

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 27 Δεκεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Άννα Χριστοδουλάκου Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου και Ευαγγελία Μιχολίτση, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 29.11.2018 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1268/30.11.2018 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην,, Τ.Κ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της (εφεξής αναθέτουσα αρχή), νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να γίνει δεκτή η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της και να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 114Α/2018 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αποφασίστηκε η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και η επανάληψη της δημοπράτησης του έργου και η συνακόλουθη ακύρωση των κάτωθι Αποφάσεων του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, ήτοι της υπ' αριθμ. 16/2018 Απόφασης περί έγκρισης της διακήρυξης, των τευχών δημοπράτησης και της πίστωσης, της υπ' αριθμ. 39/2018 Απόφασης περί ανάδειξης της προσφεύγουσας ως προσωρινής αναδόχου και της υπ' αριθμ. 87/2018 Απόφασης περί ανάδειξης της προσφεύγουσας ως οριστικού αναδόχου.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Άννα Χριστοδουλάκου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 52/2019

1. Επειδή, με την με ΑΔΑΜ 2018-03-13 Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, προκηρύχθηκε Ηλεκτρονικός Ανοικτός Δημόσιος Διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «.....», συνολικού προϋπολογισμού 1.846.774,19€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 13.03.2018, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 19.03.2018 (Συστημικός Αριθμός).

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό, εξοφληθέν δυνάμει του από 28.11.2018 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας), ύψους 9.233,87 €.

3. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017.

4. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού (έργο), της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, ύψους 1.846.774,19€ χωρίς Φ.Π.Α., σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2018, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 235, 376 και 379 παρ. 7 γ του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργίας

Αριθμός Απόφασης: 52/2019

της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 21.11.2018, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα, όπως άλλωστε και η ίδια δηλώνει και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 29.11.2018, κοινοποιήθηκε δε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα αυθημερόν.

6. Επειδή με την υπό κρίση προσφυγή ζητείται η ακύρωση της υπ' αριθμ. 114Α/2018 Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αποφασίστηκε η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και η επανάληψη της δημοπράτησης του έργου και η συνακόλουθη ακύρωση των κάτωθι Αποφάσεων του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, ήτοι της υπ' αριθμ. 16/2018 Απόφασης περί έγκρισης της διακήρυξης, των τευχών δημοπράτησης και της πίστωσης, της υπ' αριθμ. 39/2018 Απόφασης περί ανάδειξης της προσφεύγουσας ως προσωρινής αναδόχου και της υπ' αριθμ. 87/2018 Απόφασης περί ανάδειξης της προσφεύγουσας ως οριστικού αναδόχου.

7. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή ασκείται μετ' εννόμου συμφέροντος, δεδομένου ότι με την υπ' αριθμ. 87/2018 Απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η οποία ακυρώθηκε με την προσβαλλόμενη, η προσφεύγουσα αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος του διαγωνισμού.

8. Επειδή στις 03.12.2018 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς όλους τους συμμετέχοντες, ήτοι σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, δεν ασκήθηκε, όμως, καμία Παρέμβαση.

9. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 126/2018 Απόφασή της, που διαβιβάστηκε στην Α.Ε.Π.Π. μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 13.12.2018, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της εν λόγω προσφυγής.

10. Επειδή, όπως προαναφέρθηκε, με την με ΑΔΑΜ 2018-03-13 Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, προκηρύχθηκε Ηλεκτρονικός Ανοικτός Δημόσιος Διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «.....», συνολικού προϋπολογισμού 1.846.774,19€ μη

Αριθμός Απόφασης: 52/2019

συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή. Με το υπ' αριθμ. 1591/17.05.2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, η Επιτροπή εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς της εταιρίας ".....", με την αιτιολογία ότι «η βεβαίωση εγγραφής στο ΜΕΕΠ, που δηλώνεται στο ΤΕΥΔ, δεν αντιστοιχεί στην Γ' τάξη και άνω, που απαιτείται για την κατηγορία υδραυλικών του έργου, σύμφωνα με το ύψος του αντίστοιχου μέρους του προϋπολογισμού της μελέτης και το άρθρο 23.4 (α) της διακήρυξης» και την ανάδειξη της προσφεύγουσας ως προσωρινής αναδόχου του έργου. Με την υπ' αριθμ. 39/18.05.2018 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της (Πρακτικό 11/18.05.2018) εγκρίθηκε το ανωτέρω υπ' αριθμ. 1591/17.05.2018 Πρακτικό και αναδείχθηκε ως προσωρινή ανάδοχος του έργου η προσφεύγουσα, με προσφερθείσα μέση έκπτωση 53,23%, που αντιστοιχεί σε οικονομική προσφορά ποσού 863.661,13€. Κατά της ανωτέρω υπ' αριθμ. 39/18.05.2018 Απόφασης, η εταιρία "....." άσκησε την από 26.05.2018 ένσταση του άρθρου 127 του Ν. 4412/2016. Με την υπ' αριθμ. 47/05.06.2018 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της η ανωτέρω ένσταση απορρίφθηκε ως απαράδεκτη, με την αιτιολογία ότι έπρεπε να είχε ασκηθεί προδικαστική προσφυγή του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 συνοδευόμενη από το προβλεπόμενο από την διάταξη του άρθρου 363 του Ν. 4412/2016 παράβολο, και ως νόμω και ουσία αβάσιμη, κατ' αποδοχή των Απόψεων της Διευθύνουσας Υπηρεσίας. Ακολούθως, κατ' εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 24 παρ. 3 του Κώδικος Διοικητικής Διαδικασίας (Ν. 2690/1999), η ανωτέρω ένσταση διαβιβάσθηκε από την, στην Α.Ε.Π.Π., ως αρμοδία να αποφανθεί επ' αυτής. Με την υπ' αριθμ. 494/2018 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π. η ανωτέρω ένσταση εξετάσθηκε, καθ' ερμηνεία του δικογράφου, ως προδικαστική προσφυγή του άρθρου 363 του Ν. 4412/2016 και απορρίφθηκε ως απαράδεκτη ελλείψει του απαιτούμενου από τις διατάξεις του άρθρου 363 του Ν. 4412/2016 παραβόλου, κατά την πάγια κρίση της και την πάγια νομολογία, με την ακόλουθη αιτιολογία: *«15. Επειδή τόσο η έκδοση του e - παραβόλου και ο υπολογισμός του ύψους αυτού είναι ευχερής και στηρίζεται*

Αριθμός Απόφασης: 52/2019

στη σαφή διάταξη του άρθρου 363 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 του ΠΔ 39/2017 (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 27/2015, 29/2015, 235/2015, ΣτΕ Ολομ. 777/2013, ΣτΕ 494/2013), ενώ υφίσταται ειδική παραπομπή στον οικείο νόμο και στην οικεία διακήρυξη, οπότε παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζόμενους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των εν λόγω όρων και λεπτομερειών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο (βλ. ιδίως απόφαση της 29ης Απριλίου 2004 C 496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. 13801, σκέψη 111). Επομένως, δεν είναι αντικειμενικώς ικανές οι οικείες διατάξεις να γεννήσουν αμφιβολίες ούτε ως προς τον τρόπο υπολογισμού του ύψους του προσκομισθέντος παραβόλου ή ως προς τα ρητώς προσδιορισθέντα στο νόμο όρια αυτού (κατώτατο και ανώτατο ύψος παραβόλου) ούτε ως προς την επερχόμενη συνέπεια του απαραδέκτου της προσφυγής λόγω μη προσκόμισης με την κατάθεσή της του νόμιμου ποσού παραβόλου (πρβλ. ΣτΕ Ολομ. 1583/2010, ΣτΕ Ολομ. 1852/2009)». Κατά της ανωτέρω υπ' αριθ. 494/2018 αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π., η εταιρία "....." δεν άσκησε τα προβλεπόμενα στο άρθρο 372 του Ν. 4412/2016 ένδικα βοηθήματα. Με την υπ' αριθμ. πρωτ. 2628/01.08.2018 ηλεκτρονική πρόσκληση, η προσφεύγουσα κλήθηκε από την αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παραγράφους 4.2 και 23.2 έως 23.10 της Διακήρυξης. Στις 07.08.2018 η προσφεύγουσα υπέβαλε ηλεκτρονικά όλα τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην πρόσκληση και στη Διακήρυξη. Με την υπ' αριθ. 87/31.08.2018 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της, εγκρίθηκε το υπ' αριθ. 2806/21.08.2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού περί ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατακυρώθηκε το έργο στην προσφεύγουσα. Η Απόφαση αυτή αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 04.09.2018. Στη συνέχεια, εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 2971/02.11.2018 Απόφαση του Προϊσταμένου της Ειδικής Υπηρεσίας Διαχείρισης, ως αρμόδιας διαχειριστικής αρχής, δεδομένου ότι, όπως ορίζεται στο άρθρο 8 της Διακήρυξης «Το έργο χρηματοδοτείται από, Πρόγραμμα Δημοσίων Επενδύσεων.

Κωδικός». Με την ως άνω Απόφαση, διατυπώθηκε αρνητική γνώμη του Προϊσταμένου της Ειδικής Υπηρεσίας Διαχείρισης Ε.Π. για την υπό εξέταση σύμβαση, με την ακόλουθη αιτιολογία: «1. Σχετικά με τη χρήση ένδικων μέσων από του συμμετέχοντες (ένσταση, ΑΕΠΠ): «Η εσφαλμένη διατύπωση της συγκεκριμένης διακήρυξης είχε σαν συνέπεια τη δημιουργία σύγχυσης σε υποψήφιο οικονομικό φορέα με αποτέλεσμα τη μη σωστή άσκηση εννόμου δικαιώματός του, κάτι που αντιβαίνει στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 καθώς και στο σύνολο των προαναφερθέντων γενικών αρχών του ενωσιακού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις. Υπό την έννοια αυτή η μη αναγραφή του σωστού ένδικου μέσου στην προκήρυξη είχε σαν αποτέλεσμα να μην εξεταστεί η ουσία της ένστασής του αλλά να απορριφθεί για τυπικούς λόγους κάτι που δεν ανάγεται σε αποκλειστικά δική του ευθύνη, αλλά οφείλεται σε αμφισημία των όρων της διακήρυξης, η οποία σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να ερμηνευτεί σε βάρος του προσφεύγοντος.» - Έγγραφο 11562/ΕΥΘΥ 761/30-10-2018, παράγραφος Α.1., υποπαράγραφος 8-9, σελ. 2. 2. «Το πρακτικό της Επιτροπής με το οποίο απορρίφθηκαν οι συμμετέχοντες με πτυχίο Β' τάξης δεν είχε σαφή αιτιολόγηση της απόρριψης. Σε ότι δε αφορά την αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης σημειώνεται ότι για να είναι νόμιμη θα πρέπει σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του ΚΔΔ, να είναι σαφής και πλήρης, ήτοι να περιέχει όλα τα ουσιώδη συγκεκριμένα περιστατικά κατά τρόπο που δεν αφήνει κενά ή αμφιβολίες για την ορθότητα της κρίσης του διοικητικού οργάνου (ΣΤΕ 895/2005, 2701/2004). - Έγγραφο 11562/ΕΥΘΥ 761/30-10-2018, παράγραφος Α.2., υποπαράγραφος 8-9, σελ. 4. 3. Η Διακήρυξη της Δημοπρασίας που δημοσιεύτηκε είχε αλλαγή σε σχέση με την αποσταλθείσα από την Αναθέτουσα Αρχή και εγκεκριμένη από την Διακήρυξη (ερώτημα με κωδ. 99 της Λίστας εξέτασης της Διαδικασίας Ανάθεσης Δημοσίων Συμβάσεων). Κατόπιν των παραπάνω θα πρέπει να προβείτε σε ματαίωση του εν λόγω διαγωνισμού, ανάκληση κάθε τυχούσας εκτελεστής απόφασης της Διοίκησης και επαναπροκήρυξη αυτής με διορθωμένους τους όρους του διαγωνισμού. Να σημειωθεί ότι προς αποφυγή παρόμοιων προβλημάτων στη νέα Διακήρυξη θα πρέπει να συμπεριλαμβάνεται σχετική παράγραφος όπου θα προβλέπεται με

σαφήνεια - προς άρση κάθε αμφιβολίας - και βάση της ισχύουσας νομοθεσίας εάν στις τάξεις πτυχιών που έχουν δικαίωμα συμμετοχής συνυπολογίζεται καθώς και εάν επιμερίζεται και με ποιο τρόπο το κονδύλι των απροβλέπτων στις δύο καλούμενες Κατηγορίες πτυχιών (ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ και ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ) - Έγγραφο 11562/..... 761/30-10-2018, παράγραφος Α.2., υποπαράγραφος 7, σελ. 4. Σας υπενθυμίζουμε ότι πριν τη δημοσίευση της επαναδημοπράτησης θα πρέπει να υποβάλετε στην Υπηρεσία μας αίτημα προέγκρισης Δημοπράτησης με τα απαραίτητα συνημμένα δικαιολογητικά σύμφωνα με το Σύστημα Διαχείρισης και Ελέγχου της Προγραμματικής Περιόδου 2014-2020. Τέλος σας υπενθυμίζουμε ότι από την ημερομηνία παραλαβής εκ μέρους σας του παρόντος εγγράφου ξεκινά και η προθεσμία των τριών (3) μηνών της παραγράφου 4.4. της Διαδικασίας ΔΙΙ__1 του Συστήματος Διαχείρισης και Ελέγχου της Προγραμματικής Περιόδου 2014-2020 για την υπογραφή της σύμβασης όπως σας έχει αναφερθεί με το με αριθμό πρωτ. 2486/05-10-2018 έγγραφό μας». Στη συνέχεια, εκδόθηκε η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 114Α/2018 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με την οποία «Ο Γενικός Διευθυντής της ανέλυσε το ιστορικό της διαδικασίας δημοπράτησης του έργου, της οποίας ουσιαστικά ολοκληρώθηκε το στάδιο μέχρι την αναμονή της έγκρισης της χρηματοδότησης από την αρμόδια αρχή που διαχειρίζεται τα χρηματοδοτούμενα έργα (.....): Για τους λόγους που αναφέρονται το υπ. αριθμ. 2971/2-11-2018 έγγραφο της, η ως αρμόδια αρχή χρηματοδότησης του έργου διατύπωσε αρνητική γνώμη για την έγκριση της σύμβασης με τον τελικό ανάδοχο, ο οποίος αναδείχθηκε με την υπ. αριθμ. 87/2018 απόφαση του ΔΣ της Με δεδομένη την μη δυνατότητα της για χρηματοδότηση του έργου από ίδιους πόρους, η ακύρωση της διαδικασίας δημοπράτησης και η εκ νέου δημοπράτηση του έργου είναι αναγκαία για την εκτέλεσή του, όπως αναφέρεται και στο σχετικό έγγραφο της Ως εκ τούτου, η διαδικασία της δημοπράτησης θα πρέπει να επαναληφθεί εκ νέου με την προέγκριση δημοπράτησης, την έγκριση νέας διακήρυξης και νέου διαγωνισμού από το ΔΣ για την εύρεση αναδόχου. Οι αποφάσεις του ΔΣ της που θα πρέπει να ακυρωθούν είναι οι ακόλουθες: - Η υπ. αριθμ.

Αριθμός Απόφασης: 52/2019

16/2018, η οποία αφορά την έγκριση της διακήρυξης, των τευχών δημοπράτησης και της πίστωσης - Η υπ. αριθμ. 39/2018, η οποία αφορά την ανάδειξη του προσωρινού αναδόχου - Η υπ. αριθμ. 87/2018 που αφορά την ανάδειξη του οριστικού αναδόχου. Ο Γενικός Διευθυντής επίσης ανέφερε ότι έγιναν προσπάθειες προκειμένου να αρθούν οι δυσλειτουργίες που αναφέρονται στο έγγραφο 2971/2-11-2018 της, χωρίς όμως αποτέλεσμα. Το Διοικητικό Συμβούλιο της, αφού έλαβε υπόψη την εισήγηση του Γενικού Διευθυντή και λαμβάνοντας υπόψη: - Τα άρθρα 4 & 5 του Ν. 1069/1980 όπως ισχύει - Την υπ. αριθμ. 2971/2-11-2018 αρνητική γνώμη της για προέγκριση της σύμβασης του έργου «.....». Α Π Ο Φ Α Σ Ι Ζ Ε Ι ΟΜΟΦΩΝΑ: 1. Ακυρώνει την έως σήμερα διαδικασία δημοπράτησης του έργου ««.....» και τις σχετικές με αυτήν αποφάσεις του ΔΣ της..... οι οποίες ακολουθούν: - Την υπ. αριθμ., η οποία αφορά την έγκριση της διακήρυξης, των τευχών δημοπράτησης και της πίστωσης - Την υπ. αριθμ. 39/2018, η οποία αφορά την ανάδειξη του προσωρινού αναδόχου - Την υπ. αριθμ. 87/2018 που αφορά την ανάδειξη του οριστικού αναδόχου. 2. Αποφασίζει την επανάληψη της διαδικασίας από το στάδιο της προέγκρισης της δημοπράτησης του έργου».

11. Επειδή, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι «3. Εν προκειμένω, η προσβαλλομένη υπ' αριθ. 114Α/14.11.2018 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της είναι πολλαπλώς ακυρωτέα, διότι: 3.1 Η προσβαλλομένη απόφαση εκδόθηκε χωρίς την τήρηση του ουσιώδους τύπου της γνωμοδοτήσεως της Επιτροπής Διενεργείας του Διαγωνισμού, που, κατά νόμον, είναι το αρμόδιο όργανο, το οποίο εισηγείται την ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, και, ως εκ τούτου, είναι ακυρωτέα. 3.2 Η προσβαλλομένη απόφαση εκδόθηκε κατά παραβίαση του ιδιότυπου δεδικασμένου, που παρήχθη με την υπ' αριθ. 494/2018 απόφαση της Α.Ε.Π.Π., με την οποία απορρίφθηκε η προδικαστική προσφυγή της εταιρίας "....." ως απαράδεκτη και δημιουργήθηκε δέσμευση στην να συνάψει την επίμαχη σύμβαση μαζί μας. Ως εκ τούτου, η προσβαλλομένη απόφαση είναι ακυρωτέα. 3.3 Η προσβαλλομένη απόφαση

εκδόθηκε επί τη βάσει του υπ' αριθ. 2971/2.11.2018 εγγράφου του Προϊσταμένου της, πλην, όμως, το όργανο αυτό αναρμοδίως επελήφθη της υποθέσεως και αναρμοδίως γνωμοδότησε επ' αυτής, διότι δεν υπάρχει διάταξη νόμου, που να παρέχει στο όργανο αυτό γνωμοδοτική ή αποφασιστική αρμοδιότητα επί των διαφορών, που αναφύονται κατά την διαγωνιστική διαδικασία αναθέσεως δημοσίου έργου. Περαιτέρω, το όργανο αυτό επελήφθη της υποθέσεως παρανόμως και κατά παράβαση των καθηκόντων του, το μεν διότι δεν είχε τέτοια αρμοδιότητα, κατά τα προεκτεθέντα, το δε διότι και αυτό εδεδεσμεύετο από την υπ' αριθ. 494/2018 απόφαση της Α.Ε.Π.Π., με την οποία απορρίφθηκε ως απαράδεκτη η προδικαστική προσφυγή της εταιρίας ".....". 3.4 Η προσβαλλομένη απόφαση εκδόθηκε κατά παραβίαση του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016, διότι δεν συντρέχει κάποιος εκ των περιοριστικώς αναφερομένων στο άρθρο αυτό λόγων, που δικαιολογούν την ματαίωση του επιμάχου διαγωνισμού, καθ' όσον: (α) δεν υπήρξε και δεν διαπιστώθηκε παράτυπη διεξαγωγή της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, (β) δεν άλλαξαν ουσιωδώς οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι, που σχετίζονται με την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία και η Αναθέτουσα Αρχή δεν εξεδήλωσε έλλειψη ενδιαφέροντος για την εκτέλεση του έργου, (γ) δεν υπήρξαν λόγοι ανωτέρας βίας, που καθιστούν αδύνατη την κανονική εκτέλεση της συμβάσεως, (δ) δεν κρίθηκε η προσφορά μας ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη για την Αναθέτουσα Αρχή, (ε) δεν συνέτρεξαν λόγοι επιτακτικού δημοσίου συμφέροντος και (στ) δεν συνέτρεξαν σφάλματα ή παραλείψεις, που δεν μπορούσαν άλλως να διορθωθούν. Αντιθέτως, η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία διεξήχθη και περατώθηκε κανονικώς, η διαγωνιζόμενη εταιρία "....." και οι υπόλοιποι διαγωνιζόμενοι αποδέχθηκαν πλήρως τους όρους της διακηρύξεως και δεν άσκησαν ένσταση κατ' αυτών ούτε συμμετείχαν στον διαγωνισμό με επιφύλαξη, η εταιρία "....." άσκησε νομίμως προδικαστική προσφυγή, που απορρίφθηκε ως απαράδεκτη, χωρίς να απολέσει τα δικαιώματά της ακροάσεως και δικαστικής προστασίας, και κατά της εκδοθείσης αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π. δεν άσκησε ένδικα βοηθήματα και έτσι η απόφαση της Α.Ε.Π.Π. κατέστη δεσμευτική τόσο για την Αναθέτουσα Αρχή όσο

και για όλους του άλλους εμπλεκόμενους φορείς, περιλαμβανομένης της Συνεπώς, η προσβαλλομένη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί. 3.5 Η προσβαλλομένη απόφαση στερείται νόμιμης και επαρκούς αιτιολογίας, διότι: 3.5.1. Και αν ακόμη υποτεθή ότι γνωμοδότηση για την ματαίωση του επιμάχου διαγωνισμού αποτελεί το υπ' αριθ. πρωτ. 1790/4.6.2018 πρακτικό της Επιτροπής Διενεργείας του Διαγωνισμού, στο οποίο καταγράφονται οι απόψεις της Επιτροπής επί της ενστάσεως της εταιρίας ".....", το οποίο μνημονεύεται στην υπ' αριθ. 47/5.6.2018 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της (πράγμα που κατηγορηματικώς αρνούμεθα), η προσβαλλομένη απόφαση δεν έχει νόμιμη και ειδική αιτιολογία, διότι δεν αιτιολογείται η απόκλιση του Διοικητικού Συμβουλίου της Δ..... από το εν λόγω πρακτικό, με το οποίο η Επιτροπή Διενεργείας του Διαγωνισμού γνωμοδότησε υπέρ της απορρίψεως των αιτιάσεων της εταιρίας ".....", και από την υπ' αριθ. 47/5.6.2018 απόφασή της, με την οποία, κατ' αποδοχή των απόψεων της Επιτροπής Διενεργείας του Διαγωνισμού, απέρριψε την ένσταση της εταιρίας ".....". 3.5.2 Η επίκληση της υπ' αριθ. πρωτ. 2971/2.11.2018 αρνητικής γνώμης του Προϊσταμένου της και της αδυναμίας της να χρηματοδοτήσει το επίμαχο έργο από ιδίους πόρους σε καμία περίπτωση δεν μπορούν να θεωρηθούν ως νόμιμη, ειδική και προσήκουσα αιτιολογία της ματαιώσεως της διαγωνιστικής διαδικασίας, κατά τα προεκτεθέντα. 3.5.3. Η αιτιολογία περί ματαιώσεως του επιμάχου διαγωνισμού, που περιέχεται στο ανωτέρω υπ' αριθ. πρωτ. 2971/2.11.2018 έγγραφο του Προϊσταμένου της, είναι μη νόμιμη, διότι: 3.5.3.1. Ουδεμία σύγκυση δημιουργήθηκε στους διαγωνιζόμενους και στην εταιρία "....." εκ των άρθρων 4.3. και 26.6. της διακηρύξεως, διότι: (α) Η εταιρία "....." άσκησε ένσταση, που διαβιβάσθηκε στην Α.Ε.Π.Π., η οποία με την υπ' αριθ. 494/2018 απόφασή της απέρριψε την ένσταση αυτή ως απαράδεκτη με την ακόλουθη επί λέξει αιτιολογία: "15. Επειδή τόσο η έκδοση του e - παραβόλου και ο υπολογισμός του ύψους αυτού είναι ευχερής και στηρίζεται στη σαφή διάταξη του άρθρου 363 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 του ΠΔ 39/2017 (πρβλ. ΣΤΕ

EA 27/2015, 29/2015, 235/2015, ΣτΕ Ολομ. 777/2013, ΣτΕ 494/2013), ενώ υφίσταται ειδική παραπομπή στον οικείο νόμο και στην οικεία διακήρυξη, οπότε παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζόμενους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των εν λόγω όρων και λεπτομερειών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο (βλ. ιδίως απόφαση της 29ης Απριλίου 2004 C 496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I 3801, σκέψη 111). Επομένως, δεν είναι αντικειμενικώς ικανές οι οικείες διατάξεις να γεννήσουν αμφιβολίες ούτε ως προς τον τρόπο υπολογισμού του ύψους του προσκομισθέντος παραβόλου ή ως προς τα ρητώς προσδιορισθέντα στο νόμο όρια αυτού (κατώτατο και ανώτατο ύψος παραβόλου) ούτε ως προς την επερχόμενη συνέπεια του απαραδέκτου της προσφυγής λόγω μη προσκόμισης με την κατάθεσή της του νόμιμου ποσού παραβόλου (πρβλ. ΣτΕ Ολομ. 1583/2010, ΣτΕ Ολομ. 1852/2009) ". (β) Η εταιρία "....." δεν άσκησε αίτηση αναστολής εκτελέσεως κατά της ανωτέρω αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π., και, συνεπώς, η απόφαση αυτή κατέστη αμετάκλητη και δεσμεύει τόσο την, όσο και την, κατά τα προεκτεθέντα. Εφόσον δε η Α.Ε.Π.Π. έκρινε ότι οι επίμαχες διατάξεις, στις οποίες παραπέμπει το άρθρο 26.6. της διακηρύξεως, δεν δημιουργούν αμφιβολίες ως προς τον τρόπο υπολογισμού του ύψους του παραβόλου, ως προς τα όρια αυτού και ως προς την επερχόμενη συνέπεια του απαραδέκτου της προσφυγής λόγω μη προσκομίσεώς του, η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία δεν πάσχει εξ αυτού του λόγου και, συνεπώς, η ματαίωσή της εξ αυτού του λόγου, και αν ακόμη υποτεθή ότι εντάσσεται στο πλαίσιο της αρμοδιότητας της της περί εξετάσεως της διαδικασίας διακηρύξεως και αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως του άρθρου 8 παρ. 1. ι.εε του Ν. 4314/2014 (πράγμα, που κατηγορηματικώς αρνούμεθα), είναι μη νόμιμη, διότι παραβιάζει την ανωτέρω αμετάκλητη κρίση της Α.Ε.Π.Π., που είναι το μόνο όργανο, το οποίο αποφαινεται επί των πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας, που προηγούνται της συνάψεως δημοσίας συμβάσεως. (γ) Η εταιρία "....." ουδέποτε προέβαλε αιτιάσεις περί προκλήσεως συγχύσεως από τους ανωτέρω όρους της διακηρύξεως, τους οποίους, άλλωστε,

αποδέχθηκε με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στον διαγωνισμό και την μη άσκηση προσφυγής κατά της διακηρύξεως, κατά τα προεκτεθέντα. (δ) Η εταιρία "....." όφειλε να γνωρίζει το δικονομικό πλαίσιο έννομης προστασίας κατά την σύναψη των δημοσίων συμβάσεων, που θέτουν οι διατάξεις των άρθρων 345 επ. του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και οι τελικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του ιδίου Ν. 4412/2016, όπως ισχύουν μετά την αντικατάστασή τους με το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017, που τέθηκε σε ισχύ στις 9.8.2017, οι οποίες, όπως προεκτέθηκε, έχουν άμεση εφαρμογή ανεξαρτήτως σχετικής ενημερώσεως από την αρμόδια Αρχή και, επομένως, ανεξαρτήτως ρητής και εξαντλητικής αναφοράς των σχετικών προϋποθέσεων του παραδεκτού στην επίμαχη διακήρυξη. Συνεπώς, το γεγονός ότι στην επίμαχη διακήρυξη, εκτός από τον όρο 26.6., που παραπέμπει αναλυτικώς στις εν λόγω διατάξεις, υφίσταται και ο όρος 4.3., που παραπέμπει στις διατάξεις του άρθρου 127 του Ν. 4412/2016, ουδόλως ασκεί επιρροή, αφού η εταιρία όφειλε να γνωρίζει τις εν λόγω διατάξεις, στις οποίες σε κάθε περίπτωση παραπέμπει ο όρος 26.6. αυτής, τον οποίο αποδέχθηκε με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στον διαγωνισμό και την μη άσκηση προσφυγής κατ' αυτού. (ε) Η εταιρία "....." ε γνώριζε ότι εφηρμόζοντο οι εν λόγω διατάξεις των άρθρων 345 επ. του Ν. 4412/2016 και ότι, συνεπώς, έφερε την ευθύνη εκδόσεως του e - παραβόλου του άρθρου 363 του Ν. 4412/2026 και παρά ταύτα επέλεξε να ασκήσει την ένσταση του άρθρου 127 του Ν. 4412/2016 επειδή το ύψος του προβλεπομένου με την εν λόγω διάταξη "οριζοντίου" παραβόλου είναι ασυγκρίτως μικρότερο εν σχέσει με το "αναλογικό" παράβολο του άρθρου 363 του Ν. 4412/2016. Άλλωστε, αυτή ουδέποτε ισχυρίσθηκε ότι της προκλήθηκε σύγχυση από της επίμαχες διατάξεις της διακηρύξεως, ουδέποτε υπέβαλε αίτηση στην Α.Ε.Π.Π., στην οποία διαβιβάσθηκε η ένστασή της, για τυχόν συμπλήρωση του παραβόλου και ουδέποτε προσέβαλε την υπ' αριθ. 494/2018 απόφαση της Α.Ε.Π.Π., με την οποία απορρίφθηκε ως απαράδεκτη η προσφυγή της λόγω μη προσκομίσεως του νομίμου παραβόλου του άρθρου 363 του Ν. 4412/2016. (στ) Όπως προεκτέθηκε, ο υπολογισμός του ύψους του e - παραβόλου είναι ευχερής και στηρίζεται στις σαφείς διατάξεις των άρθρων 363

Αριθμός Απόφασης: 52/2019

του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, στις οποίες παραπέμπει η διακήρυξη, τους όρους της οποίας η εταιρία "....." έχει αποδεχθεί με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στον διαγωνισμό, και τις οποίες δεν μπορεί να γίνει ευλόγως δεκτό ότι δεν γνωρίζει, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι το όλο ζήτημα ετέθη όχι από την εταιρία ".....", η οποία, άλλωστε, ουδέποτε επικαλέσθηκε δικονομική βλάβη της από τις επίμαχες διατάξεις της διακηρύξεως, αλλά από την, και μάλιστα καθ' ον χρόνον είχαν εκδοθή το μεν η υπ' αριθ. 494/2018 απόφαση της Α.Ε.Π.Π., προς την οποία υποχρεούνται σε συμμόρφωση τόσο η όσο και η, το δε η υπ' αριθ. 87/31.8.2018 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της κατακύρωσης του έργου στην εταιρία μας. 3.5.3.2. Το υπ' αριθ. 1591/17.5.2018 πρακτικό της Επιτροπής Διενεργείας Διαγωνισμού στερείται εκτελεστότητας (ΣτΕ Ε.Α. 423/2013, ΣτΕ Ε.Α. 464/2012, ΣτΕ 323/2012, ΣτΕ 721/2011, ΣτΕ 419/2010, ΣτΕ 631/2009, ΣτΕ 818/2008, ΑΕΠΠ 36/2018, ΑΕΠΠ 148/2017, κ.α.) και, συνεπώς, η αναφορά σε αυτό, με το υπ' αριθ. πρωτ. 2971/2.11.2018 έγγραφο του Προϊσταμένου της, είναι αλυσιτελής. Το υπ' αριθ. 1591/17.5.2018 πρακτικό της Επιτροπής Διενεργείας Διαγωνισμού εγκρίθηκε με την υπ' αριθ. 39/18.5.2018 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της(πρακτικό 11/18.5.2018) και επικυρώθηκε με την υπ' αριθ. 47/5.6.2018 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της, οι εν λόγω δε αποφάσεις καλύπτονται από το τεκμήριο νομιμότητας μετά την αμετάκλητη απόρριψη, με την υπ' αριθ. 494/2018 απόφαση της Α.Ε.Π.Π., ως απαράδεκτης της ενστάσεως της εταιρίας "....." κατά του εν λόγω πρακτικού και της υπ' αριθ. 47/5.6.2018 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της Σε κάθε περίπτωση, το υπ' αριθ. 1591/17.5.2018 πρακτικό της Επιτροπής Διενεργείας Διαγωνισμού, με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρίας "....." με την αιτιολογία ότι "η βεβαίωση εγγραφής στο ΜΕΕΠ, που δηλώνεται στο ΤΕΥΔ, δεν αντιστοιχεί στην Γ' τάξη και άνω, που απαιτείται για την κατηγορία υδραυλικών του έργου, σύμφωνα με το ύψος του αντίστοιχου μέρους του προϋπολογισμού της μελέτης και το άρθρο 23.4 (α) της διακήρυξης" φέρει επαρκή και νόμιμη αιτιολογία. 3.5.3.3 Οι αιτιάσεις της εταιρίας

”.....”, που περιέχονται στην επίμαχη ένστασή της, είναι απορριπτέες ως απαράδεκτες, διότι βάλλουν κατά των όρων της διακηρύξεως, που η ίδια έχει αποδεχθή με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στον διαγωνισμό και την μη άσκηση προσφυγής κατά της διακηρύξεως, το δε ως νόμω και ουσία αβάσιμες για τους λόγους, που αναλυτικώς εκτίθενται στην υπ' αριθ. 47/2018 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της, στην οποία αναφερόμεθα, προς αποφυγή επαναλήψεων. 3.5.3.4. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, το υπ' αριθ. 2971/2.11.2018 έγγραφο του Προϊσταμένου της, με το οποίο αυτός εισηγήθηκε για ανάκληση της υπ' 87/31.8.2018 αποφάσεως του Διοικητικού Συμβουλίου της, με την οποία, η σε συμμόρφωση με την ανωτέρω υπ' αριθ. 494/27.6.2018 απόφαση της Α.Ε.Π.Π., με την οποία απορρίφθηκε ως απαράδεκτη η προσφυγή της εταιρίας” κατά της υπ' αριθ. 39/18.5.2018 αποφάσεως του Διοικητικού Συμβουλίου ενέκρινε το υπ' αριθ. 2806/21.8.2018 πρακτικό της Επιτροπής Διενεργείας του Διαγωνισμού και κατακύρωσε το εν θέματι έργο στην εταιρία μας, παραβιάζει το τεκμήριο νομιμότητας, την ανωτέρω απόφαση της Α.Ε.Π.Π. και τις διατάξεις των άρθρων 367 παρ. 3 και 4 του Ν. 4412/2016 και 18 του ΠΔ 39/2017 και είναι απολύτως παράνομη. Από την άλλη πλευρά δεν συντρέχει λόγος δημοσίου συμφέροντος, που επιβάλλει την ανάκληση των ανωτέρω νομίμων επωφελών για τα συμφέροντά μας υπ' αριθ. 87/31.8.2018 και 39/18.5.2018 αποφάσεων του Διοικητικού Συμβουλίου της Αντιθέτως, συντρέχει νόμιμος λόγος δημοσίου συμφέροντος, που επιβάλλει την εκτέλεση του έργου αυτού και την άμεση απορρόφηση των εγκεκριμένων κονδυλίων και υπαγορεύει την διατήρηση της ισχύος των ανωτέρω αποφάσεων περί αναδείξεως ως προσωρινού και οριστικού αναδόχου του έργου της εταιρίας μας και την συμβασιοποίηση του επιμάχου έργου και όχι την ματαίωση, την επαναπροκήρυξή του και την συμβασιοποίησή του εντός της ασφυκτικής προθεσμίας των τριών μηνών, όπως παρανόμως εισηγήθηκε ο Προϊστάμενος της με το ανωτέρω έγγραφό του. 3.6. Εν όψει των ανωτέρω, η προσβαλλομένη υπ' αριθ. 114Α/14.11.2018 απόφαση του Διοικητικού

Συμβουλίου της περί ματαιώσεως του επιμάχου διαγωνισμού είναι μη νόμιμη και πρέπει να ακυρωθή».

12. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 360 Δικαίωμα άσκησης προσφυγής του Ν. 4412/2016 «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού 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 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής. 2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών. 3. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1». Σύμφωνα, δε, με το άρθρο 367 Διαδικασία λήψης απόφασης - συνέπειες αποφάσεων ΑΕΕΠ του Ν. 4412/2016 «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται 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, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. 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. 3. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ. 4. Οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ υπόκεινται αποκλειστικά στα ένδικα βοηθήματα που προβλέπονται στον Τίτλο 3 του παρόντος Βιβλίου». Εκ των ανωτέρω διατάξεων καθίσταται σαφές ότι αποκλειστικά αρμόδια προς

κρίση αναφορικά με τη νομιμότητα όρων Διακήρυξης είναι η Α.Ε.Π.Π., κατόπιν άσκησης προδικαστικής προσφυγής, καθώς και τα αρμόδια Δικαστήρια, κατόπιν τυχόν άσκησης αίτησης αναστολής ή/και ακύρωσης κατά της Απόφασης της Α.Ε.Π.Π. Επίσης, στο άρθρο 376 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 ρητώς προβλέπεται ότι οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις Αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π.

13. Επειδή, εν προκειμένω, από τα ανωτέρω αναφερόμενα προκύπτει ότι το ζήτημα της ασάφειας των όρων της Διακήρυξης οριστικοποιήθηκε με την υπ' αριθμ. 494/2018 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., κατόπιν εξέτασης της εκ του νόμου προβλεπόμενης προδικαστικής προσφυγής, η οποία απερρίφθη με την ως άνω Απόφαση της Α.Ε.Π.Π. ως απαράδεκτη, λόγω έλλειψης παραβόλου και η οποία δεν προσεβλήθη ενώπιον του αρμοδίου Δικαστηρίου. Ως οριστικοποίηση, δε, εν προκειμένω, νοείται το γεγονός ότι μόνη δυνατότητα τυχόν αμφισβήτησης της σαφήνειας των όρων της Διακήρυξης θα μπορούσε να εγερθεί εκ μέρους της ενδιαφερομένης διαγωνιζόμενης, ΕΛΤΕ με την άσκηση αίτησης αναστολής ή/και ακύρωσης κατά της ως άνω υπ' αριθμ. 494/2018 Απόφασης της Α.Ε.Π.Π., κάτι το οποίο δεν έπραξε. Εξάλλου, το ζήτημα περί της εφαρμογής της αρχής της προβλεψιμότητας ως προς τις οικονομικές διατάξεις των άρθρων 361 επ. του Ν.4412/2016 έχει παγίως λυθεί νομολογιακά, όπως αναφέρεται αναλυτικότερα κατωτέρω υπό σκ. 15.

14. Επειδή, στην 110427/...../1020 (ΦΕΚ Β 3521 1.11.2016) « Τροποποίηση και αντικατάσταση της υπ' αριθ. 81986/...../31.07.2015 (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"», και ειδικότερα στο ΜΕΡΟΣ ΔΕΥΤΕΡΟ «ΕΛΕΓΧΟΙ ΝΟΜΙΜΟΤΗΤΑΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΣΥΓΧΡΗΜΑΤΟΔΟΤΟΥΜΕΝΩΝ ΠΡΑΞΕΩΝ ΕΣΠΑ 2014-2020 ΑΠΟ ΑΡΧΕΣ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΚΑΙ ΕΝΔΙΑΜΕΣΟΥΣ ΦΟΡΕΙΣ», ορίζεται ότι «Άρθρο 39 "Σκοπός και έκταση ελέγχου" 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) λαμβάνοντας υπόψη τα αποτελέσματα των ελέγχων των οργάνων αυτών, δύνανται να μην επαναλαμβάνουν τον έλεγχο νομιμότητας που διενήργησαν, και μέχρι την έκταση του ελέγχου αυτού. Δύνανται 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. Άρθρο 40 “Πεδίο εφαρμογής και στάδια ελέγχου” 1. Ο έλεγχος διενεργείται πριν τη δημοσίευση της προκήρυξης του διαγωνισμού, για: α. διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των κοινοτικών οδηγιών, και β. i) διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων προμηθειών ή υπηρεσιών οι οποίες δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών της Ευρωπαϊκής Ένωσης (εφεξής ΕΕ) και έχουν προϋπολογισμό

μεγαλύτερο ή ίσο του ποσού των 60.000 ευρώ, άνευ ΦΠΑ, εφόσον δεν εφαρμόζεται η προβλεπόμενη στην παράγραφο 3 του παρόντος άρθρου μεθοδολογία εκτίμησης επικινδυνότητας. ii) διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων έργων που δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών της ΕΕ και έχουν προϋπολογισμό ίσο ή μεγαλύτερο του ποσού του 1.0. 000 ευρώ, άνευ ΦΠΑ. iii) διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων έργων που δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών της ΕΕ και έχουν προϋπολογισμό μικρότερο του ποσού του 1.0. 000 ευρώ, άνευ ΦΠΑ, και μεγαλύτερο ή ίσο του ποσού των 60.000 ευρώ, άνευ ΦΠΑ, εφόσον δεν εφαρμόζεται η προβλεπόμενη στην παράγραφο 3 του παρόντος άρθρου μεθοδολογία εκτίμησης επικινδυνότητας. 2. Ο έλεγχος διενεργείται πριν την υπογραφή της σύμβασης, για: α. διαδικασίες ανάθεσης και σχέδια συμβάσεων έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των κοινοτικών οδηγιών, και β. i) διαδικασίες ανάθεσης και σχέδια συμβάσεων προμηθειών ή υπηρεσιών οι οποίες δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών της ΕΕ και έχουν προϋπολογισμό μεγαλύτερο ή ίσο του ποσού των 60.000 ευρώ, άνευ ΦΠΑ, εφόσον δεν εφαρμόζεται η προβλεπόμενη στην παράγραφο 3 του παρόντος άρθρου μεθοδολογία εκτίμησης επικινδυνότητας. ii) διαδικασίες ανάθεσης και σχέδια συμβάσεων έργων που δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών της ΕΕ και έχουν προϋπολογισμό ίσο ή μεγαλύτερο του ποσού του 1.000.000 ευρώ, άνευ ΦΠΑ. iii) διαδικασίες ανάθεσης και σχέδια συμβάσεων έργων που δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών της ΕΕ και έχουν προϋπολογισμό κατώτερο του ποσού του 1.000.000 ευρώ, άνευ ΦΠΑ, και μεγαλύτερο ή ίσο του ποσού των 60.000 ευρώ, άνευ ΦΠΑ, εφόσον δεν εφαρμόζεται η προβλεπόμενη στην παράγραφο 3 του παρόντος άρθρου μεθοδολογία εκτίμησης επικινδυνότητας. 3. Για τις περιπτώσεις των διαδικασιών ανάθεσης των συμβάσεων των υποπαραγράφων 1βi), 1βiii), 2βi) και 2βiii) του παρόντος άρθρου, η ΔΑ/ΕΦ δύναται να εφαρμόζει εγκεκριμένη μεθοδολογία εκτίμησης επικινδυνότητας για τον περιορισμό του αριθμού των ελέγχων αυτών κατά τα ανωτέρω περιγραφόμενα στάδια. Η μεθοδολογία αυτή δύναται να εφαρμοστεί επίσης και για περιπτώσεις συμβάσεων με προϋπολογισμό μεγαλύτερο του ποσού των 20.0 ευρώ, άνευ

ΦΠΑ και μικρότερο του ποσού των 60.0 ευρώ, άνευ ΦΠΑ. Η μεθοδολογία αυτή καθώς και λεπτομέρειες εφαρμογής της καθορίζονται σε συνεργασία με την Εθνική Αρχή Συντονισμού με όμοια απόφαση. 4. Ο έλεγχος διενεργείται κατά την υποβολή της πρώτης δήλωσης δαπάνης ενός υποέργου, για διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων που δεν ελέχθησαν κατά τα προηγούμενα στάδια λόγω του προϋπολογισμού τους ή λόγω εφαρμογής εγκεκριμένης μεθόδου εκτίμησης επικινδυνότητας. 5. Ο έλεγχος διενεργείται σε κάθε περίπτωση τροποποίησης σύμβασης, ανεξάρτητα από τον προϋπολογισμό αυτής. 6. Ο έλεγχος διενεργείται κατά την αξιολόγηση του αιτήματος χρηματοδότησης της πράξης, για δημόσιες συμβάσεις που κατά τη φάση ένταξης της συγχρηματοδοτούμενης πράξης έχει ήδη δημοσιευτεί η προκήρυξη τους ή/και έχει υπογραφεί η σύμβασή τους. 7. Για διαδικασίες σύναψης συμπληρωματικών συμβάσεων, καθώς και για συμβάσεις που υπογράφονται δυνάμει ενεργοποίησης δικαιωμάτων προαίρεσης, ο έλεγχος διενεργείται πριν την έκδοση των αποφάσεων για τη σύναψη των συμβάσεων αυτών και σε κάθε περίπτωση πριν την υπογραφή των συμβατικών κειμένων. 8. Ειδικά στις περιπτώσεις ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων στο πλαίσιο της Τεχνικής Υποστήριξης της Εφαρμογής ΕΣΠΑ 2014-2020 από αναθέτουσες αρχές που είναι και αρμόδιοι φορείς ελέγχου των συμβάσεων αυτών, ο έλεγχος διενεργείται και ολοκληρώνεται κατ' εξαίρεση με μόνη την καταχώρηση στο ΟΠΣ των σχετικών εγγράφων ελέγχου, χωρίς τήρηση των ανωτέρω προθεσμιών, και εκδίδεται θετική γνώμη. 9. Για τις δημόσιες συμβάσεις συγχρηματοδοτούμενων πράξεων που υλοποιούνται κατά φάσεις στις περιόδους προγραμματισμού ΕΣΠΑ 2007-2013 και ΕΣΠΑ 2014-2020, οι ΔΑ/ΕΦ δύνανται να μην επαναλαμβάνουν τον έλεγχο που διενεργήθηκε κατά την περίοδο προγραμματισμού που προηγήθηκε. Η εγκριτική γνώμη της αρμόδιας ΔΑ/ΕΦ της αρχικής προγραμματικής περιόδου, όπως αυτή είχε αποτυπωθεί, καταχωρίζεται στο ΟΠΣ. Σε περίπτωση που είχαν τεθεί και ειδικές προϋποθέσεις έγκρισης, εξετάζεται από την ΔΑ/ΕΦ κατά την ένταξη της πράξης στο νέα προγραμματική περίοδο, εάν αυτές έχουν πληρωθεί». Στα προαναφερόμενα άρθρα, που αναφέρονται στην έκταση των αρμοδιοτήτων της διαχειριστικής αρχής, και δη στο άρθρο 39 ρητώς αναφέρεται, ότι «δεν

υποκαθιστά την ελεγκτική αρμοδιότητα άλλων δικαιοδοτικών κλάδων», αναφερόμενο ενδεικτικά στο «Ελεγκτικό Συνέδριο ή την Ενιαία Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων» και προκύπτει ότι, όπως άλλωστε είναι εύλογο από τη φύση του ελεγκτικού έργου που ασκεί, ότι ο εκ μέρους της διαχειριστικής αρχής ασκούμενος έλεγχος νομιμότητας συναρτάται και συνακόλουθα περιορίζεται «ιδίως ως προς τις απαιτήσεις του ειδικού νομοθετικού, θεσμικού και διαχειριστικού πλαισίου που διέπει τις συγχρηματοδοτούμενες πράξεις του ΕΣΠΑ 2014-2020», ήτοι επί της τήρησης του ειδικών ζητημάτων που άπτονται της νομιμότητας των συγχρηματοδοτήσεων.

15. Επειδή, περαιτέρω, όπως παγίως έχει κριθεί οι διατάξεις των άρθρων 361 επ. του Ν. 4412/2016, που προβλέπουν την προδικαστική προσφυγή, είναι δικονομικές και απευθύνονται σε μικρό κύκλο αποδεκτών, που οφείλουν να τις γνωρίζουν εν όψει της ιδιαιτερότητας του αντικειμένου τους και, ως εκ τούτου, έχουν άμεση εφαρμογή ανεξαρτήτως σχετικής ενημερώσεως από την αρμόδια αρχή και, επομένως, ανεξαρτήτως ρητής και εξαντλητικής αναφοράς των σχετικών προϋποθέσεων του παραδεκτού στην οικεία διακήρυξη (ΣτΕ Ολ. 876/2013, Α.Ε.Π.Π. 254/2017). Όπως, επίσης, έχει παγίως κριθεί, με τη Διακήρυξη του διαγωνισμού τίθεται το κανονιστικό πλαίσιο αυτού, όχι όμως και το δικονομικό πλαίσιο επίλυσης των αναφερόμενων κατά τη διαδικασία διαφορών, το οποίο καθορίζεται από την ισχύουσα νομοθεσία (ενδεικτικά ΣτΕ 98/2010, 1284/2009). Περαιτέρω, επίσης κατά τα παγίως κριθέντα, προκειμένου το αναφερόμενο σφάλμα να κριθεί ικανό ώστε να ματαιώσει τη διαδικασία ανάθεσης, θα πρέπει να έβλαψε τον ανταγωνισμό (ΣτΕ 203/2011).

16. Επειδή, εκ των ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι η κρίση περί δικονομικών ζητημάτων, όπως αυτό της τυχόν ασάφειας της Διακήρυξης περί της τηρητέας ενδικοφανούς και ένδικης διαδικασίας, αποτελεί ζήτημα το οποίο καταφανώς εκφεύγει της αρμοδιότητας της διαχειριστικής αρχής, αντίθετα, για την κρίση επί των ζητημάτων αυτών είναι αποκλειστικά αρμόδια η Α.Ε.Π.Π. και τα αρμόδια Δικαστήρια. Διαφορετική παραδοχή θα έθετε εκποδών την κατ' επιταγή του άρ. 2 της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, όπως τροποποιήθηκε με το άρ. 1 της Οδηγίας 2007/66/ΕΚ, χορηγηθείσα αποκλειστικά στην Α.Ε.Π.Π. σχετική

αρμοδιότητα. Πλην όμως, όπως προκύπτει από το προπαρατεθέν περιεχόμενο της υπ' αριθμ. 2971/02.11.2018 αρνητικής γνώμης της διαχειριστικής αρχής, η αρνητική αυτή γνώμη διατυπώθηκε επί τη βάση διαπιστώσεων της που αφορούν σε ζητήματα ασάφειας της υπό εξέταση Διακήρυξης, τα οποία άπτονται αμιγώς δικονομικών ζητημάτων και, όπως προαναφέρθηκε, εκφεύγουν καταφανώς της αρμοδιότητάς της και η κρίση επί των οποίων ανήκει αποκλειστικά στην Α.Ε.Π.Π. και στα αρμόδια Δικαστήρια. Εξάλλου, όπως επίσης προαναφέρθηκε, το ανακύψαν σχετικά με τυχόν ασάφειες της Διακήρυξης ζήτημα οριστικοποιήθηκε, με την υπ' αριθμ. 494/2018 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., η οποία δεν προσβλήθηκε ενώπιον του αρμοδίου Δικαστηρίου.

17. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 317 Ματαίωση διαδικασίας του Ν. 4412/2016 «1. Ο αναθέτων φορέας με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή του, 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 παρ. 5 του άρθρου 316. 2. Ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση του αναθέτοντος φορέα, 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 τον αναθέτοντα φορέα 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 προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, ε) στην περίπτωση της παρ. 4 του άρθρου 97, στ) για τους αναθέτοντες φορείς που είναι αναθέτουσες αρχές, για άλλους λόγους δημοσίου συμφέροντος. 3. Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, ο αναθέτων φορέας μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικά 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. 4. Όταν συντρέχουν οι λόγοι για τη ματαίωση της διαδικασίας που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2, ο αναθέτων φορέας ακυρώνει τη διαδικασία σύναψης σύμβασης για ολόκληρο το αντικείμενο της σύμβασης ή, εφόσον οι λόγοι αυτοί συνδέονται με τμήμα της σύμβασης, για το εν λόγω τμήμα, εφόσον επιτρέπεται η κατάθεση τέτοιων προσφορών. 5. Ο αναθέτων φορέας διατηρεί, επίσης, το δικαίωμα, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, να αποφασίσει, παράλληλα με την ακύρωση ή τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης και την επανάληψη οποιασδήποτε φάσης της διαδικασίας σύναψης, με τροποποίηση ή μη των όρων της ή να προσφύγει στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, εφόσον στην τελευταία αυτή περίπτωση πληρούνται οι όροι και οι προϋποθέσεις των άρθρων 266 και 269. ...».

18. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 20 του Ν. 2690/1999 (Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας) «1. Όπου ο νόμος, για την έκδοση διοικητικής πράξης, προβλέπει προηγούμενη γνώμη (απλή ή σύμφωνη) ή πρόταση άλλου οργάνου, η μεν γνώμη διατυπώνεται ύστερα από ερώτημα του οργάνου που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα, η δε πρόταση υποβάλλεται με πρωτοβουλία του προτείνοντος οργάνου. Η γνώμη ή η πρόταση, πρέπει να είναι έγγραφη, αιτιολογημένη και επίκαιρη κατά το περιεχόμενό της. 2. Το όργανο που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα δεν μπορεί να εκδώσει πράξη με περιεχόμενο διαφορετικό από αυτό της σύμφωνης γνώμης ή της πρότασης. Η μη αποδοχή της θετικής σύμφωνης γνώμης ή της πρότασής, καθώς και η απόκλιση από την απλή γνώμη, πρέπει να αιτιολογούνται ειδικώς. ...».

19. Επειδή, βάσει των ανωτέρω, ο αναθέτων φορέας ματαιώνει τη διαγωνιστική διαδικασία για τους περιοριστικά αναφερόμενους στο ως άνω άρθρο 317 λόγους, με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή του, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ήτοι της Επιτροπής Διαγωνισμού, δεδομένου, δε, ότι, του νόμου μη ορίζοντος περί σύμφωνης τοιαύτης, η ως άνω γνώμη αποτελεί απλή γνώμη, ο αναθέτων φορέας, ως αποφασίζον όργανο, μπορεί να αποστεί αιτιολογημένα από τη διατυπωθείσα γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού.

20. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου του διαγωνισμού προκύπτει ότι έχει εκδοθεί εκ μέρους της Επιτροπής Διαγωνισμού του από 25.07.2018 Πρακτικό, με τίτλο «ΠΡΑΚΤΙΚΟ ΣΥΝΕΔΡΙΑΣΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΔΙΑΓΩΝΣΙΜΟΥ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ: “.....” ΓΙΑ ΑΠΟΨΕΙΣ: Σχετικά με την μερική ακύρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού του έργου και την επανάληψή της, λόγω διαπίστωσης σφάλματος-παράληψης [sic] στην σχετική διακήρυξη (η ύπαρξη της καταργηθείσας παραγράφου σχετικά με τις ενστάσεις), σύμφωνα με το άρθρο 106 του Ν.4412/2016», με το εξής περιεχόμενο: «*Η διαδικασία του διαγωνισμού του έργου ευρίσκεται στο στάδιο του προσωρινού αναδόχου, ο οποίος αναδείχθηκε και εγκρίθηκε με την υπ. αριθμ. 39/2018 απόφαση του ΔΣ της η οποία ουσιαστικά ενέκρινε το 1^ο πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού. Στην συνέχεια, η επιτροπή διαγωνισμού συνεδρίασε εκ νέου για την ένσταση επί της απόφασης 39/2018 του ΔΣ της και εξέθεσε τις απόψεις της, οι οποίες και ελήφθησαν υπόψη στις απόψεις της αναθέτουσας αρχής (.....), με την υπ. αριθμ. 47/2018 απόφαση. Στην συνέχεια η ΑΕΠΠ με την υπ. Αριθμ. 494/2018 απόφαση (5^ο κλιμάκιο) απέρριψε την ένσταση, επικυρώνοντας ουσιαστικά την υπ. αριθμ. 47/2018 απόφαση της για τον προσωρινό ανάδοχο, μετά και την παρέλευση της απαιτούμενης προθεσμίας που θέτει ο νόμος. Στην συνέχεια, στο πλαίσιο της καθιερωμένη ενημέρωσης της αρμόδιας διαχειριστικής αρχής για την πορεία των έργων και με την ιδιότητα μου ως Διευθυντής της έγινε συζήτηση για τα θέματα που παρουσιάστηκαν, όπως καταγράφονται στις υπ. αριθμ. 2135/25-06-2018 (ερώτημα της υπηρεσίας προς τη διαχειριστική αρχή) και την υπ. αριθμ. 1649/04-07-2018 (απάντηση από τη διαχειριστική αρχή). Στη φάση αυτή της διαδικασίας, τέθηκε το ερώτημα για την μερική ακύρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού του έργου και την επανάληψή της, λόγω διαπίστωσης σφάλματος - παράληψης στην σχετική διακήρυξη (η ύπαρξη της καταργηθείσας παραγράφου 4.3 σχετικά με τις ενστάσεις), σύμφωνα με το άρθρο 106 του Ν. 4412/2016. Για το θέμα ζητήθηκε και η σχετική γνωμοδότηση από Νομικό Σύμβουλο κ. (17-07-2018), ο οποίος έχει μεγάλη εμπειρία σε θέματα δημοσίων συμβάσεων. Η γνωμοδότηση και τα υπόλοιπα*

έγγραφα διαβάστηκαν παρουσία των μελών της επιτροπής. Κατόπιν διαλογικής συζήτησης μεταξύ των μελών της επιτροπής σχετικά το ως άνω θέμα καθώς και σχετικά με το περιεχόμενο των προσκομισθέντων εγγράφων, η επιτροπή ομόφωνα κατέληξε στα ακόλουθα: Πράγματι, σε ότι αφορά τη διαδικασία επίλυσης διαφορών, στη διακήρυξη του έργου υπάρχει ταυτόχρονη αναφορά τόσο στη διαδικασία των Ενστάσεων (άρθρο 4.3 της διακήρυξης) όσο και στη διαδικασία της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ (άρθρο 26.6 της διακήρυξης). Επισημαίνεται ότι σύμφωνα με το υπ. αριθμ. 1250/28.02.2018 (ΑΔΑ;) έγγραφο της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., για διαδικασίες σύναψης που εκκινούν από τις 02.03.2018 (ημερομηνία ανάρτησης στο ΚΗΜΔΗΣ) και μετά, εφαρμόζεται πλέον η διαδικασία της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. (και όχι η διαδικασία της ενστάσεως). Επομένως, στη συγκεκριμένη διακήρυξη θα έπρεπε να γίνεται αναφορά μόνο στη διαδικασία της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. Όμως, όπως αναφέρει και στη γνωμοδότησή του ο νομικός κ., η εσφαλμένη πρόβλεψη στη διακήρυξη επί της δικονομικής διαδικασίας επίλυσης των διαφορών, εξ απόψεως δικαίου δημοσίων έργων δεν παραβιάζει τη νομιμότητα της όλης διαδικασίας, αφού κατά τη πάγια συναφή νομολογία (ΣτΕ 908, 1188/1284/2009, 98/2010 κ.α.) με τη διακήρυξη δημοσίου διαγωνισμού τίθεται το' κανονιστικό πλαίσιο αυτού, όχι όμως και το δικονομικό πλαίσιο επίλυσης των αναφερόμενων κατά τη διαδικασία διαφορών, το οποίο καθορίζεται από την ισχύουσα νομοθεσία. Επιπρόσθετα και περαιτέρω, προκειμένου το αναφερόμενο σφάλμα να κριθεί ικανό ώστε να ματαιώσει τη διαδικασία ανάθεσης, θα πρέπει να έβλαψε τον ανταγωνισμό (ΣτΕ 203/2011). Τα ανωτέρω επιβεβαιώνονται και από το γεγονός ότι στην υπ. αριθμ. 494/2018 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., με την οποία εξετάστηκε ένσταση διαγωνιζομένου επί προγενέστερου σταδίου της διαδικασίας, η Αρχής Επίλυσης Προδικαστικών Προσφυγών, έκανε αποδεκτή ως παραδεκτώς ασκηθείσα την ένσταση, παρόλο που δεν είχε ασκηθεί προδικαστική προσφυγή από τον διαγωνιζόμενο και δεν είχε χρησιμοποιηθεί το τυποποιημένο έντυπο προδικαστικής προσφυγής, χωρίς να κάνει καμία αναφορά σε σφάλμα της διακήρυξης και ανάγκη ματαίωσης της διαδικασίας.

Επομένως, σύμφωνα με τα ανωτέρω αναφερθέντα, άποψή μας είναι ότι η εσφαλμένη αναφορά στη διακήρυξη επί της διαδικασία επίλυσης δικονομικών διαφορών, δεν αποτελεί αντικειμενικά ικανή αιτία για την ακύρωση η τη ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 106 του Ν.4412/2016. καθώς η δικονομική διαδικασία επίλυσης των διαφορών καθορίζεται από τις ισχύουσες διατάξεις της Νομοθεσίας. Οι διατάξεις αυτές υπερισχύουν της διακήρυξης, είναι σαφείς, δεν γεννούν αμφιβολίες και παρέχουν τη δυνατότητα σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζόμενους, να κατανοήσουν το περιεχόμενό τους. Επιπροσθέτως. δεν προκύπτει ότι το αναφερόμενο σφάλμα έβλαψε τον ανταγωνισμό. Σχετικά τώρα με τα θέματα της χρηματοδότησης του έργου, συμφωνήθηκε ότι αυτά δεν εμπίπτουν στις αρμοδιότητες της επιτροπής διαγωνισμού του έργου αλλά είναι αποκλειστική αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής (.....)».

21. Επειδή, όπως παγίως έχει κριθεί, η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να ματαιώσει προκηρυχθέντα διαγωνισμό, κατόπιν απλής γνωμοδοτήσεως του αρμοδίου για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού συλλογικού οργάνου, δηλαδή της Επιτροπής Διενεργείας του Διαγωνισμού (ΣτΕ 1404/2005, ΣτΕ 3077/1997, Α.Ε.Π.Π. 280/2018), εφόσον συντρέχει νόμιμος λόγος. Όμως, η ευχέρεια ματαιώσεως διαγωνισμού δεν είναι για την αναθέτουσα αρχή απεριόριστη, διότι η απόφαση αυτή πρέπει να είναι ειδικώς αιτιολογημένη, αναφερομένη στους λόγους, για τους οποίους αποφασίζεται η επανάληψη του διαγωνισμού (ΣτΕ 651/2010, ΣτΕ 543/2010, ΣτΕ 1803/2008, ΣτΕ Ε.Α. 88/2015, ΣτΕ Ε.Α. 158/2011, ΣτΕ Ε.Α. 1132/2010, ΣτΕ Ε.Α. 226/2009, Α.Ε.Π.Π. 280/2018, Α.Ε.Π.Π. 167/2017). Και τούτο, διότι η ματαίωση ενός διαγωνισμού αποτελεί εξαιρετική διαδικασία επιτρεπτή περιοριστικώς για τους αναφερομένους στα ομοίου περιεχομένου άρθρα 106 και 317 του Ν. 4412/2016 λόγους, οι οποίοι αποσκοπούν στο να αποτρέψουν καταχρηστικές από την πλευρά των αναθετουσών αρχών ματαιώσεις διαγωνιστικών διαδικασιών αναλόγως με τον προσφέροντα της επιλογής τους, στον οποίο επιθυμούν να αναθέσουν μια δημόσια σύμβαση, και δεν πρέπει να

αγνοείται το γεγονός ότι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς ανάλωσαν χρόνο και πόρους για την σύνταξη της προσφοράς τους, που δεν μπορούν να θεωρούνται αμελητέοι (ΣΤΕ 543/2010, Α.Ε.Π.Π. 280/2018, Α.Ε.Π.Π. 167/2017). Διαφορετικά, οποιοδήποτε σφάλμα σε διαγωνιστική διαδικασία θα έδιδε την δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να ματαιώνουν κάθε φορά την διαδικασία αναθέσεως μίας συμβάσεως με αυτονόητες ανυπολόγιστες συνέπειες (Α.Ε.Π.Π. 167/2017).

22. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η αιτιολογία της προσβαλλόμενης περί ματαίωσης του διαγωνισμού και επαναδημοπράτησής του, αφενός ερειδόμενη σε παράτυπη διεξαγωγή της διαδικασίας ανάθεσης κατά το άρθρο 317 παρ. 2 περ. β του Ν. 4412/2016, ανάγεται σε λόγους που οριστικοποιήθηκαν με την υπ' αριθμ. 494/2018 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., η οποία δεν προσβλήθηκε ενώπιον του αρμοδίου Δικαστηρίου. Σημειώνεται, δε, ως προς το ανωτέρω ζήτημα, η αντιφατικότητα των Απόψεων της αναθέτουσας αρχής όπως αυτές διατυπώθηκαν στο πλαίσιο της αρχικώς ασκηθείσας ως ένστασης προδικαστικής προσφυγής επί της οποίας εκδόθηκε η ως άνω υπ' αριθμ. 494/2018 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., σύμφωνα με τις οποίες η αναθέτουσα αρχή ανέφερε ότι η ασάφεια της Διακήρυξης δεν παρακωλύει την άσκηση προδικαστικής προσφυγής από την εκεί προσφεύγουσα, σε σχέση με τις διατυπωθείσες αναφορικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή Απόψεις, σύμφωνα με τις οποίες, εξαιτίας της ίδιας ασάφειας της Διακήρυξης η διαγωνιζόμενη ΕΛΤΕ στερήθηκε της δυνατότητας να λάβει αποτελεσματική δικαστική προστασία. Εξάλλου, σε κάθε περίπτωση, η διαγωνιζόμενη ΕΛΤΕ ουδόλως στερήθηκε στάδιο έννομης προστασίας –κάτι, που, κατά τα ανωτέρω παγίως κριθέντα, ακόμη κι αν είχε γίνει, θα αποτελούσε αποκλειστικά δική της ευθύνη- καθώς άσκησε διοικητική προσφυγή, εξετασθείσα ως προδικαστική προσφυγή, μην καταβάλλοντας, όμως, το προσήκον παράβολο, το ύψος του οποίου προβλέπεται στο άρθρο 363 του Ν.4412/2016, στο οποίο ρητώς παραπέμπει το άρθρο 26.6 της Διακήρυξης και δεν άσκησε αίτηση αναστολή ή/και ακύρωσης κατά της εκδοθείσας 494/2018 Απόφασης της Α.Ε.Π.Π. Εξάλλου, ουδόλως παρεμποδίστηκε εν προκειμένω ο ανταγωνισμός, καθώς

στο διαγωνισμό έλαβαν μέρος δώδεκα (12) διαγωνιζόμενοι. Αφετέρου, ως ερειδόμενη αυτοτελώς στο ζήτημα της έλλειψης χρηματοδότησης, αιτία της οποίας αποτέλεσε η αναρμοδίως εξενεχθείσα κρίση της διαχειριστικής αρχής περί δικονομικών ζητημάτων, η προσβαλλόμενη είναι ακυρωτέα ακριβώς για το λόγο αυτό, καθώς, όπως προαναφέρθηκε, κατ' αυτόν τον τρόπο τίθεται εκποδών η κατ' επιταγή του άρ. 2 της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, όπως τροποποιήθηκε με το άρ. 1 της Οδηγίας 2007/66/ΕΚ, χορηγηθείσα αποκλειστικά στην Α.Ε.Π.Π. αρμοδιότητα και δη όσον αφορά σε δικονομικά ζητήματα, τα οποία καταφανώς εκφεύγουν της αρμοδιότητας της διαχειριστικής αρχής και ανήκουν στην αποκλειστική αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π. και των αρμοδίων Δικαστηρίων. Σε περίπτωση ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού, κατά την προσβαλλόμενη, θα επαναπροκηρυχθεί ο ίδιος διαγωνισμός, με τους ίδιους όρους, με μόνη αλλαγή στη Διακήρυξη την παράλειψη του όρου αυτής που προβλέπει τη δυνατότητα άσκησης Ένστασης, ήτοι την αποσαφήνιση των όρων της Διακήρυξης ως προς την έννομη, ενδικοφανή και ένδικη, προστασία των διαγωνιζομένων. Τούτο, όμως, όπως προαναφέρθηκε, αποτελεί αμιγώς δικονομικό ζήτημα, το οποίο έχει, εξάλλου, παγίως λυθεί από το Συμβούλιο της Επικρατείας κατά τον αναφερόμενο στη σκ. 15 τρόπο. Όπως εξάλλου ουδόλως αμφισβητείται από την αναθέτουσα αρχή, η διαγωνιστική διαδικασία ακολουθήθηκε καθ' όλα νομίμως και εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 87/2018 Απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί έγκρισης του Πρακτικού για την ανάδειξη της προσφεύγουσας ως οριστικής αναδόχου. Ουδόλως, δε, μπορεί το λυθέν ως άνω δικονομικό ζήτημα να γίνει ανεκτό ως επαρκής αιτία επαναπροκήρυξης ενός διαγωνισμού, ο οποίος μάλιστα βρίσκεται στο στάδιο κατά το οποίο έχει εγκριθεί ο οριστικός ανάδοχος του έργου. Συνεπώς, δεν συντρέχει κανένας εκ των περιοριστικώς αναφερόμενων στο άρθρο 317 του Ν. 4412/2016 λόγων προς ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας.

23. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός Απόφασης: 52/2019

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ύψους 9.233,87 € στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 27 Δεκεμβρίου 2018 και εκδόθηκε στις 16 Ιανουαρίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Άννα Χριστοδουλάκου

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χρήστος Κάτρης