

# ΠΑΡΟΧΗ ΕΝΝΟΜΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΚΑΤΑ ΤΗ ΣΥΝΑΨΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (Ν.4412/2016): ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (ΑΕΠΠ)

Αντιγόνη Γιαννουράκου, Στέλεχος του Υπουργείου Οικονομικών

## 1. Η έννομη προστασία κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων σύμφωνα με το Ν. 4412/2016: σύσταση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)

Με το Ν. 4412/2016 «*Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)*»<sup>1</sup> η εθνική έννομη τάξη ενσωματώνει τις διατάξεις α) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26<sup>ης</sup> Φεβρουαρίου 2014<sup>2</sup>, β) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26<sup>ης</sup> Φεβρουαρίου 2014<sup>3</sup> και γ) της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 21<sup>ης</sup> Ιουνίου 1989 και της 92/13/ΕΚ του Συμβουλίου της 25<sup>ης</sup> Φεβρουαρίου 1992, όπως τροποποιήθηκαν με την Οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 11<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2007 και των άρθ. 46 και 47 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ.

Ο Ν. 4412/2016θεσπίζει κανόνες σχετικά με:

- τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης δημοσίων συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι (άρθ. 2 έως 221),
- τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ (άρθ. 2 και 222 έως 338),
- τη διακυβέρνηση, οι οποίοι εφαρμόζονται, σύμφωνα με το Βιβλίο ΙΙΙ (άρθ. 339 έως 344), από τις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς και
- την έννομη προστασία κατά τη σύναψη συμβάσεων που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV (άρθ. 345 έως 374). Οι διατάξεις του Ν. 4412/2016 εφαρμόζονται, με την επιφύλαξη των παρ. 3 έως 7 του άρθ. 1, σε όλες τις συμβάσεις που υπάγονται στα Βιβλία Ι και ΙΙ, ανεξαρτήτως είδους και εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στις επιμέρους διατάξεις του.

Οι διατάξεις του Βιβλίου ΙV εφαρμόζονται στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του παρόντος νόμου, καθώς και τροποποίησης αυτών, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να

<sup>1</sup>ΦΕΚ 147 Α'. Όπου στο παρόν άρθρο γίνεται αναφορά σε επιμέρους διατάξεις χωρίς να αναφέρεται συγκεκριμένος νόμος, νοείται ότι πρόκειται για το Ν. 4412/2016.

<sup>2</sup>Σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (L94), όπως διορθώθηκε (L135/24.5.2016).

<sup>3</sup>Σχετικά με τις προμήθειες φορέων, που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση Οδηγίας 2004/17/ΕΚ.

συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ και ανεξάρτητα από τη φύση τους. Οι διατάξεις αυτές εφαρμόζονται και στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμφωνιών πλαίσιο, συμβάσεων παραχώρησης και δυναμικών συστημάτων αγορών, καθώς των τροποποιήσεων αυτών.<sup>4</sup>

Ως «αναθέτουσες αρχές» νοούνται το κράτος, οι αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου ή οι ενώσεις μιας ή περισσότερων από αυτές τις αρχές ή ενός ή περισσότερων από αυτούς τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου (άρθ. 2 παρ. 1 περ. 1), οι αναθέτουσες αρχές κατά την έννοια του άρθ. 223 και οι αναθέτοντες φορείς κατά την έννοια του άρθ. 224.

Η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) έχει ως έργο την παροχή προστασίας σε κάθε ενδιαφερόμενο κατά την ανάθεση συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών. Ειδικότερα, κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περ. α' και β' της παρ. 1 του άρθ. 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, δικαιούται να προσφεύγει ενώπιον της ΑΕΠΠ, να ζητά προσωρινή προστασία ή ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα.<sup>5</sup> Σχετικά με τον τρόπο λειτουργίας της Αρχής και την ενώπιόν της διαδικασία έχει εκδοθεί το π.δ. 39/2017 «Κανονισμός εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών».<sup>6,7</sup>

Σκοπός των διατάξεων του Τμήματος Ι (Βιβλίο ΙV - Τίτλος 2) είναι η σύσταση ενός ανεξάρτητου και εξειδικευμένου οργάνου με αποκλειστική αρμοδιότητα το διοικητικό έλεγχο των δημοσίων συμβάσεων και την παροχή ταχείας και αποτελεσματικής προστασίας χωρίς να απαιτείται η προηγούμενη άσκηση ενδίκου βοηθήματος. Πρόκειται για μία δυνατότητα η οποία παρέχεται από το ενωσιακό δίκαιο και η οποία αξιοποιείται σε αρκετά κράτη-μέλη Δανία, Εσθονία, Ισπανία, Κροατία, Κύπρος, Μάλτα, Ουγγαρία, Πολωνία, Σλοβακία, Σλοβενία, κτλ).<sup>8</sup>

Η δημιουργία μιας συνεπούς «νομολογίας» από την πλευρά της ΑΕΠΠ αναμένεται να βοηθήσει τις αναθέτουσες αρχές προς την κατεύθυνση της διασφάλισης της νομιμότητας καθώς και της αυξημένης αποτελεσματικότητας των διαδικασιών ανάθεσης (μέσω της αποφυγής πλημμελειών). Η προαγωγή της ασφάλειας δικαίου σε σειρά ζητημάτων κατά τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων είναι σχεδόν βέβαιο ότι θα διευκολύνει τη συμμετοχή των επιχειρήσεων στις διαγωνιστικές διαδικασίες με δεδομένο και το κλίμα εμπιστοσύνης που θα εδραιωθεί σταδιακά στους φορείς του ιδιωτικού τομέα σχετικά με την αδιάβλητη ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων μέσω της αντικειμενικής κρίσης των προσφυγών τους από την ΑΕΠΠ.

<sup>4</sup>Άρθ. 345 παρ. 1 και 2 και άρθ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών».

<sup>5</sup>Άρθ. 346 παρ. 1, 360, 366-368.

<sup>6</sup>Κατ' εξουσιοδότηση του άρθ. 365 παρ. 7 (ΦΕΚ 39 Α').

<sup>7</sup>Βλ. επίσης π.δ. 57/2017 «Οργανισμός της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ 88 Α') το οποί εξέδθη κατ' εξουσιοδότηση του άρθ. 357 παρ. 5.

<sup>8</sup> Βλ. σχετ. και στην αιτιολογική έκθεση του νόμου διαθέσιμη στον ακόλουθο σύνδεσμο: [http://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/2f026f42-950c-4efc-b950-340c4fb76a24/%20d-ergopro-eis-aitiologiki\\_XPress\\_Hamster\\_temp.qxp.pdf](http://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/2f026f42-950c-4efc-b950-340c4fb76a24/%20d-ergopro-eis-aitiologiki_XPress_Hamster_temp.qxp.pdf).

Η επίλυση των διαφορών από την Αρχή, ειδικά κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης σύμβασης, θα δημιουργήσει και μια καλώς εννοούμενη «πίεση» προς την πλευρά των αναθετουσών αρχών οι οποίες γνωρίζοντας την πιθανότητα προσφυγής ενώπιον της Αρχής αφενός θα είναι περισσότερο προσεκτικές σε όλα τα στάδια που προηγούνται της σύναψης και αφετέρου θα μπορούν κι εκείνες με τη σειρά τους να εκφράζουν τις απόψεις τους επί της προσφυγής του ενδιαφερομένου και να υπερασπίζονται τις επιλογές τους στο βαθμό που αν μη τι άλλο τις θεωρούν (ή θα έπρεπε να τις θεωρούν) νόμιμες. Ομοίως η αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ να κηρύσσει μία σύμβαση άκυρη σε ρητώς προβλεπόμενες περιπτώσεις ωθεί τις αναθέτουσες αρχές να δίνουν έμφαση στην τήρηση της νομιμότητας, ιδίως μάλιστα σε ό,τι αφορά την υποχρέωση δημοσίευσης προκήρυξης και την αναστολή σύναψης της σύμβασης που συνεπάγεται η προθεσμία για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής και η άσκηση αυτής.

## **2. Προδικαστική προσφυγή κατά πράξεων που εκδίδονται πριν από τη σύναψη της σύμβασης**

Όπως ήδη αναφέρθηκε, κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του Ν.4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής, κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την προσφυγή ενώπιον των αρμόδιων διοικητικών δικαστηρίων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής.<sup>9</sup>

Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 (του Βιβλίου IV) ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου (και κατ' εξαίρεση του ΣτΕ) κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών.<sup>10</sup>

Κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων επιτρέπεται μόνο η προαναφερθείσα προδικαστική προσφυγή, δεν επιτρέπεται δηλ. η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής.<sup>11</sup> Επίσης, δεν επιτρέπεται η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά απόφασης της ΑΕΠΠ η οποία δέχεται εν όλω ή εν μέρει προσφυγή άλλου προσώπου.<sup>12</sup>

Η προθεσμία για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής διαφοροποιείται ανάλογα με τον τρόπο κοινοποίησης:

(α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή

(β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως,

(γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Όταν πρόκειται για άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής

<sup>9</sup>Άρθ. 360 παρ. 1 και άρθ. 3 παρ. 1 του π.δ. 39/2017.

<sup>10</sup>Άρθ. 360 παρ. 2 και άρθ. 3 παρ. 2 του π.δ. 39/2017.

<sup>11</sup>Άρθ. 360 παρ. 3 και άρθ. 3 παρ. 3 του π.δ. 39/2017.

<sup>12</sup>Άρθ. 362 παρ. 4 και άρθ. 3 παρ. 4 του π.δ. 39/2017.

τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ<sup>13, 14</sup>.

Όταν η προσφυγή στρέφεται κατά παράλειψης, η προθεσμία είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την επομένη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης.<sup>15</sup>

Η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Όταν η διαγωνιστική διαδικασία δεν διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ<sup>16</sup>, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται στην ΑΕΠΠ. Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις απαραίτητες νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που τεκμηριώνουν το αίτημά της. Πλέονπροβλέπεται ότι η προσφυγή υποβάλλεται υποχρεωτικά με τη χρήση τυποποιημένου εντύπου.<sup>17</sup>

Κάθε ενδιαφερόμενος, του οποίου επηρεάζονται τα συμφέροντα, δικαιούται να ασκήσει, εντός αποκλειστικής προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση σε αυτόν της προσφυγής, παρέμβαση ενώπιον της ΑΕΠΠ, για τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, προσκομίζοντας όλα τα κρίσιμα έγγραφα που έχει στη διάθεση του.<sup>18</sup>

Επισημαίνεται ότι άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά απόφασης της ΑΕΠΠδεχόμενη εν όλω ή εν μέρει προσφυγή άλλου προσώπουδεν επιτρέπεται.<sup>19</sup>

Προϋποθέσεις του παραδεκτού της προδικαστικής προσφυγής είναι οι εξής:

- ύπαρξη εννόμου συμφέροντος,
- η κατά χρόνο αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ η οποία διαφοροποιείται ανάλογα με το είδος της δημόσιας σύμβασης,<sup>20</sup>
- η προϋπολογισθείσα αξία να είναι πάνω από 60.000€, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και ανεξαρτήτως της φύσης της σύμβασης (δηλ. εάν πρόκειται για σύμβαση έργου, προμήθειας ή υπηρεσίας)<sup>21</sup>,
- η εμπρόθεσμη κατάθεση<sup>22</sup>,
- η καταβολή του προβλεπόμενου παραβόλου το οποίο ανέρχεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας (προ ΦΠΑ) και το οποίο δεν μπορεί να είναι κάτω από το ποσό των εξακοσίων ευρώ (600€) ούτε πάνω από το ποσό των δεκαπέντε χιλιάδων ευρώ (15.000€). Όταν η διακήρυξη προβλέπειτη δυνατότητα υποβολής προσφοράς για τμήμα ή τμήματα της σύμβασης, το ύψος του παραβόλου υπολογίζεται επί της αξίας του τμήματος ή των τμημάτων της.<sup>23</sup> Η προσκόμιση γραμματίου προείσπραξης δεν αποτελεί προϋπόθεση του παραδεκτού (βλ. σχετ. αποφάσεις ΑΕΠΠ 3/2017 και 14/2017) και

<sup>13</sup>Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) (βλ. σχετ. άρθ. 2 παρ. 1 περ. 34).

<sup>14</sup>Άρθ. 361 παρ. 1 και άρθ. 4 παρ. 1 του π.δ. 39/2017.

<sup>15</sup>Άρθ. 361 παρ. 2 και άρθ. 4 παρ. 2 του π.δ. 39/2017.

<sup>16</sup>Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) (βλ. σχετ. άρθ. 2 παρ. 1 περ. 32)

<sup>17</sup>Άρθ. 362 και άρθ. 8 του π.δ. 39/2017.

<sup>18</sup>Άρθ. 362 παρ. 3 και άρθ. 7 του π.δ. 39/2017.

<sup>19</sup>Άρθ. 362 παρ. 4 και άρθ. 3 παρ. 4 του π.δ. 39/2017.

<sup>20</sup>Άρθ. 379 παρ. 7.

<sup>21</sup>Οι διατάξεις σχετικά με την παροχή έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων εφαρμόζονται και στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμφωνιών πλαίσιο, συμβάσεων παραχώρησης και δυναμικών συστημάτων αγορών, καθώς των τροποποιήσεων αυτών (άρθ. 345 παρ. 2).

<sup>22</sup>Άρθ. 361 και 4 του άρθ. 4 του π.δ. 39/2017.

<sup>23</sup>Άρθ. 363 και άρθ. 5 του π.δ. 39/2017.

- η υποχρεωτική χρήση του τυποποιημένου εντύπου όπως αναφέρθηκε ανωτέρω.<sup>24</sup>

Τόσο η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής όσο και η άσκηση της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση της ΑΕΠΠ μετά από άσκηση προσφυγής. Κατά τα λοιπά, η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, με την επιφύλαξη της λήψης προσωρινών μέτρων.<sup>25</sup>

Σε περίπτωση ηλεκτρονικής κατάθεσης της προδικαστικής προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί την προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο εντός πέντε (5) ημερών και διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ πλήρη φάκελο της υπόθεσης, συμπεριλαμβανομένων των απόψεών της, εντός δέκα (10) ημερών. Όταν η προδικαστική προσφυγή δεν κατατίθεται ηλεκτρονικά αλλά ενώπιον της ΑΕΠΠ, η τελευταία την κοινοποιεί στην αναθέτουσα αρχή καλώντας τη ταυτόχρονα αφενός να κοινοποιήσει εντός πέντε (5) ημερών σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο και αφετέρου να διαβιβάζει πλήρη φάκελο, συμπεριλαμβανομένων των απόψεών της, εντός δέκα (10) ημερών.<sup>26</sup>

Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να λαμβάνουν σοβαρά υπόψη το τεκμήριο ομολογίας για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος το οποίο μπορεί να συνάγει η ΑΕΠΠ σε περίπτωση μη αποστολής του φακέλου ή σε περίπτωση αποστολής στοιχείων τα οποία, κατά την κρίση της ΑΕΠΠ, είναι ελλιπή και δεν επαρκούν για τον έλεγχο του βάσιμου των προβαλλόμενων αιτιάσεων. Όταν η ουσιαστική παροχή προδικαστικής προστασίας καθίσταται ιδιαίτερος δυσχερής λόγω μη αποστολής ή λόγω αδικαιολόγητης μη έγκαιρης αποστολής των απαιτούμενων στοιχείων, η ΑΕΠΠ μπορεί να επιβάλει στην αναθέτουσα αρχή πρόστιμο από εκατό (100) ευρώ έως πεντακόσια (500) ευρώ.<sup>27</sup>

Η ΑΕΠΠ εκδίδει την απόφασή της επί της προσφυγής μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την εξέταση της προσφυγής<sup>28</sup>. Όταν με την απόφασή της δέχεται εν όλω ή εν μέρει την προσφυγή κατά πράξης, η προσβαλλομένη ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς. Όταν με την απόφασή της δέχεται προσφυγή κατά παράλειψης, η προσβαλλομένη ακυρώνεται και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου να προβεί η τελευταία σε όλες τις νόμιμες ενέργειες.<sup>29</sup> Οι αποφάσεις της είναι υποχρεωτικές για τις αναθέτουσες αρχές και προσβάλλονται μόνο με αίτηση ακύρωσης ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου (της έδρας της αναθέτουσας αρχής) και κατ' εξαίρεση ενώπιον του ΣτΕ.<sup>30</sup>

Προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας προβλέπεται η αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή και αυτεπαγγέλτως, να εκδίδει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίζει τα κατάλληλα μέτρα μέχρι την έκδοση της απόφασής της επί της προσφυγής (και σε κάθε περίπτωση όχι μετά το πέρας της προαναφερθείσας εικοσαήμερης προθεσμίας).<sup>31</sup>

<sup>24</sup>Άρθ. 362 παρ. 2 και άρθ. 8 παρ. 2 του π.δ. 39/2017.

<sup>25</sup>Άρθ. 364 και 366 και άρθ. 6 και 15 του π.δ. 39/2017.

<sup>26</sup>Άρθ. 362 παρ. 1 και 365 παρ. 1 και 9 του π.δ. 39/2017.

<sup>27</sup>Άρθ. 365 παρ. 2 και 3 και 14 του π.δ. 39/2017. Παρόμοια η διάταξη του άρθ. 129 παρ. 1-3 ΚΔΔ/μίας σύμφωνα με την οποία το Δικαστήριο καταλογίζει πρόστιμο εκατό έως πεντακόσια ευρώ σε περίπτωση παράλειψης ή εκπρόθεσμης διαβίβασης του διοικητικού φακέλου

<sup>28</sup>Άρθ. 367 παρ. 1 και άρθ. 18 παρ. 3 του π.δ. 39/2017.

<sup>29</sup>Άρθ. 367 παρ. 2.

<sup>30</sup>Άρθ. 367 παρ. 3-4 και άρθ. 18 παρ. 5-6 του π.δ. 39/2017.

<sup>31</sup>Άρθ. 366 παρ. 1.

Στόχος των προσωρινών μέτρων, συμπεριλαμβανομένων εκείνων που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης της αναθέτουσας αρχής, είναι η επανόρθωση εικαζόμενης παράβασης ή η αποτροπή ζημίας των θιγόμενων συμφερόντων. Η ΑΕΠΠ έχει τη δυνατότητα να αποφασίσει, σταθμίζοντας όλα τα συμφέροντα που ενδέχεται να ζημιωθούν, τη μη χορήγηση προσωρινών μέτρων στις περιπτώσεις εκείνες στις οποίες καταλήγει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.<sup>32</sup>

### 3. Προδικαστική προσφυγή για την κήρυξη ακυρότητας της σύμβασης

Εκτός από την προδικαστική προσφυγή κατά πράξεων που εκδίδονται πριν από τη σύναψη της σύμβασης, προβλέπεται και η άσκηση προδικαστικής προσφυγής ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα για την κήρυξη ακυρότητας της σύμβασης. Προβλέπεται ρητώς ότι τα άρθ. 360 (δικαίωμα άσκησης προσφυγής), 362 (άσκηση προσφυγής-παρέμβασης), 363 (παράβολο) και 365 (διαδικασία εξέτασης προσφυγής) εφαρμόζονται αναλογικά.<sup>33</sup>

Η ΑΕΠΠ αποφασίζει να κηρύξει την ακυρότητα συναφθείσας σύμβασης, εάν διαπιστώσει ότι: i) η αναθέτουσα αρχή έχει αναθέσει τη σύμβαση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, στις περιπτώσεις που αυτή απαιτείται, ii) δεν τηρήθηκε η υποχρέωση αναστολής της σύναψης σύμφωνα με το άρθ. 364 (περί ανασταλτικού αποτελέσματος) και iii) η αναθέτουσα αρχή παραβίασε συγκεκριμένες ρητώς προβλεπόμενες υποχρεώσεις σε περίπτωση σύναψης συμφωνίας - πλαίσιο και εφαρμογής δυναμικού συστήματος αγορών.<sup>34</sup>

Κατ' εξαίρεση, η ΑΕΠΠ μπορεί να μην κηρύξει την ακυρότητα παρανόμως ανατεθείσας σύμβασης εάν κρίνει ότι επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη διατήρηση των αποτελεσμάτων της. Οικονομικά συμφέροντα - άμεσα συνδεόμενα με τη σύμβαση (πχ έξοδα λόγω καθυστέρησης στην εκτέλεση της σύμβασης, έξοδα λόγω έναρξης νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, κτλ) - δεν συνιστούν επιτακτικό λόγο δημοσίου συμφέροντος εκτός εάν η ακυρότητα λόγω εξαιρετικών περιστάσεων θα οδηγούσε σε δυσανάλογες συνέπειες.<sup>35</sup> Εάν η ΑΕΠΠ δεχθεί ότι συντρέχουν οι προαναφερθέντες επιτακτικοί λόγοι, επιβάλλει (κατά δέσμια αρμοδιότητα) πρόστιμο στην αναθέτουσα αρχή. Η διακριτική ευχέρεια της Αρχής έγκειται στον καθορισμό του ποσού του προστίμου - το οποίο δεν μπορεί να υπερβαίνει το 10% της αξίας της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ - λαμβάνοντας υπόψη τη σοβαρότητα της παράβασης, τη συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής και τη διάρκεια της σύμβασης.<sup>36</sup>

Η προσφυγή ασκείται εντός τριάντα (30) ημερών από την επομένη της δημοσίευσης της απόφασης (σύμφωνα με τα άρθ. 64, 65, 66, 122 ή 294, 295, 296 κατά περίπτωση) εφόσον στη δημοσίευση περιλαμβάνεται αιτιολογία για τη σύναψη της σύμβασης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης ή από την επομένη της ενημέρωσης των ενδιαφερομένων με άλλον τρόπο. Η προσφυγή δεν μπορεί σε καμιά περίπτωση

<sup>32</sup>Άρθ. 366 και άρθ. 15 του π.δ. 39/2017.

<sup>33</sup>Άρθ. 369 παρ. 1 και άρθ. 21 παρ. 1 του π.δ. 39/2017.

<sup>34</sup>Άρθ. 368 και άρθ. 20 του π.δ. 39/2017.

<sup>35</sup>Άρθ. 370 παρ.2 και άρθ. 22 παρ. 2 του π.δ. 39/2017.

<sup>36</sup>Άρθ. 370 παρ. 3 και 22 παρ. 3 του π.δ. 39/2017.

να ασκηθεί μετά την πάροδο έξι (6) μηνών από την επομένη της σύναψης της σύμβασης.<sup>37</sup>

Η κατάθεση της προσφυγής αναστέλλει την εκτέλεση της σύμβασης έως την έκδοση απόφασης ΑΕΠΠ, εκτός εάν γίνει δεκτό αίτημα προσωρινής προστασίας της αναθέτουσας αρχής που ασκείται κατ' ανάλογη εφαρμογή του άρθ. 366σχετικά με τη λήψη προσωρινών μέτρων. Στην προκείμενη περίπτωση, δεν προβλέπεται αναστολή εκτέλεσης της σύμβασης αυτεπαγγέλτως από την Αρχή (όπως προβλέπεται στην πράξη αναστολής εκτέλεσης της παρ. 1 του άρθ. 366).<sup>38</sup>

Η διαδικασία προσφυγής για την κήρυξη ακυρότητας σύμβασης δεν εφαρμόζεται σε περίπτωση i) σύναψης συμφωνίας πλαισίου και εφαρμογής δυναμικού συστήματος αγορών, όταν παραβιάζονται ρητώς προβλεπόμενες υποχρεώσεις, με την προϋπόθεση της αποστολής της απόφασης ανάθεσης από την αναθέτουσα αρχή (με συνοπτική έκθεση των λόγων της παρ. 2 του άρθ. 70 ή της παρ. 2 του άρθ. 300 αντίστοιχα) στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες, αναφέροντας τις προθεσμίες αναστολής σύναψης της σύμβασης και δεκαήμερης τουλάχιστον προθεσμίας αναστολής της σύναψης, από την επομένη της αποδεδειγμένης παραλαβής της απόφασης από τους ενδιαφερόμενους προσφέροντες,<sup>39</sup> ii) δημοσίευσης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης προκήρυξης(βάσει της παρ. 6 του άρθ. 65 ή της παρ. 5 του άρθ. 295) με την οποία γνωστοποιείται η πρόθεση της αναθέτουσας αρχής να αναθέσει τη σύμβαση και δεκαήμερης τουλάχιστον προθεσμίας αναστολής της σύναψης<sup>40</sup> και iii) σύναψης συμφωνίας πλαισίου και εφαρμογής δυναμικού συστήματος αγορών όταν παραβιάζονται οι υποχρεώσεις των άρθ. 39 και 33 με την προϋπόθεση της αποστολής της απόφασης ανάθεσης από την αναθέτουσα αρχή (με συνοπτική έκθεση των λόγων της παρ. 2 του άρθρου 70) στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες, αναφέροντας τις προθεσμίες αναστολής σύναψης της σύμβασης και δεκαήμερης τουλάχιστον προθεσμίας αναστολής της σύναψης, από την επομένη της αποδεδειγμένης παραλαβής της απόφασης από τους ενδιαφερόμενους προσφέροντες.<sup>41</sup>Ειδικά για τις δύο τελευταίες περιπτώσεις προβλέπεται αναδρομική ισχύς από την 26<sup>η</sup> Ιουνίου 2017.<sup>42</sup>

Η ακυρότητα έχει αναδρομική ισχύ<sup>43</sup> εκτός εάν η ΑΕΠΠ, λαμβάνοντας υπόψη το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, τη σοβαρότητα της παράβασης και τη συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής, αποφασίσει να κηρύξει την ακυρότητα μόνο του ανεκτέλεστου τμήματος της σύμβασης. Όσα αναφέρθηκαν ακριβώς ανωτέρω σχετικά με την επιβολή προστίμου στην αναθέτουσα αρχή ισχύουν και για αυτή την περίπτωση.<sup>44</sup>

Οι αξιώσεις των μερών διέπονται από τις διατάξεις περί αδικαιολόγητου πλουτισμού και οι σχετικές διαφορές εκδικάζονται από το αρμόδιο δικαστήριο, σύμφωνα με τις γενικές διατάξεις. Δεν γεννάται έναντι της Διοίκησης αξίωση κατά τις διατάξεις περί αδικαιολόγητου πλουτισμού ή η εν λόγω αξίωση ικανοποιείται

<sup>37</sup>Άρθ. 369 παρ. 2 και άρθ. 21 παρ. 3 του π.δ. 39/2017.

<sup>38</sup>Άρθ. 369 παρ. 4 και άρθ. 21 παρ. 4 του π.δ. 39/2017.

<sup>39</sup>Άρθ. 369 παρ. 3 και άρθ. 21 παρ. 3 του π.δ. 39/2017.

<sup>40</sup>Άρθ. 369 παρ. 5 περ. α'.

<sup>41</sup>Άρθ. 369 παρ. 5 περ. β'.

<sup>42</sup>Άρθ. 369 παρ. 5 τελευτ. εδάφιο.

<sup>43</sup>Άρθ. 371 παρ. 1 και άρθ. 23 παρ. 1εδ. α' του π.δ. 39/2017.

<sup>44</sup>Άρθ. 371 παρ. 2 και άρθ. 23 παρ. 2 του π.δ. 39/2017.

μόνο εν μέρει όταν ο ανάδοχος γνώριζε ή όφειλε να γνωρίζει την ακυρότητα της σύμβασης.<sup>45</sup>

4. Δικαστική προστασία στο στάδιο που προηγείται της σύναψης της σύμβασης

Όποιος έχει έννομο συμφέρον μπορεί να ζητήσει την αναστολή της εκτέλεσης της απόφασης της ΑΕΠΠ και την ακύρωση της ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου της έδρας της αναθέτουσας αρχής. Δικαίωμα άσκησης αίτησης αναστολής και αίτησης ακύρωσης έχει και η αναθέτουσα αρχή αν η ΑΕΠΠ κάνει δεκτή την προδικαστική προσφυγή. Με την επιφύλαξη των διατάξεων του Ν.4412/2016, για την εκδίκαση των διαφορών αυτών εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις του π.δ. 18/1989.<sup>46</sup>

Κατ' εξαίρεση από τη γενική αρμοδιότητα του Διοικητικού Εφετείου, διαφορές οι οποίες προκύπτουν i) κατά την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης έργων ή υπηρεσιών, ii) κατά την ανάθεση δημόσιων συμβάσεων οι οποίες υλοποιούνται ως Συμπράξεις Δημόσιου-Ιδιωτικού Τομέα, iii) κατά την ανάθεση δημόσιων συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ και iv) από την ανάθεση δημόσιων συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ με προϋπολογισμό μεγαλύτερο των δεκαπέντε εκατομμυρίων (15.000.000) ευρώ, περιλαμβανομένου του ΦΠΑ, εκδικάζονται από το Συμβούλιο της Επικρατείας.<sup>47</sup>

Η άσκηση της αίτησης αναστολής δεν εξαρτάται από την προηγούμενη άσκηση της αίτησης ακύρωσης. Κατατίθεται στο αρμόδιο δικαστήριο εντός δέκα (10) ημερών από την έκδοση της απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής και συζητείται το αργότερο εντός τριάντα (30) ημερών από την κατάθεσή της. Η κατάθεση της αίτησης αναστολής συνεπάγεται τη διακοπή της προθεσμίας για την άσκηση της αίτησης ακύρωσης η οποία αρχίζει από την επίδοση της σχετικής απόφασης. Ο διάδικος που πέτυχε αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης οφείλει, εντός δέκα (10) ημερών από την επίδοση αυτής της απόφασης, να ασκήσει την αίτηση ακύρωσης, διαφορετικά αίρεται αυτοδικαίως η ισχύς της αναστολής. Η δικάσιμος για την εκδίκαση της αίτησης ακύρωσης δεν πρέπει να απέχει πέραν του τριμήνου από την κατάθεση του δικογράφου.<sup>48</sup>

Η αίτηση αναστολής γίνεται δεκτή εφόσον πιθανολογείται σοβαρά η παράβαση κανόνα του ενωσιακού ή του εθνικού δικαίου και η αναστολή είναι αναγκαία για να αρθούν τα δυσμενή από την παράβαση αποτελέσματα ή να αποτραπεί η ζημία των συμφερόντων του αιτούντος. Ωστόσο, η αίτηση μπορεί να απορριφθεί εάν, από τη στάθμιση της βλάβης του αιτούντος, των συμφερόντων τρίτων και επιτακτικών λόγων γενικού δημοσίου συμφέροντος, κρίνεται ότι οι αρνητικές συνέπειες από την αποδοχή θα είναι σοβαρότερες από την ωφέλεια του αιτούντος. Η απόφαση επί της αναστολής εκδίδεται εντός είκοσι (20) ημερών από την εκδίκαση της αίτησης. Η άσκηση αίτησης αναστολής κωλύει τη σύναψη της σύμβασης, εκτός εάν με την προσωρινή διαταγή ο αρμόδιος δικαστής αποφανθεί διαφορετικά.<sup>49</sup>

Εάν η αίτηση αναστολής γίνει δεκτή, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να συμμορφωθεί προς το διατακτικό ή και το εν γένει περιεχόμενο της απόφασης και να ανακαλέσει ή να τροποποιήσει κατάλληλα την πράξη που προκάλεσε τη διαφορά. Στην περίπτωση αυτή, για το κύριο ένδικο βοήθημα που ασκήθηκε, εφαρμόζεται αναλόγως η παρ. 2 του άρθ. 32 του π.δ. 18/1989 (κατάργηση δίκης). Η τελευταία

<sup>45</sup>Άρθ. 371 παρ. 1 και άρθ. 23 παρ. 1 εδ. α' και β' του π.δ. 39/2017.

<sup>46</sup>Άρθ. 372 παρ. 1.

<sup>47</sup>Άρθ. 372 παρ. 3.

<sup>48</sup>Άρθ. 372 παρ. 4.εδ. α', β', η', θ' και ι'.

<sup>49</sup>Άρθ. 372 παρ. 4 εδ. ια' έως ιστ'.



αυτή διάταξη εφαρμόζεται αναλόγως και στην περίπτωση της μη άσκησης ή της ανεπιτυχούς άσκησης αίτησης αναστολής. Αν το δικαστήριο ακυρώσει πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής μετά τη σύναψη της σχετικής σύμβασης, η τελευταία δεν θίγεται, εκτός αν πριν από τη σύναψη αυτής είχε ανασταλεί η διαδικασία σύναψης της σύμβασης με απόφαση της ΑΕΠΠ ή με απόφαση επί αίτησης αναστολής ή με προσωρινή διαταγή. Στην περίπτωση αυτή, ο ενδιαφερόμενος δικαιούται να αξιώσει αποζημίωση<sup>50</sup>.

#### 4. Μια ματιά στις 100 πρώτες αποφάσεις της ΑΕΠΠ

Μελετώντας τις 100 πρώτες αποφάσεις της ΑΕΠΠ<sup>51</sup> παρατηρούμε ότι η Αρχή προσπαθεί πράγματι να δημιουργήσει μια συμπαγή «νομολογία» σε σειρά ζητημάτων που απασχολούν τόσο τις αναθέτουσες αρχές όσο και τις επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων. Σταδιακά έχει επίσης την ευκαιρία να εξειδικεύσει το ρόλο της και να οριοθετήσει τις αρμοδιότητές της. Στη συνέχεια παρουσιάζονται ορισμένα πρώτα συμπεράσματα από τις έως σήμερα εκδοθείσες αποφάσεις:

- Η καθ' ύλην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ κρίνεται βάσει της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της διακήρυξης ακόμα και αν η προσφυγή αφορά αποκλειστικά τμήμα με αυτοτελή εκτιμώμενη αξία κάτω των ορίων αρμοδιότητάς μόνο κρίσιμο στοιχείο περί την οποία, σύμφωνα και με τα άρθ. 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 1 εδ. α' του π.δ. 39/2017, είναι η εκτιμώμενη αξία του συνολικού αντικειμένου της εν όλω διαδικασίας ανάθεσης, άρα της διακήρυξης, ασχέτως αν αυτό εν τέλει πραγματοποιηθεί με μία ή περισσότερες συμβάσεις (ζήτημα μελλοντικό και αβέβαιο) και ειδικότερης εκτιμώμενης αξίας εκάστου τμήματος αυτής. Τούτο, δεδομένου εξάλλου ότι η «διαδικασία» κατά τον όρο των ως άνω διατάξεων, παραμένει μία, αδιάσπαστη και ενιαία ακόμη και αν αναλύεται σε επιμέρους τμήματα/ομάδες (βλ. απόφαση ΑΕΠΠ 17/2017 σκ. 2)
- Η αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, ως διοικητικής αρχής, εξαντλείται στις πράξεις και παραλείψεις στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (σύμφωνα με τα άρθ. 345-346 και 360) και δεν εκτείνεται σε δυνατότητα ακύρωσης, αδρανοποίησης, ευθέως ή παρεμπίπτοντος ελέγχου πράξεων προερχομένων από διοικητικές αρχές άσχετες με τη διαγωνιστική διαδικασία και την αναθέτουσα. Κατά συνέπεια, η ΑΕΠΠ δεσμεύεται από τις πράξεις των λοιπών - εκτός διαγωνιστικής διαδικασίας - αρχών με την προϋπόθεση βεβαίως πως οι πράξεις δεν έχουν ανακληθεί διοικητικώς ούτε έχουν ακυρωθεί δικαστικώς (βλ. απόφαση ΑΕΠΠ 14/2017 σκ. 11-12).
- Το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, προσωπικό και ενεστώδες. Όταν ο προσφεύγων δεν συμμετέχει στη διαγωνιστική διαδικασία θα πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης ο οποίος παραβιάζει, κατά την άποψη του, τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του αναδόχου κριτήρια σε βαθμό που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιαστικά δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό. Ως βλάβη δεν νοείται η απλή επίκληση παρανομίας, κατά τρόπο γενικό και αόριστο, αλλά τα πραγματικά εκείνα περιστατικά, συγκεκριμένα και επαρκώς εξειδικευμένα τα οποία

<sup>50</sup>Άρθ. 372 παρ. 5-7 και άρθ. 373.

<sup>51</sup>Για την ακρίβεια 112 έως τις 8/11/2017.

αφορούν τη νομική ή/και πραγματική κατάσταση του προσφεύγοντος και τα οποία είτε αποκλείουν/καθιστούν υπερβολικά δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό είτε προδιαγράφουν άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (βλ. αποφάσεις ΑΕΠΠ 2/2017σκ. 12-14, 6/2017 σκ. 5-6, 12/2017, 12/2017 σκ. 7-8, 13/2017 σκ. 9, 14/2017 σκ. 3-4). Επίσης, διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό δεν έχει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζομένου στο ίδιο ή και σε μεταγενέστερο στάδιο δεδομένου ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος (βλ. απόφαση ΑΕΠΠ 96/2017 σκ. 5).

- Ως προς το ζήτημα της υποχρεωτικής χρήσης του τυποποιημένου εντύπου έχουν εκδοθεί αποφάσεις με αντιφατικό περιεχόμενο (βλ. αποφάσεις ΑΕΠΠ 21/2017 σκ. 3 σύμφωνα με την οποία η προσφυγή «δεν ασκήθηκε μεν με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου ..... πλην, όμως, τα απαιτούμενα από το κατά Νόμο στοιχεία αυτής προκύπτουν με σαφήνεια από το κατατεθειμένο δικόγραφο και τη διάρθρωση αυτού κι, επιπλέον, δεν πλήττεται με τη χρήση του συγκεκριμένου δικογράφου ο δικαιολογητικός σκοπός της ανωτέρω διάταξης που είναι η επιτάχυνση της διαδικασίας», 58/2017 η οποία απορρίπτει προσφυγή ως απαράδεκτη λόγω μη χρήσης του τυποποιημένου εντύπου, 73/2017 η οποία θεωρεί ότι η προσφυγή έχει ασκηθεί παραδεκτως αν και δεν χρησιμοποιήθηκε το τυποποιημένο έντυπο χωρίς ειδικότερο σχολιασμό).
- Το ελάχιστο παράβολο των εξακοσίων (600) ευρώ (άρθ. 363 παρ. 1 εδ. β') ισχύει και όταν η προσφυγή αφορά τμήμα της διακήρυξης (βλ. απόφαση ΑΕΠΠ 17/2017 σκ. 1),
- Η διακήρυξη του διαγωνισμού, ως κανονιστική πράξη, 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 με πολύ ενδιαφέροντα προσέγγιση στις συνέπειες της αυτοδέσμευσης της Διοίκησης, 114/2017 σκ. 12).
- Όροι με τη διατύπωση «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλη παρόμοια, θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της. Το ίδιο αφορά προφανώς και τη συνδρομή τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίες προβλέπονται σε κάθε περίπτωση από τη διακήρυξη. Περαιτέρω, γίνεται δεκτό ότι οι τεχνικές προδιαγραφές που τίθενται ως όροι επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, όπως και τα οικεία δικαιολογητικά, πρέπει να συντρέχουν κατά τον χρόνο περαίωσης της διαδικασίας παραλαβής προσφορών και η διάγνωση της κατά τον χρόνο εκείνο ελλείψεώς τους συνεπάγεται δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη προσφορά. Η

αντιμετώπιση των ανωτέρω ζητημάτων συνδέεται με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας (βλ. αποφάσεις ΑΕΠΠ 17/2017 σκ. 5, 66/2017 σκ. 11, 73/2017 σκ. 13 και 31, 114/2017 σκ. με αναφορά και σε μη απαιτούμενα από τη διακήρυξη δικαιολογητικά).

- Η αναθέτουσα αρχή είναι κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές με βάση τις ανάγκες και τη σκοπιμότητα χρήσης. Η θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που η αναθέτουσα κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαστικά δυσχερή την συμμετοχή σε αυτόν κάποιων διαγωνιζομένων των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο εκείνων που μπορούν να συμμετάσχουν. Οι τεχνικές προδιαγραφές ελέγχονται ωστόσο προς την τήρηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας [βλ. αποφάσεις ΑΕΠΠ 7/2017 σκ. 13, 13/2017 σκ. 11, 21/2017 σκ. 20, 53/2017 σκ. 17 με ενδιαφέρουσα επισήμανση ότι απαντήσεις που έχουν δοθεί ως διευκρίνιση όρων της διακήρυξης και δεν έχουν προσβληθεί από τους διαγωνιζόμενους με προδικαστική προσφυγή (και, σε περίπτωση απόρριψής της, με αίτηση ασφαλιστικών μέτρων) εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακήρυξης, 26/2017 σκ. 27, 40/2017 σκ. 11, 44/2017 σκ. 17, 60/2017 σκ. 11, 80/2017 σκ. 12 με όμοια επισήμανση σχετικά με δοθείσες απαντήσεις].
- Οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και να μην μειώνουν αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό ακόμη και όταν η υπό εξέταση σύμβαση εκφεύγει του πεδίου εφαρμογής των σχετικών οδηγιών διότι το ποσό υπολείπεται του κατώτατου ορίου (βλ. απόφαση ΑΕΠΠ 14/2017 σκ. 14 με παράθεση νομολογίας του ΔΕΕ).
- Η αναθέτουσα αρχή δύναται να καθορίζει κριτήρια ποιοτικής επιλογής των διαγωνιζομένων τα οποία μπορεί να περιλαμβάνουν απαιτήσεις σχετικά με τις τεχνικές ικανότητες των οικονομικών φορέων. Τα ειδικότερα κριτήρια που τίθενται πρέπει να είναι αντικειμενικά, ήτοι να αφορούν εξίσου όλους τους ενδιαφερομένους, να δικαιολογούνται από αντικειμενικούς λόγους και να είναι διατυπωμένα κατά τρόπο ώστε να εξυπηρετούν τον σκοπό για τον οποίο τέθηκαν. Ως εκ τούτου, οι σχετικοί περιορισμοί πρέπει να είναι πρόσφοροι για την υλοποίηση του σκοπού που επιδιώκουν και να μην υπερβαίνουν το αναγκαίο για την επίτευξη του σκοπού μέτρο, αφού διαφορετικά παρεμποδίζεται δυσανάλογα το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, που εντάσσεται στους επιδιωκόμενους από τους κοινοτικούς κανόνες σκοπούς (βλ. απόφαση ΑΕΠΠ 18/2017 σκ. 5 με παράθεση νομολογίας του ΔΕΕ).
- Ακύρωση μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών ή τα κριτήρια υπολογισμού της πλέον συμφέρουσας προσφοράς οδηγεί σε ακύρωση της διακήρυξης στο σύνολό της βάσει των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας (βλ. αποφάσεις ΑΕΠΠ 21/2017 σκ. 25, 22/2017 σκ. 28).

- Η ΑΕΠΠ ορίζει τα μέτρα εκείνα που θεωρεί, κατά την κρίση της, κατάλληλα να επανορθώσουν εικαζόμενη παράβαση ή να αποτρέψουν τη ζημία των θιγόμενων συμφερόντων χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το αίτημα της προσφυγής. Κατά τη διαμόρφωση της κρίσης της η Αρχή δεν λαμβάνει υπόψη μόνο την τυχόν επαπειλούμενη βλάβη του προσφεύγοντος αλλά τη συνεκτιμά ως προς τα συμφέροντα οποιουδήποτε τρίτου (συμπεριλαμβανομένων των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής), του κύκλου των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαδικασία ή ενδιαφερομένων προς συμμετοχή, όπως και του εν ευρεία εννοία δημοσίου συμφέροντος, ενώ παράλληλα αντιπαραβάλλει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη με τις επιπτώσεις από τη λήψη των προσωρινών μέτρων. Το αντικείμενο της πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων όπως και το κριτήριο χορήγησής τους δεν εξαντλούνται στην παράβαση κανόνα (ενωσιακού ή εθνικού δικαίου) ή την ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη του προσφεύγοντος αλλά περιλαμβάνουν και τον εντοπισμό μίας απτής και σημαντικής αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκόμενων (βλ. αποφάσεις ΑΕΠΠ 3/2017 ιδίως σκ. 2 και 3 όπου και αναλύονται τα τέσσερα στάδια στα οποία διαρθρώνεται η εξέταση από την Αρχή σχετικά με τη λήψη προσωρινών μέτρων, 6/2017 σκ. 6, 12/2017 σκ. 9, 8/2017 σκ. 10, 16/2017 σκ. 2, 19/2017 σκ. 2).
- Η απόφαση λήψης προσωρινών μέτρων δεν θα πρέπει να δημιουργεί ανεπανόρθωτες ή δύσκολα αναστρέψιμες καταστάσεις και για το λόγο αυτό δεν μπορεί να οδηγεί σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος. Σκοπός των προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η έως τότε ρύθμιση μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας (βλ. αποφάσεις ΑΕΠΠ 4/2017, 15/2017 σκ. 5, 33/2017 σκ. 5, Α11/2017 σκ. 6).
- Η πιθανολόγηση παράβασης κανόνα δικαίου, η οποία αποτελεί απαραίτητη προϋπόθεση για την αποδοχή αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, αφορά αποκλειστικά το βαθμό δικανικής πεποιθήσης (ως προς την παράβαση) και όχι τη διαβάθμιση αυτής, δηλ. τη διάκριση σε ουσιώδεις και μη παραβάσεις (βλ. απόφαση ΑΕΠΠ 13/2017 σκ. 13).
- Η διασφάλιση της πλήρους εφαρμογής των οδηγιών δεν εξαντλείται στην ενσωμάτωση του ενωσιακού δικαίου στο εσωτερικό δίκαιο με κανονιστικές πράξεις (ιδίως προεδρικά διατάγματα, υπουργικές αποφάσεις και εγκυκλίους) αλλά περιλαμβάνει και την υποχρέωση του κράτους να δημιουργεί σαφές νομικό πλαίσιο στο συγκεκριμένο τομέα το οποίο με τη σειρά του δημιουργεί μια αρκούντως σαφή, ακριβή και διάφανη κατάσταση η οποία επιτρέπει στους ιδιώτες ασκούν αποτελεσματικά τα δικαιώματά τους (βλ. απόφαση ΑΕΠΠ 13/2017 ιδίως σκ. 12 με παράθεση νομολογίας και ως προς την υπεροχή του ενωσιακού δικαίου ακόμη και σε σχέση συνταγματικού επιπέδου).
- Η προσκομιδή στο φάκελο της προσφοράς των οριζόμενων δικαιολογητικών πρέπει να πραγματοποιείται με τον περιγραφόμενο σε αυτή τρόπο σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας η οποία διέπει τη συμπλήρωση των εντύπων και τον τρόπο σύνταξης των προσφορών στο πλαίσιο των διαδικασιών διενέργειας δημόσιων διαγωνισμών και η οποία αποσκοπεί στην ύπαρξη διαφάνειας, την αποφυγή του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και την

ανάγκη ευχερούς σύγκρισής τους (βλ. απόφαση ΑΕΠΠ 88/2017 σκ. 19, 26 και 31).

- Ένας οικονομικός φορέας δεν μπορεί να αποκλεισθεί από διαδικασία αναθέσεως δημόσιας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών επειδή δεν πληροί αφ' εαυτού τις ελάχιστες απαιτούμενες τεχνικές και επαγγελματικές προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του αλλά προτίθεται να χρησιμοποιήσει τις ικανότητες και δεξιότητες τρίτων και οι οποίοι τις διαθέτουν και στους οποίους θα προσφύγει εάν του ανατεθεί η σύμβαση. Στην περίπτωση αυτή πρέπει να αποδείξει στην αναθέτουσα αρχή ότι πράγματι βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των φορέων που πρόκειται να χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της σύμβασης. Όταν όρος της διακήρυξης απαιτεί οικονομικοί φορείς, οι οποίοι στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, να συμμετάσχουν με υποβολή προσφοράς ως ενώσεις προσώπων ή κοινοπραξίες, παραβιάζεται ευθέως η ενωσιακή και εθνική νομοθεσία σχετικά με τη «δάνεια εμπειρία». Μια τέτοια πρόβλεψη καταδεικνύει προφανή σύγχυση μεταξύ του σταδίου ελέγχου καταλληλότητας του υποψηφίου με εκείνο της εκτέλεσης της σύμβασης τα οποία όμως αποτελούν αυτοτελείς διαδικασίες και διέπονται από διαφορετικούς κανόνες (βλ. απόφαση ΑΕΠΠ 21/2017 σκ. 16-19 με παράθεση νομολογίας ΔΕΕ και ΕΣ).
- Ευχέρεια κράτους στο πλαίσιο νομοθετικών διατάξεων (ή κανονιστικών πράξεων ή συμβάσεων εργασίας) να αυτό-οργανώνει την παροχή υπηρεσιών που το αφορούν και με άλλα μέσα εκτός από τις δημόσιες συμβάσεις. Δεν υφίσταται δηλ. υποχρέωση για την παροχή υπηρεσιών από το κράτος μέσω εξωτερικών φορέων (εργολάβων) (βλ. αποφάσεις ΑΕΠΠ 67/2017 σκ. 3, 79/2017 σκ. 1).

## 5. Συμπέρασμα

Τα πρώτα δείγματα γραφής είναι σαφώς θετικά αλλά πρέπει να έχουμε κατά νου ότι πρόκειται για αποφάσεις οι οποίες εκδόθηκαν μέσα σε πολύ σύντομο χρονικό διάστημα. Οι κρίσεις που διατυπώνονται είναι στην πλειοψηφία τους τεκμηριωμένες με στοχευμένες αναφορές στη νομολογία του ΔΕΕ καθώς και των εθνικών δικαστηρίων. Διαφαίνεται επίσης ομοιόμορφη αντιμετώπιση καίριων ζητημάτων, όπως ενδεικτικά η διαπίστωση εννόμου συμφέροντος, οι προϋποθέσεις διαμόρφωσης από τις αναθέτουσες αρχές των όρων της διακήρυξης/τεχνικών προδιαγραφών/κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, ο χαρακτήρας του όρου «κατάλληλα μέτρα», η εξειδίκευση των αρχών της ισότιμης μεταχείρισης, της τυπικότητας και της διαφάνειας και οι συνέπειες της λήψης προσωρινών μέτρων. Ωστόσο, θα είναι ενδιαφέρον να παρακολουθήσουμε την εξέλιξη αυτής της «νομολογίας» δίδως μάλιστα σε σχέση με την αντιμετώπιση των αποφάσεων της Αρχής από τα Διοικητικά Δικαστήρια.