



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ**

Αριθμός Γνωμοδότησης 321/2015

**ΤΟ ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
(Α΄ ΤΑΚΤΙΚΗ ΟΛΟΜΕΛΕΙΑ)
Συνεδρίαση της 23^{ης} Δεκεμβρίου 2015**

Σύνθεση:

Πρόεδρος: Μιχαήλ Απέσσος, Πρόεδρος του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους.

Μέλη: Ανδρέας Χαρλαύτης και Βασιλική Δούσκα, Αντιπρόεδροι Ν.Σ.Κ., Θεόδωρος Ψυχογιός, Παναγιώτης Παναγιωτουνάκος, Παναγιώτης Σπανός, Κωνσταντίνος Χαραλαμπίδης, Ευγενία Βελώνη, Νίκη Μαριόλη, Ανδρέας Ανδρουλιδάκης, Στυλιανή Χαριτάκη, Δημήτριος Χανής, Νικόλαος Δασκαλαντωνάκης, Ευφροσύνη Μπερνικόλα, Κωνσταντίνος Κατσούλας, Κωνσταντίνος Κηπουρός, Αθηνά Αλεφάντη, Αγγελική Καστανά, Ελένη Πασαμιχάλη, Ευσταθία Τσαούση, Γεώργιος Βαμβακίδης, Χρήστος Μητκίδης, Διονύσιος Χειμώνας, 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 Οικονομίας, Υποδομών, Ναυτιλίας και Τουρισμού (ήδη Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων) / Υπηρεσία Πολιτικής Αεροπορίας (ΥΠΑ) / Γενική Διεύθυνση Αερομεταφορών / Διεύθυνση Αεροπορικής Εκμετάλλευσης / Τμήμα 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 1-5-2015 έως 31/8/2018, έναντι συνολικού οικονομικού αντισταθμίسمatos 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 VI Τμήματος του δικαστηρίου και έγινε δεκτό ότι κωλύεται η υπογραφή της ως άνω σύμβασης.

Επί θετικής απάντησης στο ανωτέρω ερώτημα, σε ποιο χρονικό σημείο θα ανάγεται 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 οποίο παραπέμφθηκε στην Ολομέλεια με την υπ' αριθμ. 270/2015 Γνωμοδότηση του Γ' Τμήματος, λόγω ισοψηφίας των γνωμών που διατυπώθηκαν επί του πρώτου ερωτήματος και λόγω της σπουδαιότητας των επιμέρους νομικών ζητημάτων και κατ' εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 6 παρ. 3 περ. β και 7 παρ. 3 του ν. 3086/2002 «Οργανισμός του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους», το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Α' Τακτική Ολομέλεια) γνωμοδότησε, ως εξής :

Ιστορικό

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, που επιβάλλουν την υποχρέωση παροχής σχετικής δημόσιας υπηρεσίας και μετά από την ανανέωση προηγούμενης επιβολής τέτοιας υποχρεώσεως παροχής δημόσιας υπηρεσίας (αποφάσεις Υπουργού ΥΠΟΜΕΔΙ Δ1/Β/11441/1175/22-4-2014 και Δ1/Β/11451/1177/22-4-2014) για την αποκλειστική εκμετάλλευση των αεροπορικών γραμμών Αθήνας-Κοζάνης-Καστοριάς και Θεσσαλονίκης-Λήμνου-Ικαρίας και για το χρονικό διάστημα από 1-9-2014 έως 31-8-2018, ορίστηκε ως ημερομηνία διεξαγωγής της σχετικής διαγωνιστικής διαδικασίας η 29^η-7-2014, ύστερα από την έκδοση και δημοσίευση σχετικών προσκλήσεων υποβολής προσφορών και τη δημοσίευση ενημερωτικής ανακοίνωσης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ε.Ε. (C164/29-05-2014). Κατά των ως άνω προσκλήσεων ασκήθηκαν προδικαστικές προσφυγές και εν συνεχεία αιτήσεις ασφαλιστικών μέτρων στο Συμβούλιο της Επικρατείας, από την εταιρεία Sky Express, οι οποίες απορρίφθηκαν με την υπ' αριθμ. 271/2014 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ.

2. Στον εν λόγω διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορές, και για τις δύο γραμμές, οι εταιρείες Astra Airlines, Minoan Air και Sky Express. 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.

3. Επειδή οι τότε ισχύουσες συμβάσεις παραχώρησης για την άσκηση δημόσιας υπηρεσίας, στις εν λόγω γραμμές, έληγαν στις 31-8-2014 και για να μη διακοπούν οι γραμμές εν μέσω θερινής περιόδου και αφού λήφθηκαν υπόψη τα στενά χρονικά όρια που δεν επαρκούσαν για την ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, διενεργήθηκε διαπραγμάτευση, που διασφάλιζε, με βάση και την υπ' αριθμ. 918/2010 απόφαση ΣτΕ, τη διαφάνεια, τον ανταγωνισμό και την ίση μεταχείριση μεταξύ των υποψηφίων. Στη διαπραγμάτευση προσκλήθηκαν και έλαβαν μέρος, στις 28-8-2014, οι δύο εταιρείες, των οποίων οι προσφορές είχαν γίνει αποδεκτές και συμμετείχαν στην επόμενη φάση της διαγωνιστικής διαδικασίας (Astra Airlines και Sky Express), προκειμένου να ανατεθεί, με τον τρόπο αυτό, η εκμετάλλευση των ίδιων γραμμών για χρονικό διάστημα ενός τριμήνου, ήτοι από 1-9-2014 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 (πράγματι στη συνέχεια η σύμβαση αυτή παρατάθηκε για άλλους τρεις μήνες, μέχρι 28-2-2015), 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.

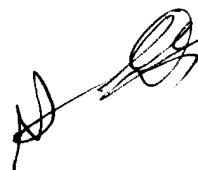
Το αποτέλεσμα της διαδικασίας διαπραγμάτευσης ήταν να κατακυρωθεί η εκμετάλλευση και των δύο γραμμών στη εταιρεία Sky Express, διότι προσέφερε το χαμηλότερο οικονομικό αντιστάθμισμα για το διάστημα αυτό, ήτοι 242.954 ευρώ για τη γραμμή Αθήνα – Κοζάνη – Καστοριά και 198.556 ευρώ, για τη γραμμή Θεσσαλονίκη – Λήμνος – Ικαρία.

4. Η εκ των υποψηφίων του διαγωνισμού εταιρεία Sky Express άσκησε νέα προδικαστική προσφυγή, κατά της υπ' αριθμ. Δ1/Β/26328/2575/26-08-2014 απόφασης περί έγκρισης του πρακτικού αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών του διαγωνισμού, κατά το μέρος που κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της Astra Airlines, η οποία απορρίφθηκε σιωπηρώς, εν συνεχεία δε άσκησε στις 22-9-2014 νέες αιτήσεις ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του ΣΤΕ (μία για κάθε γραμμή), επί των οποίων εκδόθηκαν, στις 24-10-2014, οι υπ' αριθμ. 390/2014 και 391/2014 αποφάσεις της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ, με τις οποίες οι αιτήσεις απορρίφθηκαν.

5. Ακολούθησε, στις 29-10-2014 το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών και η κατακύρωση του αποτελέσματος της διαγωνιστικής διαδικασίας στην εταιρεία Astra Airlines, ως αιτούμενης το χαμηλότερο οικονομικό αντιστάθμισμα για την τετραετία, ήτοι το ποσό των 6.771.600 ευρώ για τη γραμμή Αθήνα-Κοζάνη-Καστοριά και το ποσό των 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. Στην κατακυρωτική πράξη σαφώς ορίζεται ότι «*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.

6. Μετά την κατακύρωση, ο φάκελος της διαγωνιστικής διαδικασίας απεστάλη



στο Ελεγκτικό Συνέδριο για προσυμβατικό έλεγχο, κατά τον οποίο παρενέβη, καταθέτοντας σημείωμα, η εταιρεία Sky Express. Με την υπ' αριθ. 41/2015 πράξη του Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, κρίθηκε ότι 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 αντισταθμίματος. Κατά της ως άνω πράξης τόσο η Υπηρεσία Πολιτικής Αεροπορίας (ΥΠΑ), όσο και η εταιρεία Astra Airlines άσκησαν αιτήσεις ανάκλησης, ενώ η εταιρεία Sky Express άσκησε παρεμβάσεις αιτούμενη την διατήρηση της Πράξεως.

7. Προς το σκοπό της αποφυγής διακοπής των εν λόγω αεροπορικών συνδέσεων απομακρυσμένων και ακριτικών περιοχών της χώρας μετά τις 28-2-2015, χρόνο λήξης της ισχύουσας σύμβασης, που αποτελεί προδήλως λόγο δημοσίου συμφέροντος, η ΥΠΑ αποφάσισε 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, καλώντας στη διαπραγμάτευση όλες τις εταιρείες, που εκτελούν γραμμές υπό καθεστώς παροχής δημόσιας υπηρεσίας. Εντέλει, μετά την διενέργεια της διαπραγμάτευσης ανατέθηκε στην εταιρεία Sky Express το δικαίωμα αποκλειστικής εκμετάλλευσης από 1-3-2015 έως 31-3-2015 με δικαίωμα παράτασης για έναν μήνα, της γραμμής Αθήνα – Κοζάνη – Καστοριά έναντι οικονομικού αντισταθμίματος ποσού 126.812 ευρώ και της γραμμής Θεσσαλονίκη – Λήμνος – Ικαρία χωρίς οικονομικό αντιστάθμισμα.

8. Επί των αιτήσεων ανακλήσεως εκδόθηκε, στις 24-4-2015, 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. Εν συνεχεία, στις 27-4-2015, η εταιρεία Sky Express υπέβαλε εξώδικη δήλωση, με την οποία γνωστοποίησε στην ΥΠΑ την πρόθεσή της να καταθέσει αίτηση αναθεώρησης κατά της ως άνω απόφασης, επανήλθε δε, με δεύτερο εξώδικο, στις 30-4-2015, επιμένοντας ότι η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε να μην υπογράψει τη σύμβαση με την μειοδότης εταιρεία αλλά να επαναλάβει εκ νέου τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης.

9. Παρά ταύτα, στις 1-5-2015 υπογράφηκε η σχετική σύμβαση, 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 1-5-2015 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. Η υπογραφή της σύμβασης έγινε επειδή α) σύμφωνα με την κοινοτική νομοθεσία, το όριο της νόμιμης ανάθεσης των αεροπορικών γραμμών με διαδικασία διαπραγματεύσεως είχε ήδη εξαντληθεί και δεν υπήρχε περιθώριο για νέο πρόχειρο διαγωνισμό, δεδομένου ότι 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), β) με την απόφαση του VI Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου κρίθηκε ότι δεν κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης με την μειοδότη εταιρεία.

10. Εν τέλει, στις 11-5-2015, η εταιρεία Sky Express κατέθεσε αίτηση αναθεώρησης κατά της υπ' αριθμ. 2979/2015 απόφασης του VI Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου, ενώπιον του Τμήματος Μείζονος Επταμελούς Σύθεσης του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η οποία εκδικάστηκε στις 25/05/2015. Στη διαδικασία παρενέβη η ανάδοχος εταιρεία Astra Airlines και γνωστοποίησε στο Δικαστήριο την υπογραφή της σύμβασης.

11. Επί της αιτήσεως αναθεώρησης εκδόθηκε, στις 17-7-2015, η υπ' αριθμ. 6026/2015 απόφαση του Τμήματος Μείζονος Επταμελούς Σύθεσης του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία έγινε αυτή αποδεκτή. Σχετικώς, με την από 21-7-2015 Εξώδικη Δήλωσή της η Sky Express ενημέρωσε την ΥΠΑ περί της εκδόσεως της αποφάσεως και κάλεσε τον Υπουργό και την 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, κ.ο.κ.). Με την απόφαση υπ' αριθμ. 6026/2015 του Τμήματος Μείζονος Επταμελούς Σύθεσης του ΕΣ, η οποία κοινοποιήθηκε στην ΥΠΑ στις 3-8-2015, αναθεωρήθηκε η 2979/2015 απόφαση του VI Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου και κρίθηκε, 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, λόγω ελλιπούς αιτιολόγησης 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 εμπειριστατωμένης αιτιολογίας ως προς τη συνδρομή της προϋπόθεσης της οικονομικής ευρωστίας. ... Η Επιτροπή 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 εξήρησε 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.....».

12. Η ως άνω απόφαση διορθώθηκε από το Δικαστήριο, με την υπ' αριθμ. 6399/2015 απόφαση του ίδιου Δικαστηρίου, η οποία γνωστοποιήθηκε στην ΥΠΑ στις 9-10-2015, επειδή στη σύνθεση του δικαστηρίου που εξέδωσε την άνω απόφαση δεν περιλαμβάνεται η φερόμενη ως μειοψηφήσασα Σύμβουλος Ελένη Λυκεσά.

13. Σημειώνεται εξ άλλου, 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..

Νομοθετικό πλαίσιο

14. 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.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, ... 5. 6. 7. 8. 9.....

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 τις προϋποθέσεις εκμετάλλευσης των γραμμών αυτών. Για λόγους διοικητικής αποτελεσματικότητας, το κράτος μέλος μπορεί να δημοσιεύσει ενιαία πρόσκληση υποβολής προσφορών για διάφορα δρομολόγια.11...12...»

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...

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...
5...- 9...»

15. Στο άρθρο 98 του ισχύοντος Συντάγματος ορίζονται τα εξής:

«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.»

16. Στα άρθρα 1, 35 και 37 του ν. 4129/2013 «Κώδικας νόμων για το Ελεγκτικό Συνέδριο» (Α' 52), όπως ισχύει, 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...3...4...

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... 6... 7... 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... 3...

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.

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. 6...

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,...

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...»

17. Στο άρθρο 174 του Αστικού Κώδικα ορίζεται ότι:

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

18. Στο άρθρο 23 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, που κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του ν. 2690/1999 (Α'45), ορίζονται τα ακόλουθα:

«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.»

Ερμηνεία και εφαρμογή των διατάξεων

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

Επί του πρώτου ερωτήματος

19. 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.

20. 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 ο 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.

21. 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 δημοσίευσή της στην εθνική επίσημη εφημερίδα κάθε κράτους μέλους.

22. Με τις διατάξεις του ισχύοντος Συντάγματος και του Κώδικα Νόμων για το Ελεγκτικό Συνέδριο (ν. 4129/2013) καθιερώνεται 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. Ο ασκούμενος επί τη βάση της συνταγματικής διάταξης του άρθρου 98 παρ. 1 εδ. β και των άρθρων 35 έως 37 του ν. 4129/2013 προσυμβατικός έλεγχος του Ελεγκτικού Συνεδρίου καταλήγει είτε ότι δεν κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης (αρνητικός έλεγχος ως προς την ύπαρξη κωλύματος), είτε ότι κωλύεται η υπογραφή της (θετικός έλεγχος).

23. Η κατά τα άνω κρίση συνιστά μία τρίτη κατηγορία δικαστικής πράξης, 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, 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.

24. Ο έλεγχος αυτός μπορεί να περιλαμβάνει τρεις βαθμούς κρίσης. Ο πρώτος βαθμός κρίσης, ο οποίος προβλεπόταν αρχικά ως μοναδικός, διεξάγεται επί σχεδίων συμβάσεων που υπερβαίνουν το προβλεπόμενο από τις οικείες διατάξεις ανά κατηγορία συμβάσεων κατώτατο όριο, από το αρμόδιο Κλιμάκιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου, το οποίο εκδίδει σχετική πράξη εντός αποκλειστικής προθεσμίας τριάντα ημερών. Ο δεύτερος βαθμός κρίσης θεσπίστηκε αρχικώς με το ν. 3060/2002 (άρθρο 2) και ήδη ρυθμίζεται από το άρθρο 35 του ν. 4129/2013, 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 (και όχι όσων αποφαινόνται θετικά). Τέλος κατά της αποφάσεως του Τμήματος 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», και ήδη ρυθμίζεται στο άρθρο 37 του ν. 4129/2014). Στις διατάξεις αυτές, δεν περιλαμβάνεται πρόβλεψη για την αναστολή ή μη εκτέλεση της απόφασης του Τμήματος, που αποφαινεται ότι δεν κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης.

25. Περαιτέρω, καθόσον αφορά στην ερμηνεία και εφαρμογή των ανωτέρω διατάξεων ως προς το πρώτο σκέλος του εξεταζόμενου ερωτήματος, διατυπώθηκαν **δύο (2) γνώμες:**

Κατά την γνώμη της πλειοψηφίας, η οποία απαρτίστηκε από τους Μιχαήλ Απέσσο, Πρόεδρο ΝΣΚ, Ανδρέα Χαρλαύτη και Βασιλική Δούσκα, Αντιπροέδρους



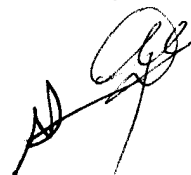
ΝΣΚ και Παναγιώτη Παναγιωτουνάκο, Παναγιώτη Σπανό, Κωνσταντίνο Χαραλαμπίδη, Στυλιανή Χαριτάκη, Δημήτριο Χανή, Νικόλαο Δασκαλαντωνάκη, Ευφροσύνη Μπερνικόλα, Αθηνά Αλεφάντη, Αγγελική Καστανά, Ελένη Πασαμιχάλη, Ευσταθία Τσαούση, Γεώργιο Βαμβακίδη και Διονύσιο Χειμώννα, Νομικούς Συμβούλους του Κράτους, (ψήφοι δεκαέξι -16), τα τρία στάδια του προσυμβατικού ελέγχου που προβλέπει η ισχύουσα νομοθεσία περί Ελεγκτικού Συνεδρίου δεν αποτελούν στάδια μιας σύνθετης διοικητικής διαδικασίας που πρέπει αναγκαίως να ολοκληρώνεται με την έκδοση της αποφάσεως επί της αιτήσεως αναθεωρήσεως. Τουναντίον, ο έλεγχος που μπορεί να επιφέρει κατά τις ανωτέρω διατάξεις, την ακυρότητα της υπογραφής της οικείας σύμβασης είναι 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 αίτηση 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 αποφαινόμενες 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 πράξης του Κλιμακίου με αίτηση ανακλήσεως είτε αυτό αποφαινόταν θετικά είτε αρνητικά, ως προς την ύπαρξη κωλύματος υπογραφής της δημόσιας σύμβασης.

26. Ο σκοπός της τροποποίησης αυτής συνίσταται στη σαφή βούληση του νομοθέτη να μην παρατείνεται υπερμέτρως 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^{ης} 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 τον λόγο ακριβώς αυτόν 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 την

τελολογική, η οποία αποτυπώνεται στην αιτιολογική έκθεση της διάταξης (η οποία κατατέθηκε ως τροπολογία), και 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 αποφαίνονται 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.»

27. 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 ως 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 τον αρνητικό έλεγχο του ανώτερου δικαστικού σχηματισμού, του αρμοδίου μάλιστα Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

28. 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. Επταμ. 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 προκρίνει, με την οριζόντια προϋπόθεση που έθεσε πλέον στην παράγραφο 5 του άρθρου 35 του νόμου 4129/2013, την εξυπηρέτηση 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, έναντι της δυνατότητας άσκησης ενδίκου βοηθήματος ή μέσου κατά θετικής απόφασης, εφόσον ρητά αφαιρεί τη δυνατότητα από το Γενικό Επίτροπο Επικρατείας για άσκηση αίτησης ανάκλησης.

29. Επιπλέον, επειδή, όταν καθιερώθηκε η αίτηση αναθεωρήσεως ως ένδικο μέσο, δεν ορίστηκε από τον νομοθέτη όπως συνήθως συμβαίνει επί προβλέψεως ενδίκων μέσων ότι η προθεσμία για την άσκησή της αναστέλλει την ισχύ της απόφασης του Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου, που ρητώς αποφαίνεται ότι δεν κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης. Έτσι, η αρχή της νομιμότητας της δράσης των διοικητικών οργάνων στην 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 τον 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.

30. Άλλωστε, βάσει της ως άνω τελολογικής ερμηνείας των διατάξεων του ν.4129/2013, της συστηματικής κατάταξης τούτων αλλά και της εσωτερικής τους συνάφειας και ισορροπίας δεν δύναται να νοηθεί, το πρώτον, στο πλαίσιο ασκήσεως αιτήσεως αναθεωρήσεως, όψιμη και πάντως μη συμβάλλουσα στην υπηρετήση των ανωτέρω λόγων δημοσίου συμφέροντος (Ελ. Συν. VI Τμ. 7784/2015), που επέτρεπαν την ακώλυτη υπογραφή της σύμβασης επί αρνητικού προσυμβατικού ελέγχου, διεύρυνση των υποκειμενικών ορίων της έννομης σχέσης στο πλαίσιο της διαδικασίας του προληπτικού ελέγχου των συμβάσεων.

31. 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.

32. 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 απόφασή του.

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

34. 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.

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

36. Κατά τη γνώμη της **μειοψηφίας**, που απαρτίστηκε από τους Νομικούς Συμβούλους του Κράτους, Θεόδωρο Ψυχογιό, Ευγενία Βελώνη, Νίκη Μαριόλη, Ανδρέα Ανδρουλιδάκη, Κωνσταντίνο Κατσούλα, Κωνσταντίνο Κηπουρό, Χρήστο Μητκίδη και Βασιλική Παπαθεοδώρου (ψηφοί οκτώ - 8) και με την οποία συντάχθηκε και η εισηγήτρια (γνώμη χωρίς ψήφο), 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 (με το άρθρο 14 του ν. 3932/2011) της αίτησης αναθεώρησης, 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 με την τελείωση του τρίτου βαθμού, ενώ συγχρόνως προϋποθέτει «ελεγχόμενη» σύμβαση, πολύ δε περισσότερο όχι υπογραφείσα. Προς την κατεύθυνση του ενιαίου του προσυμβατικού ελέγχου (εν δυνάμει και σε τρίτο βαθμό), συνηγορεί και η απουσία πρόβλεψης αναστολής της απόφασης του Τμήματος κατά τη διάρκεια της προθεσμίας άσκησης αίτησης αναθεώρησης ή μετά την άσκηση αυτής, η οποία καθίσταται περιττή διαρκούντος του ελέγχου, οπότε και η Αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να προχωρήσει στη σύναψη της σύμβασης.

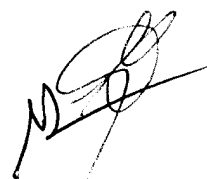
37. Ωσαύτως, η ανάγκη πραγματοποίησης του ελέγχου σε όλα τα στάδια που κατά περίπτωση ο νόμος προβλέπει (εφόσον ασκηθούν τα σχετικά ένδικα βοηθήματα), προκειμένου αυτός να θεωρηθεί ολοκληρωμένος, υπαγορεύεται και από τις αρχές της χρηστής διοίκησης, κατ' επιταγή των οποίων παράγεται ειδικότερη υποχρέωση 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/Β', 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).

38. 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 αποφάσεις του Τμήματος που εκδίδονται επί αιτήσεων ανάκλησης, είτε αποφαίνονται ότι κωλύεται η υπογραφή της ελεγχόμενης σύμβασης είτε όχι, χωρίς να προκύπτει περιορισμός ή διάκριση ως προς τη φύση των προσβαλλομένων με αίτηση αναθεώρησης αποφάσεων του Τμήματος, από κάποια άλλη διάταξη του Κώδικα Νόμων για το Ελεγκτικό Συνέδριο. 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. Η κατά τα άνω αδιάκριτη άσκηση αίτησης αναθεώρησης συνάγεται 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 να 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, που αφορά προδήλως και την παράβαση διατάξεων της κείμενης νομοθεσίας κατά τη σύναψη της σύμβασης και μπορεί να εννοηθεί μόνο αν ασκείται σε απόφαση Τμήματος που κατέληξε ότι δεν κωλύεται η υπογραφή της ελεγχόμενης σύμβασης.

39. 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 – Μειζονος Συνθέσεως, ο οποίος σαφώς ενεργοποιείται όταν σχετικά με τη νομιμότητα των ως άνω συμβάσεων υπάρχουν δύο αντίθετες κρίσεις του Κλιμακίου και του Τμήματος, δημιουργουμένης έτσι της ανάγκης για άρση της διχογνωμίας.

40. Τέλος, η σαφήνεια της διάταξης του άρθρου 37 παρ. 1 του ν. 4129/2013 και η ρητή ρύθμιση, κατά τρόπο αποκλειστικό, των προσβαλλομένων με αίτηση αναθεώρησης αποφάσεων, δεν καταλείπει πεδίο ανάλογης εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 35 παρ. 5 (αναλογία νόμου), καθώς δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις της συμπληρωματικής αυτής ερμηνείας, με πρωτεύοντα τον όρο διαπίστωσης ακούσιου νομοθετικού κενού, αντίθετα δε 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 να εξομοιώσει τις προϋποθέσεις αυτές κατά τα ανωτέρω, συμπεριλαμβάνοντας στο ρυθμιστικό πεδίο του άρθρου 37 τον όρο της άσκησης αίτησης αναθεώρησης κατά αποφάσεων τμήματος που αποφάνθηκαν ότι κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης [βλ. σχετική επιχειρηματολογία σε Πρεβεδούρου – Κυβέλος, ΘΠΔΔ 2013, 1142, σχόλια στην ΕΣ VI 4922/2013 για το θέμα της ερμηνείας του 36 παρ. 5 του ν. 4129/2013).

41. 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.

42. 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 εκπληρωνόταν 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). Η παράβαση δε γενικά των κανόνων της προβλεπόμενης διαδικασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο επιδρά στο κύρος των συμβάσεων και από πλευράς δημοσίου και από πλευράς αναδόχου, ο οποίος αδυνατεί να επικαλεστεί τις συμβατικές υποχρεώσεις και δεσμεύσεις του

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 (Μείζ.) 513/2012, ΕΣ (Μείζ.) 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).

Δημοσίου (Τσιρώνας, Οι αξιώσεις αδικαιολόγητου πλουτισμού, 2007, 45 επ.).

43. 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, 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).

44. 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 Σύνθεσης. Τούτο δε διότι, ανεξαρτήτως της φύσης των δικαστικών πράξεων του Ελεγκτικού Συνεδρίου ως μη δικαιοδοτικών, η αναθέτουσα αρχή δεσμεύεται από το πόρισμα του ελέγχου, διότι αντίθετη εκδοχή έρχεται σε αντίθεση με την γενική αρχή του δημοσίου δικαίου κατά την οποία δέσμευση των διοικητικών οργάνων απορρέει, υπό τους όρους του νόμου, όχι μόνον από πράξεις με τις οποίες ασκείται δικαιοδοτικό έργο, αλλά και από τις υποστατές πράξεις άλλων διοικητικών αρχών, καθώς επίσης και από πράξεις αρχών στις οποίες έχει ανατεθεί, σε συγκεκριμένες περιπτώσεις, η άσκηση διοικητικής φύσεως καθηκόντων (ΣτΕ ΕΑ 44/2006, Τομαράς, Οι διοικητικές συμβάσεις, 2009, σελ. 98). Μια τέτοια εκδοχή περί μη δέσμευσης καθιστά, εξάλλου, άνευ ουσιαστικού περιεχομένου τον, ασκούμενο προς διασφάλιση του δημοσίου συμφέροντος, προληπτικό έλεγχο των συμβάσεων μεγάλου αντικειμένου.

Ως εκ τούτου, η έκδοση της απόφασης επί της αίτησης αναθεώρησης δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι στερείται εννόμων συνεπειών, καθώς και τη Διοίκηση



δεσμεύει και το κύρος της σύμβασης επηρεάζει, επιφέρει δε οριστική και αμετάκλητη επίλυση της δημοσιονομικής διαφοράς που ανακύπτει από τον έλεγχο των δημοσίων συμβάσεων.

45. 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.

46. 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 από το γεγονός της υπογραφής της σύμβασης (ΣΤΕ Ολ. 3796/1999, ΣΤΕ 1342/2010, 1923/2002), θα αφορά δε το μη εκτελεσθέν μέρος της σύμβασης, δεδομένης της έναρξης της εκτέλεσης του αντικειμένου της σύμβασης μετά την υπογραφή της (πρβλ ΣΤΕ 3903/2004).

47. 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.

Συμπέρασμα

48. Με βάση τα ανωτέρω η Ολομέλεια γνωμοδοτεί, κατά πλειοψηφία, επί του

πρώτου σκέλους του ερωτήματος ότι η Διοίκηση δεν υποχρεούται να διακόψει την εκτέλεση της υπογραφείσας σύμβασης μετά την έκδοση της υπ' αριθμ. 6026/2015 απόφαση του Τμήματος Μείζονος-Επταμελούς Σύνθεσης του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία αναθεωρήθηκε η υπ' αριθμ. 2979/2015 απόφασης του VI Τμήματος του δικαστηρίου και έγινε δεκτό ότι κωλύεται η υπογραφή της ως άνω σύμβασης, χωρίς πάντως η Διοίκηση να κωλύεται, εκτιμώντας την επί της ουσίας 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.

Εν όψει των ανωτέρω παρέλκει η εξέταση των λοιπών ερωτημάτων.

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Αθήνα, 22 - 1 - 2016

Ο Πρόεδρος

Μιχαήλ Απέσσος
Πρόεδρος ΝΣΚ

Η Εισηγήτρια

Μαρία Δεληγιάννη
Πάρεδρος ΝΣΚ