

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 11.06.2020, με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 07.05.2020 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 552/08-05-2020 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «, που εδρεύει στην, οδός, αριθ., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά της αναθέτουσας αρχής, Δήμου, που εδρεύει στην, οδός αριθ., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση άλλως τροποποίηση των υπ' αριθ. 206/2020 και 208/2020, ίδιου περιεχομένου, αποφάσεις της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, (εφεξής «οι προσβαλλόμενες πράξεις») κατά το μέρος που τροποποίησαν την προγενέστερη με αριθμό 290/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, ως προς την ανακήρυξη της ως οριστικής αναδόχου και αποφάσισαν την επανάληψη της διαδικασίας για το Τμήμα 4 της σύμβασης, αναφορικά με την υπ' αριθ. Διακήρυξη, καθώς και την ακύρωση κάθε άλλης συναφούς, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξης ή παράλειψης και την επιστροφή (απόδοση) του κατατεθέντος παραβόλου, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην Προσφυγή της.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Κωνσταντίνο Κορομπέλη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

Αριθμός απόφασης: 718 / 2020

σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α΄ 64), ποσού 600,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), για το Τμήμα 4, προϋπολογισμού 90.000 ευρώ, χωρίς Φ.Π.Α., για το οποίο ασκείται η παρούσα.

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. Διακήρυξη του Δήμου προκηρύχθηκε η διενέργεια δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού, κάτω των ορίων για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης για την «Προμήθεια εξοπλισμού για τη δημιουργία προσβάσιμων θαλάσσιων προορισμών στον Δήμο, συνολικού προϋπολογισμού 160.783,08 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (χαμηλότερη προσφορά), η οποία καταχωρήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. στις 24.06.2019 με ΑΔΑΜ, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) όπου και έλαβε αύξοντα συστημικό αριθμό Ειδικότερα, αντικείμενο της σύμβασης είναι προμήθεια του κατάλληλου εξοπλισμού για τη δημιουργία μη μόνιμων υποδομών εξυπηρέτησης ΑΜΕΑ σε τρεις δημοφιλείς οργανωμένες παραλίες του Δήμου (.....,,) για τη διασφάλιση της προσβασιμότητας των ΑΜΕΑ και των εμποδιζόμενων ατόμων σε αυτές. Η σύμβαση αυτή, αποτελούνταν κατά τα οριζόμενα στη Διακήρυξη, από 10 τμήματα, κάθε ένα εκ των οποίων, αφορούσε διαφορετικό είδος προς προμήθεια. Το τμήμα 4 της σύμβασης, αφορούσε στην προμήθεια 3 μηχανημάτων πρόσβασης ΑμεΑ στη θάλασσα και για το τμήμα αυτό υπέβαλε την προσφορά της η προσφεύγουσα εταιρεία.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, ανήκουσας στους Φορείς της Γενικής Διοίκησης και συγκεκριμένα στον υποτομέα Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης Α΄ Βαθμού, της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) και του χρόνου

Αριθμός απόφασης: 718 / 2020

δημοσίευσης (16.04.2020) της Προκήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ενώ έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017). Περαιτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 (α) του άρθρου 361 και την παρ. 362 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (α) του Π.Δ. 39/2017, έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι οι προσβαλλόμενες κοινοποιήθηκαν στην προσφεύγουσα στις 27.04.2020 και 28.04.2020 αντίστοιχα και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 07.05.2020.

4. Επειδή, με την υπ' αριθ. 258/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου (απόσπασμα από το Πρακτικό/2019 της συνεδρίασης της 08ης.09.2019), αποφασίστηκε η έγκριση του ως άνω πρακτικού εξέτασης οικονομικών προσφορών στο πλαίσιο του ως άνω διαγωνισμού, και η προσφεύγουσα εταιρεία κηρύχθηκε ως προσωρινή ανάδοχος για την προμήθεια του Τμήματος 4 της υπό ανάθεση σύμβασης, ενώ με την υπ' αριθ. 290/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου (απόσπασμα από το Πρακτικό/2019 της συνεδρίασης της εγκρίθηκε το Πρακτικό Νο 3 της εξέτασης δικαιολογητικών κατακύρωσης του υπόψη διαγωνισμού, με το οποίο η Επιτροπή διενέργειας εισηγούνταν την ανακήρυξη της προσφεύγουσας ως ως οριστικού αναδόχου για την προμήθεια του Τμήματος 4, έναντι συνολικού ποσού 91.530,00 Ευρώ, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. Στη συνέχεια, στις 27.01.2020 με το με υπ' αριθ. πρωτοκόλλου/24.01.2020 έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε εκ νέου την ως άνω απόφαση κατακύρωσης, και καλούσε την προσφεύγουσα όπως προσκομίσει εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης της σύμβασης, ποσού 4.050,00 Ευρώ, καθώς και όπως προσέλθει προς υπογραφή της σύμβασης εντός δεκαπέντε (15) ημερών. Ακολούθως και σε συνέχεια της ανωτέρω πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής, στις 03.02.2020 η προσφεύγουσα υπέβαλε νόμιμα κι εμπρόθεσμα την με αριθμό e- εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης του ΤΜΕΔΕ ποσού 4.050,00 Ευρώ, ενώ παράλληλα ζητούσε να ενημερωθεί για την ακριβή ημερομηνία υπογραφής

Αριθμός απόφασης: 718 / 2020

της σύμβασης. Εν συνεχεία, με την υπ' αριθμόν 187/3-2-2020 απόφαση (αριθμ. πρωτ.) της Οικονομικής Υπηρεσίας του Δήμουαποφασίσθηκε η έγκριση της δαπάνης και η διάθεση της πίστωσης συνολικού ύψους 160.783,08 ευρώ για την πληρωμή ισόποσης δαπάνης σε βάρος της πίστωσης του προϋπολογισμού εξόδων του Δήμου για τη δημιουργία ολοκληρωμένων τουριστικών προσβάσιμων θαλάσσιων προορισμών, εξασφαλίζοντας ο Δήμος την αναγκαία πίστωση για την εκτέλεση της σχετικής σύμβασης. Στη συνέχεια με την πρώτη προσβαλλόμενη πράξη, υπ' αριθ. 206/2020 (απόσπασμα από το Πρακτικό/2020 της συνεδρίασης της 24ης.04.2020 της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου), αποφασίστηκε η έγκριση της τροποποίησης της ως άνω με αριθμό 290/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, ως προς την ανακήρυξη της προσφεύγουσας εταιρείας ως οριστικού αναδόχου και η επανάληψη της διαδικασίας του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού, μεταξύ άλλων, και για το τμήμα 4, ενώ η ίδια, ως προς το περιεχόμενό της, απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, κοινοποιήθηκε εκ νέου στις 28.04.2020 στην προσφεύγουσα με αριθμό 208/2020.

5. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και με προφανές έννομο συμφέρον, άμεσο, προσωπικό και ενεστώδες, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των προσβαλλόμενων πράξεων, σύμφωνα με τα άρθρα 360 και 367 του Ν. 4412/2016 και τα άρθρα 3 και 18 του Π.Δ. 39/2017, καθ' ο μέρος αποφασίστηκε με αυτές η τροποποίηση της ως υπ' αριθ. 290/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, ως προς την ανακήρυξη της προσφεύγουσας εταιρείας ως οριστικού αναδόχου και η επανάληψη της διαδικασίας του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού, μεταξύ άλλων, και για το τμήμα 4, καθώς η εταιρεία αυτή με την υπ' αριθ. 290/2019 είχε ανακηρυχθεί οριστική ανάδοχος της υπό ανάθεση σύμβασης, απορριπτομένων των σχετικών ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής ως αβάσιμων. Περαιτέρω, παραδεκτώς η αναθέτουσα αρχή, στις 13.05.2020, κοινοποίησε μέσω του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού το υπ' αριθ. πρωτ./13.05.2020 έγγραφο απόψεών της, με το οποίο αιτείται την απόρριψη της Προσφυγής και τη διατήρηση των προσβαλλόμενων αποφάσεων της, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα σε αυτό, ενώ και η προσφεύγουσα παραδεκτώς υπέβαλε στις

Αριθμός απόφασης: 718 / 2020

05.06.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού το Υπόμνημά της, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με το άρθρο 43 του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α΄ 52) περ. 42, ήτοι προ πέντε (5) ημερών από την ημερομηνία εξέτασης της παρούσας (11.06.2020), αιτούμενη ό,τι και στην Προσφυγή της. Τέλος, απορριπτό τυγχάνει το υπ' αριθ./10.06.2020 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής με τίτλο «Απαντητικό Υπόμνημα επί του υπομνήματος της εταιρείας με την επωνυμία,», καθόσον κατ' άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει «[...] Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης. [...] Σε περίπτωση συμπληρωματικής αιτιολογίας επί της προσβαλλόμενης πράξης, αυτή υποβάλλεται έως και δέκα (10) ημέρες πριν την συζήτηση της προσφυγής [...] 8. Οι προθεσμίες του παρόντος άρθρου είναι αποκλειστικές», από τη θεώρηση δε, του υπόψη εγγράφου της αναθέτουσας αρχής, συνάγεται ότι ουδεμία συμπληρωματική αιτιολογία προβάλλεται αναφορικά με τη νομιμότητα της προσβαλλόμενων πράξεων - όπως, εξάλλου, προδήλως και από τον τίτλο του υπόψη εγγράφου τεκμαίρεται, αφού αυτό τιτλοφορείται ως «απαντητικό υπόμνημα ...», ήτοι η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί ότι όσα αναφέρονται στο έγγραφο αυτό απαντούν στο κατατεθέν υπόμνημα της Παρεμβαίνουσας και δεν αποτελούν συμπληρωματική αιτιολογία των προσβαλλόμενων - ενώ και σε κάθε περίπτωση το έγγραφο αυτό τυγχάνει εκπρόθεσμο, καθώς κατατέθηκε την προτεραία, 10.06.2020, της εξέτασης της παρούσας, 11.06.2020 και ουχί προ δέκα ημερών από αυτήν, ως ο Νόμος ορίζει, της σχετικής προθεσμίας ούσας αποκλειστικής.

6. Επειδή, με τις προσβαλλόμενες αποφάσεις έγινε δεκτό ότι «... Με την αριθμ. 290/2019 Απόφαση της, η Οικονομική Επιτροπή με θέμα «Έγκριση πρακτικού Νο 3 εξέτασης δικαιολογητικών κατακύρωσης για την προμήθεια εξοπλισμού στα πλαίσια υλοποίησης της πράξης “ΔΗΜΙΟΥΡΓΙΑ ΟΛΟΚΛΗΡΩΜΕΝΩΝ ΤΟΥΡΙΣΤΙΚΩΝ ΘΑΛΑΣΣΙΩΝ ΠΡΟΟΡΙΣΜΩΝ” ΚΩΔ. MIS, κηρύσσει την εταιρεία με ΑΦΜ, ΔΟΥ, που εδρεύει στην διεύθυνση, Τ.Κ.,, τηλ., email@otenet.gr, ως οριστικό

Αριθμός απόφασης: 718 / 2020

ανάδοχο για την προμήθεια των Τμημάτων 1, 3 και 10, έναντι συνολικού ποσού 17.048,70€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, το οποίο αντιστοιχεί στην προσφορά της και την εταιρεία με ΑΦΜ, ΔΥΟ, που εδρεύει στην διεύθυνση, Τ.Κ., τηλ., email@.....gr, ως ως οριστικό ανάδοχο για την προμήθεια του Τμήματος 4, έναντι συνολικού ποσού 91.530 ,00 € συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, το οποίο αντιστοιχεί στην προσφορά της. Στη συνέχεια υποβλήθηκε στο ΟΠΣ Δελτίο με τα απαραίτητα έγγραφα για την εξέταση της νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης των τμημάτων 1, 3, 4 και 10 του έργου. Σύμφωνα με το αριθμ.πρωτ. /21-04-2020 έγγραφο του και, Ειδική Γραμματεία Διαχείρισης Προγραμμάτων Ευρωπαϊκού Ταμείου περιφερειακής Ανάπτυξης, Ταμείου Συνοχής και Ευρωπαϊκού Κοινωνικού Ταμείου, Ειδική υπηρεσία Διαχείρισης Έ.Π. Ανταγωνιστικότητα, επιχειρηματικότητα & Καινοτομία διατυπώνεται Θετική Γνώμη για το σχέδιο σύμβασης και τη διαδικασία ανάθεσης για το Υποέργο «Δημιουργία Ολοκληρωμένων Τουριστικών Προσβάσιμων Θαλάσσιων Προορισμών_Τμήμα 1,3,10» ΑΑ 1 της Πράξης «Δημιουργία Ολοκληρωμένων Τουριστικών Προσβάσιμων Θαλάσσιων Προορισμών» με κωδικό ΟΠΣ «.....», συνολικού προϋπολογισμού «17.690,64 €» Στη Λίστα Ελέγχου Σχεδίου Σύμβασης (αριθμ.πρωτ. /22-04-2020) η οποία επισυνάπτεται, αποτυπώνονται τα αποτελέσματα της εξέτασης της νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης του έργου, βάσει του ισχύοντος θεσμικού και κανονιστικού πλαισίου παραγωγής του έργου και τους εθνικούς κανόνες επιλεξιμότητας: «Σχόλια ΔΑ/ΕΦ: Δεν παρέχεται θετική γνώμη για τα Τμήματα 2,5,6,7, 8 και 9 (για τα οποία δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά) και για το Τμήμα 4, όπου διαπιστώθηκε, κατά τον έλεγχο της διαδικασίας ανάθεσης από την ΕΥΔ, η μη πληρότητα ενός κριτηρίου ποιοτικής επιλογής στο μοναδικό προσφέροντα. Ειδικότερα, η διακήρυξη ανέφερε «2.2.7 Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης της διεθνούς σειράς ISO 9001 & ISO 14001» «και Β.5. Για την απόδειξη της συμμόρφωσής τους με πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης της παραγράφου 2.2.7 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν Πρότυπο ISO 9001 και 14001 ή άλλο ισοδύναμο εν ισχύ για κάθε Τμήμα της

Αριθμός απόφασης: 718 / 2020

Διακήρυξης για το οποίο υποβάλουν προσφορά.». Επιπρόσθετα, στο αντίστοιχο πεδίο του ΤΕΥΔ, όπως συμπληρώθηκε από το μοναδικό προσφέροντα για το εν λόγω τμήμα, αναφερόταν η απάντηση «Δεν αφορά» για το πρότυπο περιβαλλοντικής διαχείρισης. Ως εκ τούτου, η διαδικασία για το Τμήμα 4 καθώς και για τα Τμήματα που δεν υποβλήθηκαν προσφορές (που αποτελούν το υποέργο 2 και 3 της Πράξης) πρέπει να επαναληφθεί, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο ισχύον νομικό πλαίσιο». Κατόπιν των ανωτέρω εισηγούμαστε την τροποποίηση της αριθμ.290/2019 (ορθή επανάληψη ως προς τα ποσά των προσφορών) Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ως προς την ανακήρυξη της εταιρείας ως οριστικού αναδόχου και τη διαδικασία του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για τα τμήματα 2,4,5,6,7, 8 και 9 σε σύνολο προϋπολογισμού 143.092,44€ ...».

7. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της Προσφυγής της ισχυρίζεται ότι οι προσβαλλόμενες τυγχάνουν ακυρωτές, καθόσον υφίσταται παραβίαση των άρθρων 105 παρ. 3 και 106 του Ν. 4412/2016, καθώς και του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού, άρθρο 3.3. της Διακήρυξη, το οποίο προβλέπει την ολοκλήρωση της διαδικασίας ανάθεσης, ενώ και σε κάθε περίπτωση αναφέρει ότι η υπόψη σύμβαση έχει καταρτισθεί και ουδόλως παρέχεται δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να ματαιώσει τη διαδικασία ανάθεσης και να ορίσει την επανάληψή της, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην Προσφυγή της.

8. Επειδή, το άρθρο 36 «Προληπτικός έλεγχος συμβάσεων Ο.Τ.Α.» του Ν. 4129/2013 «Κύρωση του Κώδικα Νόμων για το Ελεγκτικό Συνεδριο» (ΦΕΚ Α΄ 52 /28.02.2013) ορίζει ότι «για τις συμβάσεις προμήθειας αγαθών [...] που συνάπτουν οι Ο.Τ.Α. και τα νομικά τους πρόσωπα, προϋπολογιζόμενης δαπάνης, χωρίς φόρο προστιθέμενης αξίας (Φ.Π.Α.), ποσού άνω των διακοσίων χιλιάδων ευρώ, διενεργείται υποχρεωτικά προληπτικός έλεγχος νομιμότητας αυτών, πριν από τη σύναψη τους, από τον Επίτροπο του Ελεγκτικού Συνεδρίου, που είναι αρμόδιος για τον προληπτικό έλεγχο των δαπανών τους».

9. Επειδή, το άρθρο 21 «Επαλήθευση πράξεων» του Ν. 4314/2014 «Για τη διαχείριση, τον έλεγχο και την εφαρμογή αναπτυξιακών παρεμβάσεων

Αριθμός απόφασης: 718 / 2020

για την προγραμματική περίοδο 2014-2020, Β) Ενσωμάτωση της Οδηγίας 2012/17 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 13ης Ιουνίου 2012 (ΕΕ L 156/16.6.2012) στο ελληνικό δίκαιο, τροποποίηση του ν. 3419/2005 (Α 297) και άλλες διατάξεις (ΦΕΚ Α' 265/23/12/2014) ορίζει ότι 1. Η αρμόδια Διαχειριστική Αρχή πραγματοποιεί η ίδια ή υπό την εποπτεία της, τις επαληθεύσεις, σύμφωνα με τις παράγραφους 4, 5 και 6 του άρθρου 125 του Κανονισμού και τηρεί αρχεία για τις επαληθεύσεις που πραγματοποιούνται, σύμφωνα με πρότυπα και διαδικασίες του συστήματος διαχείρισης και ελέγχου. 2. Οι Αρχές Διαχείρισης διενεργούν ελέγχους νομιμότητας των διακηρύξεων, καθώς και των διαδικασιών ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων και των τροποποιήσεων αυτών, που αφορούν σε συγχρηματοδοτούμενες πράξεις, προκειμένου να διασφαλιστεί η επιλεξιμότητα των δαπανών τους. Με την υπουργική απόφαση του Συστήματος Διαχείρισης ή άλλη απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας εξειδικεύονται οι διαδικασίες του ελέγχου, τα κριτήρια επιλογής των συμβάσεων προς έλεγχο, η τυχόν εφαρμογή μεθόδων δειγματοληψίας για την επιλογή των προς έλεγχο διαδικασιών ανάθεσης συμβάσεων, περιπτώσεις απαλλαγής από τον έλεγχο, οι προθεσμίες ολοκλήρωσης του ελέγχου, καθώς και κάθε σχετικό θέμα εφαρμογής των ελέγχων αυτών. 3. Για τις συμβάσεις που ελέγχονται υποχρεωτικά δυνάμει της ανωτέρω υπουργικής απόφασης, η θετική γνώμη της Αρχής Διαχείρισης αποτελεί όρο που λαμβάνεται υπόψιν και μνημονεύεται στις οικείες αποφάσεις προκήρυξης υπό ανάθεση συμβάσεων ή στις αποφάσεις ανάθεσης που εκδίδονται από τα αποφασίζοντα όργανα των δικαιούχων».

10. Επειδή, το άρθρο 39 «Σκοπός και έκταση ελέγχου» της Υ.Α. 137675/ΕΥΘΥ1016/19.12.2018 (ΦΕΚ Β' 5968/31.12.2018) με την οποία αντικαθίσταται η υπ' αριθ. ΥΑ 110427/ΕΥΘΥ/1020/20.10.2016 (ΦΕΚ Β' 3521/2016) «Τροποποίηση και αντικατάσταση της υπ' αριθμ. 81986/ΕΥΘΥ712/31.7.2015 (ΦΕΚ Β' 1822) υπουργικής απόφασης "Εθνικοί κανόνες επιλεξιμότητας δαπανών για τα προγράμματα του ΕΣΠΑ 2014 - 2020 - Έλεγχοι νομιμότητας δημοσίων συμβάσεων συγχρηματοδοτούμενων πράξεων ΕΣΠΑ 2014-2020 από Αρχές Διαχείρισης και Ενδιάμεσους Φορείς - Διαδικασία ενστάσεων επί των αποτελεσμάτων αξιολόγησης πράξεων» από

Αριθμός απόφασης: 718 / 2020

την έναρξη ισχύος της» ορίζει ότι «1. Ο έλεγχος αφορά στη νομιμότητα των διαδικασιών ανάθεσης και εκτέλεσης των δημοσίων συμβάσεων που συγχρηματοδοτούνται στο πλαίσιο του ΕΣΠΑ 2014-2020 προκειμένου να διασφαλιστεί η επιλεξιμότητα των δαπανών τους. 2. Ο έλεγχος αποσκοπεί να επιβεβαιώσει ότι οι διαδικασίες ανάθεσης και εκτέλεσης των δημοσίων συμβάσεων διενεργούνται σύμφωνα με το ισχύον και εφαρμοζόμενο κατά περίπτωση εθνικό και ενωσιακό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων και ότι στις διαδικασίες αυτές τηρούνται οι αρχές των δημοσίων συμβάσεων, όπως και ενδεικτικά, της ίσης μεταχείρισης, της μη-διάκρισης, της διαφάνειας και της προστασίας του ανταγωνισμού. 3. α. Ο έλεγχος δεν υποκαθιστά την ελεγκτική αρμοδιότητα άλλων δικαιοδοτικών κλάδων. Στην περίπτωση που η εξεταζόμενη δημόσια σύμβαση ελέγχεται από άλλο κατά νόμο αρμόδιο όργανο, όπως το Ελεγκτικό Συνέδριο ή την Ενιαία Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων, οι Διαχειριστικές Αρχές / Ενδιάμεσοι Φορείς (εφεξής ΔΑ/ΕΦ) λαμβάνουν υπόψη τα αποτελέσματα των ελέγχων των οργάνων αυτών και δεν απαιτείται να επαναλαμβάνουν τον έλεγχο νομιμότητας που διενεργήθηκε, και μέχρι την έκταση του ελέγχου αυτού. Δύναται ωστόσο να υπεισέρχονται σε έλεγχο στοιχείων που δεν εξετάστηκαν κατά την έκδοση των ελεγκτικών αποφάσεων των οργάνων αυτών, και ιδίως ως προς τις απαιτήσεις του ειδικού νομοθετικού, θεσμικού και διαχειριστικού πλαισίου που διέπει τις συγχρηματοδοτούμενες πράξεις του ΕΣΠΑ 2014-2020. β. Ο έλεγχος δεν υποκαθιστά τις ουσιαστικές ή τεχνικές κρίσεις που εξέφεραν τα όργανα της Αναθέτουσας Αρχής στο πλαίσιο της διαδικασίας που ελέγχεται, για τις οποίες ωστόσο γίνεται έλεγχος ότι φέρουν επαρκή αιτιολογία. 4. Διοικητικές ή ιδιωτικές διαφορές που ανέκυψαν λόγω ή με αφορμή την διαδικασία σύναψης ή εκτέλεσης δημόσιας συγχρηματοδοτούμενης σύμβασης δεν διέπονται από την παρούσα απόφαση και δεν εξετάζονται στο παρόν ελεγκτικό πλαίσιο».

11. Επειδή, το άρθρο 105 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «3. Η απόφαση κατακύρωσης δεν παράγει τα έννομα αποτελέσματά της, εφόσον η αναθέτουσα αρχή δεν την κοινοποίησε σε όλους τους προσφέροντες που δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά. Τα έννομα αποτελέσματα της απόφασης κατακύρωσης και ιδίως, η σύναψη της σύμβασης επέρχονται εφόσον και όταν συντρέξουν σωρευτικά τα εξής: α) α) σε συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία άνω

Αριθμός απόφασης: 718 / 2020

των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής ή περίπτωση άσκησης, παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησης αίτησης αναστολής κατά της απόφασης της Α.Ε.Π.Π. και σε περίπτωση άσκησης αίτησης αναστολής κατά της απόφασης της Α.Ε.Π.Π., εκδοθεί απόφαση επί της αίτησης, με την επιφύλαξη της χορήγησης προσωρινής διαταγής, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο τελευταίο εδάφιο της παραγράφου 4 του άρθρου 372 και [...] β) ολοκληρωθεί επιτυχώς ο προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με τα άρθρα 35 και 36 του ν. 4129/2013, εφόσον απαιτείται και γ) κοινοποιηθεί η απόφαση κατακύρωσης στον προσωρινό ανάδοχο, εφόσον ο τελευταίος υποβάλλει, έπειτα από σχετική πρόσκληση, υπεύθυνη δήλωση, που υπογράφεται κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 79Α, στην οποία θα δηλώνεται ότι, δεν έχουν επέλθει στο πρόσωπό του οψιγενείς μεταβολές κατά την έννοια του άρθρου 104 και μόνον στην περίπτωση του προσυμβατικού ελέγχου ή της άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της απόφασης κατακύρωσης. Η υπεύθυνη δήλωση ελέγχεται από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο, το οποίο συντάσσει πρακτικό που συνοδεύει τη σύμβαση. 4. Μετά την επέλευση των εννόμων αποτελεσμάτων της απόφασης κατακύρωσης, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί τον ανάδοχο να προσέλθει για την υπογραφή του συμφωνητικού, θέτοντάς του προθεσμία που δε μπορεί να υπερβαίνει τις είκοσι (20) ημέρες από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης ειδικής πρόσκλησης. 5. Η υπογραφή του συμφωνητικού έχει αποδεικτικό χαρακτήρα. [...]». Περαιτέρω, το άρθρο 106 «Ματαίωση διαδικασίας» του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: α) εφόσον η διαδικασία απέβη άγονη είτε λόγω μη υποβολής προσφοράς είτε λόγω απόρριψης όλων των προσφορών ή αιτήσεων ή αποκλεισμού όλων των προσφερόντων ή συμμετεχόντων, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος βιβλίου και τα έγγραφα της σύμβασης ή β) στην περίπτωση του τελευταίου εδαφίου της παραγράφου 5 του άρθρου 105, 2. Ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας

Αριθμός απόφασης: 718 / 2020

ανάθεσης, β) αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού αντικείμενου δεν ενδιαφέρει πλέον την αναθέτουσα αρχή ή τον φορέα για τον οποίο προορίζεται το υπό ανάθεση αντικείμενο, γ) αν λόγω ανωτέρας βίας, δεν είναι δυνατή η κανονική εκτέλεση της σύμβασης, δ) αν η επιλεγείσα προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, ε) στην περίπτωση της παραγράφου 4 του άρθρου 97, στ) για άλλους επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος όπως ιδίως δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος. 3. Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμά της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη. 4. Όταν συντρέχουν οι λόγοι για τη ματαίωση της διαδικασίας που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2, η αναθέτουσα αρχή ακυρώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης για ολόκληρο το αντικείμενο της σύμβασης ή, αν οι λόγοι αυτοί συνδέονται με τμήμα της σύμβασης, για το εν λόγω τμήμα, εφόσον επιτρέπεται η κατάθεση τέτοιων προσφορών. 5. Η αναθέτουσα αρχή διατηρεί, επίσης, το δικαίωμα, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, να αποφασίσει, παράλληλα με τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης, και την επανάληψη οποιασδήποτε φάσης της διαδικασίας σύναψης, με τροποποίηση ή μη των όρων της ή την προσφυγή στη διαδικασία των άρθρων 29 ή 32, εφόσον, στην τελευταία αυτή περίπτωση, πληρούνται οι όροι και οι προϋποθέσεις των άρθρων αυτών [...].».

12. Επειδή, ο όρος 3.3. «Κατακύρωση – σύναψη σύμβασης» της Διακήρυξης ορίζει ότι «η απόφαση κατακύρωσης δεν παράγει έννομα αποτελέσματα, εφόσον δεν κοινοποιηθεί σε όλους τους προσφέροντες που δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά. Τα έννομα αποτελέσματα της απόφασης κατακύρωσης και ιδίως η σύναψη της σύμβασης επέρχονται εφόσον συντρέξουν σωρευτικά τα κάτωθι: α) άπρακτη πάροδος των προθεσμιών άσκησης των προβλεπόμενων στην παράγραφο 3.4. της παρούσας βοηθημάτων και μέσων στο στάδιο της προδικαστικής και δικαστικής προστασίας και από τις αποφάσεις αναστολών επί αυτών, β) κοινοποίηση της

Αριθμός απόφασης: 718 / 2020

απόφασης κατακύρωσης στον προσωρινό ανάδοχο, εφόσον αυτός υποβάλει επικαιροποιημένα τα δικαιολογητικά της παραγράφου 2.2.9.2. και μόνον στην περίπτωση του προσυμβατικού ελέγχου ή της άσκησης προδικαστικής προσφυγής και ενδίκων μέσων κατά της απόφασης κατακύρωσης, έπειτα από σχετική πρόσκληση. Η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί τον ανάδοχο να προσέλθει για υπογραφή του συμφωνητικού, θέτοντάς του προθεσμία που δε μπορεί να υπερβαίνει τις είκοσι (20) ημέρες από την κοινοποίηση της σχετικής ειδικής πρόσκλησης. Το συμφωνητικό έχει αποδεικτικό χαρακτήρα», ενώ ο όρος 3.5 της Διακήρυξης ορίζει ότι «Η αναθέτουσα αρχή ματαιώνει ή δύναται να ματαιώσει εν όλω ή εν μέρει αιτιολογημένα τη διαδικασία ανάθεσης, για τους λόγους και υπό τους όρους του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, μετά από γνώμη της αρμόδιας Επιτροπής του Διαγωνισμού. Επίσης, αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη». Τέλος, το άρθρο 4.6. «Δικαίωμα μονομερούς λύσης της σύμβασης» της Διακήρυξης ορίζει ότι «4.6.1. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, με τις προϋποθέσεις που ορίζουν οι κείμενες διατάξεις, να καταγγείλει τη σύμβαση κατά τη διάρκεια της εκτέλεσής της, εφόσον: α) η σύμβαση έχει υποστεί ουσιώδη τροποποίηση, κατά την έννοια της παρ. 4 του άρθρου 132 του ν. 4412/2016, που θα απαιτούσε νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης β) ο ανάδοχος, κατά το χρόνο της ανάθεσης της σύμβασης, τελούσε σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 2.2.3.1 και, ως εκ τούτου, θα έπρεπε να έχει αποκλειστεί από τη διαδικασία σύναψης της σύμβασης, γ) η σύμβαση δεν έπρεπε να ανατεθεί στον ανάδοχο λόγω σοβαρής παραβίασης των υποχρεώσεων που υπέχει από τις Συνθήκες και την Οδηγία 2014/24/ΕΕ, η οποία έχει αναγνωρισθεί με απόφαση του Δικαστηρίου της Ένωσης στο πλαίσιο διαδικασίας δυνάμει του άρθρου 258 της ΣΛΕΕ».

13. Επειδή, από τις ανωτέρω διατάξεις, συνάγεται ότι η διαδικασία σύναψης της δημόσιας σύμβασης, ως σύνθετη διοικητική ενέργεια, ολοκληρώνεται με την αποστολή της κατακυρωτικής απόφασης στον ανάδοχο. Με την κοινοποίηση αυτή, ολοκληρώνεται η διαδικασία ανάθεσης

Αριθμός απόφασης: 718 / 2020

της σύμβασης στον ανάδοχο και η σύμβαση θεωρείται ως συναφθείσα, ενώ η υπογραφή του συμφωνητικού που ακολουθεί έχει απλώς αποδεικτικό χαρακτήρα, ως ρητά ορίζεται στην παρ. 5 τόσο του άρθρου 105 όσο και στην εννοιολογικά ταυτόσημη διάταξη της Διακήρυξης (βλ. ενδεικτικά Σ.Τ.Ε. 2721/2018, 4866/2014, όπου «το ενοχικό συνάλλαγμα καταρτίζεται κατ' αρχήν πλήρως με την ανακοίνωση στον ανάδοχο της κατακυρωτικής απόφασης και ασχέτως της υπογραφής της οικείας συμβάσεως», παραπομπ. σε Σ.Τ.Ε. 4579/2013, 1297/2013, 2277/2008, 1107/2003, ΔΕφΘεσσ 207/2019, 1887/2019, ΔεφΛαρ 172/2018, ΔΕφΑθ 2900/2016) και ουχί συστατικό. Τα ανωτέρω στοιχούν με τις γενικές αρχές του ενοχικού δικαίου περί κατάρτισης της σύμβασης με πρόταση και αποδοχή αυτής (άρθρα 361, 185, 191 και 193 του Αστικού Κώδικα, υπό την προϋπόθεση η πρόταση να είναι πλήρης, να περιέχει δηλαδή όλα τα στοιχεία που απαιτούνται για τη σκοπούμενη σύμβαση, προπαντός μεν τα ουσιώδη και αντίστοιχα, η αποδοχή της πρότασης για τη σύναψη σύμβασης να είναι σύμφωνη με το περιεχόμενο της πρότασης χωρίς επιφύλαξη ή τροποποίηση, να ακολουθεί την πρόταση και να περιέλθει σ' αυτόν που πρότείνει (Α.Π. 845/2019). Περαιτέρω, από τη σαφή γραμματική διατύπωση του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016, ως αυτή υιοθετείται στο άρθρο 3.5. της Διακήρυξης, το οποίο ρητά παραπέμπει σε αυτό, συνάγεται ότι η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής για ματαίωση του διαγωνισμού, και επανάληψη της διαδικασίας, αναφέρεται στη ματαίωση της «διαδικασίας σύναψης», ήτοι στη ματαίωση κατά το προσυμβατικό στάδιο και ουχί εφόσον η σύμβαση έχει συναφθεί, οπότε και δεν χωρεί ανάκληση/τροποποίηση της πράξης του προσυμβατικού σταδίου, που οδηγεί σε ματαίωση του διαγωνισμού, μετά τη σύναψη της σύμβασης, ήτοι μετά την κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης και την πλήρωση των προϋποθέσεων του άρθρου 105 του Ν. 4412/2016, αφού δεν υφίσταται πλέον νόμιμη ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να προβεί σε έκδοση απόφασης ανάκλησης/τροποποίησης της κατακυρωτικής απόφασης, μη υπογραφής της σύμβασης και ακύρωσης των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού (ΔΕφΑθ 617/2016, ΑΕΠΠ 267/2019, όπου εξ αντιδιαστολής συνάγεται το συμπέρασμα, ότι εφόσον η πράξη κατακύρωσης έχει ήδη αναπτύξει τα έννομα αποτελέσματά της, δεν είναι δυνατό να τύχουν εφαρμογής οι διατάξεις

Αριθμός απόφασης: 718 / 2020

του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016 περί ματαίωσης του διαγωνισμού, με τη λήψη απόφασης ματαίωσης, η οποία εν τοις πράγμασι, καταργεί την απόφαση κατακύρωσης, ως νέα πράξη με αντίθετο της κατακύρωσης περιεχόμενο). Τα ανωτέρω εναργώς τεκμαίρονται και από τη συστηματική ερμηνεία της Διακήρυξης, ήτοι των όρων 3.3 και 3.5 αυτής σε συνδυασμό με τον όρο 4.6, όπου ορίζεται ότι μετά την ανάθεση της σύμβασης, και επομένως, μετά την ολοκλήρωση του προσυμβατικού σταδίου, η αναθέτουσα αρχή έχει μόνον το δικαίωμα μονομερούς καταγγελίας, για έναν από τους περιοριστικά αναφερόμενους στον όρο αυτό, 4.6, της Διακήρυξης, αναφερόμενους λόγους.

14. Επειδή, στην προκείμενη περίπτωση, στις 27.09.2019 κοινοποιήθηκε μέσω Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. η υπ' αριθ. 290/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία η προσφεύγουσα εταιρεία κηρύχθηκε οριστική ανάδοχος για την προμήθεια του Τμήματος 4 της υπό ανάθεση σύμβασης, ενώ η απόφαση αυτή κοινοποιήθηκε σε όλους τους προσφέροντες που δεν είχαν αποκλειστεί οριστικά, χωρίς να ασκηθεί προδικαστική προσφυγή. Κατόπιν, στις 27.01.2020 η αναθέτουσα αρχή, με το με αριθμό πρωτοκόλλου/24.01.2020 έγγραφο της, κοινοποίησε εκ νέου στην προσφεύγουσα την υπ' αριθ. 290/2019 απόφαση της Οικονομικής της Επιτροπής, καλώντας την προς υπογραφή της σύμβασης εντός δεκαπέντε (15) ημερών, καθώς και όπως προσκομίσει εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης της σύμβασης, ποσού 4.050,00 Ευρώ, την οποία και η προσφεύγουσα υπέβαλε νομίμως. Ως εκ τούτου, συνάγεται ότι έχουν συντρέξει οι προϋποθέσεις που τίθενται στο άρθρο 3.3 της Διακήρυξης, ήτοι η άπρακτη πάροδος των προθεσμιών άσκησης ενδίκων βοηθημάτων και μέσων και η κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης και υποβολή επικαιροποιημένων δικαιολογητικών και κατ' ακολουθία, με την κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης στις 27.09.2019, ολοκληρώθηκε η διαδικασία ανάθεσης του Τμήματος 4 της σύμβασης στην προσφεύγουσα και κατά το οποίο τμήμα η σύμβαση θεωρείται συναφθείσα, αφού δεν ασκήθηκε εν τέλει προσφυγή, σε κάθε περίπτωση συναφθείσα θεωρείται από την 08^η.10.2019, επομένη της λήξης της δεκαήμερης προθεσμίας άσκησης προδικαστικής προσφυγής. Τα ανωτέρω επιρρωνύονται και περαιτέρω διότι, σύμφωνα με τα

Αριθμός απόφασης: 718 / 2020

προρρηθέντα, προκύπτει ότι πληρούνται και οι προϋποθέσεις του άρθρου 105 του Ν. 4412/2016 περί των εννόμων αποτελεσμάτων της απόφασης κατακύρωσης και της σύναψης της σύμβασης, αφού πέραν των σωρευτικών προϋποθέσεων περί μη άσκησης ενδίκων μέσων και κοινοποίησης της απόφασης κατακύρωσης – ως και στον όρο 3.3. της Διακήρυξης απαιτείται κατά τα προλεχθέντα – αφού στην προκείμενη περίπτωση δεν απαιτείται να ολοκληρωθεί επιτυχώς ο προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με τα άρθρα 35 και 36 του Ν. 4129/2013, δοθέντος ότι η υπό κρίση υπόθεση αφορά διαγωνιστική διαδικασία εκτιμώμενης αξίας 137.887,27 ευρώ, χωρίς Φ.Π.Α., ενώ κατ’ άρθρο 36 του Ν. 4129/2013 διενεργείται υποχρεωτικά προληπτικός έλεγχος νομιμότητας από τον Επίτροπο του Ελεγκτικού Συνεδρίου πριν από τη σύναψη συμβάσεων προμήθειας αγαθών που συνάπτουν οι Ο.Τ.Α. και τα νομικά τους πρόσωπα, εφόσον η προϋπολογιζόμενη δαπάνη αυτών ξεπερνά το ποσό των 200.000 χωρίς Φ.Π.Α. (βλ. σκέψη 9 της παρούσας), περίπτωση που δε συντρέχει εν προκειμένω. Ετέρωθεν, δεν ορίζεται σε κανένα σημείο της Διακήρυξης ότι προϋπόθεση κατακύρωσης της σύμβασης αποτελεί η ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου, ως τέτοιου νοούμενου δε και της έγκρισης της από Αρχές Διαχείρισης και Ενδιάμεσους Φορείς κατά τα προβλεπόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 44 της Υ.Α. 137675/ΕΥΘΥ1016/19.12.2018 (ΦΕΚ Β’5968/31.12.2018) με την οποία αντικαθίσταται η υπ’ αριθ. ΥΑ 110427/ΕΥΘΥ/1020/20.10.2016 (ΦΕΚ Β’ 3521/2016) «*Τροποποίηση και αντικατάσταση της υπ’ αριθμ. 81986/ΕΥΘΥ712/31.7.2015 (ΦΕΚ Β’ 1822) υπουργικής απόφασης “Εθνικοί κανόνες επιλεξιμότητας δαπανών για τα προγράμματα του ΕΣΠΑ 2014 - 2020 - Έλεγχοι νομιμότητας δημοσίων συμβάσεων συγχρηματοδοτούμενων πράξεων ΕΣΠΑ 2014-2020 από Αρχές Διαχείρισης και Ενδιάμεσους Φορείς - Διαδικασία ενστάσεων επί των αποτελεσμάτων αξιολόγησης πράξεων*» από την έναρξη ισχύος της» ή της εξασφάλισης της χρηματοδότησης, η οποία προϋποθέτει την ανωτέρω έγκριση από Αρχές Διαχείρισης και Ενδιάμεσους Φορείς – κατά το άρθρο 42 της ανωτέρω ΥΑ - πολλώ δε μάλλον που σύμφωνα με το υφιστάμενο νομοθετικό πλαίσιο, άρθρο 21 του Ν. 4314/2014 και άρθρο 39 της Υ.Α. 137675/ΕΥΘΥ1016 (βλ. ανωτέρω σκέψεις 9 και 10) ο έλεγχος που

Αριθμός απόφασης: 718 / 2020

διενεργείται από τη διαχειριστική αρχή περιορίζεται και αποσκοπεί στη διασφάλιση της επιλεξιμότητας των δαπανών, ενώ σε καμία περίπτωση δεν υποκαθιστά τις κρίσεις των οργάνων της αναθέτουσας αρχής, όπως προβλέπεται ρητά. Επιπλέον, στην υπό εξέταση περίπτωση δεν απαιτείται και η υποβολή υπεύθυνης δήλωσης, που υπογράφεται κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 79Α, στην οποία θα δηλώνεται ότι, δεν έχουν επέλθει στο πρόσωπό του αναδόχου οψιγενείς μεταβολές κατά την έννοια του άρθρου 104, αφού αυτή υποβάλλεται μόνον στην περίπτωση του προσυμβατικού ελέγχου ή της άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της απόφασης κατακύρωσης, περιπτώσεις που εν προκειμένω δεν συντρέχουν κατά τα προαναφερόμενα, αφού η σύμβαση έχει συναφθεί και συνεπώς δε διενεργείται προσυμβατικός έλεγχος ούτε και έχει ασκηθεί προσφυγή κατά της απόφασης κατακύρωσης. Η εν λόγω σύμβαση με την αναθέτουσα αρχή για την προμήθεια του Τμήματος 4, θεωρείται συναφθείσα, χωρίς να επιδρά καθ' οιονδήποτε τρόπο η μη υπογραφή του σχετικού συμφωνητικού, το οποίο κατά την παρ. 5 του άρθρου 105 του Ν. 4412/2016 και την όμοια διάταξη της Διακήρυξης *expressis verbis* έχει αποδεικτικό χαρακτήρα. Επομένως, οι σχετικοί ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής ότι δεν έχει συναφθεί η σύμβαση, αφού δεν έχει ολοκληρωθεί ο προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο, δεν έχει κατατεθεί η σχετική υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 105 παρ. 3 γ' και δεν έχει υπογραφεί η σχετική σύμβαση, τυγχάνουν απορριπτέοι ως νόμω αβάσιμοι, κατά τα γενόμενα δεκτά ανωτέρω, εντεύθεν παρέπεται ότι δεν υφίστατο, πλέον, νόμιμη ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να προβεί σε έκδοση απόφασης ανάκλησης/τροποποίησης της κατακυρωτικής απόφασης μετά τη σύναψη της σύμβασης ως έπραξε. Ωσαύτως απορριπτέος τυγχάνει και ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής περί αδυναμίας πληρωμής της προσφεύγουσας εφόσον ολοκληρώσει και παραδώσει το έργο, συνεπεία μη έγκρισης του προσυμβατικού ελέγχου από την προκείμενη διαχειριστική αρχή, αφού η θετική ή η τεκμαιρόμενη θετική γνώμη της διαχειριστικής αρχής αποτελεί αποκλειστικά όρο για τη χρηματοδότηση της πράξης στο πλαίσιο των προγραμμάτων ΕΣΠΑ 2014-2020, σύμφωνα με το άρθρο 39 και δεν συνιστά, όπως προαναφέρθηκε, τον προσυμβατικό έλεγχο που ασκεί το Ελεγκτικό Συνέδριο, η δε έλλειψη χρηματοδότησης της πράξης στο πλαίσιο

Αριθμός απόφασης: 718 / 2020

των ανωτέρω προγραμμάτων, δεν συνεπάγεται άνευ ετέρου και την αδυναμία της αναθέτουσας αρχής να πληρώσει, πολλώ δε μάλλον τη στιγμή που η αναθέτουσα, έχει ήδη εγκρίνει την δαπάνη και τη διάθεση της ανωτέρω πίστωσης για το αντικείμενο του διαγωνισμού με την υπ' αριθ. 187/03.02.2020 απόφαση της Οικονομικής Υπηρεσίας της, με την οποία εγκρίθηκε η δαπάνη και η διάθεση της πίστωσης του ποσού των 160.783,08 ευρώ για τη δημιουργία ολοκληρωμένων τουριστικών προσβάσιμων θαλάσσιων προορισμών, ως αναφέρθηκε ανωτέρω (βλ. σκέψη 4 της παρούσας). Κατ' ακολουθίαν, ο πρώτος λόγος της Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός, ως νόμω και ουσία βάσιμος και οι προσβαλλόμενες πράξεις να ακυρωθούν κατά το μέρος που αφορούν το Τμήμα 4 του διαγωνισμού και την απόρριψη εντέλει της προσφοράς της προσφεύγουσας.

15. Επειδή, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στις παραπάνω σκέψεις, για καθεμία από τις πιο πάνω αναφερόμενες πλημμέλειες των προσβαλλόμενων πράξεων, αυτές τυγχάνουν ακυρωτές και ως εκ τούτου παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση έτερων λόγων ακύρωσης αυτών, που προβάλλονται με τους υπόλοιπους λόγους της Προδικαστικής Προσφυγής, δοθέντος ότι οι ως άνω πλημμέλειες των προσβαλλόμενων πράξεων παρέχουν αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την ακύρωση των προσβαλλόμενων πράξεων.

16. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η υπό κρίση Προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή ως βάσιμη, νόμω και ουσία, σύμφωνα με ό,τι κρίθηκε ανωτέρω, το παράβολο, δε, που κατέθεσε η προσφεύγουσα να επιστραφεί (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προσφυγή.

Ορίζει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 11 Ιουνίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη και εκδόθηκε στις 24 Ιουνίου 2020.

Αριθμός απόφασης: 718 / 2020

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Τζέιμου Ελ. Γιάννακα