (30.868.936,98 ευρώ).

9. Επί του θέματος αυτού, το ΓΕΣ/ΔΥΔΜ επισήμανε, με το υπ' αριθ. πρωτ. Φ.600/144/ 372541/Σ.2602/19-09-2014 έγγραφό του, ότι οποιαδήποτε τροποποίηση της Σύμβασης 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».

10. Στις 4-11-2014 συγκροτήθηκε η Επιτροπή Διαπραγματεύσεων και στις 4-3-2015 ο Πρόεδρος της Επιτροπής υπέβαλε στην ερωτώσα υπηρεσία (ΓΔΑΕΕ/ ΔΑΠΚΣ/ΤΕΠΣΣΞ) το Πρακτικό Σύσκεψης της Επιτροπής Διαπραγματεύσεων, που συντάχθηκε κατά τη συνεδρίαση της 17-2-2015, στο οποίο, μεταξύ άλλων, αναφέρεται ότι: *«...η άποψη της Επιτροπής Διαπραγματεύσεων όσον αφορά στο θέμα της προτεινόμενης από την KMW 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 4-3-2015 έγγραφό του, ο Πρόεδρος της Επιτροπής, αναφέρει επίσης ότι μέχρι τις 18-2-2015 δεν κατέστη δυνατή η υπογραφή κοινού πρακτικού διαπραγματεύσεων με την αντισυμβαλλόμενη εταιρία.

11. Κατόπιν τούτων, η αντισυμβαλλόμενη εταιρία, με την επιστολή της με στοιχεία S50316J1/16-3-2015, 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 ευρώ, 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....»*

12. Η Επιτροπή Διαπραγματεύσεων ανασυγκροτήθηκε και, μετά από σειρά αλλαγών στα μέλη της και μετά από συνεχείς διαβουλεύσεις 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 5-11-2015, το περιεχόμενο του οποίου έχει ως εξής :

«... *ΘΕΜΑΤΑ ΠΟΥ ΣΥΖΗΤΗΘΗΚΑΝ*

ΘΕΜΑ 1ο : 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 ...

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 3^{ο} : Η προταθείσα από την «KMW» 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} : ... αφορά τη συχνότητα σύγκλισης της επιτροπής παρακολούθησης ...»

13. Σχετικά με το πιο πάνω κοινά αποδεκτό Πρακτικό με το Σχέδιο της Τροποποίησης οι αρμόδιες υπηρεσίες ανέφεραν τα εξής:

α) Η ΑΣΔΥΣ/ΔΠΜ με το έγγραφό της υπ' αριθ. πρωτ. 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 7^{η} τροποποίηση της σύμβασης. (2) Δεν υφίσταται ουδεμία πιθανότητα για αύξηση του ύψους των μέχρι σήμερα υπολογισθεισών ποινικών ρητρών (25.887.346,95 €), αλλά 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...».

β) Το ΓΕΣ/ΔΥΔΜ, με το υπ΄αριθ. πρωτ.Φ.600/486/246572/ Σ.3175/18-12-2015 έγγραφό του 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...».*

γ) Τέλος, η Κεντρική Γνωμοδοτική Επιτροπή Προμηθειών της ΓΔΑΕΕ, με την υπ' αριθ. 107/24-12-2015 Γνωμοδότησή της γνωμοδότησε ομόφωνα υπέρ της αποδοχής του προτεινόμενου Σχεδίου 7ης Τροποποίησης και της αποστολής αυτού στο Νομικό Συμβούλιο του Κράτους για έκδοση Γνωμοδότησης, κατά το άρθρο 66 παρ. 2 του π.δ/τος 284/1989.

14. Σύμφωνα με το Σχέδιο Τροποποίησης, η 7η Τροποποίηση της Σύμβασης 016Α/2003 αφορά : α) Τον καθορισμό των ανταλλακτικών στη θέση 261 στο παράρτημα Β-1 της υπό κρίση Σύμβασης, β) την 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) την απομείωση της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης, η οποία αναφέρεται στο άρθρο 13 (ΕΓΓΥΟΔΟΣΙΑ) της Σύμβασης, μέχρι του ποσού του 1.000.000,00 ευρώ (δηλαδή από 41.475.000 ευρώ σε 1.000.000 ευρώ) και δ) την αλλαγή της συχνότητας σύγκλησης της επιτροπής παρακολούθησης, σε μία (1) φορά κατ' έτος, με δυνατότητα κατά περίπτωση (ad hoc) πρόκλησης συνεδρίασης, εάν απαιτηθεί από μία εκ των δύο πλευρών, όπως ορίζεται στο άρθρο 30 της σχετικής Σύμβασης.

15. Το παραπάνω Σχέδιο Τροποποίησης υποβλήθηκε στο Γραφείο Νομ. Συμβούλου του ΥΕΘΑ, με το έγγραφο υπ' αριθ. πρωτ. Φ.631.2/2383/Σ.602/ 12-2-2016 του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας / Γενικής Δ/νσης Αμυντικών Εξοπλισμών & Επενδύσεων (εφεξής: ΓΔΑΕΕ) / Δ/νσης Αμυντικών 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 Υπουργού Εθνικής Άμυνας 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*».

16. Το Γραφείο Νομικού Συμβούλου του ΥΕΘΑ, με το έγγραφό του υπ' αριθ. πρωτ. 218-697/Φ.Ερ.5/2016/22-2-2016, 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, σε απάντηση του οποίου, ο Εισαγγελέας Εγκλημάτων Διαφθοράς με το έγγραφό του υπ' αριθ. πρωτ. 404/4-3-2016 γνωστοποίησε ότι έχουν σχηματισθεί οι ακόλουθες ποινικές δικογραφίες :

α) «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.

β) 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...

γ) 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 .....».

17. Στις ως άνω δύο πρώτες υποθέσεις, το Ελληνικό Δημόσιο έχει ήδη δηλώσει παράσταση πολιτικής αγωγής, αξιώνοντας αποκατάσταση της ηθικής και υλικής βλάβης, που υπέστη από τις ως άνω αξιόποινες πράξεις. Συγκεκριμένα, με την από 10-3-2015 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 14-1-2016 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.

18. Συμπληρωματικά αναφέρεται ότι από το έγγραφο της Εισαγγελίας Εφετών Αθηνών με αριθμό πρωτ. 108/27-1-2015 και την προκαταρκτική δικογραφία με ΑΒΜ ΕΔ 2015/82 των Επίκουρων Εισαγγελέων Εγκλημάτων Διαφθοράς Α.Ε. και Π.Π., με την οποία συμφωνεί και η Εισαγγελέας Διαφθοράς Ε.Ρ. και παραγγέλλει την άσκηση ποινικής δίωξης, προκύπτει ότι στο πλαίσιο υλοποίησης των Συμβάσεων 016Α/03 (Σύμβαση κύριας προμήθειας) και 13/2003 (Σύμβαση Αντισταθμιστικών Ωφελημάτων) η κύρια κατασκευάστρια KMW είχε αναθέσει τρία συμβόλαια στις εταιρίες του ομίλου «R...A.G.», μεταξύ των οποίων και η «RDE GmbH» για το σύστημα ελέγχου πυρός EMES-15D και το σύστημα C4I ΗΝΙΟΧΟΣ, η οποία και διενήργησε πληρωμές προμήθειας για το έργο Leopard 2HEL ποσού 5.068.833,60 ευρώ στην εταιρία «T.C. Ltd.» με ιδιοκτήτη τον Π.Ε., σε βάρος του οποίου έχει ασκηθεί ποινική δίωξη (βλ. έγγραφο με αριθ. πρωτ. 404/4-3-2016 Εισαγγελέα Εγκλημάτων Διαφθοράς).

19. 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.

20. Για το παραπάνω Σχέδιο της 7ης Τροποποίησης της υπόψη Σύμβασης, εκδόθηκε η υπ' αριθ. 106/2016 γνωμοδότηση του Στ΄ Τμήματος του ΝΣΚ, με την οποία το Νομικό Συμβούλιο του 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 Υπουργό Εθνικής Άμυνας στις 6-12-2016.

21. Στο μεταξύ, η προμηθεύτρια εταιρία «KMW», με την επιστολή της με ημερομηνία 29-8-2016, 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 στις 28-2-2016 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 (σύμφωνα με το τιμολόγιο με ημερομηνία 1-3-2015 της εταιρίας, το πρόσθετο κόστος εξαιτίας της μη επιστροφής της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης, σύμφωνα με το άρθρο 13 της Σύμβασης, υπολογίζεται σε 576.935 ευρώ για τη χρονική περίοδο από 1-7-2013 έως 28-2-2015).

22. Για το αίτημα επιστροφής της εγγυητικής επιστολής, η Διεύθυνση Προμηθειών της Ανώτατης Στρατιωτικής Διοίκησης Υποστήριξης Στρατού «ΘΗΣΕΑΣ», ως αρμόδιος οικονομικός φορέας της Σύμβασης, με το έγγραφό της με αριθμό Φ.625/3/222531/Σ.2518/8-9-2016, απάντησε ότι δεν έχουν παραδοθεί τα τελευταία συμβατικά υλικά της θέσης 261 του Παραρτήματος Β-1 της Σύμβασης (αξίας 113.883,48 ευρώ) 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.

23. Το Γενικό Επιτελείο Στρατού, με το έγγραφό του με ημερομηνία 9-9-2016, επεσήμανε 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...»

24. Όπως προαναφέρθηκε, στην παρ. 20, ο Υπουργός Εθνικής Άμυνας αποδέχθηκε την υπ΄αριθ. 106/2016 γνωμοδότηση του ΝΣΚ, την ίδια δε ημέρα, με χειρόγραφη σημείωση επί του Φύλλου Ενημερώσεων Εισηγήσεων, ενέκρινε την έναρξη νέας διαδικασίας τροποποίησης της υπόψη Σύμβασης προκειμένου να καθορισθούν τα υλικά, των οποίων εκκρεμεί η παράδοση, με την προϋπόθεση ότι η εταιρία έχει πράγματι εκπληρώσει τις συμβατικές της υποχρεώσεις.

25. Η αντισυμβαλλόμενη εταιρία «KMW», με την από 8-12-2016 επιστολή της, αφού επεσήμανε την καθυστέρηση καθορισμού των υλικών της θέσης 261, την καθυστέρηση ολοκλήρωσης της 7ης Τροποποίησης της Σύμβασης, το γεγονός ότι οι αρχές της καλής πίστης και τα επιχειρηματικά ήθη δεν δικαιολογούν τη θέση της ελληνικής πλευράς ότι μία εγγυητική επιστολή 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.

26. 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 «KMW», 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.

27. Η εταιρία «KMW», 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 28-2-2017, 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.

28. Η Κεντρική Γνωμοδοτική Επιτροπή Προμηθειών της ΓΔΑΕΕ, κατά τη συνεδρίαση της 29ης-12-2016, γνωμοδότησε και πάλι ομόφωνα υπέρ της αποδοχής του σχεδίου τροποποίησης, που είχε υποβληθεί με την από 6-11-2015 υπηρεσιακή αναφορά του Προέδρου της Επιτροπής Διαπραγματεύσεων.

29. Σε συνέχεια των παραπάνω νέων στοιχείων (δηλαδή των αναφερόμενων στις παραπάνω παραγράφους 21 και 25 επιστολών της αντισυμβαλλόμενης εταιρίας και του αναφερόμενου στην παράγραφο 23 εγγράφου του ΓΕΣ σχετικά με τις επιπτώσεις από τη μη αποδοχή του σχεδίου της 7ης τροποποίησης της Σύμβασης και της παρόδου του χρόνου εγγύησης καλής λειτουργίας και του τελευταίου συμβατικού υλικού, ήτοι της βαφής των αρμάτων) και με δεδομένο ότι, όπως ρητά αναφέρεται στο έγγραφο του ερωτήματος, 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.

30. Στο από 1-2-2017 έγγραφο της ερωτώσας υπηρεσίας (ΥΠΕΘΑ/ΓΔΑΕΕ), με το οποίο διαβιβάστηκε στο ΝΣΚ σύντομο ιστορικό και υποστηρικτικά έγγραφα για την έκδοση γνωμοδότησης, κατά 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, παρατίθεται εμπεριστατωμένη αιτιολογία αποτελούμενη από συγκεκριμένα στοιχεία σχετικά με το συμφέρον της υπηρεσίας από την υπόψη τροποποίηση, εξειδικεύεται και αιτιολογείται διεξοδικά η θεραπεία νόμιμου σκοπού δημοσίου συμφέροντος και 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.

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...»

31. Το Γραφείο Νομικού Συμβούλου στο Υπουργείο Εθνικής Άμυνας ζήτησε με έγγραφό του, από την Εισαγγελία Εγκλημάτων Διαφθοράς και από την Εισαγγελία Εφετών Αθηνών, πληροφόρηση σχετικά με το στάδιο, στο οποίο βρίσκονταν οι αναφερθείσες στην παράγραφο 16 ποινικές υποθέσεις, σε απάντηση του οποίου, ο μεν Εισαγγελέας Εγκλημάτων Διαφθοράς, με το υπ' αριθ. 63/13-1-2017 έγγραφό του, απάντησε 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 του για διενέργεια προκαταρκτικής εξέτασης, κατά το άρθρο 31 παρ. 2 ΚΠΔ., η δε Εισαγγελία Εφετών Αθηνών, με το έγγραφό της υπ΄αριθ. πρωτ. 8425/2-2-2017, ανέφερε ότι οι δικογραφίες με αριθμούς ΕΔ 2015/82 και ΕΔ 2015/158, μετά το πέρας της κύριας ανάκρισης, έχουν υποβληθεί στην Υπηρεσία τους και έχουν χρεωθεί σε Εισαγγελικούς Λειτουργούς προς υποβολή πρότασης στο αρμόδιο Δικαστικό Συμβούλιο.

32. Εξάλλου, ενόψει της ποινικής διερεύνησης της υπόθεσης στο εξωτερικό, το Γραφείο Νομικού Συμβούλου στο Υπουργείο Εθνικής Άμυνας, με το έγγραφό του υπ' αριθ. πρωτ. 218-998/5/2016/21.03.2016, είχε ζητήσει από το Γενικό Προξενείο Μονάχου πληροφόρηση περί του αν τυχόν έχουν περιέλθει σε γνώση του δικαστικές αποφάσεις ή πρακτικό συμβιβασμού ή διοικητικά πρόστιμα ή ομολογία της KMW, που αφορούν την ως άνω Σύμβαση 016 Α/2003, το οποίο απάντησε, με το υπ' αριθ. ΑΠΦ.: 2001/9/ΑΣ 838/19.05.2016 έγγραφό του, 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 την 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 ...».

33. Με το έγγραφο με αριθμό Φ.900/116/11287/Σ.772/13-1-2017, που υπογράφεται από τον Υπουργό Εθνικής Άμυνας, ζητήθηκε από το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους, η άσκηση αγωγής κατά των υπευθύνων, φυσικών και 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/Γραφείο 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.

34. Τέλος, ενόψει εισαγωγής του θέματος στην Ολομέλεια του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, ο Εισαγγελέας Εγκλημάτων Διαφθοράς, με το έγγραφό του με αριθμό πρωτ. 1021/5-4-2017, απαντώντας σε σχετικό έγγραφο ερώτημα, αναφέρει ότι η ποινική δικογραφία με ΑΒΜ ΕΔ 2013/254, με αντικείμενο την έρευνα αξιόποινων πράξεων στο πλαίσιο της πιο πάνω Κύριας Σύμβασης Προμήθειας αρμάτων τύπου LEOPARD 2HEL, βρίσκεται στην Υπηρεσία τους για διενέργεια προκαταρκτικής εξέτασης κατ' άρθρο 31 παρ. 2 ΚΠΔ. Στο ίδιο έγγραφο μνημονεύονται και οι δικογραφίες, που έχουν σχηματιστεί για τμήμα της πιο πάνω Σύμβασης με αριθμό ΕΔ 2015/82 και για τη Σύμβαση Αντισταθμιστικών Ωφελημάτων με αριθμό 13/2003 (ΑΒΜ ΕΔ 2015/158) και επαναλαμβάνονται τα αναφερόμενα και στο προηγούμενο έγγραφο του Εισαγγελέα Διαφθοράς με αριθμό 404/4-3-2016 (βλέπ. παρ. 16 της παρούσας).

Νομοθετικό πλαίσιο

Α. Διατάξεις περί προμηθειών των Ενόπλων Δυνάμεων

35. Στα **άρθρα 17 παρ. 1 και 5, 36, 42 παρ. 1 και 66** του (εκδοθέντος κατ΄εξουσιοδότηση του άρθρου 50 του ν.δ. 721/1970 «περί λογιστικού των

Ενόπλων Δυνάμεων») **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, ορίζονται τα εξής:

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 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. ...».

36. 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...*»

37. Από 16-6-2011 ισχύει ο **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' 137/16-6-2011), στα άρθρα 9 και 10 του οποίου προβλέπεται 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, υπογράφοντας σχετικές δεσμευτικές δηλώσεις, 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. Προβλέπεται δε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης, σε περίπτωση που οι οικονομικοί φορείς παραβιάσουν τις πιο πάνω υποχρεώσεις και απαγορεύσεις.

Περαιτέρω, στην **παρ. 3 του άρθρου 109** του νόμου αυτού ορίζεται ότι: «*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*» και στο **άρθρο 118** αυτού

ότι: «*Η ισχύς του παρόντος νόμου αρχίζει από τη δημοσίευσή του στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως*».

Β. Διατάξεις περί Διαφθοράς

38. Στα **άρθρα 1, 3, 4 και 5 του ν. 5227/1931** «Περί μεσαζόντων» (Α΄292) ορίζονται τα εξής:

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 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.»

39. 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 δικαίωμά του για αποζημίωση.»

40. Περαιτέρω, στα άρθρα δεύτερο και τέταρτο του ως άνω κυρωτικού **ν. 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

41. Στα **άρθρα 174, 178 και 179 του Αστικού Κώδικα**, ορίζονται τα εξής:

Άρθρο 174

«*Δικαιοπραξία που αντιβαίνει σε απαγορευτική διάταξη του νόμου, αν δεν συνάγεται κάτι άλλο, είναι άκυρη.*»

Άρθρο 178

«*Δικαιοπραξία που αντιβαίνει στα χρηστά ήθη είναι άκυρη.*»

Άρθρο 179

«*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.*»

42. Περαιτέρω, στις διατάξεις των άρθρων **154 έως 157 ΑΚ** (στις οποίες παραπέμπει το άρθρο τέταρτο του ν. 2957/2001) ορίζονται τα εξής:

Άρθρο 154

«*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 155

«*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 156

«*Η παραίτηση του δικαιούχου επιφέρει απόσβεση του δικαιώματος για ακύρωση. Η παραίτηση, ρητή ή σιωπηρή, δεν είναι ανάγκη να απευθυνθεί σε άλλον*».

Άρθρο 157

«*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*».

43. Τέλος, στις διατάξεις των **άρθρων 847, 850, 851 και 864 ΑΚ** ορίζεται ότι:

Άρθρο 847

«*Με τη σύμβαση της εγγύησης ο εγγυητής αναλαμβάνει απέναντι στο δανειστή την ευθύνη ότι θα καταβληθεί η οφειλή*».

Άρθρο 850

«*Η εγγύηση προϋποθέτει έγκυρη κύρια οφειλή. ...*».

Άρθρο 851

«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 864

«Όταν η κύρια οφειλή αποσβεστεί, ο εγγυητής ελευθερώνεται, εκτός αν η απόσβεση επήλθε από δικό του πταίσμα».

Συμβατικό πλαίσιο

44. Στα άρθρα 1, 11, 13, 15, 18 και 23 της Σύμβασης με αριθμό 016Α/2003 μεταξύ του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας και της αλλοδαπής εταιρίας «KMW» 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. Εγγυητική Επιστολή Προκαταβολής…

β. Εγγυητική Επιστολή Καλής Εκτέλεσης της Σύμβασης (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 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 18 : Γλώσσα – Ισχύουσα νομοθεσία – Επίλυση διαφορών – Διαιτησία

«1.... 2. Εφαρμόσιμη Νομοθεσία : Τα δύο συμβαλλόμενα μέρη συμφωνούν ότι οποιαδήποτε απαίτηση ή αμφισβήτηση σε σχέση με τη σύμβαση, την ερμηνεία της, την εκτέλεσή της ή την ισχύ της, θα ερμηνεύεται και θα διευθετείται σύμφωνα με την νομοθεσία, που ισχύει στην Ελλάδα, κατά το χρόνο υπογραφής της σύμβασης. 3. Επίλυση διαφορών – Διαιτησία : α. Όλες οι αμφισβητήσεις, διεκδικήσεις, διενέξεις ή διαφορές μεταξύ του ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗ και του ΑΓΟΡΑΣΤΗ, που θα προκύψουν ή θα έχουν σχέση με τη σύμβαση, θα τακτοποιούνται με συμφωνία μεταξύ των συμβαλλομένων μερών. β. Εάν προκύψουν οποιεσδήποτε αμφισβητήσεις μεταξύ του ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗ και του ΑΓΟΡΑΣΤΗ, σχετικά με την ερμηνεία της σύμβασης ή σχετικά με τα δικαιώματα, καθήκοντα ή τις ευθύνες κάθε συμβαλλόμενου μέρους ή σχετικά με οποιεσδήποτε ενέργειες – θέματα ή οτιδήποτε άλλο ήθελε προκύψει από τη σύμβαση, που δεν θα μπορεί να τακτοποιηθεί – ρυθμισθεί σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην παραπάνω παράγραφο 3α, τότε οι αντισυμβαλλόμενοι θα μπορούν να προσφύγουν στη Διαιτησία. γ. Η Διαιτησία θα διεξάγεται σύμφωνα με τους εφαρμόσιμους κανόνες του Διεθνούς Εμπορικού Επιμελητηρίου (I.C.C.) στην Αθήνα, Ελλάδα με τρεις Διαιτητές. ...»

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. ...»

Ερμηνεία και εφαρμογή των διατάξεων

Από τις προπαρατιθέμενες διατάξεις, ερμηνευόμενες αυτοτελώς και σε συνδυασμό μεταξύ τους, συνάγονται τα ακόλουθα:

45. Από τις διατάξεις τόσο του ν. 3978/2011 (άρθρο 109 παρ. 3) όσο και του προϊσχύσαντος ν. 3433/2006 (άρθρο 73 παρ. 2) προκύπτει ότι οι συμβάσεις που είχαν ήδη προκηρυχθεί ή εκτελούνταν κατά την έναρξη ισχύος των ανωτέρω νόμων εξακολουθούν να διέπονται από τις προγενέστερες διατάξεις. Επομένως, η Σύμβαση 016Α/03, που διεπόταν κατά το χρόνο σύναψής της από τις διατάξεις του π.δ. 284/1989 εξακολουθεί να εκτελείται με βάση τις διατάξεις του πιο πάνω προεδρικού διατάγματος (βλέπ. ενδεικ. γνωμ. ΝΣΚ 3/2017, 106/2016, 179/2015, 338/2014, 99/2014, 467/2012 και άρθρο 18 της Σύμβασης).

46. Περαιτέρω, σύμφωνα με τα άρθρα 17 παρ. 1 και 5 και 66 του π.δ. 284/1989, 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 παραπάνω 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.), ενώ όταν 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 διατάξεις, ο νομοθέτης κατονομάζει καταρχάς 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.

47. Ειδικότερα, 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 μόνο να αφορά, η επιδιωκόμενη τροποποίηση, θεμελιώδη όρο της σύμβασης, αλλά απαιτείται, επιπροσθέτως, να προκαλείται από αυτήν

βλάβη στα συμφέροντα του Δημοσίου, προκειμένου δε να εκδοθεί η σχετική γνωμοδότηση πρέπει να εξειδικεύεται από την Υπηρεσία, κατά τρόπο ειδικό, ότι η τροποποίηση είναι απαραίτητη και αναγκαία για την πραγμάτωση του σκοπού της σύμβασης (βλέπ. ενδεικτ. γνωμ ΝΣΚ 179/2015, 338 και 99/2014, 311 και 245/2013, κ.ο.κ.). Απαιτείται, επίσης, πριν την έκδοση γνωμοδότησης του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, να έχει προηγηθεί η έκδοση γνωμάτευσης της Κεντρικής Γνωμοδοτικής Επιτροπής Προμηθειών κατ' άρθρο 17 παρ. 5 περ. β' του π.δ. 284/1989 (ενδεικτ. γνωμ. ΝΣΚ 338/2014, 99/2014, 311/2013, 245/2013, κ.ο.κ.), το περιεχόμενο της οποίας δεν είναι, άνευ ετέρου, δεσμευτικό για το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους, το οποίο δύναται να γνωμοδοτήσει διαφορετικά, αιτιολογώντας τη γνώμη του (Γνωμ. ΝΣΚ 106/2016, 245/2010).

48. Εξ άλλου, η προτεινόμενη τροποποίηση της σύμβασης πρέπει να είναι αναγκαία, κατά περίπτωση, για την ικανοποίηση των εκάστοτε δημοσίων αναγκών, να αποβλέπει στη θεραπεία νόμιμου σκοπού δημοσίου συμφέροντος, να μην επέρχεται με αυτήν ουσιώδης βλάβη των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής και να μην καταλήγει σε ανατροπή των οικονομικών δεδομένων, επί τη βάσει των οποίων καταρτίστηκε η σύμβαση και στα οποία απέβλεψαν τα συμβαλλόμενα μέρη, ενώ, εξ άλλου, τα γεγονότα ή οι καταστάσεις που επιβάλλουν την τροποποίηση, δεν πρέπει να οφείλονται σε λόγους που αφορούν το πρόσωπο του αντισυμβαλλομένου και πολύ περισσότερο σε αντισυμβατική συμπεριφορά του (βλ. Ευαγ. 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).

49. Περαιτέρω, εφόσον κρίνει εαυτό αρμόδιο, το ΝΣΚ γνωμοδοτεί, σύμφωνα με τα παρατιθέμενα από την αρμόδια υπηρεσία περιστατικά και στοιχεία, αν η επέμβαση στον ενοχικό δεσμό είναι νόμιμη και αν αιτιολογείται επαρκώς (βλέπ. ενδεικτ. Γνωμ. ΝΣΚ 338/2014, 99/2014, 336/2004 (Ολομ.), 311/2013 κ.ο.κ.), περαιτέρω δε αν με την τροποποίηση εξυπηρετείται το δημόσιο συμφέρον, υπό την έννοια ότι εξυπηρετείται ο σκοπός για τον οποίο έχει συναφθεί η σύμβαση (βλέπ. γνωμ. ΝΣΚ 338/2014, 99/2014, 427/2003, 311/2013 κ.ο.κ.).

50. Τέλος, η ουσιαστική εκτίμηση περί του αν οι όροι του σχεδίου τροποποίησης μιας σύμβασης 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, 311/2013, 245/2013, 240/2011, κ.ά.).

51. Σύμφωνα με το άρθρο 5 του ν. 5227/1931«Περί Μεσαζόντων», εάν σύμβαση που συνομολογήθηκε 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. Ειδικότερα το Δικαστήριο μπορεί α) να θεωρήσει τη σύμβαση ως έγκυρη, επειδή λ.χ. έχει εκτελεσθεί επί μακρόν η δικαιοπραξία, χωρίς να ανακύπτει ζημία για το Δημόσιο, ή 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.), ή 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.).

52. 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 συνάφθηκε 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 συνάφθηκε η Σύμβαση, ενώ όταν η διαφθορά επηρέασε άλλη συμπεριφορά (όπως την παραλαβή), η συνέπεια είναι αποζημίωση (άρθρο δεύτερο του ν. 2957/2001).

53. Προκύπτει επίσης, από την παράγραφο 2 του άρθρου τέταρτου του ν. 2957/2001, ότι 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 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).

54. Επομένως προκύπτει τόσο από τις διατάξεις του ν. 2957/2001, όσο και του προϊσχύσαντος ν. 5227/1931, η διαχρονική βούληση του νομοθέτη για την ακυρωσία της δικαιοπραξίας η οποία έχει συναφθεί ως αποτέλεσμα διαφθοράς / δωροδοκίας, ήτοι η κατόπιν αιτήσεως του Δημοσίου ή ΝΠΔΔ ακύρωση της σύμβασης. Όσον δε αφορά στην επέλευση 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 με ισχύ δεδικασμένου (κατά το άρθρο 321 του ΚΠολΔ), η δικαιοπραξία παράγει κανονικά τα έννομα αποτελέσματά της, ενώ μετά την τελεσιδικία της δικαστικής απόφασης εξομοιώνεται με την εξαρχής άκυρη, θεωρείται δηλαδή σαν να μην έχει συναφθεί (ΑΚ 180) και ανατρέπονται αναδρομικά οι έννομες συνέπειές της.

55. Κατά τη συζήτηση μεταξύ των μελών της Ολομέλειας του ΝΣΚ, ως προς το παραδεκτό του ερωτήματος, που υποβλήθηκε κατά το άρθρο 66 του π.δ. 284/1989, διαμορφώθηκαν οι ακόλουθες τρεις (3) γνώμες:

Κατά τη γνώμη της **πλειοψηφίας,** που απαρτίστηκε από τον Πρόεδρο του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους Μιχαήλ Απέσσο, τους Αντιπροέδρους του ΝΣΚ Χρυσαφούλα Αυγερινού, Μεταξία Ανδροβιτσανέα και Ιωάννη – Κωνσταντίνο Χαλκιά και τους Νομικούς Συμβούλους του Κράτους Ιωάννη Διονυσόπουλο, Κωνσταντίνο Γεωργάκη, Γεώργιο Κανελλόπουλο, Αικατερίνη Γρηγορίου, Νικόλαο Δασκαλαντωνάκη, Δήμητρα Κεφάλα, Γεώργιο Ανδρέου, Ευαγγελία Σκαλτσά, Χρήστο Μητκίδη και Παναγιώτα – Ελευθερία Δασκαλέα – Ασημακοπούλου (ψήφοι δεκατέσσερις - 14), προς την οποία συντάχθηκε και η εισηγήτρια Πάρεδρος του ΝΣΚ Άννα Κάντζια (γνώμη χωρίς ψήφο), το ερώτημα έχει υποβληθεί παραδεκτά στο ΝΣΚ, για την έκδοση γνωμοδότησης σύμφωνα με τα άρθρα 66 του π.δ. 284/1989 και 2 του ν. 3086/2002, δεδομένου ότι για την κατάφαση της αρμοδιότητας του ΝΣΚ αρκεί η αντικατάσταση, τροποποίηση, προσθήκη ή κατάργηση 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).

56. Όπως προαναφέρθηκε, η γνωμοδότηση της ΚΓΕΠ δεν είναι δεσμευτική για το ΝΣΚ (Γνωμ. ΝΣΚ 106/2016, 245/2010), πράγμα που σημαίνει ότι και το ΝΣΚ δεν κωλύεται να προβεί στη διαπίστωση περί της πρόκλησης βλάβης στα συμφέροντα του Δημοσίου. Επομένως η άποψη κατά την οποία η εκτίμηση της ΚΓΕΠ ή έστω της αρμόδιας Υπηρεσίας, κατά την οποία δεν προκαλείται βλάβη στα συμφέροντα του Ελληνικού Δημοσίου από την επιδιωκόμενη τροποποίηση μιας σύμβασης, είναι δεσμευτική για το ΝΣΚ, όχι μόνο δεν βρίσκει έρεισμα στο νόμο (βλ. και ΝΣΚ 99/2014) αλλά είναι και παντελώς αντίθετη προς όσα γίνονται παγίως δεκτά για τη δεσμευτικότητα της γνωμοδότησης της ΚΓΕΠ (η οποία, παρόλα αυτά, οφείλει να διατυπώνει σαφή εκτίμηση περί της πρόκλησης ή μη βλάβης στα συμφέροντα του Δημοσίου, από την επιδιωκόμενη τροποποίηση μιας σύμβασης, ώστε οι σχετικές απόψεις της να συνεκτιμηθούν μαζί με τα υπόλοιπα στοιχεία του φακέλου).

57. 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. 284/1989. Σύμφωνα, εξ άλλου, με τις διευκρινίσεις, που έδωσαν κατά τη συνεδρίαση της 15ης-2-2017 του Στ΄ Τμήματος του ΝΣΚ οι αρμόδιοι υπηρεσιακοί παράγοντες (σχετικώς συντάχθηκε το υπ' αριθ. 509/15-2-2017 Πρακτικό του Τμήματος), 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 7ης Τροποποίησης και έχουν λήξει οι εγγυήσεις καλής λειτουργίας των παραδοθέντων υλικών, η επιδιωκόμενη τροποποίηση καθίσταται επιβεβλημένη για την Υπηρεσία, αφού με αυτή επιτυγχάνεται η ομαλή ολοκλήρωση της Σύμβασης.

58. Κατά την πρώτη **μειοψηφήσασα γνώμη**, που διατυπώθηκε από τους Νομικούς Συμβούλους του Κράτους Παρασκευά Βαρελά, Θεόδωρο Ψυχογυιό, Δημήτριο Αναστασόπουλο, Δημήτριο Μακαρονίδη και Ευστράτιο Συνοίκη (ψήφοι πέντε -5), γίνεται παγίως δεκτό ότι αποτελεί απαραίτητη προϋπόθεση για την αρμοδιότητα του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους να γνωμοδοτήσει, σύμφωνα με το άρθρο 66 παρ. 2 εδαφ. α' του π.δ. 284/1989, σχετικά με την τροποποίηση συμβατικού όρου, η διαπίστωση ότι η επιδιωκόμενη τροποποίηση αφορά σε θεμελιώδη όρο της σύμβασης, γεγονός που προϋποθέτει την, από την τροποποίηση αυτή, συνδρομή βλάβης στα συμφέροντα του Δημοσίου, η οποία, ως στοιχείο του ιστορικού, πρέπει, ευλόγως, να αναφέρεται ρητώς και εγγράφως από την Υπηρεσία είτε στο τιθέμενο ερώτημα είτε στα συνοδευτικά έγγραφα του φακέλου. Προκειμένου δε το ΝΣΚ να εκδώσει τη σχετική γνωμοδότησή του, στο πλαίσιο και της γενικής, κατ' άρθρο 2 του ν. 3086/2002 αρμοδιότητάς του, για την καθοδήγηση των ενεργειών της Διοίκησης με νομικές γνωμοδοτήσεις, 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 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, στο υπό κρίση ερώτημα, το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους στερείται προφανώς της γνωμοδοτικής του 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, ούτε από τα έγγραφα στοιχεία του οικείου φακέλου, που τέθηκαν υπόψη του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, 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.

59. Κατά τη **δεύτερη μειοψηφήσασα** γνώμη, που διατυπώθηκε από τους Νομικούς Συμβούλους του Κράτους Σταύρο Σπυρόπουλο, Βασίλειο Καραγεώργο,

Γεώργιο Γρυλωνάκη και Χαράλαμπο Μπρισκόλα (ψήφοι τέσσερις - 4), από τη διάταξη της παραγράφου 2 του άρθρου 66 του π.δ 284/1989 προκύπτει, ως απαραίτητη προϋπόθεση της, από τη διάταξη αυτή, θεσπιζόμενης αρμοδιότητας του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, η συνδρομή πρότασης «τροποποίησης» θεμελιώδους διάταξης της σύμβασης, ως τέτοιας θεωρουμένης, μεταξύ άλλων, της αναφερομένης σε αντικείμενο της σύμβασης και της οποίας η τροποποίηση προκαλεί βλάβη στα συμφέροντα του Δημοσίου. Συνεπώς, εάν η εισαγόμενη στο ΝΣΚ υπόθεση προς γνωμοδότηση δεν διαλαμβάνει στην πραγματικότητα τροποποίηση τέτοιας διάταξης, αλλά, ουσιαστικά, καλείται το τελευταίο να τοποθετηθεί επί της εφαρμογής διάταξης της σύμβασης, τότε δεν συντρέχει η, κατά την ανωτέρω διάταξη του άρθρου 66 του π.δ 284/1989, αρμοδιότητά του. Το ίδιο ισχύει και όταν από τον οικείο φάκελο, δεν προκύπτουν σαφώς και επαρκώς τα στοιχεία από τα οποία συνάγεται, με ειδικό και συγκεκριμένο τρόπο, η βλάβη του Δημοσίου από την προτεινόμενη τροποποίηση διάταξης της σύμβασης.

Στην εξεταζόμενη υπόθεση παρατηρείται ότι από τα στοιχεία του φακέλου και ιδίως τις απόψεις των αρμοδίων υπηρεσιών, δεν διευκρινίζεται σαφώς και επαρκώς, εάν υφίστανται, συγκεκριμένου ύψους, συμβατικό αντικείμενο ή συμβατικές παραβάσεις της προμηθεύτριας εταιρείας, που καλύπτονται, κατά το νόμο και τη σύμβαση, από την επίμαχη εγγύηση καλής εκτέλεσης. Με τα δεδομένα αυτά, κατά την ανωτέρω γνώμη, απαραδέκτως στο παρόν στάδιο εισάγεται η εξεταζόμενη υπόθεση στο ΝΣΚ προς γνωμοδότηση, σύμφωνα με το άρθρο 66 παρ. 2 του π.δ 284/1989, καθόσον δεν θεμελιώνεται επαρκώς η προς τούτο αρμοδιότητά του.

60. Κατόπιν της ανωτέρω πλειοψηφήσασας γνώμης, η επιδιωκόμενη 7η Τροποποίηση της Σύμβασης 016Α/03 πρέπει να εξεταστεί περαιτέρω, προκειμένου το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους να εκδώσει, σύμφωνα με τα προαναφερθέντα, τη θετική ή αρνητική γνωμοδότησή του.

61. Για τη νομιμότητα της εξεταζόμενης 7ης Τροποποίησης της Σύμβασης 016Α/03, από τα στοιχεία του φακέλου που τέθηκαν και υπόψη της Ολομέλειας του ΝΣΚ εκ μέρους της ερωτώσας υπηρεσίας, καθώς και από το υπ' αριθ. 509/15-2-2017 Πρακτικό του Στ΄ Τμήματος του ΝΣΚ., στο οποίο έχουν αποτυπωθεί οι 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 στις διατάξεις των άρθρων 17 παρ. 5 β' και 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 «KMW», 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 Συνεδρίασής της με αριθμό 53/2015 της 24ης Δεκεμβρίου 2015, γνωμοδότησε ομόφωνα υπέρ της αποδοχής του εν λόγω σχεδίου Τροποποίησης. Στη συνέχεια, στις 29-12-2016 γνωμοδότησε εκ νέου ομόφωνα υπέρ της αποδοχής του εν λόγω σχεδίου Τροποποίησης.

62. Περαιτέρω, κατά τη συζήτηση στην Ολομέλεια του ΝΣΚ ως προς την επάρκεια της αιτιολογίας σχετικά με τη θεραπεία νόμιμου σκοπού δημοσίου συμφέροντος, που αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση για το κατ' εξαίρεση επιτρεπτό της τροποποίησης θεμελιώδους διάταξης της σύμβασης, διαμορφώθηκαν οι ακόλουθες δύο γνώμες:

Σύμφωνα με τη γνώμη της **πλειοψηφίας,** που απαρτίστηκε από τον Πρόεδρο του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους Μιχαήλ Απέσσο, τους Αντιπροέδρους του ΝΣΚ Χρυσαφούλα Αυγερινού, Μεταξία Ανδροβιτσανέα και Ιωάννη – Κωνσταντίνο Χαλκιά και τους Νομικούς Συμβούλους του Κράτους Ιωάννη Διονυσόπουλο, Κωνσταντίνο Γεωργάκη, Γεώργιο Κανελλόπουλο, Αικατερίνη Γρηγορίου, Νικόλαο Δασκαλαντωνάκη, Δήμητρα Κεφάλα, Γεώργιο Ανδρέου, Δημήτριο Αναστασόπουλο, Δημήτριο Μακαρονίδη, Ευαγγελία Σκαλτσά, Χρήστο Μητκίδη και Παναγιώτα – Ελευθερία Δασκαλέα – Ασημακοπούλου (ψήφοι δεκαέξι - 16), προς την οποία συντάχθηκε και η εισηγήτρια Πάρεδρος του ΝΣΚ Άννα Κάντζια (γνώμη χωρίς ψήφο), η επιδιωκόμενη 7η Τροποποίηση της Σύμβασης 016Α/03, μετά τη διαβίβαση των παρακάτω νεώτερων στοιχείων και μετά την έκδοση της γνωμοδότησης του ΝΣΚ με αριθμό 106/2016, αιτιολογείται πλέον επαρκώς από την αρμόδια υπηρεσία με αναφορά σε συγκεκριμένους και επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος, που επιβάλλουν αυτή την επιλογή, παρά την «εκ πρώτης όψεως» βλάβη των συμφερόντων του Δημοσίου από την απομείωση της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης.

63. Συγκεκριμένα, όπως προκύπτει από το επισυναπτόμενο στο έγγραφο του ερωτήματος Παράρτημα Α, σε συνδυασμό με τις καταθέσεις των υπηρεσιακών

παραγόντων, που έχουν αποτυπωθεί στο προαναφερόμενο υπ΄αριθ. 509/2017 Πρακτικό του Στ΄ Τμήματος του ΝΣΚ, η Υπηρεσία συμπληρώνει την αιτιολογία περί εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος με την υπόψη τροποποίηση της Σύμβασης, επισημαίνοντας, μεταξύ άλλων, ότι: α) εξασφαλίζεται η ομαλή υλοποίηση της Σύμβασης με την παράδοση και των τελευταίων υλικών, συνολικής συμβατικής αξίας 113.883,48 ευρώ, απαραίτητων για τη διεξαγωγή της προληπτικής συντήρησης των αρμάτων Leo 2HEL, τα οποία (υλικά) είναι πολλαπλάσιας αξίας, εάν η απόκτησή τους γινόταν με σημερινές τιμές, β) ικανοποιούνται οι τεχνικές απαιτήσεις του επιχειρησιακού φορέα με την παράταση της ισχύος των εγγυητικών επιστολών των δύο τεχνικών τροποποιήσεων για την αντιμετώπιση των διαβρώσεων και των τριχοειδών ρωγμών (ECPs GR 040217 και GR 040218 της 6ης τροποποίησης), ενώ καλύπτονται με εγγύηση και τυχόν μελλοντικά προβλήματα σε άλλα απάρτια / υλικά, τα οποία θα έχουν προκληθεί από τις ρωγμές των θυρίδων των πύργων των αρμάτων, γ) το Ελληνικό Δημόσιο διατηρεί το ήδη παρακρατηθέν ποσό των 28 εκατ. ευρώ για ποινικές ρήτρες, ενώ μειώνεται ο κίνδυνος για τυχόν νέες οικονομικές απαιτήσεις της εταιρίας από την παρακράτηση του πιο πάνω ποσού και του κόστους διατήρησης της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης, δ) δεν θα κοστολογηθούν τα 3.320 πέλματα ερπύστριας αρμάτων LEO2, αξίας 117.000 ευρώ, που παρέδωσε η εταιρία στις 12-12-2012 στην Ελληνική πλευρά, χωρίς να υπάρχει σχετική συμβατική πρόβλεψη και για τον λόγο αυτό δεν έχουν παραληφθεί οριστικά από την Υπηρεσία, πλην όμως έχουν κατανεμηθεί στις Μονάδες ΤΘ και έχουν ήδη χρησιμοποιηθεί, ε) η εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης μειώνεται στο ποσό του 1.000.000 ευρώ, αντί του 10% της αξίας των υλικών που εκκρεμεί η παράδοση, δηλαδή 11.300 ευρώ περίπου, και θα παραμείνει στην Υπηρεσία μέχρι την παράδοση και των τελευταίων υλικών της Προσθήκης 1Β της Σύμβασης, στ) το Δημόσιο δύναται να αξιώσει αποζημίωση για υλική ζημιά και ηθική βλάβη, λόγω εμφιλοχώρησης πράξης διαφθοράς κατά τη σύναψη της σύμβασης, εφόσον τούτο προκύψει στο μέλλον, από την ποινική διερεύνηση της υπόθεσης. Στο πιο πάνω έγγραφο της ερωτώσας υπηρεσίας τονίζεται ακόμη 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 καλής εκτέλεσης. Επίσης τριχοειδείς ρωγμές και διαβρώσεις καλύπτονται με τις εγγυητικές επιστολές των δύο ECPs της 6ης τροποποίησης, των οποίων η παράταση της ισχύος αποτελεί αντικείμενο της υπόψη 7ης τροποποίησης.

64. Περαιτέρω, στο έγγραφο του ΓΕΣ, με ημερομηνία 9-9-2016 επισημαίνονται οι επιπτώσεις εκ της μη υπογραφής της 7ης τροποποίησης της Σύμβασης, όπου, μεταξύ άλλων, αναφέρεται ότι δεν θα υφίσταται πλέον η προσφορά, από πλευράς της προμηθεύτριας εταιρείας, επιπλέον υλικών, συμβατικής αξίας 131.627,89 ευρώ, άνευ κόστους για την Υπηρεσία, η οποία ισχύει με την προϋπόθεση ότι η εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης της σύμβασης θα απομειωθεί υπό τους όρους που συμφωνήθηκαν κατά τις διαπραγματεύσεις και ότι 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 016A/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). Το ΓΕΣ επισημαίνει ότι το χρονικό διάστημα, το οποίο δεν θα καλύπτεται από την εν λόγω επιστολή, ποικίλλει από 39 έως 722 ημέρες, ανάλογα με την ημερομηνία εφαρμογής της ECP σε κάθε άρμα. Στο ίδιο έγγραφο το ΓΕΣ αναφέρει ότι 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 016A/03 μετά την κατάρτιση της 6ης τροποποίησής της, δεν θα καλύπτονται από την αντίστοιχη εγγυητική επιστολή για την πλήρη διάρκεια ισχύος τους (15 έτη) και επισημαίνει 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.

65. Οι υπηρεσιακοί παράγοντες, που παρέστησαν κατά τη συνεδρίαση της 15ης-2-2017 του Στ΄ Τμήματος του ΝΣΚ, 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 μεν στους διαγωνισμούς του Υπουργείου για προμήθεια ανταλλακτικών για τα συγκεκριμένα άρματα, όμως εν συνεχεία αποκλείεται, επειδή δεν καταθέτει εγγυητικές επιστολές, λόγω της μη απομείωσης της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης της Σύμβασης 016Α/03 (που κατά τους ισχυρισμούς της πρέπει να της επιστραφεί), με αποτέλεσμα να καθίσταται δυσχερής η συντήρηση των 1.000 περίπου αρμάτων του Ελληνικού Στρατού. Όλα τα παραπάνω, σύμφωνα με την (κυριαρχική επί του θέματος) κρίση της Υπηρεσίας, καθιστούν επιβεβλημένη την υπό κρίση τροποποίηση της Σύμβασης.

66. Από το σύνολο των στοιχείων του φακέλου που τέθηκαν υπόψη της Ολομέλειας του ΝΣΚ, καθώς και από τις διευκρινίσεις των υπηρεσιακών παραγόντων, σαφώς προκύπτει 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.

67. Ειδικότερα ως προς την απομείωση της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης, επισημαίνονται τα ακόλουθα: Σύμφωνα με όσα γίνονται δεκτά στη θεωρία και τη νομολογία, η εγγυητική επιστολή, αποτελεί ιδιαίτερο είδος εγγύησης, που 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 5805/2004, NoB 53, 1645, ΠΠΑ 4777/2001, ΕΕμπΔ 2001, 560). Βασικό γνώρισμα της εγγυητικής επιστολής είναι ο παρεπόμενος χαρακτήρας της έναντι της κύριας σύμβασης. Συνακόλουθα η εγγυητική ευθύνη, η οποία προϋποθέτει έγκυρη κύρια οφειλή (ΑΚ 850 παρ. 1), 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, ΝΣΚ 312/2014 Ολομ.), 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).

68. Η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής επέρχεται εφόσον πληρούνται οι προϋποθέσεις που κάθε φορά τίθενται στο κείμενό της (βλ. Α. Γεωργιάδη, Η εξασφάλιση των πιστώσεων, 2001, σ. 172). Στην προκειμένη περίπτωση ισχύει η βασική αρχή της τυπικής αυστηρότητας της εντολής, η δε σχετική αξίωση της εκδότριας τράπεζας από την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής τελεί υπό την προϋπόθεση της αυστηρότατης και επακριβούς εκτέλεσης των όρων, που είχε θέσει ο εντολέας για την έκδοσή της (Βασ. Τσούμα, Εγγύηση και Εγγυοδοσία, 2006, σ. 59, με παραπομπές σε ΠΠΑ 5805/2004 και Λουκόπουλο, Εγγυητική Επιστολή, ΕΕΔ 1990, 730 επ.). Στο πλαίσιο αυτό γίνεται δεκτό ότι η τράπεζα προστατεύεται και από τις διατάξεις των άρθρων 281 και 288 ΑΚ, στις οποίες μπορεί να καταφύγει για να εμποδίσει την είσπραξη της εγγυητικής επιστολής, αν η άσκηση των δικαιωμάτων του δανειστή από την εγγυητική επιστολή δεν είναι σύμφωνη προς τη σύμβαση και το σκοπό για τον οποίο έχει χορηγηθεί η επιστολή (Α. Γεωργιάδη, Η εξασφάλιση των πιστώσεων, 2001, σελ. 181 επ., Βασ. Τσούμα, Εγγύηση και Εγγυοδοσία, 2006, σ. 60 επ., Εφ.Θεσ. 2516/2001, ΔΕΕ 2001, 1253, Εφ.Θεσ. 104/2001, ΔΕΕ, 2001, 393).

69. Περαιτέρω, η εγγυητική επιστολή για την καλή εκτέλεση των όρων σύμβασης εκδίδεται από την τράπεζα υπέρ ενός εκ των μερών και καλύπτει τη μη εκτέλεση ή την πλημμελή εκτέλεση των υποχρεώσεων του αντισυμβαλλομένου του από συγκεκριμένη εμπορική σύμβαση (Α. Γεωργιάδη, Η εξασφάλιση των πιστώσεων, 2001, σελ. 181), ενώ για τη θεμελίωση της αξίωσης του δανειστή κατά

της τράπεζας δεν αρκεί η απλή αναφορά ότι ο οφειλέτης δεν εκτέλεσε καλά τη σύμβαση (ΑΠ 467/1992, ΕλΔ 34, 1074), αλλά θα πρέπει να αναφέρει τους όρους της σύμβασης, οι οποίοι παραβιάστηκαν και το ποσό της ζημίας που υπέστη (Εφ.Θεσ. 104/2001, ΔΕΕ, 2001, 393). Εξάλλου, εγγυητική επιστολή, που εκδόθηκε για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, καλύπτει όλες τις απαιτήσεις του δανειστή, που προκύπτουν από τη λειτουργία ή την ανώμαλη εξέλιξη της σύμβασης, όχι όμως τυχόν άλλες απαιτήσεις, που έχουν διαφορετική γενεσιουργό αιτία, διότι οι απαιτήσεις αυτές δεν πηγάζουν από παράβαση των όρων της σύμβασης, ούτε προκύπτουν εξαιτίας της εκτέλεσης αυτής (βλ. ΑΠ 1201/1994, ΕλΔ 37, 637, Εφ.Θεσ. 104/2001, ΔΕΕ 2001, 393, ΕπισκΕΔ 2002, 473).

70. 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 εγγύησης του τελευταίου παραληφθέντος συμβατικού υλικού, μαζί με μία υπογεγραμμένη δήλωση, με την οποία θα επιβεβαιώνεται η ολοκλήρωση των υποχρεώσεών του. 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 στις 28-2-2016, ενώ η βαφή δέκα αρμάτων τελούσε υπό καθεστώς εγγύησης καλής λειτουργίας μέχρι 10 Αυγούστου 2016, ημερομηνία που επίσης έχει παρέλθει. Εξάλλου, 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.

71. Τα παραπάνω επαναλαμβάνονται και στο σώμα της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης, που έχει εκδώσει η Γερμανική Τράπεζα HypoVereinsbank, με αριθμό FAHGGA0300492, με την οποία δεσμεύεται να πληρώσει μέσα σε τρεις εργάσιμες ημέρες από την παραλαβή εγγράφου αιτήματος του αγοραστή, όπου θα δηλώνει ότι ο Προμηθευτής παραβίασε ή παρέλειψε να εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του, που απορρέουν από τη Σύμβαση με αριθμό 16Α/03, οποιοδήποτε ποσό που δεν υπερβαίνει τα 165.900.000 ευρώ, εξαιτίας του παραπάνω λόγου, συνοδευόμενου (του αιτήματος πληρωμής) από αντίγραφο της έγγραφης κοινοποίησης προς τον Προμηθευτή, τουλάχιστον 60 ημέρες πριν από το αίτημα για πληρωμή, μέσω της οποίας (κοινοποίησης) θα έχει ζητηθεί η επαναφορά – αποκατάσταση της παραβίασης – παράβασης της υποχρέωσης και από γραπτή δήλωση του αγοραστή ότι ο Προμηθευτής απέτυχε (να εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του) εντός της παραπάνω περιόδου των εξήντα ημερών. Αυτή η εγγυητική επιστολή θα πρέπει αυτομάτως να μειώνεται κατά το 10% της αξίας κάθε τμηματικής παράδοσης και παρεχόμενων υπηρεσιών με την εμφάνιση στην Τράπεζα αντιγράφου του σχετικού τιμολογίου και του Πρωτοκόλλου Οριστικής Ποσοτικής και Ποιοτικής Παραλαβής, εκδοθέντος από την Επιτροπή Παραλαβής του Αγοραστή, που υποβάλλονται από τον Προμηθευτή. Η Εγγύηση Καλής Εκτέλεσης θα πρέπει να μειωθεί στο 2,5% του συνολικού συμβατικού τιμήματος και θα εξακολουθεί να ισχύει μέχρι τη λήξη της περιόδου εγγύησης του τελευταίου παραδοτέου συμβατικού υλικού. Αυτή η εγγυητική επιστολή θα είναι σε ισχύ μέχρι την προηγούμενη της γραπτής δήλωσης του αγοραστή προς την Τράπεζα, με την οποία θα την απελευθερώνει από τις υποχρεώσεις της ή μέχρι τριάντα ημέρες μετά τη λήξη της περιόδου εγγύησης του τελευταίου παραδοτέου συμβατικού υλικού μαζί με γραπτή δήλωση που θα επιβεβαιώνει ότι οι υποχρεώσεις του Προμηθευτή έχουν εκπληρωθεί. Από τα παραπάνω συνάγεται ότι η απομείωση και η επιστροφή της υπό κρίση εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης εξαρτάται αποκλειστικά από την ποιοτική και ποσοτική παραλαβή των συμβατικών υλικών και υπηρεσιών και δεν μπορεί να καλύψει απαιτήσεις που έχουν άλλη γενεσιουργό αιτία.

72. Στο σημείο αυτό πρέπει να επισημανθεί το γεγονός ότι το νομικό πλαίσιο του π.δ. 284/1989, που διέπει τη συγκεκριμένη Σύμβαση, δεν προβλέπει τη διατήρηση ή την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης σε περίπτωση απόδειξης πράξης διαφθοράς, όπως αντίθετα προβλέπει ο ισχύων σήμερα ν. 3978/2011, κατά το άρθρο 10 του οποίου 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, υπογράφοντας σχετικές δεσμευτικές δηλώσεις, 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 παράβαση της οποίας μπορεί να επιφέρει (ως παράβαση συμβατικού όρου) την κατάπτωση.

73. Περαιτέρω, από τα στοιχεία που έχουν περιέλθει μέχρι σήμερα στην ερωτώσα υπηρεσία από τις Εισαγγελικές και Ανακριτικές Αρχές, η ασκηθείσα ποινική δίωξη αφορά την υποκατασκευάστρια του συστήματος ελέγχου πυρός EMES-15D και του συστήματος C4I ΗΝΙΟΧΟΣ, για την οποία προέκυψαν επαρκείς ενδείξεις ότι διενήργησε πληρωμές προμήθειας για το έργο LEOPARD 2 HEL ποσού 5.068.833,60 ευρώ στην εταιρία T.C. Ltd με ιδιοκτήτη τον Π.Ε., ενώ, όπως προκύπτει από το τελευταίο έγγραφο του Εισαγγελέα Εγκλημάτων Διαφθοράς, με αριθμό πρωτ. 1021/5-4-2017, η ποινική δικογραφία με αντικείμενο την έρευνα αξιόποινων πράξεων στα πλαίσια της πιο πάνω Κύριας Σύμβασης Προμήθειας αρμάτων τύπου LEOPARD 2HEL, βρίσκεται στο στάδιο της προκαταρκτικής εξέτασης κατ' άρθρο 31 παρ. 2 ΚΠΔ. 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.

74. Υπενθυμίζεται επί του θέματος η υπ΄αριθ. 235/2015 γνωμ.ΝΣΚ (Ολομ), κατά την οποία η αναζήτηση από τον Εισαγγελέα Εγκλημάτων Διαφθοράς της Εισαγγελίας Εφετών Αθηνών πληροφοριών και στοιχείων, στο πλαίσιο διενεργούμενης προκαταρκτικής εξέτασης, για τη διακρίβωση ενδεχόμενης τέλεσης αυτεπάγγελτα διωκόμενων αξιόποινων πράξεων κατά τη σύναψη και εκτέλεση διακρατικής συμφωνίας, δεν αποτελεί κατά νόμο κώλυμα για την καταβολή από πλευράς Ελληνικού Δημοσίου / Υπουργείου Εθνικής Άμυνας της προκαταβολής, που αποτελεί την απαραίτητη προϋπόθεση για την ενεργοποίηση της ως άνω διακρατικής συμφωνίας, που αφορά στο υποπρόγραμμα εκσυγχρονισμού μέσης ζωής και αναβάθμισης – ολοκλήρωσης νέων επιχειρησιακών συστημάτων για την επιχειρησιακή εκμετάλλευση έως πέντε αεροσκαφών του Πολεμικού Ναυτικού.

75. Σύμφωνα επίσης με την υπ' αριθ. 187/23-6-2016 γνωμοδότηση της Β΄ Τακτικής Ολομέλειας του ΝΣΚ, που εκδόθηκε μετά από την υπ΄ αριθ. 106/19-4-2016 γνωμοδότηση του Στ΄ Τμήματος του ΝΣΚ, δεν είναι δυνατόν να επηρεασθεί η εξέλιξη των συμβάσεων, κατά το στάδιο κατά το οποίο αυτές τελούν υπό ποινική διερεύνηση χωρίς να έχουν ακυρωθεί δικαστικά, διότι, μέχρι την ακύρωσή τους με τελεσίδικη δικαστική απόφαση, παράγουν όλες τις έννομες συνέπειές τους. 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 αντισυμβαλλόμενες του Δημοσίου εταιρίες συνεχίζουν να εκπληρώνουν τις δικές τους συμβατικές υποχρεώσεις. Εφόσον υπάρξει καταδικαστική απόφαση, το Δημόσιο μπορεί να ζητήσει με αγωγή, ανταγωγή ή ένσταση από το αρμόδιο δικαστήριο την ακύρωση της σχετικής σύμβασης (αν συντρέχουν οι νόμιμες προϋποθέσεις), είτε με ευθεία εφαρμογή του ν. 5227/1931, είτε ζητώντας την αναλογική εφαρμογή του ν. 2957/2001, δυνάμει του οποίου θα μπορούσε να ζητηθεί από το Δημόσιο (ως θύμα της διαφθοράς), παράλληλα με την ακύρωση της διοικητικής σύμβασης και η 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.

76. Σύμφωνα εξ άλλου με την ίδια γνωμοδότηση (187/2016), τα συμφέροντα του Ελληνικού Δημοσίου διασφαλίζονται πλήρως, δεδομένου ότι τούτο διατηρεί το δικαίωμά του για ανόρθωση κάθε ζημιάς, εάν αποδειχθεί ότι κατά το στάδιο κατάρτισης ή και εκτέλεσης της Σύμβασης εμφιλοχώρησε πράξη διαφθοράς και μπορεί 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 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 υπέστη, εφόσον υφίστανται επαρκή προς τούτο στοιχεία.

77. Ενόψει των ανωτέρω, σύμφωνα με τη γνώμη της πλειοψηφίας, 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, συνολικής 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 βάση νεότερα στοιχεία σχετικά με τις επιπτώσεις από τη μη υπογραφή της 7ης Τροποποίησης, η συνομολόγησή της κρίνεται επαρκώς αιτιολογημένη ως προς την δι' αυτής θεραπεία νόμιμου σκοπού δημοσίου συμφέροντος. Περαιτέρω, με δεδομένο ότι η Σύμβαση έχει εκτελεσθεί σε ποσοστό άνω του 99,9%, όπως διαβεβαιώνει η αρμόδια υπηρεσία, η διακράτηση της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης στο ύψος των 41 εκ. ευρώ, προκειμένου αυτή να καλύψει ζημία του Δημοσίου από πράξη διαφθοράς, που τυχόν θα αποδειχθεί στο μέλλον, δεν βρίσκει έρεισμα στο νομικό πλαίσιο, που διέπει τη συγκεκριμένη Σύμβαση, ούτε μπορεί να καλύψει απαιτήσεις από άλλη γενεσιουργό αιτία, πλην αυτών που έχουν ρητά συμφωνηθεί.

78. Σύμφωνα με την ειδικότερη συγκλίνουσα γνώμη των Νομικών Συμβούλων του Κράτους Δημητρίου Αναστασόπουλου και Δημητρίου Μακαρονίδη (ψήφοι δύο - 2), από το άρθρο 66 του π.δ. 284/1989 προκύπτει ότι η αρμοδιότητα του Ν.Σ.Κ. να γνωμοδοτήσει επί τροποποιήσεως συμβάσεως ενταγμένης στο θεσμικό πλαίσιο του εν λόγω π.δ., συντρέχει σε κάθε περίπτωση τροποποίησης της σχετικής σύμβασης, με την οποία επέρχεται, κατ' αρχήν, (κάποιας μορφής) βλάβη των συμφερόντων του Δημοσίου. Η αρμοδιότητα αυτή αναφέρεται στα ζητήματα νομιμότητας της τροποποίησης και της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος που επιτυγχάνεται. Το ζήτημα της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος προϋποθέτει ότι η αρμόδια υπηρεσία βεβαιώνει ότι, παρά την, κατ' αρχήν, ύπαρξη (κάποιας μορφής) βλάβης, όπως προεκτέθηκε, προκύπτει εν τέλει από την αξιολόγηση του συνόλου των στοιχείων και των δεδομένων ότι υπηρετείται το δημόσιο συμφέρον. Η εν λόγω αξιολόγηση των πραγματικών δεδομένων και των στοιχείων ανήκει στην αποκλειστική αρμοδιότητα της κατά περίπτωση αρμόδιας υπηρεσίας. Με την έννοια αυτή, πρέπει να γίνει δεκτό, ότι οσάκις η υπηρεσία αποφαίνεται και βεβαιώνει, ότι από την αξιολόγηση του συνόλου των στοιχείων και των δεδομένων προκύπτει ότι η τροποποίηση της σύμβασης εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον, η βεβαίωση αυτή είναι δεσμευτική και δεν ανήκει στην γνωμοδοτική αρμοδιότητα του Ν.Σ.Κ., η οποία στοιχείται με νομικά ζητήματα (ν.3086/2002,

άρθρα 2 και 6 παρ. 6), να επαναξιολογήσει την εν λόγω βεβαίωση της υπηρεσίας περί εξυπηρετήσεως του δημοσίου συμφέροντος.

79. Κατά τη γνώμη της **μειοψηφίας**, που απαρτίστηκε από τους Νομικούς Συμβούλους του Κράτους Παρασκευά Βαρελά, Θεόδωρο Ψυχογυιό, Ευστράτιο Συνοίκη και Χαράλαμπο Μπρισκόλα (ψήφοι τέσσερις - 4), από το διδόμενο ιστορικό προκύπτει ότι 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 προμήθειας, γεγονός που προϋπέθετε αναγκαίως την, εκ μέρους της Εισαγγελικής Αρχής, διαπίστωση της συνδρομής επαρκών ενδείξεων για την κίνηση της ποινικής δίωξης, κατά τη ρητή πρόβλεψη του άρθρου 43 παρ. 1 του ΚΠΔ (βλ. ΑΠ 1575/2012). Περαιτέρω, ήδη από το στάδιο της ως άνω ποινικής προδικασίας, το Δημόσιο έχει προβεί σε δηλώσεις παράστασης αυτού ως πολιτικώς ενάγοντος στις τυχόν επικείμενες δίκες, προβάλλοντας αποζημιωτικά αιτήματα κατά των εμπλεκομένων προσώπων. Εξάλλου, από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 1, 4 και 5 του ν. 5227/1931 «περί μεσαζόντων» προκύπτει σαφώς ότι, στην περίπτωση που οποιαδήποτε σύμβαση του Δημοσίου 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. 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 (βλ. ΝΣΚ 106/2016). Περαιτέρω, μολονότι δεν έχει διαχρονική εφαρμογή εν προκειμένω, δέον να μνημονευτεί ότι η ενεργοποίηση της αστικής ευθύνης του οικονομικού φορέα, με κατάπτωση της υπ' αυτού κατατεθείσης εγγυητικής επιστολής, προβλέπεται ήδη ρητά ως δέσμια αρμοδιότητα του Υπουργού Εθνικής Άμυνας (άρθρο 10 παρ. 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. 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 431/2015) 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. Εξάλλου, όπως προκύπτει και από τη ρητή δέσμευση, που διαλαμβάνεται στην επίμαχη, από 16-4-2003, εγγυητική επιστολή, που προέρχεται από τη χορηγήσασα αυτή Τράπεζα, η τελευταία υποχρεούται να αποδώσει την επίμαχη χρηματική εγγύηση στο Δημόσιο μετά από γραπτή εντολή αυτού, στην οποία να αναφέρεται ότι η ανάδοχος παραβίασε τις υποχρεώσεις της που προκύπτουν από την υπό κρίση Σύμβαση (... «violated, contravened or failed to meet his obligations, deriving from Contract ...»). Ωστόσο, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η δέσμευση αυτή δεν περιορίζεται μόνο στο στενό πλαίσιο των συμβατικών όρων της πιο πάνω Σύμβασης, καθόσον το ρυθμιστικό πεδίο των συμβάσεων προμηθείας δεν συγκροτείται μόνον από τους εις αυτήν αναφερόμενους όρους, αλλά και από το εν γένει νομοθετικό – θεσμικό πλαίσιο που τις διέπει, σημαντικό μέρος του οποίου, ως γνωστόν, αποτελούν και οι διατάξεις που αποσκοπούν στην αποτροπή πράξεων διαφθοράς, τόσο κατά την κατάρτιση όσο και κατά την υλοποίηση των εν λόγω συμβάσεων.

Ενόψει των ανωτέρω, καθίσταται σαφές ότι το Δημόσιο δικαιούται και οφείλει να διακρατήσει στο ακέραιο την εγγυητική επιστολή, μέχρι το πέρας της εκκρεμούς ποινικής διαδικασίας και μέχρι του ύψους που είναι αναγκαίο, προκειμένου να καλυφθούν όλες οι αξιώσεις του, ήτοι και αυτές που ενδέχεται να προκύψουν κατά της αναδόχου, κατ' εφαρμογή των αναφερθεισών διατάξεων, οι οποίες στοχεύουν στον σημαντικό, δημοσίου συμφέροντος, σκοπό της πάταξης της διαφθοράς. Άλλωστε, η διακράτηση της εγγυητικής επιστολής δεν προϋποθέτει προηγούμενη καταδίκη των ποινικώς διωκομένων, αλλ' επαρκείς ενδείξεις ότι έλαβαν χώρα έκνομες ενέργειες που, κατά τις οικείες διατάξεις, είναι δυνατόν να πλήξουν την εγκυρότητα της επίμαχης σύμβασης και να δημιουργήσουν αποζημιωτικές ευθύνες του αναδόχου. Συνεπώς, ακόμη και αν οι, εν προκειμένω, συμβατικές και νομοθετικές προβλέψεις εξαρτούσαν την απομείωση ή επιστροφή της εγγυητικής επιστολής αποκλειστικά από την ποιοτική και ποσοτική παραλαβή των συμβατικών ειδών, τούτο, 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. Δεν πρέπει, επί πλέον, να διαλάθει της προσοχής ότι τυχόν απομείωση της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης μέσω της επιδιωκόμενης τροποποίησης της σύμβασης ενδεχομένως να οδηγούσε σε αποδυνάμωση της πολιτικής αγωγής του Δημοσίου. Στο σημείο αυτό, επισημαίνεται πως το γεγονός ότι η Υπηρεσία, με πρόσφατα έγγραφά της, επικαλείται την ανάγκη θεραπείας προβλημάτων, που γεννώνται από την άρνηση της αναδόχου για περαιτέρω συνεργασία της με το Ελληνικό Δημόσιο, λόγω μη απόδοσης της εγγυητικής επιστολής, δεν δύναται να μεταβάλει την άποψη που υιοθέτησε ομόφωνα η Γνωμοδότηση 106/2016, καθόσον το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους θα είναι υποχρεωμένο να αχθεί σε ανεπίτρεπτη αξιολόγηση εξωνομικών ζητημάτων, δοθέντος ότι η πιο πάνω άρνηση της αναδόχου δεν εδράζεται σε κανένα συμβατικό ή νομοθετικό κείμενο. Εξυπακούεται, άλλωστε, 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 431/2015), 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 απομείωση της εγγυητικής επιστολής της προμηθεύτριας εταιρείας, από το ποσόν των 41.475.000 ευρώ στο ποσόν των 1.000.000 ευρώ, να καταστήσει ιδιαιτέρως 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.

80. Κατά την συγκλίνουσα προς τη μειοψηφία γνώμη των Νομικών Συμβούλων του Κράτους Σταύρου Σπυρόπουλου, Βασιλείου Καραγεώργου και Γεωργίου Γρυλωνάκη (ψήφοι τρεις - 3), προκύπτει, από το υπ' αριθ. πρωτ. 404/4-3-2016 έγγραφο του Εισαγγελέως Εγκλημάτων Διαφθοράς, σχετικά με την υπ' αριθμ. 016Α/03 επίμαχη εν προκειμένω Σύμβαση Κύριας Προμήθειας αρμάτων τύπου

LEOPARD 2HEL, ότι έχουν σχηματισθεί δύο ποινικές δικογραφίες και ειδικότερα οι υπ' αριθμ. ΑΒΜ ΕΔ2013/254 και ΕΔ2015/82, η πρώτη των οποίων ευρίσκεται στο στάδιο της διενέργειας προκαταρκτικής εξέτασης, ενώ στο πλαίσιο της δεύτερης ασκήθηκε ποινική δίωξη για τις αξιόποινες πράξεις 1) της παθητικής δωροδοκίας σε βάρος του Ελληνικού Δημοσίου, εκ της οποίας το όφελος που πέτυχε ή επεδίωξε ο δράστης και η ζημιά που προξενήθηκε ή οπωσδήποτε απειλήθηκε στο Δημόσιο υπερβαίνει το ποσό των 150.000 ευρώ, 2) της ενεργητικής δωροδοκίας σε βάρος του Ελληνικού Δημοσίου, εκ της οποίας το όφελος που πέτυχε ή επεδίωξε ο δράστης και η ζημιά που προξενήθηκε ή οπωσδήποτε απειλήθηκε στο Δημόσιο υπερβαίνει το ποσό των 150.000 ευρώ και 3) της νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες, τελεσθείσες κατ' επάγγελμα, και κατ' εξακολούθηση. Στο βαθμό που οι εν λόγω υπό εξέλιξη ποινικές δικογραφίες αφορούν και την έρευνα αξιοποίνων πράξεων που έλαβαν χώρα κατά την υλοποίηση (εκτέλεση) της υπόψη σύμβασης, είναι ενδεχόμενο η ποινική έρευνα να αποκαλύψει ποινικά κολάσιμες πράξεις, που σχετίζονται με την εκτέλεση της σύμβασης αυτής, κατά τρόπο που να ανατρέπεται η μέχρι σήμερα φαινόμενη καλή εκτέλεσή της εκ μέρους της προμηθεύτριας εταιρείας και συνακόλουθα να τεθεί ζήτημα κατάπτωσης εν όλω ή εν μέρει της υπάρχουσας εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης. Ανεξαρτήτως τούτου, από τα δεδομένα που θέτει υπόψη του ΝΣΚ η υπηρεσία, δεν προκύπτει ότι αυτή δεν δύναται να προβάλει αξιώσεις λόγω μη καλής εκτέλεσης της σύμβασης, υπερβαίνουσες κατά ποσό το ένα εκατομμύριο (1.000.000) ευρώ. Ενόψει των ανωτέρω, η αποδοχή εκ μέρους του Ελληνικού Δημοσίου της 7ης τροποποίησης της υπ' αριθ. 016Α/03 σύμβασης, κύριο αντικείμενο της οποίας (τροποποίησης) αποτελεί ο περιορισμός του ποσού της εγγυητικής επιστολής, δεν μπορεί, στο παρόν στάδιο, να τεκμηριωθεί ότι εξυπηρετεί νόμιμο σκοπό δημοσίου συμφέροντος.

Απάντηση

81. Ενόψει των ανωτέρω, το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Β' Τακτική Ολομέλεια) γνωμοδοτεί, κατά πλειοψηφία, ότι η 7η Τροποποίηση της 016Α/2003 Κύριας Σύμβασης Προμήθειας, 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, συνολικής αξίας 113.883,48 ευρώ, την οποία 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 επαρκώς

αιτιολογημένη ως προς την δι' αυτής θεραπεία νόμιμου σκοπού δημοσίου συμφέροντος και, κατ' ακολουθία, το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους παρέχει τη θετική γνωμοδότησή του για την ανωτέρω 7η τροποποίηση.

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Αθήνα, 24-5-2017

Ο Πρόεδρος

ΜΙΧΑΗΛ Α. ΑΠΕΣΣΟΣ

ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ Ν.Σ.Κ.

Η Εισηγήτρια

Άννα Κάντζια

ΑΝΝΑ ΚΑΝΤΖΙΑ

ΠΑΡΕΔΡΟΣ Ν.Σ.Κ.