



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
ΓΡΑΦΕΙΟ ΝΟΜΙΚΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΟΥ
ΣΤΗ ΓΕΝΙΚΗ ΓΡΑΜΜΑΤΕΙΑ ΕΡΕΥΝΑΣ
ΚΑΙ ΚΑΙΝΟΤΟΜΙΑΣ
ΤΟΥ ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΑΝΑΠΤΥΞΗΣ
ΚΑΙ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ**

Αθήνα, 1-12-2022

**Αριθμός Γνωμοδότησης : 121/2022
(Ατομική)**

Αριθμός Ερωτήματος: Το με αριθ. πρωτ. 100314/18-10-2022 έγγραφο της Δ/σης Εποπτείας Ερευνητικών και Τεχνολογικών Φορέων - Τμήμα Υποστήριξης Κτηριακών Υποδομών Έρευνας της Γενικής Γραμματείας Έρευνας και Καινοτομίας του Υπουργείου Ανάπτυξης και Επενδύσεων.

Περίληψη Ερωτήματος: Ερωτάται: α) Εάν μετά την οριστικοποίηση της έκπτωσης αναδόχου δημοσίου έργου με απόφαση του Υφυπουργού Ανάπτυξης, δύναται η Προϊσταμένη Αρχή να αποφασίσει με σκοπό την ολοκλήρωση του έργου, να προσκαλέσει τον επόμενο κατά σειρά μειοδότη του διαγωνισμού στον οποίο αναδείχθηκε ο έκπτωτος ανάδοχος και να του προτείνει να αναλάβει αυτός το έργο ολοκλήρωσης της έκπτωτης εργολαβίας με τους ίδιους όρους και προϋποθέσεις και βάσει της προσφοράς που υπέβαλε στον διαγωνισμό .
Ή θα πρέπει να κατατεθεί πρώτα ο εκκαθαριστικός λογαριασμός από τον έκπτωτο ανάδοχο, να εγκριθεί και στη συνέχεια να κληθεί ο επόμενος κατά σειρά μειοδότης για την ολοκλήρωση του έργου;
β) Η σύμβαση η οποία θα υπογραφεί με τον νέο ανάδοχο (δεύτερο ή τρίτο κατά σειρά) θα είναι σύμφωνα με το ν. 4412/2016 πριν την τροποποίηση αυτού από

τον ν. 4782/2021, όπως αυτός τροποποιήθηκε με το ν. 4903/2022 για τις Δημόσιες Συμβάσεις (δηλ. παλαιό καθεστώς) ή θα είναι σύμφωνη με το ν. 4412/2016 μετά την τροποποίηση αυτού από το ν. 4782/2021 όπως αυτός τροποποιήθηκε με το ν. 4903/2022 για τις Δημόσιες Συμβάσεις (δηλ. νέο καθεστώς).

γ) Σε περίπτωση που η Προϊσταμένη Αρχή κρίνει ότι οι παραπάνω προσφορές δεν είναι ικανοποιητικές για τον κύριο του έργου (π.χ. κίνδυνος και από μεγάλες εκπτώσεις, όπως έγινε στην παρούσα – έκπτωση – εργολαβία), μπορεί η Προϊσταμένη Αρχή για την ανάδειξη αναδόχου στο έργο να προσφύγει κατά την κρίση της είτε στην ανοικτή δημοπρασία είτε στη διαδικασία με διαπραγμάτευση, κατά τις οικείες διατάξεις;

Ιστορικό.

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

1. Με την υπ' αριθ. πρωτ. 75051/16-07-2020 Περίληψη Διακήρυξης, ο Γενικός Γραμματέας Έρευνας και Τεχνολογίας του Υπουργείου Ανάπτυξης και Επενδύσεων, διακήρυξε ανοικτό διαγωνισμό για την ανάθεση του έργου 'Προσθήκη κατ' επέκταση νέου δώροφου κτιρίου του ΙΑΑΔΕΤ του Εθνικού Αστεροσκοπείου Αθηνών, με εκτιμώμενη αξία 500.000,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ.

2. Σύμφωνα με την ως άνω διακήρυξη, το έργο επρόκειτο να εκτελεστεί σε οικόπεδο ιδιοκτησίας του Εθνικού Αστεροσκοπείου Αθηνών με έκταση 105,40 στρέμματα, ευρισκόμενο στο Λόφο Κουφού του Δήμου Πεντέλης.

Το αντικείμενο της σύμβασης αφορούσε στην κατασκευή προσθήκης κατ' επέκταση νέου κτιρίου συνολικής επιφάνειας 179,62 μ² διαρθρωμένο σε δύο επίπεδα.

Το έργο ανήκει στις Κατηγορίες Οικοδομικών εργασιών CPV 45200000 και Ηλεκτρομηχανολογικών εργασιών CPV 45300000.

Η συνολική προθεσμία εκτέλεσης του έργου οριζόταν σε δώδεκα (12) μήνες από την ημέρα υπογραφής της σύμβασης και η επιλογή του Αναδόχου θα γινόταν σύμφωνα με την "ανοικτή διαδικασία" του άρθρου 27 του ν. 4412/2016 και υπό τις προϋποθέσεις του νόμου αυτού ενώ οι προσφορές θα υποβάλλονταν από τους ενδιαφερομένους ηλεκτρονικά μέσω της διαδικτυακής πύλης www.Prometheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ μέχρι την καταληκτική ημερομηνία: 18-09-2020 και ώρα 10:00 π.μ.

Ως ημερομηνία και ώρα ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών οριζόταν η 24-09-2020 ώρα 10:00 πμ και κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) ενώ δικαίωμα συμμετοχής είχαν φυσικά ή νομικά πρόσωπα ή ενώσεις αυτών που δραστηριοποιούνται σε έργα κατηγορίας Οικοδομικά και σε έργα κατηγορίας Ηλεκτρομηχανολογικά κατά τα ειδικότερον αναφερόμενα στην εν λόγω Διακήρυξη.

3. Με την υπογραφείσα στις 5 Μαΐου 2021 σύμβαση μεταξύ: α) της Γενικής Γραμματείας Έρευνας και Καινοτομίας του Υπουργείου Ανάπτυξης και Επενδύσεων νομίμως εκπροσωπούμενης (Αναθέτουσα Αρχή) και β) της εταιρείας με την επωνυμία "Δ.Τ. Ε.Π.Ε " που εδρεύει στην Ηλιούπολη και εκπροσωπείται νόμιμα (Ανάδοχος) ανετέθη η εκτέλεση του έργου «Προσθήκη κατ'επέκταση νέου διώροφου κτιρίου του ΙΑΑΔΕΤ του Εθνικού Αστεροσκοπείου Αθηνών» στον ως άνω Ανάδοχο, με συνολική δαπάνη 302.843,84 ευρώ (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%).

Ο ανάδοχος όφειλε να παραδώσει κατά το χρόνο που ορίζεται στην εν λόγω σύμβαση: α) Το φυσικό αντικείμενο της σύμβασης, ολοκληρωμένο και πλήρως λειτουργικό, όπως αυτό προσδιορίζεται με ακρίβεια στα τεύχη δημοπράτησης του ανοικτού δημόσιου διαγωνισμού και β) το σύνολο των παραδοτέων που προσδιορίζονται στο τεύχος της Ειδικής Συγγραφής Υποχρεώσεων.

4. Σύμφωνα με το άρθρο 5 της ως άνω συμβάσεως, «η συνολική προθεσμία για την περαίωση του αντικειμένου της σύμβασης ορίζεται σε δώδεκα (12) μήνες από την υπογραφή της (προβλεπόμενη ημερομηνία περαίωσης 05 Μαΐου 2022).

Εκτός από την προθεσμία για την περαίωση του συνόλου του έργου (συνολική προθεσμία) ορίζονται και οι παρακάτω ενδεικτικές τμηματικές προθεσμίες ως σταθμοί ελέγχου της προόδου του έργου:

I) Εντός δύο (2) μηνών από την υπογραφή της σύμβασης ο Ανάδοχος οφείλει να έχει ολοκληρώσει τις εργασίες εκσκαφών του κτιρίου.

II) Εντός τεσσάρων (4) μηνών από την υπογραφή της σύμβασης ο Ανάδοχος οφείλει να έχει ολοκληρώσει τη θεμελίωση του κτιρίου και τις εργασίες κατασκευής των τοιχίων του υπογείου – ισογείου.

III) Εντός έξι (6) μηνών από την υπογραφή της σύμβασης ο Ανάδοχος οφείλει να έχει ολοκληρώσει τις εργασίες της κατασκευής σκυροδεμάτων του κτιρίου.

Οι παραπάνω ημερομηνίες τμηματικών προθεσμιών θα αναγράφονται υποχρεωτικά στο χρονοδιάγραμμα που θα υποβληθεί από τον Ανάδοχο στην Διευθύνουσα Υπηρεσία.

Η ημερομηνία υπογραφής της παρούσας σύμβασης είναι και η ημερομηνία έναρξης των ως άνω προθεσμιών (συνολικής και τμηματικών) σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου 147 του ν. 4412/2016».

5. Σημειωτέον ότι για την εκτέλεση της σύμβασης και την κατασκευή του έργου έχουν εφαρμογή οι διατάξεις οι οποίες ορίζονται στο άρθρο 7 της διακήρυξης του διαγωνισμού. Συμπληρωματικά, εφαρμόζεται ο Αστικός Κώδικας.

Επι πλέον, για την μελέτη και την κατασκευή του έργου ισχύουν οι τεχνικές προδιαγραφές και οι κανονισμοί που προσδιορίζονται στο άρθρο 2 της Ειδικής Συγγραφής Υποχρεώσεων. (άρθρο 2 της συμβάσεως), ενώ η οποιαδήποτε διαφωνία που τυχόν θα προέκυπτε μεταξύ Αναδόχου και Αναθέτουσας Αρχής κατά την εφαρμογή της παρούσας σύμβασης θα επιλυόταν όπως προβλέπουν οι διατάξεις του ν. 4412/2016.

6. Με την αριθ. πρωτ. 91661/26-09-2022 απόφαση του Υφυπουργού Ανάπτυξης και Επενδύσεων απερρίφθη η από 22-06-2022 ένσταση του Αναδόχου του έργου "Προσθήκη κατ' επέκταση νέου διώροφου κτιρίου του ΙΑΑΔΕΤ του Εθνικού Αστεροσκοπείου Αθηνών" κατά της με αριθ. πρωτ. ΓΓΕΚ 57651/03-06-2022 απόφασης έκπτωσης του Προϊσταμένου της Διευθύνουσας Υπηρεσίας, ως αβάσιμης, για τους λόγους που διαλαμβάνονται αναλυτικά στην με αριθ. πρωτ. ΓΓΕΚ 68850/7-7-2022 εισήγηση της Υπηρεσίας δεδομένου ότι ο ανάδοχος με αποκλειστική υπαιτιότητά του έχει σταματήσει από τον Δεκέμβριο

2021 όλες τις εργασίες του έργου. Επιπλέον, δεν έχει καταθέσει κάποιο αίτημα ή πρόταση για την ολοκλήρωση του έργου, ούτε έχει επικαλεσθεί γραπτώς κάποια ολιγωρία ή υπαιτιότητα της Αναθέτουσας Αρχής που να δικαιολογεί την μέχρι τώρα στάση του.

Η απόρριψη της εν λόγω ένστασης, έχει ως αποτέλεσμα, η ανάδοχος εταιρεία να καταστεί οριστικά έκπτωτη, γεγονός που αποτελεί την βέλτιστη λύση για την ολοκλήρωση του έργου.

Σημειωτέον ότι η ερωτώσα Υπηρεσία (Αναθέτουσα Αρχή) προ της διαδικασίας της έκπτωσης κοινοποίησε στον ανάδοχο τα παρακάτω έγγραφα:

A. Στις 14-12-2021 και με αριθ. πρωτ. ΓΓΕΚ 136505 απεστάλη στην ανάδοχο εταιρεία επιστολή για εμπρόθεσμη αποπεράτωση του έργου.

B. Στις 21-02-2022 και με αριθ. πρωτ. ΓΓΕΚ 18819 απεστάλη στην ανάδοχο εταιρεία επιστολή για εμπρόθεσμη αποπεράτωση του έργου.

Γ. Στις 08-03-2022 και με αριθ. πρωτ. ΓΓΕΚ 25053 απεστάλη στην ανάδοχο εταιρεία επιστολή για επίσπευση εργασιών.

Δ. Στις 05-05-2022 και με αριθ. πρωτ. ΓΓΕΚ 46584 απεστάλη προς την ανάδοχο εταιρεία πρόσκληση για έγγραφη δήλωση διακοπής εργασιών στο έργο κατόπιν δικής του προφορικής επιθυμίας.

E. Στις 16-05-2022 και με αριθ. πρωτ. ΓΓΕΚ 50267 απεστάλη στην ανάδοχο εταιρεία πρόσκληση για αίτηση παράτασης (προθεσμίας) στο έργο την οποία ουδέποτε υπέβαλε (και έτσι απώλεσε οριστικά, το δικαίωμα παράτασης με αναθεώρηση).

Αντίθετα με τα παραπάνω, ο ανάδοχος με πιστοποιημένη τηλεφωνική επικοινωνία στις 04-05-2022 με την Προϊσταμένη της Δ/σης Εποπτείας Ερευνητικών και Τεχνολογικών Φορέων δήλωσε ότι διακόπτει τις εργασίες για οικονομικούς λόγους και δεν πρόκειται να επιστρέψει στο έργο.

Ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων υποβλήθηκε το υπό εξέταση ερώτημα.

Νομοθετικό Πλαίσιο

7. Στις διατάξεις του άρθρου 160 παρ. 1,11, 12 και 13 του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών» (Α' 47) όπως ίσχυε

πριν την τροποποίησή του με το άρθρο 78 του ν. 4782/2021 (Α' 36) ορίζονταν τα εξής:

« Άρθρο 160

Έκπτωση αναδόχου

1. Αν ο ανάδοχος δεν εκπληρώνει τις συμβατικές του υποχρεώσεις ή δεν συμμορφώνεται με τις γραπτές εντολές της υπηρεσίας, που είναι σύμφωνες με τη σύμβαση ή το νόμο, κηρύσσεται έκπτωτος από την εργολαβία.....

11. Για την εκκαθάριση της εργολαβίας καλείται ο έκπτωτος ανάδοχος να υποβάλει μέσα σε ένα (1) μήνα την επιμέτρηση των εργασιών που έχει εκτελέσει. Αν αμελήσει την υποχρέωσή του αυτή, η Διευθύνουσα Υπηρεσία προβαίνει η ίδια στη σύνταξη της επιμέτρησης ή την αναθέτει σε ιδιώτη μηχανικό, καλώντας τον έκπτωτο ανάδοχο να παραστεί.

Η επιμέτρηση ελέγχεται και εγκρίνεται από τη Διευθύνουσα Υπηρεσία εντός μηνός από της υποβολής της και κοινοποιείται στον έκπτωτο ανάδοχο, ο οποίος μπορεί να υποβάλει ένσταση εντός δεκαπέντε (15) ημερών. Το ίδιο ισχύει αναλογικά και αν η επιμέτρηση συνταχθεί με επιμέλεια της διευθύνουσας υπηρεσίας. Επί της ένστασης αποφαιίνεται η Προϊσταμένη αρχή εντός δύο (2) μηνών από την υποβολή της. Αν η επιμέτρηση ανατεθεί προς σύνταξη σε ιδιώτη μηχανικό, η σχετική δαπάνη καταβάλλεται από τις πιστώσεις του έργου με απόφαση της διευθύνουσας υπηρεσίας και περιλαμβάνεται στον εκκαθαριστικό λογαριασμό της έκπτωτης εργολαβίας. Η επιμέτρηση περιλαμβάνει μόνο ολοκληρωμένες εργασίες.

Κατ'εξαίρεση ημιτελείς εργασίες και εισκομισθέντα στο εργοτάξιο υλικά περιλαμβάνονται στην επιμέτρηση, αν κατά την κρίση της υπηρεσίας είναι χρήσιμα για τον κύριο του έργου, εν όψει της προοπτικής συνέχισής του.

12. Στον εκκαθαριστικό λογαριασμό περιλαμβάνεται το σύνολο των ποινικών ρητρών της παρ. 10 και κάθε άλλη εκκαθαρισμένη απαίτηση κατά του έκπτωτου αναδόχου. Αν ο εκκαθαριστικός λογαριασμός είναι αρνητικός, η διαφορά εισπράττεται, σύμφωνα με τις διατάξεις που ισχύουν για την είσπραξη των απαιτήσεων του κυρίου του έργου.

Αν κατά την παραλαβή των εργασιών της έκπτωτης εργολαβίας, που διενεργείται ταυτόχρονα ως προσωρινή και οριστική, προκύψουν διαφορές στα

ποσά του εκκαθαριστικού λογαριασμού, συντάσσεται νέος τελικός λογαριασμός, αλλιώς ο εκκαθαριστικός λογαριασμός ισχύει ως τελικός.

13. Αν, μετά την οριστικοποίηση της έκπτωσης, η προϊσταμένη αρχή αποφασίσει την ολοκλήρωση του έργου, προσκαλεί τον επόμενο κατά σειρά μειοδότη του διαγωνισμού, στον οποίο αναδείχθηκε ο έκπτωτος ανάδοχος και του προτείνει να αναλάβει αυτός το έργο ολοκλήρωσης της έκπτωτης εργολαβίας, με τους ίδιους όρους και προϋποθέσεις και βάσει της προσφοράς, που υπέβαλε στο διαγωνισμό. Η σύμβαση εκτέλεσης συνάπτεται εφόσον εντός δεκαπέντε (15) ημερών από την κοινοποίηση της πρότασης περιέλθε στην προϊσταμένη αρχή έγγραφη και ανεπιφύλακτη αποδοχή της. Η άπρακτη πάροδος της προθεσμίας θεωρείται ως απόρριψη της πρότασης.

Αν ο ανωτέρω μειοδότης δεν δεχθεί την πρόταση σύναψης σύμβασης, η προϊσταμένη αρχή προσκαλεί τον επόμενο κατά σειρά μειοδότη, ακολουθώντας κατά τα λοιπά την ίδια διαδικασία.

Εφόσον και αυτός απορρίψει την πρόταση, η προϊσταμένη αρχή για την ανάδειξη αναδόχου στο έργο προσφεύγει κατά την κρίση της είτε στην ανοικτή δημοπρασία είτε στη διαδικασία με διαπραγμάτευση, κατά τις οικείες διατάξεις... Η διαδικασία της παραγράφου αυτής δεν εφαρμόζεται μόνο στην περίπτωση που η προϊσταμένη αρχή κρίνει αιτιολογημένα ότι οι παραπάνω προσφορές δεν είναι ικανοποιητικές για τον κύριο του έργου, ενώ μπορεί να εφαρμόζεται αναλογικά και σε περίπτωση ολοκλήρωσης του έργου, ύστερα από αυτοδίκαιη διάλυση της σύμβασης κατόπιν πτώχευσης του αναδόχου ή διάλυση με υπαιτιότητα του κυρίου του έργου κατά τις κείμενες διατάξεις».

8. Στις διατάξεις του άρθρου 140 παρ. 5 του ν. 4782/2021 Έκσυγχρονισμός, απλοποίηση και αναμόρφωση του ρυθμιστικού πλαισίου των δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερες ρυθμίσεις προμηθειών στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας και άλλες διατάξεις για την ανάπτυξη, τις υποδομές και την υγεία' (Α' 36) όπως τροποποιηθείσες ισχύουν, ορίζονται τα εξής:

Άρθρο 140

Μεταβατικές διατάξεις Μέρους Α'

5. α) Οι διατάξεις των άρθρων 57 έως 60, 63, 64, 66 έως 74, 76 έως 79, 82, 89 έως 93, 95 έως 98 και 100 καταλαμβάνουν διαγωνισμούς, που θα προκηρυχθούν μετά την 1-9-2021.

Συμβάσεις που συνάφθηκαν ή θα συναφθούν μέχρι την άνω ημερομηνία, εξακολουθούν να διέπονται από τις διατάξεις που ισχύουν κατά το χρόνο σύναψής τους....»

Ερμηνεία και εφαρμογή διατάξεων.

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

9. Οι διατάξεις του ν. 4412/2016 εφαρμόζονται κατ' αρχήν σε όλες τις δημόσιες συμβάσεις (Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών) οι οποίες συνήφθησαν μετά την έναρξη ισχύος αυτού, ανεξαρτήτως του είδους και της εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στο νόμο.

Ο νομικός χαρακτηρισμός μιας σύμβασης ως σύμβασης έργου, προμήθειας ή υπηρεσιών και η υπαγωγή της στις σχετικές διατάξεις του νόμου για την αντίστοιχη κατηγορία δημοσίων συμβάσεων, βασίζεται στη φύση του αντικειμένου της σύμβασης και είναι ανεξάρτητος από το πώς χαρακτήρισε τη σύμβαση η αναθέτουσα αρχή.

Με το νόμο 4412/2016 που ενσωματώνει στο ελληνικό δίκαιο τις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ (L. 94/65) και 2014/25/ΕΕ (L94/243) επιδιώχθηκε η αναμόρφωση του ρυθμιστικού πλαισίου για τις Δημόσιες Συμβάσεις και επήλθαν σημαντικές τροποποιήσεις σε πολλές διατάξεις όπως στις διατάξεις των άρθρων που αναφέρονται στους ορισμούς, την προώθηση της χρήσης των ηλεκτρονικών διαδικασιών, την απλοποίηση των διαδικασιών συμβάσεων μικρού οικονομικού αντικειμένου κ.ο.κ.

10. Στο άρθρο 160 του ν. 4412/2016 (έκπτωση του αναδόχου δημοσίου έργου) επαναλαμβάνονται με μικρές διαφοροποιήσεις οι διατάξεις του άρθρου 61 του ν.3669/2008, στο οποίο είχαν κωδικοποιηθεί οι διατάξεις του άρθρου 6 του ν.3263/2004 (είχαν αντικαταστήσει τις διατάξεις του άρθρου 47 του ΠΔ 609/1985).

Στο δίκαιο των δημοσίων έργων, ο ανάδοχος που παραβιάζει τις συμβατικές του υποχρεώσεις κινδυνεύει με έκπτωση, δηλαδή με αποβολή του από το έργο, λύση της σύμβασης με υπαιτιότητά του και την επιβολή των επακόλουθων σε

βάρος του διοικητικών κυρώσεων. Ο νόμος δεν προβλέπει, εκτός ελαχίστων ειδικών περιπτώσεων (όπως όταν καθυστερεί η εκτέλεση, οπότε επιβάλλονται ποινικές ρήτρες ή όταν το έργο εκτελείται με ελαττώματα, οπότε επιβάλλεται η αποκατάστασή τους ή η περικοπή της αμοιβής του) άλλες, ελαφρύτερες από την έκπτωση, κυρώσεις με τρόπο γενικό, ώστε να είναι δυνατή, κατά την αρχή της αναλογικότητας, η επιβολή τέτοιων κυρώσεων.

Η πράξη έκπτωσης του αναδόχου από την εργολαβία η οποία συνιστά άσκηση διαπλαστικού δικαιώματος του κυρίου του έργου αποτελεί μεν βαρύτατη κύρωση κατά του αναδόχου, αλλά και περιπέτεια για το ίδιο το έργο. Γι' αυτό το λόγο, παρότι η έκπτωση μπορεί να επιβληθεί για κάθε περίπτωση αντισυμβατικής συμπεριφοράς του αναδόχου, οι κύριοι των έργων είναι ιδιαίτερα φειδωλοί και επιφυλακτικοί στην επιβολή της, διότι μια τέτοια εξέλιξη επιφέρει ιδιαίτερα μεγάλη καθυστέρηση στην ολοκλήρωση του έργου, δοθέντος ότι πρέπει να εκκαθαριστεί (να γίνει δηλαδή καταμέτρηση των εργασιών που έχουν ήδη εκτελεστεί) και να γίνει παραλαβή του ημιτελούς έργου, σύμφωνα με ρητή διάταξη που ισχύει από πολύ παλιά (ήδη παρ. 8 του άρθρου 172), ώστε να τηρηθεί εν συνεχεία νέα διαδικασία ανάθεσης.

11. Πριν από την έκδοση της απόφασης για την έκπτωση του αναδόχου, και για το έγκυρο αυτής, απαιτείται όπως κοινοποιηθεί προς αυτόν από τον Προϊστάμενο της Διευθύνουσας Υπηρεσίας Ειδική Πρόσκληση, η οποία να περιλαμβάνει απαραίτητως, μεταξύ άλλων, τόσο τις αξιούμενες προς εκτέλεση εργασίες, όσο και την εύλογη για την εκτέλεσή τους προθεσμία η οποία δεν μπορεί, κατ' αρχήν, να είναι μικρότερη των 10 ημερών (βλ. ΣΤΕ 3242/2013, 114/2011, 3475/2010, 2648/1996, 5827/1995).

12. Την οριστικοποίηση της έκπτωσης του αναδόχου πρέπει να ακολουθήσει η παραλαβή του εκτελεσθέντος έργου, σύμφωνα με τα άρθρα 170 παρ. 6 (για την προσωρινή), σε συνδυασμό με την παρ. 1 του άρθρου 172 (για την οριστική παραλαβή). Υπό το προηγούμενο νομικό καθεστώς δεν προέκυπτε η αφετηρία της παραλαβής και έτσι από τη νομολογία κρίθηκε ότι, ενόψει της παραλαβής, η Δ.Υ. έπρεπε να συντάξει βεβαίωση περάτωσης του εκτελεσθέντος έργου, εν συνεχεία ο ανάδοχος να υποβάλει την τελική του επιμέτρηση κ.ο.κ. (ΣΤΕ 1501/2018).

13. Για το ζήτημα αυτό, ο ν. 4782/2021 εισήγαγε εξαιρετικές διατάξεις στο άρθρο 160 παρ. 10, ορίζοντας ότι η απόφαση οριστικοποίησης της έκπτωσης ή η τελευταία ημέρα της προθεσμίας άσκησης της ένστασης (αν τελικώς δεν ασκήθηκε), θεωρούνται πλασματικά ως βεβαίωση περάτωσης του έργου και ειδοποιείται ο ανάδοχος να υποβάλει την τελική του επιμέτρηση (εφαρμοζομένου κατά τα λοιπά του άρθρου 151), ορίζεται δε και εξαιρετική προθεσμία ενός (1) μηνός από την υποβολή της, για την έγκριση εκ μέρους της Δ.Υ., με προφανή σκοπό την επίσπευση των διαδικασιών εκκαθάρισης και εκ νέου ανάθεσης των υπολειπομένων εργασιών.

14. Σημειωτέον ότι σύμφωνα με τις τροποποιήσεις του ν. 4782/2021, η προθεσμία παραλαβής ξεκινά σε κάθε περίπτωση από την πλασματική (εν προκειμένω) έκδοση της βεβαίωσης περαίωσης, ανεξάρτητα από το χρόνο υποβολής της τελικής επιμέτρησης (Χρ. Μητικίδης «Σύμβαση Δημοσίου Έργου, έκδοση 2021). Για την ανάθεση των υπολειπομένων εργασιών η υπηρεσία απευθύνει πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης στον δεύτερο ή και στον τρίτο μειοδότη του διαγωνισμού στον οποίο αναδείχθηκε ο έκπτωτος ανάδοχος. Η υποχρέωση τήρησης της άνω διαδικασίας, επιβάλλεται υπό το φως της αρχής της ισότητας (η οποία επιτάσσει την ίση μεταχείριση των διαγωνιζομένων σε όλα τα στάδια της διαδικασίας, ακόμη και σε αυτό της εκτέλεσης, κατά το οποίο οι διαγωνιζόμενοι διατηρούν τα δικαιώματά τους όπως διαμορφώθηκαν από τον πίνακα κατατάξεως των προσφορών τους στον αρχικό διαγωνισμό) καθώς και των αρχών της διαφάνειας και του ανταγωνισμού (οι οποίες εξασφαλίζονται με την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να προσφύγει στον επόμενο κατά σειρά μειοδότη του αρχικού διαγωνισμού και όχι στην απευθείας ανάθεση ή στο διαγωνισμό μεταξύ περιορισμένου αριθμού εργοληπτικών επιχειρήσεων, οι οποίες, ως εξαιρετικές διαδικασίες τελούν υπό αυστηρές προϋποθέσεις που πρέπει να ερμηνεύονται στενά) (Ελ Συν VII τμ. 152/2017).

15. Εάν (κατά σειρά) ο δεύτερος ή τρίτος μειοδότης αποδεχθεί την ανάθεση, έναντι της προσφοράς που είχε υποβάλλει στο διαγωνισμό, το έργο ανατίθεται απευθείας σ' αυτούς αλλιώς ανατίθεται με άλλο νόμιμο τρόπο (διαδικασία δημόσιου διαγωνισμού, ή και διαπραγμάτευσης αν υποτεθεί ότι συντρέχουν οι νόμιμες προϋποθέσεις του άρθρου 32 του ν. 4412/2016.) Η Προϊσταμένη Αρχή

διατηρεί πάντως το δικαίωμα να κρίνει (αιτιολογημένα), ότι οι προσφορές αυτές δεν είναι συμφέρουσες και να μην τηρήσει την ως άνω διαδικασία.

16. Στην υπό κρίση περίπτωση, όπως προκύπτει από το διδόμενο από την ερωτώσα υπηρεσία πραγματικό και τα συνοδεύοντα αυτό έγγραφα, στις 05-05-2021 υπογράφηκε η σύμβαση κατασκευής του έργου «Προσθήκη κατ' επέκταση νέου δώροφου κτιρίου του ΙΑΑΔΕΤ του Εθνικού Αστεροσκοπείου Αθηνών» ποσού 302.843,84 ευρώ (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%) μεταξύ του Γενικού Γραμματέα Έρευνας και Καινοτομίας και της εταιρείας «Δ. Τ. ΕΠΕ», με συνολική προθεσμία για την περαίωση του αντικειμένου της σύμβασης δώδεκα (12) μήνες από την υπογραφή της. Η περίληψη της διακήρυξης ανοικτής διαδικασίας αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 16-07-2020 με αριθ. πρωτ. ΓΓΕΤ 75072. Εκ τούτου παρέπεται ότι η παρούσα σύμβαση διέπεται από τις διατάξεις του ν. 4412/2016 πριν την τροποποίησή του από τον ν. 4782/2021 ο οποίος στη συνέχεια τροποποιήθηκε με το ν. 4903/2022 για τις Δημόσιες Συμβάσεις.

17. Η ανάδοχος εταιρεία κηρύχθηκε έκπτωτη με απόφαση του Προϊσταμένου της Διευθύνουσας Υπηρεσίας (αριθ. πρωτ. ΓΓΕΚ 57651/3-6-2022), σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 160 του ν. 4412/2016 (όπως ίσχυε πριν την τροποποίησή του), διότι δεν συμμορφώθηκε προς την Ειδική Πρόσκληση η οποία του απεστάλη (βάσει του άρθρου 160 του ν. 4412/2016) και παρήλθε η προθεσμία των 14 ημερών η οποία ετέθη σ' αυτόν χωρίς να εκτελέσει όλες τις απαιτούμενες εργασίες για την ολοκλήρωση της κατασκευής της εδαφόπλακας του ισογείου. Με απόφαση του Υφυπουργού Ανάπτυξης και Επενδύσεων (αριθ. πρωτ. ΓΓΕΚ 91661/26-09-2022) που απέρριψε την ένσταση του αναδόχου κατά της ανωτέρω αποφάσεως του Προϊσταμένου της Δ.Υ, η έκπτωση κατέστη οριστική.

18. Στη υπό κρίση υπόθεση, παράλληλα με τις διατάξεις του άρθρου 160 του ν. 4412/2016, ισχύουν και οι διατάξεις περί παραλαβής της σύμβασης, με τις εξαιρετικές προθεσμίες που τίθενται στο ανωτέρω άρθρο (δηλ. η προθεσμία υποβολής της επιμέτρησης δεν είναι δύο (2) μηνών ως συνήθως αλλά ενός (1) μηνός, όπως επίσης και η προθεσμία για την έγκριση της επιμέτρησης ένας (1) μήνας αντί δύο). Επίσης υποχρεωτικά η προσωρινή παραλαβή θα γίνει ταυτόχρονα με την οριστική.

19. Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 160 παρ. 13 του ν. 4412/2016, μετά την οριστικοποίηση της έκπτωσης του αναδόχου, η προϊσταμένη αρχή, αν αποφασίσει την ολοκλήρωση του έργου, προσκαλεί τον επόμενο κατά σειρά μειοδότη του διαγωνισμού στον οποίο αναδείχθηκε ο έκπτωτος ανάδοχος και του προτείνει να αναλάβει αυτός την ολοκλήρωση της έκπτωτης εργολαβίας με τους ίδιους όρους και προϋποθέσεις και βάσει της προσφοράς που υπέβαλε στο διαγωνισμό.

20. Ο νόμος πάντως δεν διευκρινίζει αν ο εκκαθαριστικός λογαριασμός και η εν συνεχεία έγκριση αυτού θα προηγηθεί της πρόσκλησης για ανάθεση των υπολειπομένων εργασιών στον δεύτερο ή στον τρίτο μειοδότη. Εξ αυτού, κατά την άποψή μου, συνάγεται ότι μπορούν να θεωρηθούν ανεξάρτητες οι δύο ενέργειες. Δηλαδή, η κατάθεση του εκκαθαριστικού λογαριασμού από τον έκπτωτο ανάδοχο και η έγκριση αυτού από την Προϊσταμένη Αρχή, είναι ενέργεια ανεξάρτητη της πρόσκλησης του επομένου κατά σειρά μειοδότη του διαγωνισμού, ο οποίος θα κληθεί να αναλάβει το έργο της ολοκλήρωσης της έκπτωτης εργολαβίας με τους ίδιους όρους και προϋποθέσεις και βάσει της προσφοράς που υπέβαλε στον διαγωνισμό.

21. Η σύμβαση εκτέλεσης η οποία στη συνέχεια και εφόσον τηρηθεί η νόμιμη διαδικασία θα υπογραφεί μεταξύ της Προϊσταμένης Αρχής και του νέου (πλέον) αναδόχου (δεύτερου ή τρίτου κατά σειρά) είναι μία νέα σύμβαση η οποία θα διέπεται από τις διατάξεις του νέου νόμου 4782/2021, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 140 του νόμου αυτού.

22. Ο νόμος προβλέπει ότι μπορεί να μην κληθούν ο δεύτερος και ο τρίτος μειοδότης αν η αναθέτουσα αρχή θεωρεί ως ασύμφορες τις προσφορές τους (δηλαδή υπερβολικά υψηλές για τα δεδομένα της αγοράς). Η αντίθετη περίπτωση (να θεωρούνται ύποπτα χαμηλές) δεν αντιμετωπίζεται στο νόμο, και εύλογα, διότι το έργο είχε ανατεθεί ήδη σε κάποιον που είχε δώσει ακόμα χαμηλότερη προσφορά (χωρίς να τηρηθεί η διαδικασία που προβλέπεται για τις ΥΧΠ (άρθρο 88 ν. 4412/2016). Πάντως με τα νυν δεδομένα της αγοράς δηλαδή την μεγάλη αύξηση της αξίας των υλικών είναι σφόδρα πιθανό να μη δεχτούν ο δεύτερος ή ο τρίτος να αναλάβουν την εκτέλεση, οπότε, εάν αυτό συμβεί, η Προϊσταμένη Αρχή δύναται να προβεί σε νέα διαδικασία ολοκλήρωσης της εργολαβίας, η οποία θα είναι ανοιχτή (εκτός και αν μπορεί να αιτιολογηθεί

επαρκώς η εφαρμογή της ανάθεσης με διαπραγμάτευση του άρθρου 32 του ν. 4412/2016).

Απάντηση.

23. Ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων στα τιθέμενα ερωτήματα προσήκει, κατά τη γνώμη μου, η εξής απάντηση:

α) Μετά την οριστικοποίηση της έκπτωσης με απόφαση του Υφυπουργού Ανάπτυξης και Επενδύσεων, δύναται η Προϊσταμένη Αρχή, με σκοπό την ολοκλήρωση του έργου, να προσκαλέσει τον επόμενο κατά σειρά μειοδότη του διαγωνισμού στον οποίο αναδείχθηκε ο έκπτωτος ο ανάδοχος και να του προτείνει να αναλάβει αυτός το έργο ολοκλήρωσης της έκπτωτης εργολαβίας με τους ίδιους όρους και προϋποθέσεις και βάσει της προσφοράς που υπέβαλε στον διαγωνισμό, χωρίς να είναι απαραίτητο να προηγηθεί η κατάθεση του εκκαθαριστικού λογαριασμού από τον έκπτωτο ανάδοχο και η έγκριση του αυτού.

β) Η σύμβαση εκτέλεσης η οποία θα υπογραφεί με το νέο ανάδοχο θα διέπεται από τις διατάξεις του νέου νόμου 4782/2021, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 140 του νόμου αυτού.

γ) Σε περίπτωση που η Προϊσταμένη Αρχή κρίνει ότι οι παραπάνω προσφορές δεν είναι ικανοποιητικές για τον κύριο του έργου δύναται να προβεί σε νέα διαδικασία ολοκλήρωσης της εργολαβίας η οποία θα είναι ανοιχτή (εκτός και αν μπορεί να αιτιολογηθεί επαρκώς η εφαρμογή της ανάθεσης με διαπραγμάτευση του άρθρου 32 του ν. 4412/2016).

Αθήνα 1-12-2022

Η Γνωμοδοτούσα

Ευτυχία Σ. Κασομένου

Νομική Σύμβουλος του Κράτους