

ΣΗΜΑΝΤΙΚΕΣ ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΕΣ ΚΑΙ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΕΣ ΕΞΕΛΙΞΕΙΣ ΣΤΟ ΠΕΔΙΟ ΤΗΣ ΕΝΝΟΜΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΚΑΤΑ ΤΟ ΠΡΟΣΥΜΒΑΤΙΚΟ ΣΤΑΔΙΟ ΤΩΝ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ¹

Έλσα Αλαγιαλόγλου, Μ2R Δημόσιο Δίκαιο Aix-Marseille III, ΜΔΕ Εμπορικό Δίκαιο ΔΠΘ, Δικηγόρος, Διαπιστευμένη Διαμεσολαβήτρια Υπουργείου Δικαιοσύνης, Επιστημονική Συνεργάτις ΚΔΕΟΔ - ΜΟΠΑΔΙΣ

1. Εισαγωγικά

Όπως συμβαίνει σε κάθε κλάδο του δικαίου, όμοια και στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων η ορθή και απρόσκοπτη εφαρμογή των ουσιαστικού δικαίου διατάξεων διασφαλίζεται μέσω της θέσπισης ενός πλέγματος δικονομικών κανόνων, οι οποίοι επιφέρουν τις κατάλληλες “κυρώσεις” σε περίπτωση παράβασης της ευρωπαϊκής νομοθεσίας ή αντίστοιχα της νομοθεσίας που την ενσωματώνει στο εθνικό δίκαιο, η οποία διέπει τη διαδικασία ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης. Μάλιστα, εάν ληφθούν υπόψη οι ποικίλες πράξεις που εκδίδονται κατά την εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την ανάθεση της σύμβασης, καθώς και τα αντικρουόμενα συμφέροντα των υποψηφίων σε αυτή, θιγόμενων ή μη από τις εκάστοτε πράξεις, αντιλαμβάνεται κανείς ότι η θέσπιση ενός πλέγματος διατάξεων που θα παρέχουν άμεση και επαρκή δικαστική προστασία, χωρίς να θέτουν σε κίνδυνο την εξέλιξη του διαγωνισμού ή να οδηγούν στη σύναψη παράνομων συμβάσεων που ενδέχεται στη συνέχεια να ανατραπούν με μία δικαστική απόφαση, είναι ένα ζήτημα με βαρύνουσα σημασία..

Την ανάγκη υιοθέτησης ενός πλέγματος κοινών δικονομικών κανόνων σε όλα τα κράτη-μέλη προκειμένου να επιτευχθεί σε κάθε επίπεδο η ενοποίηση της εσωτερικής αγοράς δημοσίων συμβάσεων συνειδητοποίησε από πολύ νωρίς ο ευρωπαίος νομοθέτης, εκδίδοντας την πρώτη δικονομική οδηγία 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 21ης Ιουνίου 1989. Στην πρώτη δικονομική οδηγία περιέχεται ένα ελάχιστο επίπεδο δικαστικής προστασίας, το οποίο υποχρεούται κάθε κράτος-μέλος να ενσωματώσει στο εθνικό του δίκαιο και έγκειται σε τρία σημεία : στη λήψη μέτρων προσωρινής δικαστικής προστασίας (ασφαλιστικά μέτρα), στην ακύρωση της παράνομης απόφασης της αναθέτουσας αρχής και στην επιδίκαση αποζημίωσης στους ζημιωθέντες από παράνομη απόφαση της αναθέτουσας αρχής.

Όπως είναι γνωστό, ο Έλληνας νομοθέτης καθυστέρησε αισθητά να προβεί στην ενσωμάτωση στο εθνικό μας δίκαιο της δικονομικής Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, με αποτέλεσμα για μακρό χρονικό διάστημα όλα τα ζητήματα περί χορήγησης προσωρινής προστασίας να βρίσκουν μοναδικό έρεισμα στις διατάξεις του άρθρου 52 του π.δ. 18/89 περί ακυρωτικών διαφορών. Η συστηματική άρνηση της χώρας μας να ενσωματώσει την τότε ισχύουσα πρώτη δικονομική οδηγία προκάλεσε σειρά εγκλήσεων και αντεγκλήσεων μεταξύ της Ελληνικής Δημοκρατίας και της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, μια διαδικασία που οδήγησε στην καταδίκη της χώρας μας από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, λόγω μη συμμόρφωσης με τη δικονομική Οδηγία. Υπό αυτές τις συνθήκες, θα έλεγε κανείς ότι, η θέσπιση από τον Έλληνα νομοθέτη του ν. 2522/1997, του πρώτου νομοθετήματος που ρυθμίζει το καθεστώς έννομης προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων, κατ' ουσίαν επήλθε ως αποτέλεσμα της ανωτέρω καταδικαστικής απόφασης. Ακολούθησε ο ν. 2854/2000, ο οποίος ενσωμάτωσε την Οδηγία 90/531/ΕΟΚ, θεσπίζοντας αντίστοιχο πλαίσιο έννομης προστασίας για τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών.

Τα δύο αυτά νομοθετήματα αποτέλεσαν πολύτιμο οπλοστάσιο για την προάσπιση των

¹ Το άρθρο βασίζεται σε ομιλία στο 3ο ετήσιο επιστημονικό συνέδριο της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ) σε συνεργασία με τον ΔΣΗ τον Απρίλιο του 2016 στο Ηράκλειο Κρήτης και θα δημοσιευτεί και στο Βιβλίο του Συνεδρίου.

συμφερόντων των συμμετεχόντων σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων για χρονικό διάστημα πέραν της δεκαετίας. Χαρακτηριστικό της μεγάλης απήχησης των δύο νομοθετημάτων είναι ότι τα πρώτα χρόνια εφαρμογής τους πολλαπλασιάστηκαν οι αιτήσεις ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων, με αποτέλεσμα να παρέχονται ευρύτερα περιθώρια άμεσης προστασίας έναντι καθεμίας από τις επιμέρους πράξεις που συνθέτουν τη διαγωνιστική διαδικασία, να επιτυγχάνεται η αναστολή σύναψης της σύμβασης, και σε γενικές γραμμές να παρέχεται, σε πρώιμο ακόμα στάδιο, η ευχέρεια στην αναθέτουσα αρχή να συμμορφωθεί με το διατακτικό της εκάστοτε προσωρινής δικαστικής απόφασης, ανακαλώντας την προσβαλλόμενη πράξη.

Ανατρέχοντας στις διατάξεις του ν. 2522/97 διαπιστώνεται ότι πολλές από τις ρυθμίσεις του, αφενός επέδρασαν σημαντικά στη διαμόρφωση πάγιας έως και σήμερα νομολογίας των διοικητικών δικαστηρίων, και αφετέρου επηρέασαν τη διαμορφωθείσα σταδιακά έως και σήμερα νομοθεσία στο πεδίο της έννομης προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων. Ως εκ τούτου, αξίζει να επιχειρηθεί μια σύντομη αναφορά στις χαρακτηριστικότερες ρυθμίσεις του ν. 2522/97, όπως αυτές ερμηνεύθηκαν μέσα από τη νομολογία.

2. Τα χαρακτηριστικά γνωρίσματα του ν. 2522/97 και η διαμορφωθείσα επί αυτών νομολογία, όπως επέδρασαν στα επόμενα νομοθετήματα σχετικά με την έννομη προστασία στο στάδιο πριν από τη σύναψη της σύμβασης

Προεξέχουσα ρύθμιση στο ν. 2522/97 συνιστά η θέσπιση για πρώτη φορά της υποχρέωσης τήρησης ορισμένης προδικασίας για το παραδεκτό της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων. Πρόκειται για τη γνωστή προδικαστική προσφυγή την οποία υποχρεούται να ασκήσει ο ενδιαφερόμενος ενώπιον της αναθέτουσας αρχής εντός συντομότατης προθεσμίας 5 ημερών από την πλήρη γνώση του περιεχομένου της προσβαλλόμενης πράξης. Στην εισηγητική έκθεση του ν. 2522/97 γίνεται λόγος για ενδικοφανή προσφυγή, παρόλα αυτά στις αποφάσεις της η Επιτροπή Αναστολών του ΣτΕ αρχικά αποφεύγει να χαρακτηρίσει την προδικαστική προσφυγή του ν. 2522/97 ως ενδικοφανή. Σε κάθε περίπτωση, είναι κοινώς αποδεκτό ότι στα πλαίσια της προδικαστικής προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή δικαιούται να επανεξετάσει την υπόθεση κατά το νόμο και την ουσία της, καθώς στην οικεία διάταξη του ν. 2522/97 προβλέπεται ότι κατά το περιεχόμενό της η προδικαστική προσφυγή προσδιορίζει επακριβώς τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημα. Όμως, αυτό που διαφοροποιεί την προδικαστική προσφυγή του ν. 2522/97 από την ενδικοφανή προσφυγή του π.δ. 18/89 είναι ότι δεν επέρχονται οι έννομες συνέπειες από την εφαρμογή του άρθρου 45 παρ. 2 του π.δ. 18/89.

Ο χαρακτήρας και οι έννομες συνέπειες από την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής του ν. 2522/97 απασχόλησαν έντονα τη νομολογία του ΣτΕ, η οποία στο μεγαλύτερο μέρος της ισχύει έως σήμερα. Ξεχωρίζουμε τον προβληματισμό της νομολογίας αναφορικά με τη σχέση προδικαστικής προσφυγής του ν. 2522/97 και διοικητικών προσφυγών που τυχόν προβλέπονται από άλλες διατάξεις νόμου, με την έννοια εάν για το παραδεκτό της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων απαιτείται να εξαντληθούν, πέραν της προδικαστικής προσφυγής, και τυχόν άλλες προβλεπόμενες σε οικείες διατάξεις προσφυγές κατά της επίμαχης πράξης. Μετά από αντικρουόμενες αποφάσεις, το ΣτΕ κατέληξε ότι μοναδική διαδικαστική προϋπόθεση για την άσκηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων αποτελεί η άσκηση της προσφυγής του άρθρου 3 παρ. 2 του ν. 2522/1997, χωρίς να απαιτείται η προηγούμενη άσκηση και απόρριψη άλλης προβλεπόμενης στις οικείες ειδικές διατάξεις διοικητικής προσφυγής, ανεξαρτήτως του αν πρόκειται για απλή προσφυγή νομιμότητας ή για ενδικοφανή προσφυγή². Με άλλα λόγια, από την έκδοση της παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής τρέχουν παράλληλα τόσο η προθεσμία άσκησης της προδικαστικής προσφυγής του άρθρου 3 παρ. 2 του ν. 2522/97, όσο και οι προθεσμίες άσκησης των εκάστοτε προβλεπόμενων από την κείμενη νομοθεσία προσφυγών³, οι οποίες διατηρούνται σε ισχύ,

² ΣτΕ ΑΣΦ 817/08, 216/09, 2457/09.

³ Κατά πάγια νομολογία του ΣτΕ, η πενθήμερη προθεσμία άσκησης της προσφυγής του άρθρου 3 παρ. 2 του ν. 2522/1997, διακόπτεται από την εμπρόθεσμη άσκηση των διοικητικών προσφυγών, τις οποίες προβλέπουν οι διατάξεις

χωρίς παρόλα αυτά η προδικαστική προσφυγή του ν. 2522/97 να χάνει την αυτοτέλειά της έναντι των άλλων διοικητικών προσφυγών⁴.

Ένα άλλο ερώτημα είναι εάν η νομολογία αυτή επεκτείνεται και στην περίπτωση της ενδικοφανούς προσφυγής, η οποία κατά τη διάταξη του άρθρου 45 παρ. 2 του π.δ. 18/89 αποτελεί προϋπόθεση του παραδεκτού της αίτησης ακυρώσεως. Διερευνάται δηλαδή, εάν στα πλαίσια του ν. 2522/97 για το παραδεκτό της αίτησης ακυρώσεως απαιτείται η προηγούμενη άσκηση της ενδικοφανούς προσφυγής. Εν προκειμένω, η νομολογία του ΣτΕ δέχεται ότι σε περίπτωση που γίνει κατ'ουσίαν δεκτή η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, η έλλειψη προηγούμενης άσκησης της προβλεπόμενης στην οικεία νομοθεσία ενδικοφανούς προσφυγής δεν εμποδίζει, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 45 παρ. 2 του π.δ. 18/89, την παροχή οριστικής δικαστικής προστασίας δια της αίτησης ακυρώσεως, διότι αυτή ασκείται ευθέως δυνάμει νομοθετικής επιταγής⁵. Αντίθετα, σε περίπτωση έκδοσης απορριπτικής απόφασης επί της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, ο ενδιαφερόμενος διατηρεί την ευχέρεια να ασκήσει τυχόν προβλεπόμενη από ειδική διάταξη ενδικοφανή προσφυγή, η οποία εξακολουθεί να συνιστά προϋπόθεση του παραδεκτού της αίτησης ακυρώσεως⁶.

Ο χαρακτήρας της προδικαστικής προσφυγής ως μοναδική διαδικαστική προϋπόθεση για το παραδεκτό της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων απασχόλησε τη νομολογία της ΕΑ του ΣτΕ. Λαμβάνοντας υπόψη το στοιχείο αυτό, η ΕΑ του ΣτΕ κρίνει ότι με την προδικαστική προσφυγή πρέπει να προβάλλονται όλοι οι λόγοι παρανομίας του προσφεύγοντος, καθώς λόγοι που προβάλλονται για πρώτη φορά με την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων δεν εξετάζονται από το δικαστήριο και απορρίπτονται ως απαράδεκτοι⁷.

Πως αντιμετωπίζεται όμως η περίπτωση απόρριψης ως απαράδεκτης της απευθείας ασκηθείσας αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, λόγω του ότι ο διοικούμενος δεν είχε ενημερωθεί για

που διέπουν τον εκάστοτε διαγωνισμό ή τη σχετική προκήρυξη. Η προθεσμία της προδικαστικής προσφυγής επανακινείται είτε με την πάροδο της εκάστοτε ισχύουσας προθεσμίας εντός της οποίας πρέπει να αποφανθεί το αρμόδιο όργανο επί της διοικητικής προσφυγής, είτε από του προγενεστέρου της συμπλήρωσεως της προθεσμίας αυτής χρονικού σημείου, κατά το οποίο ο ενδιαφερόμενος λαμβάνει πλήρη γνώση της πράξεως απορρίψεως της διοικητικής προσφυγής του (ΣτΕ ΑΣΦ 408/10, Ε.Α. 745/09, 741/09, 1201/08, 1205/06, 159, 98/2005, 793/2004, 331/2002). Έτσι μόνον στην περίπτωση της διαδοχικής ασκήσεως αρχικώς της εν λόγω ενστάσεως και κατόπιν της προδικαστικής προσφυγής, η εμπρόθεσμη άσκηση της ενστάσεως διακόπτει την πενθήμερη προθεσμία για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της απορρίψεως της ενστάσεως (σιωπηρής ή ρητής), και όχι, βεβαίως, για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβληθείσας με την ένσταση αρχικής βλαπτικής πράξεως (πρβλ. Ε.Α. 624, 812/2003, 137, 438, 1066/2005, 338/2006). Περαιτέρω, σε περίπτωση κατά την οποία ο ενδιαφερόμενος δεν επιδεικνύει επιμέλεια για να λάβει γνώση της πράξης περί απόρριψης της ενστάσεώς του, θα αντίκειτο στο σκοπό του νόμου να αρχίζει η πενθήμερη προθεσμία για την άσκηση της προσφυγής του άρθρου 3 παρ. 2 του ν. 2522/1997 μετά την πάροδο χρόνου πέραν του απολύτως αναγκαίου, εν όψει των συντρεχουσών περιστάσεων, προς γνώση των πράξεων. Σε κάθε περίπτωση, ο ενδιαφερόμενος πρέπει να επιδεικνύει τη δέουσα επιμέλεια για να λάβει γνώση των πράξεων διενέργειας του διαγωνισμού, με αποτέλεσμα η πάροδος του απολύτως αναγκαίου χρόνου να του στερεί τη δυνατότητα να κινήσει πλέον παραδεκτώς τη διαδικασία της δικαστικής προστασίας του ν. 2522/1997 (ΣτΕ ΑΣΦ 408/2010). Τέλος, έχει κριθεί ότι η εκπροθέσμως ασκηθείσα ένταση δε διακόπτει την προθεσμία άσκησης της προδικαστικής προσφυγής (ΣτΕ ΑΣΦ 336/09).

⁴ Στο σκεπτικό της ΕΑ ΣτΕ 75/1999 τονίζεται ότι η διάταξη του τελευταίου εδαφίου της παρ. 2 του άρθρου 3 ν. 2522/1997, ορίζοντας ότι δεν θίγονται διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας που προβλέπουν άσκηση διοικητικών προσφυγών κατά τη διεξαγωγή δημόσιων διαγωνισμών, έχει την έννοια ότι δεν καταργούνται οι εν λόγω διοικητικές προσφυγές. Κατά τα λοιπά όμως δεν επιβάλλει, ως προϋπόθεση της ασκήσεως της προβλεπόμενης στο ν. 2522/1997 προδικαστικής προσφυγής και, περαιτέρω, της αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων, την προηγούμενη άσκηση λοιπών διοικητικών προσφυγών. Παρόμοια υποχρέωση θα συνιστούσε περιορισμό του κατοχυρωμένου στο άρθρο 20 παρ. 1 Σ. δικαιώματος παροχής εννόμου προστασίας (το οποίο, όπως έχει ήδη κριθεί, καλύπτει και την παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας). Εξάλλου, όταν η κείμενη νομοθεσία δεν τάσσει βραχεία προθεσμία για την έκδοση αποφάσεως επί της διοικητικής προσφυγής, η θέσπιση υποχρεώσεως προηγούμενης ασκήσεως αυτής, ως προϋποθέσεως του παραδεκτού της αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων, θα ήταν ασύμβατη προς τους σκοπούς της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ και του ν. 2522/97.

⁵ Στην περίπτωση αυτή η αίτηση ακυρώσεως ασκείται ευθέως δυνάμει νομοθετικής επιταγής του άρθρου 3 παρ 7 ν. 2522/1997, χωρίς να επανεξετάζονται προϋποθέσεις παραδεκτού που ερευνήθηκαν κατά την άσκηση της αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων.

⁶ ΣτΕ ΑΣΦ 817/2008.

⁷ ΣτΕ ΕΑ 623/08, 1330/10.

το δικαίωμα άσκησης προδικαστικής προσφυγής από το σώμα της προσβαλλόμενης πράξης και ως εκ τούτου δεν άσκησε αυτή ; Όπως παγίως δέχεται η Επιτροπή Αναστολών του ΣτΕ, η μη ενημέρωση του ενδιαφερομένου σχετικά με το δικαίωμα άσκησης της προδικαστικής προσφυγής του ν. 2522/97 δεν συνεπάγεται το παραδεκτό της απευθείας ασκηθείσας αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων⁸. Και τούτο διότι, η προσφυγή του ν. 2522/97 δεν προβλέπεται από ειδική διάταξη διοικητικού νόμου διαδικαστικού χαρακτήρα, αλλά από την ίδια τη δικονομική διάταξη του ν. 2522/1997, η οποία επιτάσσει ως προδικασία του ένδικου βοηθήματος της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής. Με τη θέση της αυτή, η ΕΑ του ΣτΕ διαφοροποιείται ως προς το συγκεκριμένο ζήτημα από τη γνωστή νομολογία του ΣτΕ κατά την οποία, γίνεται δεκτή η αίτηση ακύρωσης, όταν η ενδικοφανής προσφυγή δεν προηγήθηκε λόγω ελλιπούς ενημέρωσης του διοικουμένου⁹.

Εξίσου καινοτόμα είναι και η ρύθμιση του άρθρου 3 παρ. 2 του ν. 2522/97 με την οποία αποσυνδέεται η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων από το κύριο ένδικο βοήθημα, υπό την έννοια ότι δεν απαιτείται, όπως ισχύει στο διοικητικό δικονομικό δίκαιο, η προηγούμενη κατάθεση της αίτησης ακύρωσης για το παραδεκτό της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων. Ο αυτοτελής χαρακτήρας της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων διατηρείται στα πλαίσια τόσο στο ν. 3886/2010 όσο και του νέου σχεδίου νόμου. Ενισχυτικό στοιχείο της αυτοτέλειας της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων είναι ότι η 60ήμερη προθεσμία για την άσκηση της αίτησης ακύρωσης διακόπτεται με την κατάθεση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων και αρχίζει εκ νέου από την επίδοση της απόφασης που κρίνει επ' αυτής, διάταξη η οποία εισήχθη με το ν. 2522/97 και διατηρείται έως σήμερα.

Από την άλλη πλευρά, έχει διατυπωθεί η άποψη ότι η συγκεκριμένη ρύθμιση δίνει μία σχετική αυτοτέλεια στην αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, η οποία εξακολουθεί να συνιστά μια παρεπόμενη διαδικασία. Και αυτό διότι, όπως ρητά προβλέπεται σε διάταξη του ν. 2522/97, η οποία ομοίως διατηρείται έως σήμερα, τα διαταχθέντα ασφαλιστικά μέτρα αίρονται εάν ο διάδικος που πέτυχε τη λήψη τους δεν ασκήσει εντός 30 ημερών από την επίδοση της απόφασης αυτής το κύριο ένδικο βοήθημα της αίτησης ακύρωσης. Εν προκειμένω, έχει ενδιαφέρον η νομολογία του ΣτΕ το οποίο έκρινε ότι η τήρηση της ορισθείσας στο νόμο προθεσμίας για την άσκηση της αίτησης ακύρωσης επιδρά μόνον στην ισχύ του ανασταλτικού αποτελέσματος της απόφασης των ασφαλιστικών μέτρων, ενώ κατά τα λοιπά το παραδεκτό της αίτησης ακύρωσης κρίνεται με βάση τις γενικές περί προθεσμίας διατάξεις¹⁰. Ένα ακόμα στοιχείο του παρεπόμενου χαρακτήρα της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων είναι ότι αυτό που εξετάζει είναι η πιθανολόγηση της συνδρομής λόγων σοβαρής παρανομίας της προσβαλλόμενης πράξης ή παράλειψης.

Αξιοσημείωτη είναι επίσης η νομολογία της ΕΑ του ΣτΕ σχετικά με την καθιέρωση του ερμηνευτικού πλέον κανόνα του εφάπαξ χαρακτήρα της προδικαστικής προσφυγής και της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων. Το δικαστήριο, λαμβάνοντας υπόψη τη δομή του συστήματος προσωρινής προστασίας του ν. 2522/97, κατέληξε ότι είναι πρόδηλο ότι ο ενδιαφερόμενος μπορεί να ασκήσει μία μόνο προσφυγή ενώπιον της διοίκησης και αντίστοιχα μία αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά

⁸ ΣτΕ ΕΑ 389/03, 474/2004, 1299, 517/2007, 1402/2008, ΣτΕ ΑΣΦ 1338/09

⁹ Διαφορετική είναι η περίπτωση που σύμφωνα με πάγια νομολογία του ΣτΕ (ΣτΕ Ολ. 2892/1993, ΣτΕ 879/1995, 2090/1999, 1266/2001) έγινε δεκτό ότι η μη άσκηση της ενδικοφανούς προσφυγής δεν καθιστά अपαράδεκτη την αίτηση ακύρωσης, στην περίπτωση κατά την οποία η διοίκηση δεν ενημέρωσε τον αιτούντα με την ίδια την επίμαχη πράξη για τα όσα προβλέπει ο νόμος σχετικά με την υποχρέωση άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής. Στην περίπτωση της ενδικοφανούς προσφυγής, η ενημέρωση του ενδιαφερομένου αφορά στην ύπαρξη ειδικής διαδικαστικής διατάξεως διοικητικού νόμου, η οποία προβλέπει την άσκηση ενδικοφανούς προσφυγής, προκειμένου, κατά το γενικό δικονομικό κανόνα που τάσσει το άρθρο 45 παράγραφος 2 του Π.Δ. 18/1989, να ασκηθεί παραδεκτά η αίτηση ακύρωσης, και όχι προϋπόθεση της παραδεκτής προσβολής της πράξεως αυτής με αίτηση ακυρώσεως. Ανάλογη ενημέρωση δεν μπορεί να θεωρηθεί επιβαλλόμενη και στην περίπτωση της προδικαστικής προσφυγής, η οποία δεν προβλέπεται από ειδική διάταξη διοικητικού νόμου διαδικαστικού χαρακτήρα, αλλά από την ίδια τη δικονομική διάταξη του ν. 2522/97 που επιτάσσει ρητά την τήρηση ορισμένης προδικασίας.

¹⁰ Το γεγονός ότι η αίτηση ακύρωσης του άρθρου 3 παρ. 7 του ν. 2522/97 ασκείται μετά τη συμπλήρωση τριάντα ημερών από την έκδοση της επί της αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων απόφασης, επιδρά μόνον στη διατήρηση σε ισχύ του ανασταλτικού αποτελέσματος της απόφασης αυτής (ΣτΕ 3546/09). Κατά τα λοιπά, το παραδεκτό της αιτήσεως ακυρώσεως κρίνεται με βάση τις γενικές περί προθεσμίας της αιτήσεως ακυρώσεως διατάξεις (ΣτΕ 3984/2004, 3889/2002).

της ρητής ή σιωπηρής απόρριψης της προσφυγής του. Ενόψει των ανωτέρω, γίνεται δεκτό ότι, όταν ο ενδιαφερόμενος δεν έχει λάβει πλήρη γνώση της αιτιολογίας της βλαπτικής γι' αυτόν πράξης της αναθέτουσας αρχής, έχει την ευχέρεια είτε να ασκήσει αμέσως την προσφυγή ενώπιον της αναθέτουσας αρχής με όλες τις κατά νόμο συνέπειες τούτο, είτε να ασκήσει την προσφυγή μεταγενέστερα, όταν λάβει πλήρη γνώση της αιτιολογίας της πράξης. Αν πάντως ο ενδιαφερόμενος προτιμήσει να ασκήσει αμέσως την προσφυγή, δεν μπορεί να καταθέσει μεταγενέστερα, όταν λάβει πλήρη γνώση της πράξης, δεύτερη προσφυγή και αντίστοιχη αίτηση ασφαλιστικών μέτρων¹¹. Όπως κρίνει το δικαστήριο, μια τέτοια λύση θα ήταν αντίθετη και προς το σκοπό του νόμου, ο οποίος επιδιώκει να αποτρέψει τη βλάβη των συμφερόντων των ενδιαφερομένων, χωρίς να δυσχεράνει υπέρμετρα την πρόοδο της διαδικασίας για τη σύναψη των σχετικών συμβάσεων.

Μία άλλη καινοτομία του ν. 2522/97 είναι η καθιέρωση του ανασταλτικού αποτελέσματος που επιφέρει η προθεσμία και η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, όπως και η προθεσμία της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων σε σχέση με τη σύναψη της σύμβασης. Στα πλαίσια του ν. 2522/97, το ανασταλτικό αποτέλεσμα έπαυε να ισχύει με την κατάθεση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, οπότε υπήρχε μόνο το περιθώριο χορήγησης προσωρινής διαταγής. Γι' αυτό και τις περισσότερες φορές είτε με την προσωρινή διαταγή, είτε με την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων διατασσόταν ως προσωρινό μέτρο η απαγόρευση σύναψης της σύμβασης.

Ως εκ τούτου, κατά τη διαμορφωθείσα νομολογία του ΣτΕ, η υπογραφή της σύμβασης σε χρόνο προγενέστερο της εκπνοής της προθεσμίας απόφασης επί ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής ή της προθεσμίας άσκησης της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, δεν ασκεί επιρροή στην εξέταση της εκ των υστέρων και εντός της νόμιμης προθεσμίας ασκηθείσας αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, ενόψει του ανασταλτικού αποτελέσματος της διάταξης του άρθρου 3 παρ. 3 εδ. β' του ν. 2522/97¹². Ένα άλλο ερώτημα που αντιμετώπισε η νομολογία είναι τι συμβαίνει με την παροχή προσωρινής προστασίας, όταν η υπογραφή της σύμβασης έλαβε χώρα μετά την κατάθεση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων. Εν προκειμένω, η ΕΑ του ΣτΕ έκρινε ότι η υπογραφή της σύμβασης δεν κωλύει την αναστολή εκτέλεσης πράξης που έχει εκδοθεί κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, οπότε φυσικά είναι ανοικτό το ενδεχόμενο ανατροπής της υπογραφείσας σύμβασης¹³. Μέσω της θέσης αυτής, η ΕΑ του ΣτΕ υπενθυμίζει τη γνωστή νομολογία περί χρηστής διοίκησης, όπου το Δικαστήριο, λαμβάνοντας υπόψη τη συνταγματική κατοχύρωση της προσωρινής προστασίας, επιτάσσει η διοίκηση να απέχει από πράξεις που οδηγούν στη δημιουργία μίας νέας πραγματικής κατάστασης πριν το δικαστήριο επιληφθεί της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων.

Ο ενισχυμένος χαρακτήρας της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων απορρέει και από τη διάταξη του άρθρου 4 του ν. 2522/97 για την ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, διάταξη η οποία διατηρείται σχεδόν αυτούσια στο πλαίσιο των ρυθμίσεων του νόμου 3886/2010 και του νέου σχεδίου νόμου. Πρόκειται για την περίπτωση που το δικαστήριο στα πλαίσια ασκηθείσας αίτησης ακύρωσης ακυρώνει πράξη/παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά

¹¹ Αντίστοιχα, αν η αναθέτουσα αρχή αποφανθεί εκπρόθεσμα επί της προδικαστικής προσφυγής του ενδιαφερομένου ή εάν η απόφασή της κοινοποιηθεί στον ενδιαφερόμενο πέραν της τασσόμενης στο νόμο προθεσμίας, οπότε η προθεσμία της άσκησης ασφαλιστικών μέτρων έχει ήδη ξεκινήσει από την άπρακτη πάροδο της τασσόμενης στο νόμο προθεσμίας απάντησης της αναθέτουσας αρχής χωρίς ο ενδιαφερόμενος να ασκήσει αυτή, τότε η εκ των υστέρων έκδοση και κοινοποίηση ή έστω κοινοποίηση της απόφασης της αναθέτουσας αρχής στον ενδιαφερόμενο δεν επιφέρει την αναβίωση της προθεσμίας άσκησης της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων (ΣτΕ ΕΑ 111/2009, 477, 1008/2008, 560/2007, ΣτΕ ΑΣΦ 338/2010).

¹² ΣτΕ 635/2006

¹³ Στην περίπτωση αυτή όπως και στην περίπτωση που το αίτημα προσωρινής διαταγής απορρίφθηκε, αξίζει να επισημανθεί η νομολογία της ΕΑ του ΣτΕ περί "χρηστής διοίκησης". Σύμφωνα με τη νομολογία αυτή, σε περίπτωση που έχει ασκηθεί αίτηση ακύρωσης και αντιστοίχως αίτηση αναστολής κατά διοικητικής πράξης, η διοίκηση, ενόψει της συνταγματικής κατοχύρωσης της προσωρινής προστασίας, οφείλει να απέχει από τη δημιουργία μίας νέας πραγματικής κατάστασης, πριν το αρμόδιο δικαστήριο επιληφθεί επί της σχετικής αίτησης. Αναλογική εφαρμογή της νομολογίας αυτής επιτάσσει σε περίπτωση που απορριφθεί η χορήγηση προσωρινής διαταγής, η διοίκηση να μην προβεί σε οποιαδήποτε πράξη πριν την εκδίκαση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων.

τη διαγωνιστική διαδικασία, ενώ εν τω μεταξύ η σύμβαση έχει συναφθεί νόμιμα¹⁴. Εν προκειμένω, όπως προβλέπεται ήδη με το ν. 2522/97, αν η αίτηση ακύρωσης δε συνοδεύεται από προηγούμενη απόφαση περί λήψης ασφαλιστικών μέτρων ή χορήγησης προσωρινής διαταγής, ακόμα κι αν το δικαστήριο ακυρώσει προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής, η απόφαση επί της αίτησης ακύρωσης δε θίγει την υπογραφείσα σύμβαση ενώ ο υποψήφιος ανάδοχος που έχει πλέον βεβαιώσει την παρανομία της αναθέτουσας αρχής αποκτά δικαίωμα αποζημίωσης. Σε περίπτωση όμως που είχε ανασταλεί δικαστικά η διαδικασία κατακύρωσης του διαγωνισμού με απόφαση ασφαλιστικών μέτρων ή προσωρινή διαταγή, και το δικαστήριο εν τέλει ακυρώσει την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής, η συναφθείσα σύμβαση θίγεται από την απόφαση αυτή. Στην τελευταία αυτή περίπτωση, η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ανάγεται σε οιονεί ένδικο βοήθημα, μιας και η ευδοκίμησή της αποτελεί το νόμιμο έρεισμα για να αναπτύξει η ακυρωτική απόφαση τις έννομες συνέπειές της¹⁵.

Ένα τελευταίο σημείο που συγγέεται με τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων του ν. 2522/97 είναι η εξουσία του δικαστή των ασφαλιστικών μέτρων να διατάσσει τα κατάλληλα ασφαλιστικά μέτρα, χωρίς να δεσμεύεται από τις προτάσεις των διαδίκων. Ήδη με το ν. 2522/97 προβλέπεται ενδεικτικά και όχι περιοριστικά ένα εύρος ασφαλιστικών μέτρων που μπορεί να διατάξει το δικαστήριο, τα οποία διατηρούνται στις εκάστοτε διατάξεις των ισχυουσών σήμερα νομοθετημάτων, προσφέροντας μεταξύ άλλων τη δυνατότητα αναστολής ισχύος των όρων της διακήρυξης, των τευχών δημοπράτησης ή άλλων εγγράφων σχετικά με τη διεξαγωγή του διαγωνισμού, όπως και τη δυνατότητα, πέρα από την αναστολή πράξεων αρνητικού περιεχομένου, να διατάσσεται και η εκτέλεση θετικών ενεργειών εκ μέρους της διοίκησης.

Ενδιαφέρουσα είναι εν προκειμένω η νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων κατά την οποία αναστολή εκτέλεσης διοικητικής πράξης επιτρέπεται μόνο για τη διατήρηση υφιστάμενης πραγματικής κατάστασης, και όχι για τη δημιουργία νέας, οπότε σε περίπτωση ματαίωσης του διαγωνισμού δεν υπάρχει στάδιο αναστολής εκτέλεσης, διότι αυτό θα ισοδυναμούσε με την επιβολή στη διοίκηση της θετικής υποχρέωσης να συνεχίσει και να ολοκληρώσει το διαγωνισμό με την έκδοση κατακυρωτικής απόφασης, οπότε θα οδηγούμασταν στη δημιουργία μιας νέας πραγματικής κατάστασης. Υπό αυτές τις συνθήκες, μοναδική περίπτωση που θα μπορούσε να διαταχθεί νόμιμα η αναστολή εκτέλεσης διοικητικής πράξης είναι όταν με την πράξη ματαίωσης του διαγωνισμού αποφασίζεται και η επαναπροκήρυξή του, οπότε το δικαστήριο μπορεί εφόσον βέβαια πιθανολογήσει ότι εμφιλοχώρησε παράβαση του εθνικού ή κοινοτικού δικαίου, να διατάξει, ως ασφαλιστικό μέτρο, είτε τη μη έκδοση νέας διακήρυξης προς διενέργεια του διαγωνισμού με το ίδιο αντικείμενο, είτε, εάν ήδη ο διαγωνισμός επαναπροκηρύχθηκε, την αναστολή της νέας διαγωνιστικής διαδικασίας¹⁶.

Παρόλα αυτά, όπως αποδείχτηκε κατά την πρακτική εφαρμογή του ν. 2522/97, η βασικότερη αδυναμία του απέρρευε κατ' αρχήν από την ανομοιογενή εφαρμογή του σε δύο επίπεδα : πρώτον, κατ' εφαρμογή του οργανικού κριτηρίου, καθιερωνόταν διαφορετική δικαστική προστασία, ανάλογα με το χαρακτήρα της αναθέτουσας αρχής ως νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου ή νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου, οπότε υπήρχε ανάλογη διάσπαση της αρμοδιότητας για την εκδίκαση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων μεταξύ διοικητικών και πολιτικών δικαστηρίων αντίστοιχα. Επιπλέον, με κριτήριο την προϋπολογισθείσα αξία της σύμβασης, και επομένως την υπαγωγή της ή μη στο πεδίο εφαρμογής των ευρωπαϊκών οδηγιών, ενεργοποιούνταν διαφορετικό πλέγμα διατάξεων για την παροχή δικαστικής προστασίας, οπότε είτε εφαρμοζόταν ο ν. 2522/97, είτε το π.δ. 18/89 περί ακυρωτικών διαφορών. Η διάσπαση αυτή προκαλούσε αιτήσεις ασφαλιστικών μέτρων δύο ταχυτήτων και σε πολλές περιπτώσεις, όπως είναι εύλογο, αντικρουόμενες νομολογίες μεταξύ των Μονομελών Πρωτοδικείων και του ΣτΕ.

¹⁴ Δηλαδή χωρίς να έχει παραβιαστεί η υποχρεωτική προθεσμία αναστολής υπογραφής της, ούτε το διατακτικό απόφασης επί αίτησης ασφαλιστικών μέτρων ή προσωρινής διαταγής.

¹⁵ Κ. ΡΕΜΕΛΗΣ, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του ΣτΕ, Εκδόσεις Σάκκουλας, 2000, σ. 342, Χ. ΣΥΝΟΔΙΝΟΣ, Αποτελεσματική λήψη ασφαλιστικών μέτρων στον τομέα της κατακύρωσης δημοσίων συμβάσεων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2001, σ.331.

¹⁶ ΣτΕ ΕΑ 1068/08, 108/07, 1087/06,385/05, 574/04 και 158/11, 1351/10, 863/10, 378/09, 865/07, 845/04.

3. Οι κυριότερες αλλαγές που επέφερε ο νόμος 3886/10 υπό την επίδραση της διαμορφωθείσας νομολογίας του ΣτΕ

Υπό τις περιστάσεις που επισημάνθηκαν ανωτέρω, και ενόψει της ανάγκης ενσωμάτωσης της νέας δικονομικής οδηγίας 2007/66 ΕΚ, με το ν. 3886/2010 ο Έλληνας νομοθέτης επιχειρεί, πατώντας πάνω στην πολύτιμη νομολογία του ΣτΕ και της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ, να λειάνει τις αδυναμίες του προηγούμενου νομοθετικού καθεστώτος και να προσφέρει ακόμα περισσότερα εχέγγυα άμεσης και αποτελεσματικής προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων. Οι ρυθμίσεις που έφερε ο ν. 3886/2010 άρχισαν να ισχύουν από 1η Ιανουαρίου 2011 και εξακολουθούν να εφαρμόζονται έως και σήμερα και μέχρι την ενεργοποίηση των διατάξεων του νέου σχεδίου νόμου¹⁷.

Με το ν. 3886/2010 γίνεται ένα πρώτο βήμα προς την ενοποίηση σε δικονομικό επίπεδο των διαφορών που προκύπτουν κατά το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων. Έτσι ανατρέπεται η διάσπαση της δωσιδικίας μεταξύ πολιτικών και διοικητικών δικαστηρίων και οι διαφορές που αναφύονται κατά το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων συγκεντρώνονται στην αρμοδιότητα των Διοικητικών Εφετειών, με εξαίρεση τρεις περιοριστικά αναφερόμενες κατηγορίες συμβάσεων που υπάγονται στην αρμοδιότητα του ΣτΕ¹⁸.

Παρόλα αυτά, το πεδίο εφαρμογής του ν. 3886/2010 εξακολουθεί να καταλαμβάνει αποκλειστικά και μόνον τις διαφορές από δημόσιες συμβάσεις που εμπίπτουν στο ρυθμιστικό πεδίο των οδηγιών 2004/18 ΕΚ και 2004/17 ΕΚ, αφήνοντας εκτός τις διαφορές από συμβάσεις που κείνται κάτω από τα χρηματικά όρια των δύο οδηγιών. Ως εκ τούτου, συμβάσεις υψηλότερης χρηματικής αξίας υπάγονται στην αρμοδιότητα του ΔΕφ κατ' εφαρμογή του ν. 3886/10, ενώ συμβάσεις χαμηλότερης χρηματικής αξίας εκδικάζονται από το ΣτΕ κατ' εφαρμογή του π.δ. 18/89. Ένα ακόμα παράδοξο γεννάται από την εξαιρετική αρμοδιότητα του ΣτΕ να δικάζει διαφορές που αναφύονται από συμβάσεις που υπάγονται στην οδηγία 2004/17 ΕΚ. Στην περίπτωση αυτή, για άλλη μία φορά διαπιστώνεται ότι συμβάσεις του Δημοσίου μεγάλης οικονομικής αξίας -σε κάθε περίπτωση κάτω από το όριο των 15.000.000 ευρώ- που υπάγονται στο ρυθμιστικό πεδίο της οδηγίας 2004/18 ΕΚ εκδικάζονται από τα ΔΕφ, ενώ συμβάσεις μικρότερης οικονομικής αξίας ένεκα της υπαγωγής τους στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/17 ΕΚ εκδικάζονται από το ΣτΕ.

Κατά τα λοιπά σε σχέση με το προϊσχύον νομοθετικό καθεστώς, ο ν. 3886/2010 φέρνει αλλού μικρότερης και αλλού μεγαλύτερης εμβέλειας τροποποιήσεις. Μία από τις σημαντικότερες καινοτομίες που φέρνει ο ν. 3886/10 είναι η θέσπιση χρονικής περιόδου υποχρεωτικής αναμονής 10 ημερών μεταξύ κοινοποίησης της απόφασης περί ανάθεσης της σύμβασης στους ενδιαφερομένους και υπογραφής της σύμβασης (ρύθμιση γνωστή ως “standstill”). Με άλλα λόγια, επιβάλλεται προς την αναθέτουσα αρχή ελάχιστη ανασταλτική προθεσμία 10 ημερών, η οποία πρέπει υποχρεωτικά να μεσολαβήσει μεταξύ της κοινοποίησης της απόφασης περί ανάθεσης της σύμβασης στους διαγωνιζομένους και της υπογραφής της σύμβασης, προκειμένου να εξασφαλιστεί η δυνατότητα σε τυχόν θιγόμενους υποψηφίους να προστρέξουν στην παροχή έννομης προστασίας πριν ακόμα υπογραφεί η σύμβαση. Εν προκειμένω, έχει εξαιρετικό ενδιαφέρον η νομολογία του ΣτΕ το οποίο - ήδη από την ισχύ του ν. 2522/97- είχε επισημάνει ότι μετά την άσκηση της προσφυγής και την πάροδο της προθεσμίας για την άσκηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, η Διοίκηση όφειλε να

¹⁷ Βλ. άρθρο 377 παρ. 1 αριθμ. (27) του νέου Ν. 4412/216.

¹⁸ Πρόκειται : α) για τις διαφορές που αφορούν συμβάσεις προσυπολογιζόμενης δαπάνης άνω των 15.000.000 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, β) τις διαφορές που αφορούν συμβάσεις παραχώρησης έργων και υπηρεσιών και γ) τις διαφορές που αφορούν συμβάσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2004/17 ΕΚ, δηλαδή συμβάσεις που ανατίθενται από φορείς δραστηριοποιημένους στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών.

αναμείνει για εύλογο χρονικό διάστημα τουλάχιστον 15 ημερών πριν προβεί στη σύναψη της σύμβασης¹⁹.

Η δεκαήμερη προθεσμία της υποχρεωτικής αναστολής ενσωματώνεται εμμέσως μέσω της τροποποίησης της 5νθήμερης προθεσμίας για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής σε προθεσμία 10 ημερών από την πλήρη γνώση της πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής σε συνδυασμό με το γνωστό ανασταλτικό αποτέλεσμα της προθεσμίας άσκησης της προδικαστικής προσφυγής. Με τον τρόπο αυτό, ο Έλληνας νομοθέτης καθιερώνει την υποχρέωση τήρησης ανασταλτικής περιόδου 10 ημερών πριν από τη σύναψη της σύμβασης μέσα από μία ενιαία ρύθμιση που ισχύει σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας που μπορεί να ασκηθεί προδικαστική προσφυγή κατά πράξεων/παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής, και όχι μόνο μετά την κοινοποίηση της πράξης περί ανάθεσης της σύμβασης.

Στο ν. 3886/10 η προδικαστική προσφυγή εξακολουθεί να συνιστά απαραίτητη διαδικαστική προϋπόθεση για την άσκηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων και διατηρεί αλώβητα τα κύρια χαρακτηριστικά της. Ο νομοθέτης απαντά αποφασιστικά στα προβλήματα που ανέδειξε η νομολογία του ΣτΕ σχετικά με την περίπτωση συρροής της προδικαστικής προσφυγής με τις λοιπές διοικητικές προσφυγές, ορίζοντας ρητά ότι στις υπό κρίση διαφορές δεν εφαρμόζονται οι διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας ή των κανονισμών των αναθετουσών αρχών που προβλέπουν την άσκηση διοικητικών προσφυγών κατά εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας. Δηλαδή, οι εν λόγω διοικητικές προσφυγές δεν καταργούνται αλλά απενεργοποιούνται στις υπό κρίση διαφορές. Αυτό σημαίνει ότι πλέον δεν εκκινούν παράλληλα οι προθεσμίες άσκησης προδικαστικής προσφυγής και λοιπών προβλεπόμενων στη νομοθεσία διοικητικών προσφυγών καθώς και ότι οι εκάστοτε ισχύουσες προθεσμίες για την άσκηση αυτών δε διακόπτουν την προθεσμία της προδικαστικής προσφυγής.

Άλλο είναι το ζήτημα των ενστάσεων που προβλέπονται στην κείμενη νομοθεσία κατά πράξεων των οργάνων διεξαγωγής του διαγωνισμού που στερούνται εκτελεστό χαρακτήρα. Οι ενστάσεις αυτές εξακολουθούν να ισχύουν υπό τις προϋποθέσεις που διαγράφονται στα νομοθετήματα που τις προβλέπουν. Όπως πολύ ορθά επισημαίνει η νομολογία, οι ενστάσεις αυτές δεν έχουν ενδικοφανή χαρακτήρα και συνεπώς παραδεκτά προβάλλονται με την προδικαστική προσφυγή του ν. 3886/10 ισχυρισμοί που δεν είχαν προβληθεί με αυτές²⁰.

Όπως έχει ήδη ειπωθεί, η προδικαστική προσφυγή και η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ασκούνται μόνο μία φορά κατά της αυτής πράξης. Παρόλα αυτά, στο ν. 3886/10 προστίθεται ειδικά μία περίπτωση όπου η προδικαστική προσφυγή είναι απαράδεκτη. Πρόκειται για την περίπτωση που με την προδικαστική προσφυγή προσβάλλεται πράξη της αναθέτουσας αρχής, η οποία δέχεται εν όλω ή εν μέρει την προδικαστική προσφυγή άλλου διαγωνιζομένου²¹, οπότε ο θιγόμενος πρέπει να ασκήσει απευθείας κατά της πράξης αυτής αίτηση ασφαλιστικών μέτρων. Κατά τα λοιπά, όπως έχει επισημάνει η νομολογία του ΣτΕ, είναι απαράδεκτη τόσο δεύτερη προσφυγή κατά της ίδιας πράξης όσο και προσφυγή κατά πράξης που έχει εκδοθεί επί προηγούμενης προσφυγής του ίδιου προσώπου, έστω κι αν η τελευταία περιέχει νέα αιτιολογικά ερείσματα²².

Λαμβάνοντας σοβαρά υπόψη τη νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων σχετικά με την ανάγκη ουσιαστικής εκτίμησης και απάντησης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής επί των λόγων της προδικαστικής προσφυγής, ιδίως σε τεχνικής φύσεως ζητήματα που ως εκ της φύσεώς τους χρήζουν απάντησης από τη διοίκηση και δε μπορούν να εξεταστούν πρωτοτύπως από το δικαστήριο²³, ο νομοθέτης ενισχύει, μέσω ειδικής ρύθμισης, τα περιθώρια που έχει η αναθέτουσα

¹⁹ ΣτΕ ΕΑ 571/08, 1123/07.

²⁰ ΣτΕ ΕΑ 273/2012.

²¹ Άρθρο 4 παρ. 3 του ν. 3886/10.

²² ΣτΕ ΕΑ 239/11, 575/08, 1027/08, 25/06, 1054/05, 784/03, 195/02.

²³ Σε περίπτωση σιωπηρής απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής, το Δικαστήριο ερευνά τους λόγους της που δε σχετίζονται προς τεχνική ή μη εκκαθαρισμένα, κατά το πραγματικό τους μέρος ζητήματα, παρόλο που δεν έχουν εξετασθεί από την αναθέτουσα αρχή (ΣτΕ ΕΑ 430/05, 839/03, 285/02). Όταν όμως οι λόγοι αυτοί ανάγονται προεχόντως σε τεχνικής φύσεως ζητήματα που ακριβώς λόγω της φύσεώς τους χρήζουν απάντησης από την αναθέτουσα αρχή, το Δικαστήριο κρίνει ότι η υπόθεση δεν είναι εκκαθαρισμένη κατά το πραγματικό της μέρος και ότι

αρχή για να απαντήσει αιτιολογημένα στην προδικαστική προσφυγή. Έτσι, η αναθέτουσα αρχή έχει κατ'αρχήν το δικαίωμα να δεχτεί εν όλω ή εν μέρει την προσφυγή μέχρι την προηγούμενη ημέρα της πρώτης δικασίμου που θα ορισθεί επί της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, οπότε και καταργείται η σχετική δίκη²⁴. Επίσης, η αναθέτουσα αρχή έχει το δικαίωμα να απορρίψει ρητά την προσφυγή ή και να συμπληρώσει την αιτιολογία της εμπρόθεσμα εκδοθείσας απορριπτικής απόφασης, με την προϋπόθεση ότι η σχετική πράξη θα περιέλθει στο δικαστήριο το αργότερο 6 ημέρες πριν από τη δικάσιμο (αρχική ή μετ' αναβολή) της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων²⁵. Ειδικά στην περίπτωση της συμπληρωματικής αιτιολογίας, παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα να ανταπαντήσει με έμμεσο τρόπο σε προβαλλόμενους με την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ισχυρισμούς²⁶.

Ένας ακόμα νεωτερισμός του ν. 3886/10 σε σχέση με το προϊσχύον νομοθετικό καθεστώς αφορά στην επέκταση της αναστολής σύναψης της σύμβασης και με την άσκηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων. Με τη ρύθμιση αυτή αντιμετωπίζονται προβληματικές κατά το παρελθόν περιπτώσεις όπου, η σύναψη της σύμβασης λάμβανε χώρα μετά την άσκηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων και πριν τη χορήγηση προσωρινής διαταγής, με τον κίνδυνο να ανατραπεί με την προσωρινή διαταγή, ή κατόπιν απόρριψης της προσωρινής διαταγής, με τον κίνδυνο να ανατραπεί εξαιτίας μεταγενέστερης ευδοκίμησης της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων. Ως εκ τούτου, πλέον η άσκηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων αναστέλλει τη σύναψη της σύμβασης, χωρίς όμως να εμποδίζει την εξέλιξη των επόμενων σταδίων του διαγωνισμού, εκτός κι αν χορηγηθεί διαφορετική προσωρινή διαταγή.

Στο στάδιο αυτό, μοναδικό εμπόδιο προς τα συμφέροντα του αιτούντος ασφαλιστικά μέτρα μπορεί να αποτελέσει η έκδοση προσωρινής διαταγής περί άρσης της απαγόρευσης σύναψης της σύμβασης, όταν ο δικαστής κρίνει το προδήλως απαράδεκτο ή αβάσιμο της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων²⁷. Δυνάμει της ανωτέρω ρύθμισης, διαπιστώνεται για πρώτη φορά περίπτωση που με την προσωρινή διαταγή μπορεί να διατάσσονται μέτρα προς βλάβη του αιτούντος ασφαλιστικά μέτρα και προς όφελος της αναθέτουσας αρχής. Περαιτέρω, μία άλλη συνέπεια του ανασταλτικού αποτελέσματος της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων είναι ότι, ο αιτών φέρει την υποχρέωση να ειδοποιήσει με κάθε πρόσφορο μέσο την αναθέτουσα αρχή για την άσκηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, χωρίς παρόλα αυτά η μη τήρηση της υποχρέωσης αυτής να επιφέρει το απαράδεκτο της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων²⁸.

δε μπορεί να εξετάσει πρωτοτύπως τους λόγους αυτούς (ΣτΕ ΕΑ 50/11, 1029/07, 689/07).

²⁴ Εάν η αναθέτουσα αρχή δεν εκδώσει πράξη επί της προδικαστικής προσφυγής του ενδιαφερομένου μέχρι τη δέκατη πέμπτη ημέρα από την άσκησή της, τεκμαίρεται η σιωπηρή απόρριψή της που συνεπάγεται και την κίνηση της δεκαήμερης προθεσμίας για την άσκηση της αιτήσεως των ασφαλιστικών μέτρων. Η εν λόγω προθεσμία δεν διακόπτεται σε περίπτωση μεταγενέστερης ρητής απορρίψεως της προδικαστικής προσφυγής με σχετική πράξη της αναθέτουσας αρχής, ούτε προσβάλλεται η πράξη αυτή αυτοτελώς με αίτηση ασφαλιστικών μέτρων εντός νέας δεκαήμερης προθεσμίας (ΣτΕ ΕΑ 181/11). Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 4 παρ. 5 του ν. 3886/10 παρέχεται στο δικαστήριο η εξουσία να επιβάλλει αυτεπαγγέλτως χρηματική κύρωση στην αναθέτουσα αρχή ποσού από 500-5.000 ευρώ, εάν κρίνει ότι η παράλειψη αιτιολόγησης ή η καθυστερημένη αιτιολόγηση της απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής καθιστά ιδιαίτερα δυσχερή την ουσιαστική παροχή έννομης προστασίας.

²⁵ Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 4 παρ. 5 του ν. 3886/10 παρέχεται στο δικαστήριο η εξουσία να επιβάλλει αυτεπαγγέλτως χρηματική κύρωση στην αναθέτουσα αρχή ποσού από 500-5.000 ευρώ, εάν κρίνει ότι η παράλειψη αιτιολόγησης ή η καθυστερημένη αιτιολόγηση της απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής καθιστά ιδιαίτερα δυσχερή την ουσιαστική παροχή έννομης προστασίας.

²⁶ Στην περίπτωση αυτή προβλέπεται η πρόσθετη υποχρέωση του αιτούντος να πληροφορηθεί εάν έχει περιέλθει στο Δικαστήριο έγγραφο με αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία για την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής του και να καταθέσει υπόμνημα με συγκεκριμένες αιτιάσεις κατά της νέας αυτής αιτιολογίας πριν από τη συζήτηση της υπόθεσης (ΣτΕ ΕΑ 943/11).

²⁷ Σύμφωνα με τη ρύθμιση του άρθρου 5 παρ. 5 εδ. β'-γ' του ν. 3886/10, ακόμα κι αν η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων είναι βάσιμη, το δικαστήριο μπορεί να την απορρίψει, εάν από τη στάθμιση της βλάβης του αιτούντος, των συμφερόντων τρίτων και επιτακτικών λόγων γενικού δημοσίου συμφέροντος κρίνεται ότι η παραδοχή της αίτησης θα προκαλέσει αρνητικές συνέπειες σοβαρότερες από την ωφέλεια του αιτούντος.

²⁸ Η υποχρέωση του αιτούντος ασφαλιστικά μέτρα να ειδοποιήσει προς τούτο την αναθέτουσα αρχή εντάσσεται στη νέα ρύθμιση του άρθρου 63 παρ. 2 του ν. 4055/12 που αποσκοπεί την αντιμετώπιση του φαινομένου καθυστέρησης αποστολής του διοικητικού φακέλου στο αρμόδιο Δικαστήριο και ως εκ τούτου η μη τήρησή της δεν επιφέρει το απαράδεκτο της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων (ΣτΕ ΕΑ 467/12).

Τέλος, ως αναγκαία συνέπεια της απαγόρευσης σύναψης της σύμβασης κατά τη διάρκεια της υποχρεωτικής ανασταλτικής περιόδου (από την προθεσμία και την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων) προβλέπεται με ρητή διάταξη ότι εάν η σύμβαση υπογραφεί κατά παράβαση των ανωτέρω, ουδόλως λαμβάνεται υπόψη από το Δικαστήριο, δεν αντιτάσσεται στον ενδιαφερόμενο, ούτε κωλύει την παροχή έννομης προστασίας²⁹.

Οι ρυθμίσεις του ν. 3886/10 δε φέρνουν ουσιαστικές αλλαγές στη σχέση αίτησης ασφαλιστικών μέτρων και αίτησης ακύρωσης στο πεδίο των διαφορών πριν από τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων. Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων εξακολουθεί να μην τίθεται ως δικονομική προϋπόθεση του παραδεκτού της αίτησης ακύρωσης, ενώ παράλληλα υφίσταται η υποχρέωση άσκησης της αίτησης ακύρωσης μετά την επιτυχή λήψη των ασφαλιστικών μέτρων με τους ήδη γνωστούς όρους και προϋποθέσεις. Αυτό που έχει ιδιαίτερο ενδιαφέρον είναι τα περιθώρια που παρέχονται στην αναθέτουσα αρχή να συμμορφωθεί με την απόφαση των ασφαλιστικών μέτρων. Ενόψει της ανάγκης αποτελεσματικής και άμεσης επίλυσης της διαφοράς, ο νομοθέτης προβλέπει για πρώτη φορά τη δυνατότητα της διοίκησης να συμμορφωθεί άμεσα με μια απόφαση προσωρινής προστασίας. Πλέον, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, λαμβάνοντας υπόψη το διατακτικό της απόφασης ασφαλιστικών μέτρων και το κατ' ουσίαν περιεχόμενό της, να ανακαλέσει ή να τροποποιήσει κατάλληλα την προσβαλλόμενη διοικητική πράξη ή επί παραλείψει να προβεί στην έκδοση της οφειλόμενης πράξης, λήγοντας την οποία διαφορά³⁰. Σκοπός της ρύθμισης αυτής τόσο στο ν. 3886/10 όσο και στο νέο σχέδιο νόμου είναι προφανώς η οριστική εκκαθάριση της διαφοράς σε πρώιμο στάδιο.

Ομοίως με νέα διάταξη του ν. 3886/10 προβλέπεται ρητά η κατάργηση της ακυρωτικής δίκης στην περίπτωση που δεν ασκήθηκε ή ασκήθηκε ανεπιτυχώς η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων και η σύμβαση υπογράφηκε και εκτελέστηκε πριν την ακυρωτική δίκη, με την επιφύλαξη αποδείξεως ιδιαίτερου έννομου συμφέροντος του αιτούντος.

Τέλος, μία νέα δυνατότητα που παρέχεται στον υποψήφιο ανάδοχο είναι να επιδιώξει δικαστικά την κήρυξη της ακυρότητας της υπογραφείσας σύμβασης³¹. Το δικαίωμα αυτό έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και ασκείται μόνον σε περιοριστικά αναφερόμενες στην οικεία διάταξη περιπτώσεις, μεταξύ των οποίων οι πιο γνωστές αφορούν στην παράβαση της υποχρέωσης δημοσίευσης της προκήρυξης στην Ε.Ε.Ε και στην παράβαση της υποχρεωτικής προθεσμίας αναστολής της υπογραφής της σύμβασης. Το ενδιαφέρον της ρύθμισης βρίσκεται σε τρία σημεία. Κατ' αρχήν, ο ενδιαφερόμενος μπορεί να επιδιώξει και την αναστολή εκτέλεσης της σύμβασης, μέσω αίτησης ασφαλιστικών μέτρων και προσωρινής διαταγής. Το δεύτερο σημείο είναι ότι στην περίπτωση αυτή επανέρχεται το οργανικό κριτήριο, οπότε η αρμοδιότητα μεταξύ διοικητικών και πολιτικών δικαστηρίων προσδιορίζεται ανάλογα με το χαρακτήρα της αναθέτουσας αρχής ως νπδδ ή νπιδ και τρίτον η διακριτική ευχέρεια που παρέχει στο δικαστήριο, παρά τη διαπίστωση της ακυρότητας, να απορρίψει το ένδικο βοήθημα όταν επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη διατήρηση των αποτελεσμάτων της σύμβασης. Συνέπεια της δικαστικής απόφασης που ακυρώνει τη σύμβαση είναι προφανώς το ανενεργό της σύμβασης, η αναδρομική ακυρότητά της και η δυνατότητα ικανοποίησης των εκατέρωθεν απαιτήσεων των μερών βάσει των διατάξεων περί αδικαιολόγητου πλουτισμού.

Σε γενικές γραμμές, με το ν. 3886/10 ο έλληνας νομοθέτης, όχι μόνο πέτυχε την ενσωμάτωση στο εθνικό μας δίκαιο της οδηγίας 2007/66 ΕΚ με τις καινοτόμες ρυθμίσεις που αυτή επέβαλε, αλλά παρενέβη και με βελτιωτικές ρυθμίσεις επί των υφιστάμενων κανόνων έννομης προστασίας, καθιστώντας την προστασία των θιγόμενων προσώπων από τη διαδικασία ανάθεσης μιας δημόσιας σύμβασης πιο άμεση και αποτελεσματική. Το μοντέλο προσωρινής προστασίας που καθιέρωσαν τα δύο αυτά νομοθετήματα εξακολουθεί να ισχύει έως την 31.12.2016 καθώς, όπως προβλέπεται στο νέο σχέδιο νόμου για την έννομη προστασία στο στάδιο πριν από την ανάθεση

²⁹ Άρθρο 6 του ν. 3886/10.

³⁰ Όπως ορίζεται στο άρθρο 5 παρ. 8 του ν. 3886/10, στην περίπτωση αυτή καταργείται η δίκη επί της αίτησης ακύρωσης καθώς δεν υφίσταται προσβαλλόμενη πράξη.

³¹ Ο ενδιαφερόμενος μπορεί να ασκήσει επιπλέον και αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά της συναφείσας σύμβασης με αίτημα την αναστολή εκτέλεσής της, κατ' άρθρο 8 παρ. 8 του ν. 3886/10.

των δημοσίων συμβάσεων, από 01.01.2017 η ισχύς των διατάξεων του ν. 3886/2010 καταργείται.

4. Κριτική προσέγγιση των ρυθμίσεων του νέου σχεδίου νόμου σχετικά με την έννομη προστασία κατά το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων

Το νέο σχέδιο νόμου εισάγει ένα διαφορετικό στη δομή του μοντέλο προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων, το οποίο στηρίζεται σε πρώτο επίπεδο στη θέσπιση και λειτουργία ενός νέου ανεξάρτητου οργάνου για την εξωδικαστική επίλυση των οικείων διαφορών με διευρυμένες εξουσίες, την Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) και σε δεύτερο επίπεδο στην αποκλειστική αρμοδιότητα του ΣτΕ για την παροχή δικαστικής προστασίας κατά των αποφάσεων της ανωτέρω Αρχής.

Χαρακτηριστικό γνώρισμα των διατάξεων του νέου σχεδίου νόμου είναι ότι στοχεύει στην ενοποίηση και απλοποίηση του νομοθετικού πλαισίου που αφορά στην έννομη προστασία στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων. Ο στόχος αυτός επιτυγχάνεται με δύο τρόπους. Κατ' αρχήν, διευρύνεται το πεδίο εφαρμογής του νόμου στις διαφορές που αναφύονται κατά την ανάθεση όλων των ειδών των δημοσίων συμβάσεων, ανεξαρτήτως φύσεως, τύπου και οικονομικής αξίας. Με άλλα λόγια, το νέο σχέδιο νόμου εφαρμόζεται στις συμβάσεις προμηθειών, έργων και υπηρεσιών, όπως και στις συμφωνίες-πλαίσιο, τα δυναμικά συστήματα αγορών και τις συμβάσεις παραχώρησης, αλλά και σε κάθε άλλου είδους δημόσιες συμβάσεις, ανεξάρτητα εάν η προϋπολογισθείσα αξία αυτών κείται άνω ή κάτω από τα χρηματικά όρια υπαγωγής στις ευρωπαϊκές οδηγίες. Έπειτα, θεσπίζεται μία ενιαία διαδικασία για την επίλυση όλων των ανωτέρω διαφορών και δίνεται αυξημένη βαρύτητα στην εξωδικαστική επίλυση αυτών, μέσω της λειτουργίας μίας ανεξάρτητης αρχής, στην οποία απονέμονται διευρυμένες αρμοδιότητες και εξουσίες με αποκλειστικό σκοπό το χειρισμό των προδικαστικών προσφυγών.

Δηλαδή, έως την έναρξη ισχύος των διατάξεων του νέου σχεδίου νόμου, η έννομη προστασία κινείται στο γνωστό άξονα της άσκησης κατ' αρχήν προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της αναθέτουσας αρχής και έπειτα αίτησης ασφαλιστικών μέτρων κατά της απόφασης της αναθέτουσας αρχής επί της προδικαστικής προσφυγής, με δυνατότητα χορήγησης προσωρινής διαταγής, και αντίστοιχα αίτησης ακύρωσεως. Όμως, από τη θέση σε ισχύ των νέων διατάξεων, όλες οι διαφορές που ανακύπτουν κατά το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων, ανεξαρτήτως αντικειμένου και αξίας, συγκεντρώνονται κατ' αρχήν στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, ενώ δικαστικά προσβάλλονται με αίτηση αναστολής και αίτηση ακύρωσης ενώπιον του ΣτΕ μόνον οι αποφάσεις της Αρχής.

Μέσα από τη διάρθρωση αυτή, ο νομοθέτης, παραμένοντας πιστός στις επιταγές της δικονομικής οδηγίας, επιχειρεί να ενισχύσει με όσο το δυνατόν περισσότερα μέσα την Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών προκειμένου να επιτευχθεί ταχύτερη, αποτελεσματικότερη και ποιοτικότερη επί της ουσίας της διαφοράς προστασία των συμφερόντων των θιγομένων από τη διαγωνιστική διαδικασία, με απώτερο στόχο την οριστική εκκαθάριση της υπόθεσης εξωδικαστικώς. Πράγματι, η σύσταση ενός οργάνου διαφορετικού από την ίδια την αναθέτουσα αρχή που προκηρύσσει το διαγωνισμό, εξοπλισμένου αποκλειστικά και μόνον με την αρμοδιότητα χειρισμού των προδικαστικών προσφυγών, συγκαταλέγεται στα θετικά σημεία του νεοδομούντος συστήματος. Η πλήρης αποσύνδεση του χειρισμού των προδικαστικών προσφυγών από την εξυπηρέτηση τυχόν σκοπιμοτήτων εκ μέρους της έως σήμερα αρμόδιας αναθέτουσας αρχής, σε συνδυασμό με τη στελέχωση της Αρχής από πρόσωπα με υψηλό επίπεδο εξειδίκευσης επί του αντικειμένου των δημοσίων συμβάσεων, αυξάνουν τα περιθώρια διάγνωσης των πλημμελειών της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης και παρέχουν τα αναγκαία εχέγγυα για την απονομή ποιοτικής και ουσιαστικής προστασίας στο επίπεδο εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής. Από την άλλη πλευρά, θα έλεγε κανείς ότι η σύσταση και λειτουργία της ΑΕΠΠ με έδρα την Αθήνα

ενισχύει τα χαρακτηριστικά της κεντρικής διοίκησης και δεσμεύει υπέρμετρα τους θιγόμενους διαγωνιζομένους σε ένα σύστημα που κινείται αποκλειστικά γύρω από την έδρα της Αρχής, μειώνοντας την ευελιξία και ταχύτητα του θεσμού. Δεδομένου ότι στο σχέδιο νόμου προβλέπεται η διάρθρωση και λειτουργία της ΑΕΠΠ σε 10 κλιμάκια, θα μπορούσε εναλλακτικά να προταθεί η λειτουργία των επιμέρους αρμόδιων κλιμακίων περιφερειακά, ώστε η πρόσβαση και παράσταση των θιγόμενων ενώπιον αυτών να καθίσταται ευκολότερη και πιο άμεση.

Προς την κατεύθυνση της οριστικής εκκαθάρισης της υπόθεσης από το πρώτο επίπεδο προστασίας, οι ρυθμίσεις του νέου σχεδίου νόμου αποδίδουν στην προδικαστική προσφυγή, όχι μόνον υποχρεωτικό χαρακτήρα, αλλά και μεγαλύτερο βάρος και σπουδαιότητα. Από την οικεία διάταξη του σχεδίου νόμου προκύπτει ότι η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών μπορεί πλέον, όχι μόνον να αποφαίνεται για την ακυρότητα ή μη προσβαλλόμενης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, αλλά δύναται, στα πλαίσια εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής, να διατάσσει άλλα κατάλληλα μέτρα προσωρινής προστασίας, όπως και να κηρύσσει την ακυρότητα συναφθείσας σύμβασης.

Κατά τα λοιπά, όπως ορίζεται στο άρθρο 16 παρ. 2 του νέου σχεδίου νόμου, η προδικαστική προσφυγή εξακολουθεί να αποτελεί προϋπόθεση του παραδεκτού των ενδίκων βοηθημάτων ενώπιον των δικαστηρίων. Ομοίως, εξακολουθεί να ισχύει ο αποκλεισμός τυχόν άλλων προβλεπόμενων σε ειδικά νομοθετήματα, διοικητικών προσφυγών κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής, ενώ διατηρούνται οι ενστάσεις κατά μη εκτελεστών πράξεων (εφόσον εκδίδονται τέτοιες).

Η προθεσμία άσκησης της προδικαστικής προσφυγής διαφοροποιείται ανάλογα με το είδος της προσβαλλόμενης πράξης και τον τρόπο που αυτή περιήλθε εις γνώσης του ενδιαφερομένου. Έτσι, τίθεται προθεσμία 10 ημερών, εφόσον η κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης έγινε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή προθεσμία 15 ημερών, εφόσον η κοινοποίηση έγινε με άλλα μέσα, σε κάθε περίπτωση προθεσμία 10 ημερών από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη γνώση της πράξης. Μάλιστα, προκειμένου να αποσαφηνιστεί το χρονικό σημείο που άρχεται η προθεσμία για την άσκηση προσφυγής κατά του συνόλου της διακήρυξης ορίζεται ρητά ότι η πλήρης γνώση της διακήρυξης τεκμαίρεται μετά την πάροδο 10 ημερών από την ανάρτησή της στο ΚΗΜΔΗΣ. Σε περίπτωση παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, ορίζεται προθεσμία 15 ημερών από την επόμενη της συντέλεσης της παράλειψης.

Από την άλλη πλευρά, στο σχέδιο νόμου περιέχονται νέες ρυθμίσεις σχετικά με τον τρόπο άσκησης της προδικαστικής προσφυγής. Αυτές αφορούν στην ηλεκτρονική κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής, την υποχρέωση χρήσης σχετικού τυποποιημένου εντύπου για την άσκησή της και την υποχρέωση καταβολής παράβολου ως προϋπόθεση του παραδεκτού της. Ειδικά σε ότι αφορά στο παράβολο, ο υπολογισμός του γίνεται κλιμακωτά με ανώτατο και κατώτατο όριο και θεσπίζεται δυνατότητα υπολογισμού του παράβολου επί του τμήματος για το οποίο κατατίθεται η προσφορά του προσφεύγοντος.

Στο νέο σχέδιο νόμου εξακολουθεί να ισχύει το αυτόματο ανασταλτικό αποτέλεσμα της σύμβασης, το οποίο μεταφέρεται χρονικά στο στάδιο της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ. Δηλαδή, πλέον η απαγόρευση σύναψης της σύμβασης εκκινεί με την προθεσμία άσκησης της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ και με την άσκησή της. Κατά τα λοιπά, δεν εμποδίζεται η εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας, εκτός κι αν η ΑΕΠΠ διατάξει με προσωρινή διαταγή ανάλογα μέτρα. Μάλιστα, από το συνδυασμό των άρθρων 20 και 25 του σχεδίου νόμου συνάγεται ότι η μη τήρηση της εκ του νόμου υποχρεωτικής αναστολής σύναψης της σύμβασης αποτελεί λόγο για την άσκηση αυτοτελούς προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, με αίτημα την κήρυξη της ακυρότητας της σύμβασης.

Η ανάδειξη της ΑΕΠΠ ως ανεξάρτητου οργάνου προσφυγών έχει ως αποτέλεσμα τη θέσπιση ειδικής διαδικασίας, η οποία δέον να τηρείται για το χειρισμό των προδικαστικών προσφυγών και τη λήψη αποφάσεων επί αυτών. Η διαδικασία ενώπιον της ΑΕΠΠ προσιδιάζει με την επ' ακροατηρίω διαδικασία καθώς η προδικαστική προσφυγή συζητείται σε ορισθείσα δικάσιμο, κατόπιν κλήτευσης όλων των μερών, κατ' αντιμωλίαν των διαδίκων, οι οποίοι έχουν το δικαίωμα εκπροσώπησης ενώπιον της αρχής

Επιπλέον, η Αρχή φέρει την ευθύνη για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. Τούτο σημαίνει ότι, η Αρχή –και όχι ο προσφεύγων- επιφορτίζεται με την υποχρέωση κοινοποίησης της κατατεθείσας προσφυγής στην αναθέτουσα αρχή, την οποία καλεί εντός συγκεκριμένων προθεσμιών να κοινοποιήσει την προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, προκειμένου αυτός να ασκήσει το δικαίωμα παρέμβασής του στη διαδικασία, και να διαβιβάσει στην αρχή φάκελο με τις απόψεις της όπως και τα αποδεικτικά κοινοποίησης της προσφυγής προς τρίτους. Στο ίδιο πλαίσιο, η Αρχή αναλαμβάνει να ελέγξει εάν η αναθέτουσα αρχή συμμορφώθηκε με την υποχρέωση κοινοποίησης της προσφυγής προς τρίτα ενδιαφερόμενα πρόσωπα, άλλως αναλαμβάνει αυτή την εκπλήρωση της οικείας υποχρέωσης. Η ρύθμιση περί επιβολής χρηματικής ποινής σε βάρος της αναθέτουσας αρχής, σε περίπτωση παράλειψης αποστολής ή καθυστερημένης αποστολής φακέλου με τις απόψεις της και τα λοιπά στοιχεία της υπόθεσης μεταφέρεται στο στάδιο εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής και επιβάλλεται από την Αρχή όταν κατά την κρίση της –και σταθμίζοντας τις συντρέχουσες σε κάθε περίπτωση συνθήκες- καθίσταται ιδιαίτερα δυσχερής η ουσιαστική παροχή δικαστικής προστασίας.

Σε ότι αφορά στην προσωρινή προστασία, από τις ρυθμίσεις του νέου σχεδίου νόμου συνάγεται ότι ο νομοθέτης υιοθετεί όλα τα χαρακτηριστικά γνωρίσματα της γνωστής έως σήμερα «αίτησης ασφαλιστικών μέτρων» του ν. 3886/10, ενσωματώνοντας αυτά κατά ένα μέρος στις οικείες ρυθμίσεις του άρθρου 22 του σχεδίου νόμου σχετικά με την παροχή προσωρινής προστασίας ενώπιον της ΑΕΠΠ και κατά ένα άλλο μέρος στις ρυθμίσεις του άρθρου 29 σχετικά με την παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας. Έτσι, στα πλαίσια των διευρυμένων αρμοδιοτήτων που της απονέμει ο νέος νόμος, το νέο όργανο της ΑΕΠΠ μπορεί, κατόπιν σχετικού αιτήματος του προσφεύγοντος ή και αυτεπάγγελτα, να διατάσσει κατάλληλα μέτρα για την προσωρινή προστασία του προσφεύγοντος έως την έκδοση της απόφασής της επί της προδικαστικής προσφυγής (σε κάθε περίπτωση όχι μετά το πέρας της ορισθείσας προθεσμίας για την έκδοση της απόφασής της). Το παραδεκτό και βάσιμο της προδικαστικής προσφυγής δεν τίθενται ως προϋποθέσεις για τη λήψη των προσωρινών μέτρων, παρόλα αυτά στην οικεία διάταξη αναφέρεται ότι η ΑΕΠΠ ασκεί την εξουσία αυτή προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής, λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, υπονοώντας προφανώς ότι προσωρινά μέτρα διατάσσονται στις περιπτώσεις εκείνες που υπάρχουν βάσιμοι λόγοι να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή.

Όμοια με την απόφαση επί της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων και της οικείας προσωρινής διαταγής του ν. 3886/10, εν προκειμένω η ΑΕΠΠ έχει την εξουσία να διατάσσει προσωρινά μέτρα είτε μέσω της έκδοσης πράξης για την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης, είτε με τη λήψη άλλου είδους προσωρινών μέτρων με σκοπό την επανόρθωση εικαζόμενης παράβασης ή την αποτροπή ζημίας των θιγόμενων συμφερόντων, όπως είναι η αναστολή της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης ή η αναστολή εκτέλεσης οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. Σε αυτό το πλαίσιο, εύλογα παρέχεται στο νέο όργανο η δυνατότητα να μην προβαίνει στη χορήγηση προσωρινών μέτρων, εάν σταθμίζοντας όλα τα συμφέροντα που ενδέχεται να ζημιωθούν και το δημόσιο συμφέρον, κρίνει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση προσωρινών μέτρων υπερτερούν από τα οφέλη μιας θετικής απόφασης.

Ένα ακόμα καινοτόμο στοιχείο του νέου σχεδίου νόμου αφορά στο χαρακτήρα των αποφάσεων του νέου οργάνου. Επηρεασμένος ο νομοθέτης από τη διαπίστωση της ανάγκης αιτιολόγησης των αποφάσεων των αναθετουσών αρχών επί των προδικαστικών προσφυγών του ν. 3886/10, πλέον προβλέπει ρητά την υποχρέωση της ΑΕΠΠ να αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας όλων των νομικών και πραγματικών ισχυρισμών που προβάλλονται εκ μέρους των εμπλεκόμενων μερών, με συνέπεια να καταργείται το τεκμήριο σιωπηρής απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής μετά την πάροδο της τασσόμενης εκ του νόμου προθεσμίας. Στοχεύοντας, στην πλειονότητα των περιπτώσεων, οι αποφάσεις της Αρχής να συμβάλλουν στην οριστική εκκαθάριση της κριθείσας διαφοράς, ο νομοθέτης καθιερώνει την υποχρεωτικότητα των εν λόγω αποφάσεων εκ μέρους των αναθετουσών αρχών, δεσμεύοντας τις τελευταίες να συμμορφώνονται με το διατακτικό των αποφάσεων της Αρχής, και αφού ανακαλέσουν ή τροποποιήσουν αναλόγως την προσβληθείσα πράξη, να εκδώσουν νέα. Άλλωστε, η προστιθέμενη

αξία που αποκτούν οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ συνάγεται εμμέσως και από το γεγονός ότι, παρά την υποχρεωτικότητα των εν λόγω αποφάσεων, σύμφωνα με άλλη ρύθμιση του σχεδίου νόμου, εξακολουθεί να επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής η συμμόρφωση με τις αποφάσεις του δικαστηρίου επί της αίτησης αναστολής, σε περίπτωση που η κριθείσα διαφορά οδηγείται εν τέλει στο ΣτΕ, ακόμα κι αν το ένδικο βοήθημα της αίτησης αναστολής εξακολουθεί να προσφέρεται ως μέσο για την οριστική διάγνωση της διαφοράς.

Εν τέλει, ο ρόλος της ΑΕΠΠ ως ρυθμιστικού οργάνου της διαγωνιστικής διαδικασίας ενισχύεται ακόμα περισσότερο μέσα από την αρμοδιότητα που της απονέμει ο νέος νόμος να αποφασίζει την κήρυξη της ακυρότητας συναφθείσας σύμβασης, αρμοδιότητα που στα πλαίσια του ν. 3886/10 ασκείται αποκλειστικά και μόνον από τα δικαστήρια. Το δικαίωμα κήρυξης της σύμβασης άκυρης διατηρεί τον εξαιρετικό του χαρακτήρα και ασκείται αποκλειστικά και μόνο στις περιοριστικά αναφερόμενες στην οικεία διάταξη νόμου περιπτώσεις, οι οποίες είναι όμοιες με τις προβλεφθείσες στο ν. 3886/10. Ως εκ τούτου, κάθε ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας, υπό τη συνδρομή μιας εκ των περιπτώσεων του νόμου, μπορεί να επιδιώξει την ακυρότητα συναφθείσας σύμβασης, ασκώντας αυτοτελή προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ανεξάρτητης αρχής με το σχετικό αίτημα. Μάλιστα, σε αντίθεση με όσα προβλέπονται στην αντίστοιχη διάταξη του ν. 3886/10, εν προκειμένω η προδικαστική προσφυγή αναστέλλει την εκτέλεση της σύμβασης εωσότου εκδοθεί η απόφαση της αρχής, οπότε δεν τίθεται ζήτημα άσκησης αίτησης αναστολής προς τούτο. Παρόλα αυτά, η αναθέτουσα αρχή έχει το δικαίωμα να υποβάλλει αίτημα προσωρινής προστασίας για να άρει την αναστολή αυτή.

Κατά τα λοιπά, οι ρυθμίσεις των άρθρων 26-28 του νέου σχεδίου νόμου αναφορικά με την κήρυξη ακυρότητας της σύμβασης δε διαφοροποιούνται σε σχέση με τα ισχύοντα στις οικείες διατάξεις του ν. 3886/10. Πράγμα που σημαίνει ότι εξακολουθούν να ισχύουν οι ρυθμίσεις σχετικά με τις περιπτώσεις που η διαδικασία προσφυγής για την κήρυξη της ακυρότητας της σύμβασης δεν εφαρμόζεται, όπως και οι ρυθμίσεις σχετικά με τη δυνατότητα μη κήρυξης της ακυρότητας για λόγους επιτακτικού δημοσίου συμφέροντος, της επιβολής εναλλακτικών κυρώσεων ή της κήρυξης της ακυρότητας του ανεκτέλεστου μόνο μέρους της σύμβασης, όπως και οι έννομες συνέπειες της αναδρομικής ισχύος της ακυρότητας της σύμβασης και της θεμελίωσης εκατέρωθεν αξιώσεων αδικαιολόγητου πλουτισμού των μερών ένεκα της ακυρότητας.

Ολοκληρώνοντας, σε ότι αφορά στη δικαστική προστασία που παρέχεται στο στάδιο πριν από τη σύναψη της σύμβασης, στο νέο σύστημα είναι σαφές ότι η δικαστική προστασία παρέχεται μόνο κατά των αποφάσεων της ΑΕΠΠ. Τα ένδικα βοηθήματα που επιλέγει ο νομοθέτης είναι η αίτηση αναστολής, και όχι η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, και η αίτηση ακύρωσης επί των οποίων αποφαινεται το ΣτΕ. Λαμβάνοντας υπόψη ότι η εκ του νόμου απαγόρευση σύναψης της σύμβασης παύει με την έκδοση της απόφασης της Αρχής επί της προδικαστικής προσφυγής, όπως και ότι κατά τη διάρκεια της ενώπιον της Αρχής διαδικασίας μπορεί να μην έχουν διαταχθεί μέτρα για την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας, και επομένως ο διαγωνισμός να έχει εξελιχθεί, ο νομοθέτης διευκρινίζει ότι μαζί με την απόφαση της αρχής θεωρούνται ως συμπροσβαλλόμενες και όλες οι μεταγενέστερες αυτής και συναφείς με την απόφαση πράξεις/παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής.

Για τη διαδικασία προσβολής των αποφάσεων της αρχής ενώπιον των δικαστηρίων ισχύουν οι γενικές δικονομικές διατάξεις των ακυρωτικών διαφορών με ορισμένες αναγκαίες εξαιρέσεις που προβλέπονται ρητά στις διατάξεις του σχεδίου νόμου. Στην ουσία πρόκειται για τις διατάξεις με τις οποίες διατηρούνται γνωστές ρυθμίσεις του ν. 3886/10 σχετικά με τον αυτοτελή χαρακτήρα της αίτησης αναστολής έναντι της αίτησης ακύρωσης, την άσκηση της αίτησης ακύρωσης εντός ορισθείσας προθεσμίας από την απόφαση της αναστολής, τη δυνατότητα συμμόρφωσης της διοίκησης με την απόφαση επί της αναστολής όπως και το βάρος της απόφασης επί της αίτησης αναστολής στην οριστική εκκαθάριση της διαφοράς.

Αξιοσημείωτο από δικονομικής απόψεως είναι ότι στο νέο σχέδιο νόμου ο νομοθέτης κάνει λόγο για αίτηση αναστολής και όχι για αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, ακόμα κι αν η φερόμενη ως αίτηση αναστολής διατηρεί αλώβητα πολλά από τα χαρακτηριστικά της γνωστής έως σήμερα «αίτησης ασφαλιστικών μέτρων». Η πρόβλεψη αυτή δημιουργεί εύλογα έναν προβληματισμό

σχετικά με τα περιθώρια διάπλασης της έννομης προστασίας σε σχέση με τα αντίστοιχα περιθώρια που παρέχονται στην περίπτωση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, και φυσικά δεδομένου ότι στο παρόν στάδιο αυτό που επιδιώκεται είναι η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης, ακόμα κι αν υπάρχουν τα περιθώρια να διαταχθούν και άλλα κατάλληλα μέτρα. Από την άλλη πλευρά, ο νομοθέτης ξεφεύγει από τα αυστηρά χρονικά όρια για την άσκηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, μάλιστα αποφεύγει να θέσει ρητή προθεσμία για την άσκηση της αίτησης αναστολής. Βέβαια, λαμβάνοντας υπόψη ότι στο σχέδιο νόμο η αίτηση αναστολής διατηρεί τον αυτοτελή χαρακτήρα της έναντι της αίτησης ακυρώσεως, γεννάται ένας επιπλέον προβληματισμός σχετικά με την προθεσμία για την άσκηση της αίτησης αναστολής, η οποία δέον να καθορίζεται. Τέλος, η διάσταση μεταξύ αίτησης αναστολής και αίτησης ασφαλιστικών μέτρων αντανακλάται και στο εύρος του ελέγχου που ενεργεί ο δικαστής προκειμένου να κάνει δεκτό το εκάστοτε ένδικο βοήθημα καθώς στην περίπτωση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων εξετάζεται η σοβαρή πιθανολόγηση της κριθείσας παράβασης ενώ στην περίπτωση της αίτησης αναστολής το προδήλως βάσιμο της αίτησης ακύρωσης σε συνδυασμό με την ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη.

Είναι προφανές ότι οι ρυθμίσεις του νέου σχεδίου νόμου σχετικά με τη διαφοροποίηση του πλαισίου δικαστικής προστασίας έναντι των αποφάσεων της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, και φυσικά σχετικά με το νέο ρόλο που έρχεται να διαδραματίσει η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών στο πεδίο της εξωδικαστικής επίλυσης των διαφορών από δημόσιες συμβάσεις, όπως και το χαρακτήρα της αρχής ως ανεξάρτητου ή μη οργάνου θα αποτελέσουν το έναυσμα για τη διατύπωση νέων προβληματισμών και τον εμπλουτισμό της νομολογίας των διοικητικών δικαστηρίων από τη θέση σε ισχύ των ρυθμίσεων του νέου σχεδίου νόμου.