**ΘΕΜΑ: Διακήρυξη Έργου**

Ημ/νία υποβολής ***25/05/2021***

**Ερώτηση**

Σε περίπτωση που, εκ παραδρομής, σε ανοιχτή διαγωνιστική διαδικασία έργου, κάτω των ορίων, χρησιμοποιήσουμε το πρότυπο της ΕΑΑΔΗΣΥ, από 01.06.2021 και μετά, αντί του προτύπου από 01.09.2021, υπάρχει θέμα νομιμότητας της δαπάνης, τη στιγμή που η διακήρυξη ανέβει στο ΚΗΜΔΗΣ μετά την 01.09.2021;

**Απάντηση:**

Επί σχετικών θεμάτων η Επιτροπή ΥΠΟΜΕ (που συγκροτήθηκε με την με αριθμό πρωτ. 74177/22.03.2021 απόφαση του Γενικού Γραμματέα Υποδομών του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών (ΑΔΑ: Ψ4ΜΙ465ΞΘΞ-ΗΣΤ)) με σχετικά εκδοθέντα και εγκεκριμένα Πρακτικά, απεφάνθη στα εξής :

**Σύμφωνα με το 2ο Πρακτικό - Θέμα 6ο :**

* *«Έως και το χρόνο δημοσιοποίησης των νέων εγκεκριμένων από την ΕΑΑΔΗΣΥ διακηρύξεων και έως την 1η.6.2021 οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προβαίνουν σε διακηρύξεις έργων χρησιμοποιώντας τα ήδη εγκεκριμένα πρότυπα διακηρύξεων προσαρμόζοντάς τα στις διατάξεις του Ν. 4782/2021».*
* *«Επισημαίνεται ότι οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει εκτός της διακήρυξης να προσαρμόσουν και τα τεύχη δημοπράτησης στις διατάξεις του Ν. 4782/2021, που έχουν ισχύ από τη δημοσίευσή του (π.χ. κοινοποιήσεις στον ανάδοχο – εκπροσώπηση, ημερολόγιο έργου, υποκατάσταση αναδόχου …..).*

**Σύμφωνα με το 2ο Πρακτικό - Θέμα 5ο :**

* *“To ισχύον δίκαιο δεν επιτρέπει να εφαρμόζονται παραλλήλως δύο διαφορετικοί τρόποι ή διαδικασίες ολοκλήρωσης της κατάρτισης της σύμβασης, αναλόγως του χρόνου προκήρυξης του έργου.*
* *Εξάλλου, εκτός από τις διαδικαστικές υποχρεώσεις της αναθέτουσας αρχές και τις ουσιαστικές δεσμεύσεις του αναδόχου, από τους εν λόγω κανόνες δημόσιας τάξης εξαρτώνται διαδικασίες που συνάπτονται και με τον προσυμβατικό έλεγχο των οικείων συμβάσεων αλλά και με την δικαστική προστασία των ενδιαφερομένων.*
* *Ως εκ τούτου,* *ακόμη και στην περίπτωση που σε διακήρυξη μίας εν εξελίξει δημόσιας σύμβασης, έχει προβλεφθεί άλλος τρόπος ή διαφορετικές προϋποθέσεις κατάρτισης της σύμβασης, θα έπρεπε να θεωρηθεί ότι ο ν. 4782/2021 τροποποίησε τις ρυθμίσεις αυτές, καθόσον η έννομη τάξη δεν ανέχεται πλέον άλλον τρόπο κατάρτισης των δημοσίων συμβάσεων.*
* ***Εν πάση δε περιπτώσει, εάν ο νομοθέτης ήθελε να εξακολουθεί να ισχύει το προγενέστερο καθεστώς κατάρτισης των δημοσίων συμβάσεων και μετά την 1η-6-2021 για τα έργα που είχαν ήδη προκηρυχθεί κατά την θέσπιση του νόμου, τότε θα το προέβλεπε ρητώς"*.**

**Σύνταξη διακηρύξεων**

Η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο διενέργειας του διαγωνισμού και συνεπώς δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει το σχετικό διαγωνισμό το οποίο υποχρεούται μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή. Η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται στο ενωσιακό δίκαιο δεδομένου ότι κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων Τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση  της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. αποφάσεις *ΑΕΠΠ 18/2017 σκ. 5, 60/2017 σκ. 13, 66/2017 σκ. 11, 80/2017 σκ. 18-19 και 28 κλπ.*)

**Προσαρμογές άρθρων της διακήρυξης**

Σύμφωνα με την υποπαρ. 7.3 των Πρότυπων Διακηρύξεων ΕΑΑΔΗΣΥ, *«Προσθήκες και εν γένει προσαρμογές άρθρων της διακήρυξης (πέραν των όσων ήδη προβλέπονται ρητώς στο κείμενο της πρότυπης διακήρυξης) μπορούν να προστίθενται και να περιλαμβάνονται, μόνο εφόσον είναι απόλυτα συμβατές με την ισχύουσα κάθε φορά νομοθεσία».*

**Η  εκ των υστέρων αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης (ως ανεπίκαιρη) δεν είναι επιτρεπτή**

Σύμφωνα με την *222/2019 Απόφαση ΑΕΠΠ*  μολονότι δεν είναι επιτρεπτή η  εκ των υστέρων αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, που δεν έχει προσβάλει ευθέως εντός της προθεσμίας άσκησης προδικαστικής προσφυγής, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος απορρίπτονται ως απαράδεκτοι διότι επιχειρεί ουσιαστικά να στραφεί στο παρόν στάδιο της διαδικασίας, ήτοι ανεπικαίρως, κατά των όρων της διακήρυξης.

Εξάλλου, σύμφωνα με την *ΔΕφΑθ 133/2018*, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση συμβάσεως ασκήσει αίτηση αναστολής κατά της σχετικής διακηρύξεως, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακηρύξεως, ο οποίος παραβιάζει, κατ’ αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια. Εξ άλλου, εάν η ταχθείσα με την διακήρυξη προθεσμία προς κατάθεση της προσφοράς έχει λήξει προτού εκδικασθεί η αίτηση αναστολής και ο αιτών δεν έχει λάβει μέρος στον διαγωνισμό με επιφύλαξη, το έννομο συμφέρον του προς άσκηση αναστολής κατά της διακηρύξεως διατηρείται μόνον εφ’ όσον προβάλλει ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει όρο, ο οποίος αποκλείει παρανόμως, κατ’ αυτόν, την συμμετοχή του στο διαγωνισμό, ή ότι την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς κατέστησαν ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή ορισμένες προσβαλλόμενες με την αίτηση αναστολής πλημμέλειες της διακηρύξεως.

**Nομοθετικές μεταβολές που δεν μεταβάλλουν της ισορροπίες της σύμβασης**

Σύμφωνα με τα ανωτέρω Πρακτικά **(Θέμα 3ο***), οι επελθούσες με τις άνω διατάξεις νομοθετικές μεταβολές δεν μεταβάλλουν της ισορροπίες της σύμβασης και δεν είναι βλαπτικές για τον ανάδοχο οι εν λόγω ρυθμίσεις εφαρμόζονται και σε εν εξελίξει συμβάσεις που είχαν συναφθεί πριν την ημερομηνία έναρξης ισχύος των διατάξεων του Νόμου 4782/2021.*

Στην παρ. 2 του άρθρου 106 - που προβλέπει μία σειρά από λόγους για τους οποίους ο αναθέτων φορέας δύναται υπό προϋποθέσεις να ματαιώσει τη διαδικασία ανάθεσης – **δεν παρατίθεται λόγος συναφής με την εν λόγω περίσταση**. Σημειωτέον ότι*(ΑΕΠΠ 232/2020)*, στις προαναφερόμενες διατάξεις **δεν προβλέπεται κάποιο συγκεκριμένο χρονικό σημείο** πέραν του οποίου δεν είναι δυνατή η επίκληση της ουσιώδους αλλαγής ή της συνδρομής άλλων λόγων δημοσίου συμφέροντος (σε κάθε περίπτωση βέβαια, θα πρέπει ο λόγος να γεννήθηκε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης και **όχι πριν από αυτή**). Επίσης, αυτονόητα η ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δεν μπορεί να λάβει χώρα μετάτη σύναψη της σύμβασης.

Σε κάθε περίπτωση αρμόδιο για τον έλεγχο τήρησης νομιμότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας είναι (λαμβανομένου υπόψιν του προϋπολογισμού της προς ανάθεση Σύμβασης) το Ελεγκτικό Συνέδριο ή ο αρμόδιος Επίτροπος.