



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

Αριθμός Γνωμοδότησης 270/2015

ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
(Γ' ΤΜΗΜΑ)

Συνεδρίαση της 11^{ης} Νοεμβρίου 2015

Σύνθεση:

Πρόεδρος: Βασιλική Δούσκα, Αντιπρόεδρος του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους

Μέλη: Παναγιώτης Παναγιωτουνάκος, Παναγιώτης Σπανός, Ευγενία Βελώνη, Νίκη Μαριόλη, Κωνσταντίνος Κατσούλας, Αθηνά Αλεφάντη, Βασιλική Παπαθεοδώρου, Νομικοί Σύμβουλοι του Κράτους.

Εισηγήτρια: Μαρία Δεληγιάννη, Πάρεδρος Ν.Σ.Κ.

Αριθμός Ερωτήματος: Το υπ' αριθ. πρωτ. Δ1/Β/21920/2473/11-08-2015 έγγραφο του Υπουργείου Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων, της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας (ΥΠΑ), της Γενικής Διεύθυνσης Αερομεταφορών, της Διεύθυνσης Αεροπορικής Εκμετάλλευσης, του Τμήματος Διμερών Αεροπορικών Συμφωνιών.

Ερώτημα: *α) Αν πρέπει να διακοπεί και με ποια διαδικασία, η σύμβαση μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας Astra Airlines, με την οποία εκχωρήθηκε στην εν λόγω εταιρεία το δικαίωμα αποκλειστικής εκμετάλλευσης των δύο τακτικών αεροπορικών γραμμών από 01/05/2015 έως 31/8/2018, έναντι συνολικού οικονομικού αντισταθμίματος 5.610.544 ευρώ για την γραμμή Αθήνα – Κοζάνη – Καστοριά και 2.842.839,44 ευρώ για την γραμμή Θεσσαλονίκη – Λήμνος – Ικαρία, στο πλαίσιο συμμόρφωσης προς την υπ' αριθμ. 6026/2015 απόφαση του Τμήματος Μείζονος - Επταμελούς Σύνθεσης του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία*

αναθεωρήθηκε η υπ' αριθμ. 2979/2015 απόφαση του Τμήματος του δικαστηρίου και έγινε δεκτό ότι κωλύεται η υπογραφή της ως άνω σύμβασης.

Επί θετικής απάντησης στο ανωτέρω ερώτημα, με ποιόν χρονικό ορίζοντα θα γίνει η διακοπή;

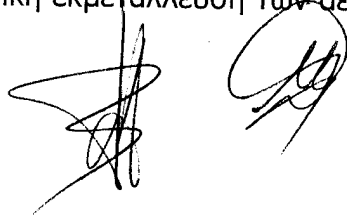
β) Προκειμένου να συνεχιστεί η αδιάλειπτη και απρόσκοπτη παροχή της δημόσιας υπηρεσίας (αεροπορικής συγκοινωνίας με νησιά και δυσπρόσιτες περιοχές της χώρας) και μάλιστα εν μέσω θερινής περιόδου, πώς θα προκύψει η νέα παραχώρηση παροχής δημόσιας υπηρεσίας, δεδομένου ότι για την ανάθεση των δύο γραμμών για χρονικό διάστημα μέχρι επτά μήνες, που προβλέπεται από το άρθρο 16 παρ. 12 του ΕΚ 1008/2008, σε περίπτωση αιφνίδιας διακοπής της εκμετάλλευσής τους, έχει ήδη ξεπεραστεί το όριο αυτό από τις προηγούμενες αναθέσεις (συνολικό διάστημα οκτώ μηνών) και λαμβάνοντας υπ' όψη ότι η ενέργεια αυτή της υπηρεσίας τελεί υπό την πρότερη έγκριση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, η οποία πρέπει να ενημερωθεί αναλόγως (εδάφιο 2, παρ. 12 άρθρου 16 του ΕΚ1008/2008;

γ) Εφόσον ματαιωθεί η διαγωνιστική διαδικασία, βάσει της οποίας προέκυψε η τρέχουσα ανάθεση των γραμμών και εφ' όσον αποφασιστεί η διενέργεια νέας διαδικασίας διαπραγμάτευσης, κατά πόσο δικαιολογείται η κλήση σε αυτήν μόνο των δύο εταιρειών που είχαν προκριθεί στην ματαιωμένη διαγωνιστική διαδικασία, σύμφωνα με τις αρχές της διαφάνειας και της μη εισαγωγής διακρίσεων;

Επί του ως άνω ερωτήματος, το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Τμήμα Γ'), γνωμοδότησε, ως εξής :

Ι. ΙΣΤΟΡΙΚΟ

1. Κατ' εφαρμογή των διατάξεων του Κανονισμού 1008/2008 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 24^{ης} Σεπτεμβρίου 2008 «Σχετικά με κοινούς κανόνες εκμετάλλευσης των αεροπορικών γραμμών στην Κοινότητα» και με σκοπό την εξασφάλιση αεροπορικής συγκοινωνίας μεταξύ των μεγάλων αστικών κέντρων της χώρας με απομακρυσμένα νησιά και δυσπρόσιτες περιοχές αυτής επιβάλλεται υποχρέωση παροχής σχετικής δημόσιας υπηρεσίας. Στη συγκεκριμένη υπόθεση, μετά από την ανανέωση προηγούμενης επιβολής τέτοιας υποχρέωσης παροχής δημόσιας υπηρεσίας (αποφάσεις Υπουργού ΥΠΟΜΕΔΙ Δ1/Β/11441/1175/22-04-2014 και Δ1/Β/11451/1177/22-04-2014) για την αποκλειστική εκμετάλλευση των αεροπορικών



γραμμών Αθήνας-Κοζάνης-Καστοριάς και Θεσσαλονίκης-Λήμνου-Ικαρίας, από 01/09/2014 έως 31/08/2018, ορίστηκε η 29/07/2014, ως ημερομηνία διεξαγωγής της σχετικής διαγωνιστικής διαδικασίας κατόπιν σχετικών προσκλήσεων υποβολής προσφορών (Δ1/Β/ 11447/1176/22-04-2014 και Δ1/Β/11454/1178/22-04-2014), ενημερωτική ανακοίνωση δε αυτών δημοσιεύτηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Ε.Ε. C164/29-05-2014.

2. Στις 11/06/2014 η εταιρεία Sky Express άσκησε κατά των δύο ως άνω αποφάσεων προδικαστικές προσφυγές, οι οποίες απορρίφθηκαν από την Επιτροπή Εξέτασης Ενστάσεων του διαγωνισμού. Η ίδια εταιρεία άσκησε, στη συνέχεια, αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του ΣΤΕ, επί της οποίας εκδόθηκε στις 13/08/2014 η υπ' αριθμ. 271/2014 απορριπτική απόφαση του ΣΤΕ.

3. Κατά την ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού (29/07/2014), προσήλθαν και υπέβαλαν προσφορές και για τις δύο γραμμές οι εταιρείες Astra Airlines, MINOAN AIR και Sky Express.

4. Κατόπιν εξέτασης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών, οι εταιρείες Astra Airlines και Sky Express έγιναν δεκτές στην επόμενη φάση του διαγωνισμού, ενώ η εταιρεία MINOAN AIR αποκλείστηκε.

5. Οι τότε ισχύουσες συμβάσεις παραχώρησης για την άσκηση δημόσιας υπηρεσίας στις εν λόγω γραμμές έληγαν στις 31/08/2014, προκειμένου δε να μη διακοπούν οι γραμμές εν μέσω θερινής περιόδου και λαμβάνοντας υπόψη τα στενά χρονικά όρια που δεν επαρκούσαν για την ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, προκρίθηκε η λύση της διενέργειας διαδικασίας διαπραγμάτευσης, που διασφάλιζε, με βάση και την υπ' αριθμ. 918/2010 απόφαση ΣΤΕ, τη διαφάνεια, τον ανταγωνισμό και την ίση μεταχείριση μεταξύ των υποψηφίων.

6. Με δεδομένο ότι ο έλεγχος των τεχνικών προσφορών των υποψηφίων εταιρειών στον εν εξελίξει διαγωνισμό είχε ολοκληρωθεί και είχε συνταχθεί σχετικό Πρακτικό, στη διενέργεια διαπραγμάτευσης, που διεξήχθη στις 28/08/2014, προσκλήθηκαν οι δύο εταιρείες, των οποίων οι προσφορές είχαν γίνει αποδεκτές για την επόμενη φάση της διαγωνιστικής διαδικασίας, προκειμένου να ανατεθεί, με τον τρόπο αυτό, η εκμετάλλευση των ίδιων γραμμών για χρονικό διάστημα ενός τριμήνου, από 01-09-2014 έως 30-11-2014, το οποίο κρίθηκε τότε επαρκές για την ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, ενώ υπήρξε πρόβλεψη για δυνατότητα

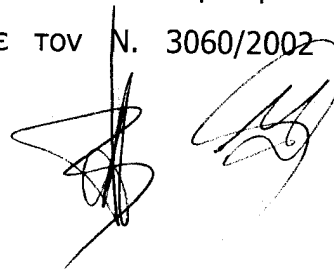
παράτασης μέχρι 3 μήνες, λόγω ενδεχόμενης δικαστικής ή άλλης εμπλοκής.

7. Οι εταιρείες Astra Airlines και Sky Express προσήλθαν και υπέβαλαν προσφορές με αποτέλεσμα της διαδικασίας διαπραγμάτευσης την κατακύρωση για την εκμετάλλευση και των δύο γραμμών στη εταιρεία Sky Express, ως προσφέρουσας το χαμηλότερο οικονομικό αντιστάθμισμα για το διάστημα αυτό. Συγκεκριμένα για τη γραμμή Αθήνα – Κοζάνη – Καστοριά το αντιστάθμισμα ανήλθε σε 242.954 ευρώ, και για τη γραμμή Θεσσαλονίκη – Λήμνος – Ικαρία σε 198.556 ευρώ.

8. Στις 27/08/2014 η εταιρεία Sky Express άσκησε κατά της υπ' αριθμ. Δ1/Β/26328/2575/26-08-2014 απόφασης περί έγκρισης πρακτικού αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών του διαγωνισμού, κατά το μέρος που κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της Astra Airlines, νέα προδικαστική προσφυγή. Η ανωτέρω προδικαστική προσφυγή απορρίφθηκε σιωπηρώς και ενώ είχε ορισθεί η 24/9/2015 ως ημερομηνία ανοίγματος των οικονομικών προσφορών, η εταιρεία Sky Express κατέθεσε στις 22/09/2014 νέες αιτήσεις ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του ΣΤΕ (για κάθε μια γραμμή), καθώς και αίτημα έκδοσης προσωρινής διαταγής, το οποίο έγινε δεκτό και εκδόθηκε σχετική διαταγή στις 23/09/2014 που είχε ως αποτέλεσμα την αναβολή ανοίγματος των οικονομικών προσφορών μέχρι την εκδίκαση των ασφαλιστικών μέτρων. Πριν την συζήτηση των ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του ΣΤΕ η εταιρεία Astra Airlines κατέθεσε πρόσθετες παρεμβάσεις.

Στις 13/10/2014 εκδικάστηκαν τα προαναφερόμενα ασφαλιστικά μέτρα, επί των οποίων εκδόθηκαν (στις 24/10/2014) οι υπ' αριθμ. 390/2014 και 391/2014 αποφάσεις του ΣΤΕ με τις οποίες απορρίφθηκαν οι αιτήσεις της Sky Express.

9. Στην συνέχεια ορίστηκε η 29/10/2015 ως ημερομηνία ανοίγματος των οικονομικών προσφορών και ακολούθως, κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα της διαγωνιστικής διαδικασίας στην εταιρεία Astra Airlines, ως αιτούμενης το χαμηλότερο οικονομικό αντιστάθμισμα για την τετραετία (01/09/2014-31/08/2018), αντί συνολικού αντισταθμίματος ποσών 6.771.600 ευρώ για τη γραμμή Αθήνα-Κοζάνη-Καστοριά και 3.474.797,26 ευρώ για τη γραμμή Θεσσαλονίκη-Λήμνο-Ικαρία, έναντι αντίστοιχων προσφορών της Sky Express ποσών 7.091.480 και 3.676.316 ευρώ. Σύμφωνα με την κατακυρωτική πράξη «Η ανάθεση τελεί υπό την προϋπόθεση έγκρισης από το Ελεγκτικό Συνέδριο σύμφωνα με τον Ν. 3060/2002 όπως



τροποποιήθηκε με το Ν. 3310/2005».

Σημειώνεται ότι η εταιρεία Sky Express, στην οποία είχαν κατακυρωθεί για την τετραετία 2010-2014 οι δύο αυτές γραμμές (ήταν η μόνη συμμετέχουσα στον τότε διαγωνισμό) είχε αιτηθεί ως μέγιστο οικονομικό αντιστάθμισμα το ποσό των 8.656.751 και 4.373.395 ευρώ αντίστοιχα.

10. Κατόπιν του ανοίγματος των οικονομικών προσφορών, απεστάλη ο πλήρης φάκελος της διαγωνιστικής διαδικασίας στο Ελεγκτικό Συνέδριο για προσυμβατικό έλεγχο. Κατά την διάρκεια του προσυμβατικού ελέγχου και συγκεκριμένα στις 8/1/2015, η εταιρεία Sky Express παρενέβη και υπέβαλε Σημείωμα στο Ελεγκτικό Συνέδριο.

11. Καθώς το πρώτο τρίμηνο της σύμβασης είχε ολοκληρωθεί, η τρίμηνη Σύμβαση της εταιρείας Sky Express παρετάθη για άλλους τρεις μήνες, όπως άλλωστε είχε προβλεφθεί, μέχρι 28-02-2015, με το αιτούμενο στη διαδικασία διαπραγμάτευσης αντιστάθμισμα, για τη γραμμή Αθήνα – Κοζάνη – Καστοριά ποσού 254.330 ευρώ και για τη γραμμή Θεσσαλονίκη – Λήμνος – Ικαρία ποσού 189.393 ευρώ.

12. Στις 18/02/2015 κοινοποιήθηκε στην Υπηρεσία Πολιτικής Αεροπορίας (ΥΠΑ) η υπ' αριθμ. 41/2015 Πράξη του Ελεγκτικού Συνεδρίου, σύμφωνα με την οποία κωλύεται η υπογραφή της Σύμβασης με την εταιρεία Astra Airlines, (λόγω της μη επαρκούς αιτιολόγησης: α) της οικονομικής ευρωστίας της μειοδότης εταιρείας Astra Airlines και β) του ευλόγου οικονομικού αντισταθμίσιματος).

13. Κατά της άνω Πράξης η ΥΠΑ άσκησε στις 03-03-2015 Αίτηση Ανάκλησης. Ομοίως έπραξε και η εταιρεία Astra Airlines καταθέτοντας επίσης Αίτηση Ανάκλησης. Η δε εταιρεία Sky Express άσκησε παρεμβάσεις αιτούμενη την διατήρηση της Πράξεως.

14. Δεδομένης της ανάγκης διασφάλισης του δημοσίου συμφέροντος, που αφορά την ανάγκη μη διακοπής των εν λόγω αεροπορικών συνδέσεων απομακρυσμένων και ακριτικών περιοχών της χώρας μετά τις 28/02/2015, οπότε έληγε η ισχύουσα Σύμβαση, η ΥΠΑ προέκρινε την κλήση όλων των εταιρειών, που εκτελούν γραμμές υπό καθεστώς παροχής δημόσιας υπηρεσίας, σε νέα διαδικασία διαπραγμάτευσης για την ανάθεση της εκμετάλλευσης των γραμμών για ένα μήνα με δυνατότητα παράτασης για ένα ακόμη μήνα και μέχρις ότου εκδοθεί η Απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου επί της Αίτησης Ανάκλησης.

15. Η διαδικασία αυτή έλαβε χώρα στις 26-02-2015 και κατακυρώθηκε στην εταιρεία Sky Express το δικαίωμα αποκλειστικής εκμετάλλευσης από 01-03-2015 έως 31-03-2015 με δικαίωμα παράτασης για έναν μήνα, της γραμμής Αθήνα – Κοζάνη – Καστοριά έναντι οικονομικού αντισταθμίματος ποσού 126.812 ευρώ και της γραμμής Θεσσαλονίκη – Λήμνος – Ικαρία έναντι μηδενικού οικονομικού αντισταθμίματος.

16. Στις 24-4-2015 εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 2979/2015 Απόφαση του VI Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η οποία ανακάλεσε την υπ' αριθμ. 41/2015 Πράξη του Ελεγκτικού Συνεδρίου και αποφάνθηκε ότι δεν κωλύεται η υπογραφή της Σύμβασης με την εταιρεία Astra Airlines.

17. Η εταιρεία Sky Express στις 27/04/2015 υπέβαλε εξώδικη δήλωση, με την οποία γνωστοποίησε στην ΥΠΑ την πρόθεσή της να καταθέσει Αίτηση Αναθεώρησης κατά της ως άνω (υπ' αριθ. 2979/2014) απόφασης και επανήλθε με δεύτερο εξώδικο στις 30-4-2015, επιμένοντας ότι η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε να μην υπογράψει τη Σύμβαση με την μειοδότη εταιρεία αλλά να επαναλάβει εκ νέου τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης.

18. Η ΥΠΑ με βάση α) το γεγονός ότι, σύμφωνα με την κοινοτική νομοθεσία, το όριο της νόμιμης ανάθεσης των αεροπορικών γραμμών με διαδικασία διαπραγμάτευσης είχε ήδη εξαντληθεί και δεν υπήρχε περιθώριο για νέο πρόχειρο διαγωνισμό, β) το δεδομένο ότι η διαδικασία διαπραγμάτευσης αποτελεί εξαιρετικό μέτρο, στο οποίο η Υ.Π.Α. αναγκάζεται να προσφεύγει «όταν αντιμετωπίσει καταστάσεις που καθιστούν πρακτικά αδύνατη ή πρακτικά πολύ δύσκολη την εξασφάλιση της αεροπορικής σύνδεσης» (βλ. ΣΤΕ 918/2010), στη συγκεκριμένη δε περίπτωση δεν υπήρχε καν περιθώριο εξακολούθησης του εξαιρετικού αυτού μέτρου και γ) την απόφαση του VI Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία κρίθηκε ρητώς ότι δεν κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης με την μειοδότη εταιρεία, προχώρησε στην υπογραφή της σύμβασης (συμβάσεων). Συγκεκριμένα αυτή υπεγράφη στις 01/05/2015 μεταξύ του Αναπληρωτή Υπουργού Οικονομίας, Υποδομών, Ναυτιλίας και Τουρισμού και της εταιρείας Astra Airlines, με αυτήν δε εκχωρήθηκε στην εν λόγω εταιρεία το δικαίωμα αποκλειστικής εκμετάλλευσης των δύο αυτών τακτικών αεροπορικών γραμμών από 01-05-2015 έως 31-8-2018, έναντι συνολικού οικονομικού αντισταθμίματος 5.610.544 ευρώ για την γραμμή Αθήνα –

Κοζάνη – Καστοριά και 2.842.839,44 ευρώ για την γραμμή Θεσσαλονίκη – Λήμνος – Ικαρία.

19. Μετά την παρέλευση δέκα (10) ημερών από την υπογραφή της σύμβασης με την εταιρεία Astra Airlines και επίσης δέκα (10) ημερών από την λήξη της προηγούμενης σύμβασης με την εταιρεία Sky Express, στις 11/5/2015 η εταιρεία Sky Express κατέθεσε ενώπιον του Τμήματος Μείζονος Επταμελούς Σύνθεσης του Ελεγκτικού Συνεδρίου Αίτηση Αναθεώρησης κατά της υπ' αριθμ. 2979/2015 απόφασης του VI Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Στη διαδικασία παρενέβη η ανάδοχος εταιρεία Astra Airlines, με την παρέμβασή της δε γνωστοποιείται στο Δικαστήριο η υπογραφή ήδη της σύμβασης. Η αίτηση εκδικάστηκε στις 25/05/2015.

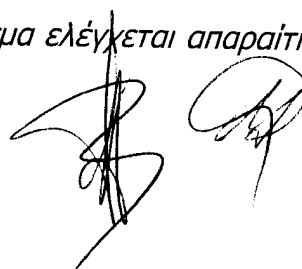
20. Με την από 21/07/2015 Εξώδικη Δήλωση της Sky Express η ΥΠΑ ενημερώνεται ότι στις 17/07/2015 είχε δημοσιευτεί η υπ' αριθμ. 6026/2015, με την οποία έγινε αποδεκτή η ως άνω Αίτηση Αναθεώρησης (με την εξώδικη δήλωσή της η Sky Express καλεί και υποδεικνύει στον Υπουργό και στην ΥΠΑ να προβούν σε διάφορες ενέργειες (διακοπή της Σύμβασης με την Astra Airlines, μη καταβολή οικονομικού αντισταθμίματος για την παροχή των υπηρεσιών, ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, δημοσίευση νέας πρόσκλησης υποβολής προσφορών, σε περίπτωση που το δημόσιο επιθυμεί την εξασφάλιση της παροχής δημόσιας υπηρεσίας και μη διακοπή των αεροπορικών συνδέσεων μέχρι την ολοκλήρωση της νέας διαγωνιστικής διαδικασίας να προβεί σε προκήρυξη πρόχειρου διαγωνισμού με τη συμμετοχή των δύο εταιρειών που είχαν προκριθεί στην προηγούμενη διαγωνιστική διαδικασία, στον καταλογισμό των ευθυνών και κυρώσεων για την υπογραφή της σύμβασης).

21. Στις 03-08-2015 κοινοποιήθηκε στην ΥΠΑ η υπ' αριθμ. 6026/2015 Απόφαση του Τμήματος Μείζονος Επταμελούς Σύνθεσης του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η οποία αναθεωρεί την 2979/2015 Απόφαση του VI Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου και αποφαινεται, χωρίς αναφορά στο γεγονός της υπογραφής της σύμβασης, ότι κωλύεται η υπογραφή των σχεδίων σύμβασης μεταξύ του Υπουργείου Οικονομίας, Υποδομών, Ναυτιλίας και Τουρισμού και της αεροπορικής εταιρείας Astra Airlines με αντικείμενο την εκμετάλλευση των αεροπορικών γραμμών Θεσσαλονίκη – Λήμνος – Ικαρία και Αθήνα – Κοζάνη - Καστοριά. Οι λόγοι για τους οποίους κρίθηκε με την ως άνω απόφαση ότι κωλύεται η υπογραφή των ως άνω Συμβάσεων είναι η

ελλιπής αιτιολόγηση των πρακτικών αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών και των δικαιολογητικών συμμετοχής καθώς και των οικονομικών προσφορών. Ειδικότερα η απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου ως προς τα ανωτέρω ζητήματα έκρινε τα ακόλουθα:

«Α).....Το από 29.7.2014 πρακτικό αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών στερείται ειδικής, πλήρους και εμπεριστατωμένης αιτιολογίας ως προς τη συνδρομή της προϋπόθεσης της οικονομικής ευρωστίας. Διαγωνισμού όχι μόνο ουδεμία ειδική αιτιολογία διέλαβε στο ανωτέρω Πρακτικό αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, αλλά προέβη, χωρίς να αξιολογήσει τα ως άνω χρηματοοικονομικά κριτήρια, σε μια συμπερασματική διαπίστωση, γενική και ταυτόσημη και για τις δύο εταιρείες, υπό τη διατύπωση ότι «από την ανάλυση των προσκομισθέντων οικονομικών στοιχείων προκύπτει ότι, εφόσον δεν επέλθουν μεταβολές στη χρηματοοικονομική τους κατάσταση τα επόμενα χρόνια, διαθέτουν την απαιτούμενη οικονομική ευρωστία προκειμένου να είναι σε θέση να ανταποκριθούν σε ένα τετραετές πρόγραμμα». Επιπλέον δε, τη συμπερασματική αυτή διαπίστωση, ότι οι συμμετέχουσες εταιρείες έχουν οικονομική ευρωστία, η Επιτροπή εξήρτησε ανεπίτρεπτα, ανατρέποντας έτσι τον επιδιωκόμενο με τον έλεγχο της οικονομικής ευρωστίας σκοπό, από την τυχαία αίρεση ότι δεν θα επέλθουν μεταβολές στην χρηματοοικονομική κατάσταση των εταιρειών.....

Β. Το από 29.10.2014 πρακτικό αξιολόγησης οικονομικών προσφορών στερείται παντελώς αιτιολογίας. Ειδικότερα, από τη διατύπωση του επίμαχου πρακτικού προκύπτει ότι η επιτροπή διαγωνισμού περιορίστηκε αποκλειστικά στην αριθμητική σύγκριση μεταξύ των δύο προσφορών για να προκρίνει την ανάδοχο και δεν ήλεγξε παντάπασιν το εύλογο ή μη του αιτουμένου οικονομικού αντισταθμίματος με βάση τον σκοπό του σχετικού περιορισμού, όπως αυτός απορρέει από τη διάταξη του άρθρου 17 παρ. 8 του Κανονισμού 1008/2008 και έχει επαναληφθεί ως κανονιστικός όρος με τις επίμαχες προσκλήσεις υποβολής προσφορών. Κατά τα γενόμενα δε δεκτά από τη νομολογία του ΔΕΚ (C-140/2009 *Fallimento Traghetti de Mediterraneo* σκ. 34-36 και 38-40) και του Ελεγκτικού Συνεδρίου (2840/2012 Απόφ. Μείζ. Επταμ.), απαιτείται όπως το καταβαλλόμενο στον μοναδικό αερομεταφορέα οικονομικό αντιστάθμισμα ελέγχεται απαραίτητα στο



πλαίσιο της νομιμότητας του για το εάν περιέχει ή όχι απαγορευμένη κρατική ενίσχυση και την παροχή έτσι οικονομικού πλεονεκτήματος στην ανάδοχο (υπεραντισταθμισμα).

Τέλος, από τη ρητή διατύπωση του επίμαχου πρακτικού δεν δύναται να υποστηριχθεί ότι η επιτροπή διαγωνισμού, πριν από την απλώς αριθμητική σύγκριση των δύο προσφορών για την εξεύρεση του χαμηλότερου αιτουμένου οικονομικού αντισταθμίματος, έχει κρίνει, έστω και σιωπηρά, σε προγενέστερο στάδιο το εύλογο του οικονομικού αντισταθμίματος.....».

22. Επειδή στη σύνθεση του δικαστηρίου (Επταμελούς Συνθέσεως) που εξέδωσε την άνω απόφαση δεν περιλαμβάνεται η φερόμενη μάλιστα ως μειψηφίσασα Σύμβουλος Ελένη Λυκεσά αλλά άλλη (άγνωστη όμως ποιά), με αποτέλεσμα να φαίνεται ότι το Δικαστήριο είχε άγνωστη και εν πάση περιπτώσει οκταμελή σύνθεση, το ίδιο Δικαστήριο τήρησε αυτεπαγγέλτως διαδικασία διόρθωσης της απόφασής του.

23. Ήδη εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 6399/2015 απόφαση της Επταμελούς Συνθέσεως του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η οποία αν και φαίνεται να διορθώνει την προηγούμενη υπ' αριθμ. 6065/2015 απόφαση του, εκδίδεται με άλλη (μερικώς) σύνθεση και χωρίς καμιά αιτιολόγηση ως προς τυχόν κώλυμα κλπ τεσσάρων εκ των εκδοσάντων την προηγούμενη απόφαση δικαστών) (δεν μετέχει καν η μειψηφίσασα Σύμβουλος), κατά παράβαση της ρητής διάταξης του άρθρου 90 παρ. 2 του π.δ. 1225/1981 «Δικονομία του Ελεγκτικού Συνεδρίου ...» (Α' 304), σύμφωνα με την οποία στην περίπτωση διαδικασίας διόρθωσης αποφάσεως του Ελεγκτικού Συνεδρίου «Της συνθέσεως του δικαστηρίου μετέχουν οι εκδόντες την απόφασιν δικασταί. Ελλείψει, απουσία ή κωλύματι τούτων το Δικαστήριο συντίθεται εξ άλλων δικαστών, γιγνομένης μνείας τούτου εν τη αποφάσει». Η απόφαση γνωστοποιήθηκε στην ΥΠΑ στις 9-10-2015 με FAX.

24. Εκτός των ανωτέρω, σημειώνεται ότι εκκρεμεί ενώπιον του ΣΤΕ η εκδίκαση α) της από 4-8-2014 αίτησης Ακύρωσης της Sky Express κατά της από 22-4-2014 Πρόσκλησης της ΥΠΑ για υποβολή προσφορών, β) των δύο (2) από 22-9-2014 αιτήσεων ακύρωσης κατά της απόφασης του Υπουργού που εγκρίνει το Πρακτικό Αξιολόγησης των Προσφορών, των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών στον εν λόγω διαγωνισμό (δικάσιμος η 15-12-2015).

II. ΤΟ ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ

A. Στον Κανονισμό 1008/2008 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 24^{ης} Σεπτεμβρίου 2008 «Σχετικά με κοινούς κανόνες εκμετάλλευσης των αεροπορικών γραμμών στην Κοινότητα» (L 293/3/31.10.2008) στα άρθρα 16 και 17 ορίζονται τα ακόλουθα:

«Άρθρο 16

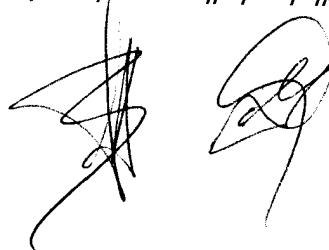
Γενικές αρχές για τις υποχρεώσεις δημόσιας υπηρεσίας

1. Ένα κράτος μέλος, κατόπιν διαβουλεύσεων με άλλα ενδιαφερόμενα κράτη μέλη και αφού ενημερώσει την Επιτροπή, τους σχετικούς αερολιμένες και τους αερομεταφορείς που εκτελούν το δρομολόγιο αυτό, μπορεί να επιβάλλει υποχρεώσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας σε τακτικές αεροπορικές γραμμές μεταξύ αερολιμένα της Κοινότητας και αερολιμένα που εξυπηρετεί περιφερειακή περιοχή ή περιοχή ανάπτυξης που βρίσκεται στο έδαφός του, ή γραμμή η οποία έχει χαμηλή κίνηση, εφόσον η γραμμή αυτή θεωρείται δρομολόγιο ζωτικής σημασίας για την οικονομική και κοινωνική ανάπτυξη της περιφέρειας την οποία εξυπηρετεί ο αερολιμένας. Η υποχρέωση αυτή επιβάλλεται μόνο στο μέτρο που απαιτείται προκειμένου να εξασφαλιστεί, στο συγκεκριμένο δρομολόγιο, ελάχιστη εξυπηρέτηση τακτικών αεροπορικών γραμμών που πληρούν καθορισμένα κριτήρια συνέχειας, τακτικότητας, τιμολόγησης ή ελάχιστης μεταφορικής ικανότητας, τα οποία ο αερομεταφορέας δεν επρόκειτο άλλως να αναλάβει εάν ελάμβανε αποκλειστικά υπόψη το εμπορικό συμφέρον του.

Τα συγκεκριμένα πρότυπα που επιβάλλονται σε διαδρομή υποκείμενη στην παροχή δημόσιας υπηρεσίας καθορίζονται με διαφάνεια και χωρίς την εισαγωγή διακρίσεων.

2....3..... 4. Όταν κράτος μέλος επιθυμεί να επιβάλει υποχρέωση δημόσιας υπηρεσίας, κοινοποιεί το πλήρες κείμενο της προτεινόμενης επιβολής υποχρέωσης δημόσιας υπηρεσίας στην Επιτροπή, τα άλλα ενδιαφερόμενα κράτη μέλη, τους αερολιμένες και τους αερομεταφορείς που εκμεταλλεύονται το συγκεκριμένο δρομολόγιο.

Η Επιτροπή δημοσιεύει ενημερωτική ανακοίνωση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, στην οποία:



προσδιορίζονται οι δύο αερολιμένες που συνδέει το συγκεκριμένο δρομολόγιο και οι πιθανές ενδιάμεσες στάσεις, σημειώνεται η ημερομηνία έναρξης ισχύος της υποχρέωσης δημόσιας υπηρεσίας, και αναγράφεται η πλήρης διεύθυνση στην οποία διατίθεται αμελλητί και δωρεάν από το ενδιαφερόμενο κράτος μέλος το κείμενο και κάθε πληροφορία και/ή τεκμηρίωση σχετικά με την υποχρέωση δημόσιας υπηρεσίας.

5. 6. 7. 8. 9. Κατά παρέκκλιση από τις διατάξεις της παραγράφου 8, εάν κανένας κοινοτικός αερομεταφορέας δεν έχει αρχίσει ή δεν μπορεί να αποδείξει ότι είναι έτοιμος να αρχίσει την εκμετάλλευση βιώσιμων τακτικών αεροπορικών γραμμών σε δρομολόγιο για το οποίο έχει επιβληθεί υποχρέωση παροχής δημόσιας υπηρεσίας, το ενδιαφερόμενο κράτος μέλος μπορεί να περιορίσει την πρόσβαση στις τακτικές αεροπορικές γραμμές στο συγκεκριμένο δρομολόγιο σε ένα μόνο κοινοτικό αερομεταφορέα για μέγιστο χρονικό διάστημα τεσσάρων ετών, μετά την πάροδο του οποίου η κατάσταση πρέπει να επανεξετάζεται.

Το εν λόγω χρονικό διάστημα μπορεί να ανέλθει σε πέντε έτη εάν η υποχρέωση παροχής δημόσιας υπηρεσίας επιβάλλεται σε δρομολόγιο προς αερολιμένα που εξυπηρετεί ιδιαίτερα απομακρυσμένη περιοχή, κατά την έννοια του άρθρου 299 παράγραφος 2 της συνθήκης.

10. Το δικαίωμα εκμετάλλευσης των γραμμών στις οποίες αναφέρεται η παράγραφος 9 παρέχεται με δημόσιο διαγωνισμό σύμφωνα με το άρθρο 17, είτε για μεμονωμένο δρομολόγιο, είτε, στις περιπτώσεις που αυτό δικαιολογείται για λόγους επιχειρησιακής αποτελεσματικότητας, για μία ομάδα δρομολογίων, σε οποιονδήποτε κοινοτικό αερομεταφορέα πληροί της προϋποθέσεις εκμετάλλευσης των γραμμών αυτών. Για λόγους διοικητικής αποτελεσματικότητας, το κράτος μέλος μπορεί να δημοσιεύσει ενιαία πρόσκληση υποβολής προσφορών για διάφορα δρομολόγια.

11. Μια υποχρέωση δημόσιας υπηρεσίας θεωρείται ότι έχει λήξει, εφόσον δεν εκτελεσθεί τακτική αεροπορική γραμμή στο δρομολόγιο που υπόκειται στη συγκεκριμένη υποχρέωση για περίοδο δώδεκα μηνών.

12. Εάν ο κοινοτικός αερομεταφορέας που έχει επιλεγεί σύμφωνα με το άρθρο 17 διακόψει αιφνίδια την αεροπορική γραμμή, το ενδιαφερόμενο κράτος μέλος μπορεί, σε περίπτωση έκτακτης ανάγκης, να επιλέξει με αμοιβαία συμφωνία διαφορετικό κοινοτικό αερομεταφορέα, ο οποίος θα εκτελεί την υποχρέωση δημόσιας υπηρεσίας για χρονική περίοδο έως επτά μηνών, μη ανανεούμενη, με τους εξής

όρους:

α) κάθε οικονομικό αντιστάθμισμα που καταβάλλει το κράτος μέλος χορηγείται σύμφωνα με το άρθρο 17 παράγραφος 8·

β) η επιλογή πραγματοποιείται μεταξύ κοινοτικών αερομεταφορέων σύμφωνα με τις αρχές της διαφάνειας και της μη εισαγωγής διακρίσεων·

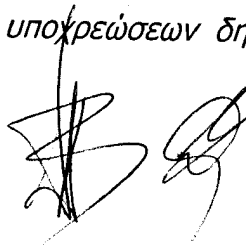
γ) αρχίζει νέα διαδικασία πρόσκλησης για υποβολή προσφορών.

Η Επιτροπή και το (τα) ενδιαφερόμενο(-α) κράτος(-η) μέλος(-η) ενημερώνονται αμελλητί σχετικά με την εν λόγω έκτακτη διαδικασία και τους λόγους που την υπαγόρευσαν. Η Επιτροπή, ύστερα από αίτηση κράτους μέλους ή με δική της πρωτοβουλία, μπορεί, σύμφωνα με τη διαδικασία στην οποία παραπέμπει το άρθρο 25 παράγραφος 2, να αναστείλει τη διαδικασία, εφόσον κρίνει ότι σύμφωνα με την εκτίμησή της δεν πληροί τις απαιτήσεις της παρούσας παραγράφου ή εφόσον αντιβαίνει καθ' οιονδήποτε άλλο τρόπο στην κοινοτική νομοθεσία.»

Άρθρο 17

Διαδικασία δημόσιου διαγωνισμού για υποχρεώσεις δημόσιας υπηρεσίας

1. Ο δημόσιος διαγωνισμός κατά το άρθρο 16 παράγραφος 10 πραγματοποιείται σύμφωνα με τη διαδικασία των παραγράφων 2 έως 10 του παρόντος άρθρου.
2. Το ενδιαφερόμενο κράτος μέλος κοινοποιεί το πλήρες κείμενο της πρόσκλησης υποβολής προσφορών στην Επιτροπή εκτός αν, σύμφωνα με το άρθρο 16 παράγραφος 5, έχει κοινοποιήσει την υποχρέωση δημόσιας υπηρεσίας με δημοσίευση προκήρυξης στην εθνική επίσημη εφημερίδα του. Στην περίπτωση αυτή, ο διαγωνισμός δημοσιεύεται επίσης στην εθνική επίσημη εφημερίδα.
3. Η πρόσκληση υποβολής προσφορών και η επακόλουθη σύμβαση διέπουν, μεταξύ άλλων:
 - α) τις προδιαγραφές που απαιτούνται για την παροχή δημόσιας υπηρεσίας,
 - β) τους κανόνες σχετικά με την τροποποίηση και λύση της σύμβασης, ιδίως σε περίπτωση απρόβλεπτων μεταβολών,
 - γ) τη διάρκεια ισχύος της σύμβασης,
 - δ) κυρώσεις σε περίπτωση αθέτησης της σύμβασης,
 - ε) αντικειμενικές και διαφανείς παραμέτρους, βάσει των οποίων υπολογίζεται το αντιστάθμισμα, εφόσον υπάρχει, για την εκπλήρωση των υποχρεώσεων δημόσιας υπηρεσίας.



4. Η Επιτροπή γνωστοποιεί την πρόσκληση υποβολής προσφορών με ενημερωτική ανακοίνωση που δημοσιεύει στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η προθεσμία υποβολής των προσφορών λήγει τουλάχιστον δύο μήνες μετά τη δημοσίευση της εν λόγω ενημερωτικής ανακοίνωσης. Σε περίπτωση που ο διαγωνισμός αφορά δρομολόγιο στο οποίο η πρόσβαση έχει ήδη περιορισθεί σε έναν αερομεταφορέα σύμφωνα με το άρθρο 16 παράγραφος 9, η πρόσκληση υποβολής προσφορών δημοσιεύεται τουλάχιστον έξι μήνες πριν από την έναρξη της νέας εκχώρησης, έτσι ώστε να εκτιμηθεί η αναγκαιότητα συνέχισης της περιορισμένης πρόσβασης.

5. Η ενημερωτική ανακοίνωση περιέχει τις εξής πληροφορίες:

- α) το (τα) ενδιαφερόμενο(-α) κράτος(-η) μέλος(-η),
- β) τη σχετική αεροπορική γραμμή,
- γ) τη διάρκεια ισχύος της σύμβασης,
- δ) την πλήρη διεύθυνση, όπου διατίθεται χωρίς καθυστέρηση και δωρεάν από το ενδιαφερόμενο κράτος μέλος το κείμενο και κάθε πληροφορία ή/και τεκμηρίωση σχετική με την υποχρέωση δημόσιας υπηρεσίας,
- ε) την προθεσμία υποβολής των προσφορών.

6. Το (τα) ενδιαφερόμενο(-α) κράτος(-η) μέλος(-η) κοινοποιεί(-ούν) αμελλητί και δωρεάν κάθε σχετική πληροφορία και έγγραφο που θα ζητήσει όποιος ενδιαφέρεται για το δημόσιο διαγωνισμό.

7. Η επιλογή μεταξύ των υποβληθεισών προτάσεων διενεργείται το συντομότερο δυνατό, αφού ληφθεί υπόψη η επάρκεια της παρεχόμενης υπηρεσίας και ιδίως το αντίτιμο και οι όροι που μπορούν να προσφερθούν στους χρήστες, καθώς και το κόστος τυχόν αντισταθμίματος που απαιτεί(-ούν) το (τα) κράτος(-η) μέλος(-η).

8. Το ενδιαφερόμενο κράτος μέλος μπορεί να αποζημιώνει αερομεταφορέα, ο οποίος έχει επιλεγεί, δυνάμει της παραγράφου 7, για την τήρηση των προδιαγραφών που απαιτούνται για την επιβληθείσα, σύμφωνα με το άρθρο 16, παροχή δημόσιας υπηρεσίας. Το εν λόγω αντιστάθμισμα δεν μπορεί να υπερβαίνει το ποσό που απαιτείται για να καλυφθεί το καθαρό κόστος που προκύπτει από την εκπλήρωση κάθε υποχρέωσης δημόσιας υπηρεσίας, λαμβανομένων υπόψη των σχετικών εσόδων του αερομεταφορέα και ευλόγου κέρδους.

9. Η Επιτροπή ενημερώνεται εγγράφως και αμελλητί για τα αποτελέσματα του δημόσιου διαγωνισμού και την επιλογή από το κράτος μέλος, μεταξύ άλλων ως προς:

- α) τους αριθμούς, τα ονοματεπώνυμα και τις εταιρικές πληροφορίες των υποψηφίων,
- β) τα επιχειρησιακά στοιχεία που περιέχουν οι προσφορές,
- γ) το αντιστάθμισμα που ζητείται στις προσφορές,
- δ) το ονοματεπώνυμο του επιλεγέντος υποψηφίου.

10. Η Επιτροπή, κατόπιν αιτήσεως κράτους μέλους ή με δική της πρωτοβουλία, μπορεί να ζητήσει από τα κράτη μέλη να της διαβιβάσουν, εντός ενός μηνός, όλα τα σχετικά έγγραφα που αφορούν την επιλογή αερομεταφορέα για την παροχή υποχρέωσης δημόσιας υπηρεσίας. Σε περίπτωση που τα ζητούμενα έγγραφα δεν διαβιβασθούν εμπρόθεσμα, η Επιτροπή μπορεί να αποφασίσει την αναστολή του διαγωνισμού σύμφωνα με τη διαδικασία στην οποία παραπέμπει το άρθρο 25 παράγραφος 2.

Β. Στο άρθρο 98 του Συντάγματος του 1975 όπως ισχύει μετά τις αναθεωρήσεις ΣΤ' Ζ' και Η' Αναθεωρητικής Βουλής ορίζονται τα εξής:

«Άρθρο 98

1. Στην αρμοδιότητα του Ελεγκτικού Συνεδρίου ανήκουν ιδίως:

α. Ο έλεγχος των δαπανών του Κράτους, καθώς και των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλων νομικών προσώπων, που υπάγονται με ειδική διάταξη νόμου στο καθεστώς αυτό.

β. Ο έλεγχος συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας στις οποίες αντισυμβαλλόμενος είναι το Δημόσιο ή άλλο νομικό πρόσωπο που εξομοιώνεται με το Δημόσιο από την άποψη αυτή, όπως νόμος ορίζει.

γ., δ., ε., στ., ζ.,

2. Οι αρμοδιότητες του Ελεγκτικού Συνεδρίου ρυθμίζονται και ασκούνται, όπως νόμος ορίζει.

Στις περιπτώσεις των στοιχείων α' έως δ' της προηγούμενης παραγράφου δεν εφαρμόζονται οι διατάξεις του άρθρου 93 παράγραφοι 2 και 3.

3. Οι αποφάσεις του Ελεγκτικού Συνεδρίου για υποθέσεις της παραγράφου

1 δεν υπόκεινται στον έλεγχο του Συμβουλίου της Επικρατείας.»

Γ.- Στον κυρωθέντα με το ν. 4129/2013 «Κώδικα νόμων για το Ελεγκτικό Συνέδριο» (Α' 52) όπως ισχύει, στα άρθρα 1, 35 και 37 προβλέπονται μεταξύ άλλων τα ακόλουθα:

«Άρθρο 1

Αρμοδιότητες του Ελεγκτικού Συνεδρίου

1. Το Ελεγκτικό Συνέδριο:

α) ..., β)..., γ..., δ) ...,

θ) Ασκεί έλεγχο νομιμότητας στις διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων έργων, προμηθειών και παροχής υπηρεσιών, σύμφωνα με όσα ορίζονται στα άρθρα 35, 36 και 37.»

«Άρθρο 35

Έλεγχος Δημοσίων Συμβάσεων

1. Στις συμβάσεις προμήθειας αγαθών του άρθρου 1 του ν. 2286/1995 (Α' 19), εκτέλεσης έργων και παροχής υπηρεσιών, που συνάπτονται από το Δημόσιο, τα Ν.Π.Δ.Δ. και τις δημόσιες επιχειρήσεις ή οργανισμούς, η προϋπολογιζόμενη δαπάνη των οποίων υπερβαίνει το ποσό του ενός εκατομμυρίου ευρώ, διενεργείται υποχρεωτικά έλεγχος νομιμότητας της οικείας σύμβασης, πριν από τη σύναψη της, από Κλιμάκια του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Στον έλεγχο των προηγούμενων εδαφίων υπάγονται.....

Αν δεν διενεργηθεί ο έλεγχος, η σύμβαση που συνάπτεται είναι άκυρη.

2. Ο έλεγχος του Ελεγκτικού Συνεδρίου ολοκληρώνεται μέσα σε τριάντα ημέρες από τη διαβίβαση σε αυτό του σχετικού φακέλου. 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.

3....

Ο έλεγχος αυτός περατώνεται εντός τριάντα ημερολογιακών ημερών από

της κατάθεσης του σχετικού φακέλου στο Ελεγκτικό Συνέδριο. Σε περίπτωση που από τον έλεγχο διαπιστωθεί έλλειψη στοιχείων, αυτά ζητούνται από τον αρμόδιο φορέα κατά τρόπο πλήρη και εξαντλητικό πριν την παρέλευση της ανωτέρω προθεσμίας. Ο έλεγχος ολοκληρώνεται μετά την κατάθεση και των συμπληρωματικών στοιχείων σε κάθε περίπτωση εντός αποκλειστικής προθεσμίας δεκαπέντε ημερών από της καταθέσεως αυτών. Αν παρέλθουν οι ανωτέρω προθεσμίες χωρίς το σχέδιο σύμβασης να έχει απορριφθεί με αιτιολογημένη πράξη του Ελεγκτικού Συνεδρίου, τούτο θεωρείται εγκεκριμένο.

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.

(Σημειώνεται ότι το ως άνω εδάφιο της παραγράφου 5, είχε πριν από την αντικατάστασή του με την παράγ. 2 του άρθρου του ν. 4146/2013 ως εξής: «Αιτήσεις ανάκλησης των πράξεων των Κλιμακίων σε περίπτωση πλάνης περί τα πράγματα υποβάλλονται στη γραμματεία του αρμοδίου Τμήματος από αυτόν που έχει έννομο συμφέρον προς τούτο ή από το 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».)

Η αίτηση ανάκλησης κοινοποιείται χωρίς υπαίτια καθυστέρηση, με επιμέλεια του αιτούντος, σε καθέναν που έχει έννομο συμφέρον. Ο πρόεδρος του Τμήματος μπορεί να διατάξει τη γνωστοποίηση με οποιονδήποτε τρόπο της αίτησης ανάκλησης και σε άλλους που έχουν κατά την κρίση του έννομο συμφέρον. Άλλη αίτηση ανάκλησης δεν επιτρέπεται.

6...., 7....

8. Κατ' εξαίρεση των προβλεπομένων στις διατάξεις των παραγράφων 1 και 2 του παρόντος άρθρου, οι συμβάσεις ανάθεσης δημόσιας υπηρεσίας για την εκτέλεση δρομολογίων στις θαλάσσιες ενδομεταφορές, ... μπορούν να συναφθούν και χωρίς να έχει υποβληθεί προηγουμένως στο Ελεγκτικό Συνέδριο, για τη

διενέργεια ελέγχου νομιμότητας τους, σχέδιο σύμβασης με το σχετικό φάκελο ή και πριν την ολοκλήρωση του παραπάνω ελέγχου. Στις περιπτώσεις αυτές, η συναφθείσα σύμβαση και ο σχετικός φάκελος υποβάλλονται στο Ελεγκτικό Συνέδριο εντός προθεσμίας δεκαπέντε εργάσιμων ημερών από την υπογραφή της. Εάν η σύμβαση και ο σχετικός φάκελος δεν υποβληθούν εντός της ανωτέρω προθεσμίας ή εάν ο έλεγχος του Ελεγκτικού Συνεδρίου αποβεί αρνητικός, η σύμβαση θεωρείται ως μηδέποτε συναφθείσα.

9..., 10.»

«Άρθρο 37

Αίτηση αναθεώρησης - άρση αμφισβήτησης ή αμφιβολίας

1. Κατά των αποφάσεων του Τμήματος, που δικάζει σύμφωνα με την παράγραφο 5 του άρθρου 35 του παρόντος νόμου αιτήσεις ανάκλησης κατά των πράξεων των Κλιμακίων, χωρεί αίτηση αναθεώρησης που μπορεί να ασκηθεί ή από το Δημόσιο ή τον αναθέτοντα φορέα ή αυτόν που έχει παρέμβει κατά την εκδίκαση της αίτησης ανάκλησης ή από τον Γενικό Επίτροπο της Επικρατείας, για παράβαση της διαδικασίας που προβλέπεται κατά τη σύναψη της σύμβασης, για εσφαλμένη ερμηνεία ή εφαρμογή του νόμου, καθώς και σε περίπτωση πλάνης περί τα πραγματικά περιστατικά ή προσαγωγής νέων κρίσιμων στοιχείων κατά την έννοια του άρθρου 48 παρ. 3, 4 και 5 του παρόντος νόμου.

2. Η αίτηση αναθεώρησης κατατίθεται στη γραμματεία του κατά την παράγραφο 4 Τμήματος μέσα σε αποκλειστική προθεσμία δεκαπέντε ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης απόφασης, με επιμέλεια της γραμματείας του δικάσαντος την αίτηση ανάκλησης Τμήματος, σε όλους τους διαδίκους που συμμετείχαν στη συζήτηση ενώπιον αυτού του Τμήματος. Για τη συζήτηση της αίτησης αναθεώρησης απαιτείται η κατάθεση παραβόλου, σύμφωνα με όσα προβλέπονται στο άρθρο 73 του παρόντος νόμου, που εφαρμόζονται αναλόγως.

3. Η αίτηση αναθεώρησης κοινοποιείται χωρίς υπαίτια καθυστέρηση, με επιμέλεια του αιτούντος, στο Δημόσιο και σε όσους είχαν μετάσχει στην εκδίκαση της αίτησης ανάκλησης. Ο Πρόεδρος του κατά την επόμενη παράγραφο αρμόδιου Τμήματος μπορεί να διατάξει τη γνωστοποίηση με οποιονδήποτε τρόπο της αίτησης αναθεώρησης και σε άλλους που έχουν κατά την κρίση του έννομο συμφέρον. Δεύτερη αίτηση αναθεώρησης κατά της ίδιας απόφασης δεν επιτρέπεται.

4. Η κατά τις προηγούμενες παραγράφους αίτηση αναθεώρησης εκδικάζεται από Τμήμα του Ελεγκτικού Συνεδρίου μείζονος - επταμελούς σύνθεσης, το οποίο συγκροτείται από τον Πρόεδρο του Ελεγκτικού Συνεδρίου και έξι μέλη, τα οποία ορίζονται από την Ολομέλεια του Δικαστηρίου μεταξύ των αρχαιότερων συμβούλων με ισάριθμους αναπληρωματικούς. Η συμμετοχή στη σύνθεση του Κλιμακίου και του Τμήματος που εξέδωσε την προσβαλλόμενη με την αίτηση αναθεώρησης απόφαση αποτελεί κώλυμα συμμετοχής στην εκδίκαση της αίτησης αναθεώρησης.

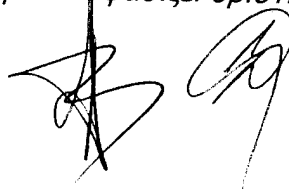
Τα μέλη του Τμήματος επικουρούνται από υπηρετούντες στο Ελεγκτικό Συνέδριο δικαστικούς λειτουργούς που έχουν το βαθμό εισηγητή.

5. Το Τμήμα επταμελούς σύνθεσης δικάζει την αίτηση αναθεώρησης σε δημόσια συνεδρίαση, επιτρέπεται δε μία μόνο αναβολή της συζήτησης. Όποιος έχει σπουδαίο έννομο συμφέρον μπορεί να ασκήσει εγγράφως ή προφορικά παρέμβαση μέχρι τη συζήτηση της αίτησης αναθεώρησης στο ακροατήριο της αίτησης αναθεώρησης. Οι διάδικοι μπορούν να υποβάλλουν υπόμνημα μέσα σε τρεις ημέρες από τη συζήτηση στο ακροατήριο της αίτησης αναθεώρησης.

6. Η έκδοση μη οριστικής απόφασης επιτρέπεται μία μόνο φορά. Αν εκδοθεί αναβλητική απόφαση λόγω έλλειψης στοιχείων, ορίζεται προθεσμία που δεν υπερβαίνει τις δεκαπέντε ημέρες, εντός της οποίας πρέπει να συμπληρωθούν τα στοιχεία του φακέλου. Μετά την πάροδο της ορισθείσας προθεσμίας η υπόθεση εισάγεται προς συζήτηση στην αμέσως επόμενη δικάσιμο. Η απόφαση για την αίτηση αναθεώρησης εκδίδεται μέσα σε τριάντα ημέρες από τη συζήτηση της.

7. Οι ρυθμίσεις των προηγούμενων παραγράφων 5 και 6 εφαρμόζονται και κατά την εκδίκαση των αιτήσεων ανάκλησης που υποβάλλονται σύμφωνα με την παράγραφο 5 του άρθρου 35 και 36 του παρόντος νόμου, ενώ η ρύθμιση της ως άνω παραγράφου 6 εφαρμόζεται και στην προβλεπόμενη στο άρθρο 35 του παρόντος διαδικασία ενώπιον του Κλιμακίου. Σε περίπτωση που δεν εκδοθεί πράξη του Κλιμακίου ή απόφαση του Τμήματος μετά την πάροδο της προθεσμίας των τριάντα ημερών, η υπόθεση μπορεί να εισάγεται για νέα συζήτηση με Πράξη του Προέδρου του Ελεγκτικού Συνεδρίου στο Τμήμα επταμελούς σύνθεσης. Κατά της απόφασης αυτής δεν χωρεί αίτηση αναθεώρησης.

8. Αν γίνει δεκτή η αίτηση αναθεώρησης, το Τμήμα αποφασίζει οριστικά για



την ελεγχόμενη σύμβαση. Κατά της απόφασης του Τμήματος επί της αίτησης αναθεώρησης δεν επιτρέπεται η άσκηση οποιουδήποτε άλλου ένδικου μέσου.

9...»

Δ.- Με τις διατάξεις του ν.3886/2010 εναρμονίσθηκε η ελληνική νομοθεσία με τις Οδηγίες 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, όπως τροποποιήθηκαν με την Οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, και ρυθμίστηκε το ζήτημα της δικαστικής προστασίας κατά την διαδικασία που προηγείται της σύναψης συμβάσεων δημόσιων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών.

Στα άρθρα 2, 7 παρ. 2, και 9 ορίζονται τα ακόλουθα:

Άρθρο 2

«κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, δικαιούται να ζητήσει, (...), προσωρινή δικαστική προστασία, ακύρωση της παράνομης πράξης της αναθέτουσας αρχής ή της υπογραφείσας σύμβασης και επιδίκαση αποζημίωσης»

«Άρθρο 7

Με την επιφύλαξη της παραγράφου 2 του άρθρου 5 και του επόμενου άρθρου, αν το δικαστήριο ακυρώσει πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής μετά τη σύναψη της σχετικής σύμβασης, η τελευταία δεν θίγεται, εκτός αν πριν από τη σύναψη αυτής είχε ανασταλεί η διαδικασία κατακύρωσης του διαγωνισμού με απόφαση ασφαλιστικών μέτρων ή προσωρινή διαταγή. Στην περίπτωση αυτή, ο ενδιαφερόμενος δικαιούται να αξιώσει αποζημίωση σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο άρθρο 9».

Άρθρο 9

«Ο ενδιαφερόμενος, ο οποίος αποκλείσθηκε από τη συμμετοχή σε διαγωνισμό ή την ανάθεση σύμβασης του νόμου αυτού, κατά παράβαση κανόνα του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του εσωτερικού δικαίου, δικαιούται να αξιώσει από την αναθέτουσα αρχή αποζημίωση, κατ' ανάλογη εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 197 και 198 Α.Κ.. Αν ο ενδιαφερόμενος αποδείξει ότι &a του ανετίθετο η σύμβαση, αν δεν είχε επιλοχωρήσει η παράβαση, τότε δικαιούται αποζημίωση κατά ης γενικές

διατάξεις. Κάθε διάταξη που αποκλείει ή περιορίζει την αξίωση αυτή δεν εφαρμόζεται».

Ε. - Στο άρθρο 174 του Αστικού Κώδικα ορίζεται ότι:

« Άρθρο 174

Δικαιοπραξία απαγορευμένη

Δικαιοπραξία που αντιβαίνει σε απαγορευτική διάταξη του νόμου, αν δεν συνάγεται κάτι άλλο, είναι άκυρη.»

ΣΤ.- Στο άρθρο 23 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας ορίζονται τα ακόλουθα:

« Άρθρο 23

Κατάρτιση

Η διοικητική σύμβαση, που συνάπτεται ύστερα από διαγωνισμό ή με απευθείας ανάθεση, καταρτίζεται από και με την επίδοση στον ενδιαφερόμενο της πράξης με την οποία τελειούται ο διαγωνισμός ή της πράξης ανάθεσης, αντιστοίχως, εκτός αν στο νόμο ορίζεται διαφορετικά.»

III. ΕΡΜΗΝΕΙΑ ΤΩΝ ΔΙΑΤΑΞΕΩΝ

Από τις ανωτέρω διατάξεις αυτοτελώς και συνδυαστικώς ερμηνευόμενες σε σχέση και με το διδόμενο πραγματικό προκύπτουν τα ακόλουθα:

A. Επί του πρώτου ερωτήματος

α.- 1.- Με τον Κανονισμό Ε.Ε. 1008/2008 ρυθμίζεται η χορήγηση αδειών στους κοινοτικούς αερομεταφορείς και το δικαίωμα αυτών να εκτελούν ενδοκοινοτικά αεροπορικά δρομολόγια. Ειδικότερα, ορίζεται ως υποχρεωτική η άδεια εκμετάλλευσης προκειμένου να επιτραπεί σε επιχείρηση να μεταφέρει αεροπορικώς επιβάτες, ταχυδρομείο ή/και φορτίο έναντι αμοιβής ή/και μίσθωσης και προβλέπονται οι αναγκαίοι όροι, καθώς και οι χρηματοοικονομικές προϋποθέσεις για τη χορήγησή της από την αρμόδια αρχή του κράτους μέλους.

2.- Αν και οι κοινοτικοί αερομεταφορείς δικαιούνται να εκμεταλλεύονται ελευθέρως τις ενδοκοινοτικές μεταφορές, εξαιρετικώς, ένα κράτος μέλος, κατόπιν διαβουλεύσεων με άλλα ενδιαφερόμενα κράτη μέλη και αφού ενημερώσει την Επιτροπή, τους σχετικούς αερολιμένες και τους αερομεταφορείς που εκτελούν συγκεκριμένο δρομολόγιο, μπορεί να επιβάλλει υποχρεώσεις παροχής δημόσιας υπηρεσίας στη γραμμή αυτή, εφόσον αυτή έχει χαμηλή κίνηση, και θεωρείται

δρομολόγιο ζωτικής σημασίας για την οικονομική και κοινωνική ανάπτυξη της περιφέρειας, την οποία εξυπηρετεί αερολιμένας. Η υποχρέωση αυτή επιβάλλεται μόνο στο μέτρο που εξασφαλίζεται με το συγκεκριμένο δρομολόγιο ελάχιστη εξυπηρέτηση τακτικής αεροπορικής γραμμής που πληροί καθορισμένα κριτήρια συνέχειας, τακτικότητας, τιμολόγησης ή ελάχιστης μεταφορικής ικανότητας, τα οποία ο αερομεταφορέας δεν επρόκειτο άλλως να αναλάβει, εάν ελάμβανε αποκλειστικά υπόψη το εμπορικό συμφέρον του.

3.- Δικαίωμα εκμετάλλευσης της αμέσως ως άνω γραμμής παρέχεται σε οποιονδήποτε κοινοτικό αερομεταφορέα πληροί τις προϋποθέσεις εκμετάλλευσής της (άρθρο 16 παρ. 10), μετά τη διενέργεια δημόσιου διαγωνισμού που διενεργείται κατά τη διαδικασία που ορίζεται στο άρθρο 17, με κοινοποίηση στην αρμόδια Επιτροπή της Ε.Ε. του πλήρους κειμένου της προβλεπόμενης Πρόσκλησης υποβολής προσφορών, ή και δημοσίευση της στην εθνική επίσημη εφημερίδα κάθε κράτος μέλος.

4.- Σύμφωνα με τις διατάξεις της παραγράφου 3 του άρθρου 17 η Πρόσκληση υποβολής προσφορών και η επακόλουθη Σύμβαση, προβλέπουν, μεταξύ άλλων, και τις προδιαγραφές που απαιτούνται για την παροχή δημόσιας υπηρεσίας. Στις προδιαγραφές αυτές της Πρόσκλησης υποβολής προσφορών για τη συμμετοχή στο δημόσιο διαγωνισμό παροχής υπηρεσιών δημόσιας υπηρεσίας, το επισπεύδον τη διαγωνιστική διαδικασία κράτος μέλος δεν κωλύεται να περιλάβει πρόσθετους όρους, οι οποίοι, χωρίς να εισάγουν διακρίσεις σε βάρος άλλων κοινοτικών αερομεταφορέων, διασφαλίζουν κατά την κρίση του την διαρκή και απρόσκοπτη παροχή της δημόσιας υπηρεσίας.

5.- Οι πρόσθετοι αυτοί όροι, ως όροι κανονιστικής πράξης (δημόσιου διαγωνισμού), αποβλέποντας συγχρόνως στην εξυπηρέτηση γενικότερου συμφέροντος, και συγκεκριμένα στην κάλυψη με τακτική αεροπορική γραμμή αναγκών ζωτικής σημασίας για την οικονομική και κοινωνική ανάπτυξη περιφερειακών ή νησιωτικών περιοχών με αερολιμένες χαμηλής κίνησης, πρέπει πάντως να είναι σαφείς και ορισμένοι, αλλά και οι αναγκαίοι και πρόσφοροι σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό (Γνωμ. ΝΣΚ 52/2014, Ε.Α.ΣΤΕ 271/2014).

β.1. Αναφορικά με τις ως άνω διατάξεις του Κώδικα Νόμων για το Ελεγκτικό Συνέδριο λεκτέα τα ακόλουθα:

Με αυτές καθιερώνεται ο κατοχυρωμένος και συνταγματικά προσυμβατικός

έλεγχος των συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας που συνάπτει το Δημόσιο ή άλλο νομικό πρόσωπο, το οποίο εξομοιώνεται με το Δημόσιο από την άποψη αυτή, με σκοπό προεχόντως την προάσπιση του δημοσίου συμφέροντος, την ενίσχυση της διαφάνειας, την εξασφάλιση υγιούς ανταγωνισμού και την εμπέδωση της εμπιστοσύνης των διοικούμενων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων. Το Ελεγκτικό Συνέδριο ασκεί τις ελεγκτικές αρμοδιότητές του επί των διοικητικών συμβάσεων ήδη βάσει του κωδικοποιητικού νόμου 4129/2013 (άρθρ. 35) και κατ' επέκταση της συνταγματικής διάταξης του άρθρ. 98 παρ.1 εδ. β, που καταλήγουν είτε ότι δεν κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης (αρνητικός έλεγχος ως προς την ύπαρξη κωλύματος), είτε ότι κωλύεται η υπογραφή της (θετικός έλεγχος). Η ελεγκτική κρίση γίνεται δεκτό ότι συνιστά μία τρίτη κατηγορία δικαστικής πράξεως, ευρισκόμενης μεταξύ δικαστικής απόφασης και διοικητικής πράξης, (βλ. σχετικά Ι. Καραβοκύρης, Ο προσυμβατικός έλεγχος νομιμότητας από το Ελ.Συν., ΘΠΔΔ 2008 , σελ.1151, Π. Λαζαράτος. Η έκταση του ελέγχου νομιμότητας μεγάλων συμβάσεων από το Ελ.Συν., ΘΠΔΔ 2008 σελ. 1155). Ειδικότερα:

Όπως γίνεται δεκτό κατά τη νομολογία των ανωτάτων Δικαστηρίων (ΑΕΔ 32/2001 και 20/2005, ΣτΕ ολ 2472/2008, ΣτΕ 32/2012, ΕΣ Ολ. 2822/2011, 19/2012, ΕΣ Πρακτικά 16^{ης} Γ.Σ./19-9-2012) το σύστημα προληπτικού ελέγχου δημοσίων συμβάσεων προμηθειών, έργων και υπηρεσιών μεγάλης αξίας, δεν συνιστά άσκηση δικαιοδοτικής εξουσίας καθώς, στην περίπτωση αυτή, το Ελεγκτικό Συνέδριο ούτε ενεργεί ως Δικαστήριο, ούτε διεξάγει δίκη, δεν επιλύει διαφορές, υποκαθιστάμενο στη δικαιοδοσία άλλων δικαστηρίων και η πράξη, την οποία εκδίδει κατά την άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητάς του, δεν είναι απόφαση δικαιοδοτούντος οργάνου, δηλαδή δικαστική απόφαση και επομένως, ο εν λόγω έλεγχος δεν υποκαθιστά τον δικαστικό έλεγχο, τον οποίον ασκεί, κατ' εφαρμογή του άρθρου 95 παράγραφος 1 περίπτωση α' του Συντάγματος, το Συμβούλιο της Επικρατείας επί της νομιμότητας της διοικητικής διαδικασίας που συνδέεται με τη σύναψη, από το Δημόσιο ή από νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου, συμβάσεων έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών.

2. Ο έλεγχος αυτός μπορεί να περιλαμβάνει τρεις βαθμούς κρίσης. Ο πρώτος βαθμός κρίσης, ο οποίος, σημειωτέον, προβλεπόταν ως μοναδικός αρχικώς, και στον οποίο υποβάλλονται τα σχέδια συμβάσεων των ως άνω φορέων μετά των σχετικών φακέλων, εφόσον υπερβαίνουν το προβλεπόμενο από τις οικείες διατάξεις ανά

κατηγορία συμβάσεων ανώτατο όριο, εκφέρεται από το αρμόδιο Κλιμάκιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου με πράξη αυτού εντός αποκλειστικής προθεσμίας τριάντα ημερών. Ο δεύτερος βαθμός κρίσης, που θεσπίστηκε αρχικώς με το ν. 3060/2002 (άρθρο 2) και ήδη προβλέπεται στον Κώδικα Νόμων Ελεγκτικού Συνεδρίου (ν. 4129/2013) στο άρθρο 35, εκφέρεται από ανώτερο δικαστικό σχηματισμό, το αρμόδιο Τμήμα του Ελεγκτικού Συνεδρίου, εντός επίσης καθορισμένης προθεσμίας, μετά από άσκηση αίτησης ανακλήσεως κατά των ως άνω πράξεων του Κλιμακίου που απαγορεύουν την υπογραφή της ελεγχόμενης συμβάσεως. Τέλος κατά της απόφασης του άνω Τμήματος με το κωδικοποιητικό άρθρο 37 του ν. 4129/2013 προβλέπεται η δυνατότητα άσκησης αίτησης αναθεώρησης -(θεσπίστηκε με το άρθρο 14 του ν. 3932/2011 που προσέθεσε άρθρο 19^Α στο π.δ. 774/1980 «Οργανισμός Ελεγκτικού Συνεδρίου»). Στις διατάξεις, με τις οποίες θεσπίστηκε η αίτηση αναθεώρησης δεν περιλαμβάνεται πρόβλεψη για την αναστολή ή μη εκτέλεσης της απόφασης του Τμήματος, που αποφαινεται ότι δεν κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης.

γ.- Καθόσον αφορά στην ερμηνεία και εφαρμογή των ανωτέρω διατάξεων στην περίπτωση του ερωτήματος αυτού στο Τμήμα διατυπώθηκαν δύο (2) γνώμες:

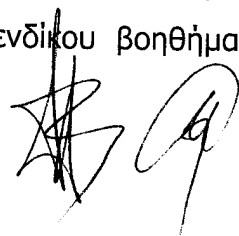
Α.- Κατά την πρώτη γνώμη, η οποία υποστηρίχθηκε από την Πρόεδρο του Τμήματος, Βασιλική Δούσκα, Αντιπρόεδρο ΝΣΚ και τους Παναγιώτη Παναγιωτουνάκο, Παναγιώτη Σπανό και Αθηνά Αλεφάντη, Νομικούς Συμβούλους του Κράτους, (ψήφοι 4):

1. Τα τρία στάδια του προσυμβατικού ελέγχου που προβλέπει η ισχύουσα νομοθεσία περί ΕλΣυν δεν αποτελούν στάδια μιας σύνθετης διοικητικής διαδικασίας που πρέπει αναγκαίως να ολοκληρώνεται με την έκδοση της απόφασης επί της αιτήσεως αναθεωρήσεως. Τουναντίον, ο έλεγχος που μπορεί να επιφέρει κατά τις ανωτέρω διατάξεις την ακυρότητα της υπογραφής της οικείας σύμβασης είναι, καταρχάς, μόνο ο θετικός (περί ύπαρξης κωλύματος) του Κλιμακίου, με τον οποίο και τελειούται η ιδιότυπη διοικητική-δικαστική πράξη, η οποία στη συνέχεια δύναται να προσβληθεί με τα προβλεπόμενα στο νόμο ένδικο βοήθημα της αιτήσεως ανακλήσεως. Τούτο δε διότι με τη διάταξη της παραγράφου 5 του άρθρου 35 του ν. 4129/2013, όπως αυτή αντικαταστάθηκε και ισχύει με το άρθρο 73 παρ. 2 ν. 4146/2013, οι πράξεις του Κλιμακίου που αποφαινούνται ότι δεν κωλύεται η υπογραφή

της ελεγχόμενης σύμβασης (αρνητικός έλεγχος) δεν προσβάλλονται πλέον από οποιονδήποτε και η Διοίκηση δύναται άμεσα να υπογράψει την εκκρεμούσα σύμβαση, ενώ αντιθέτως, μέχρι την ανωτέρω τροποποίηση, η διάταξη της παραγ. 5 του άρθρου 35 του ν. 4129/2013 επέτρεπε τη δυνατότητα προσβολής της απόφασης του Κλιμακίου με αίτηση ανακλήσεως είτε αυτό αποφαινόταν θετικά είτε αρνητικά, ως προς την ύπαρξη κωλύματος υπογραφής της δημόσιας σύμβασης.

Ο σκοπός της τροποποίησης αυτής συνίσταται στη σαφή βούληση του νομοθέτη να μη παρακωλύεται η ολοκλήρωση του αποτελέσματος της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία με τις προπαρατεθείσες διατάξεις του εθνικού (αλλά και του κοινοτικού δικαίου, βλ. διατάξεις των οδηγιών 2007/66 του ΕΚ και του Συμβουλίου της 11^η Δεκεμβρίου 2007 για την τροποποίηση των οδηγιών 89/665 και 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου L 335/2007, εναρμόνιση ν. 3886/2010) πρέπει να είναι σύντομη, επιφυλασσομένης βεβαίως και σε κάθε περίπτωση της αναγκαίας προσωρινής δικαστικής προστασίας των ενδιαφερομένων για προσφυγή ενώπιον των αρμοδίων δικαστηρίων. Για το λόγο ακριβώς αυτό θέσπισε ότι, εφόσον ο έλεγχος απέβη αρνητικός, ως προς την ύπαρξη κωλύματος από το Κλιμάκιο, αυτό αρκεί και ο έλεγχος περαιώνεται, η δε σύμβαση υπογράφεται νομίμως. Τούτο δε συνάγεται τόσο από τη γραμματική ερμηνεία της διατάξεως όσο και από τη τελολογική τοιαύτη, που αποτυπώνεται στην αιτιολογική έκθεση της κατατεθείσας τροπολογίας, στην οποία επί λέξει αναφέρεται ότι: *«Με την παρ. 2 τροποποιείται η ισχύουσα διάταξη και προβλέπεται ότι δεν είναι επιτρεπτή η άσκηση αίτησης ανάκλησης κατά των πράξεων των Κλιμακίων, που αποφαινόμενοι ότι δεν κωλύεται η υπογραφή σχεδίου σύμβασης υψηλής οικονομικής αξίας. Με δεδομένο ότι το Κλιμάκιο δεν επιλύει διαφορές υποκαθιστώντας τα άλλα δικαστήρια, η ρύθμιση αυτή κρίνεται επιβεβλημένη, διότι όταν ο προσυμβατικός έλεγχος αποβαίνει θετικός και δεν διαπιστώνονται ουσιώδεις νομικές πλημμέλειες στη διαγωνιστική διαδικασία, δεν επέρχονται ουσιαστικές έννομες συνέπειες στους εμπλεκόμενους στην ελεγχόμενη διαδικασία. Υποψήφιοι ανάδοχοι, οι οποίοι αποκλείστηκαν σε κάποιο στάδιο του διαγωνισμού είχαν το δικαίωμα να ασκήσουν ασφαλιστικά μέτρα ενώπιον των αρμοδίων δικαστηρίων.»*

Καθίσταται συνεπώς σαφές ότι, οσάκις ο προσυμβατικός έλεγχος αποβαίνει αρνητικός, ως προς την ύπαρξη κωλύματος υπογραφής της σύμβασης, δεν εξετάζεται η ανωτέρω κρίση σε επόμενα στάδια κατόπιν ασκήσεως ενδίκου βοηθήματος ή



μέσου. Και ναι μεν στις διατάξεις του άρθρου 37 του ν. 4129/2013 που αναφέρονται στην άσκηση της αιτήσεως αναθεωρήσεως δεν έγινε η αυτή άνω τροποποίηση, πλην εφόσον ο νομοθέτης έκρινε ως επαρκή για την υπογραφή της δημόσιας σύμβασης τον αρνητικό έλεγχο του Κλιμακίου, κατά μείζονα λόγο θεωρεί επαρκή και το αρνητικό έλεγχο του ανώτερου δικαστικού σχηματισμού, του αρμοδίου μάλιστα Τμήματος του ΕλΣυν.

Ο ανωτέρω ισχυρισμός ενισχύεται και εκ της αναλυτικής παράθεσης των νομιμοποιούμενων να ασκήσουν αίτηση αναθεωρήσεως σύμφωνα με το άρθρο 37 του άνω νόμου, το έννομο συμφέρον των οποίων συντρέχει μόνο σε περίπτωση που ο έλεγχος του Τμήματος έχει αποβεί θετικός (βλ. ΕλΣυν Τμ. Μειζ. Επαμ. 3974/2014, 4342/2014, 1183-84-85/2015, 2720/2014, 4272/2013, 3093/2012, 24/2012, 2491/2011 κ.ά.). Αμφισβήτηση της θέσης αυτής θα μπορούσε ίσως να εγερθεί σε σχέση με τη δυνατότητα ασκήσεως από τον Γενικό Επίτροπο της Επικρατείας αιτήσεως για λόγους νομιμότητας της διαδικασίας ή εσφαλμένης ερμηνείας ή εφαρμογής του νόμου ή πλάνης περί τα πράγματα, ως ορίζεται στο άνω άρθρο 37. Όμως και για τη περίπτωση αυτή ο νομοθέτης έχει ήδη κάνει δεκτό με την οριζόντια προϋπόθεση που έθεσε πλέον στην παράγραφο 5 του άρθρου 35 του νόμου 4129/20013, ότι προκρίνει της αποστέρησης της δυνατότητας προσβολής θετικής απόφασης, την υιοθέτηση λόγων δημοσίου συμφέροντος που ανάγονται στην ταχύτερη ολοκλήρωση των διαγωνιστικών διαδικασιών και τη μη ανακοπή της εξέλιξης των αναγκαίων έργων, προμηθειών και παροχής υπηρεσιών, που αποτελούν προϋπόθεση της συνέχειας μιας αποτελεσματικής δημόσιας διοίκησης, εφόσον ρητά αφαιρεί τη δυνατότητα από το Γενικό Επίτροπο Επικρατείας για άσκηση αίτησης ανάκλησης ήδη για τέτοιους λόγους (δημοσίου συμφέροντος).

Σύμφωνα με τα ανωτέρω, επί αρνητικής αποφάσεως, ως προς την ύπαρξη κωλύματος, αρχικά του Κλιμακίου ή εν συνεχεία του αρμοδίου Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διοίκηση νομίμως υπογράφει την ελεγχθείσα σύμβαση, καθόσον τα προβλεπόμενα ένδικα βοηθήματα και μέσα αναφέρονται μόνο στην περίπτωση που ο έλεγχος απέβη θετικός, άλλως η πράξη ή απόφαση αναλόγως δεν είναι προσβλητή.

Στην προκειμένη περίπτωση, σύμφωνα με το ανωτέρω ιστορικό, αν και υπήρχε αρνητικός έλεγχος του VI Τμήματος ως προς την ύπαρξη κωλύματος και ακολούθησε,

βάσει αυτού, η υπογραφή της συμβάσεως, παρά ταύτα επελήφθη κατόπιν αιτήσεως αναθεωρήσεως το Τμήμα του Ελεγκτικού Συνεδρίου Μείζονος-Επταμελούς συνθέσεως και εξέδωσε την υπ' αριθμ. 6025/2015 απόφαση του.

Με βάση τα ανωτέρω, η απόφαση αυτή εκδοθείσα καθ' υπέρβαση αρμοδιότητας, μετά τη κατά τα ανωτέρω κρίση του ΕΛΣυν και τη σύννομη υπογραφή της εν λόγω σύμβασης, δεν επάγεται ακυρότητα αυτής.

2. Εξάλλου, εφόσον το Σύνταγμα μετά την αναθεώρηση του 2001 κατοχύρωσε μόνο την αρμοδιότητα του προσυμβατικού ελέγχου, την οποία ο κοινός νομοθέτης είχε αναθέσει προ της αναθεωρήσεως αυτής στο Ελεγκτικό Συνέδριο, απόφαση οποιουδήποτε Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου που εκδίδεται μετά από αρνητική, ως προς την ύπαρξη κωλύματος, κρίση αρμοδίου Κλιμακίου ή Τμήματος και μετά την υπογραφή δημόσιας σύμβασης εκδίδεται από χρονικώς, κατά το Σύνταγμα, αναρμόδιο όργανο, αφού ένας τέτοιος έλεγχος της Σύμβασης είναι κατασταλτικός (πρβλ. ΕΛΣυν 2906/2012 τμ. Μείζ Επταμ., με την παρατιθέμενη νομολογία, Ε.Ε. Κουλουμπίνη, Συμβούλου ΕΛΣυν, Ο έλεγχος συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας κλπ., ΘΠΔΔ 8-9/2012, σελ. 760 επ., ιδίως σελ 763 εν τέλει). Συνεπώς και για το λόγο αυτό, εφόσον το ΕΛΣυν, εκδικάζοντας την αίτηση αναθεώρησης της εταιρείας Sky Express γνώριζε την υπογραφή της σύμβασης, όφειλε να απόσχει από την έκδοση απόφασης επί αυτής.

3. Επίσης, επειδή, όταν καθιερώθηκε η αίτηση αναθεωρήσεως ως ένδικο μέσο, δεν ορίστηκε από το νομοθέτη ότι προθεσμία για την άσκησή της αναστέλλει την ισχύ της απόφασης του Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου, που ρητώς αποφαινεται ότι δεν κωλύεται υπογραφή της Σύμβασης, όπως συνήθως συμβαίνει επί προβλέψεως ενδίκων μέσων, η αρχή της νομιμότητας της δράσης των διοικητικών οργάνων στη περίπτωση των αρνητικών αυτών ελέγχων όχι απλώς δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι κωλύει την υπογραφή της σύμβασης, αλλά αντιθέτως επιβάλλει την υπογραφή της, συνεκτιμωμένου επιπλέον ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση το δημόσιο συμφέρον επέβαλε την αδιάλειπτη και απρόσκοπτη παροχή της δημόσιας υπηρεσίας στις ως άνω άγονες αεροπορικές γραμμές και μάλιστα εν όψει της θερινής περιόδου που ξεκινούσε, ενώ, εν τω μεταξύ η Διοίκηση, κατά το χρόνο εκείνο, όπως εκτίθεται στο ιστορικό, είχε εξαντλήσει το όριο της νόμιμης ανάθεσης μέχρι επτά μήνες, που προβλέπεται από το άρθρο 16 παρ. 12 του ΕΚ 1008/2008, σε περίπτωση αιφνίδιας



διακοπής της εκμετάλλευσής τους με διαδικασία διαπραγμάτευσης και δεν υπήρχε περιθώριο για νέο πρόχειρο διαγωνισμό.

4.- Με βάση τα ανωτέρω η άνω υπ' αριθ. 6025/2015 απόφαση, η οποία ούτως ή άλλως δεν αποτελεί δικαστική απόφαση, προς την οποία να υφίσταται υποχρέωση συμμόρφωσης κατά το Σύνταγμα (άρθρο 95 παράγ. 5), είναι και άνευ αντικειμένου, λόγω της προηγηθείσης υπογραφής της εν λόγω δημόσιας σύμβασης, με συνέπεια να μην είναι νοητή η εκτέλεσή της. Πάντα δε τα ανωτέρω, ανεξαρτήτως των ζητημάτων υποστατού τόσο της ως άνω αποφάσεως επί της αιτήσεως αναθεώρησης όσο και της επόμενης ερμηνευτικής, λόγω της προδήλου κακής συνθέσεως του δικαστηρίου, τα οποία εντοπίζονται στο ιστορικό (πρβλ. Γνωμ. 629/2012 Β' Τμ. ΝΣΚ).

5.- Κατόπιν του συνόλου των προαναφερομένων, η εκτέλεση της υπογραφείσας σύμβασης δεν πρέπει να διακοπεί, η Διοίκηση πάντως ουδόλως κωλύεται, εκτιμώντας την επί της ουσίας και προπαρατιθέμενη κρίση της απόφασης επί της αιτήσεως αναθεωρήσεως, να προβεί σε ανάκληση της πράξης κατακύρωσης για λόγους νομιμότητας της αιτιολογίας των προηγούμενων αυτής πράξεων της, σύμφωνα με τις γενικές αρχές της ανάκλησης των μη νομίμων διοικητικών πράξεων, την οποία (ανάκληση) δεν κωλύει η υπογραφή της σύμβασης.

Με βάση την άποψη αυτή παρέλκει η εξέταση των λοιπών ερωτημάτων.

Β.- Κατά τη δεύτερη γνώμη, που υποστηρίχθηκε από τους Νομικούς Συμβούλους του Κράτους, Ευγενία Βελώνη, Νίκη Μαριόλη, Κωνσταντίνο Κατσούλα και Βασιλική Παπαθεοδώρου, ψήφοι (4) και με την οποία συντάχθηκε χωρίς ψήφο και η εισηγήτρια:

1. Ο προσυμβατικός έλεγχος των δημοσίων συμβάσεων, έτσι όπως αφενός μεν απαγγέλλεται από τον συνταγματικό νομοθέτη ως υποχρεωτικός, αφετέρου δε οριοθετείται και οργανώνεται από τον κοινό νομοθέτη, διεξαγόμενος πλήρης σε τρία στάδια, από διαφορετικούς σχηματισμούς, ιεραρχικά δομημένους, νοείται αναγκαίως ενιαίος, και συνεπώς δεν ολοκληρώνεται πριν είτε την παρέλευση των προθεσμιών άσκησης των προβλεπόμενων, κατά περίπτωση, ενδίκων βοηθημάτων και μέσων είτε την έκδοση αποφάσεων επ' αυτών, που έχουν ασκηθεί. Και ναι μεν πριν την εισαγωγή της αίτησης αναθεώρησης (άρθρου 14 του ν. 3932/2011), ο έλεγχος καταλάμβανε τα στάδια ενώπιον του Κλιμακίου και ενώπιον του Τμήματος, ωστόσο με την πρόβλεψη και τρίτου βαθμού κρίσης δεν επήλθε ρήγμα στο ενιαίο του

ελέγχου, αλλά απλώς επέκτασή του, όπως προκύπτει από το γράμμα του προαναφερθέντος άρθρου (ήδη άρθρου 37 παρ. 8 του ν. 4129/2013), έτσι ώστε η «οριστική» έκβαση του ελέγχου να ταυτίζεται έτσι με την τελείωση του τρίτου βαθμού, ενώ συγχρόνως προϋποθέτει «ελεγχόμενη» σύμβαση, πολύ δε περισσότερο όχι υπογραφείσα.

Ωσαύτως, ο χαρακτήρας του ελέγχου ως εκκρεμούντος κατά το ανωτέρω χρονικό διάστημα και άρα μη εισέτι διεξαχθέντος, γεγονός που απαντάται όταν έχει υπάρξει σε πρώτο βαθμό αρνητική κρίση σχετικά με την υπογραφή της σύμβασης, υπαγορεύεται και από τις αρχές της χρηστής διοίκησης, κατ' επιταγή των οποίων παράγεται ειδικότερη υποχρέωση της Αναθέτουσας Δημόσιας Αρχής για αποχή από την κατάρτιση της σύμβασης, εφόσον εξακολουθεί να υφίσταται νομική δυνατότητα ανατροπής της κρίσης που έχει εξαχθεί σε δεύτερο βαθμό. Αντίθετη εκδοχή οδηγεί σαφώς σε έμμεση κατάργηση των επάλληλων βαθμών κρίσης του συνταγματικά κατοχυρωμένου ελέγχου των συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας και σε ματαίωση του επιδιωκόμενου με αυτόν σκοπού (περί των προαναφερομένων πρβλ Πρακτ. Ολ. Ελ.Σ. 23ης Γ.Σ./29.4.2004/B', ΕΛ Πράξη 174/2007 Τμήμα VI Δ' Διακοπών, ΕΣ πράξη 174/2007 Τμήμα VI, που αφορούν, ως εκ του χρόνου εκδόσεως, μόνο τους δύο πρώτους βαθμούς ελέγχου).

2. Από την άλλη πλευρά, υποκείμενες στην κατ' άρθρο 37 παρ. 1 του ν. 4129/2013 αίτηση αναθεώρησης τυγχάνουν, εφόσον ο νόμος δεν διακρίνει, όλες ανεξαιρέτως οι εκδιδόμενες επί αίτησης ανάκλησης Αποφάσεις του Τμήματος. Περιορισμός ή διάκριση ως προς τη φύση των προσβαλλομένων με αίτηση αναθεώρησης Αποφάσεων Τμήματος δεν εισάγεται με καμία άλλη διάταξη. Επομένως, δεν συνάπτεται με τη δυνατότητα άσκησης αίτησης αναθεώρησης ή το παραδεκτό αυτής η σχετική με τον θετικό ή αρνητικό έλεγχο κρίση της προσβαλλόμενης Απόφασης, όπως αντιθέτως ισχύει για την αίτηση ανάκλησης Πράξης Κλιμακίου. Η ως άνω ερμηνευτική προσέγγιση της ως άνω διάταξης ενισχύεται, άλλωστε, και από το γεγονός της διατήρησης του κανονιστικού της περιεχομένου και της μη τροποποίησής της δυνάμει του άρθρου 73 παρ. 2 του μεταγενέστερου ν. 4146/2013, σε αντιδιαστολή με τη ρητή, δι' αυτού, τροποποίηση του άρθρου 35 παρ. 5 του Κώδικα, συνάγεται δε, επίσης, τόσο από τον οριοθετούμενο από την διάταξη του άρθρου 37 παρ. 1 κύκλο προσώπων που νομιμοποιούνται ενεργητικά προς την άσκηση αυτής,

όσο και από τους προβλεπόμενους στην ίδια διάταξη λόγους για τους οποίους αυτή επιτρέπεται. Ειδικότερα, εφόσον στα δικαιούμενα πρόσωπα συγκαταλέγεται και αυτός που έχει ασκήσει παρέμβαση στη διαδικασία ενώπιον του Τμήματος κατά την εκδίκαση της αίτησης ανάκλησης, είτε υπέρ της ανάκλησης είτε υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης του Κλιμακίου (του νόμου μη διακρίνοντος), αυτός, δε, δύναται να ήταν ο συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία που δεν αναδείχθηκε ανάδοχος (εφόσον στο πρόσωπό του συνέτρεχε έννομο συμφέρον), παρέπεται ότι προσβαλλόμενη με αίτηση αναθεώρησης μπορεί είναι Απόφαση η οποία έκρινε ότι δεν κωλύεται η υπογραφή της ελεγχόμενης σύμβασης. Από την άλλη πλευρά, και οι λόγοι για τους οποίους προβλέπεται η άσκηση του εν λόγω ενδίκου μέσου οριοθετούν ένα ανοιχτό, σε κάθε απόφαση επί αίτησης ανάκλησης, σύστημα ελέγχου, με προέχοντα αυτόν περί των παραβάσεων της κείμενης νομοθεσίας κατά τη σύναψη της σύμβασης, ο οποίος μπορεί να εννοηθεί μόνο ως προϋποθέτων Απόφαση Τμήματος με την οποία κρίθηκε ότι δεν κωλύεται η υπογραφή της ελεγχόμενης σύμβασης.

Προς την ίδια κατεύθυνση οδηγεί και ο σκοπός θέσπισης του τρίτου βαθμού κρίσης στο σύστημα προσυμβατικού ελέγχου, ο οποίος συνίσταται στη θωράκιση του ελέγχου με αυξημένα εχέγγυα διαφάνειας και την ορθή απονομή της δικαιοσύνης από το Τμήμα Επταμελούς – Μείζονος Συνθέσεως, ο οποίος σαφώς ενεργοποιείται όταν σχετικά με τη νομιμότητα των ως άνω συμβάσεων υπάρχουν αντίθετες κρίσεις, δημιουργούμενης έτσι της ανάγκης για άρση της διχογνωμίας.

Τέλος, η σαφήνεια της διάταξης του άρθρου 37 παρ. 1 του ν. 4129/2013 δεν καταλείπει πεδίο ανάλογης εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 35 παρ. 5 (αναλογία νόμου) [μοναδική περίπτωση για την υποστήριξη της μη πρόβλεψης αίτησης αναθεώρησης σε περίπτωση απόφασης Τμήματος περί υπογραφής της σύμβασης], καθώς δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις της συμπληρωματικής αυτής ερμηνείας, με πρωτεύοντα τον όρο διαπίστωσης ακούσιου νομοθετικού κενού, αντίθετα θα συνιστούσε στην πραγματικότητα διορθωτική επέμβαση σε θετή διάταξη και συνεπώς ανεπίτρεπτη *contra legem* ερμηνεία αυτής, δεδομένου μάλιστα ότι από το έτος 2013 ο νομοθέτης δεν παρενέβη για να διορθώσει την «παράλειψη» του.

3. Περαιτέρω, όπως ρητώς προβλέπεται στο νόμο (άρθρο 35 παρ. 1 του ν. 4129/2013), και παγίως γίνεται δεκτό από τη θεωρία και τη νομολογία, συνέπεια της

μη διενέργειας του προσυμβατικού ελέγχου είναι η αυτοδίκαιη ακυρότητα της τυχόν υπογραφείσας σύμβασης¹ λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου, και συνεπώς οι συμβάσεις που υπάγονται υποχρεωτικά στον προληπτικό έλεγχο του Ελεγκτικού Συνεδρίου δεν δύνανται να αναπτύσσουν έννομα αποτελέσματα πριν από τη σύναψή τους-αναδρομικά- και ειδικότερα πριν από τη διενέργεια του ως άνω ελέγχου².

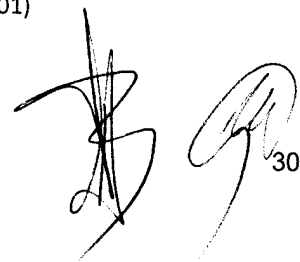
Τόσο από το γράμμα όσο και από το πνεύμα του νόμου, καθίσταται σαφές ότι ο όρος περί διενέργειας του ελέγχου δεν έχει την έννοια απλά της έναρξης αυτού δια της αρμόδιας υποβολής του σχεδίου σύμβασης στο Ελεγκτικό Συνέδριο, αλλά της, κατά τα ως άνω, ολοκλήρωσής του, διότι σε διαφορετική περίπτωση, πέραν του ότι τούτο θα οριζόταν ρητά, δεν θα πληρούτο ο σκοπός του ελέγχου ως αποτρεπτικού σύναψης παρανόμων συμβάσεων. Έτσι, για να θεωρείται νόμιμη μια διοικητική σύμβαση, εμπίπτουσα στο πεδίο εφαρμογής της προαναφερθείσας διάταξης του άρθρου 35 παρ. 1, πρέπει να έχει υποστεί τον έλεγχο και να έχει κριθεί νόμιμη (ΣΤΕ επτ. 3104/2013, αντίθετη Γνωμ ΝΣΚ 497/2003).

Ο οικείος λόγος ακυρότητας είναι ειδικός, και συμπορεύεται από άποψη εννόμων συνεπειών με τους προβλεπόμενους στον ν. 4270/2014 (νέο καθεστώς Δημοσίου Λογιστικού), η συνδρομή των οποίων οδηγούν σε απόλυτη ακυρότητα, απαγγέλλεται δε από διατάξεις οι οποίες πρέπει να γίνει δεκτό ότι είναι δημοσίας τάξης, η παραβίαση των οποίων έχει ως συνέπεια ότι η συνομολογηθείσα κατά παράβαση αυτών σύμβαση είναι άκυρη, χωρίς να χωρεί επικύρωσή της [Παπανικολαΐδης, Δίκαιον των διοικητικών συμβάσεως, 1966, σελ. 67].

4.1. Συνεπώς, σε περίπτωση μη ολοκλήρωσης του ως άνω προσυμβατικού ελέγχου, ο οποίος εκκρεμεί ευρισκόμενος σε οιοδήποτε στάδιο πριν την οριστική έκβασή του, υφίσταται κώλυμα υπογραφής της ελεγχόμενης σύμβασης. Εκ τούτου, και σε συνδυασμό με τις αρχές της χρηστής διοίκησης σύμφωνα με όσα έχουν προεκτεθεί, η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να απέχει από την υπογραφή της σύμβασης,

¹ ΕΣ Ολομέλεια Πρακτικά 19/2012, ΕΣ Μείζονος 1/2012, Πράξεις Τμ. VII 17/2011, Τμ. VII 63/2010, 174/2009 και 381/2009, Τμ. IV 173/2006, ΣΤΕ ΟΛ 2473/008, ΣΤΕ ΕΑ 282/2012, Γνωμ ΝΣΚ 348/2012, 419/2011, 234/2010, ΔΕΦΑΘ 45/2009, Τάχος, Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, 2009, σελ. 763, Μηλιώνης, Ο θεσμικός ρόλος του Ελεγκτικού Συνεδρίου, 2006, σελ. 336). Ειδικά για περί επερχόμενης λόγω μη τήρησης ουσιώδους τύπου ΕΣ (Μειζ.) 513/2012, ΕΣ (Μειζ.) 1/2012, ΕΣ 172/2007, ΕΣ 71/2007, ΕΣ 105/2008, ΣΤΕ 3010/2009, ΣΤΕ 3104/2013) αυτοδίκαιη ακυρότητα βλ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σ. 133, με εκεί παραπομπές, ΕΣ Πρ. VI Τμ. 35/2005, Πρακτικά Ολ. Ελ. Συν. της 7ης Γεν. Συν./7.3.2001)

² Πρ. VI Τμ. 145/2007, 158/2006, 35/2005).



30

όσο εξακολουθεί να υφίσταται δυνατότητα ανατροπής της εξανεχθείσας σε δεύτερο βαθμό κρίσης. Σε αντίθετη περίπτωση, η υπογραφόμενη σύμβαση συνάπτεται προώρως και άρα μη συννόμως, είναι δε εκ του λόγου τούτου άκυρη και δεν παράγει τα έννομα αποτελέσματά της, θεωρούμενη ως μηδέποτε συναφθείσα (πρβλ ΕΣ VI Τμήμα, 43/2005, 104/2004).

Άλλωστε, αίτηση αναθεώρησης ασκούμενη μετά την υπογραφή της σύμβασης δεν αίρει τον παραδεκτό χαρακτήρα αυτής (πρβλ ΕΣ Πράξη Τμήμα VI 43/2005 για αίτηση ανάκλησης), ούτε ασφαλώς θέτει ζήτημα χρονικής αναρμοδιότητας του επιλαμβανόμενου Τμήματος Επταμελούς-Μείζονος Συνθέσεως, ενόψει του χαρακτήρα της ως ενδίκου μέσου κατά απόφασης Τμήματος, όπως άλλωστε ισχύει και σε επίπεδο αίτησης ανάκλησης, η οποία εξετάζεται ανεξαρτήτως υπογραφής ή όχι της σύμβασης (βλ. αμέσως ανωτέρω ΕΣ VI Τμ. 43/2005, 104/2004).

5. Στην προκειμένη περίπτωση και σύμφωνα με το δοθέν ιστορικό, ως προς το πρώτο σκέλος του πρώτου ερωτήματος, δεδομένης της σύναψης της σύμβασης (είτε αυτή θεωρηθεί ότι καταρτίστηκε με την ανακοίνωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού, είτε με την υπογραφή της) πριν την πάροδο της προθεσμίας για την άσκηση αίτησης αναθεώρησης και συνεπώς πριν την ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου που περιλαμβάνει ως ενιαίο σύνολο και τον τρίτο βαθμό κρίσης, η υπόψη σύμβαση προώρως υπεγράφη και είναι αυτοδικαίως άκυρη. Άλλως είναι άκυρη λόγω του οριστικού αρνητικού ελέγχου με την εκδοθείσα απόφαση του Τμήματος Μείζονος-Επταμελούς Σύθεσης, ανεξαρτήτως των εντοπιζομένων στο ιστορικό ζητημάτων περί κακής σύνθεσης του Δικαστηρίου, τα οποία, πάντως, δεν οδηγούν στο ανυπόστατο αυτής.

Στο πλαίσιο αυτό, η Διοίκηση πρέπει να διακόψει την εκτέλεση της εκ του ως άνω λόγου άκυρης σύμβασης, ανεξαρτήτως του εριστού ζητήματος του χρόνου κατάρτισης αυτής (είτε δηλαδή αυτός ανάγεται στην ανακοίνωση στον ανάδοχο της κατακυρωτικής απόφασης είτε στην υπογραφή της σύμβασης), εκδίδοντας και σχετική διαπιστωτική της ως άνω ακυρότητας πράξης, η οποία ενέχει και ανάκληση της πράξης κατακύρωσης στην οποία έχουν ενσωματωθεί όλες οι επιμέρους πράξεις της διαγωνιστικής διαδικασίας που προηγήθηκαν και διαγνώστηκαν ως πλημμελείς με την απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου (ΣΤΕ 3072/2015). Δεν αποκλείεται, ωστόσο, για την ασφάλεια δικαίου, η Διοίκηση να προβεί στην έκδοση ρητής ανακλητικής της

κατακύρωσης πράξης, λόγω της ως άνω ακυρότητας, και με περαιτέρω αιτιολογίες ερειδόμενες στις διαπιστωθείσες από το Ελεγκτικό Συνέδριο ουσιώδεις νομικές πλημμέλειες της διαδικασίας.

Η ανάκληση δε αυτή, η οποία είναι ανεξάρτητη από την άσκηση ενδίκων βοηθημάτων και μέσων στο πλαίσιο προδικαστικής και δικαστικής προστασίας, βασιζόμενη αποκλειστικά στο δίκαιο της ανάκλησης και τις σχετικές γενικές αρχές, δεν εμποδίζεται δε από το γεγονός της υπογραφής της σύμβασης (ΣΤΕ ΟΛ. 3796/1999, ΣΤΕ 1342/2010, 1923/2002), θα αφορά δε το μη εκτελεσθέν μέρος της συμβάσεως, δεδομένης της έναρξης της εκτέλεσης του αντικείμενου της σύμβασης μετά την υπογραφή της (πρβλ ΣΤΕ 3903/2004).

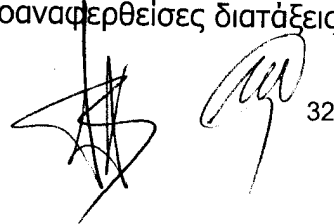
6. Περαιτέρω, και δεδομένου ότι οι διαπιστωθείσες από το Ελεγκτικό Συνέδριο πλημμέλειες ανάγονται τόσο στο στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των διαγωνισθέντων, όσο και στο στάδιο ελέγχου των οικονομικών προσφορών αυτών, πλημμέλειες οι οποίες δεν δύνανται να ιαθούν με επανάληψη της διαδικασίας από το σημείο που αυτές εμφιλοχώρησαν, εφόσον η εκ νέου αξιολόγηση τεχνικών προσφορών με γνωστές ήδη τις οικονομικές προσφορές δεν διασφαλίζει συνθήκες υγιούς και πραγματικού ανταγωνισμού (ΣΤΕ 1927/2011, 2321/2009, 2173/2009, 2283/20006), συντρέχει περίπτωση ματαίωσης του επίμαχου διαγωνισμού.

Περαιτέρω, κατά τη γνώμη των ιδίων ως άνω μελών του Τμήματος επί του δεύτερου και τρίτου ερωτήματος αρμόζουν οι ακόλουθες απαντήσεις :

B.- Επί του δευτέρου ερωτήματος.

Στο άρθρο 16 παρ. 12 του ΕΚ 1008/2008, προβλέπεται ότι, εάν ο κοινοτικός αερομεταφορέας που έχει επιλεγεί σύμφωνα με το άρθρο 17 του ίδιου ως άνω Κανονισμού, διακόψει αιφνίδια την αεροπορική γραμμή, το ενδιαφερόμενο κράτος μέλος μπορεί, σε περίπτωση έκτακτης ανάγκης, να επιλέξει με αμοιβαία συμφωνία διαφορετικό κοινοτικό αερομεταφορέα, ο οποίος θα εκτελεί την υποχρέωση δημόσιας υπηρεσίας για χρονική περίοδο έως επτά μηνών, μη ανανεώσιμη.

Η ως άνω διάταξη, έχει ως σκοπό την αντιμετώπιση έκτακτων αναγκών και την εξασφάλιση συνεχούς και κατάλληλης αεροπορικής συνδέσεως περιοχών, που εμφανίζουν ιδιαίτερα χαρακτηριστικά, με κεντρικές περιοχές της Κοινότητας, σκοπός ο οποίος υπαγορεύει συνολικά και τις θεσπιζόμενες με τις προαναφερθείσες διατάξεις



32

του Κανονισμού 1008/2008 ιδιαίτερες ρυθμίσεις, και δικαιολογεί την λήψη μέτρων, ώστε να αντιμετωπισθούν προβλήματα, που προκύπτουν από καταστάσεις, οι οποίες, ανεξαρτήτως σε ποιους λόγους οφείλονται, καθιστούν εν πάση περιπτώσει πρακτικά πολύ δύσκολη ή και αδύνατη την εξυπηρέτηση με αεροπορικά μεταφορικά μέσα των ανωτέρω περιοχών (βλ. και υπ' αριθ. 14 αιτιολογική σκέψη του Κανονισμού 1008/2008, και ΣΤΕ 918/2010).

Εν όψει των ανωτέρω, η διάταξη του άρθρου 16 παρ. 12 του ΕΚ 1008/2008, μπορεί να ενεργοποιηθεί σε κάθε ανάθεση που έχει γίνει κατόπιν διαγωνισμού που διενεργήθηκε σύμφωνα με το άρθρο 17 του ως άνω Κανονισμού, εφόσον υπάρξει αιφνίδια διακοπή των δρομολογίων από τον ανάδοχο αερομεταφορέα, ανεξαρτήτως εάν χρήση της ως άνω δυνατότητας είχε γίνει και κατά την εξέλιξη ή την εκπνοή της προηγούμενης σύμβασης ανάθεσης, προκειμένου να εξασφαλιστεί η συνέχεια εκτέλεσης των δρομολογίων στην άγονη αεροπορική γραμμή και να δοθεί ο χρόνος στην διοίκηση να ολοκληρώσει τη νέα διαγωνιστική κατά το άρθρο 17 διαδικασία για την ανάδειξη του νέου αερομεταφορέα. Περαιτέρω δε, εφόσον δεν ορίζεται άλλως, η διάταξη καταλαμβάνει κάθε περίπτωση αιφνίδιας διακοπής της αεροπορικής γραμμής από τον ανάδοχο αερομεταφορέα, ανεξαρτήτως του λόγου για τον οποίο επήλθε η διακοπή.

Συνεπώς, η διοίκηση, εφόσον προχωρήσει κατ' αποδοχή της δεύτερης γνώμης, σε διακοπή της εν εξελίξει σύμβασης, και προκηρύξει νέο διαγωνισμό, μπορεί να επικαλεστεί εκ νέου την διάταξη του άρθρου 16 παρ.12 του ως άνω Κανονισμού και να προχωρήσει στις προβλεπόμενες ενέργειες για την προσωρινή ανάθεση των δύο γραμμών με διαπραγμάτευση, σε κοινοτικό αερομεταφορέα για το χρονικό διάστημα που θα κρίνει αναγκαίο έως το όριο των επτά μηνών.

Γ. Επί του τρίτου ερωτήματος

Σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 16 παρ.12 β και γ του ΕΚ 1008/2008, η ως άνω επιλογή προσωρινού αερομεταφορέα, πραγματοποιείται μεταξύ κοινοτικών αερομεταφορέων σύμφωνα με τις αρχές της διαφάνειας και της μη εισαγωγής διακρίσεων και υπό την προϋπόθεση ότι παράλληλα πρέπει να αρχίσει νέα διαδικασία πρόσκλησης για υποβολή προσφορών.

Συνεπώς προς διασφάλιση των αρχών της διαφάνειας, του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης, εφόσον θα έχει ματαιωθεί η διαγωνιστική

διαδικασία βάσει της οποίας προέκυψε η τρέχουσα ανάθεση των γραμμών, κατά τη νέα διαδικασία διαπραγμάτευσης, θα πρέπει να δίνεται η δυνατότητα συμμετοχής σε κάθε ενδιαφερόμενο κοινοτικό αερομεταφορέα και δεν δικαιολογείται η κλήση σε αυτήν μόνο των δύο εταιρειών που είχαν προκριθεί στην ματαιωμένη διαγωνιστική διαδικασία.

Δ.- Κατόπιν της ισοψηφίας των δύο άνω γνώμων επί του πρώτου ερωτήματος, αλλά και λόγω της σπουδαιότητας των επιμέρους νομικών ζητημάτων, το Γ' Τμήμα αποφάσισε ομόφωνα την παραπομπή αυτού συνολικά στην Ολομέλεια, κατά τις διατάξεις των άρθρων 6 παρ. 3 περ. β' και 7 παρ. 3 του ν. 3086/2002 (Οργανισμός του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους (Α' 324).

III.- ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑ

Εν όψει των ανωτέρω το ως άνω ερώτημα παραπέμπεται στην Ολομέλεια.

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Αθήνα, 8 - 12 - 2015

Η Πρόεδρος

Βασιλική Δούσκα

Αντιπρόεδρος ΝΣΚ

Η Εισηγήτρια

Μαρία Δεληγιάννη

Πάρεδρος ΝΣΚ