



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ**

Αριθμός Γνωμοδότησης 222/2018

ΤΟ ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

ΤΜΗΜΑ Δ΄

Συνεδρίαση της 12^{ης} Δεκεμβρίου 2018

Σύνθεση:

Πρόεδρος: Χρυσάφουλα Αυγερινού, Αντιπρόεδρος Ν.Σ.Κ.

Μέλη: Παναγιώτης Παναγιωτουνάκος, Αντιπρόεδρος Ν.Σ.Κ., Γεώργιος Κανελλόπουλος, Αικατερίνη Γρηγορίου, Ευστράτιος Συνοίκης και Αθανάσιος Θεοχάρης, Νομικοί Σύμβουλοι του Κράτους.

Εισηγητής: Παρασκευάς Χρυσοστομίδης, Πάρεδρος Ν.Σ.Κ. (γνώμη χωρίς ψήφο).

Αριθμός Ερωτήματος: Το έγγραφο με αριθμό Φ.453/2/297140/Σ. 2520/20-11-2017 του ΥΕΘΑ/Γενικού Επιτελείου Στρατού Γ1 (Διεύθυνση Υποστήριξης Διοικητικής Μέριμνας)/2β1.

Περίληψη ερωτήματος: Ερωτάται: α) Σε ποιες ενέργειες οφείλει να προβεί η Διοίκηση προκειμένου να ενεργήσει νόμιμα, σε συμμόρφωση με τη με αριθμό 816/2017 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών και από ποιο αρμόδιο όργανο, καθώς και εάν οι ενέργειες αυτές πρέπει να τύχουν αναδρομικότητας και σε θετική περίπτωση ποιο χρονικό σημείο ορίζεται ως έναρξη; β) Υπάρχει υποχρέωση της Υπηρεσίας να επιστρέψει την εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης της Ένωσης Παρόχων Υπηρεσιών «Ε.Φ. Α.Ε. και Ο.Τ. Α.Ε.» με δεδομένο ότι αυτή έχει λήξει, σύμφωνα και με τα όσα πιστοποιεί η Τράπεζα Πειραιώς ή ανεξάρτητα από την απάντηση της τράπεζας, λόγω της τελικής κατάστασης που διαμορφώθηκε, η εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης μπορεί να χρησιμοποιηθεί μελλοντικά από την

Υπηρεσία για την κατάπτωσή της; γ) Σε ποιες ενέργειες οφείλει να προβεί η Διοίκηση, εφεξής, προκειμένου: (1) Η Ένωση Παρόχων Υπηρεσιών να προσκομίσει τα στοιχεία περιόδου Ιανουαρίου 2015 - Οκτώβριου 2015 από ορκωτό λογιστή, κατόπιν έλεγχου και προσδιορισμού του ετήσιου τζίρου και των καθαρών κερδών. (2) Να της καταβληθούν, τυχόν αναδρομικές απαιτήσεις, για το διάστημα Νοεμβρίου 2015 - Μάρτιου 2016, ήτοι για το διάστημα μετά την έκπτωση της Ένωσης Παρόχων Υπηρεσιών «Ε.Φ. Α.Ε. και Ο.Τ. Α.Ε.» και τη λύση της σύμβασης μέχρι την απόδοση χρήσης του μισθίου στην αναθέτουσα αρχή.

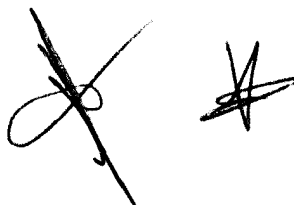
Στο πιο πάνω ερώτημα, το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Τμήμα Δ') γνωμοδότησε ως εξής:

Ι. Ιστορικό

Στο παραπάνω έγγραφο ερώτημα της υπηρεσίας και στα στοιχεία του φακέλου που το συνοδεύουν, εκτίθεται το ακόλουθο πραγματικό:

1. Με τη με αριθμό 16/2011 Διακήρυξη του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας (Γενικό Επιτελείο Στρατού/Τάγμα Γ.Ε.Σ./4^ο Γραφείο) προκηρύχθηκε κλειστός διαγωνισμός, για την ανάδειξη αναδόχου-μισθωτή γραφείου ταξιδιωτικών υπηρεσιών (ξενοδοχεία-καταλύματα, εισιτήρια, μισθώσεις μεταφορικών μέσων, διοργανώσεις σεμιναρίων – συνεδρίων και άλλων εκδηλώσεων) εντός του κτιρίου του Γ.Ε.Σ., απέναντι από το υποκατάστημα της Γενικής Τράπεζας, με κριτήριο κατακύρωσης την απόδοση του υψηλότερου ποσοστού επί του ετήσιου τζίρου και επί των καθαρών κερδών, καθώς και με την καταβολή μηνιαίου μισθώματος επτά χιλιάδων πεντακοσίων (7.500) ευρώ για τέσσερα (4) χρόνια από την υπογραφή της σύμβασης με δικαίωμα παράτασης για δύο (2) εξάμηνα, με τη σύμφωνη γνώμη των δύο συμβαλλόμενων και με τους ίδιους όρους (παρ. 2 και 17 της ως άνω Διακήρυξης καθώς και άρθρο 10 παρ. 1 και 2 αυτής).

2. Με τη με αριθμό. Φ. 800/14/266078/Σ.315/2-3-2012 Διαταγή του ΓΕΣ/Δ/νση Ενημερώσεως Δημοσίων Σχέσεων (Δ.ΕΝ.ΔΗ.Σ.) ο διαγωνισμός κατακυρώθηκε στην Ένωση Παρόχων Υπηρεσιών με την επωνυμία «Ε.Φ. Α.Ε. και Ο.Τ. Α.Ε.» και την 15-3-2012 υπογράφηκε μεταξύ του Ανχη (ΤΘ) Γ.Δ., Διοικητή του Τάγματος ΓΕΣ, ο οποίος με την ιδιότητά του αυτή εκπροσωπούσε το Ελληνικό Δημόσιο και του



Ν.Κ., νομίμου εκπροσώπου της Ένωσης Παρόχων Υπηρεσιών, η με αριθμό 01/2012 Σύμβαση.

3. Στη συνέχεια και συγκεκριμένα στις 25-7-2012 οι δύο ως άνω συμβαλλόμενοι, δια των νομίμων εκπροσώπων τους, υπέγραψαν τροποποίηση της προαναφερόμενης σύμβασης, η οποία αφορούσε στην αλλαγή της Υπηρεσίας, προς την οποία θα γινόταν η καταβολή του μηνιαίου μισθώματος και αντί της Διεύθυνσης Χρηματικού του ΚΤΣΑ (Κεντρικού Ταμείου Στρατού Α') συμφώνησαν να είναι, πλέον, το Τ.ΕΘ.Α. (Ταμείο Εθνικής Άμυνας). Πρέπει να σημειωθεί ότι η Ένωση Παρόχων συμμετείχε ανεπιφύλακτα στη διαγωνιστική διαδικασία, αναδείχθηκε μειοδότης και συνυπέγραψε την καταρτισθείσα σύμβαση, αναπόσπαστο μέρος της οποίας ήταν οι γενικοί και οι ειδικοί όροι.

4. Το Ε' Τμήμα του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους με τη με αριθμό 428/2013 γνωμοδότηση, η οποία έγινε αποδεκτή από τον Υπουργό ΥΕΘΑ στις 30-12-2014, έκρινε ότι η με αριθμό 01/2012 σύμβαση είναι μικτή και στην ενυπάρχουσα σ' αυτή σύμβαση παροχής υπηρεσιών, η οποία είναι η κύρια σύμβαση, απορροφάται η (ενυπάρχουσα ομοίως στην ως άνω μικτή σύμβαση) μισθωτική και η ανάδοχος Ένωση Παροχών Υπηρεσιών έχει την αποκλειστικότητα στην παροχή προς το προσωπικό του ΓΕΣ των ταξιδιωτικών υπηρεσιών, που καθορίζονται στη σύμβαση.

5. Με το με αριθμό Φ.500/1/229661/Σ.149/19-1-2015 έγγραφο το ΓΕΣ/Δνση Υποστήριξης-Διοικητικής Μέριμνας/2β1 αρχικά γνωστοποίησε στις ΜΔ-Σχηματισμούς την απόφαση του ΥΕΘΑ για αποκλειστικότητα χρήσης του Γραφείου Ταξιδιωτικών Υπηρεσιών «Ε.Φ. Α.Ε. και Ο.Τ. Α.Ε. (Ένωση Παροχών Υπηρεσιών)» για τις μετακινήσεις-μεταφορές του Σ.Ξ. και στη συνέχεια καθόρισε τη συγκρότηση Γραφείου Μετακινήσεων-Μεταφορών (ΓΜΜ) στις ΔΥΔΜ-ΔΙΣΧΕΥΔΜ - 4° ΕΓ των ΜΔ και Σχηματισμών-Διοικήσεων μέχρι επιπέδου Συντάγματος.

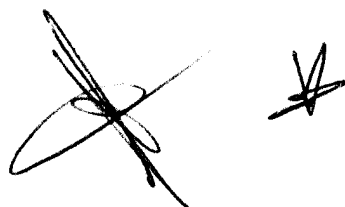
6. Ωστόσο, και μετά την έκδοση των παραπάνω διαταγών για την καθιέρωση της "αποκλειστικότητας", η συμπεριφορά της αντισυμβαλλόμενης (Ένωση Παροχών Υπηρεσιών) παρέμεινε η ίδια και συνέχισε να μην καταβάλλει (από τον Αύγουστο του 2013) το μηνιαίο μίσθωμα, επτά χιλιάδες πεντακόσια ευρώ (7.500 €).

7. Το ΤΑΓΜΑ/ΓΕΣ με το με αριθμό Φ. 900/32/13688/Σ.1612/14-9-2015 σχετικό έγγραφο ζήτησε εξηγήσεις από την Ένωση Παροχών Υπηρεσιών αναφορικά με την αθέτηση εκ μέρους της των καθοριζόμενων στα άρθρα 3 και 5 της σύμβασης.

8. Μετά ταύτα, το ΓΕΣ/ΔΥΔΜ/2β1, με τη με αριθμό Φ. 500/60/243498/Σ.2659/19-10-2015 απόφασή του, κήρυξε έκπτωτη την Ένωση Παρόχων Υπηρεσιών, διότι εκκρεμούσε η καταβολή: (1) Των μισθωμάτων μηνών Αύγουστου 2013 έως και Σεπτεμβρίου 2015, το συνολικό ύψος των οποίων ανέρχονταν σε εκατόν ενενήντα πέντε χιλιάδες ευρώ (195.000 € = 26 X 7.500 € μηνιαίως), τα οποία όφειλε να καταβάλει σύμφωνα με το άρθρο 3 της σχετικής σύμβασης. (2) Των ποσοστών επί του τζίρου (1,50 %) και των καθαρών κερδών (65 %), που προέκυψαν κατά το χρονικό διάστημα από την 1 Ιανουαρίου 2013 και έπειτα, καθόσον έπρεπε να καταβάλλονται σε ετήσια βάση.

Ειδικότερα στην απόφαση αυτή εκτίθεται ότι: «Κατόπιν των παραπάνω και λαμβάνοντας υπόψη τα διαλαμβανόμενα στις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 3, 5, 9 παρ. 2 και 10 παρ. 1β του (γ) σχετικού, λύεται η (γ) σχετική σύμβαση και κηρύσσεται έκπτωτος. Ως εκ τούτου, παύει η λειτουργία του γραφείου ταξιδιωτικών υπηρεσιών εντός του κτιρίου του ΓΕΣ και γενικότερα η παροχή ταξιδιωτικών υπηρεσιών προς το προσωπικό του ΓΕΣ από την Ένωση Παρόχων Υπηρεσιών, την οποία εκπροσωπείτε. Επίσης, στο πλαίσιο αποζημίωσης κάθε ζημίας που υπέστη η Στρατιωτική Υπηρεσία από την αθέτηση εκ μέρους σας της σύμβασης, καταπίπτει σαν ποινική ρήτρα υπέρ της Στρατιωτικής Υπηρεσίας η εγγυητική επιστολή ύψους 60.000 € που παραδώσατε στο Τ/ΓΕΣ με την υπογραφή της σύμβασης, ενώ το επιπλέον οφειλόμενο ποσό, όπως φαίνεται και στην παρ. 4 του παρόντος, θα ρυθμιστεί σύμφωνα με τις διατάξεις περί είσπραξης δημοσίων εσόδων, μέσω της αρμόδιας Δ.Ο.Υ. Συναφώς σας γνωρίζουμε ότι έχετε το δικαίωμα να υποβάλετε προσφυγή για λόγους νομιμότητας και ουσίας μέσα σε ανατρεπτική προθεσμία 30 ημερών, από την ημερομηνία που θα λάβετε γνώση του παρόντος εγγράφου, σύμφωνα με το άρθρο 15, παρ. 5 του (α) σχετικού...» (π.δ. 118/2007).

9. Ακολούθως, ο εκπρόσωπος της Ένωσης Παρόχων Υπηρεσιών άσκησε ενδικοφανή προσφυγή κατά της απόφασης, που την κήρυξε έκπτωτη και απεφάσισε την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης, ως ποινικής ρήτρας, με την οποία ισχυρίσθηκε, ότι το ΓΕΣ επέδειξε παράνομη και αντισυμβατική συμπεριφορά (μη εφαρμογή της αποκλειστικότητας στην παροχή ταξιδιωτικών υπηρεσιών κ.λ.π.), εξαιτίας της οποίας περιήλθε σε αδυναμία εκπλήρωσης των υποχρεώσεων της από τη σύμβαση. Η Επιτροπή, που συγκροτήθηκε στο πλαίσιο



εφαρμογής του άρθρου 15 του π.δ. 118/2007 με σκοπό την εξέταση της ενδικοφανούς προσφυγής, υπέβαλε τη γνωμοδότηση επί της προσφυγής με το από 19-11-2016 Πρακτικό Αξιολόγησης Ενστάσεων Προσφυγών, με την οποία γνωμοδότησε, ομόφωνα, υπέρ της απόρριψής της. Το ΓΕΣ/Δνση Υποστήριξης-Διοικητικής Μέριμνας/2β1 με τη με αριθμό Φ. 500/ 66/245581/Σ.2988/30-11-2015 απόφαση, κατόπιν της από 19 Νοεμβρίου 2015 γνωμοδότησης της Επιτροπής Αξιολόγησης Ενστάσεων, απέρριψε την ενδικοφανή προσφυγή, η οποία κοινοποιήθηκε στο υπόψη Γραφείο στις 2 Δεκεμβρίου 2015.

10. Η Επιτροπή Αξιολόγησης Ενστάσεων επιλήφθηκε, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 15 παρ. 5 του π.δ. 118/2007 και διαπίστωσε ότι υπήρχε πλήρης αιτιολόγηση της απόφασης έκπτωσης, διότι το ΓΕΣ εκπλήρωσε πλήρως τις επιβαλλόμενες από τη σύμβαση υποχρεώσεις του σε αντίθεση με την αντισυμβαλλόμενη, η οποία, μη εκπληρώνοντας τις αντίστοιχες συμβατικές της υποχρεώσεις, σε ότι αφορά την καταβολή μισθωμάτων (Αυγούστου 2013 - Σεπτεμβρίου 2015), καθώς και των ποσοστών επί του τζίρου (1,50%) και των καθαρών κερδών (65%), τα οποία έπρεπε να έχουν καταβληθεί από την 1η Ιανουαρίου 2013 και εντεύθεν, επέδειξε αντισυμβατική συμπεριφορά. Κατά την άποψη της υπηρεσίας δεν αποδεικνύεται ότι, το ΓΕΣ με τη συμπεριφορά του από την έναρξη ισχύος της σύμβασης «01/2012» παρενέβη ανασταλτικά στην ομαλή υλοποίησή της.

11. Κατόπιν των παραπάνω, το ΓΕΣ εξέδωσε τη με αριθμό Φ. 500/71/246461/ Σ.3158/ 15-12-2015 διαταγή προς ενημέρωση του συνόλου των Μονάδων και Υπηρεσιών του ΣΞ για την κατάργηση των προηγούμενων σχετικών, με τα οποία είχε καθορισθεί η αποκλειστικότητα του υπόψη Ταξιδιωτικού Γραφείου στην παροχή ταξιδιωτικών υπηρεσιών (ξενοδοχεία-καταλύματα, εισιτήρια, μισθώσεις μεταφορικών μέσων, διοργανώσεις σεμιναρίων-συνεδρίων και άλλων εκδηλώσεων) και η συγκρότηση Γραφείου Μετακινήσεων - Μεταφορών (ΓΜΜ), στις ΔΥΔΜ - ΔΙΣΧΕΥΔΜ - 4° ΕΓ των ΜΔ και Σχηματισμών - Διοικήσεων μέχρι επιπέδου Συντάγματος, καθώς και κάθε άλλη διαταγή που ρυθμίζει διαφορετικά το θέμα. Επίσης, ενημέρωσε, ότι συνέχιση παροχής υπηρεσιών σε φυσικά πρόσωπα εκ μέρους του ταξιδιωτικού γραφείου εντάσσεται στα πλαίσια της επιχειρηματικής του δραστηριότητας και δεν συνδέεται με την εκτέλεση υποχρεώσεων του από τη σύμβαση, δεδομένου ότι, ήδη από την έκδοση της από 15 Δεκεμβρίου 2015 διαταγής, οι Μονάδες και Υπηρεσίες

του ΣΞ έχουν διακόψει κάθε σχετική ανάθεση έργου.

12. Το ΤΑΓΜΑ/ΓΕΣ με τα με αριθμό Φ.900/43/12203/Σ.1448/20 Ιουλίου 2016 και Φ.900/73/18403/Σ.2813/28 Δεκεμβρίου 2016 έγγραφα, βεβαίωσε τις απαιτήσεις του Ελληνικού Δημοσίου έναντι της εν λόγω Ένωσης Παρόχων Υπηρεσιών, προς τη Δ.Ο.Υ. ΦΑΕ Θεσσαλονίκης. Η Ένωση Παρόχων Υπηρεσιών «Ε.Φ. Α.Ε. και Ο. Τ. Α.Ε.» κατέθεσε στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Θεσσαλονίκης ανακοπή και αίτηση αναστολής εκτέλεσης επί ανακοπής κατά της με αριθμό 3909/11-10-2016 πράξης ταμειακής βεβαίωσης, ποσού διακοσίων είκοσι ένα χιλιάδων εξακοσίων ογδόντα οκτώ ευρώ και είκοσι εννέα λεπτών (221.688, 29 €) υπέρ διαφόρων τρίτων (με πηγή το ΓΕΣ). Η ανακοπή αυτή συζητήθηκε στο παραπάνω δικαστήριο στις 20-9-2018. Για την αίτηση αναστολής εκτέλεσης επί της ανωτέρω ανακοπής εκδόθηκε από το Διοικητικό Πρωτοδικείο Θεσσαλονίκης η με αριθμό 812/2016 απόφαση, με την οποία έγινε μερικά δεκτή η αίτηση μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της ανακοπής. Ειδικότερα, το δικαστήριο ανέστειλε τη με αριθμό 3909/11-10-2016 πράξη ταμειακής βεβαίωσης του Προϊσταμένου της Δ.Ο.Υ. Φ.Α.Ε. Θεσσαλονίκης, κατά το μέρος που αφορά την εταιρία με την επωνυμία «Ε.Φ. Α.Ε.», με το ανασταλτικό αποτέλεσμα (μη λήψη των απαριθμούμενων στη διάταξη του άρθρου 202 παρ. 2 Κ.Δ.Δικ. μέτρων) να αφορά αποκλειστικά και μόνο συγκεκριμένο τραπεζικό λογαριασμό και το εμπράγματο δικαίωμα κυριότητας της αιτούσας επί συγκεκριμένων ακινήτων ιδιοκτησίας της.

13. Οι αντισυμβαλλόμενοι, ένωση και εταιρείες, κατέθεσαν κατά της απόφασης απόρριψης της ενδικοφανούς προσφυγής τους αίτηση ακύρωσης και αίτηση αναστολής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, με τις οποίες επικαλέσθηκαν, μεταξύ άλλων, ότι παραβιάσθηκε ο ουσιώδης τύπος της διαδικασίας, που προβλέπεται από το άρθρο 34 του π.δ. 118/2007, δηλαδή, ότι δεν έλαβε χώρα η γνωμοδότηση του αρμοδίου οργάνου πριν από την επιβολή της έκπτωσης, δεδομένου ότι αυτό δεν είναι η Επιτροπή Αξιολόγησης των Ενστάσεων, η οποία γνωμοδότησε στην συγκεκριμένη περίπτωση. Το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών (Τμ. 16^ο - Ως Συμβούλιο) με την απόφασή του με αριθμό 42/2016 έκανε μερικά δεκτή την αίτηση αναστολής της Ένωσης Παρόχων Υπηρεσιών, κατά το μέρος που στρέφεται κατά της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής ύψους 60.000 ευρώ και διέταξε την αναστολή της με αριθμό Φ. 500/66/24558/Σ.2988/30-11-2015 απόφασης της



Διεύθυνσης Υποστήριξης Διοικητικής Μέριμνας 2/β1 του Γενικού Επιτελείου Στρατού ως προς το μέρος αυτό.

14. Το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών με τη με αριθμό 816/2017 απόφαση δέχθηκε την αίτηση ακύρωσης της Ένωσης Παρόχων Υπηρεσιών και ακύρωσε την απόφαση του ΓΕΣ με αριθμό Φ. 500/66/245581/Σ.2988/30-11-2015, με την οποία απορρίφθηκε η διοικητική προσφυγή της Ένωσης Παρόχων Υπηρεσιών και ανέπεμψε στη Διοίκηση για να ενεργήσει τα νόμιμα. Ειδικότερα το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών έκρινε, ότι, για την εν λόγω απόφαση του ΓΕΣ, λήφθηκε υπόψη η γνωμοδότηση της Επιτροπής Αξιολόγησης Ενστάσεων, η οποία δεν είναι η αρμόδια προς τούτο Επιτροπή, καθόσον αρμόδια είναι η Επιτροπή Αξιολόγησης των Αποτελεσμάτων του Διαγωνισμού και ως εκ τούτου υπάρχει παραβίαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας.

15. Μετά από ερώτημα του Γραφείου Νομικού Συμβούλου, προκειμένου να διερευνηθεί το παραδεκτό της αίτησης αναίρεσης, το ΓΕΣ με το έγγραφό του με αριθμό Φ. 453/1/288257/Σ.1242/14-6-2017 στο ΥΠΕΘΑ/ΝΣΚ προσδιόρισε το ποσό της διαφοράς, που αφορά την απόφαση του ΓΕΣ να κηρύξει έκπτωτη την Ένωση Παρόχων Υπηρεσιών «Ε. Φ. Α.Ε. και Ο.Τ. Α.Ε.», ότι αυτό ανέρχεται σε διακόσιες δεκαέξι χιλιάδες τετρακόσια ενενήντα δύο ευρώ και σαράντα επτά λεπτά (216.492,47€) [υπέρ του ΕΚΟΕΜΣ (ΚΑΕ 82963)], το οποίο αναλύεται όπως παρακάτω: (1) Μηνιαία μισθώματα μηνών Αυγ. 2013 – Οκτ. 2015 : 202.500,00 € (27 μήνες X 7.500,00 €). (2) Ποσοστό 1,5 % επί του τζίρου έτους 2013: 3.356,94 €. (3) Ποσοστό 1,5 % επί του τζίρου έτους 2014: 2.635,53 €. (4) Πρόστιμο: 8.000,00 €. Διευκρινίζεται ότι, στο ως άνω ποσό της διαφοράς, δεν συμπεριλαμβάνονται το ποσοστό 1,5 % επί του τζίρου έτους 2015 (μέχρι τον Οκτώβριο 2015) και το ποσοστό 65 % επί των καθαρών κερδών έτους 2015 (μέχρι τον Οκτώβριο 2015), καθόσον μέχρι σήμερα η Ένωση Παρόχων Υπηρεσιών «Ε.Φ. Α.Ε. και Ο.Τ. Α.Ε.» δεν έχει προσκομίσει την αντίστοιχη βεβαίωση, που εκδίδεται από ορκωτό λογιστή, κατόπιν έλεγχου και προσδιορισμού του ετήσιου τζίρου και των καθαρών κερδών, παρά τις υπενθυμίσεις για την υποχρέωση αυτή από το ΤΑΓΜΑ ΓΕΣ, με τα έγγραφα με αριθμό Φ.900/17/7761/Σ.584/18-3-2016, Φ.900/50/14850/Σ. 2009/ 6-10-2016 και Φ.900/34/9842/Σ.1095/17-5-2017.

16. Κατά της παραπάνω απόφασης του Διοικητικού Εφετείου ασκήθηκε από το

Ελληνικό Δημόσιο αίτηση αναίρεσης ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας της οποίας η δικάσιμος προσδιορίσθηκε στις 26-3-2018 και αναβλήθηκε για τις 12-11-2018, οπότε και συζητήθηκε.

17. Το ΤΑΓΜΑ/ΓΕΣ, με την από 24 Μαΐου 2017 επιστολή του, ζήτησε από την Τράπεζα Πειραιώς να το ενημερώσει, εάν η εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης 60.000 € της Ένωσης Παρόχων Υπηρεσιών «Ε.Φ. Α.Ε. και Ο.Τ. Α.Ε.» είναι ακόμη σε ισχύ (καθόσον αναγράφεται επί αυτής ότι λήγει στις 13 Απριλίου 2017). Η τράπεζα απάντησε με το από 31-05-2017 έγγραφό της (αρ. πρωτ ΓΕΣ/10682/8-6-2017), ότι αυτή έχει λήξει και δε μπορεί να χρησιμοποιηθεί. Με το έγγραφό μας με αριθμό 218-692/8-3-2018 ζητήθηκε από την υπηρεσία η αποστολή φωτοτυπικού αντιγράφου της εγγυητικής επιστολής. Η Υπηρεσία με το με αριθμό Φ.453/1/764509/Σ576/14-3-2018 έγγραφό της απέστειλε φωτοτυπικό αντίγραφο της εγγυητικής επιστολής.

Κατόπιν των δοθέντων από τις αρμόδιες υπηρεσίες πραγματικών στοιχείων, που παραπάνω αναφέρθηκαν, υποβλήθηκε το παρόν ερώτημα.

II. Νομοθετικό πλαίσιο

18. Στις διατάξεις των άρθρων 1,15,25,34 και 38 του π.δ. 118/2007 «Κανονισμός Προμηθειών Δημοσίου» (Α'150), από τις οποίες διέπεται η σύμβαση, σύμφωνα με τα αναφερόμενα τόσο σ' αυτή όσο και στη με αριθμό 16/2011 διακήρυξη, ορίζονται τα εξής:

«Άρθρο 1. Πεδίο Εφαρμογής

1. Στις διατάξεις του παρόντος Προεδρικού Διατάγματος υπάγονται οι προμήθειες αγαθών που εκτελούνται από το Δημόσιο ...

Άρθρο 15 Διοικητικές προσφυγές

...5. Ο προμηθευτής μπορεί κατά των αποφάσεων που επιβάλλουν σε βάρος του κυρώσεις δυνάμει των άρθρων 18, 20, 26, 32, 33, 34 και 39 του παρόντος π.δ/τος να υποβάλει προσφυγή για λόγους νομιμότητας και ουσίας μέσα σε ανατρεπτική προθεσμία τριάντα (30) ημερών, από την ημερομηνία που έλαβε γνώση της σχετικής απόφασης από την αναθέτουσα αρχή. Επί της προσφυγής, αποφασίζει ο αρμόδιος Υπουργός ή το αρμόδιο για την διοίκηση του φορέα όργανο, ύστερα από

γνωμοδότηση του αρμόδιου συλλογικού οργάνου. Η εν λόγω απόφαση δεν επιδέχεται προσβολή με άλλη οιασδήποτε φύσεως διοικητική προσφυγή...

Άρθρο 25 Εγγυήσεις

...2. Με την εγγυητική επιστολή - που αποτελεί αυτοτελή σύμβαση το πιστωτικό ίδρυμα αναλαμβάνει την υποχρέωση να καταβάλλει ορισμένο ποσό μετά απλή έγγραφη ειδοποίηση εκείνου προς τον οποίο απευθύνεται, χωρίς να μπορεί να ερευνά, ούτε αν πράγματι υπάρχει ή αν είναι νόμιμη η απαίτηση (κύρια οφειλή).

3. Οι κατωτέρω αναφερόμενες Εγγυήσεις πρέπει να περιλαμβάνουν καταρχήν: α. Την ημερομηνία έκδοσης. β. Τον εκδότη. γ. Την υπηρεσία προς την οποία απευθύνεται. δ. Τον αριθμό της εγγύησης. ε. Το ποσόν που καλύπτει η εγγύηση. στ. Την πλήρη επωνυμία και τη διεύθυνση του προμηθευτή υπέρ του οποίου εκδίδεται η εγγύηση. ζ. Τους όρους ότι: I. Η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ο δε εκδότης παραιτείται της ένστασης της διζήσεως II. Το ποσόν της εγγύησης τηρείται στην διάθεση της Υπηρεσίας που διενεργεί τον διαγωνισμό και θα καταβληθεί ολικά ή μερικά μέσα σε τρεις (3) ημέρες μετά από απλή έγγραφη ειδοποίηση. III. Σε περίπτωση κατάπτωσης της εγγύησης, το ποσόν της κατάπτωσης υπόκειται σε πάγιο τέλος χαρτοσήμου. IV. Ο εκδότης της εγγύησης υποχρεούται να προβεί στην παράταση της ισχύος της εγγύησης ύστερα από έγγραφο της αρμόδιας υπηρεσίας, που θα υποβληθεί πριν από την ημερομηνία λήξης της εγγύησης...

5. Εγγύηση καλής εκτέλεσης της σύμβασης.

α. Ο προμηθευτής στον οποίο έγινε η κατακύρωση ή η ανάθεση, υποχρεούται να καταθέσει εγγύηση καλής εκτέλεσης των όρων της σύμβασης, το ύψος της οποίας αντιστοιχεί σε ποσοστό 10% της συνολικής συμβατικής αξίας, χωρίς τον ΦΠΑ. β. Η εγγύηση κατατίθεται προ ή κατά την υπογραφή της σύμβασης. γ. Η εγγύηση καλής εκτέλεσης περιλαμβάνει εκτός των προϋποθέσεων της παρ. 3 και τα ακόλουθα: (I) Τον αριθμό της σχετικής σύμβασης και τα προς προμήθεια υλικά. (II) Την ημερομηνία λήξης της ισχύος της εγγύησης. Ο χρόνος ισχύος της εγγύησης πρέπει να είναι μεγαλύτερος από τον συμβατικό χρόνο φόρτωσης ή παράδοσης, κατά τον χρόνο που με βάση τη σύμβαση ο αγοραστής υποχρεούται να παραλάβει τα υλικά πλέον δύο (2) μήνες ή μεγαλύτερος εφόσον αυτό ορίζεται από τη διακήρυξη...

8. Οι Εγγυήσεις καλής εκτέλεσης της σύμβασης και προκαταβολής επιστρέφονται μετά την οριστική ποσοτική και ποιοτική παραλαβή του υλικού και ύστερα από την εκκαθάριση των τυχών απαιτήσεων από τους δύο συμβαλλόμενους. ...

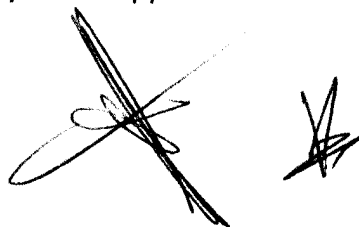
11. Στην περίπτωση ένωσης προμηθευτών οι Εγγυήσεις περιλαμβάνουν και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των μελών της ένωσης.

Άρθρο 34 Κήρυξη προμηθευτή έκπτωτου

1. Ο προμηθευτής που δεν προσέρχεται μέσα στην προθεσμία που του ορίστηκε για να υπογράψει την σχετική σύμβαση... 5. Στον προμηθευτή που κηρύσσεται έκπτωτος από την κατακύρωση, ανάθεση ή σύμβαση, επιβάλλονται, με απόφαση του αρμοδίου Υπουργού ή του αρμοδίου για την διοίκηση του φορέα οργάνου, ύστερα από γνωμοδότηση του αρμοδίου οργάνου, το οποίο υποχρεωτικά καλεί τον ενδιαφερόμενο προς παροχή εξηγήσεων αθροιστικά ή διαζευκτικά, οι παρακάτω κυρώσεις: α. Κατάπτωση ολική ή μερική της εγγύησης συμμετοχής ή καλής εκτέλεσης της σύμβασης, κατά περίπτωση. β. ...

Άρθρο 38 Συγκρότηση συλλογικών οργάνων

1. Η διενέργεια των διαγωνισμών και των διαδικασιών διαπραγμάτευσης για τις προμήθειες των φορέων του δημόσιου τομέα, εκτός αυτών που διενεργούνται από το Υπουργείο Ανάπτυξης, ως και την οριστική παραλαβή των υλικών, γίνεται από επιτροπές. 2. Οι επιτροπές συγκροτούνται με απόφαση του αρμοδίου Υπουργού ή του αρμοδίου για τη διοίκηση του φορέα οργάνου για χρονικό διάστημα ενός έτους και είναι οι εξής: α) Επιτροπή αξιολόγησης των αποτελεσμάτων των διαγωνισμών και των διαδικασιών διαπραγμάτευσης αποτελούμενη από τρία ή πέντε μέλη. β) Επιτροπή αξιολόγησης ενστάσεων του άρθρου 15 του παρόντος και προσφυγών του άρθρου 3 παρ. 2 του ν. 2522/1997, αποτελούμενη από τρία ή πέντε μέλη, τα οποία είναι διάφορα από τα μέλη της υπό στοιχείο (α) επιτροπής του παρόντος. γ) Τριμελής επιτροπή παραλαβής. 3. Οι επιτροπές συγκροτούνται από υπαλλήλους που υπηρετούν με οποιαδήποτε σχέση εργασίας στον φορέα που διενεργεί το διαγωνισμό ή σε άλλο φορέα του δημοσίου τομέα και λειτουργούν σύμφωνα με τις ισχύουσες κάθε φορά γενικές διατάξεις περί συλλογικών οργάνων... Οι επιτροπές αξιολόγησης γνωμοδοτούν πέραν των θεμάτων αξιολόγησης προσφορών και για κάθε θέμα που προκύπτει κατά την διενέργεια των διαγωνισμών ή τη διαδικασία διαπραγμάτευσης, ως και κατά την εκτέλεση των συμβάσεων. 4. Με απόφαση του



αρμόδιου Υπουργού ή του αρμόδιου για την διοίκηση του φορέα οργάνου συγκροτούνται, σε εφαρμογή του άρθρου 6 παρ. 3 του ν. 2286/1995, κατά περίπτωση και έκτακτες επιτροπές ή ομάδες εργασίας για την αντιμετώπιση ειδικών θεμάτων κρατικών προμηθειών. Με την απόφαση αυτή καθορίζονται η αρμοδιότητα και το έργο της επιτροπής ή ομάδας εργασίας, η συγκρότηση, η σύνθεση, η διάρκεια και ο τρόπος λειτουργίας της.»

19. Στις διατάξεις των άρθρων 221, 376 και 377 του ν. **4412/2016** «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α' 147/08.08.2016), όπως ισχύει, ορίζονται μεταξύ άλλων τα εξής:

«Άρθρο 221 (Όργανα Διενέργειας Διαδικασιών Σύναψης Συμβάσεων)

1.. 3. Με απόφαση της αναθέτουσας αρχής συγκροτούνται γνωμοδοτικά όργανα για συγκεκριμένη σύμβαση ή περισσότερες ή σε ετήσια βάση για τις συμβάσεις που συνάπτει η αναθέτουσα αρχή... 11. Στις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών, πέραν των οριζόμενων στην παράγραφο 1, ισχύουν και τα ακόλουθα: α) Συγκροτείται τριμελές ή πενταμελές γνωμοδοτικό όργανο (Επιτροπή διενέργειας/επιτροπή αξιολόγησης). Για την εξέταση των προβλεπόμενων ενστάσεων και προσφυγών που υποβάλλονται ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, συγκροτείται χωριστό γνωμοδοτικό όργανο τριμελές ή πενταμελές (Επιτροπή αξιολόγησης ενστάσεων), τα μέλη του οποίου είναι διαφορετικά από τα μέλη του γνωμοδοτικού οργάνου που είναι αρμόδιο για τα υπόλοιπα θέματα που ανακύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης (αξιολόγησης προσφορών κ.λ.π.) β) Για την παρακολούθηση και την παραλαβή της σύμβασης προμήθειας συγκροτείται τριμελές ή πενταμελής Επιτροπή παρακολούθησης και παραλαβής με απόφαση του αρμόδιου αποφαινομένου οργάνου. Το όργανο αυτό εισηγείται για όλα τα θέματα παραλαβής... στ. Τα γνωμοδοτικά όργανα της παρούσας παραγράφου συγκροτούνται από υπαλλήλους που υπηρετούν με οποιαδήποτε σχέση εργασίας στον φορέα που διενεργεί το διαγωνισμό ή σε άλλο φορέα του δημοσίου τομέα και λειτουργούν σύμφωνα με τις ισχύουσες κάθε φορά γενικές διατάξεις περί συλλογικών οργάνων...

Άρθρο 376 (Μεταβατικές διατάξεις)

Με την παράγραφο 15 του άρθρου αυτού, η οποία προστέθηκε με το άρθρο 23 του ν. 4491/2017 (ΦΕΚ Α' 152), ορίσθηκε ότι: «15. Ενστάσεις και αιτήσεις θεραπείας

που έχουν ασκηθεί έως την 1.11.2017, καθώς και αυτές για τις οποίες η προθεσμία άσκησής τους δεν έχει παρέλθει κατά την ανωτέρω ημερομηνία, διέπονται από τις διατάξεις που ίσχυαν κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης.

Άρθρο 377 (Καταργούμενες διατάξεις)

1. Από την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου καταργούνται οι διατάξεις: ... (59) του π.δ. 118/2007 (Α' 150)».

20. Στα άρθρα 847,851,864 και 866 του Αστικού Κώδικα ορίζονται τα ακόλουθα:

«Άρθρο 847 ΑΚ

Με τη σύμβαση της εγγύησης ο εγγυητής αναλαμβάνει απέναντι στον δανειστή την ευθύνη ότι θα καταβληθεί η εγγύηση.

Άρθρο 851 ΑΚ

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 ΑΚ

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

Άρθρο 866 ΑΚ

Εκείνος που εγγυήθηκε για ορισμένο μόνο χρόνο ελευθερώνεται από την εγγύηση, αν ο δανειστής δεν επιδιώξει δικαστικώς την απαίτησή του μέσα σε ένα μήνα από την πάροδο αυτού του χρόνου και δεν συνεχίσει τη σχετική διαδικασία χωρίς υπαίτια καθυστέρηση.»

21. Στο άρθρο 11 των Γενικών Όρων της Διακήρυξης Παράρτημα Α που αφορά την κήρυξη του αναδόχου ως εκπτώτου και τις κυρώσεις αναφέρεται ότι:

«2.Λοιπές περιπτώσεις κήρυξης αναδόχου ως εκπτώτου, όπως αυτές καθορίζονται στο άρθρο 20 του παρόντος και τους ειδικούς όρους (11^{ος} -12^{ος}) του Παραρτήματος Β...»

22. Στον όρο 11 των Ειδικών όρων της Διακήρυξης Παράρτημα Β αναφέρεται ότι:

«1. Σε περίπτωση που ο ανάδοχος παραβεί τους όρους της σύμβασης που θα συναφθεί επιβάλλονται οι παρακάτω κυρώσεις: α... β. Όσον αφορά τη μη εμπρόθεσμη καταβολή του μισθώματος, σύμφωνα με τον Όρο 4 της παρούσας και την καταβολή του ποσοστού επί του τζίρου και των καθαρών κερδών, σύμφωνα με

τον Όρο 5, παρέχει στον εκμισθωτή το δικαίωμα να καταγγείλει και να λύσει αμέσως και μονομερώς την παρούσα σύμβαση και κηρύσσεται ο ανάδοχος έκπτωτος, καθώς και να αποβάλει τον ανάδοχο από το μίσθιο κατά τη σχετική νόμιμη διαδικασία και να ζητήσει αποζημίωση για κάθε ζημιά του, από την αθέτηση της σύμβασης. Στην περίπτωση αυτή καταπίπτει ως ποινική ρήτρα υπέρ του εκμισθωτή η εγγυητική επιστολή που δόθηκε. γ. Όσον αφορά την υποχρέωση του μισθωτή, που απορρέει από τον Όρο 8 της παρούσης, για τη μη παροχή πληροφοριών για τον υπολογισμό του τζίρου και των καθαρών κερδών επιβάλλεται την πρώτη φορά πρόστιμο πέντε χιλιάδων (5.000) ευρώ, τη δεύτερη φορά επιβάλλεται πρόστιμο δεκαπέντε χιλιάδων (15.000) ευρώ και σε περίπτωση μη συμμορφώσεως την τρίτη φορά ο ανάδοχος κηρύσσεται έκπτωτος με κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής. 2. Τα ανωτέρω ποσά δύναται να αυξομειώνονται ανάλογα με τον ετήσιο κύκλο εργασιών (τζίρο), κατά την κρίση της Μονάδας και της προϊσταμένης αρχής».

Στον όρο 12 των Ειδικών όρων της Διακήρυξης Παράρτημα Β «Εξαιρέσεις Επιβολής Κυρώσεων - Ανωτέρα Βία» αναφέρεται ότι:

1. Δεν επιβάλλονται κυρώσεις στον ανάδοχο, εφόσον διαπιστωθεί ανωτέρα βία...

23. Στα άρθρα 1,2,3,5,6,8,10,11 και 13 της **ΣΥΜΒΑΣΗΣ** (και μετά την τροποποίησή της - ανωτέρω παρ. 3) ορίζονται, επί λέξει, και τα εξής:

«ΑΡΘΡΟ 1^ο Περιγραφή – Αντικείμενο Σύμβασης. Το αντικείμενο της παρούσας αφορά τη μίσθωση – ανάθεση της εκμετάλλευσης του γραφείου ταξιδιωτικών υπηρεσιών εντός του κτιρίου του ΓΕΣ με καταβολή μηνιαίου μισθώματος, όπως καθορίζεται στο άρθρο 3 της παρούσας. Ισχύει για τέσσερα χρόνια από την υπογραφή της παρούσας σύμβασης με δικαίωμα παράτασης για δύο (2) εξάμηνα με τη σύμφωνη γνώμη των δύο συμβαλλόμενων και με τους ίδιους όρους. Ημερομηνία ενάρξεως των υπηρεσιών που θα παρέχονται από τον ανάδοχο καθορίζεται η 01 Απριλίου 2012.

ΑΡΘΡΟ 2^ο Χώρος – Υποδομή . 1. Ο χώρος που θα παρέχονται οι υπηρεσίες από τον ανάδοχο είναι ο χώρος του 1^{ου} ορόφου του Κτιρίου ΓΕΣ με επιφάνεια 28 τ.μ. 2. ... 5. Με την λήξη της μίσθωσης ο ανάδοχος υποχρεούται χωρίς όχληση να αποδώσει το γραφείο στον εκμισθωτή και να παραδώσει τον εσωτερικό χώρο, όπως τον έχει διαμορφώσει. ...

ΑΡΘΡΟ 3° Καταβολή Μισθώματος. Ο ανάδοχος υποχρεούται να καταβάλλει μηνιαίο μίσθωμα επτά χιλιάδες πεντακόσια (7.500) ευρώ μηνιαίως καθ' όλο το χρονικό διάστημα ισχύος της παρούσας σύμβασης...

ΑΡΘΡΟ 5° Καταβολή Ποσοστού επί του Τζίρου και των Καθαρών Κερδών. 1. Ο ανάδοχος υποχρεούται να καταβάλλει το καθορισθέν ποσοστό επί του τζίρου και των καθαρών κερδών με την συμπλήρωση ενός (1) έτους από τη σύναψη της παρούσης συμβάσεως και την συμπλήρωση έξι (6) μηνών εις την εκάστοτε περίπτωση εξαμηνιαίας παράτασης της παρούσης συμφωνίας. 2. Το ανωτέρω ποσοστό επί του τζίρου (του υποκαταστήματος) θα είναι 1,50%. 3. Το ανωτέρω ποσοστό επί των καθαρών κερδών (του υποκαταστήματος) θα είναι 65%.. 4. Ως χρόνος έναρξης υπολογισμού του τζίρου και των καθαρών κερδών εις την παρούσα σύμβαση θα θεωρείται η 01 Απριλίου 2012 και θα υπολογίζεται ο τζίρος και τα καθαρά κέρδη της επιχείρησης του αναδόχου μέχρι και την λήξη του πρώτου έτους μισθώσεως καθώς και την λήξη εκάστου εξαμήνου της τυχόν παρατάσεως της σύμβασης αυτής κατά τα άνω. 5. Η απόδοση του ποσοστού επί του ετησίου τζίρου και επί των καθαρών κερδών θα γίνεται επίσης στον λογαριασμό του ΤΕΘΑ στην Τράπεζα της Ελλάδος ετησίως (με το κλείσιμο των βιβλίων) και εντός πέντε (5) ημερών από την προσκόμιση από τον ανάδοχο βεβαίωσης, που θα εκδίδει ορκωτός λογιστής κατόπιν ελέγχου και προσδιορισμού του ετησίου τζίρου και των καθαρών κερδών. 6. Ο έλεγχος των βιβλίων και στοιχείων θα γίνεται υποχρεωτικά από ορκωτό λογιστή, ανεξάρτητα αν είναι ή όχι υποχρεωτική η θεώρηση των βιβλίων βάσει του Κώδικα Βιβλίων και Στοιχείων από ορκωτό λογιστή και τα έξοδα του ελέγχου θα βαρύνουν τον Ανάδοχο. 7. Σε περίπτωση λήξης της σύμβασης πριν το τέλος της διαχειριστικής περιόδου και το κλείσιμο των βιβλίων, τότε θα πραγματοποιείται άμεσα έλεγχος από τον ορκωτό λογιστή για τον υπολογισμό του τζίρου και των κερδών που πραγματοποιήθηκαν από το Γραφείο στο τρέχον οικονομικό έτος και μέχρι την ημερομηνία λήξης της σύμβασης προκειμένου ν' αποδοθούν στο ΤΕΘΑ τα ανάλογα χρηματικά ποσά.

ΑΡΘΡΟ 6° Κανόνες Λειτουργίας Γραφείου Ταξιδιωτικών Υπηρεσιών. 1. Στο γραφείο θα γίνεται χρήση ταμειακής μηχανής υποχρεωτικά...

ΑΡΘΡΟ 8°. Υποχρέωση Παροχής Πληροφοριών Οικονομικής Καταστάσεως. 1. Ο ανάδοχος υποχρεούται προς παροχή πληροφοριών για τον υπολογισμό του

τζίρου και των καθαρών κερδών του γραφείου, κατ' ΑΡΘΡΟ 5 της παρούσης. Αυτή η υποχρέωση συνίσταται στην παροχή νομίμων αντιγράφων ή αποσπασμάτων του τελευταίου ισολογισμού αυτής (εάν η επιχείρηση υποχρεούται εις εκδοσίν του), καθώς και νομίμων αντιγράφων των δηλώσεων εισοδήματος στην Εφορία, αποσπασμάτων λογιστικών βιβλίων, εκκαθαριστικού ΦΠΑ, επί μέρους ισολογισμών που τυχόν εκδοθούν μέσα στο έτος που θα διαρκέσει η σύμβαση και η ενδεχόμενη παράταση αυτής, αλλά και υπεύθυνης δηλώσεως περί του κύκλου εργασιών της για το διάστημα από συνάψεως της παρούσης συμβάσεως μέχρι και τη λήξη του πρώτου έτους καθώς και την λήξη εκάστου εξαμήνου της τυχόν παρατάσεως της σύμβασης αυτής κατά τα άνω, αλλά και κάθε άλλο έγγραφο που θα ζητηθεί τυχόν από τον εκμισθωτή, εάν αυτό συνεισφέρει εις τον υπολογισμό του τζίρου και των καθαρών κερδών της επιχειρήσεως ως άνω. 2. Η αυτή υποχρέωση όπως περιγράφεται εις την άνω παράγραφο θα δεσμεύει τον ανάδοχο σε κάθε περίπτωση παρατάσεως της συμβάσεως κατά τα άνω. 3. Ο ανάδοχος θα υποχρεούται στην παροχή των, υπό παράγραφο 1, αναφερομένων στοιχείων σε εύλογο χρονικό διάστημα προ της λήξεως του έτους της συμβάσεως κατά τα άνω καθώς και του εκάστου εξαμήνου της τυχόν παρατάσεως της σύμβασης αυτής, όταν του ζητηθεί η παροχή από τον εκμισθωτή των παραπάνω αναφερομένων στοιχείων, προς υπολογισμό του τζίρου και των καθαρών κερδών κατά τα αναφερόμενα εις την παρ. 3 του ΑΡΘΡΟΥ 5 της παρούσης...

ΑΡΘΡΟ 10^ο Κήρυξη Αναδόχου ως Εκπτώτου-Ποινικές ρήτρες. 1. Σε περίπτωση που ο ανάδοχος παραβεί τους όρους της σύμβασης που θα συναφθεί επιβάλλονται οι παρακάτω κυρώσεις: α. Όσον αφορά στις περιπτώσεις: (1) Μη ύπαρξη συνθηκών προβλεπόμενης καθαριότητας... β. Όσον αφορά τη μη εμπρόθεσμη καταβολή του μισθώματος εντός του πρώτου πενθημέρου κάθε μήνα, σύμφωνα με το ΑΡΘΡΟ 3 της παρούσας σύμβασης, παρέχει στον εκμισθωτή το δικαίωμα να καταγγείλει και να λύσει αμέσως και μονομερώς την παρούσα σύμβαση και κηρύσσεται ο ανάδοχος έκπτωτος, καθώς και να αποβάλει τον ανάδοχο από το μίσθιο κατά τη σχετική νόμιμη διαδικασία και να ζητήσει αποζημίωση για κάθε ζημία του από την αθέτηση της σύμβασης. Στη περίπτωση αυτή καταπίπτει σαν ποινική ρήτρα υπέρ του εκμισθωτή η εγγυητική επιστολή που δόθηκε. γ. Όσον αφορά την υποχρέωση του αναδόχου που απορρέει από το ΑΡΘΡΟ 8^ο της παρούσης, η έλλειψη συνεργασίας και/ή μη παροχή

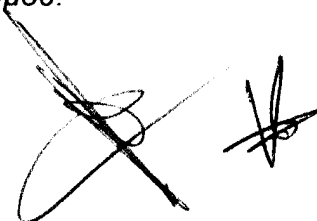
πληροφοριών όπως αυτές περιγράφονται στο ανωτέρω ΑΡΘΡΟ περί υπολογισμού του τζίρου επιβάλλεται πρόστιμο πέντε χιλιάδων (5.000) ευρώ και στη περίπτωση μη συμμορφώσεως επιβάλλεται πρόστιμο δεκαπέντε χιλιάδων (15.000) ευρώ και έκπτωση. 2. Τα ανωτέρω ποσά δύναται να αυξομειώνονται ανάλογα με τον ετήσιο κύκλο εργασιών (τζίρο), κατά την κρίση της Μονάδας και της προϊσταμένης αρχής. 3. Όταν ο ανάδοχος κηρύσσεται έκπτωτος, επιβάλλονται αθροιστικά ή διαζευκτικά οι προβλεπόμενες από το άρθρο 34, (Κήρυξη Προμηθευτή Εκπτώτου), του Π.Δ. 118/07 κυρώσεις.

ΑΡΘΡΟ 11° Εγγυοδοσία. Ο ανάδοχος υποχρεούται να παραδώσει με την υπογραφή της παρούσας σύμβασης στο Τάγμα ΓΕΣ εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης ύψους εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ. Η παραπάνω εγγυητική επιστολή θα επιστραφεί στον ανάδοχο μετά την εμπρόθεσμη αποχώρηση από το γραφείο, κατά τη λήξη της σύμβασης καθώς και την εκκαθάριση όλων των τυχόν εκκρεμών λογαριασμών...

ΑΡΘΡΟ 13° Τελικές Διατάξεις. 1. Απαγορεύεται στον προμηθευτή να εκχωρήσει σε τρίτο το δικαίωμα της παρούσης σύμβασης. 2. Η παρούσα σύμβαση: α. Διέπεται από το Π.Δ. 118/2007. β. Υπερισχύει κάθε άλλου κειμένου στο οποίο στηρίζεται, εκτός εκ παραδρομής εμφανών λαθών, τα οποία γίνονται αποδεκτά από τους συμβαλλόμενους... »

24. Η από 13-03-2012 Εγγυητική Επιστολή αριθ. 2158110174610 για ευρώ 60.000,00 της Αγροτικής Τράπεζας (κατ/μα 0320 Θεσσαλονίκης) και ήδη Τράπεζας Πειραιώς αναφέρει τα εξής:

«...με την παρούσα εγγυόμαστε ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, υπέρ της Ένωσης Παρόχων Υπηρεσιών «Ε.Φ. Α.Ε. & Ο. Τ. Α.Ε.» οδός Αριστοτέλους αριθμός 8 που πρόκειται να συνάψουν μαζί σας, ως αναδόχου, σύμβαση, που θα καλύπτει την εγκατάσταση εντός του κτιρίου του ΓΕΣ γραφείου ταξιδιωτικών υπηρεσιών όπως διασφάλιση-ενοικίαση δωματίων ξενοδοχείων-καταλυμάτων, μίσθωση μεταφορικών μέσων, διοργάνωση σεμιναρίων-συνεδρίων και άλλων εκδηλώσεων (catering, κλπ.), έκδοση παντός είδους εισιτηρίων οδικών, σιδηροδρομικών, ακτοπλοϊκών, αεροπορικών, για ποσό ευρώ Εξήντα χιλιάδων (€ 60.000,00). Το ποσό αυτό θα χρησιμοποιηθεί ως εγγύηση καλής εκτέλεσης της σύμβασης δυνάμει της υπ' αριθ. 16/2011 Διακήρυξης Κλειστού Διαγωνισμού.



Η Αγροτική Τράπεζα της Ελλάδος Α.Ε. παρέχει την απαιτούμενη εγγύηση υπέρ των Εταιριών 1) Ε.Φ. Α.Ε. οδός Αριστοτέλους αριθμός 8 και 2) Ο.Τ. Α.Ε. οδός Αριστοτέλους αριθμός 8, ατομικά για κάθε μία από αυτές και ως αλληλέγγυα και εις ολόκληρον υπόχρεων μεταξύ τους, εκ της ιδιότητας τους ως μελών της Ένωσης Παρόχων Υπηρεσιών, και εγγυάται προς εσάς με την παρούσα, ανεκκλήτως και ανεπιφυλάκτως, παραιτούμενη του δικαιώματος της διαιρέσεως και διζήσεως, να καταβάλλει μέσα σε τρεις (3) ημέρες, ανεξάρτητα από τυχόν αμφισβητήσεις, αντιρρήσεις ή ενστάσεις εταιρίας και χωρίς έρευνα του βάσιμου ή μη της απαίτησης σας, μετά από απλή έγγραφη ειδοποίηση και δήλωση σας ότι η εταιρία παρέβη ή παρέλειψε να εκπληρώσει οποιοδήποτε όρο της σύμβασης, κάθε ποσό που θα ορίζετε στη δήλωσή σας και που δεν ξεπερνά το οριζόμενο στην εγγύηση αυτή.

Σε περίπτωση κατάπτωσης της εγγύησης, το ποσό της κατάπτωσης υπόκειται σε πάγιο τέλος χαρτοσήμου.

Η παρούσα εγγύηση αφορά μόνο την παραπάνω αιτία και, ισχύει μέχρι την 13.4.2017.

Ο χρόνος ισχύος της εγγύησης αυτής θα παραταθεί εφόσον ζητηθεί από την υπηρεσία σας πριν από την ημερομηνία λήξης της...»

25. Στις διατάξεις των άρθρων 174 και 154 του ΚΔΔ αναφέρονται τα εξής:

«Άρθρο 174 Επίδειξη

1. Το δικαστήριο μπορεί, ύστερα από αίτηση διαδίκου ή και αυτεπαγγέλτως να διατάξει την επίδειξη εγγράφου που βρίσκεται στην κατοχή διαδίκου, τρίτου ή οποιασδήποτε αρχής...

Άρθρο 154 Συντηρητική απόδειξη

1. Ο πρόεδρος του συμβουλίου ή ο δικαστής, που διευθύνει το δικαστήριο στο οποίο εκκρεμεί η υπόθεση, μπορεί, ύστερα από αίτηση διαδίκου, να διατάξει και πριν από τη συζήτηση απόδειξη, αν κρίνει ότι υπάρχει κίνδυνος να χαθεί αποδεικτικό μέσο ή να καταστεί δυσχερής η χρησιμοποίησή του ή να δυσχερανθεί η διαπίστωση υφιστάμενης πραγματικής κατάστασης...»

26. Στις διατάξεις του άρθρου 902 του Α.Κ. ορίζεται ότι «Όποιος έχει έννομο συμφέρον να πληροφορηθεί το περιεχόμενο ενός εγγράφου που βρίσκεται στην κατοχή άλλου έχει δικαίωμα να απαιτήσει την επίδειξη ή και αντίγραφο του, αν το έγγραφο συντάχθηκε για το συμφέρον αυτού που το ζητεί, ή πιστοποιεί έννομη

σχέση που αφορά και αυτόν, ή σχετίζεται με διαπραγματεύσεις που έγιναν σχετικά με τέτοια έννομη σχέση είτε απευθείας από τον ίδιο είτε για το συμφέρον του, με τη μεσολάβηση τρίτου.»

III. Ερμηνεία και εφαρμογή διατάξεων

Από τις παραπάνω διατάξεις, ερμηνευόμενες αυτοτελώς, αλλά και σε συνδυασμό μεταξύ τους, ενόψει και του όλου νομικού πλαισίου εντός του οποίου εντάσσονται, του σκοπού που εξυπηρετούν και την υπαγωγή σ' αυτές των πραγματικών περιστατικών που τέθηκαν υπόψη του Τμήματος από την ερωτώσα υπηρεσία, συνάγονται τα ακόλουθα:

Ως προς το πρώτο υποερώτημα:

27. Η σύμβαση είναι διοικητική, εφόσον, πληρούνται σωρευτικά, οι εξής προϋποθέσεις: α) ένα από τα συμβαλλόμενα μέρη είναι το Δημόσιο, β) με τη σύναψη της σύμβασης επιδιώκεται η εξυπηρέτηση σκοπού δημοσίου ενδιαφέροντος, δηλαδή, στην προκειμένη περίπτωση, στη μετακίνηση κ.λ.π. του προσωπικού του Υπουργείου ΕΘ.Α. και γ) ο συμβατικός δεσμός διέπεται από εξαιρετικές ρήτρες, δηλαδή όρους που αποκλίνουν από το κοινό δίκαιο, οι οποίοι εξασφαλίζουν στο Δημόσιο θέση υπεροχής, έναντι του αντισυμβαλλόμενου¹, η οποία εκδηλώνεται με την άσκηση ελέγχου για την ορθή εκτέλεση των συμβάσεων, με τη μονομερή επέμβαση στη σύμβαση και με την επιβολή διοικητικών κυρώσεων με εκτελεστές διοικητικές πράξεις².

28. Από την ερμηνεία των διατάξεων των άρθρων 15, 34, και 38 του π.δ. 118/2007, οι οποίες διέπουν τη σύμβαση, σύμφωνα με τη μεταβατική διάταξη του άρθρου 376 παρ. 15 του ν. 4412/2016, που προστέθηκε με το άρθρο 23 του ν. 4491/2017, προκύπτει ότι οι ενστάσεις εξετάζονται από την Επιτροπή Αξιολόγησης των Ενστάσεων της παρ. 2β του άρθρου 38. Αντίθετα, στο προηγούμενο στάδιο της λύσης της σύμβασης, της κήρυξης έκπτωτου του προμηθευτή του Δημοσίου ή των ν.π.δ.δ. και πριν την επιβολή των παρεπόμενων κυρώσεων και ποινών γνωμοδοτεί η Επιτροπή Αξιολόγησης των Αποτελεσμάτων του Διαγωνισμού της παραγράφου

¹ Α.Ε.Δ. 6/2007, ΣτΕ Ολομ. 414/2011,

² Σ.Τ.Ε. 974/2011

2α του άρθρου 38. Σύμφωνα με την υπάρχουσα νομολογία, η Επιτροπή Αξιολόγησης των Αποτελεσμάτων του Διαγωνισμού έχει - εφόσον με τη σύμβαση δεν ορίσθηκε, ότι συγκροτείται και Επιτροπή Παρακολούθησης και Παραλαβής του Έργου με σκοπό την ορθή πορεία υλοποίησης των εργασιών, κατ' άρθρο 38 παρ. 3 εδ γ του ν. 118/2007, οπότε θα ήταν αρμόδια η τελευταία - γενική αρμοδιότητα να γνωμοδοτεί, πέρα από τα ζητήματα αξιολόγησης των προσφορών και για κάθε ζήτημα που προκύπτει από την εκτέλεση των συμβάσεων³.

29. Η δικαστική απόφαση, με την οποία απαγγέλλεται, κατόπιν αποδοχής του σχετικού ενδίκου βοηθήματος, η ολική ή η μερική ακύρωση της διοικητικής κανονιστικής ή ατομικής ή γενικού περιεχομένου πράξης, που είχε προσβληθεί, έχει διαπλαστικό αποτέλεσμα. Μια τέτοια ακυρωτική απόφαση καταργεί (εξαφανίζει) την ακυρωθείσα πράξη, ισχύει από τη δημοσίευσή της και ανατρέχει στο χρόνο έκδοσης της ακυρωθείσας πράξης, η οποία θεωρείται σαν να μην εκδόθηκε, και επαναφέρεται αυτοδίκαια η πραγματική και νομική κατάσταση, που υπήρχε κατά τον χρόνο έκδοσης της ακυρωθείσας πράξης⁴, η δε νέα πράξη, που τυχόν εκδίδει η Διοίκηση, ανατρέχει αναγκαίως στο χρόνο εκείνο και διέπεται από το νομικό και πραγματικό καθεστώς, που ίσχυε τότε και όχι από το ισχύον κατά το χρόνο, κατά τον οποίο λαμβάνουν χώρα οι ενέργειες συμμόρφωσης προς την ακυρωτική απόφαση⁵. Η Διοίκηση, στην περίπτωση συμμόρφωσής της προς δικαστική απόφαση, με την οποία ακυρώθηκε διοικητική πράξη, οφείλει, με θετικές ενέργειες, να προβεί στην αναδρομική αναμόρφωση της πράξης αυτής ή των νομικών καταστάσεων, που στο μεταξύ διαμορφώθηκαν, βάσει της ακυρωθείσας πράξης. Προς το σκοπό αυτό, οφείλει (η Διοίκηση) να ανακαλέσει ή να τροποποιήσει τις διοικητικές πράξεις, που στηρίζονται στην ακυρωθείσα και να επαναλάβει τις πράξεις, που, κατά νόμο, υποχρεούται να εκδώσει, χωρίς τη νομική πλημμέλεια, που διαπιστώθηκε με την απόφαση, ώστε να διαμορφωθεί νομική κατάσταση σύμφωνη προς το νόμο, προκειμένου να αποκαταστήσει τα πράγματα στη θέση,

³ ΔΕΑ 5055/2013, με παραπομπή στην 2187/2012, 238/2009

⁴ Ε. Σπηλιωτόπουλου, εγχ. Διοικ. Δικ., έκδ. 11^η, σελ. 584 επ., ΣτΕ 783/2012 σκ. 7, 2309/2009 σκ. 5, 1059/2006, 441/2001 - ΝΣΚ 35/2014 σκ. 2).

⁵ ΣτΕ 783/2012 ο.π. με παραπ. στις ΣτΕ 2258/2009, 2228/2005, 1523/2003, 2987 & 2130/2002, 4932/1995 - ΣτΕ 2309/2009 ο.π. με παραπ. στις ΣτΕ 1540/2007, 3386/2006

στην οποία θα βρίσκονταν, αν, από την αρχή, δεν είχε εκδοθεί η ακυρωθείσα πράξη ή αν δεν είχε λάβει χώρα η ακυρωθείσα παράλειψη⁶.

30. Κατά τα παγίως κριθέντα, επανερχόμενης της υπόθεσης, μετά την ακύρωση διοικητικής πράξης, στο οικείο συλλογικό όργανο αυτό επιλαμβάνεται με την εκάστοτε νόμιμη συγκρότησή του και όχι με εκείνη του χρόνου έκδοσης της ακυρωθείσας πράξης⁷. Αν το συλλογικό όργανο δεν υφίσταται πλέον κατά το χρόνο της αναπομπής της υπόθεσης στη Διοίκηση, η τελευταία οφείλει, για να καταστεί δυνατή η συμμόρφωσή της με τις ακυρωτικές αποφάσεις, να ανασυγκροτήσει το συλλογικό όργανο προκειμένου αυτό να προβεί σε νέα νόμιμη κρίση⁸.

31. Σε περίπτωση που έχει μεσολαβήσει αλλαγή του νομοθετικού καθεστώτος, οι εισαγόμενες διαδικαστικές ρυθμίσεις του νέου νόμου, στις οποίες συμπεριλαμβάνονται και εκείνες, που ρυθμίζουν τα όργανα τα οποία αποφασίζουν ή γνωμοδοτούν, τη σύνθεση αυτών κ.λ.π., εφαρμόζονται και στις εκκρεμείς αυτές διαδικασίες⁹. Εξάιρεση στον παραπάνω κανόνα είναι η ύπαρξη πρόβλεψης για τις σε εξέλιξη διαδικασίες με αντίστοιχες μεταβατικές ρυθμίσεις¹⁰.

32. Στην προκειμένη περίπτωση η Ένωση Παρόχων με την προσφυγή της ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών επικαλέστηκε παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, επειδή στο αρχικό στάδιο της λύσης, της κήρυξης της έκπτωτης και της επιβολής ποινικής ρήτρας δε γνωμοδότησε η Επιτροπή Παραλαβής (και επειδή αυτή δεν υπήρχε η Επιτροπή Αξιολόγησης των Αποτελεσμάτων του Διαγωνισμού). Το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών με την υπ' αρ. 816/8-2-2017 απόφασή του έκανε δεκτή την αίτηση ακύρωσης, την οποία χαρακτήρισε ως προσφυγή και ακύρωσε – κατόπιν άσκησης διοικητικής προσφυγής της Ένωσης Παρόχων Υπηρεσιών, η οποία έχει τον χαρακτήρα ενδικοφανούς προσφυγής, αφού το διοικητικό όργανο ελέγχει την προσβαλλόμενη πράξη κατά νόμο και ουσία – την απόφαση επί της

⁶ ΣτΕ 914/2013 - ΣτΕ 1571/2012 με παρ.π. στις ΣτΕ 2932/2010, 16/2009 και 332012003 - ΣτΕ 3319/2011 με παρ.π. στις 4278 και 1832/2009, 1378/2007, 2522/2002, 915/2001 κ.α.

⁷ ΣτΕ 1738/2014, 1222/2003

⁸ ΣτΕ 1222/2003

⁹ ΔΕΑ 2628/2014 σκεψ. 4 με αναφορά στις ΣτΕ 513, 2462/2009, 1614/1993 κ.α.

¹⁰ ΝΣΚ γνμ. 78/2013 σκέψη ΙΙ.2.3.

ενδικοφανούς προσφυγής της παραπάνω Ένωσης Παρόχων (Φ. 500/66/245581Δ.2988/30-11- 2015 του ΓΕΣ-ΔΥΔΜ/2β1) κατά της απόφασης λύσης της σύμβασης, κήρυξής της ως έκπτωτης και κατάπτωσης της εγγύησης καλής εκτέλεσης (Φ.500/60/243498/ Σ.2659/19-10-2015 απόφαση του ΓΕΣ-ΔΥΔΜ/2β1) και ανέπεμψε «στη Διοίκηση για να ενεργήσει τα νόμιμα», λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας και δη, λόγω μη προηγούμενης γνωμοδότησης του αρμοδίου οργάνου. Ειδικότερα, το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών έκρινε ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης των Αποτελεσμάτων του Διαγωνισμού έχει αρμοδιότητα να κρίνει και επί της ενδικοφανούς προσφυγής (βλ. σκέψη 7) και όχι η Επιτροπή Αξιολόγησης των Ενστάσεων του άρθρου 15 παρ. 5 του ν. 118/2007. Η απόφαση του Διοικητικού Εφετείου, ανεξάρτητα από το αν είναι ορθή ή όχι, είναι υποχρεωτική και προς εκτέλεσή της θα πρέπει να εκδοθεί νέα πράξη της Διοίκησης (δηλαδή, του Υπουργού ή του αρμοδίου για την διοίκηση του φορέα οργάνου και όχι της αναθέτουσας αρχής, που είναι αρμόδια, σύμφωνα με το άρθρο 221 παρ. 11 α του ν. 4412/2016), αφού κατά τη ρητή μεταβατική διάταξη του άρθρου 376 παρ. 15 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει, έχουν εφαρμογή στο σύνολό τους οι προαναφερθείσες διατάξεις του π.δ. 118/2007, λόγω του ότι η ένσταση (ενδικοφανής προσφυγή) έχει ασκηθεί πριν τις 1.11.2017, στις οποίες (διατάξεις) εντάσσονται και τα όργανα που αποφασίζουν και γνωμοδοτούν επί των ενστάσεων. Η νέα διοικητική πράξη θα έχει αναδρομική ισχύ, με την έννοια ότι θα ανατρέχει στο χρόνο έκδοσης της ακυρωθείσας διοικητικής πράξης. Η πράξη αυτή θα αφορά την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής της Ένωσης Παρόχων Υπηρεσιών. Η αρχική απόφαση που προσβλήθηκε με την ενδικοφανή προσφυγή έχει απωλέσει την αυτοτέλειά της και έχει ενσωματωθεί στην απόφαση που εκδόθηκε ¹¹, δηλαδή στη με αριθμό Φ. 500/66/24581/Σ.2988/30-11-2015 απόφαση του ΓΕΣ, η οποία είναι και η μόνη εκτελεστή διοικητική πράξη. Συνεπώς, εφόσον η τελευταία ακυρώθηκε για παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας κατά την έκδοσή της και η υπόθεση αναπέμφθηκε εκ νέου στη διοίκηση, χωρίς να γίνει ουσιαστικός έλεγχος του κύρους της αρχικής απόφασης ως προς τη λύση της σύμβασης, την έκπτωση και την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής, ως ποινικής ρήτρας, η διοίκηση θα πρέπει να επανεξετάσει την ενδικοφανή προσφυγή, μετά από γνωμοδότηση της αρμόδιας

¹¹ ΣτΕ 3366/2011, 2712/2010

επιτροπής (που είναι η Επιτροπή Αξιολόγησης των Αποτελεσμάτων του Διαγωνισμού, κατά την απόφαση), στα πλαίσια που τίθενται με τη με αριθμό 816/2017 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών.

Επισημαίνεται ότι τα παραπάνω ισχύουν υπό την προϋπόθεση ότι η απόφαση του ΣτΕ, που αναμένεται, δεν κάνει δεκτή την αίτηση αναίρεσης του Ελληνικού Δημοσίου.

Ως προς το δεύτερο υποερώτημα:

33. Με την εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης της σύμβασης, η τράπεζα εγγυάται στον λήπτη την καταβολή ορισμένου ποσού, αν ο πρωτοφειλέτης δεν εκπληρώσει ή εκπληρώσει πλημμελώς τις συμβατικές του υποχρεώσεις, για οιονδήποτε λόγο, ακόμα και για λόγους ανωτέρας βίας. Το ύψος της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης ανέρχεται συνήθως σε ορισμένο ποσοστό επί της συνολικής συμβατικής αξίας.

34. 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. του ΑΚ, κατά το μέρος που συμβιβάζονται με το περιεχόμενό της¹². Η εγγυητική ευθύνη επηρεάζεται από την εκάστοτε έκταση της κύριας οφειλής (ΑΚ 851) και η απόσβεση της κύριας οφειλής οδηγεί σε απόσβεση και της εγγύησης (ΑΚ 864). Αυτό, άλλωστε, αντικατοπτρίζει και τη λειτουργία της εγγυητικής επιστολής, αφού 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 επιστολή¹³, ενώ περαιτέρω, όταν η κύρια οφειλή αποσβεστεί, ο εγγυητής ελευθερώνεται¹⁴.

35. Η εγγυητική επιστολή «σε πρώτη ζήτηση» είναι η συνηθέστερη μορφή εγγυητικής επιστολής. Η τράπεζα, όταν εκδώσει αυτού του είδους την εγγυητική επιστολή, υποχρεούται να καταβάλει το αναφερόμενο σε αυτή ποσό, με μόνη την πρόσκληση του λήπτη προς τούτο, χωρίς να δικαιούται ή να υποχρεούται να

¹² ΑΠ 479/2016

¹³ ΑΠ 338/2016, 1273/2014

¹⁴ ΑΠ ο.π.479/2016

εξετάσει, εάν συντρέχουν και οι ουσιαστικοί λόγοι κατάπτωσης και ανεξάρτητα από την σχέση αξίας που συνδέει τον πρωτοφειλέτη με τον λήπτη και τη σχέση κάλυψης μεταξύ τράπεζας και πρωτοφειλέτη. Μόνο το περιεχόμενο της εγγυητικής επιστολής μπορεί να επικαλεστεί η εκδότρια της επιστολής τράπεζα, προκειμένου να στηρίξει τις αντιρρήσεις ή ενστάσεις της αναλαμβάνοντας, αντί προμήθειας, ίδια υποχρέωση, που υπόκειται στους αντίστοιχους κανόνες του ενοχικού δικαίου.

36. Η νομολογία, συνεπής στην θεωρία περί αναλογικής εφαρμογής των διατάξεων περί εγγύησης, κάνει λόγο για αναλογική εφαρμογή του άρθρου 866 Α.Κ. Σύμφωνα με τη νομολογία¹⁵, είναι επιτρεπτή, λόγω του ενδοτικού χαρακτήρα της, να τεθεί στο κείμενο της εγγυητικής επιστολής, ότι αρκεί απλή και εξώδικη όχληση της εκδότριας τράπεζας προς καταβολή, χωρίς, δηλαδή, να απαιτείται και δικαστική επιδίωξη της απαίτησης του δανειστή.

37. Η διαδικασία πληρωμής του ποσού της εγγυητικής επιστολής είναι γνωστή με τον όρο διαδικασία κατάπτωσης και είναι η πιο ουσιαστική φάση της εγγυητικής επιστολής, γιατί με αυτήν ενεργοποιείται αυτή και από έμμεση χρηματοδότηση μετατρέπεται σε άμεση και μάλιστα, εξαρχής, ληξιπρόθεσμη και απαιτητή. Αν συντρέξουν οι περιστάσεις, για τη μη επέλευση των οποίων δόθηκε η εξασφάλιση με την εγγυητική επιστολή, η τράπεζα υποχρεούται να πληρώσει το ποσό που υποσχέθηκε και ζητείται, αμέσως μόλις ειδοποιηθεί για αυτό από το δέκτη της επιστολής και να ζητήσει να της επιστραφεί το έγγραφο της εγγυητικής επιστολής, εκτός αν συμφωνήθηκε απαλλαγή του δέκτη από αυτή την υποχρέωση. Στα κείμενα των εγγυητικών επιστολών, συνήθως, απαιτείται εγγράφως διατυπωμένο αίτημα του δικαιούχου για την πληρωμή του εγγυημένου ποσού. Το γραπτό αίτημα της απαίτησης πρέπει να απευθύνεται στην τράπεζα, που εξέδωσε την εγγυητική επιστολή και μάλιστα στο συγκεκριμένο κατάστημα έκδοσης.

38. Εξάλλου, ο λήπτης μπορεί να ζητήσει από τον εντολέα και την τράπεζα να παρατείνουν την ισχύ της εγγυητικής επιστολής. Η τράπεζα μπορεί να συμφωνήσει μόνο με τη συναίνεση του εντολέα-πελάτη, εκτός αν αυτό έχει, ήδη, προβλεφθεί στο κείμενο της επιστολής, οπότε υποχρεούται προς τούτο¹⁶.

39. Όπως προκύπτει από την εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης, σε περίπτωση

¹⁵ ΑΠ 620/2015, 585/1989 ΝοΒ 1990.820

¹⁶ Αγγ. Γούσκου ο.π. σελ. 89

κατάπτωσής της, η απόφαση για την οποία συνιστά εκτελεστή διοικητική πράξη ¹⁷, απαιτείται απλή έγγραφη ειδοποίηση και δήλωση της υπηρεσίας, ότι η εταιρία παρέβη ή παρέλειψε να εκπληρώσει οποιονδήποτε όρο της σύμβασης, που επιφέρει την κατάπτωση, χωρίς έρευνα του βάσιμου ή μη της απαίτησης και προβολής ενστάσεων και αντιρρήσεων και ισχύει μέχρι 13-4-2017, με δυνατότητα παράτασης, εφόσον ζητηθεί πριν την λήξη της.

40. Στην προκειμένη περίπτωση, όπως προαναφέρθηκε, με τη με αριθμό 42/19-4-2016 απόφαση του ΔΕΑ (σε συμβούλιο) έγινε δεκτή η αναστολή κατά της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής και διατάχθηκε η αναστολή της Φ.500/66/245581/Σ.2988/30-11-2015 απόφασης (απορριπτικής της ένστασης), ως προς το μέρος αυτό. Η αναστολή αυτή, εφόσον δεν ορίζεται χρόνος στην απόφαση, διήρκεσε μέχρι την έκδοση απόφασης επί της αίτησης ακύρωσης – προσφυγής ενώπιον του ΔΕΑ, δηλαδή μέχρι την έκδοση της με αριθμό 816/8-2-2017 ακυρωτικής απόφασης του ΔΕΑ. Συνεπώς, εφόσον, από την κατάπτωση της ποινικής ρήτρας με την υπ' αρ. Φ. 500/60/Σ.243498/19-10-2015 απόφαση του ΓΕΣ μέχρι του χρόνου λήξης της εγγυητικής επιστολής στις 13-4-2017 δεν έγινε έγγραφη ειδοποίηση της τράπεζας, για οποιοδήποτε λόγο και δεν επιδιώχθηκε η είσπραξη του ποσού (ανυπαίτια, λόγω της ύπαρξης της αναστολής εκτέλεσης και ακολούθως της ακυρωτικής απόφασης), ούτε έγινε χρήση της, προβλεπόμενης τόσο από τη σύμβαση όσο και κύρια από το κείμενο της εγγυητικής επιστολής, δυνατότητας να ζητηθεί παράταση του χρόνου λήξης της εγγύησης, η τράπεζα, ενόψει και του ότι έχει ακυρωθεί η απόφαση έκπτωσης και κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής, έχει ελευθερωθεί. Και τούτο διότι και αν ακόμη θεωρηθεί, ότι η είσπραξη της εγγυητικής επιστολής, το περιεχόμενο της οποίας υπερισχύει της σύμβασης, τουλάχιστον κατά το μέρος που δεσμεύει την τράπεζα, εμποδίστηκε με την έκδοση της δικαστικής απόφασης για αναστολή της κατάπτωσης και ακολούθως με την ακυρωτική απόφαση του ΔΕΑ, δεν ασκήθηκε το δικαίωμα να ζητηθεί η παράταση του χρόνου ισχύος της εγγυητικής επιστολής, για την οποία μόνη προϋπόθεση ήταν η υποβολή αιτήματος της υπηρεσίας προς το τραπεζικό ίδρυμα, πριν την ημερομηνία λήξης της.

41. Ωστόσο, την απόδοση της εγγυητικής επιστολής μπορεί να τη ζητήσει μόνο η Ένωση Παρόχων και όχι το τραπεζικό ίδρυμα. Επισημαίνεται, ότι η λήξη ισχύος της

¹⁷ ΣτΕ 1809/2017

εγγυητικής επιστολής επιφέρει μόνο μείωση της διασφάλισης των συμφερόντων του λήπτη, δεν επηρεάζει, όμως, τη δυνατότητα είσπραξης των απαιτήσεων, εφόσον, η υπηρεσία, μετά την αναπομπή, απορρίψει και πάλι την ενδικοφανή προσφυγή.

Ως προς το τρίτο υποερώτημα

42. Σχετικά με το πρώτο σκέλος του τρίτου υποερωτήματος, μετά τη συμμόρφωση της διοίκησης στο περιεχόμενο της ακυρωτικής απόφασης και στην περίπτωση που η απόφαση, που θα εκδοθεί, θα είναι όμοιου περιεχομένου με την ακυρωθείσα, δηλαδή απορριπτική, ενόψει του ότι η διοίκηση απευθύνθηκε με έγγραφο στην Ένωση Παρόχων Υπηρεσιών και αυτή δεν απάντησε, η αποστολή των αναγκαίων στοιχείων, προκειμένου να καταστεί δυνατός ο υπολογισμός των οφειλόμενων ποσών, μπορεί να ζητηθεί από την αρμόδια Δ.Ο.Υ. (ΦΑΕ Θεσσαλονίκης), διότι, κατά το προαναφερθέν άρθρο 8 της σύμβασης η Ένωση Παρόχων Υπηρεσιών έχει υποχρέωση για την επίδειξη και παροχή νομίμων αντιγράφων ή αποσπασμάτων του τελευταίου ισολογισμού αυτής (εάν η επιχείρηση υποχρεούται στην έκδοσή του), καθώς και νομίμων αντιγράφων των δηλώσεων φόρου εισοδήματος στην αρμόδια Δ.Ο.Υ., αποσπασμάτων λογιστικών βιβλίων, εκκαθαριστικού ΦΠΑ, επί μέρους ισολογισμών, αλλά και κάθε άλλου εγγράφου, που έχει κατατεθεί και θα συνεισφέρει, μετά από έλεγχο από ορκωτό λογιστή, στον υπολογισμό του τζίρου και των καθαρών κερδών της επιχείρησης, μη υπάρχοντος θέματος φορολογικού απορρήτου, καθότι η υποχρέωση παροχής αντιγράφων των παραπάνω εγγράφων έχει συμφωνηθεί, κατά τα παραπάνω, με ειδικό όρο της σύμβασης. Σε κάθε περίπτωση αδυναμίας λήψης των στοιχείων αυτών από την αρμόδια Δ.Ο.Υ. και επειδή η επίδειξη εγγράφων και η λήψη φωτοαντιγράφων, στην έννοια των οποίων, αναμφισβήτητα, εμπίπτουν και τα παραπάνω, δεν μπορεί να γίνει σύμφωνα με το άρθρο 174 του ν. 2717/1999-Κ.Δ.Δ. (Επίδειξη εγγράφων), ούτε με το άρθρο 154 του Κ.Δ.Δ. (Συντηρητική απόδειξη), επειδή, το πρώτο προϋποθέτει εκκρεμή δίκη (και δυνατότητα υποβολής του αιτήματος με την προσφυγή ή με το δικόγραφο των πρόσθετων λόγων ή με το υπόμνημα στο πρωτοβάθμιο δικαστήριο ή και με αυτοτελή αίτηση μέχρι την παραμονή της συζήτησης της υπόθεσης) και το δεύτερο, επίσης, εκκρεμή δίκη (και δυνατότητα αίτησης συντηρητικής απόδειξης πριν την κατάρξη της δίκης), μπορεί να γίνει μόνο με την εφαρμογή του άρθρου 902 του Α.Κ.

Οι διατάξεις των άρθρων 902 επ. του Α.Κ. και συγκεκριμένα οι προϋποθέσεις και οι περιορισμοί, που αναφέρονται σε αυτές, ως προς τη δημιουργία της αξίωσης για επίδειξη εγγράφου ή χορήγηση αντιγράφου, εφαρμόζονται αποκλειστικά, όταν δεν υπάρχει εκκρεμής δίκη ¹⁸. Το έννομο συμφέρον συνίσταται στη δυνατότητα απόδειξης με το ή τα ζητούμενα έγγραφα με τελικό σκοπό την περαιτέρω επιδίωξη δικαιώματος ¹⁹, ενώ το «επιδιωκόμενο» δικαίωμα δεν καθίσταται αντικείμενο της δίκης για την επίδειξη, ούτε είναι αναγκαία η απόδειξή του στη δίκη. Το έννομο συμφέρον, εκτός από περιουσιακής, μπορεί να είναι και ηθικής ή ακόμη και δημοσίου δικαίου ²⁰. Επίσης μπορεί να ζητηθεί και όταν η επίδειξη έχει ως σκοπό την προστασία πολιτικών δικαιωμάτων ή την υποστήριξη μήνυσης. Η δικαστική του επιδίωξη, όταν υπάρχει επικείμενος κίνδυνος ή συντρέχει επείγουσα περίπτωση, μπορεί να γίνει και κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων ²¹. Ακολουθώντας μπορεί να γίνει καταλογισμός, όπως έγινε με τα οφειλόμενα μισθώματα, καθότι οι απαιτήσεις αφορούν ποσά οφειλόμενα πριν από την διάλυση της σύμβασης.

43. Ως προς το δεύτερο σκέλος του τρίτου υποερωτήματος που αφορά τη διεκδίκηση των οφειλομένων για το διάστημα από το Νοέμβριο του 2015 ως τον Μάρτιο του 2016, δηλαδή για το χρονικό διάστημα, από την έκπτωση και τη λύση της μίσθωσης έως την απόδοση της χρήσης του μισθίου, αυτό υποβάλλεται πρόωρα δεδομένου ότι έχει άμεση σχέση με τη δικαστική εξέλιξη της υπόθεσης.

IV. Απάντηση

Σύμφωνα με τα προεκτεθέντα, στο ερώτημα που υποβλήθηκε το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Τμήμα Δ'), γνωμοδοτεί, ομόφωνα, ως εξής:

¹⁸ ΑΠ 94/2018, Β. Βαθρακοκόλη ερμ. Αστ. Κωδ., Γ' έκδ. Α' τόμ. σελ. 1172 με αναφορά στις ΑΠ 1264/1983, ΑΠ 780/78 ΝοΒ 27.563, 1059/1977, ΝοΒ 1978/930, ΕφΑθ 10090/1980 κ.α., Α. Γεωργιάδη σύντ. ερμ. Αστ. κώδ.έκδ.2010.σελ. 1743

¹⁹ Β. Βαθρακοκόλη ο.π. σελ. 1172 με αναφορά στις ΑΠ 302/1963 Αρχ. Ν. 14/600, ΜπρΑθ 9948/1975 κ.α.

²⁰ Α. Γεωργιάδη ο.π. σελ. 1744 με αναφορά σε Ράμμο ερμ. ΑΚ 902 αρ. 5 και Γέσιου Φαλτσή Δικ. Αποδ. σελ. 300, Β. Βαθρακοκόλης ο.π. σελ. 1172, 1173 με αναφορά σε ΑΠ 757/1966 ΝοΒ 14.936, ΕφΑθ 10090/1980 Αρμ. 35.479, 756/1966 ΝοΒ 14.936 κ.α.

²¹ ΜΠρΛαμ 57/2018, ΜΠρΣερ 188/2018, ΜΠρΠειρ 693/2017 (ΑΣΦ.)

44. α. Στο πρώτο υποερώτημα, ότι, σε συμμόρφωση με τη με αριθμό 816/2017 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (Τμήμα 16^ο Τριμελές), θα πρέπει να εκδοθεί νέα πράξη της διοίκησης (Υπουργού ή του αρμοδίου για την διοίκηση του φορέα οργάνου), μετά από γνωμοδότηση της Επιτροπής Αξιολόγησης των Αποτελεσμάτων του Διαγωνισμού, που είναι το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο, κατά την απόφαση αυτή, το οποίο θα συγκροτηθεί εκ νέου και η νέα διοικητική πράξη θα έχει αναδρομική ισχύ και θα ανατρέχει στο χρόνο έκδοσης της διοικητικής πράξης που ακυρώθηκε.

β. Στο δεύτερο υποερώτημα, ότι η εγγυητική επιστολή έχει λήξει, δεν έχει παραταθεί ο χρόνος λήξης αυτής και ως εκ τούτου δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί.

γ. Στο τρίτο υποερώτημα, ως προς το πρώτο σκέλος, ότι, μετά τη συμμόρφωση της διοίκησης στο περιεχόμενο της ακυρωτικής απόφασης και υπό την προϋπόθεση ότι η απόφαση, που θα εκδοθεί, θα είναι όμοιου περιεχομένου με την ακυρωθείσα, δηλαδή απορριπτική, η υπηρεσία δύναται να προχωρήσει στην αναζήτηση των απαιτούμενων στοιχείων αρχικά από την αρμόδια Δ.Ο.Υ. ΦΑΕ Θεσσαλονίκης, αλλιώς, με βάση τις διατάξεις του άρθρου 902 του ΑΚ.

Ως προς το δεύτερο σκέλος του τρίτου υποερωτήματος, ότι αυτό υποβάλλεται, σύμφωνα με τα ανωτέρω, πρόωρα.

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Αθήνα, 25-2-2019

Η Πρόεδρος του Δ' Τμήματος

Χαράμβουλα Α. Αυγερινού

Αντιπρόεδρος Ν.Σ.Κ.

Ο Εισηγητής

Παρασκευάς Χρυσόστομης

Πάρεδρος Ν.Σ.Κ.

