

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 06.07.2020 με την εξής σύνθεση: Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Σταυρούλα Κουρή και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 29.05.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/665/01.06.2020 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «*****» και τον διακριτικό τίτλο «****», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ *****[εφεξής αναθέτουσα αρχή].

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 351-17/29.04.2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. **** Διακήρυξης, με αντικείμενο την κατασκευή του έργου «Συντήρηση λιμενικής εγκατάστασης, αποκατάσταση λειτουργικών βαθών, λειτουργική αναβάθμιση προβλήτα Ε/Ο σκαφών στο Λιμένα ****».

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. **** Διακήρυξη, προκηρύχθηκε ανοιχτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός, με αντικείμενο την κατασκευή του έργου «Συντήρηση λιμενικής εγκατάστασης, αποκατάσταση λειτουργικών βαθών, λειτουργική αναβάθμιση προβλήτα Ε/Ο σκαφών στο Λιμένα ****», συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη 370.967,74€ πλέον ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης την

πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 29.10.2019 και ώρα 15.00 μ.μ., ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 04.11.2019 και ώρα 10.00 π.μ. Στη διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν 7 οικονομικοί φορείς και με την υπ' αριθμ. 72-03/22.01.2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής εγκρίθηκε το Πρακτικό ΙΙ της Επιτροπής Αξιολόγησης και αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος η προσφεύγουσα. Στη συνέχεια, με την υπ' αριθμ. 33/23.03.2020 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου εγκρίθηκε η προγραμματική σύμβαση και στις 30.03.2020 η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε στην Υπηρεσία Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου τον σχετικό φάκελο, προκειμένου να ελεγχθεί η νομιμότητα της διαδικασίας ανάθεσης και του σχεδίου σύμβασης μεταξύ αναθέτουσας αρχής και προσφεύγουσας. Δυνάμει της υπ' αριθμ. 3/22.04.2020 Πράξης του Επιτρόπου της Υπηρεσίας Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου στην Π.Ε. ****, κρίθηκε ότι κωλύεται η σύναψη της εκτελεστικής σύμβασης μεταξύ της προσφεύγουσας και της αναθέτουσας αρχής. Τούτο διότι, σύμφωνα με το αιτιολογικό της πράξης, αναφορικά με την τροποποιημένη προγραμματική σύμβαση, αν και η έγκρισή της από όλα τα συμβαλλόμενα μέρη (ΠΙΝ/ΠΕ **** και Δήμος ****) αποτελούσε προϋπόθεση για την έγκυρη σύναψή της, αυτή εγκρίθηκε από το Δημοτικό Συμβούλιο του Δήμου **** σε χρόνο μεταγενέστερο της ολοκλήρωσης του διαγωνισμού, με συνέπεια να μην μπορεί να παραγάγει νέα εκτελεστική σύμβαση (ήτοι σύμβαση μεταξύ αναθέτουσας αρχής και αναδόχου οικονομικού φορέα), καθότι κατά τον κρίσιμο χρόνο δεν είχε εγκριθεί από ένα εκ των συμβαλλομένων μερών, ήτοι από τον Δήμο ****. Πέραν τούτου, ο Επίτροπος του Ελεγκτικού Συνεδρίου έκρινε ότι το σχέδιο της τροποποιημένης προγραμματικής σύμβασης θα έπρεπε, εν πάση περιπτώσει, να υποβληθεί ενώπιόν του, προκειμένου να διενεργηθεί ο προβλεπόμενος, λόγω της οικονομικής αξίας, προληπτικός έλεγχος νομιμότητας αυτής. Με το υπ' αριθμ. πρωτ. 21073/24-04-2020 διαβιβαστικό έγγραφο της Υπηρεσίας Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου στην Π.Ε. ****, αντίγραφο της υπ' αριθμ. 3/22.04.2020 Πράξης του Επιτρόπου απεστάλη προς την αναθέτουσα αρχή, παρελήφθη δε από την τελευταία στις 27-04-2020,

λαμβάνοντας αριθμό πρωτοκόλλου 28353/4550/27-04-2020. Δυνάμει του ιδίου ως άνω διαβιβαστικού, η Υπηρεσία Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, επεσήμανε στην αναθέτουσα αρχή, «(...) *ότι η πράξη πρέπει να κοινοποιηθεί με τηλεομοιοτυπία σε όλους τους συμμετέχοντες στη διαγωνιστική διαδικασία ανάδειξης αναδόχου (...)*». Η αναθέτουσα αρχή, με την υπ' αριθμ. 351-17/29-04-2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της (προσβαλλόμενη πράξη) αποφάσισε τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και την εκ νέου δημοπράτηση του έργου μετά την εκ νέου απόφαση του Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό ****, ποσού ευρώ χιλίων οκτακοσίων πενήντα πέντε (€1.855,00), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του αντικειμένου, αλλά και του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 370.967,74€ πλέον ΦΠΑ), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στην προσφεύγουσα, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) στις 20.05.2020.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, είχε αναδειχθεί οριστική ανάδοχος και προσδοκούσε ότι θα κληθεί να υπογράψει τη σύμβαση, με αποτέλεσμα να υφίσταται βλάβη από τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται η προσβαλλόμενη πράξη πρέπει να ακυρωθεί για τους εξής λόγους: «[...] Με το υπ' αριθμ. πρωτ. 21073/24-04-2020 διαβιβαστικό έγγραφο της Υπηρεσίας Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου στην Π.Ε. ****, αντίγραφο της προσβαλλόμενης πράξης απεστάλη προς την αναθέτουσα αρχή στις 24-04-2020, παρελήφθη δε από την τελευταία στις 27-04-2020, λαμβάνοντας αριθμό πρωτοκόλλου 28353/4550/27-04-2020. Δυνάμει του ιδίου ως άνω διαβιβαστικού, η Υπηρεσία Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, γνώρισε στην ΠΙΝ/ΠΕ ****, «(...) ότι η πράξη πρέπει να κοινοποιηθεί με τηλεομοιοτυπία σε όλους τους συμμετέχοντες στη διαγωνιστική διαδικασία ανάδειξης αναδόχου (...)». Η ανωτέρω υποχρέωση αμελλητί κοινοποίησης σε όλους τους διαγωνιζόμενους ορίζεται, άλλωστε, και ρητώς στην παρ. 2 του άρθρου 35 του Ν. 4129/2013, η οποία προβλέπει τα εξής: «Η πράξη που εκδίδεται κοινοποιείται με τηλεομοιοτυπία στον αρμόδιο φορέα, ο οποίος υποχρεούται αμελλητί να την κοινοποιήσει με τηλεομοιοτυπία σε όλους τους συμμετέχοντες στην ελεγχόμενη διαγωνιστική διαδικασία ανάδειξης αναδόχου». Παρά την κατά τα άνω ρητή υποχρέωσή της – η οποία (υποχρέωση), εκτός του ότι της υπομνήσθηκε ρητώς από τον Επίτροπο, προβλέπεται και στις οικείες νομοθετικές διατάξεις – η αναθέτουσα αρχή ουδέποτε κοινοποίησε στην εταιρεία μας την προσβαλλόμενη πράξη, ώστε να ασκήσουμε τα εκ του νόμου προβλεπόμενα δικαιώματά μας, παρά το ότι έχουμε σαφώς σπουδαίο έννομο συμφέρον για την ανάκληση της προσβαλλόμενης πράξης, εφόσον είμαστε η ανάδοχος εταιρεία. Ως εκ τούτου, η εταιρεία μας τελούσε σε απόλυτη άγνοια ως προς την έκδοσή της. Την ύπαρξη της πράξης του Επιτρόπου του Ελ. Συνεδρίου πληροφορήθηκε για πρώτη φορά η εταιρεία μας όλως τυχαίως μόλις την περασμένη Τετάρτη 20-5-2020, ότε και δημοσιεύθηκε με την ανάρτησή της στο ΕΣΗΔΗΣ (και λάβαμε για πρώτη φορά γνώση αυτής) η προσβαλλόμενη με την παρούσα προσφυγή υπ' αριθ. 351-17/29-04-2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας Ιονίων Νήσων, στην οποία και γίνεται μνεία της εν λόγω πράξης του Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Συγκεκριμένα, υπό στοιχείο 18 της ανωτέρω απόφασης της Ο.Ε. της Π.Ι.Ν. αναφέρεται η προσβαλλόμενη πράξη 3/2020. Μόλις υπέπεσε στην αντίληψή μας

η συγκεκριμένη αναφορά, εξ ιδίας πρωτοβουλίας ερευνήσαμε και ανακαλύψαμε την εν λόγω πράξη, η οποία ουδέποτε κοινοποιήθηκε προς την εταιρεία μας, κατ' ευθεία παράβαση του διατακτικού της και των ρητών νομοθετικών διατάξεων, και προβήκαμε στη διαδικασία υποβολής αιτήσεως ανακλήσεως της ενώπιον του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Σημειωτέον, ότι ακόμη και σήμερα η αναθέτουσα αρχή εξακολουθεί παρανόμως να μην έχει κοινοποιήσει την εν λόγω πράξη προς την εταιρεία μας. Η προσβαλλόμενη απόφαση της Ο.Ε. της Π.Ι.Ν., με την οποία αποφασίσθηκε κατά πλειοψηφία η ακύρωση του διαγωνισμού, είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα για τους ακόλουθους λόγους: II. ΛΟΓΟΙ ΑΚΥΡΩΣΗΣ 1. Παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας – μη συμπερίληψη αιτιολογίας στο σώμα της πράξης. Η αιτιολογία, ως στοιχείο του ουσιώδους τύπου της διοικητικής πράξης, πρέπει να περιλαμβάνεται στο σώμα αυτής, όταν επιβάλλεται τούτο από τις σχετικές με την έκδοση της πράξης ειδικές διατάξεις (Επ. Σπηλιωτόπουλος, «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», 10^η έκδοση, σελ. 178 & 179). Η ακύρωση του προκείμενου διαγωνισμού έγινε προφανώς (αναφέρουμε «προφανώς», διότι δεν προκύπτει εκ της προσβαλλόμενης πράξης βάσει ποιων διατάξεων ακυρώθηκε ο διαγωνισμός) βάσει του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016. Το εν λόγω άρθρο έχει ως εξής: [...] Οι παρατεθείσες διατάξεις απαιτούν την ειδική αιτιολόγηση της απόφασης ακύρωσης του διαγωνισμού (ματαίωσης της διαδικασίας, όπως πλέον αποκαλείται). Επομένως, σύμφωνα με όσα προαναφέρθηκαν, η απόφαση ακύρωσης (ματαίωσης) έπρεπε να περιέχει, επί ποινή ακυρότητας, στο σώμα της ειδική αιτιολογία για την ακύρωση. Στην προκείμενη περίπτωση δεν υπάρχει στο σώμα της προσβαλλόμενης απόφασης ακύρωσης του διαγωνισμού ουδεμία αιτιολογία, έστω και σε συνοπτική μορφή, για την ακύρωση του διαγωνισμού. Ως εκ τούτου, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι εν πρώτοις ακυρωτέα λόγω παράβασης του ανωτέρω ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, που επιβάλλει τη συμπερίληψη πλήρους και ειδικής αιτιολογίας στο ίδιο το σώμα της απόφασης ματαίωσης / ακύρωσης του διαγωνισμού. 2. Παντελής έλλειψη αιτιολογίας Γενικότερα και επιπροσθέτως, η απόφαση ακύρωσης του διαγωνισμού πρέπει να είναι ειδικώς και πλήρως αιτιολογημένη. Ειδικότερα, ως προς την αιτιολόγηση της απόφασης ακύρωσης ή ανάκλησης, η

αιτιολόγηση πρέπει να είναι πλήρης και ειδική και δεν αρκεί η απλή επίκληση των εφαρμοστέων διατάξεων ή η αόριστη αναφορά σε περιστατικά που αποτελούν κατά νόμο την πραγματική βάση ενεργοποίησης της σχετικής δυνατότητας [ΣτΕ 651/2010, 1580/2008, 810/2008, Ε.Α. ΣτΕ 197/2013, 1082/2008, ΔΕφΑΘ 2291/2015 (ΝΟΜΟΣ 764267) κ.ά.]. Στην προκειμένη περίπτωση ελλείπει παντελώς η οποιαδήποτε αιτιολογία. Δεν γίνεται ούτε καν μνεία στις εφαρμοστέες εν προκειμένω διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας, παρόλο βεβαίως ότι ούτε αυτή θα αρκούσε. Χρησιμοποιείται, μάλιστα, και μη ισχύουσα πλέον νομική ορολογία για τη ματαίωση του διαγωνισμού, ήτοι ο όρος «ακύρωση». Ο συγκεκριμένος όρος έχει πλέον, υπό τον Ν. 4412/2016, καταργηθεί και είναι νομικώς αδόκιμος. Χρησιμοποιείτο υπό το προϊσχύσαν καθεστώς του κωδικοποιητικού νόμου 3669/2008, ο οποίος όμως δεν εφαρμόζεται στην προκειμένη διαγωνιστική διαδικασία. Ωστόσο και υπό το καθεστώς του Ν. 3669/2008 προσδιόριζε ορισμένες από τις περιπτώσεις ματαίωσης του διαγωνισμού, ενώ οι λοιπές προσδιορίζονταν ορολογικώς από την «ανάκληση της διακήρυξης». Σημειωτέον ότι, παρότι εν προκειμένω τούτο δεν θα αρκούσε για την αιτιολόγηση της προσβαλλόμενης απόφασης, δεν προκύπτει η αιτιολογία ακύρωσης του διαγωνισμού ούτε από τα στοιχεία του φακέλου. Κατά συνέπεια, υπάρχει εν προκειμένω παντελής έλλειψη οιασδήποτε αιτιολογίας, σε συνδυασμό με απόλυτη ασάφεια ως προς τις διατάξεις που εφαρμόσε η αναθέτουσα αρχή για τη ματαίωση της προκειμένης διαγωνιστικής διαδικασίας. Επομένως, προκαλείται πλήρης ακυρότητα της προσβαλλόμενης απόφασης της Ο.Ε. της Π.Ι.Ν. λόγω παντελούς έλλειψης αιτιολογίας. 3. Παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας Περαιτέρω, η προσβαλλόμενη απόφαση ματαίωσης του διαγωνισμού παραβίασε την αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με την εν λόγω αρχή, το αποφασιζόμενο μέτρο πρέπει να είναι ανάλογο του επιδιωκόμενου με αυτό σκοπού. Αν η εμφιλοχωρήσασα παρανομία δύναται να θεραπευθεί με μερική ακύρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και επανάληψή της από το σημείο κατά το οποίο εμφιλοχώρησε, τότε η συνολική ακύρωση του διαγωνισμού παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, εφόσον ο ίδιος στόχος μπορούσε να επιτευχθεί με ηπιότερα μέτρα [ΣτΕ 651/2010,

1580/2008, 810/2008, Ε.Α. ΣΤΕ 197/2013, 1082/2008, ΔΕΦΑΘ 2291/2015 (ΝΟΜΟΣ 764267) κ.ά.]. Όπως τονίσθηκε ανωτέρω, στην προσβαλλόμενη απόφαση ακύρωσης του διαγωνισμού δεν αναφέρεται ο ειδικότερος λόγος ακύρωσής του. Δεν γίνεται επίκληση οιασδήποτε πλημμέλειας της διαδικασίας. Η μόνη πλημμέλεια που αντικειμενικώς έχει εντοπισθεί, είναι η καθυστέρηση έγκρισης της προγραμματικής σύμβασης από τον Δήμο *****, γεγονός που είχε ως συνέπεια ο διαγωνισμός να διεξαχθεί χωρίς να έχει εγκριθεί η προγραμματική σύμβαση επί της οποίας εδράζεται από ένα από τα συμβαλλόμενα μέρη. Στην εν λόγω διαδικαστική πλημμέλεια, που μάλιστα δεν αφορά τον προκείμενο διαγωνισμό αυτόν καθ' εαυτόν, στηρίχθηκε και ο Επίτροπος του Ελεγκτικού Συνεδρίου για την έκδοση της πράξης με την οποία έκρινε ότι κωλύεται η υπογραφή της παρούσας εκτελεστικής σύμβασης. Ωστόσο, ανεξαρτήτως της βασιμότητας της παραδοχής ότι κωλύεται η σύναψη της προκειμένης σύμβασης εκτέλεσης του δημοσίου έργου επειδή δεν είχε εγκριθεί η προγραμματική σύμβαση από ένα εκ των συμβαλλομένων μερών και μάλιστα ουχί από την αναθέτουσα αρχή, η εν λόγω πλημμέλεια, ακόμη και υπό την εκδοχή ότι συνιστά πράγματι πλημμέλεια εξ αιτίας της οποίας δεν δύναται να συναφθεί η εκτελεστική σύμβαση (γεγονός το οποίο αμφισβητούμε), είναι σε κάθε περίπτωση θεραπεύσιμη, χωρίς να απαιτείται η λήψη του δυσανάλογα δυσμενούς μέτρου της συνολικής ακύρωσης του διαγωνισμού και της επαναδημοπράτησης του έργου. Σε κάθε περίπτωση δε, η επίμαχη καθυστέρηση έγκρισης της προγραμματικής σύμβασης από τον Δήμο ***** δεν συνιστά λόγο που κωλύει την υπογραφή της σύμβασης ή καθιστά άκυρη τη διαγωνιστική διαδικασία. Κατ' αρχάς, η έγκριση έχει ήδη χορηγηθεί με την υπ' αριθ. 33/23-03-2020 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου ***** [απόσπασμα από το πρακτικό της αρ. 7ης/20 Συνεδρίασης (δια περιφοράς) (ΑΔΑ:*****)]. Επομένως, η οποιαδήποτε τυχόν πλημμέλεια έχει πλέον θεραπευθεί δεν αποτελεί δε λόγο ακυρότητας της όλης διαγωνιστικής διαδικασίας το γεγονός ότι κατά τη δημοπράτηση του έργου η προγραμματική σύμβαση δεν είχε εγκριθεί από το Δ.Σ. του Δήμου *****, εφόσον πλέον αυτή έχει εγκριθεί και μάλιστα προ της υπογραφής της κατασκευαστικής σύμβασης,

γεγονός που θεραπεύει αναδρομικώς τις οποιεσδήποτε τυχόν ακυρότητες ανέκυψαν εξ αυτού του λόγου. Δεύτερον, ακόμη και αν δεν είχε εγκριθεί καν η επίμαχη προγραμματική σύμβαση από το Δ.Σ. του Δήμου **** (που πλέον έχει εγκριθεί), ουδεμία ακυρότητα θα προκαλείτο στη διαγωνιστική διαδικασία τούτο δε, διότι αναθέτουσα αρχή, φορέας υλοποίησης και χρηματοδότης αυτού είναι η Περιφέρεια****, ο δε Δήμος **** έχει βάσει της προγραμματικής σύμβασης έναν μη ουσιώδη υποστηρικτικό ρόλο στην εκτέλεσή του (άρθρα 2 & 4 Προγραμματικής Σύμβασης). Κατά συνέπεια, η επίμαχη πλημμέλεια, της οποίας δεν γίνεται καν επίκληση στην προσβαλλόμενη πράξη, δεν θα μπορούσε υφ' οιασδήποτε εκδοχή να συνιστά νόμιμο αιτιολογικό έρεισμα για τη συνολική ακύρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας. Αντιθέτως, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να ασκήσει εντός της δεκαπενθήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της εν λόγω πράξης του Επιτρόπου προς αυτήν αίτηση ανακλήσεως αυτής, πράγμα που σκοπίμως, καθ' όλες τις ενδείξεις, παρέλειψε. Και μάλιστα όχι απλώς υπαιτίως παρέλειψε να ασκήσει αίτηση ανακλήσεως κατά της πράξης του Επιτρόπου, αλλά υπαιτίως επίσης παρέλειψε να την κοινοποιήσει προς τους λοιπούς διαγωνιζόμενους και ειδικά την ανάδοχο εταιρεία μας, όπως επέτασσε η εν λόγω πράξη, καθώς και η παρ. 2 του άρθρου 35 του Ν. 4129/2013. Σημειωτέον, ότι ακόμη και σήμερα δεν έχει στερξει η αναθέτουσα αρχή να κοινοποιήσει την πράξη του Επιτρόπου στην εταιρεία μας. 4. Έτερη παραβίαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας Επιπροσθέτως των προαναφερθέντων, συντρέχει εν προκειμένω και έτερος λόγος παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας. Της απόφασης ακύρωσης / ματαίωσης της διαδικασίας από την προϊσταμένη αρχή (εν προκειμένω την Ο.Ε. της***) πρέπει να προηγηθεί εισήγηση του αρμοδίου οργάνου, το οποίο, όσον αφορά την Περιφερειακή Αυτοδιοίκηση, είναι το οικείο τεχνικό συμβούλιο. Τέτοια εισήγηση δεν έχει υποβληθεί· αντιθέτως, έχει υποβληθεί εισήγηση του Δ/ντη Τεχνικών Έργων Π.Ε. Ενότητας ****, που δεν έχει τέτοια αρμοδιότητα. Κατά συνέπεια, έχει παραβιασθεί και ο συγκεκριμένος ουσιώδης τύπος της διαδικασίας. 5. Παραβίαση των αρχών της χρηστής διοίκησης και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου. Η αναθέτουσα αρχή παραβίασε ευθέως την

αρχή της χρηστής διοίκησης και την εξ αυτής απορρέουσα αρχή της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου, εφόσον υπαιτίως παρέλειψε να κοινοποιήσει την πράξη 3/2020 του Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, περί κωλύματος υπογραφής της σύμβασης, προς την εταιρεία μας, κατ' ευθεία παράβαση των εντολών του ιδίου του Επιτρόπου που εξέδωσε την εν λόγω πράξη, καθώς και των επιταγών της νομοθεσίας. Ειδικότερα, στο υπ' αριθ. πρωτ. 21073/24.4.2020 διαβιβαστικό έγγραφο της Υπηρεσίας Επιτρόπου Π.Ε. **** του Ελεγκτικού Συνεδρίου προς την Π.Ε. **** αναγράφονται τα εξής: «Σας γνωρίζουμε ότι η πράξη πρέπει να κοινοποιηθεί με τηλεομοιοτυπία σε όλους τους συμμετέχοντες στη διαγωνιστική διαδικασία ανάδειξης αναδόχου σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 35 παρ. 2 του ν. 4129/2013». Περαιτέρω, η παρ. 2 του άρθρου 35 του Ν. 4129/2013 ορίζει τα εξής: «..... Η πράξη που εκδίδεται κοινοποιείται με τηλεομοιοτυπία στον αρμόδιο φορέα, ο οποίος υποχρεούται αμελλητί να την κοινοποιήσει με τηλεομοιοτυπία σε όλους τους συμμετέχοντες στην ελεγχόμενη διαγωνιστική διαδικασία ανάδειξης αναδόχου. Προϊστάμενοι υπηρεσιών ή άλλα αρμόδια όργανα που ενεργούν κατά παράβαση της υποχρέωσης που προβλέπεται στο προηγούμενο εδάφιο διώκονται για παράβαση καθήκοντος κατά το άρθρο 259 του Ποινικού κώδικα αυτεπαγγέλτως και παραπέμπονται υποχρεωτικά στην αρμόδια πειθαρχική δικαιοδοσία». Επομένως, η αναθέτουσα αρχή παρανόμως παρέλειψε την ανωτέρω αναγκαστικού δικαίου και δημοσίας τάξεως υποχρέωσή της, η οποία προβλέπεται ρητώς στις οικείες νομοθετικές διατάξεις και επαναλήφθηκε ρητώς στο διαβιβαστικό προς αυτήν έγγραφο της προσβαλλόμενης πράξης. Μάλιστα, η εν λόγω σκόπιμη, καθ' όλες τις ενδείξεις, παράλειψη επιφέρει ποινικές και πειθαρχικές κυρώσεις κατά των αρμοδίων οργάνων και υπαλλήλων που υπέπεσαν σ' αυτήν. Η παράλειψη αυτή ήταν, καθ' όλες τις ενδείξεις, σκόπιμη και απέβλεπε στην απώλεια του δικαιώματος της εταιρείας μας να ασκήσει αίτηση ανάκλησης ενώπιον του VI Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρία και τη συνακόλουθη ενίσχυση των επιχειρημάτων της αναθέτουσας αρχής υπέρ της ακύρωσης του διαγωνισμού. Βεβαίως, η εταιρεία μας, η οποία όλως τυχαίως πληροφορήθηκε την έκδοση της εν λόγω πράξης του Επιτρόπου του Ελεγκτικού

Συνεδρίου μετά την κοινοποίηση προς αυτήν της προσβαλλόμενης με την παρούσα απόφασης ματαίωσης του διαγωνισμού, θα ασκήσει ενώπιον του Ελεγκτικού Συνεδρίου αίτηση ανάκλησης εντός της δεκαπενθήμερης προθεσμίας από την πλήρη γνώση ταύτης. Ωστόσο, η εν λόγω πρόδηλη παρανομία συνιστά ευθεία παραβίαση της αρχής χρηστής διοίκησης και της ειδικότερης έκφανσης αυτής, που είναι η αρχή της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου, στοιχείο που συνιστά πρόσθετο λόγο ακυρότητας της προσβαλλόμενης απόφασης ακύρωσης / ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας [...]».

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις υπ' αριθμ. 37015/6050/Φ.Ε./03.06.2020 Απόψεις, οι οποίες αναρτήθηκαν στις 05.06.2020 στο ΕΣΗΔΗΣ, ισχυρίζεται ότι η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της, αντικρούοντας του προβαλλόμενους λόγους ως εξής: «*Επί των ισχυρισμών της προσφυγής "II. ΛΟΓΟΙ ΑΚΥΡΩΣΗΣ"* Με την αριθ. 657-31/24-07-2019 (ΑΔΑ :*****) Απόφαση της Οικ/κής Επιτρ. της Περιφέρειας **** εγκρίθηκαν τα τεύχη δημοπράτησης και η κατάρτιση των όρων διακήρυξης ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού του έργου: «*ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΛΙΜΕΝΙΚΗΣ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ, ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΚΩΝ ΒΑΘΩΝ, ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΚΗ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ ΠΡΟΒΛΗΤΑ Ε/Ο ΣΚΑΦΩΝ ΣΤΟ ΛΙΜΕΝΑ****», προϋπ. 460.000,00 € με ΦΠΑ, από πιστώσεις ΠΔΕ-ΣΑΕΠ 022, Κ.Ε. 2015ΕΠ02200006, Π.Ε. ****. Στις 04-11-2019 έγινε η ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με επιμέρους ποσοστά έκπτωσης σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 95 § 2.(α) του Ν. 4412/2016 κατά την οποία κατέθεσαν προσφορά μέσω του ΕΣΗΔΗΣ επτά (7) οικονομικοί φορείς, με τα ποσοστά μείσης έκπτωσης να κυμαίνονται από 5,00% έως 15,00 %. (Α/Α ΣΥΣΤΗΜ. ΔΙΑΓΩΝ. ΣΤΟ ΕΣΗΔΗΣ:*****)». Με την αριθμ. 72-3/22-01-2020 (ΑΔΑ:*****) Απόφ. Οικ. Επιτρ. της Π **** εγκρίθηκε το 2^ο Πρακτικό κατακύρωσης της σύμβασης. Με το αριθ. πρωτ.: οικ. 120231/1731/ 11-02-2020 έγγραφό μας προς το Δήμο **** επισημαίνεται ο κίνδυνος ακύρωσης του έργου. Με την αριθ. 33/23-3-2020 απόφαση του Δημοτικού Συμβ. **** εγκρίθηκε η Προγρ. Σύμβαση του έργου*****. Με την αριθ. 3/2020 Πράξη προσυμβατικού

ελέγχου του Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, όπου αναφέρεται ότι κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης του έργου και ειδικότερα στο σκεπτικό III αναφέρεται η ευθύνη του Δήμου για την καθυστέρηση έγκρισης της προγραμματικής Σύμβασης. Κατόπιν των ανωτέρω με την από 27-4-2020 εισήγηση της Υπηρεσίας μας ακυρώθηκε η δημοπρασία του έργου: «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΛΙΜΕΝΙΚΗΣ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ, ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΚΩΝ ΒΑΘΩΝ, ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΚΗ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ ΠΡΟΒΛΗΤΑ Ε/Ο ΣΚΑΦΩΝ ΣΤΟ ΛΙΜΕΝΑ *****», προϋπ/σμού 460.000,00 € με ΦΠΑ, με την αρ. 351-17/29-04-2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής. Ο λόγος της ακύρωσης στηρίχθηκε στο γεγονός ότι με την αρ.3/2020 Πράξη προσυμβατικού ελέγχου του Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, αναφέρεται ότι κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης. Στο σκεπτικό της εισήγησης της Υπηρεσίας μας αλλά και της απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής είναι ότι αποδεχθήκαμε πλήρως το σκεπτικό με το οποίο κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης, σύμφωνα με το οποίο ήμασταν παράτυποι, εφόσον η υπογραφή της Προγραμματικής Σύμβασης εκ μέρους του Δήμου έγινε με μεγάλη καθυστέρηση. Δεν ασκήσαμε τα ένδικα μέσα που θα μπορούσαμε ως αναθέτουσα Αρχή και επιλέξαμε την από αρχής δημοπράτηση του έργου. Η αναθέτουσα Αρχή (Οικονομική Επιτροπή Π**) δύναται να ακυρώσει τον διαγωνισμό σύμφωνα με την § 3 του άρθρου 106 του Ν.4412/2016. Με την αριθ. 351-17/29-04-2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής δόθηκε εντολή στην ΔΤΕ της ΠΕ **** για την εκ νέου δημοπράτηση του έργου, μετά την αρ. 3/2020 απόφαση του επιτρόπου του ελεγκτικού συνεδρίου».

9. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της

σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

10. Επειδή, στο άρθρο 106 του Ν. 4412/2016 (Ματαίωση διαδικασίας) προβλέπονται τα εξής: «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 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. 6. Ειδικά για την περίπτωση δ' της παραγράφου 2 για τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, απαιτείται γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου του Υπουργείου στο οποίο υπάγεται ή από το οποίο εποπτεύεται η αναθέτουσα αρχή ή του τεχνικού συμβουλίου της οικείας περιφέρειας, όταν στο οικείο Υπουργείο δεν υφίσταται τεχνικό συμβούλιο και όταν αναθέτουσες αρχές είναι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης Α' και Β' βαθμού ή ενώσεις ή νομικά πρόσωπα των οργανισμών αυτών. 7. Στις δημόσιες συμβάσεις έργων και σε περίπτωση εφαρμογής του άρθρου 50 και ματαίωσης της διαδικασίας, δυνάμει του παρόντος άρθρου, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, να εξαγοράσει τις μελέτες των τεχνικών λύσεων που κρίνει ικανοποιητικές και να προβεί σε νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης έργου βάσει των μελετών αυτών. Η δυνατότητα αυτή πρέπει να αναφέρεται στα έγγραφα της σύμβασης κατά την αρχική διαδικασία».

11. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 365 παρ. 1 του Ν.4412/2016 και 9 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης.

12. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 36 (Προληπτικός έλεγχος συμβάσεων Ο.Τ.Α.) του Ν. 4129/2013, όπως είχε τροποποιηθεί και ίσχυε κατά το χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης πράξης, προβλέπεται ότι: «1. Για τις συμβάσεις προμήθειας αγαθών, εκτέλεσης έργων και παροχής υπηρεσιών, συμπεριλαμβανομένων των προγραμματικών συμβάσεων, 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. 2. Για τις συμβάσεις της προηγούμενης παραγράφου, η προϋπολογιζόμενη δαπάνη των οποίων υπερβαίνει το ποσό, χωρίς Φ.Π.Α., των πεντακοσίων χιλιάδων ευρώ, διενεργείται υποχρεωτικά, πριν τη σύναψη τους, έλεγχος νομιμότητας από το καθ' ύλην αρμόδιο Κλιμάκιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στις παραγράφους 1 και 2 του προηγούμενου άρθρου. 3. Ο αρμόδιος φορέας μπορεί να ζητεί τη διενέργεια ελέγχου νομιμότητας και για επί μέρους φάσεις της σχετικής διαδικασίας που προηγούνται της σύναψης της οικείας σύμβασης. 4. Ο έλεγχος νομιμότητας του Ελεγκτικού Συνεδρίου ολοκληρώνεται μέσα σε τριάντα ημέρες από τη διαβίβαση σε αυτό του σχετικού φακέλου. Εάν δεν διενεργηθεί ο έλεγχος νομιμότητας η σύμβαση που συνάπτεται είναι άκυρη. 5. Κατά των πράξεων των Επιτρόπων και των Κλιμακίων, επιτρέπονται αιτήσεις ανάκλησης, σε περίπτωση πλάνης περί τα πράγματα ή το νόμο, οι οποίες εκδικάζονται από το αρμόδιο Τμήμα του Ελεγκτικού Συνεδρίου, σύμφωνα με τους όρους, προθεσμίες και τη διαδικασία που ορίζονται στην παράγραφο 5 του προηγούμενου άρθρου από τις φράσεις «υποβάλλονται στη γραμματεία του αρμόδιου Τμήματος» έως τις φράσεις «Άλλη αίτηση ανάκλησης δεν επιτρέπεται», που εφαρμόζονται αναλόγως». Επειδή, στην παράγραφο 5 του άρθρου 35 (Έλεγχος Δημοσίων Συμβάσεων) του Ν. 4129/2013, όπως είχε τροποποιηθεί και ίσχυε κατά το χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης πράξης, προβλέπεται ότι: «5. «Αιτήσεις ανάκλησης των πράξεων των Κλιμακίων που αποφαίνονται ότι κωλύεται η υπογραφή της

ελεγχόμενης σύμβασης, υποβάλλονται στη γραμματεία του αρμόδιου Τμήματος, σε περίπτωση πλάνης περί τα πράγματα ή το νόμο, από αυτόν που έχει σπουδαίο έννομο συμφέρον προς τούτο, ή από τον Γενικό Επίτροπο της Επικρατείας, χάριν του δημοσίου συμφέροντος, μέσα σε δεκαπέντε ημέρες από την κοινοποίηση της πράξης του Κλιμακίου στον οικείο φορέα και στον Γενικό Επίτροπο».

13. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

14. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

15. Επειδή, όπως έχει κριθεί παγίως από την νομολογία, οι κρίσεις που εκφέρονται από τα Κλιμάκια στο πλαίσιο του προσυμβατικού ελέγχου των δημοσίων συμβάσεων, δεν παράγουν δεδικασμένο, αντίστοιχο με εκείνο των τελεσίδικων δικαστικών αποφάσεων, όμως, είναι απολύτως δεσμευτικές για τους συμβαλλομένους και όσους αφορά η σύμβαση, υπό την έννοια ότι δεν μπορούν να ανατραπούν ως προς τα ζητήματα που επιλύουν, παρά μόνον κατόπιν ανακλητικής απόφασης του αρμόδιου Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου, το οποίο, στο πλαίσιο του ολοκληρωθέντος προσυμβατικού ελέγχου, κρίνει διαφορετικά (ΑΕΔ 20/2005, ΕΣ Μείζ. Συνθ. 6625/2015).

16. Επειδή, στο άρθρο 106 του Ν. 4412/2016 ορίζονται αυστηρά οι λόγοι ματαίωσης διαγωνιστικής διαδικασίας και τούτο διότι οποιοδήποτε σφάλμα σε διαγωνιστική διαδικασία δεν παρέχει τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να ματαιώνουν κάθε φορά τη διαδικασία ανάθεσης μίας σύμβασης, με αυτονόητες ανυπολόγιστες συνέπειες στην επί μακρό ματαίωσή τους και εν τέλει τη ματαίωση ικανοποίησης του δημοσίου συμφέροντος στο οποίο αυτές τείνουν. Περαιτέρω, ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου. Συνδυαζόμενη με τη γενική νομοθετική κατοχύρωση της υποχρέωσης αιτιολόγησης των ατομικών διοικητικών πράξεων στο άρθρο 17 του Ν. 2690/1999 «Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας» (ΦΕΚ Α/45), η εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 106 απαιτεί *«ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής»*, επιβεβαιώνοντας πως η ματαίωση ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης αποτελεί εξαιρετική διαδικασία επιτρεπτή περιοριστικά για τους αναφερόμενους λόγους, οι οποίοι αποσκοπούν στο να αποτρέψουν καταχρηστικές, από την πλευρά των αναθετουσών αρχών, ματαιώσεις διαγωνιστικών διαδικασιών. Μάλιστα, η *«ειδική αιτιολογία»* της ματαιωτικής απόφασης είναι απαραίτητη προκειμένου να υποβληθεί η εκτελεστή πράξη αυτή σε αποτελεσματικό προδικαστικό έλεγχο ενώπιον της ΑΕΠΠ, τελικώς δε ενώπιον του αρμοδίου ακυρωτικού Δικαστηρίου κατά το άρθρο 372 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016. (ΔΕφΑθ 329/2019 σκ. 7).

17. Επειδή, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση στερείται ειδικής και πλήρους αιτιολογίας καθώς και ότι εκδόθηκε κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας, των αρχών της χρηστής διοίκησης και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου αλλά και κατά παράβαση ουσιώδους τύπου, επειδή δεν αφενός ουδέποτε κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα η υπ' αριθμ. 3/22.04.2020 Πράξη του Επιτρόπου και αφετέρου επειδή της ματαίωσης δεν προηγήθηκε εισήγηση του αρμοδίου οργάνου, ήτοι της Επιτροπής Διαγωνισμού.

18. Επειδή, όπως προκύπτει από την επισκόπηση της προσβαλλόμενης πράξης, η απόφαση ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας εκδόθηκε από την Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής κατ' αποδοχή της εισήγησης του Διευθυντή Τεχνικών Έργων της Περιφερειακής Ενότητας ****. Το άρθρο 106 του Ν. 4412/2016, το οποίο σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα και στη σκέψη 16 ανωτέρω, απαριθμεί περιοριστικά και ρυθμίζει τις περιπτώσεις ματαίωσης ενός διαγωνισμού, προβλέπει ότι η απόφαση ματαίωσης πρέπει να είναι ειδικώς αιτιολογημένη και να λαμβάνεται μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου. Είναι χαρακτηριστικό ότι η προϋπόθεση αυτή (ήτοι της γνωμοδότησης του αρμοδίου οργάνου), η οποία συνιστά αναμφίβολα ουσιώδη τύπο της διαδικασίας, επαναλαμβάνεται ρητά τόσο στις περιπτώσεις υποχρεωτικής ματαίωσης της παρ. 1 του άρθρου 106, όσο και στις περιπτώσεις δυνητικής ματαίωσης της παρ. 2 του ίδιου άρθρου, χωρίς να εξαιρείται και η περίπτωση λήψης απόφασης περί επανάληψης της διαδικασίας με τροποποίηση ή μη των όρων της (παρ. 5 του ίδιου άρθρου). Με άλλα λόγια, ο νομοθέτης έχει προβλέψει ότι, για να είναι νόμιμη η απόφαση ματαίωσης, θα πρέπει να έχει προηγηθεί η διατύπωση της γνώμης του αρμοδίου οργάνου. Όσον αφορά τον προσδιορισμό του αρμοδίου οργάνου, θα πρέπει να σημειωθεί ότι το άρθρο 221 του Ν. 4412/2016, με τίτλο «Όργανα διενέργειας διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων» προβλέπει ότι στις αρμοδιότητες των γνωμοδοτικών οργάνων περιλαμβάνονται ιδίως: η αξιολόγηση των προσφορών, ο έλεγχος καταλληλότητας των προσφερόντων, η διαπραγμάτευση, η εισήγηση για τον αποκλεισμό προσφερόντων από τη

διαδικασία ή την απόρριψη προσφορών, η εισήγηση για την κατακύρωση των αποτελεσμάτων, την αποδέσμευση των εγγυήσεων και τη ματαίωση της διαδικασίας καθώς και η γνωμοδότηση για κάθε άλλο θέμα που ανακύπτει κατά τη διαδικασία ανάθεσης, η γνωμοδότηση για κάθε θέμα που άπτεται της εκτέλεσης της σύμβασης και η γνωμοδότηση για ενστάσεις και προσφυγές. Από τη γραμματική διατύπωση της παρ. 1 του άρθρου 221 προκύπτει ότι γίνεται αναφορά σε γνωμοδοτικά όργανα που αφορούν στα διάφορα στάδια της διαδικασίας ανάθεσης καθώς και σε όργανα που αφορούν στην εκτέλεση της σύμβασης και στην εξέταση ενστάσεων και προσφυγών κατά το στάδιο ανάθεσης ή εκτέλεσης. Θα πρέπει να σημειωθεί ότι η ματαίωση του διαγωνισμού μπορεί να λάβει χώρα σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης έως τη σύναψη της σύμβασης. Για τις ανάγκες της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας, η αναθέτουσα αρχή όρισε Επιτροπή Διαγωνισμού, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 221 του Ν. 4412/2016, η οποία σύμφωνα με τα ανωτέρω έχει τη γνωμοδοτική αρμοδιότητα – μεταξύ άλλων – και για τη ματαίωση του διαγωνισμού. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποστεί αιτιολογημένα από τη γνώμη του αρμοδίου οργάνου. Η παράλειψη όμως της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει τη γνώμη του αρμοδίου οργάνου, το οποίο είναι αναμφίβολα η Επιτροπή Διαγωνισμού, στοιχειοθετεί παράβαση ουσιώδους τύπου. Κατά συνέπεια, η προσβαλλόμενη πράξη πράγματι εκδόθηκε κατά παράβαση ουσιώδους τύπου, όπως αυτός προβλέπεται στο άρθρο 106 του Ν. 4412/2016 και πρέπει να ακυρωθεί.

19. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται με τις Απόψεις της ότι η ματαίωση του διαγωνισμού έγινε σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 3/2020 Πράξη του Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, την οποία έχει συμπεριλάβει στο προοίμιο της προσβαλλόμενης πράξης. Ωστόσο, σύμφωνα και με τα αναφερόμενα στη σκέψη 15 ανωτέρω, οι κρίσεις που εκφέρονται από τα Κλιμάκια του Ελεγκτικού Συνεδρίου στο πλαίσιο του προσυμβατικού ελέγχου των δημοσίων συμβάσεων δεν μπορούν να καταστούν δεσμευτικές πριν την άπρακτη παρέλευση της προθεσμίας άσκησης αίτησης ανάκλησης. Στην προκειμένη περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε να κοινοποιήσει στην

προσφεύγουσα την υπ' αριθμ. 3/2020 Πράξη του Επιτρόπου, με την οποία κρίθηκε ότι κωλύοταν η υπογραφή της ελεγχόμενης σύμβασης για τον λόγο ότι η προγραμματική σύμβαση σε εκτέλεση της οποίας συνάφθηκε, αφενός δεν είχε υποβληθεί σε προληπτικό έλεγχο νομιμότητας από την οικεία Υπηρεσία Επιτρόπου και αφετέρου δεν ήταν σε ισχύ κατά την έναρξη της διαδικασίας δημοπράτησης, αφού δεν είχε λάβει την έγκριση του αρμόδιου Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου ****. Θα πρέπει να σημειωθεί ότι το στο υπ' αριθμ. 21073/24.04.2020 έγγραφο, με το οποίο διαβιβάστηκε η Πράξη 3/2020 στην αναθέτουσα αρχή ανέφερε ότι η εν λόγω Πράξη έπρεπε να κοινοποιηθεί σε όλους τους συμμετέχοντες στη διαγωνιστική διαδικασία, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 35 παρ. 2 το Ν. 4129/2013, προκειμένου να υπάρξει η δυνατότητα υποβολής αίτησης ανάκλησης ενώπιον της Γραμματείας του VI Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου εντός 15 ημερών από την κοινοποίησή της. Άλλωστε, η αναθέτουσα αρχή δεν αρνείται στις Απόψεις της ότι παρέλειψε να κοινοποιήσει την Πράξη πριν την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης, ενώ από την πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ προκύπτει ότι η εν λόγω Πράξη αναρτήθηκε τελικώς στις 02.06.2020, ημερομηνία κατά την οποία η προσφεύγουσα έλαβε γνώση του περιεχομένου της. Λαμβάνοντας όμως υπόψη ότι η διαγωνιστική διαδικασία είχε ήδη ματαιωθεί με την υπ' αριθμ. 351-17/29.04.2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, διαπιστώνεται ότι κατά την ημερομηνία εκείνη είχε ήδη εκλείψει το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας να ασκήσει αίτηση ανάκλησης της υπ' αριθμ. 3/2020 Πράξης του Επιτρόπου και, συνακόλουθα, η προσφεύγουσα αποστερήθηκε τελικώς των δικαιωμάτων της. Θα πρέπει να τονισθεί ότι το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή επέλεξε, όπως αναφέρει στις Απόψεις της, να μην ασκήσει τα προβλεπόμενα μέσα που της παρέχει ο νόμος, δεν της επιτρέπει να τα αποστερήσει και από οποιονδήποτε άλλο έχει έννομο συμφέρον να αιτηθεί την ανάκληση των Πράξεων Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Κατόπιν των ανωτέρω, διαπιστώνεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη δεν εκδόθηκε μόνο κατά παράβαση ουσιώδους τύπου, αλλά και με πλημμελή

αιτιολογία, με αποτέλεσμα αφενός να καθίσταται ακυρωτέα η προσβαλλόμενη πράξη και αφετέρου να παρέλκει η εξέταση των λοιπών λόγων της προσφυγής.

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και η προσβαλλόμενη πράξη να ακυρωθεί.

21. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο με κωδικό **** που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ποσού 1.855,00€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 351-17/29.04.2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα, ποσού 1.855,00€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 06.07.2020 και εκδόθηκε στις 21.07.2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Σιδέρη Μαρία-Ελένη

Τσουλούφα Αργυρώ