



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

Αριθμός Γνωμοδότησης 236/2019

**ΤΟ ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
(Τμήμα ΣΤ')**

Συνεδρίαση της 27ης Νοεμβρίου 2019

Σύνθεση

Πρόεδρος: Γεώργιος Κανελλόπουλος, Αντιπρόεδρος ΝΣΚ.

Μέλη: Ασημίνα Ροδοκάλη, Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Ευαγγελία Σκαλτσά, Ευσταθία Τσαούση, Βασίλειος Κορκίζογλου, Χαράλαμπος Μπρισκόλας, Νικόλαος Καραγιώργης, Μαρία Σπάσου, Αναστασία Ζαφειριάδου, Περικλής Αγγέλου, Νομικοί Σύμβουλοι του Κράτους.

Εισηγήτρια : Γεωργία Κούζιου, Πάρεδρος ΝΣΚ (γνώμη χωρίς ψήφο).

Αριθμός Ερωτήματος: Το έγγραφο με αριθμό πρωτοκόλλου 501518/18-04-2019 του ΕΦΚΑ-Γενική Διεύθυνση Διοικητικής Υποστήριξης, Τεχνικών Υπηρεσιών & Στέγασης-Διεύθυνση Προμηθειών-Τμήμα Διαχείρισης Διαγωνισμών & Υλοποίησης Προμηθειών Υλικών, όπως διευκρινίστηκε με το με αριθμό πρωτοκόλλου 704471/07-06-2019 όμοιο.

Περίληψη Ερωτήματος: Ερωτάται αν τα προσκομισθέντα με την από 2-4-2019 εξώδικη γνωστοποίηση-δήλωση της εταιρείας «Π.Ν...Δ...ΑΕ», αναδόχου διαγωνισμού προμήθειας αναλωσίμων ειδών (toner) και την από 19-4-2019 όμοια συμπληρωματική αυτής, έγγραφα, συνιστούν αποδεικτικά στοιχεία συνδρομής λόγων ανωτέρας βίας, απ' αυτούς που προβλέπονται στα άρθρα 203 παρ. 3β, 204 και 206 παρ.4 του ν.4412/2016 [«Δημόσιες Συμβάσεις Έργων,

Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α 147)].

.....

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

Ιστορικό

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

1. Το ερώτημα ετέθη από την υπηρεσία μετά την από 2-4-2019 εξώδικη γνωστοποίηση-δήλωση της αναδόχου διαγωνισμού προμήθειας εταιρείας «Π.Ν...Δ...ΑΕ», με την οποία ζήτησε να γίνει δεκτό αίτημά της να απαλλαγεί από την υποχρέωση παράδοσης συμβατικών ειδών για λόγους ανωτέρας βίας.
2. Με τη με αριθμό 807246/25-06-2018 προκήρυξη, η Διεύθυνση Προμηθειών του ΕΦΚΑ προκήρυξε διαγωνισμό προμήθειας γνήσιων αναλωσίμων (toner-drum) για εκατόν ογδόντα έξι (186) φωτοαντιγραφικά και τηλεμοιοτυπικά μηχανήματα (fax) όλων των Υπηρεσιών του ΕΦΚΑ, για τα έτη 2018 και 2019. Οι ενδιαφερόμενοι μπορούσαν να καταθέσουν προσφορά για ένα ή περισσότερα από τα μηχανήματα αυτά, ή για το σύνολό τους.
3. Στο διαγωνισμό συμμετείχαν εκτός από την προαναφερθείσα και άλλες τρεις εταιρείες. Η εταιρεία « Π.Ν...Δ...ΑΕ»(εφεξής εταιρεία) αναδείχθηκε ανάδοχος για μέρος των αναλωσίμων, συνολικής αξίας 39.264,60 ευρώ με ΦΠΑ και υπεγράφη η από 8-10-2018 σύμβαση.
4. Στο άρθρο 4 της σύμβασης ορίστηκε ο τόπος και ο χρόνος παράδοσης του συμβατικού αντικειμένου, σε εκτέλεση δε αυτού, με την με αριθμό ΑΠ 3/17-01-2019 παραγγελία, ζητήθηκε από την εταιρεία η παράδοση ποσότητας (50 τεμαχίων) του υλικού εντός είκοσι (20) εργασίμων ημερών, ήτοι έως 14-02-2019.
5. Με την από 23-01-2019 επιστολή της, η εταιρεία ζήτησε την παράταση της παράδοσης του υλικού που της ζητήθηκε, για λόγους ανωτέρας βίας, σημειώνοντας ότι «σταμάτησε η παραγωγή του στα τέλη 2018, όπως μας ενημέρωσε ο προμηθευτής μας», προσκομίζοντας την από 22-1-2019 βεβαίωση του πανελλαδικά επίσημου διανομέα αναλωσίμων με την επωνυμία "Α.Η...SΑ", σύμφωνα με την

οποία «...από 31-12-2018 έχει σταματήσει η παραγωγή των προϊόντων και κατά συνέπεια δεν θα μπορέσουμε να σας προμηθεύσουμε με τα παραπάνω υλικά στο μέλλον.»

6. Η Επιτροπή Αξιολόγησης των Αποτελεσμάτων του Διαγωνισμού, προκειμένου να εξετάσει το ανωτέρω αίτημα και να αποφανθεί σχετικά, με το με αριθμό πρωτ. 163163/8-2-2019 έγγραφό της ζήτησε από την εταιρεία να προσκομίσει «...έγγραφο της κατασκευάστριας εταιρείας «S...SAS» το οποίο θα αναφέρει την κατάργηση της παραγωγής του προϊόντος καθώς και την ημερομηνία κατάργησης αυτού...». Η εταιρεία με την από 12-2-2019 επιστολή της ενημέρωσε την Επιτροπή ότι «Η εταιρεία S...SAS διατηρούσε γραφείο στην Ελλάδα (παρακολουθούσε τις πωλήσεις των εμπορευμάτων με brand name Sagem/Sagecom/Philips) μέχρι πρόσφατα, στην διεύθυνση ..., Αθήνα, Τ.Κ...., τηλ. 210..., το οποίο δεν λειτουργεί πλέον. Στα τέλη του 2018 πληροφορηθήκαμε ότι η σχετική δραστηριότητα της "S...SAS" πουλήθηκε σε άλλη εταιρεία (X-G... SAS), η οποία εκ των υστέρων πτώχευσε. Όπως καταλαβαίνετε, δεν μπορούμε να σας προσκομίσουμε το έγγραφο που ζητάτε» και αντ' αυτού προσκόμισε α) την από 1-2-2019 βεβαίωση της εταιρείας με την επωνυμία «Ι.Π...Α.Ε.», έτερου εξουσιοδοτημένου διανομέα αναλωσίμων, σύμφωνα με την οποία «...τα αναλώσιμα Sagem CTR356 & CTR356L έχουν καταργηθεί και δεν διανέμονται πλέον από το επίσημο δίκτυο διανομής» και β) αντίγραφο του από 11-2-2019 ηλεκτρονικού μηνύματος της εταιρείας "C... LTD", που είχε την ευθύνη της τεχνικής υποστήριξης των σχετικών συσκευών, σύμφωνα με το οποίο « σχετικά με την εταιρεία X-G... SAS, που είναι η εταιρεία που είχε εξαγοράσει την "S... SAS", σύμφωνα με ενημέρωση από δικαστικό επιμελητή στη Γαλλία, έχει τεθεί σε εκκαθάριση και έχει σταματήσει τη λειτουργία της από 30/05/2018...η σύμβαση έχει λυθεί καθώς υπάρχουν ανεξόφλητα τιμολόγια πολλών μηνών (από το 2017) και δεν υπάρχει κανείς για επικοινωνία».

7. Μετά απ' αυτά, σε συνδυασμό με το ότι η πρόταση του αναδόχου για αντικατάσταση του παραγγελθέντος αναλώσιμου υλικού με άλλο δεν κάλυπτε τις ανάγκες του φορέα (έπρεπε να εξυπηρετηθούν ανάγκες σε ποσότητες αντίστοιχες των αιτημάτων των υπηρεσιών του ΕΦΚΑ), η Επιτροπή πρότεινε την αποδοχή του αιτήματος της παράτασης (κατά δέκα εργάσιμες ημέρες), με επιβολή των κυρώσεων του άρθρου 207 του ν. 4412/2016 .

8. Η ανωτέρω γνωμοδότηση της Επιτροπής έγινε δεκτή από το Δ.Σ. του ΕΦΚΑ με την με αριθμό 119/συν.8/28-02-2019 απόφασή του, η οποία κοινοποιήθηκε στην ανάδοχο εταιρεία στις 06-03-2019.

9. Στη συνέχεια η ανάδοχος εταιρεία με την από 01-04-2019 εξώδικη γνωστοποίηση-κλήση-δήλωση προς τον ΕΦΚΑ, ισχυριζόμενη ότι λόγω χρεοκοπίας της κατασκευάστριας εταιρείας είναι αδύνατο να προσκομίσει έγγραφο που να πιστοποιεί την διακοπή παραγωγής του συγκεκριμένου αναλωσίμου, πλην των ανωτέρω μνημονευόμενων εγγράφων, ζήτησε να απαλλαγεί της υποχρέωσης παράδοσης των toner τύπου SAGEM COM 4575 στο μέλλον, ενώ με την από 19-4-2019 εξώδικη γνωστοποίηση-κλήση-δήλωσή της, προσκόμισε ένα επιπλέον έγγραφο, με τίτλο «Πρωτότυπο κείμενο νομικής ανακοίνωσης», αναρτημένο από 06-09-2018 στην επίσημη ιστοσελίδα της Γραμματείας του Δικαστηρίου Εμπορικών υποθέσεων της BAYONNE Γαλλίας (Τμήματος Μητρώου), που αναφέρεται στην από 30-05-2018 απόφαση του ανωτέρω Δικαστηρίου, με την οποία η εταιρεία "X-G...SAS" τέθηκε σε δικαστική εκκαθάριση, επετράπη η συνέχιση της δραστηριότητάς της μέχρι 30-06-2018 και διορίστηκε δικαστικός εκκαθαριστής.

10. Λαμβάνοντας υπόψη τα προεκτεθέντα, η υπηρεσία με το από 18-04-2019 έγγραφό της ζήτησε τις απόψεις μας «αναφορικά με την αποδοχή ή μη του αιτήματος της ως άνω εταιρείας για την απαλλαγή της από την υποχρέωση παράδοσης συμβατικών ειδών και των σχετικών κυρώσεων που απορρέουν από την μη υλοποίηση συμβατικών υποχρεώσεων».

11. Σε απάντηση του με αριθμό πρωτοκόλλου 8919/24-04-2019 εγγράφου μας, με το οποίο ζητήσαμε διευκρινίσεις σχετικά με το ποια συγκεκριμένη διάταξη καλούμαστε να ερμηνεύσουμε, η υπηρεσία με το με αριθμό πρωτοκόλλου 704471/7-06-2019 έγγραφό της, διατύπωσε το ακόλουθο ερώτημα :

«1. Σας γνωρίζουμε ότι η εταιρεία «Π.Ν....Α.Ε.» αιτείται την απαλλαγή της από την υποχρέωση παράδοσης συμβατικών ειδών και των σχετικών κυρώσεων που απορρέουν από την μη υλοποίηση συμβατικών υποχρεώσεων επικαλούμενη λόγους ανωτέρας βίας στα πλαίσια των άρθρων 203.3/206.4 του ν. 4412/16. Η υπηρεσία μας λαμβάνοντας υπόψη ότι στις διατάξεις των εν λόγω άρθρων δεν ορίζονται σαφώς οι λόγοι ανωτέρας βίας ούτε εξειδικεύονται τα παραστατικά-αποδεικτικά στοιχεία που σύμφωνα με αυτές συνιστούν την ανωτέρα βία και πρέπει

να αναφέρει εγγράφως αλλά και να προσκομίσει στην αναθέτουσα αρχή ο οικονομικός φορέας, η υπηρεσία μας ζητά τη γνώμη σας, όσον αφορά:

-στο εάν συνιστούν αποδεικτικά στοιχεία ανωτέρας βίας τα έγγραφα που προσκόμισε ο εν λόγω οικονομικός φορέας, εξαιτίας της οποίας προκαλείται η αδυναμία παράδοσης των ειδών της σύμβασης

-και εάν ο φορέας μας (ΕΦΚΑ) θα προβεί με βάση τα εν λόγω έγγραφα στην αποδοχή ή απόρριψη του αιτήματός του και αντίστοιχα στην επιβολή ή μη των κυρώσεων που προβλέπονται στη σχετική σύμβαση και στις διατάξεις του ν. 4412/16 (άρθρο 203.3.β/ 204/ 206.4 & 7)»

Νομοθετικό πλαίσιο

12. Στις διατάξεις των άρθρων 129, 203 παρ.3 εδ. β , 204 , 206 παρ.4 και 221 παρ. 11 εδ. β του ν. **4412/2016** «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α'147) ορίζονται τα εξής:

Άρθρο 129- «Συμβατικό πλαίσιο-Εφαρμοστέα νομοθεσία»

«Κατά την εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων εφαρμόζονται: α) οι διατάξεις του παρόντος, β) οι όροι της σύμβασης και γ) συμπληρωματικά ο Αστικός Κώδικας.»

Άρθρο 203- «Κήρυξη οικονομικού φορέα εκπτώτου»

«1.Ο ανάδοχος κηρύσσεται υποχρεωτικά έκπτωτος από την ανάθεση....2...3. Ο οικονομικός φορέας δεν κηρύσσεται έκπτωτος από την κατακύρωση ή ανάθεση ή την σύμβαση όταν:

α) Η σύμβαση δεν υπογράφηκε ή το υλικό δεν φορτώθηκε ή παραδόθηκε ή αντικαταστάθηκε με ευθύνη του φορέα που εκτελεί τη σύμβαση.

β) Συντρέχουν λόγοι ανωτέρας βίας.»

Άρθρο 204- «Ανωτέρα βία»

« Ο ανάδοχος που επικαλείται ανωτέρα βία υποχρεούται, μέσα σε είκοσι (20) ημέρες από τότε που συνέβησαν τα περιστατικά που συνιστούν την ανωτέρα βία, να αναφέρει εγγράφως αυτά και να προσκομίσει στην αναθέτουσα αρχή τα απαραίτητα αποδεικτικά στοιχεία.»

Άρθρο 206-Χρόνος παράδοσης υλικών

«1.Ο προμηθευτής υποχρεούται να παραδίδει το υλικό μέσα στα χρονικά όρια και με τον τρόπο που ορίζει η σύμβαση...2...3...4. Στην περίπτωση παράτασης του

συμβατικού χρόνου παράδοσης συνεπεία λόγων ανωτέρας βίας ή άλλων ιδιαιτέρως σοβαρών λόγων που καθιστούν αντικειμενικώς αδύνατη την εμπρόθεσμη παράδοση των συμβατικών ειδών, δεν επιβάλλονται κυρώσεις. Σε κάθε άλλη περίπτωση παράτασης του συμβατικού χρόνου παράδοσης, επιβάλλονται οι κυρώσεις που προβλέπονται στο άρθρο 207»

Άρθρο 221-«Όργανα διενέργειας διαδικασιών σύναψης δημοσίων Συμβάσεων»

Σύμφωνα με τις διατάξεις της παραγράφου 11 του ανωτέρω άρθρου «στις δημόσιες συμβάσεις προμήθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών, πέραν των οριζόμενων στην παράγραφο 1, ισχύουν και τα ακόλουθα:

α) ... β) Για την παρακολούθηση και την παραλαβή της σύμβασης προμήθειας συγκροτείται τριμελής ή πενταμελής Επιτροπή παρακολούθησης και παραλαβής με απόφαση του αρμόδιου αποφαινομένου οργάνου «της Αναθέτουσας Αρχής ή του Φορέα Εκτέλεσης της Σύμβασης». Το όργανο αυτό εισηγείται για όλα τα θέματα παραλαβής του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης, προβαίνοντας, σε μακροσκοπικούς, λειτουργικούς ή και επιχειρησιακούς ελέγχους του προς παραλαβή αντικείμενου της σύμβασης, εφόσον προβλέπεται από τη σύμβαση ή κρίνεται αναγκαίο, συντάσσει τα σχετικά πρωτόκολλα, παρακολουθεί και ελέγχει την προσήκουσα εκτέλεση όλων των όρων της σύμβασης και την εκπλήρωση των υποχρεώσεων του αναδόχου και εισηγείται τη λήψη των επιβεβλημένων μέτρων λόγω μη τήρησης των ως άνω όρων. Με απόφαση του αρμόδιου αποφαινομένου οργάνου μπορεί να συγκροτείται δευτεροβάθμια επιτροπή παρακολούθησης και παραλαβής με τις παραπάνω αρμοδιότητες.»

13. Στην από 8-10-2018 κρίσιμη **Σύμβαση Προμήθειας Γενικού Υλικού (ΑΔΑ:Ω3Π3465ΧΠΙ-Θ8Ρ)** ορίζεται μεταξύ άλλων:

«Άρθρο 5: ΠΑΡΑΛΑΒΗ & ΕΛΕΓΧΟΣ ΤΩΝ ΕΙΔΩΝ

Η παραλαβή θα γίνει σύμφωνα και με τα όσα ορίζονται στα παραρτήματα της παρούσας (τεχνικές προδιαγραφές) από αρμόδια Τριμελή Επιτροπή Παραλαβής και στα πλαίσια εφαρμογής των διατάξεων της παρ. 11 εδ.β του άρθρου 221 του ν.4412/16, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 208 του ως άνω νόμου»

«Άρθρο 11: ΤΥΧΗΡΑ ΚΑΙ ΑΝΩΤΕΡΑ ΒΙΑ

Ο Προμηθευτής ευθύνεται για τα τυχηρά υπό στενή έννοια (απλά ή συνήθη) στην νομότυπη εκπλήρωση των αναλαμβανομένων από αυτόν υποχρεώσεων σε εκτέλεση της προμήθειας.

Τόσο ο ΕΦΚΑ όσο και ο Προμηθευτής δεν ευθύνονται για τη μη εκπλήρωση των συμβατικών τους υποχρεώσεων, στο μέτρο που η αδυναμία εκπλήρωσης οφείλεται σε περιστατικά ανωτέρας βίας ή τυχηρά που δεν ήταν δυνατόν να προβλέψει με την καταβολή εξαιρετικής επιμέλειας. Ως τέτοια δεν θεωρούνται για τον Προμηθευτή όσα ευρίσκονται αντικειμενικά εντός του πεδίου οικονομικής δραστηριότητας και ελέγχου του.

Ο Προμηθευτής, επικαλούμενος υπαγωγή της αδυναμίας εκπλήρωσης υποχρεώσεων του σε γεγονός που εμπίπτει στην προηγούμενη παράγραφο, υποχρεούται μέσα σε είκοσι (20) ημέρες από τότε που συνέβησαν τα περιστατικά που συνιστούν την ανωτέρα βία να αναφέρει εγγράφως αυτά στην Αναθέτουσα Αρχή, προσκομίζοντας τα απαραίτητα αποδεικτικά στοιχεία_(άρθρο 204 του ν.4412/16)»

14. ν.3086/2002 «Οργανισμός του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους...» (Α' 324/2002)

Σύμφωνα με τη διάταξη της παραγράφου 6 του **άρθρου 6** του ανωτέρω νόμου, «τα ερωτήματα της Διοίκησης πρέπει να διαλαμβάνουν πλήρη εξιστόρηση των πραγματικών περιστατικών της υπόθεσης και προσδιορισμό των προβληματισμών της, για την έννοια και το περιεχόμενο συγκεκριμένων διατάξεων της κείμενης νομοθεσίας, των οποίων ζητείται η ερμηνεία από το Ν.Σ.Κ., προκειμένου να τις εφαρμόσει στα πλαίσια των αρμοδιοτήτων της».

Ερμηνεία διατάξεων

Από τις προαναφερόμενες διατάξεις, ερμηνευόμενες αυτοτελώς, αλλά και σε συνδυασμό μεταξύ τους, ενόψει και όλου του νομικού πλαισίου εντός του οποίου εντάσσονται, του σκοπού που εξυπηρετούν και τα πραγματικά περιστατικά που τέθηκαν υπόψη του Τμήματος από την ερωτώσα υπηρεσία, συνάγονται τα ακόλουθα :

15. Κατ' αρχάς θα πρέπει να τονισθεί ότι από τις γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου και τις διατάξεις που διέπουν την αρμοδιότητα των συλλογικών οργάνων και ειδικότερα των επιτροπών διενέργειας διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων

(άρθρο 221 ν. 4412/2016) προκύπτει σαφώς ότι οι ανωτέρω επιτροπές είναι αποκλειστικά αρμόδιες να γνωμοδοτούν σε θέματα που αφορούν στην προσήκουσα ή μη εκτέλεση των όρων της σύμβασης και την εκπλήρωση των υποχρεώσεων του αναδόχου και να εισηγούνται τη λήψη των επιβεβλημένων μέτρων λόγω μη τήρησης των ως άνω όρων. Το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους εξάλλου, είναι αρμόδιο να απαντά σε ερωτήματα της Διοίκησης, για την ερμηνεία συγκεκριμένων διατάξεων της κείμενης νομοθεσίας, η έννοια και το περιεχόμενο των οποίων προβληματίζει τη Διοίκηση, στις περιπτώσεις που στα πλαίσια των αρμοδιοτήτων της καλείται να υπαγάγει πραγματικά περιστατικά στις διατάξεις αυτές.

16. Κατά συνέπεια, δεν επιτρέπεται από τον νόμο, στο Νομικό Συμβούλιο του Κράτους να κρίνει επί θεμάτων ουσιαστικής αξιολόγησης πραγματικών περιστατικών σε δημόσιες συμβάσεις, κατ' ουσιαστική εκτίμηση και στάθμιση των υπαρχόντων πραγματικών στοιχείων του φακέλου και υπαγωγή αυτών στην προσήκουσα διάταξη, αρμοδιότητα που ανήκει αποκλειστικά στις προς τούτο συσταθείσες επιτροπές, επιτρέπεται όμως και επιβάλλεται (το ΝΣΚ) να γνωμοδοτεί σχετικά με την ερμηνεία διατάξεων που εφαρμόζουν οι εν λόγω επιτροπές, στα πλαίσια της αποκλειστικής αρμοδιότητάς τους, σχετικά με τη στάθμιση, ουσιαστική εκτίμηση και υπαγωγή σε αυτές (τις ερμηνευθείσες διατάξεις) πραγματικών περιστατικών.

Επιπλέον, η απάντηση σε απορίες περί του πρακτέου σε συγκεκριμένη υπόθεση που αντιμετωπίζει η Διοίκηση, θα αποτελούσε νομικώς ανεπίτρεπτη υποκατάσταση του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους στα καθήκοντα της Διοίκησης (Γνωμοδοτήσεις ΝΣΚ 153/2019, 43/2019, 408/2012, 140/2010, 524/2006, 451/2000) και εν προκειμένω της ερωτώσας υπηρεσίας.

17. Σε κάθε περίπτωση, στο μέτρο που για τη συγκρότηση της νομικής έννοιας της ανωτέρας βίας απαιτείται η αξιολόγηση και η εκτίμηση κρίσιμων πραγματικών περιστατικών, δηλαδή συνεπάγεται τον εκ μέρους της διοίκησης, δια των αρμοδίων οργάνων της, έλεγχο και διερεύνηση ουσιαστικού ζητήματος, κατά περίπτωση εξεταζόμενου, ενόψει της διάφορης και ποικίλης κάθε φορά πλοκής τους αλλά και των ιδιαίτερων πτυχών, μη δυνάμενων εκ προοιμίου και άνευ ετέρου να αποκλείσουν οποιαδήποτε θετική ή αρνητική θέση επί σχετικού αιτήματος, λαμβανομένου μάλιστα υπόψη ότι ακόμη και επί καταφατικής κρίσης,



προσδιοριστέο είναι και το άρρηκτα με αυτήν συνδεδεμένο επίσης ουσιαστικά ερευνητέο κρίσιμο ζήτημα της συνδρομής των προϋποθέσεων της νομότυπης γνωστοποίησης της ανωτέρας βίας, τούτο είναι, κατά τη γνώμη μου, σαφές ότι ανήκει στην αποκλειστική και κυριαρχική αρμοδιότητα της διοίκησης και εν προκειμένω της κατ'άρθρο 221 παρ. 11 του ν. 4412/2016 Επιτροπής.

Δεδομένων των ανωτέρω, η γνωμοδότηση περιορίζεται στην ερμηνεία των προεκτεθέντων κανόνων δικαίου, που διέπουν τα νομικά ζητήματα που ανακύπτουν με βάση το ιστορικό που παρέχεται από την ερωτώσα υπηρεσία.

18. Το ισχύον νομικό πλαίσιο για τις δημόσιες συμβάσεις προβλέπει απαλλαγή του αναδόχου από κυρώσεις, σε περίπτωση αδυναμίας παροχής λόγω ανωτέρας βίας και καθορίζει τον τρόπο (έγγραφη αναφορά) και τον χρόνο προσκόμισης των αποδεικτικών στοιχείων, εκ μέρους του αναδόχου, για την τεκμηρίωση της επικαλούμενης ανωτέρας βίας (20 ημέρες από τότε που συνέβησαν τα περιστατικά που συνιστούν την ανωτέρω βία).

19. Η «ανωτέρα βία», ως αόριστη νομική έννοια, αποτελεί γενική αρχή του δικαίου, εφαρμόζεται ακόμα και αν ελλείπει ειδική νομοθετική πρόβλεψη και υπόκειται σε ακυρωτικό έλεγχο ως προς την επάρκεια της αιτιολογίας των εκτιμώμενων πραγματικών περιστατικών που την συγκροτούν. Ως τέτοια δε, θεωρείται κάθε γεγονός τυχαίο και απρόβλεπτο που δεν μπορεί να αποτραπεί ακόμα και με μέτρα άκρας επιμέλειας και εξαιτίας του οποίου εμποδίζεται κάποιος να τηρήσει νόμιμη ή συμβατική υποχρέωση ακόμα και αν καταβάλει την επιμέλεια και πρόνοια επιμελούς προσώπου.

20. Περαιτέρω η έννοια της ανωτέρας βίας, όπως δέχεται κατά πάγια νομολογία το Δ.Ε.Ε., εμπεριέχει **α)** ένα αντικειμενικό στοιχείο, το οποίο σχετίζεται με μη φυσιολογικές και ξένες προς τον ενδιαφερόμενο περιστάσεις, οι οποίες διαφεύγουν αντικειμενικά από τον έλεγχο του δικαιούχου ή βρίσκονται εκτός της σφαίρας ευθύνης του και **β)** ένα υποκειμενικό στοιχείο, το οποίο συνδέεται με την υποχρέωση του ενδιαφερομένου να προφυλαχθεί από τις συνέπειες του μη φυσιολογικού γεγονότος, λαμβάνοντας τα κατάλληλα μέτρα χωρίς να υποβληθεί σε υπερβολικές θυσίες. Ειδικότερα, η εξαιρετική επιμέλεια προϋποθέτει επιπλέον μια συνεχή ενεργητική συμπεριφορά, με σκοπό τη διαπίστωση και την εκτίμηση ενδεχομένων κινδύνων, καθώς και την ικανότητα λήψης κατάλληλων και

αποτελεσματικών μέτρων προς αποτροπή της επέλευσης τέτοιων κινδύνων (αποφάσεις της 5^{ης} Φεβρουαρίου 1987, C-145/85 σκέψη 11, της 18^{ης} Δεκεμβρίου 2007, C-314/06 σκέψεις 33,37).

21. Στο πλαίσιο αυτό, κατά την άποψή μου, η πτώχευση της προμηθεύτριας εταιρείας και η παύση παραγωγής των επίμαχων υλικών δεν υπερβαίνουν τον συνήθη ρου του οικονομικού βίου της αναδόχου εταιρείας, η δε προκύψασα αδυναμία παροχής θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι απορρέει από έλλειψη προγραμματισμού και επιμέλειας, δεδομένου ότι η έννοια της επιχείρησης και της δραστηριοποίησής της στον χώρο της αγοράς ενέχει εκ της φύσεώς της την έννοια της ανάληψης του επιχειρηματικού κινδύνου, για την αντιμετώπιση του οποίου οφείλουν οι επιχειρήσεις, στα πλαίσια επίδειξης «εξαιρετικής επιμέλειας», να λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα και να κάνουν χρήση των δυνατοτήτων που τους παρέχουν οι νόμοι και η συνήθης πρακτική (π.χ. δημιουργία αποθεματικών).

22. Στην προκειμένη περίπτωση η ερωτώσα υπηρεσία, στο πλαίσιο της ουσιαστικής της εκτίμησης, θα πρέπει να εξετάσει πρώτον αν τα επικαλούμενα από την ανάδοχο γεγονότα και τελικά η αδυναμία εκπλήρωσης της παροχής, συνιστούν γεγονότα με απρόβλεπτο χαρακτήρα, μη δυνάμενα να προβλεφθούν με την καταβολή της προβλεπόμενης από τη σύμβαση «εξαιρετικής επιμέλειας», συνεπαγόμενα ανυπέρβλητες δυσκολίες ή εμπίπτουν εντός του πεδίου οικονομικής δραστηριότητας και ελέγχου της και δεύτερον εάν καταβλήθηκε εκ μέρους της κάθε δυνατή προσπάθεια προμήθειας των υλικών (ενδεχομένως, επιδεικνύοντας την δέουσα επιμέλεια και σύνεση και λαμβάνοντας σε κάθε περίπτωση υπόψη τον χρόνο λήξης των προϊόντων, θα μπορούσε να είχε προμηθευτεί τα υλικά αμέσως μετά την υπογραφή της σύμβασης, αφού σύμφωνα με τα προσκομισθέντα από μέρους της έγγραφα-επιστολές των επισήμων διανομέων, υπήρχαν αποθεματικά έως τις 31-12-2018). Περαιτέρω θα πρέπει να ερευνήσει αν η ανάδοχος μπορούσε να γνωρίζει, όταν υπέβαλε την προσφορά της (Ιούλιος 2018), ότι ο κατασκευαστής του προϊόντος δεν θα μπορούσε να της προμηθεύσει το προϊόν, όταν αυτή το αναζητούσε και αν όφειλε να γνωρίζει κατά την υπογραφή της σύμβασης (Οκτώβριος 2018) την πτώχευση της εταιρείας, δεδομένου ότι όπως δέχεται η ίδια, στην από 12-2-2019 επιστολή της προς τον ΕΦΚΑ, η κατασκευάστρια εταιρεία διατηρούσε γραφείο στην Ελλάδα μέχρι πρόσφατα. Τέλος θα πρέπει να ερευνηθεί



και εκτιμηθεί εάν έχει τηρηθεί η προβλεπόμενη από τον νόμο αλλά και τη σύμβαση διαδικασία γνωστοποίησης της ανωτέρας βίας ή των έκτακτων περιστατικών (βλ. ανωτέρω, παρ.12 και 13)

23. Ειδικότερα τόσο κατά τον νόμο όσο και κατά τη σύμβαση, ο Προμηθευτής, επικαλούμενος υπαγωγή της αδυναμίας εκπλήρωσης των υποχρεώσεων του σε γεγονός ανωτέρας βίας, υποχρεούται μέσα σε είκοσι (20) ημέρες από τότε που συνέβησαν τα περιστατικά που συνιστούν την ανωτέρα βία να αναφέρει εγγράφως αυτά στην Αναθέτουσα Αρχή.

24. Το ενωσιακό δίκαιο, όπως και το εθνικό δεν καθορίζουν ειδικά τους όρους διεξαγωγής των αποδείξεων σε θέματα ανωτέρας βίας. Από τη διατύπωση όμως «εκτός περιπτώσεως ανωτέρας βίας» προκύπτει ότι το βάρος απόδειξης της συνδρομής περιστατικών ανωτέρας βίας φέρει αυτός που την επικαλείται. Ενόψει δε του ότι οι περιπτώσεις ανωτέρας βίας συνιστούν εξαίρεση από τις διατάξεις, πρέπει οι όροι διεξαγωγής των αποδείξεων να είναι τουλάχιστον εξ ίσου αυστηροί με τους όρους τήρησης της επίμαχης υποχρέωσης.

Συνεπώς το αίτημα για απαλλαγή από τις κυρώσεις με επίκληση των λόγων που συνιστούν την ανωτέρα βία θα πρέπει να είναι σαφές, αιτιολογημένο και πλήρες, συνοδευόμενο από τα απαραίτητα στοιχεία τεκμηρίωσής του. Η συνέπεια αυτού είναι ότι απαιτούνται αδιαμφισβήτητες έγγραφες αποδείξεις, εντός της 20ήμερης προθεσμίας από την επέλευση του γεγονότος που συνιστά την ανωτέρα βία.

25. Στην προκείμενη περίπτωση, από το έγγραφο-εξώδικη κλήση-αίτηση της αναδόχου εταιρείας και τα έγγραφα που προσκόμισε δεν προκύπτει με σαφήνεια πότε συνέβη το γεγονός που συνιστά ανωτέρα βία και πότε έλαβε γνώση η ίδια του γεγονότος αυτού, προκειμένου η αρμόδια Επιτροπή να αποφανθεί εάν η αναγγελία έλαβε χώρα εντός της αποκλειστικά τασσόμενης 20ήμερης προθεσμίας. Αντίθετα, θα μπορούσε να υποστηριχθεί η άποψη ότι η ανάδοχος εταιρεία ανήγγειλε το κώλυμά της (24-01-2019), αφού έλαβε την πρώτη παραγγελία (19-01-2019) και όχι όταν συνέβη το γεγονός που συνιστά ανωτέρα βία ή έστω όταν, κατά τους ισχυρισμούς της, έλαβε γνώση του γεγονότος της πτώχευσης «τέλος του 2018». Επιπλέον, δεν προσκόμισε αδιαμφισβήτητες έγγραφες αποδείξεις, αν και από 06-09-2018 είχε αναρτηθεί στην επίσημη ιστοσελίδα του Δικαστηρίου Εμπορικών υποθέσεων της Γαλλίας, η «νομική ανακοίνωση» της Γραμματείας του ανωτέρω

δικαστηρίου, περί θέσης της κατασκευάστριας εταιρείας σε δικαστική εκκαθάριση, γεγονός το οποίο, αν η προμηθεύτρια εταιρεία είχε επιδείξει την κατά τα ανωτέρω «ενεργητική συμπεριφορά» και εξαιρετική επιμέλεια, θα το είχε αντιληφθεί ή θα το είχε πληροφορηθεί, τόσο από το γραφείο της πτωχεύσασας εταιρείας στην Ελλάδα όσο και από την εταιρεία "C...LTD" (εταιρεία που είχε την τεχνική υποστήριξη των σχετικών συσκευών) με την οποία συνεργαζόταν, και η οποία γνώριζε τα οικονομικά προβλήματα της κατασκευάστριας εταιρείας (βλ. ανωτέρω, παρ. 6).

Κατά συνέπεια το αίτημα της αναδόχου για απαλλαγή της από την υποχρέωση παράδοσης συμβατικών ειδών και των σχετικών κυρώσεων που απορρέουν από την μη υλοποίηση συμβατικών υποχρεώσεων επικαλούμενη λόγους ανωτέρας βίας στα πλαίσια των άρθρων 203 παρ.3 και 206 παρ.4 του ν. 4412/2016, θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι δεν έχει υποβληθεί κατά την προβλεπόμενη διαδικασία.

26. Σύμφωνα με την ανάλυση που έχει προηγηθεί (βλ. ανωτέρω, παρ.18-24) θα πρέπει, στην προκειμένη περίπτωση, να αποδεικνύονται οι συγκεκριμένες ενέργειες της αναδόχου και η λήψη συγκεκριμένων μέτρων κατάλληλων για την αποτροπή των δυσμενών αποτελεσμάτων, που συνεπάγονταν οι επικαλούμενοι λόγοι ανωτέρας βίας.

27. Επιπλέον, θα πρέπει να αποδεικνύεται ότι οι λόγοι ανωτέρας βίας προβλήθηκαν εμπρόθεσμα και με σαφήνεια, δεδομένου ότι η νομιμότητα του αιτήματος περί απαλλαγής από τις κυρώσεις καθώς και η συνδρομή των προϋποθέσεων δεν αρκεί να βασίζεται σε διαβεβαιώσεις από πλευράς της αιτούσας εταιρείας, αλλά θα πρέπει να αποδεικνύονται από πραγματικά δεδομένα, με την προσκόμιση αδιαμφισβήτητων αποδεικτικών εγγράφων.

28. Επομένως, με βάση τα ανωτέρω ερμηνευτικά δεδομένα, η υπηρεσία αφού λάβει υπόψη της το προεκτεθέν νομοθετικό και νομολογιακό πλαίσιο, το ανωτέρω ιστορικό και ιδίως τα ανωτέρω αναφερόμενα στην παράγραφο 25, μπορεί σύμφωνα με την ουσιαστική της εκτίμηση και την αξιολογική της κρίση, αφού εξακριβώσει τη βασιμότητα των προβαλλόμενων ισχυρισμών και πραγματικών περιστατικών και εκτιμήσει αν, δεδομένων των αντικειμενικών περιστάσεων, πληρούνται τόσο το αντικειμενικό όσο και το υποκειμενικό στοιχείο που συγκροτούν την έννοια της ανωτέρας βίας και επιπλέον αν τηρήθηκε από την ανάδοχο η προβλεπόμενη, από



τον νόμο και τη σύμβαση, διαδικασία γνωστοποίησης των λόγων ανωτέρας βίας, να προβεί στην απόρριψη του αιτήματος, υπό τις προεκτεθείσες προϋποθέσεις.

Απάντηση

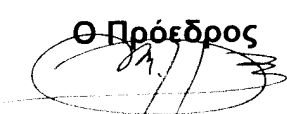
29. Σύμφωνα με τα προεκτεθέντα, στο ερώτημα που υποβλήθηκε, προσήκει, κατά την ομόφωνη γνώμη του Τμήματος, η εξής απάντηση:

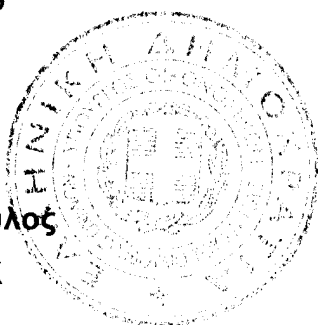
Σύμφωνα με τη διάταξη της παραγράφου 6 του άρθρου 6 του ν. 3086/2002, ανήκει στη γνωμοδοτική αρμοδιότητα του Ν.Σ.Κ. η ερμηνεία των διατάξεων περί ανωτέρας βίας, σύμφωνα και με την πάγια περί αυτού νομολογία, ενόψει του δεδομένου ιστορικού. Όμως δεν ανήκει στην αρμοδιότητα του Ν.Σ.Κ., αλλά στην αρμοδιότητα της ερωτώσας υπηρεσίας η ουσιαστική εκτίμηση και αξιολόγηση των επικαλούμενων περιστατικών και η υπαγωγή τους στις ερμηνευθείσες διατάξεις.

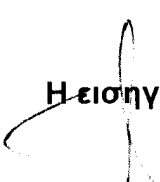
Στο πλαίσιο αυτό, εναπόκειται στην ερωτώσα υπηρεσία, αφού λάβει υπόψη της το προεκτεθέν νομοθετικό και νομολογιακό πλαίσιο, να εξακριβώσει τη βασιμότητα των προβαλλόμενων ισχυρισμών και πραγματικών περιστατικών και να εκτιμήσει αν, δεδομένων των αντικειμενικών περιστάσεων, η ανάδοχος επέδειξε «εξαιρετική επιμέλεια» και επιπλέον αν τήρησε την προβλεπόμενη από τον νόμο και τη σύμβαση διαδικασία γνωστοποίησης των λόγων ανωτέρας βίας.

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Αθήνα, 29-11-2019

Ο Πρόεδρος

Γεώργιος Κανελλόπουλος
Αντιπρόεδρος ΝΣΚ



Η Εισηγήτρια

Γεωργία Κούζιου
Πάρεδρος ΝΣΚ