



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ

ΤΟ ΕΛΕΓΚΤΙΚΟ ΣΥΝΕΔΡΙΟ

ΤΜΗΜΑ VI

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του στις 12 Ιανουαρίου 2018 με την ακόλουθη σύνθεση: Γεωργία Μαραγκού, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του VI Τμήματος, Γεώργιος Βοΐλης και Ευαγγελία-Ελισάβετ Κουλουμπίνη (εισηγήτρια), Σύμβουλοι, Γρηγόριος Βαλληνδράς και Αριστοτέλης Σακελλαρίου, Πάρεδροι με συμβουλευτική ψήφο.

Γενικός Επίτροπος της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο: Κωνσταντίνος Τόλης, Αντεπίτροπος της Επικρατείας, κωλυομένης της Γενικής Επιτροπής της Επικρατείας.

Γραμματέας: Θεοδώρα Τακιτζίδου, Προϊσταμένη του VI Τμήματος.

Για να αποφασίσει σχετικά:

Με την από 28.12.2017 (Α.Β.Δ 3482/2017) αίτηση της ένωσης εταιρειών με την επωνυμία....., που εδρεύει στην Αθήνα....., η οποία παραστάθηκε δια των πληρεξουσίων της δικηγόρωνκαι

Με την αίτηση αυτή επιδιώκεται η ανάκληση της 339/2017 Πράξης του Ζ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Υπέρ της αιτούσας ένωσης εταιρειών και κατά του κύρους της προσβαλλόμενης Πράξης παρεμβαίνει η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία....., που εδρεύει στο Δήμο Αθηναίωνη οποία εκπροσωπείται νομίμως και παραστάθηκε δια του πληρεξουσίου της δικηγόρου

Κατά τη συνεδρίαση το Δικαστήριο άκουσε:

Τους πληρεξούσιους δικηγόρους της αιτούσας και της παρεμβαίνουσας, οι οποίοι ζήτησαν να γίνει δεκτή η αίτηση και η παρέμβαση.

Τον Αντεπίτροπο της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο, ο οποίος πρότεινε να απορριφθεί η αίτηση ως απαράδεκτη.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το Δικαστήριο συνήλθε σε διάσκεψη σε αίθουσα αυτού, με την παρουσία όλων των ανωτέρω μελών του.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά το Νόμο και

Αποφάσισε τα ακόλουθα :

I. Με την υπό κρίση αίτηση, για την άσκηση της οποίας καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο (βλ. άρθρο 73 παρ. 1 του Κώδικα Νόμων για το Ελεγκτικό Συνέδριο που κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του ν. 4129/2013, Φ.Ε.Κ. Α΄ 52), όπως νομίμως συμπληρώθηκε με το από 17.1.2018 υπόμνημα, ζητείται η ανάκληση της 339/2017 Πράξης του Ζ΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία κρίθηκε ότι δεν κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης παραχώρησης για την «Ανάπτυξη Εμπορευματικού Κέντρου

Θριασίου Πεδίου», ενδεικτικού προϋπολογισμού 200.000,00 ευρώ (χωρίς Φ.Π.Α.), υπό την προϋπόθεση της τήρησης των οριζόμενων στην σκέψη 5 της προσβαλλόμενης Πράξης επισημάνσεων. Η αίτηση ανάκλησης που ασκείται κατά θετικής Πράξης του αρμοδίου για τον έλεγχο της διαδικασίας και του σχεδίου της σύμβασης Κλιμακίου παραδεκτώς βάλλει κατά συγκεκριμένων όρων του σχεδίου σύμβασης, εφόσον ως προς αυτούς διαλαμβάνεται αρνητική κρίση όσον αφορά την συμφωνία τους με το περιεχόμενο της οικείας διακήρυξης. (Ε.Σ.Τμ.Μείζ.Συνθ. 3975/2014, 4400, 3658/2013, VITμ.19/2000, 1785/2016, 3239/2013). Συνεπώς, όταν συγκεκριμένος όρος του σχεδίου της σύμβασης αποκλίνει ή αντιβαίνει προς την διακήρυξη και ανακύπτει ανάγκη εναρμόνισης και νομικής αντιστοίχισης του συμβατικού κειμένου με την διακήρυξη, το Κλιμάκιο δύναται να παρεμβαίνει διορθωτικώς ώστε τα συμβαλλόμενα μέρη να προβούν σε ανάλογη τροποποίηση του σχεδίου της σύμβασης πριν την υπογραφή του. Περαιτέρω, οι επισημάνσεις – επιφυλάξεις υπέρ του νόμου που μπορεί να διατυπώνει το Κλιμάκιο επί των όρων του ελεγχόμενου σχεδίου συμβάσεως δεν τελούν εκτός του πεδίου της καταφάσκουσας τη νομιμότητα της ελεγχόμενης διαδικασίας παραδοχής με την προϋπόθεση ότι με αυτές δεν τίθεται «εν αμφιβόλω» η οριστικότητα του διατακτικού της Πράξης και δεν δημιουργείται σύγχυση στα συμβαλλόμενα μέρη. Κατά την γνώμη του Συμβούλου Γεωργίου Βοΐλη το Κλιμάκιο ελέγχου της νομιμότητας ενός σχεδίου συμβάσεως δεν είναι γνωμοδοτικό όργανο και δεν δικαιούται να προβαίνει σε απλές επισημάνσεις ή υποδείξεις προς τα συμβαλλόμενα μέρη ως προς το περιεχόμενο του ήδη υποβληθέντος σχεδίου

συμβάσεως αλλά ως ελεγκτικό όργανο που είναι οφείλει να διαπιστώνει, κατά τρόπο οριστικό ανεπιφύλακτο, εφόσον υπάρχουν, ουσιώδεις νομικές πλημμέλειες είτε κατά την προηγηθείσα διαγωνιστική διαδικασία είτε ως προς το περιεχόμενο του σχεδίου συμβάσεως οι οποίες το οδηγούν σε αρνητική κρίση ως προς την νομιμότητα που έπρεπε να τηρηθεί και κωλύουν την υπογραφή του σχεδίου συμβάσεως και πάντως δεν δικαιούται να αποφαίνεται για μελλοντικά και υποθετικά γεγονότα τα οποία ενδέχεται να συμβούν στο μεταγενέστερο της υπογραφής στάδιο εκτέλεσης της σχετικής συμβάσεως αφού όλες οι προκύπτουσες κατά το στάδιο αυτό διαφορές μεταξύ των συμβαλλομένων μερών επιλύονται, ανάλογα με το ισχύον νομικό καθεστώς, είτε από τακτικά είτε από διαιτητικά δικαστήρια και σε καμία περίπτωση από το αρμόδιο κλιμάκιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου που διενήργησε τον προσυμβατικό έλεγχο, το οποίο ασφαλώς και δεν δικαιούται προκαταβολικά να διατυπώνει υποθετικά την κρίση του για τέτοιου είδους μελλοντικές διαφορές.

Εξάλλου, παραδεκτώς και με έννομο συμφέρον παρεμβαίνει υπέρ της αιτούσας ένωσης εταιρειών και κατά του κύρους της προσβαλλόμενης Πράξης η Αναθέτουσα Αρχή της εν λόγω διαγωνιστικής διαδικασίας ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία

II. Στην υπό κρίση υπόθεση, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν τα ακόλουθα:

α. Με τη 204/A3/17.11.2015 απόφαση του ΔΣεγκρίθηκε η 1/2015 διακήρυξη, με την οποία προβλεπόταν η διενέργεια διεθνούς ανοικτού διαγωνισμού με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από

οικονομικής άποψης προσφορά, με αντικείμενο την επιλογή αναδόχου για την «Ανάπτυξη Εμπορευματικού Κέντρου Θριασίου Πεδίου», που θα υλοποιηθεί μέσω σύμβασης παραχώρησης.(προεχόντως υπηρεσιών, ως εκ του επικουρικού- παρεπόμενου χαρακτήρα των προβλεπόμενων σ' αυτή έργων). Με την ελεγχόμενη διαδικασία - που διέπεται από τις διατάξεις των άρθρων 2 και 14 του π.δ. 60/2007(Α'64),τους θεμελιώδεις κανόνες της Συνθήκης Λειτουργίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ), καθώς και την οικεία διακήρυξη, λόγω της φύσης της αναθέτουσας αρχής που συνιστά οργανισμό δημοσίου δικαίου, ως επιχείρηση δημόσιας ωφέλειας κυριότητας 100% του Ελληνικού Δημοσίου- επιδιώκεται η ανάπτυξη Εμπορευματικού Κέντρου συνδυασμένων μεταφορών υψηλής στρατηγικής σημασίας, σε ακίνητο ιδιοκτησίας της, έκτασης 588 στρ. στο Θριάσιο Πεδίο, το οποίο διαθέτει οδική σύνδεση με την Αττική Οδό και τη Λεωφόρο NATO και σιδηροδρομική σύνδεση με το εθνικό σιδηροδρομικό δίκτυο και το λιμένα του Ν. Ικονίου. Η ανάπτυξη του Κέντρου αυτού θα διενεργηθεί από ιδιώτη παραχωρησιούχο επενδυτή, ο οποίος θα αναλάβει τη χρηματοδότηση, μελέτη, κατασκευή και λειτουργία αυτού για 60 έτη από την ημερομηνία έναρξης ισχύος της παραχώρησης, καταβάλλοντας ταυτόχρονα οικονομικό αντάλλαγμα στην αναθέτουσα αρχή (άρθρο 2.2.2). Ειδικότερα, ο ανάδοχος που θα προκύψει από το διαγωνισμό θα συστήσει ανώνυμη εταιρεία ειδικού σκοπού (παραχωρησιούχος) (άρθρο 32), που θα αναλάβει τη μελέτη, κατασκευή χρηματοδότηση, λειτουργία, συντήρηση και εκμετάλλευση του Κέντρου και εντεύθεν το δικαίωμα καθορισμού της εμπορικής/επιχειρηματικής πολιτικής,

κατ' ελάχιστον δε, θα πρέπει να διασφαλίσει, μεταξύ άλλων, ότι οι υποδομές του Κέντρου θα εξυπηρετούν εμπορευματικές μεταφορές διενεργούμενες με σιδηρόδρομο και τροχοφόρα μέσα και ιδίως λειτουργίες φόρτωσης και εκφόρτωσης ομαδοποιημένου και γενικού φορτίου, ταξινόμησης φορτίων και αποθήκευσης σε ειδικά διαμορφωμένους χώρους, κ.ά. (άρθρο 3.2), λειτουργώντας σύμφωνα με τους κανόνες του ελεύθερου ανταγωνισμού και επιτρέποντας την πρόσβαση σε όλους τους ενδιαφερόμενους κατόπιν οικονομικής συμφωνίας (άρθρο 3.3). Περαιτέρω, δε θα αναλάβει, μεταξύ άλλων, τη μελέτη, κατασκευή και συντήρηση σιδηροδρομικής υποδομής εντός του Κέντρου (άρθρο 3.5), την κατασκευή εσωτερικών έργων υποδομής, την υλοποίηση έργων σύνδεσης με υφιστάμενα ή προγραμματισμένα δίκτυα συγκοινωνιακής υποδομής διαφορετικών μέσων μεταφοράς, τη δημιουργία χώρων διοίκησης και υποστηρικτικών λειτουργιών (άρθρο 3.6), αποσκοπώντας στην αδιάλειπτη και αποδοτική λειτουργία των εγκατεστημένων σε αυτό επιχειρήσεων, καθώς και στην παράδοση αυτών στην αναθέτουσα αρχή στο τέλος της παραχώρησης (άρθρο 3.7). Επιπλέον, υποχρεούται στην κατάρτιση Κανονισμού Λειτουργίας του Κέντρου (άρθρο 3.8), φέρει την ευθύνη ασφάλισης, συντήρησης, φύλαξης των εγκαταστάσεων (άρθρο 3.9), ενώ δικαιούται να αναπτύξει εντός του Κέντρου όσες δραστηριότητες επιτρέπονται από την εκάστοτε ισχύουσα νομοθεσία, υπό τον όρο ότι συνάδουν με το χαρακτηρισμό του ακινήτου ως Εμπορευματικού Κέντρου (άρθρο 3.10). Το σύνολο των δαπανών για το έργο και η εν γένει χρηματοδότηση αυτού θα βαρύνει τον παραχωρησιούχο και θα καλυφθεί από ίδια ή δανειακά κεφάλαια

και τυχόν έσοδα από την εκμετάλλευση του Κέντρου (άρθρο 3.11), η δε διάρκεια της περιόδου παραχώρησης ορίζεται σε 60 έτη από την ημερομηνία έναρξης ισχύος αυτής (άρθρο 3.12). Η κατασκευή του έργου θα γίνει σε δύο περιόδους (T1 και T2), εκ των οποίων η T1 έχει διάρκεια 24 μήνες από την έναρξη ισχύος της παραχώρησης και κατά τη διάρκειά της πρέπει να κατασκευαστούν και να λειτουργήσουν, κατ' ελάχιστον, κτίρια έκτασης 120.000τμ, να κατασκευαστεί η βασική σιδηροδρομική υποδομή εντός του Κέντρου, καθώς και να καταβληθεί/εκταμιευθεί στο σύνολό της και επενδυθεί στο έργο η, προβλεπόμενη στα άρθρα 3.11.3 και 3.11.4, δεσμευτική επένδυση, ποσού, τουλάχιστον, 15.000.000 ευρώ. Περαιτέρω, η περίοδος T2 έχει διάρκεια 10 ετών από την έναρξη ισχύος της παραχώρησης και κατά τη διάρκειά της πρέπει να κατασκευαστούν και να λειτουργήσουν οι λοιπές κτιριακές εγκαταστάσεις (άρθρο 3.12.6). Το οικονομικό αντάλλαγμα που θα καταβάλει ο παραχωρησιούχος στηαποτελείται από εφάπαξ αντάλλαγμα καταβαλλόμενο σε μία δόση, ως προϋπόθεση για την έναρξη ισχύος της παραχώρησης, ποσοστό επί των ετησίων εσόδων που θα καταβάλλεται από τον παραχωρησιούχο για όλη την περίοδο της παραχώρησης καθώς και εγγυημένο αντάλλαγμα, το οποίο ο παραχωρησιούχος δεσμεύεται να καταβάλλει κατ' έτος για όλη την περίοδο παραχώρησης, το δε οικονομικό αντάλλαγμα που θα προσφέρουν οι διαγωνιζόμενοι, αποτελεί την οικονομική τους προσφορά (άρθρο 3.13). Η σύμβαση παραχώρησης θα υπογραφεί μεταξύ της αναθέτουσας αρχής, του παραχωρησιούχου και των αρχικών μετόχων αυτού, καθώς και, ως εκ τρίτου, του Ελληνικού Δημοσίου, εκπροσωπούμενου

από τους Υπουργούς Οικονομικών και Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων, ως εγγυητή (άρθρο 33), ενώ θα κυρωθεί με νόμο (άρθρο 34).

β. Στο διαγωνισμό συμμετείχε η ένωση εταιρειών..... Με τη 221/A1/22.11.2016 απόφαση του ΔΣ της, ανακηρύχθηκε η ανωτέρω ένωση εταιρειών προσωρινή ανάδοχος και κλήθηκε να προσκομίσει εγγυητική επιστολή προσωρινού αναδόχου, ενώ καθορίστηκε σε 5 μήνες από την ενημέρωση της ένωσης (ήτοι μέχρι 2.5.2017) η διάρκεια της Περιόδου Οριστικοποίησης των Συμβατικών Εγγράφων, κατ' άρθρο 30 της Διακήρυξης. Μετά την επιλογή από την προσωρινή ανάδοχο, μέσω ανοικτού διαγωνισμού, τηςως Ανεξάρτητου Μηχανικού για τις περιόδους T1 και T2 του έργου, κατ' άρθρο 29 της Διακήρυξης, και της οριστικοποίησης και εμπρόθεσμης υποβολής από την προσωρινή ανάδοχο του συνόλου των προβλεπόμενων στο άρθρο 30 της Διακήρυξης Συμβατικών Εγγράφων (δεδομένης της, κατ' άρθρο 28.4 της Διακήρυξης, παράτασης της ως άνω Περιόδου Οριστικοποίησης αυτών έως τις 20.7.2017), με την 242/A1/9.11.2017 απόφαση του ΔΣ τηςεγκρίθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού και ανακηρύχθηκε η ανωτέρω ένωση εταιρειών οριστική ανάδοχος, κατ' άρθρο 31 της Διακήρυξης.

γ. Στο υπό έλεγχο σχέδιο σύμβασης, προβλέπονται, μεταξύ άλλων, τα ακόλουθα: «ΑΡΘΡΟ 3 ΠΡΟΫΠΟΘΕΣΕΙΣ ΕΝΑΡΞΗΣ ΙΣΧΥΟΣ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗΣ. (...) 3.1.2. Η Έναρξη Ισχύος της Παραχώρησης τελεί υπό την αίρεση πλήρωσης, σωρευτικά, των κατωτέρων όρων: (...) (viii) της

έγκρισης, εντός τεσσάρων μηνών από την υπογραφή της, από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή τυχόν κρατικών ενισχύσεων σύμφωνα με τα άρθρα 107, 108 και 109 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της ρητής ή της σιωπηρής απόφασης περί μη ύπαρξης κρατικής ενίσχυσης σύμφωνα με τα ίδια άρθρα (...), ΑΡΘΡΟ 28 ΤΡΟΠΟΠΟΙΗΣΗ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗΣ-ΕΜΠΙΣΤΕΥΤΙΚΟΤΗΤΑ 28.1. Τροποποίηση Σύμβασης – Μεταβολή Νομοθεσίας 28.1.1. Η παρούσα Σύμβαση τροποποιείται μετά από συμφωνία του ΚτΕ και του Παραχωρησιούχου που θα κυρώνεται με νόμο, ενώ τα Παραρτήματα της, με έγγραφη συμφωνία των συμβαλλόμενων σε αυτά, κατόπιν προηγούμενης έγγραφης συναίνεσης του ΚτΕ (...) 28.1.2. Τυχόν μονομερής κατάργηση ή τροποποίηση της παρούσας με νόμο χωρίς την συμφωνία του Παραχωρησιούχου, δημιουργεί δικαίωμα καταγγελίας της Σύμβασης Παραχώρησης σε βάρος του Δημοσίου και δικαίωμα αποζημίωσης αυτού, των Αρχικών Μετόχων και των Δανειστών κατά του Δημοσίου που υπολογίζεται σύμφωνα με τις διατάξεις για τα Γεγονότα Αθέτησης ΚτΕ 28.1.3. Σε περίπτωση που κατά τη διάρκεια της Περιόδου Παραχώρησης ή της Περιόδου Παράτασης αυτής, επέλθει μεταβολή της ελληνικής νομοθεσίας, σε σχέση με τα ισχύοντα κατά τον χρόνο υποβολής της Προσφοράς του Παραχωρησιούχου, η οποία μεταβολή βλάπτει ειδικά και συγκεκριμένα τον Παραχωρησιούχο (εφεξής «Μεροληπτική Μεταβολή Νομοθεσίας»), τότε οι εκ της μεταβολής αυτής οικονομικές συνέπειες δημιουργούν δικαίωμα του Παραχωρησιούχου να ζητήσει την ανόρθωση της ζημιάς του κατά του Δημοσίου. Διευκρινίζεται ότι στην έννοια της Μεροληπτικής Μεταβολής

Νομοθεσίας δεν περιλαμβάνονται διατάξεις γενικής εφαρμογής που δεν αφορούν ειδικά και συγκεκριμένα τον Παραχωρησιούχο και το Έργο αλλά εκτείνονται γενικότερα σε κλάδο δραστηριότητας, αφορούν τη νομοθεσία που διέπει την ευρύτερη περιοχή στην οποία βρίσκεται το Έργο ή τη νομική μορφή του Παραχωρησιούχου ως ελληνικής ανώνυμης εταιρείας. Διευκρινίζεται επίσης ότι στην έννοια της Μεροληπτικής Μεταβολής Νομοθεσίας δεν περιλαμβάνεται τυχόν καθυστέρηση ή άρνηση έκδοσης βελτιωμένων όρων και περιορισμών δόμησης από τις αρμόδιες Αρχές κατά τη διάρκεια της Περιόδου Παραχώρησης, σε περίπτωση χρήσης των όρων του άρθρου 16.4 από τον Παραχωρησιούχο (...)

ΑΡΘΡΟ 30 ΚΑΤΑΓΓΕΛΙΑ ΕΚ ΜΕΡΟΣ ΤΟΥ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΙΟΥΧΟΥ-ΣΥΝΕΠΕΙΕΣ 30.1. Γεγονότα Αθέτησης ΚτΕ 30.1.1. Ορισμός Τα ακόλουθα γεγονότα θα θεωρούνται Γεγονότα Αθέτησης ΚτΕii) οτιδήποτε άλλο ορίζεται στην παρούσα ως Γεγονός Αθέτησης ΚτΕ (...).

ΑΡΘΡΟ 33 ΕΠΙΛΥΣΗ ΔΙΑΦΟΡΩΝ33.3 Διαιτησία 33.3.1. Πεδίο Εφαρμογής i) Με την επιφύλαξη των διατάξεων των Παραρτημάτων (...)από την Ημερομηνία Έναρξης Ισχύος Παραχώρησης και καθ' όλη τη διάρκεια ισχύος αυτής, όλες οι Διαφορές που ανακύπτουν μεταξύ των Μερών σχετικά με το κύρος, την ερμηνεία ή την εκτέλεση της παρούσας Σύμβασης, ... θα επιλύονται με διαιτησία που θα διεξάγεται βάσει του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας (...).

III. Με την προσβαλλόμενη Πράξη κρίθηκε ότι δεν κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης για την «Ανάπτυξη Εμπορευματικού

Κέντρου Θριασίου Πεδίου», υπό τις ακόλουθες επισημάνσεις του Κλιμακίου:

α) αναφορικά με τον προβλεπόμενο στο άρθρο 28.1.1. του σχεδίου σύμβασης όρο περί τροποποίησης της σύμβασης με συμφωνία των δύο συμβαλλομένων μερών, ουσιώδεις τροποποιήσεις όρων ήδη ελεγχθείσας σύμβασης αποτελούν ενιαίο σύνολο με αυτή και άρα ελέγχονται ως προς τη νομιμότητά τους, το δε ουσιώδες ή μη της τροποποίησης εναπόκειται στην κρίση του ελέγχοντος την τροποποιητική σύμβαση Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, στο οποίο πρέπει να υποβληθεί το σχετικό σχέδιο, **β)** αναφορικά με το προβλεπόμενο στο άρθρο 28.1.3 δικαίωμα του παραχωρησιούχου να στραφεί κατά του Δημοσίου για την ανόρθωση τυχόν επελθούσας σε αυτόν ζημίας, συνεπεία μεταβολής της ελληνικής νομοθεσίας κατά τη διάρκεια της παραχώρησης ή της παράτασης αυτής, σε σχέση με τα ισχύοντα κατά το χρόνο σύναψης της σύμβασης, η οποία (μεταβολή) βλάπτει ειδικά και συγκεκριμένα τον παραχωρησιούχο και ορίζεται ως «Μεροληπτική Μεταβολή Νομοθεσίας», πέραν των ρητά προβλεπόμενων στο αυτό άρθρο περιπτώσεων νομοθετικών μεταβολών, εφόσον δε ανακύψει ανάλογο ζήτημα, επ' αυτού θα αποφανθεί κυριαρχικά το αρμόδιο δικαστήριο και **γ)** αναφορικά με τον προβλεπόμενο στο άρθρο 28.1.2. όρο περί δικαιώματος καταγγελίας της σύμβασης σε βάρος του Δημοσίου και αποζημίωσης παραχωρησιούχου, αρχικών μετόχων και δανειστών, σύμφωνα με τις διατάξεις για τα Γεγονότα Αθέτησης ΚτΕ (άρθρο 30), σε περίπτωση τυχόν μονομερούς κατάργησης ή τροποποίησης της σύμβασης παραχώρησης με νόμο, χωρίς τη συμφωνία του παραχωρησιούχου, ο όρος αυτός θα πρέπει να απαλειφθεί, καθόσον η γενική διατύπωση αυτού τον καθιστά υπέρμετρα

δεσμευτικό τόσο για τον νομοθέτη, όσο και για τον αρμόδιο δικαστή, πέραν της τυχόν έγερσης ζητήματος κρατικών ενισχύσεων (άρθρα 107 επ. της Σ.Λ.Ε.Ε.Ε.) υπέρ του επενδυτή, υπό την έννοια της παροχής πλεονεκτήματος στον τελευταίο, διά της ευνοϊκής μεταχείρισης αυτού.

IV. Με την υπό κρίση αίτηση, η αιτούσα ένωση εταιρειών στρέφεται κατά των ως άνω επισημάνσεων ισχυριζόμενη ότι αυτές αποτελούν κατ' ουσία όρους και προϋποθέσεις που θέτουν υπό αμφισβήτηση την οριστικότητα της θετικής Πράξης του Κλιμακίου και δημιουργούν κώλυμα στην υπογραφή του σχεδίου σύμβασης παραχώρησης Ειδικότερα υποστηρίζεται ότι: α) Η μη ρητή αναφορά στο εν λόγω άρθρο του Σχεδίου Σύμβασης ότι το ουσιώδες ή μη της τροποποίησης εναπόκειται στην κρίση του ελέγχοντος την τροποποιητική σύμβαση Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, στο οποίο πρέπει να υποβληθεί το σχετικό σχέδιο, δεν καθιστά μη νόμιμο το περιεχόμενο του εν λόγω άρθρου, καθόσον η υπαγωγή τυχόν μελλοντικής συμφωνίας τροποποίησης της σύμβασης παραχώρησης στον προσυμβατικό έλεγχο του Ελεγκτικού Συνεδρίου δεν αποτελεί ζήτημα, το οποίο υπόκειται ή εξαρτάται από τη βούληση των συμβαλλόμενων μερών, αλλά αποτελεί απαίτηση των διατάξεων του ν.4129/2013. Σε κάθε περίπτωση η πρόβλεψη του σχετικού όρου προκαλεί ανασφάλεια δικαίου και ενδέχεται να δημιουργήσει ερμηνευτικά ζητήματα κατά την εκτέλεση της σύμβασης παραχώρησης. β) Ανεξαρτήτως του ότι η αναφερόμενη στο άρθρο 28.1.3. επισημάνση αποτελεί έλεγχο σκοπιμότητας, αντίστοιχοι όροι παγίως περιλαμβάνονται σε

συμβάσεις παραχώρησης που έχει συνάψει το Ελληνικό Δημόσιο και φορείς αυτού και έχουν ελεγχθεί από το Ελεγκτικό Συνέδριο, χωρίς να διατυπωθεί οποιαδήποτε επιφύλαξη σε σχέση με τη νομιμότητά τους (βλ. ενδεικτικά το άρθρο 35 της από 31.1.2007 Σύμβασης Παραχώρησης του Έργου της μελέτης, κατασκευής, χρηματοδότησης, λειτουργίας, συντήρησης και εκμετάλλευσης του αυτοκινητόδρομου «Ελευσίνα-Κόρινθος- Πάτρα-Πύργος-Τσακώνα», που κυρώθηκε με το ν.3621/2007 (ΦΕΚ Α'279) και γ) ο σχετικός όρος του άρθρου 28.1.2. δεν είναι δεσμευτικός καθόσον αντικείμενο αυτού είναι η ρύθμιση αποκλειστικά των συνεπειών μιας μονομερούς ενέργειας του Δημοσίου. Η συμπερίληψη αυτού στο σχέδιο της σύμβασης είναι επιβεβλημένη, διότι σε αντίθετη περίπτωση, ένα εκ των συμβαλλόμενων μερών, ήτοι το Ελληνικό Δημόσιο, θα μπορούσε δια της νομοθετικής του λειτουργίας, κατά παρέκκλιση των κοινών διατάξεων περί τροποποίησης των συμβάσεων με συμφωνία των μερών να καταργεί ή τροποποιεί, κατά το δοκούν, τις υποχρεώσεις και τα δικαιώματα των μερών. Εξάλλου ο εν λόγω όρος αποτελεί τον κανόνα σε αντίστοιχες συμβάσεις παραχώρησης (βλ. ενδεικτικά το άρθρο 50.2. της από 14.12.2015 Σύμβασης Παραχώρησης για την αναβάθμιση, συντήρηση, διαχείριση και λειτουργία Περιφερειακών Αεροδρομίων Κρήτης, Ηπειρωτικής Ελλάδας και Ιονίου (ν.4390/2016 ΦΕΚ Α'94). Περαιτέρω, πρόκειται για όρο, ο οποίος δεν παρέχει πλεονέκτημα στον παραχωρησιούχο δια της ευνοϊκής μεταχείρισης αυτού, ούτε δύναται να θεωρηθεί ότι συνιστά κρατική ενίσχυση υπέρ αυτού κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 107επ ΣΛΕΕ, διότι, ανεξαρτήτως του ότι οι εν λόγω διατάξεις δεν είναι δεκτικές άμεσης

εφαρμογής από το εθνικό δικαστήριο αλλά εφαρμόζονται με ευθύνη της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σύμφωνα με τη διαδικασία που προβλέπεται στο άρθρο 108 (πρώην 88) της ΣΛΕΕ (ΣτΕ 2786/2007, 434/2012, ΕΑ ΣτΕ 136/2013), η αποζημίωση που καταβάλλεται για την αποκατάσταση της ζημίας που προκλήθηκε από το Κράτος Μέλος δεν αποτελεί κρατική ενίσχυση κατά την έννοια του άρθρου 107 παρ.1 ΣΛΕΕ (C-106-120/1980 ΑΣΤΕΡΙΣ και λοιποί κατά Ελληνικής Δημοκρατίας) Άλλωστε, σύμφωνα με το άρθρο 3.1.2. του σχεδίου της σύμβασης, η θέση σε ισχύ αυτής προϋποθέτει, μεταξύ άλλων, την έγκριση της συναλλαγής από την αρμόδια Γενική Διεύθυνση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για θέματα κρατικών ενισχύσεων.

V. Ενόψει των προεκτεθέντων, το Τμήμα κρίνει τα ακόλουθα: **α)** Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 35 παρ.1 του ν. 4129/2013, (Α' 52), σε προσυμβατικό έλεγχο νομιμότητας που διενεργείται από το Ελεγκτικό Συνέδριο, υπάγονται και οι ουσιώδεις τροποποιήσεις όρων σύμβασης, που έχει ήδη υπαχθεί στον έλεγχο αυτού, χωρίς να ενδιαφέρει το αν αυτές προκαλούν αύξηση του οικονομικού αντικείμενου τέτοια που να υπερβαίνει το εκάστοτε θεσπιζόμενο από τις ισχύουσες διατάξεις κατώτατο χρηματικό όριο υπαγωγής στον προσυμβατικό έλεγχο. Και αυτό διότι, όπως παγίως έχει κριθεί (Ε.Σ. Τμ.Μειζ. Συνθ. 294/2016, VI Τμ. 2440/2012), οι τροποποιητικές συμβάσεις, δεν έχουν το χαρακτήρα αυτοτελών συμβάσεων με ιδιαίτερο οικονομικό αντικείμενο, αλλά αποτελούν ένα ενιαίο σύνολο με την αρχική σύμβαση στην οποία ενσωματώνονται, η δε υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής για την

υποβολή τους στον έλεγχο του Ελεγκτικού Συνεδρίου προκειμένου να ελεγχθεί η νομιμότητά τους και η συμφωνία τους με τους όρους της διακήρυξης πηγάζει ευθέως από τις διατάξεις του νόμου και δεν εξαρτάται από την βούληση των συμβαλλόμενων μερών. Ως εκ τούτου, η εν λόγω επισήμανση του Κλιμακίου, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα με την αίτηση, ανεξαρτήτως του ότι δεν αφορά στο υπό έλεγχο σχέδιο σύμβασης αλλά σε μελλοντική δυνητική συμφωνία τροποποίησης της ελεγχόμενης σύμβασης, συνιστά κατ' ουσία μια επιφύλαξη υπέρ του νόμου και δεν είναι αναγκαίο να συμπεριληφθεί στο σχέδιο της ελεγχόμενης σύμβασης, αφού αποτελεί απαίτηση του νόμου (ν.4129/2013), όπως αυτός παγίως ερμηνεύεται από το Ελεγκτικό Συνέδριο και ισχύει ανεξαρτήτως της βούλησης των μερών.

β) Όπως προκύπτει από τα προσκομιζόμενα στοιχεία, ο προβλεπόμενος στην παρ.28.1.3. όρος ότι σε περίπτωση που υπάρξει «Μεροληπτική Μεταβολή Νομοθεσίας» δημιουργείται δικαίωμα του Παραχωρησιούχου να ζητήσει την ανόρθωση της οικονομικής του ζημίας, αποτελεί όρο ο οποίος περιλαμβάνεται παγίως στις συμβάσεις παραχώρησης. Ως εκ τούτου, η επισήμανση της προσβαλλόμενης Πράξης του Κλιμακίου ότι στην περίπτωση αυτή, όταν ανακύψει ανάλογο ζήτημα, θα αποφανθεί κυριαρχικά το αρμόδιο δικαστήριο, δεν είναι αναγκαία, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα με τη αίτηση ανάκλησης, δοθέντος ότι στο άρθρο 33.3.1 της σύμβασης προβλέπεται ρητώς ότι όλες οι διαφορές που ανακύπτουν μεταξύ των συμβαλλόμενων μερών θα επιλύονται με διαιτησία. Συνεπώς, εφόσον το

ως άνω άρθρο της σύμβασης παραχώρησης επιφυλάσσει ρητώς την επίλυση των διαφορών που θα ανακύψουν κατά την εκτέλεση στο αρμόδιο Διαιτητικό Δικαστήριο, η επισήμανση αυτή του Κλιμακίου, εκτός του ότι δεν παρίσταται αναγκαία, ενέχει αβεβαιότητα και γεννά ερμηνευτικά ζητήματα στην περίπτωση της εφαρμογής της από τα συμβαλλόμενα μέρη. Άλλωστε, σε τέτοιου είδους συμβάσεις οι ρήτρες διαιτησίας πρέπει να διατυπώνονται με ξεκάθαρο τρόπο ώστε να μην αμφισβητείται η φύση της διαιτητικής διαδικασίας και η υποχρεωτικότητα αυτής. γ) Παρίσταται εύλογος ο περιλαμβανόμενος στο άρθρο 28.1.2. όρος του σχεδίου της σύμβασης, με τον οποίο προβλέπεται το δικαίωμα καταγγελίας της σύμβασης σε βάρος του Δημοσίου και αποζημίωσης του παραχωρησιούχου στην περίπτωση της μονομερούς κατάργησης ή τροποποίησης της σύμβασης παραχώρησης με νόμο, χωρίς την συμφωνία του παραχωρησιούχου, δοθέντος ότι με τον όρο αυτό δεν αποκλείεται καταρχήν η δυνατότητα του Δημοσίου να επέμβει κατά την διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης και να μεταβάλει με νόμο την οργάνωση και λειτουργία της δημόσιας υπηρεσίας, εφόσον οι ενέργειες αυτές υπαγορεύονται από το δημόσιο συμφέρον και επιβάλλονται για την κάλυψη των γενικών αναγκών των χρηστών. Άλλωστε, αντικείμενο του όρου αυτού αποτελεί η ρύθμιση και μόνο των συνεπειών μιας μονομερούς ενέργειας εκ μέρους του Δημοσίου σε μια σύμβαση παραχώρησης. Εν προκειμένω, ο παραχωρησιούχος – ιδιώτης οφείλει, το μεν να χρηματοδοτήσει με τα αναγκαία ίδια και δανειακά κεφάλαια το έργο αυτό, το δε να κατασκευάσει τα αναγκαία έργα υποδομής καθώς και να λειτουργήσει και να συντηρήσει το

Εμπορευματικό Κέντρο για μια περίοδο 60 ετών από την ημερομηνία έναρξης ισχύος της παραχώρησης με αντάλλαγμα το δικαίωμα εκμετάλλευσης του έργου. Εξάλλου, λόγω της φύσης της σύμβασης αυτής στον ανάδοχο – παραχωρησιούχο μετακυλιέται ένα μεγάλο μέρος του λεγόμενου «λειτουργικού κινδύνου» που εμπεριέχει την πιθανότητα μη απόδοσης ολόκληρης της επένδυσης, αλλά και μη ανάκτησης του κόστους λειτουργίας των έργων ή της παροχής των υπηρεσιών που του έχουν ανατεθεί. Η απουσία δε μιας τέτοιας προστατευτικής ρύθμισης θα ισοδυναμούσε με ανάληψη από τον παραχωρησιούχο ενός επιπλέον κινδύνου, ο οποίος κείται εκτός της σφαίρας ευθύνης του και επιρροής του. Σε κάθε περίπτωση, με τη διατήρηση του όρου αυτού στο σχέδιο της σύμβασης δεν παρέχεται πλεονέκτημα στον παραχωρησιούχο με την ευνοϊκή του μεταχείριση, ούτε αυτό δύναται να θεωρηθεί ως κρατική ενίσχυση υπέρ αυτού κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 107 ΣΛΕΕ. Ειδικότερα, για να χαρακτηριστεί ένα μέτρο ως κρατική ενίσχυση, κατά την έννοια του ως άνω άρθρου (107 ΣΛΕΕ) πρέπει να πληρούνται σωρευτικά όλες οι προϋποθέσεις που τίθενται από την διάταξη αυτή, ήτοι : α) να πρόκειται για παρέμβαση του Κράτους και η παρέμβαση αυτή πρέπει να γίνεται με κρατικούς πόρους β) να παρέχεται πλεονέκτημα στον αποδέκτη αυτής, υπό την έννοια ότι ευνοούνται συγκεκριμένες επιχειρήσεις ή ορισμένες παραγωγές γ) η παρέμβαση να είναι ικανή να επηρεάσει τις μεταξύ των κρατών μελών συναλλαγές και δ) η παρέμβαση αυτή να είναι ικανή να νοθεύσει ή να απειλεί να νοθεύσει τον ανταγωνισμό. Όλες δε οι ως άνω προϋποθέσεις πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά για να

χαρακτηρισθεί ένα μέτρο ως κρατική ενίσχυση. (αποφάσεις Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 21^{ης} Μαρτίου 1990, C-142/87, Βέλγιο κατά Επιτροπής «Tubemeuse», Συλλογή 1990, σ.Ι -959, σκέψη 254 της 16^{ης} Μαΐου 2002, C -482/99, Γαλλία κατά Επιτροπής, Συλλογή 2002, σ.Ι-4397, σκέψη 68, και της 24^{ης} Ιουλίου 2003, C 280/00 Altmark Trans και Regeirungspasidium Magdeburg, Συλλογή 2003, σ. Ι -7747, σκέψη 74, απόφαση του Πρωτοδικείου της 22ας Φεβρουαρίου 2006, T 34/02 Le Levant 001 κ.λ.π. κατά Επιτροπής, Συλλογή 2006, σ.ΙΙ 267, σκέψη 110). Εξάλλου, αποζημίωση καταβαλλόμενη για την αποκατάσταση ζημίας που προκλήθηκε από το Κράτος Μέλος δεν αποτελεί κρατική ενίσχυση κατά την έννοια του άρθρου 107 παρ.1 ΣΛΕΕ. (βλ. απόφαση του Δικαστηρίου επί των υποθέσεων C-106-120/1987, ΑΣΤΕΡΙΣ ΑΕ κλπ κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, Συλλογή 1988, σελ.05515, σκ.23 και 24, Απόφαση Ευρ. Επιτροπής 1999/268/EK της 20^{ης} Ιανουαρίου 1999).

VI. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η κρινόμενη αίτηση ανάκλησης και η υπέρ αυτής ασκηθείσα παρέμβαση πρέπει να γίνουν δεκτές με την ειδικότερη προαναφερθείσα ως προς την αιτιολογία του μέλους του Τμήματος Γεωργίου Βοΐλη, Συμβούλου, και να ανακληθεί η Προσβαλλόμενη Πράξη κατά το μέρος που αφορά, τόσο τις επισημάνσεις του Κλιμακίου όσον αφορά τα άρθρα 28.1.1. και 28.1.3. του σχεδίου της σύμβασης οι οποίες κρίνονται μη αναγκαίες και πρέπει να μην συμπεριληφθούν στο σχέδιο της σύμβασης, όσο και ως προς όρο που προβλέπεται στο άρθρο 28.1.2. του σχεδίου της σύμβασης περί του δικαιώματος καταγγελίας της σύμβασης σε βάρος του Δημοσίου και

αποζημίωσης του παραχωρησιούχου, ο οποίος, παρά την αντίθετη κρίση του Κλιμακίου, πρέπει να διατηρηθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την αίτηση ανάκλησης και την υπέρ αυτής ασκηθείσα παρέμβαση.

Ανακαλεί την 339/2017 Πράξη του Ζ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Διατάσσει την απόδοση του παραβόλου στην αιτούσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στην Αθήνα στις 29 Ιανουαρίου 2018.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΓΕΩΡΓΙΑ ΜΑΡΑΓΚΟΥ

Η ΕΙΣΗΓΗΤΗΣ ΣΥΜΒΟΥΛΟΣ
ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΕΛΙΣΑΒΕΤ ΚΟΥΛΟΥΜΠΙΝΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΘΕΟΔΩΡΑ ΤΑΚΙΤΖΙΔΟΥ

Δημοσιεύθηκε στο ακροατήριο του στις.....

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΓΕΩΡΓΙΑ ΜΑΡΑΓΚΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΘΕΟΔΩΡΑ ΤΑΚΙΤΖΙΔΟΥ