

# Η ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΠΡΟΣΦΥΓΗ ΕΝΩΠΙΟΝ ΤΗΣ ΑΡΧΗΣ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Ν. 4412/2016)

**Στυλιανός Δ. Μαυρίδης**, Μεταδιδάκτορας Ερευνητής Νομικής ΑΠΘ, Δικηγόρος παρ' Αρείω Πάγω, τ. μέλος ΑΕΠΠ

## 1. Εισαγωγικές Παρατηρήσεις

Από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 20 παρ. 1 και 95 του Συντάγματος, οι οποίες κατοχυρώνουν αντιστοίχως το δικαίωμα παροχής εννόμου προστασίας και το ένδικο βοήθημα της αίτησης ακύρωσης<sup>1</sup>, συνάγεται ότι ο κοινός νομοθέτης υποχρεούται να εξασφαλίζει την παροχή έννομης προστασίας έναντι των εκτελεστών πράξεων των διοικητικών αρχών. Η προστασία αυτή, κατά την έννοια των ως άνω διατάξεων, δεν αφορά μόνο στην οριστική επίλυση της ενδίκου διαφοράς, δηλαδή στην έκδοση οριστικής απόφασης επί του κυρίου ενδίκου βοηθήματος, αλλά περιλαμβάνει και την προσωρινή δικαστική προστασία<sup>2</sup>.

Αναφορικά με την παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας στον τομέα της ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων σε επίπεδο Ευρωπαϊκής Ένωσης, η επέμβαση του ενωσιακού νομοθέτη ήταν επιβεβλημένη, δεδομένης της διαπίστωσης απουσίας ή ανεπάρκειας μέσωσ προσφυγής στη δικαιοσύνη, στο εσωτερικό των κρατών μελών. Η απουσία αυτή ακουμπούσε τον χαρακτήρα της Ένωσης ως έννομης τάξης, από την οποία οι πολίτες της Ένωσης έλκουν δικαιώματα που χρήζουν προστασίας, και περαιτέρω την αποτελεσματικότητα των διατάξεων του ενωσιακού δικαίου<sup>3</sup>.

Την ως άνω ανάγκη κατοχύρωσης ενός *minimum* παρεχόμενης έννομης προστασίας από τις εθνικές αρχές και ενοποίησης της εσωτερικής αγοράς των κρατών μελών στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων κάλυψε ο κοινοτικός νομοθέτης με την θέσπιση της δικονομικής οδηγίας 89/665/ΕΟΚ της 21<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 1989 για την εφαρμογή των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων, ώστε να εφαρμοστεί αποτελεσματικά το κοινοτικό ουσιαστικό δίκαιο στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων.

Με την ως άνω Οδηγία επιχειρήθηκε η θέσπιση δικονομικών κανόνων σε όλα τα κράτη – μέλη, αναφορικά με τη δικαστική προστασία κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 71/305/ΕΟΚ για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων και της Οδηγίας 77/62/ΕΟΚ για τη σύναψη συμβάσεων κρατικών προμηθειών. Ειδικότερα, ο κοινοτικός νομοθέτης συνειδητοποίησε ότι το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στο κοινοτικό ανταγωνισμό και η εφαρμογή των θεμελιωδών αρχών της διαφάνειας και του ανόθευτου ανταγωνισμού, προϋποθέτουν την ύπαρξη μιας γρήγορης και

<sup>1</sup>Βλ. σε Ε. Μελισσαρίδη για την πρόσφατη νομολογιακή αντιμετώπιση των λόγων επί του ενδίκου βοηθήματος της αίτησης ακύρωσης, «Λόγοι Ακυρώσεως», ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2017, σ. 131 επ.

<sup>2</sup> ΕΑ ΣτΕ 238/2014.

<sup>3</sup> Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, εκδ. Σάκκουλα, 2017, σ. 114· Βλ. επίσης Β. Σκουρή, Η δικαστική αναστολή εκτελέσεως των διοικητικών πράξεων, εκδ. Αντ. Σάκκουλα, 1994, σ. 14.

αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας στο προσυμβατικό στάδιο<sup>4</sup>. Ωστόσο, η χώρα μας ουσιαστικά ενσωμάτωσε τις ενωσιακές προβλέψεις μόνο μετά την καταδικαστική από το ΔΕΚ απόφαση<sup>5</sup>, οπότε η εθνική νομοθεσία εναρμονίστηκε με την ως άνω οδηγία με τη θέσπιση του ν. 2522/1997<sup>6</sup>.

Ακολούθως, και με στόχο τη βελτίωση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της κοινοτικής οδηγίας 2004/18/ΕΚ, το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο της 11<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2007 αποφάσισαν την τροποποίηση της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, εκδίδοντας την Οδηγία 2007/66/ΕΚ «για την τροποποίηση των Οδηγιών 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου, όσον αφορά στη βελτίωση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης δημοσίων συμβάσεων»<sup>7</sup>.

Ο Έλληνας νομοθέτης συμμορφώθηκε προς τις νέες διατάξεις της ως άνω Οδηγίας με την ψήφιση του ν. 3886/2010. Ο τελευταίος κατήργησε και αντικατέστησε τους προηγούμενους αυτού ν. 2522/1997 και 2854/2000, διαμορφώνοντας ένα νέο νομοθετικό πλαίσιο για τη δικαστική προστασία κατά τη σύναψη των δημοσίων συμβάσεων, το οποίο βέβαια σε αρκετά σημεία ταυτίζεται με το προγενέστερο.

Επισημαίνεται ότι αμφότεροι οι ν. 2522/1997 και 3886/2010 προέβλεπαν υποχρεωτική προδικασία πριν την άσκηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, με την προηγούμενη κατάθεση διοικητικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης πράξης<sup>8</sup>. Η τήρηση της προδικασίας ήταν υποχρεωτική, με την έννοια ότι η νομότυπη άσκηση της προσφυγής συνιστούσε απαραίτητη διαδικαστική προϋπόθεση για το παραδεκτό της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων. Συνεπώς, η μη εμπρόθεσμη ή μη νόμιμη άσκηση της προσφυγής οδηγούσε στην απόρριψη της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων<sup>9</sup>.

Μάλιστα, ενώ αρχικά ο ν. 2522/1997 προέβλεπε σύστημα παράλληλων διοικητικών προσφυγών, προβλέποντας στο άρθρο 3 παρ. 2 τελευταίο εδάφιο ότι «Οι διατάξεις της παραγράφου αυτής δεν θίγουν διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας που προβλέπουν άσκηση διοικητικών προσφυγών κατά τη διεξαγωγή δημόσιων διαγωνισμών»<sup>10</sup>, ακολούθως με το ν. 3886/2010, ο νομοθέτης αποβλέποντας στην

---

<sup>4</sup> Ε. Πρεβεδούρου, Η υποχρέωση συμμόρφωσης σε απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης που διαπιστώνει τη σύναψη δημόσιας σύμβασης κατά παράβαση των διατάξεων του ενωσιακού δικαίου (γνωμ.), ΘΠΔΔ 2014, σ. 997.

<sup>5</sup> Επισημαίνεται ότι η προθεσμία εναρμόνισης για μεταφορά της Οδηγίας είχε οριστεί η 21-12-1991. Μετά την άπρακτη παρέλευση της ως άνω ημερομηνίας, το ΔΕΚ εν τέλει με την από 19-09-1996, υπόθεση C-236/1995 απόφασή του καταδίκασε την Ελλάδα για παράλειψη ενσωμάτωσης της κρίσιμης Οδηγίας.

<sup>6</sup> Βλ. και Κ. Ρέμελη, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του ΣτΕ (ν. 2522/1997), εκδ. Σάκκουλα, 2000.

<sup>7</sup> Στ. Μαυρίδη, Η δικονομική αυτονομία των Κρατών-μελών κατά την εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου: η περίπτωση των δικονομικών Οδηγιών 89/665, 92/13 και 2007/66 για τις δημόσιες συμβάσεις, Ελληνική Επιθεώρηση Ευρωπαϊκού Δικαίου, τεύχος 3/2016, ΚΔΕΟΔ/ΔΣΘ.

<sup>8</sup> Π. Δέγλερης, Η προσωρινή δικαστική προστασία στις δημόσιες συμβάσεις, εκδ. Σάκκουλα, 2013, σ. 126.

<sup>9</sup> ΕΑ ΣτΕ 27/2017.

<sup>10</sup> Επομένως, όταν η κείμενη νομοθεσία προέβλεπε την άσκηση της ενδικοφανούς προσφυγής, ο ενδιαφερόμενος έπρεπε να ασκήσει προηγουμένως την εν λόγω προσφυγή και σε περίπτωση ρητής ή σιωπηρής απόρριψης να καταθέσει την κατ' άρθρο 3 του ν. 2522/1997 διοικητική προσφυγή.

απλούστευση της υποχρεωτικής προδικασίας<sup>11</sup>, προέβλεψε στο άρθρο 4 του ως άνω νόμου ότι οι υπόλοιπες διοικητικές προσφυγές δεν εφαρμόζονται επί διαδικασιών διεπόμενων από το ν. 3886/2010, στις οποίες ασκείται μόνο η προδικαστική προσφυγή του άρθρου 4. Ωστόσο, με τη ρύθμιση αυτή δεν αξιοποιήθηκε η δυνατότητα που παρείχε το άρθρο 1 παρ. 1 της Οδηγίας 2007/66/ΕΚ, βάσει του οποίου οι απαιτήσεις της διαδικασίας προσφυγών «μπορούν να ανατίθενται σε ξεχωριστά όργανα υπεύθυνα για διαφορετικές πτυχές των διαδικασιών προσφυγής».

Ήδη οι ως άνω Οδηγίες αντικαταστάθηκαν από τις 2014/23/ΕΚ<sup>12</sup>, 2014/24/ΕΚ<sup>13</sup> και 2014/25/ΕΚ<sup>14</sup>, οι οποίες μεταφέρθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη με τους ν. 4412/2016<sup>15</sup> και 4413/2016<sup>16</sup>.

Καινοτομία του νέου νομοθετικού καθεστώτος για την επίλυση των διαφορών που ανακύπτουν κατά το προσυμβατικό στάδιο σύναψης δημοσίων συμβάσεων<sup>17</sup> αποτελεί η ενίσχυση της αποτελεσματικότητας του ενδοδιοικητικού σταδίου<sup>18</sup>, μέσω της – για πρώτη φορά – ανάθεσης της εξέτασης της διοικητικής προσφυγής, η οποία συνεχίζει να αποτελεί υποχρεωτική προδικασία, σε όργανο διαφορετικό από την αναθέτουσα αρχή.

Προς τούτο δε, με το άρθρο 347 του ν. 4412/2016, συστάθηκε η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (εφεξής ΑΕΠΠ), ως ένα κεντρικό διοικητικό όργανο το οποίο περιβάλλεται με όλα τα εχέγγυα ανεξαρτησίας τόσο σε επίπεδο του ίδιου του οργάνου, όσο και στο επίπεδο των μελών που το απαρτίζουν, με στόχο να συμβάλλει στην επαύξηση της «αποτελεσματικότητας» των διαδικασιών ανάθεσης<sup>19</sup>.

Ως άνω Ανεξάρτητη Διοικητική Αρχή, καθίσταται αρμόδια για την εξέταση των προδικαστικών προσφυγών, με τις οποίες οι διαγωνιζόμενοι βάζουν κατά πράξεων ή παραλείψεων, οι οποίες εκδίδονται ή συντελούνται από την Αναθέτουσα Αρχή/αναθέτοντα φορέα κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του ν. 4412/2016 (Βιβλία Ι και ΙΙ), καθώς και τροποποιήσεων αυτών, με εκτιμώμενη αξία

<sup>11</sup> Βλ. Φ. Αρναούτογλου, ο οποίος επισημαίνει ότι η θεσμοθέτηση πολλών παράλληλων προσφυγών δημιουργούσε κινδύνους παγίδευσης του διοικουμένου ο οποίος ασκώντας κάποια από αυτές αλλά όχι την αναγκαία προδικαστική πίστευε ότι είναι καλυμμένος ενώ τούτο δεν ήταν ακριβές, καθώς η άσκηση μιας άλλης προσφυγής δεν υποκαθιστούσε την προσφυγή του άρθρου 3 παρ. 2 ν. 2522/1997, ό.π., σ. 37.

<sup>12</sup> Οδηγία 2014/23/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης.

<sup>13</sup> Οδηγία 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ.

<sup>14</sup> Οδηγία 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις προμήθειες φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση της οδηγίας 2004/17/ΕΚ Κείμενο που παρουσιάζει ενδιαφέρον για τον ΕΟΧ.

<sup>15</sup> Ν. 4412 (ΦΕΚ Α 147/ 08.08.2016) Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ).

<sup>16</sup> Ν. 4413 ΦΕΚ Α' 148/ 08.08.2016 Ανάθεση και εκτέλεση συμβάσεων παραχώρησης - Εναρμόνιση με την Οδηγία 2014/23/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης (ΕΕ L 94/1/28.3.2014) και άλλες διατάξεις.

<sup>17</sup> Βλ. για το νομοθετικό πλαίσιο της έννομης προστασίας κατά το στάδιο σύναψης δημοσίων συμβάσεων σε Βιβλίο ΙV, άρθρα 345-374 του ν. 4412/2016.

<sup>18</sup> Βλ. σε Β. Τζέμο για τον διοικητικό έλεγχο, Οργανωτικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σ. 77.

<sup>19</sup> Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, Ενημερωτικός οδηγός για τις αρμοδιότητες και τον τρόπο λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, Αθήνα, Αύγουστος 2017, <http://www.aepp-procurement.gr>.

ανώτερη των 60.000 ευρώ. Ομοίως, είναι αρμόδια και για τις διαφορές που ανακύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμφωνιών-πλαίσιο, συμβάσεων παραχώρησης και δυναμικών συστημάτων αγορών (άρθρο 345 του ν. 4412/2016).

Η ΑΕΠΠ απολαύει λειτουργικής ανεξαρτησίας, διοικητικής και οικονομικής αυτοτέλειας και δεν υπόκειται σε έλεγχο ή εποπτεία από κυβερνητικά όργανα ή άλλες διοικητικές αρχές. Υπόκειται μόνο στον έλεγχο της Βουλής, σύμφωνα με τον Κανονισμό της. Η δε έδρα της ορίζεται με τον Κανονισμό Λειτουργίας της και είναι ο Άγιος Ιωάννης Ρέντη στον Πειραιά.

Όσον αφορά δε στο θεσμικό της πλαίσιο, πέραν του ν. 4412/2016 η ΑΕΠΠ διέπεται και από τα κατ' εξουσιοδότηση του εκδοθέντα προεδρικά διατάγματα, ήτοι το π.δ. 38/2017 περί «Κανονισμού Λειτουργίας ΑΕΠΠ», το π.δ. 39/2017 περί «Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών», το π.δ. 57/2017 περί «Οργανισμού της ΑΕΠΠ», και το π.δ. 58/2017 περί «Ειδικού Κανονισμού Οικονομικής Διαχείρισης ΑΕΠΠ».

## 2. Νομική φύση της προδικαστικής προσφυγής

Με τη νέα διαδικασία της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, ανέκυψε ζήτημα σχετικά με τη νομική φύση αυτής. Ειδικότερα, τέθηκε το ερώτημα εάν συνιστά ενδικοφανή προσφυγή, επομένως διενεργείται έλεγχος όχι μόνο νομιμότητας αλλά και ουσίας, ή αν αντίθετα πρόκειται για ειδική διοικητική προσφυγή, επομένως ο έλεγχος θα περιοριστεί μόνο στη νομιμότητα των προσβαλλόμενων πράξεων, με αντίστοιχο περιορισμό και του παραδεκτού των δυνάμενων να προταθούν λόγων.

Η προδικαστική προσφυγή του άρθρου 346 του ν. 4412/2016 εμπεριέχει, κατ' αρχάς, αρκετά εννοιολογικά γνωρίσματα της ενδικοφανούς προσφυγής. Ειδικότερα, προβλέπεται ρητά στο νόμο, ασκείται εντός ορισμένης προθεσμίας και ενώπιον συγκεκριμένου οργάνου, ενώ αποτελεί κατ' άρθρο 360 παρ. 2 του ν. 4412/2016 προϋπόθεση του παραδεκτού του ενδίκου βοηθήματος ενώπιον του Δικαστηρίου<sup>20</sup>. Επιπλέον, η εισήγηση για την αποδοχή ή απόρριψη αυτής περιλαμβάνει, κατ' άρθρο 12 παρ. 2 του π.δ/τος 39/2007, πρόταση τόσο για τη νομική όσο και για την ουσιαστική βασιμότητά της, ενώ τέλος Οργανισμός της Αρχής προβλέπει στο άρθρο 10 του π.δ/τος 57/2017 οργανικές θέσεις τακτικού και ειδικού επιστημονικού προσωπικού διαφόρων ειδικοτήτων, προκειμένου να συμβάλλουν στην επιστημονική υποβοήθηση των Κλιμακίων κατά την εξέταση των προδικαστικών προσφυγών, προϋποθέτοντας επομένως, άσκηση ουσιαστικού ελέγχου, εκ μέρους της ΑΕΠΠ.

Ο ενδικοφανής χαρακτήρας της προδικαστικής προσφυγής επιρρωνύεται, άλλωστε, και από την αιτιολογική έκθεση του νόμου 4412/2016, σύμφωνα με την οποία «η παροχή έννομης προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο από ένα ανεξάρτητο όργανο με υψηλά εχέγγυα θεσμικής και λειτουργικής ανεξαρτησίας και στελέχωση από καταρτισμένους εμπειρογνώμονες, αντί της αναθέτουσας αρχής, εκτιμάται ότι θα συμβάλει στην επιτάχυνση της διαδικασίας επίλυσης διαφορών που αναφύονται κατά το στάδιο της ανάθεσης, στη βελτίωση της αποτελεσματικότητας του συστήματος έννομης προστασίας, θα περιβάλει με εμπιστοσύνη τον θεσμό και θα

<sup>20</sup> Η επί ποινή απαραδέκτου του ενδίκου βοηθήματος άσκηση διοικητικής προσφυγής αποτελεί εννοιολογικό στοιχείο ενδικοφανούς προσφυγής. Αντίθετα, η άσκηση της ειδικής διοικητικής είναι προαιρετική, βλ. αντί πολλών ΣτΕ 2097/2000.

ελαφρύνει το φόρτο των δικαστηρίων που κατακλύζονται με πλήθος σχετικών υποθέσεων». Πράγματι, από τα ανωτέρω συνάγεται ότι σκοπός του νομοθέτη δεν ήταν η μεταβολή της έκτασης του ελέγχου που ασκείται επί της προδικαστικής προσφυγής υπό το καθεστώς τόσο του ν. 2522/1997 όσο και του ν. 3886/2010, ο οποίος ήταν έλεγχος νομιμότητας και ουσίας, αλλά η μεταβολή απλώς του ελεγκτικού οργάνου, μέσω της ανάθεσης αυτού (του ελέγχου) σε ένα ανεξάρτητο όργανο, διαφορετικό από την αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να επιτευχθούν οι ανωτέρω σκοποί, ήτοι η ενίσχυση της διαφάνειας<sup>21</sup>, της ανεξαρτησίας και της εμπιστοσύνης.

Επομένως, η ΑΕΠΠ ασκεί διοικητικό έργο το οποίο δεν διαφέρει ουσιωδώς από το έργο των άλλων διοικητικών οργάνων που αποφαινόμενοι επί ενδικοφανών προσφυγών<sup>22</sup>.

Ωστόσο, ενώ συνέπεια της αποδοχής ενδικοφανούς προσφυγής είναι η ακύρωση ή τροποποίηση της πράξης, παρατηρείται ότι, κατ' άρθρο 367 παρ. 2 του ν. 4412/2016, η ΑΕΠΠ σε περίπτωση αποδοχής της προσφυγής κατά πράξης ακυρώνει ολικώς ή μερικώς τη προσβαλλόμενη πράξη, σε περίπτωση δε αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνει την παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια, δίχως επομένως να προβλέπεται δυνατότητα τροποποίησης.

Επισημαίνεται, κατ' αρχάς, ότι η συνέπεια της ακύρωσης της παράλειψης δεν είναι άγνωστη στον ουσιαστικό έλεγχο. Αντίστοιχα και τα τακτικά διοικητικά δικαστήρια, δικάζοντας διαφορές ουσίας, σε περίπτωση παράλειψης ακυρώνουν αυτή και αναπέμπουν την υπόθεση στη διοίκηση, κατ' άρθρο 79 παρ. 4 του ΚΔΔ (ν. 2717/1999). Όσον αφορά δε, στην σε κάθε περίπτωση ακύρωση και όχι τροποποίηση ρητής πράξης, θα μπορούσε να τεθεί ζήτημα εάν ο νομοθέτης εκφράστηκε στενότερα απ' ότι ενδεχομένως να ήθελε ή αν συνειδητά επέλεξε να αφήσει τη δυνατότητα των ουσιαστικών επιλογών αποκλειστικά στις αναθέτουσες αρχές.

Η ακύρωση, βέβαια, και όχι η τροποποίηση της πράξης συνηθίζεται όταν το όργανο που εξετάζει την ενδικοφανή προσφυγή βρίσκεται εκτός της ιεραρχικής δομής του ελεγχόμενου οργάνου. Κατά την άποψή μας, η ακύρωση μόνο και όχι η δυνατότητα τροποποίησης της πράξης, δεν αρκεί για να άρει την παραδοχή ότι η ΑΕΠΠ προβαίνει και σε ουσιαστικό έλεγχο, αποτελεί ωστόσο χαρακτηριστικό που την καθιστά μία *per se* ενδικοφανή προσφυγή.

Ένα επιπλέον ιδιαίτερο γνώρισμα της προδικαστικής προσφυγής του άρθρου 346 του ν. 4412/2016, αφορά στις προσβαλλόμενες ενώπιον του Δικαστηρίου πράξεις. Ειδικότερα, προσβαλλόμενη πράξη αποτελεί, κατ' άρθρο 372 παρ. 1 εδ. β' του ν. 4412/2016, τόσο η απόφαση της ΑΕΠΠ, όσο και οι συναφείς προς την ανωτέρω απόφαση πράξεις ή παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής. Προκύπτει, επομένως, ότι η αρχική πράξη δεν ενσωματώνεται στην απόφαση που εκδίδεται επί της προσφυγής, αλλά διατηρεί την εκτελεστότητά της, γεγονός το οποίο τη διαφοροποιεί σε σχέση με τα όσα ισχύουν επί ενδικοφανούς προσφυγής<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Βλ. Β. Τζέμο για τη σύνδεση της διαφάνειας με την οικονομική κακοδιοίκηση, «Η σύννομη Κακοδιοίκηση», ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2017, σ. 106-107.

<sup>22</sup> Βλ. μειοψ. της Διοικητικής Ολομ. ΣτΕ 13/2016.

<sup>23</sup> Για το ότι η αρχική πράξη ενσωματώνεται στην απόφαση επί της ενδικοφανούς προσφυγής βλ. ΣτΕ 3366/2011, 1365, 1402, 2712/2010 κ.α.

Ωστόσο, κατά την άποψή μας, η ρύθμιση αυτή αποσκοπεί, όχι στο να περιορίσει τον έλεγχο της ΑΕΠΠ σε έλεγχο νομιμότητας αλλά στο να αποσοβήσει τα προβλήματα που θα ανέκυπταν στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας ή των Διοικητικών Εφετειών από την έλλειψη ικανότητας διαδίκου της αναθέτουσας αρχής. Τούτο δε διότι η αναθέτουσα αρχή είναι η, κατ' αρχήν, αρμόδια να διαφωτίσει πλήρως το Δικαστήριο σχετικά με την υπόθεση, ως διενεργείσα αποκλειστικά το διαγωνισμό, και επιπλέον ως αντισυμβαλλόμενη της σύμβασης που επίκειται να συναφθεί με την κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Η παραπάνω, λοιπόν, ρύθμιση διαφυλάσσει την ικανότητα διαδίκου της αναθέτουσας αρχής, η οποία υπό την εκδοχή της ενσωμάτωσης της πράξης της αναθέτουσας αρχής στην απόφαση της ΑΕΠΠ, θα εξέλιπε, ώστε τελικώς παθητικά νομιμοποιούμενοι ενώπιον του Δικαστηρίου είναι τόσο η ΑΕΠΠ, όσο και η αναθέτουσα αρχή<sup>24</sup>.

Τη δυνατότητα άσκησης ουσιαστικού ελέγχου, επιβάλλει, άλλωστε, και η σύμφωνη με το ενωσιακό δίκαιο ερμηνεία του IV Βιβλίου του ν. 4412/2016. Τούτο δε διότι, η προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ αντικαθιστά πλήρως την ενδικοφανή προσφυγή ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, ώστε η ΑΕΠΠ έχει υποχρέωση να αναπληρώσει το κενό της ουσιαστικής επανεξέτασης της υπόθεσης, αναλαμβάνοντας το κύριο βάρος της προσωρινής έννομης προστασίας.

Ενόψει των ανωτέρω ιδιαιτεροτήτων, η προδικαστική προσφυγή του άρθρου 346 του ν. 4412/2016 θα μπορούσε να χαρακτηριστεί ως μια *per se* ενδικοφανής προσφυγή, η οποία επιτρέπει στην ΑΕΠΠ την εξέταση της υπόθεσης κατά νόμο και ουσία.

### **3. Έννομο συμφέρον προς άσκηση της προδικαστικής προσφυγής**

Έννομο συμφέρον, το οποίο πρέπει να είναι άμεσο, προσωπικό και ενεστώς, έχει αυτός που θίγεται ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας. Ο προσφεύγων, δηλαδή, δεν αρκεί να εντοπίζει μία παρανομία αλλά πρέπει επιπλέον η παρανομία να του προξενεί και βλάβη την οποία επικαλείται και αποδεικνύει<sup>25</sup>.

Ειδικότερα, πρέπει να δραστηριοποιείται τουλάχιστον στη σχετική με την υπό κρίση σύμβαση αγορά παροχής υπηρεσιών/εκπόνησης μελετών/κατασκευής έργων και η βλάβη του να συνίσταται στην δυσχέραση συμμετοχής του ή ακόμη και στην ολοκληρωτική αδυναμία συμμετοχής του στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία.

Η ανωτέρω βλάβη συναρτάται άμεσα με το στάδιο της διαδικασίας κατά το οποίο ο προσφεύγων ασκεί την προδικαστική του προσφυγή. Ειδικότερα, το περιεχόμενο της έννοιας του εννόμου συμφέροντος διαφέρει κατά περίπτωση ανάλογα με το εάν ο οικονομικός φορέας προσφεύγει κατά της διακήρυξης ή κατά του μετέπειτα αποκλεισμού του από την διαδικασία του διαγωνισμού.

Στην πρώτη περίπτωση συντρέχει αδυναμία υποβολής προσφοράς και κατ' επέκταση συμμετοχής στον διαγωνισμό. Κατά συνέπεια, ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, και ήδη προσφεύγων ενώπιον της ΑΕΠΠ, θα πρέπει,

<sup>24</sup> Βλ. ΕΑ ΣτΕ 346/2017.

<sup>25</sup> ΔΕφΙωαν 3/2018.

προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από συγκεκριμένο όρο της Διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατά την άποψή του τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό<sup>26</sup>.

Πρέπει να επισημανθεί, βέβαια, ότι στο ν. 4412/2016 παρατηρείται μια ουσιαστική διαφοροποίηση της έννοιας του εννόμου συμφέροντος ως γινόταν δεκτή μέχρι σήμερα υπό το προγενέστερο νομοθετικό καθεστώς. Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 360 του ν. 4412/2016 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής»: 1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού 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 υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής.

Η έννοια δηλαδή του εννόμου συμφέροντος έχει διευρυνθεί μετά την ισχύ των ως άνω διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και 8 του π.δ/τος 39/2017 κατ' εφαρμογή και της δικονομικής Οδηγίας 66/2007, η οποία αντικατέστησε την Οδηγία 89/665, η οποία στην παρ. 17 (προοίμιο) ορίζει: «[...] (17) Θα πρέπει να παρέχεται διαδικασία προσφυγής τουλάχιστον σε κάθε πρόσωπο που έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εικαζόμενη παράβαση<sup>27</sup>.

Στην ίδια με τα ως άνω κατεύθυνση κρίθηκε από την ΑΕΠΠ ότι από το γράμμα του άρθρου 360 του ν. 4412/2016, συνάγεται ότι το έννομο συμφέρον δύναται να θεμελιωθεί και επί τη βάσει της ενδεχόμενης βλάβης, εφόσον, παρέχεται επαρκής τεκμηρίωση των λόγων που αποδεικνύουν με βεβαιότητα τον επικείμενο κίνδυνο, χωρίς να απαιτείται για την υποβολή προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, να συνιστά ο προσφεύγων συμμετέχοντα στο διαγωνισμό<sup>28</sup>.

Σε περίπτωση, ωστόσο, που τελικώς συμμετάσχει στο διαγωνισμό, θα πρέπει να υποβάλλει επιφύλαξη ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται<sup>29</sup>.

Όσον αφορά στη δεύτερη περίπτωση, ήτοι όταν ο οικονομικός φορέας έχει καταστεί κατ' αρχήν διαγωνιζόμενος και προσφέρων, ωστόσο σε μεταγενέστερο στάδιο αποκλείστηκε από την περαιτέρω συμμετοχή, έχει έννομο συμφέρον ναβάλει κατά κάθε βλαπτικής εκτελεστής πράξης που τον αφορά.

Αν όμως αποκλείστηκε δεν έχει έννομο συμφέρον προς αμφισβήτηση της νομιμότητας της αποδοχής της προσφοράς άλλων διαγωνιζομένων. Μόνη δηλαδή η ιδιότητα του αρχικώς συμμετέχοντος στον διαγωνισμό δεν αρκεί για να του

<sup>26</sup> Βλ. ΑΕΠΠ 39/2018, 5/2018, 36/2017, 2/2017, 1/2017, Α6/2017.

<sup>27</sup> Βλ. ΑΕΠΠ 21/2017 η οποία επικυρώθηκε από την ΔΕφ Κομ 39/2017.

<sup>28</sup> ΑΕΠΠ 39/2018 με περαιτέρω παραπομπή στην απόφαση ΔΕΕ της 11ης -1-2005, C-26/03, StadtHalle, σκ. 40.

<sup>29</sup> ΕΑ ΣτΕ 9/2015, 342/2009, ΔΕφΑθ 44/2015, ΑΕΠΠ 5/2018, 1/2017.

προσδώσει έννομο συμφέρον για να ασκήσει αίτηση προδικαστικής προσφυγής, για παράδειγμα κατά της κατακυρωτικής απόφασης, καθώς έχει καταστεί τρίτος<sup>30</sup>.

Κατ' εξαίρεση, βέβαια, σύμφωνα με τα παγίως γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω και στο ισχύον πλαίσιο (ν. 4412/2016), ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος, χάριν της διασφάλισης του ενιαίου μέτρου κρίσης, διατηρεί έννομο συμφέρον προς αμφισβήτηση της νομιμότητας αποδοχής της προσφοράς άλλου διαγωνιζόμενου, εφόσον προβάλλει ότι εκείνου η προσφορά έγινε δεκτή παρόλο που παρουσιάζει την ίδια ακριβώς πλημμέλεια, εξαιτίας της οποίας απορρίφθηκε η δική του προσφορά<sup>31</sup>. Σε μια τέτοια περίπτωση πάντως, η σχετική αιτίαση προβάλλεται λυσιτελώς μόνο προς απόρριψη της προσφοράς του άλλου διαγωνιζόμενου, όχι δε προς αποδοχή, για λόγους ίσης μεταχείρισης, και της δικής του απορριφθείσας προσφοράς. Συνεπώς, όταν αίτημα δεν είναι η απόρριψη της προσφοράς του άλλου διαγωνιζόμενου αλλά η επαναξιολόγηση και αποδοχής της δικής του προσφοράς, η προσφυγή απορρίπτεται<sup>32</sup>.

#### 4. Προθεσμία

Σύμφωνα με το άρθρο 361 του ν. 4412/2016 σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της Αναθέτουσας Αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καθορίζεται ως εξής:

(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. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (εφεξής ΚΗΜΔΗΣ). Σε περίπτωση παράλειψης, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την επομένη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης.

Οι ανωτέρω προθεσμίες των περιπτώσεων α' και β' εκκινούν την επομένη της κοινοποίησης της προσβαλλόμενης πράξης στον οικονομικό φορέα και η προθεσμία διαφοροποιείται κατά περίπτωση, ανάλογα με το εάν η κοινοποίηση έγινε με ηλεκτρονικά μέσα ή όχι.

Αναφορικά με την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης τεκμαιρόμενη γνώση αυτής δεν μπορεί να υπερβεί το ανώτατο όριο των 15 ημερών που θέτει ο νόμος από την δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ. Επομένως η προθεσμία παραδεκτής άσκησης προδικαστικής προσφυγής μπορεί να φτάσει μέχρι

<sup>30</sup> Βλ. ΑΕΠΠ 11/2018 η οποία παραπέμπει στην πάγια νομολογία της ΕΑ ΣτΕ 301/2011, 748/2010, 1317/2009, ΣτΕ 2817/2008, 1450/2007.

<sup>31</sup> ΕΑ ΣτΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 329/2010, 246/2009 κ.α.

<sup>32</sup> ΕΑ ΣτΕ 155/2009, 983/2009, ΔΕφΑθ 191/2016.



και εικοσιπέντε (25) ημέρες από την δημοσίευση της προκήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ σύμφωνα με το άρθρο 4 του π.δ/τος 39/2017<sup>33</sup>.

Περαιτέρω, όταν η προθεσμία λήγει σε εξαιρετέα ημέρα, τότε η καταληκτική ημερομηνία μεταφέρεται στην αμέσως επόμενη εργάσιμη<sup>34</sup>. Τούτο δε διότι, στο άρθρο 12 παρ. 1 του π.δ/τος 38/2017 «Κανονισμός λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» προβλέπεται ότι για τα θέματα που δεν ρυθμίζονται με ειδικότερες διατάξεις στον παρόντα Κανονισμό, εφαρμόζονται επικουρικά οι διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, όπως ισχύει, ενώ στο άρθρο 10 παρ. 7 του ΚΔΔ/σίας(ν. 2690/1999) ορίζεται ότι: «Για τον υπολογισμό των προθεσμιών αν ειδικές διατάξεις δεν ορίζουν διαφορετικά, εφαρμόζονται οι διατάξεις των άρθρων 241-246 του Αστικού Κώδικα», στη δε διάταξη του άρθρου 242 του ΑΚ ορίζεται ότι «Η προθεσμία λήγει όταν περάσει ολόκληρη η τελευταία ημέρα και, αν είναι κατά το νόμο εορτάσιμη, όταν περάσει ολόκληρη η επομένη εργάσιμη».

Άλλωστε, και στο άρθρο 1 παρ. 12 της από 29.12.1980 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, η οποία κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του ν. 1157/1981 προβλέπεται ότι «Η διαδρομή των υπό του νομού η των δικαστηρίων τεταγμένων προθεσμιών άρχεται από της επιούσης της ημέρας της επιδόσεως ή της ημέρας κατά την οποίαν συνέβη το αποτελούν την αφετηρίαν της προθεσμίας γεγονός και λήγει την 7ην μ.μ. ώραν της τελευταίας ημέρας, εάν δε αυτή είναι κατά νόμον εξαιρετέα η Σάββατον, την αυτήν ώραν της επομένης εργάσιμου ημέρας [...]».

Επομένως, δεδομένου ότι η προδικαστική προσφυγή του ν. 4412/2016 υποβάλλεται ηλεκτρονικά μέσω του πληροφοριακού συστήματος του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (εφεξής Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), χωρίς να προβλέπεται στο συνολικό πλέγμα διατάξεων που αφορούν την ηλεκτρονική υποβολή προσφυγών σε διαδικασίες δημοσίων διαγωνισμών, εφόσον ούτε και στο ίδιο το κείμενο της διακήρυξης ορίζεται, το ακριβές χρονικό σημείο λήξης εντός της τελευταίας ημέρας της προθεσμίας υποβολής των προδικαστικών προσφυγών, τυγχάνει εφαρμοστέα δύναμη της διάταξης της παρ. 7 του άρθρου 10 του ΚΔΔ/σίας, η διάταξη του άρθρου 242 ΑΚ<sup>35</sup>. Η διάταξη, όμως αυτή, έχει ήδη τροποποιηθεί με το, προαναφερθέν άρθρο 1 παρ. 12 της, κυρωθείσας με το άρθρο πρώτο του ν. 1157/1981, από 29.12.1980 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, η οποία όρισε, ειδικώς ως προς τις προθεσμίες που τάσσονται από το νόμο ή τα δικαστήρια, ότι αυτές λήγουν την 7η μ.μ. ώρα της τελευταίας ημέρας, και εάν αυτή είναι εξαιρετέα, την ίδια ώρα της επόμενης εργάσιμης ημέρας<sup>36</sup>. Συνεπώς, σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις, η προθεσμία για την ηλεκτρονική υποβολή, μέσω του πληροφοριακού συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ λήγει με τη συμπλήρωση της 7 ης μ.μ. της τελευταίας ημέρας και εάν αυτή είναι εξαιρετέα, την ίδια ώρα της επόμενης εργάσιμης ημέρας<sup>37</sup>.

Κατά την άποψή μας, ωστόσο, όσον αφορά ειδικά στην ώρα της καταληκτικής ημέρας, οπότε και λήγει η προθεσμία υποβολής της προδικαστικής προσφυγής, εφόσον με την ως άνω ΠΝΠ τίθεται περιορισμός ως προς το δικαίωμα παροχής έννομης προστασίας του προσφεύγοντος, θα πρέπει να ερμηνεύεται συσταλτικά. Επομένως, δεδομένου ότι ο διαγωνισμός είναι ηλεκτρονικός και δεν έχει

<sup>33</sup> ΑΕΠΠ 1/2017.

<sup>34</sup> ΕΑ ΣτΕ 27/2017, 896/2010, 1339/2009, ΑΕΠΠ 5/2018.

<sup>35</sup> ΔΕφΠατ 39/2017.

<sup>36</sup> ΕΑ ΣτΕ 67/2014, 1130/2010, 808/2008.

<sup>37</sup> ΕΑ ΣτΕ 27/2017, 896/2010, 1339/2009, 598/2008, 808/2008, ΑΕΠΠ 5/2018, 175/2017.

τεθεί συγκεκριμένη ώρα υποβολής, το δε το σύστημα παραμένει στην διάθεση των υποψηφίων καθ' όλη τη διάρκεια της ημέρας, η σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία επιβάλλει όπως δεχτούμε ως καταληκτική ώρα υποβολής την 23:59:59.

## 5. Παράβολο

Σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 του π.δ/τος 39/2017, για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής κατατίθεται παράβολο από τον προσφεύγοντα υπέρ του Δημοσίου, το ύψος του οποίου ανέρχεται σε ποσοστό 0,50 τοις εκατό (0,50%) της προϋπολογισθείσας αξίας (χωρίς Φ.Π.Α.) της σχετικής σύμβασης. Το ύψος του παραβόλου δεν μπορεί να είναι κατώτερο των εξακοσίων (600) ευρώ ούτε ανώτερο των δεκαπέντε χιλιάδων (15.000) ευρώ. Αν από τα έγγραφα της σύμβασης δεν προκύπτει η προϋπολογισθείσα αξία της, για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, κατατίθεται παράβολο ύψους εξακοσίων (600) ευρώ. Επίσης εάν από τα έγγραφα της σχετικής σύμβασης παρέχεται η δυνατότητα υποβολής προσφοράς για τμήμα ή τμήματα της σύμβασης, το ύψος του παραβόλου υπολογίζεται επί της αξίας του τμήματος ή των τμημάτων της σύμβασης σχετικά με τα οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή.

Επισημαίνεται ότι, κατά την έννοια των ως άνω διατάξεων, ως προϋπόθεση για το παραδεκτό της άσκησης προδικαστικής προσφυγής, ερμηνευομένης ενόψει και του σκοπού στον οποίο αποβλέπει η υποχρέωση καταβολής αναλογικού παραβόλου, ως βάση για τον υπολογισμό του ποσού λαμβάνεται υπόψη η προϋπολογισθείσα δαπάνη της σύμβασης στην ανάθεση της οποίας πράγματι αποβλέπει η διαγωνιστική διαδικασία, και όχι η δαπάνη της ενδεχόμενης παράτασης της σύμβασης, η οποία επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια του αναθέτοντος φορέα, υπό την μορφή δικαιώματος προαίρεσης, και ως εκ τούτου, είναι αβέβαιο εάν και για ποιο χρονικό διάστημα θα ασκηθεί αυτό<sup>38</sup>.

Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 4 του π.δ/τος 39/2017 «Το παράβολο καταβάλλεται κατά την κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής. Η ως άνω κατάθεση του παραβόλου γίνεται ηλεκτρονικά μέσω της εφαρμογής e-παραβόλου στη διαδικτυακή πύλη της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (ΓΓΠΣ) και αποτελεί έσοδο του κρατικού προϋπολογισμού. Για την απόδειξη της καταβολής και της είσπραξης του παραβόλου ο προσφεύγων υποχρεούται να επισυνάψει στο προβλεπόμενο στην παράγραφο 2 του άρθρου 8 του παρόντος Κανονισμού έντυπο προσφυγής του Παραρτήματος Ι εκτυπωμένο αντίγραφο ηλεκτρονικής πληρωμής του ποσού σε Τράπεζα, επικυρωμένη εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών ότι το ως άνω παράβολο, υπό τον αντίστοιχο Κωδικό, φέρει την ένδειξη “πληρωμένο” καθώς και βεβαίωση περί ελέγχου και δέσμευσης του ηλεκτρονικού παραβόλου από την Υπηρεσία που το αποδέχεται».

Από τα ανωτέρω, προκύπτει, συνεπώς, ότι υφίσταται ειδική πρόβλεψη για την υποβολή προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ με προσκόμιση e-παραβόλου, η οποία συνιστά τη μόνη αποδεκτή κι επομένως υποχρεωτική μορφή παραβόλου, που περαιτέρω πληροί την σκοπιμότητα του νόμου<sup>39</sup>. Ειδικότερα, η ηλεκτρονική υποβολή, ήτοι η υποβολή με ηλεκτρονικό τρόπο πρωτότυπου παραβόλου

<sup>38</sup> ΕΑ ΣτΕ 187/2017, 10/2017, ΑΕΠΠ Α10/2018, 229/2017.

<sup>39</sup> ΑΕΠΠ 254/2017.

εξασφαλίζεται με κατάθεση e-παραβόλου, που δύναται να δεσμευτεί από την αρμόδια Υπηρεσία και να καταπέσει ή να αποδοθεί κατόπιν σχετικής απόφασης του οικείου σχηματισμού της ΑΕΠΠ.

Εξαιρετικά, όμως, κατά την άποψή μας, εφόσον προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου ότι ο προσφεύγων έχει υποβάλλει παράβολο, πλην όμως αυτό καταβλήθηκε στη Δ.Ο.Υ. και επομένως δεν είναι ηλεκτρονικό, θα πρέπει να παρέχεται η δυνατότητα στον προσφεύγοντα να θεραπεύσει αυτή την τυπική πλημμέλεια. Τούτο δε διότι σκοπός του νομοθέτη είναι η αποτροπή άσκησης αστήρικτων και προπετών ενδίκων βοηθημάτων. Στην περίπτωση όμως που κάποιος προσφεύγων έχει υποβάλει παράβολο καταβληθέν στη Δ.Ο.Υ., προκύπτει η σοβαρότητα της σχετικής δήλωσής του για προσήκουσα άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, και πληρούται, επομένως, ο σκοπός του νόμου. Συνεπώς, εφόσον δεν αμφισβητείται ότι το παράβολο πράγματι καταβλήθηκε στην Δ.Ο.Υ. στο νόμιμο ύψος και εντός της νόμιμης προθεσμίας, θα πρέπει να παρέχεται η δυνατότητα στον προσφεύγοντα να θεραπεύσει την πλημμέλεια αυτή.

Άλλωστε, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι συνάπτεται με την πρόοδο της δίκης και της διαδικασίας εν γένει παρόμοιος «δικονομικός» περιορισμός, όταν κατ' άλλο τρόπο, κατά τα ήδη εκτεθέντα, μπορεί να συναχθεί με ασφάλεια η πραγματική βούληση του ενδιαφερομένου για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, οπότε η απόρριψη ως απαράδεκτης παρίσταται ως προϊόν μη δικαιολογούμενης από τα πράγματα υπέρμετρης τυπικότητας<sup>40</sup>.

Ωστόσο, εάν δεν αποδεικνύεται η κατάθεση παραβόλου μέσω της προσκόμισης του αποδεικτικού κατάθεσης της Δ.Ο.Υ. ενώπιον της ΑΕΠΠ, είτε προσκομίζεται μεν το έντυπο της Δ.Ο.Υ., πλην όμως περιέχει παράβολο μικρότερο από το νόμιμο, τότε η προδικαστική προσφυγή ασκείται απαραδέκτως<sup>41</sup>.

Περαιτέρω, όπως προαναφέρθηκε, στην κατατεθείσα προδικαστική προσφυγή επισυνάπτεται, κατά κανόνα, η οικεία βεβαίωση του αρμόδιου υπαλλήλου της ΑΕΠΠ ότι ήλεγξε και δέσμευσε το παράβολο, γεγονός που προϋποθέτει την προσκόμιση του παραβόλου μαζί με την κατάθεση της προσφυγής. Ωστόσο, ενόψει και του σκοπού του νόμου, όπως προκύπτει από την αιτιολογική του έκθεση, ήτοι την αποτροπή άσκησης αστήρικτων και παρελκυστικών προσφυγών, η σύμφωνη με το άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος και 6 παρ. 1 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για την προάσπιση των δικαιωμάτων του ανθρώπου και των θεμελιωδών ελευθεριών (ΕΣΔΑ), που κυρώθηκε με το ν.δ. 53/1974, ερμηνεία, επιβάλλει να γίνεται δεκτή η εκ των υστέρων προσκόμιση της εκτύπωσης της σελίδας ΓΠΣ ως ενός εκ των αποδεικτικών εγγράφων της καταβολής του ορθού χρηματικού ποσού, καθόσον δεν πλήττεται ο σκοπός του νομοθέτη<sup>42</sup>, καθώς και η διόρθωση και υποβολής του παραβόλου σύμφωνα με τα εκ του οικείου νομοθετικού πλαισίου<sup>43</sup>. Στην ίδια κατεύθυνση φαίνεται συνεπής προς τον σκοπό του νόμου και η αποδοχή της διόρθωσης τυπικής έλλειψης επί του αναγραφόμενου παραβόλου, όπως τα στοιχεία περί του «Φορέα» και του «τύπου», τα οποία αφορούν την εσωτερική διάρθρωση/δομή των φορέων και υπηρεσιών του Δημοσίου<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Βλ. και απόφαση ΕΔΔΑ, Κούτρας κατά Ελληνικής Δημοκρατίας της 16.11.2000.

<sup>41</sup> ΑΕΠΠ 254/2017.

<sup>42</sup> ΑΕΠΠ Α1/2017, 70/2017.

<sup>43</sup> 52/2017.

<sup>44</sup> ΑΕΠΠ 21/2017.

Η ως άνω θέση της ΑΕΠΠ επί της υπ' αριθμ. 21/2017 απόφασής της, επικυρώθηκε και από το Διοικητικό Εφετείο Κομοτηνής δυνάμει της υπ' αριθμ. 39/2017 απόφασης. Ειδικότερα, το ως άνω Δικαστήριο έκρινε σύνομη την προσκόμιση και τη συμπλήρωση των τυπικών ελλείψεων του προσκομισθέντος παραβόλου με την αιτιολογία ότι ναι μεν οι κρίσιμες ρυθμίσεις επιβάλλουν επί ποινή απαραδέκτου της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής την καταβολή του παραβόλου κατά την κατάθεσή της, πλην όμως πρέπει να ερμηνευτούν εν προκειμένω υπό το φως των άρθρων 20 παρ.1 και 25 παρ.1 του Συντάγματος, υπό την έννοια ότι δεν απορρίπτεται η προσφυγή, λόγω τυπικών ελλείψεων του παραβόλου-ακόμη και μη κατάθεσης του προσήκοντος παραβόλου<sup>45</sup>- αλλά τάσσεται εύλογη προθεσμία στον αιτούντα προς συμπλήρωση των τυπικών αυτών ελλείψεων, μετά την πάροδο δε αυτής, η προσφυγή απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Έκρινε δε περαιτέρω, ότι με την κατάθεση του συνολικού ποσού του παραβόλου, ενώ αυτό έφερε τυπικές ελλείψεις ως προς τον «φορέα» και τον «τύπο», οι οποίες συμπληρώθηκαν, συντελέστηκε και ο σκοπός του νόμου, αφού αποδείχθηκε ότι ο διεκδικών την ανάθεση της σύμβασης (παρεμβαίνουσα εταιρία) έχει ανάλογη χρηματοοικονομική επάρκεια ώστε να είναι σε θέση να συμμετάσχει λυσιτελώς στον οικείο διαγωνισμό<sup>46</sup>.

## 6. Έκδοση προσωρινών μέτρων

Σωρευτικά με το αίτημα έννομης προστασίας που διατυπώνεται με την προδικαστική προσφυγή, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως, και μετά από κλήση της Αναθέτουσας Αρχής προ τριών (3) ημερών, προβλέπεται, κατ' άρθρο 15 του π.δ/τος 39/2017, η δυνατότητα της ΑΕΠΠ να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα που πρέπει να ληφθούν έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται για την έκδοση της απόφασής της, η οποία είναι είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. Εξάλλου, η απόφαση της ΑΕΠΠ επί των προσωρινών μέτρων πρέπει να εκδοθεί εντός δέκα (10) ημερών από την επομένη της χρέωσης της υπόθεσης στον οικείο σχηματισμό της. Επομένως, η αίτηση του προσφεύγοντος στην ΑΕΠΠ περί λήψης προσωρινών μέτρων γίνεται όχι σε αυτοτελές δικόγραφο αλλά στο ίδιο δικόγραφο (ενσωματωμένη) με την προδικαστική προσφυγή. Έχει, λοιπόν, παρακολουθηματικό χαρακτήρα και φυσικά δεν απαιτείται ξεχωριστό παράβολο, πέρα από το καταβληθέν με την προσφυγή.

Δικαιολογητικός λόγος έκδοσης απόφασης με την οποία διατάσσονται προσωρινά μέτρα, όπως προκύπτει από την αιτιολογική έκθεση του ν.4412/2016, είναι να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας. Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί στο να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των, κατ' ελάχιστον, αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της

<sup>45</sup> Βλ. ωστόσο και ΑΕΠΠ 176/2017, η οποία έκρινε ότι η καταβολή του νομίμου παραβόλου αποτελεί προϋπόθεση του παραδεκτού για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και συνεπώς αν, κατά τον χρόνο κατάθεσης της προσφυγής, καταβληθεί παράβολο μικρότερο από εκείνο που ορίζεται στο άρθρο 5 του π.δ/τος 39/2017 και άρθρο 363 του ν. 4412/2016, η προδικαστική προσφυγή απορρίπτεται ως απαράδεκτη

<sup>46</sup>Πρβλ. και ΣτΕ 136/2013, 738/2012.

διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας<sup>47</sup>.

Γενικά κριτήρια που θα οδηγήσουν στην κρίση της αίτησης έκδοσης απόφασης προσωρινών μέτρων είναι συνοπτικά τα εξής: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί- και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη (άρθρο 15 του π.δ/τος 39/2017 και 366 του ν. 4412/2016).

Με την απόφαση αυτή μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η Αναθέτουσα Αρχή (άρθρο 366 παρ. 2 του ν. 4412/2016) Επίσης, μπορεί να διατάσσεται και η άρση της απαγόρευσης σύναψης της σύμβασης. Λόγο άρσης της απαγόρευσης αυτής συνιστά το προδήλως απαράδεκτο ή το προδήλως αβάσιμο της προδικαστικής προσφυγής, περί του οποίου αρκεί απλή μνεία.

Πρέπει, επίσης, να τονιστεί πως η ζημία του προσφεύγοντος δεν αποτελεί στοιχείο του βασιμίου της αίτησης λήψης προσωρινών μέτρων καθώς η Οδηγία προβλέπει «[...] προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η περαιτέρω ζημία των θιγόμενων συμφερόντων», επομένως η επανόρθωση και η αποτροπή ζημίας είναι σκοπός και όχι προϋπόθεση για την λήψη προσωρινών μέτρων. Η ζημία του αιτούντος την λήψη μέτρων απορρέει από την ίδια την ιδιότητα του ως συμμετέχων στην διαγωνιστική διαδικασία.

Περαιτέρω, όπως έχει κριθεί με την υπ' αριθμ. Α3/2017 ΑΕΠΠ «μόνο η πιθανολόγηση παράβασης κανόνα δικαίου αποτελεί απαραίτητη προϋπόθεση για την αποδοχή της αίτησης για λήψη προσωρινών μέτρων. Σημειώνεται δε, ότι η πιθανολόγηση αφορά αποκλειστικά στον βαθμό δικανικής πεποίθησης ως προς την παρανομία, και όχι διαβάθμιση της παρανομίας, δηλαδή ποιοτική ή ποσοτική κατηγοριοποίηση της παρανομίας, διάκριση των παραβάσεων σε ουσιώδεις και επουσιώδεις. Συγκεκριμένα, η ΑΕΠΠ διαδεχόμενη λόγω αρμοδιότητας στο νομικό κόσμο τις Επιτροπές Αναστολών του ΣτΕ και τα Διοικητικά Εφετεία υπό το προϋφιστάμενο καθεστώς του ν. 3886/2010 ερευνά τους λόγους της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων που δεν σχετίζονται προς τεχνικά ή μη εκκαθαρισμένα, κατά το πραγματικό τους μέρος, ζητήματα, παρόλο που δεν έχουν εξετασθεί από την Αναθέτουσα Αρχή<sup>48</sup>.

Ωστόσο, ο οικείος σχηματισμός της ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των

<sup>47</sup> ΑΕΠΠ Α1/2018, 46/2017, 4/2017.

<sup>48</sup> ΕΑ ΣτΕ 477/2009, 430/2005, 839/2003, 285/2002.

συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημοσίου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μην χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων (άρθρο 366 παρ. 3 του ν. 4412/2016).

Ενόψει των ανωτέρω, το Κλιμάκιο κατά την κρίση του, δεν λαμβάνει υπόψη μόνο την τυχόν επαπειλούμενη βλάβη του προσφεύγοντος, αλλά συνεκτιμά τις απόψεις και το συμφέρον της αναθέτουσας αρχής, τα συμφέροντα εν γένει του κύκλου ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία ή ενδιαφερόμενων προς συμμετοχή -εφόσον η προσφυγή στρέφεται κατά όρων διακήρυξης- όπως και το εν γένει και εν ευρεία δημόσιο συμφέρον, ενώ αντιπαραβάλλει και σταθμίζει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη με τις επιπτώσεις της λήψης προσωρινών μέτρων<sup>49</sup>.

## **7. Κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής-Άσκηση παρέμβασης**

Η προδικαστική προσφυγή περιέχει όλες ανεξαιρέτα τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της και υποβάλλεται υποχρεωτικά με τη χρήση τυποποιημένου εντύπου, του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017. Μάλιστα, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του ν. 4412/2016 «[...]για τον σκοπό της επιτάχυνσης της διαδικασίας προτείνεται η προδικαστική προσφυγή να κατατίθεται ηλεκτρονικά στην ΑΕΠΠ, ενώ παράλληλα δίνεται η δυνατότητα πρόβλεψης στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών υποχρεωτικής χρήσης τυποποιημένου εντύπου[...]».

Ωστόσο, η ΑΕΠΠ έχει δεχθεί, με αποφάσεις της<sup>50</sup>, ότι εάν τα απαιτούμενα κατά νόμο στοιχεία αυτής (της προδικαστικής προσφυγής) 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, παραδεκτώς εισάγεται προς συζήτηση η προσφυγή, χωρίς να γίνεται χρήση του τυποποιημένου εντύπου.

Η υιοθέτηση αντίθετης εκδοχής ως προς την ερμηνεία των ανωτέρω διατάξεων θα αντέκειτο, κατά την άποψή μας, τόσο στο άρθρο 20 παρ.1 του Συντάγματος, όσο και στο άρθρο 6 παρ.1 της ΕΣΔΑ, κατά την έννοια των οποίων οι διαδικαστικές προϋποθέσεις και τύποι που θεσπίζονται με δικονομικές διατάξεις είναι επιτρεπτοί όταν συνάπτονται προς τη λειτουργία των δικαστηρίων και την ανάγκη αποτελεσματικής απονομής της δικαιοσύνης, τηρουμένης, σε κάθε περίπτωση, της αρχής της αναλογικότητας<sup>51</sup>, ενώ κατά την ερμηνεία των διατάξεων που ρυθμίζουν την πρόσβαση στην παροχή έννομης προστασίας δεν δύνανται να υιοθετούνται εκδοχές που οδηγούν σε απόρριψη ως απαράδεκτων των ενδίκων βοηθημάτων λόγω υπέρμετρης τυπικότητας<sup>52</sup>.

Η ανωτέρω κρίση της ΑΕΠΠ επικυρώθηκε, άλλωστε, και με την υπ' αριθμ. 39/2017 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Κομοτηνής, η οποία δέχτηκε ότι η

<sup>49</sup> ΑΕΠΠ 30/2017.

<sup>50</sup> Βλ. ΑΕΠΠ 21/2017, 149/2017.

<sup>51</sup> Βλ. αντί πολλών ΣτΕ 592/2009.

<sup>52</sup> Βλ. απόφαση ΕΔΔΑ, Κούτρας κατά Ελληνικής Δημοκρατίας της 16.11.2000.

χρήση του τυποποιημένου εντύπου δεν αποτελεί ουσιώδη τύπο της διαδικασίας η παραβίαση του οποίου θα οδηγούσε στο απαράδεκτο της προδικαστικής προσφυγής, αφού με σαφήνεια προκύπτει από την αιτιολογική έκθεση ότι σκοπός της εν λόγω διάταξης είναι η επιτάχυνση της διαδικασίας, ενώ η δυνατότητα πρόβλεψης στον Κανονισμό της ΑΕΠΠ υποχρεωτικής χρήσης τυποποιημένου εντύπου δεν απαγορεύει την υποβολή προδικαστικών προσφυγών περιβαλλόμενων με άλλο τύπο.

Βέβαια, όλα τα ανωτέρω τελούν υπό την προϋπόθεση ότι η ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή εμπεριέχει όλα τα στοιχεία που απαιτούνται από το ειδικό έντυπο. Επομένως, εφόσον το περιεχόμενο της προδικαστικής προσφυγής απόσχει κατά το ουσιώδες μέρος του από τα προδιατυπωμένα πεδία του τυποποιημένου εντύπου, η προδικαστική προσφυγή απορρίπτεται ως απαράδεκτη<sup>53</sup>.

Περαιτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να είναι ορισμένη. Ειδικότερα, πρέπει να περιέχει, επί ποινή απαραδέκτου<sup>54</sup>, α) ακριβή περιγραφή του αντικειμένου της διαφοράς, β) σαφή έκθεση των πραγματικών περιστατικών, καθώς και τους λόγους που θεμελιώνουν κατά νόμο την αξίωση και γ) σαφώς καθορισμένο αίτημα.

Επισημαίνεται δε ότι η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας (υποχρεωτικό αυτόματο ανασταλτικό αποτέλεσμα), εκτός εάν η ΑΕΠΠ κατά τη διαδικασία χορήγησης προσωρινών μέτρων, σύμφωνα με το άρθρο 15 του Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, αποφανθεί διαφορετικά (άρθρο 364 του ν. 4412/2016). Κατά τα λοιπά, η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, με την επιφύλαξη των διατάξεων περί Προσωρινών μέτρων του άρθρου 366 ως άνω νόμου.

Ακολούθως, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) και κοινοποιείται με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Ως ημερομηνία δε υποβολής της προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία ηλεκτρονικής καταχώρισης αυτής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (άρθρο 8 του π.δ/τος 39/2017). Επισημαίνεται, βέβαια, ότι με την υπ' αριθμ. 19/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ έγινε δεκτή ως εμπροθέσμως ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή, η οποία δεν είχε ασκηθεί με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου, ενώμετά το πέρας της καταληκτικής προθεσμίας επανακατετέθη αυτή από τον προσφεύγοντα, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου και με περιεχόμενο ακριβώς ίδιο με αυτό της αρχικώς κατατεθείσας προσφυγής. Κρίθηκε, λοιπόν, από το αρμόδιο Κλιμάκιο ενόψει και της αρχής της χρηστής διοίκησης<sup>55</sup> και επιείκειας ότι κρίσιμη για την αποδοχή του εμπροθέσμου ήταν η ημερομηνία της αρχικώς κατατεθείσας προσφυγής.

Ωστόσο, σε περίπτωση τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., η οποία πιστοποιείται από τη Διεύθυνση Ανάπτυξης και Υποστήριξης του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. της Γενικής Γραμματείας Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, ή σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία δεν διενεργείται μέσω του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στην ΑΕΠΠ μέσω ηλεκτρονικού μηνύματος (άρθρο 8 του π.δ/τος 39/2017) και καταχωρίζεται αυθημερόν. Επισημαίνεται δε ότι η ηλεκτρονική

<sup>53</sup> ΑΕΠΠ 254/2017.

<sup>54</sup> ΑΕΠΠ 5/2018, 43/2017.

<sup>55</sup> Βλ. Β. Τζέμο για τη συγκριτική επισκόπηση της αρχής της χρηστής διοίκησης και της αρχής της επιείκειας, «Η σύνομη κακοδιοίκηση», ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2017, σ. 103.

υποβολή της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί ουσιώδη τύπο και προϋπόθεση του παραδεκτού της. Επομένως, οι διατάξεις των παρ. 4 και 5 του άρθρου 8 του π.δ/τος 39/2017 σε συνδυασμό με το άρθρο 9 παρ. 2 αυτού, οι οποίες καθιερώνουν παρεκκλίσεις από τον ως άνω κανόνα τρόπου άσκησης της προσφυγής, ορίζουν στενά και συγκεκριμένα το πεδίο εφαρμογής τους και τις εξαιρετικές προϋποθέσεις που πρέπει να συντρέχουν, διαφορετικά η προδικαστική προσφυγή απορρίπτεται ως απαραδέκτως ασκηθείσα<sup>56</sup>.

Η Αναθέτουσα Αρχή, το αργότερο την επόμενη της κατάθεσης εργάσιμη ημέρα, ειδοποιεί την ΑΕΠΠ σχετικά με την κατάθεση της προσφυγής και της παραχωρεί δικαίωμα πρόσβασης στο σύνολο των στοιχείων του διαγωνισμού. Επίσης, κοινοποιεί την προσφυγή μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού το αργότερο εντός 5 ημερών σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής, προκειμένου να ασκήσει το δικαίωμα παρέμβασής του στη διαδικασία εξέτασης της προσφυγής και διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ το αργότερο εντός 10 ημερών από την ημέρα κατάθεσης, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τις απόψεις της επί της προσφυγής και τα αποδεικτικά κοινοποίησης στους ενδιαφερόμενους τρίτους. Η δε Αναθέτουσα Αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης (άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016).

Να σημειωθεί πως η παράλειψη κοινοποίησης σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο και η μη διαβίβαση προς την ΑΕΠΠ του φακέλου της υπόθεσης και των απόψεων της Αναθέτουσας Αρχής, συνιστούν ιδιαίτερο πειθαρχικό αδίκημα των αρμόδιων για τις ενέργειες αυτές υπαλλήλων (αρ. 14 παρ.2 του π.δ/τος 39/2017). Επίσης, σε περίπτωση μη αποστολής στο σχηματισμό της ΑΕΠΠ, που εξετάζει την προδικαστική προσφυγή, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, των απόψεών της και των κωδικών πρόσβασης στα στοιχεία του διαγωνισμού, ο οικείος σχηματισμός μπορεί να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της Αναθέτουσας Αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος, καθώς και να επιβάλει αυτεπαγγέλτως χρηματική κύρωση στην Αναθέτουσα Αρχή. Το ίδιο τεκμήριο μπορεί να θεωρηθεί ότι συντρέχει και στην περίπτωση κατά την οποία, τα στοιχεία που έχουν αποσταλεί είναι, κατά την κρίση του οικείου σχηματισμού της ΑΕΠΠ, ελλιπή και δεν επαρκούν για τον έλεγχο του βάσιμου των προβαλλόμενων αιτιάσεων.

Σκοπός της ανωτέρω κοινοποίησης της προδικαστικής προσφυγής στους τρίτους είναι να δοθεί σε κάθε ενδιαφερόμενο, του οποίου επηρεάζονται τα συμφέροντα, το δικαίωμα 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 (άρθρο 362 του ν. 4412/2016). Η παρέμβαση κατατίθεται ηλεκτρονικά, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 8 του Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, δηλαδή είτε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, είτε μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Ο Γραμματέας της ΑΕΠΠ κοινοποιεί προς ενημέρωση στην ηλεκτρονική διεύθυνση του προσφεύγοντος, της Αναθέτουσας Αρχής και των παρεμβαίνόντων, την Πράξη του Προεδρεύοντος του κλιμακίου της ΑΕΠΠ που θα εξετάσει την προσφυγή και την τυχόν παρέμβαση, για την ημέρα εξέτασης της προσφυγής, η οποία δεν μπορεί να απέχει περισσότερο από σαράντα (40) ημέρες από την ημερομηνία κατάθεσης της προσφυγής (άρθρο 365 του ν. 4412/2016). Η πράξη αυτή μπορεί να

<sup>56</sup> ΑΕΠΠ 162/2017.



συνοδεύεται από κλήση του Εισηγητή που θα εξετάσει την προσφυγή ή την παρέμβαση, προς τον προσφεύγοντα, την Αναθέτουσα Αρχή και τον παρεμβαίνοντα, να προσκομίσουν - μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και εντός 5 ημερών - στοιχεία που λείπουν ή είναι οπωσδήποτε χρήσιμα για την υποστήριξη ή την αντίκρουση της προδικαστικής προσφυγής.

Τέλος, είναι δυνατή η παραίτηση από την προδικαστική προσφυγή. Ειδικότερα, επιτρέπεται η παραίτηση έως την έκδοση απόφασης από το σχηματισμένης ΑΕΠΠ ενώπιον του οποίου εκκρεμεί η εξέτασή της. Η παραίτηση γίνεται με ηλεκτρονική ή έγγραφη δήλωση που κατατίθεται στο γραμματέα. Αν υποβληθεί παραίτηση, συντάσσεται σχετικό πρακτικό, που υπογράφεται από τον προεδρεύοντα του οικείου σχηματισμού και το γραμματέα, και αποδίδεται το παράβολο στον προσφεύγοντα. Ανάκληση της παραίτησης δεν επιτρέπεται. Η δε παραίτηση έχει ως αποτέλεσμα τη θέση της προσφυγής στο αρχείο (άρθρο 16 του π.δ/τος 39/2017).

## **8. Όρια εξουσίας της ΑΕΠΠ**

Μετά την κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής και την καταχώρισή της στο αρχείο της ΑΕΠΠ ορίζεται ο Εισηγητής, ο οποίος αναλαμβάνει να μελετήσει την υπόθεση που του έχει ανατεθεί και να προσκομίσει κατά την ημέρα εξέτασης της προσφυγής συγκεκριμένη εισήγηση για τη νομική και ουσιαστική βασιμότητα ή μη της προσφυγής. Είναι αρμόδιος δε και για την εισήγηση επί της πράξης αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης, καθώς και τον ορισμό των κατάλληλων προσωρινών μέτρων, έως την έκδοση της απόφασης επί της προσφυγής, σε περίπτωση υποβολής σχετικού αιτήματος (ή και αυτεπαγγέλτως).

Σύμφωνα δε με τη διάταξη του άρθρου 365 παρ. 4 του ν. 4412/2016 με την πράξη ορισμού Εισηγητή ορίζεται η ημέρα και η ώρα της εξέτασής της, η οποία δεν μπορεί να απέχει περισσότερο από σαράντα (40) ημέρες από την ημερομηνία κατάθεσης της προσφυγής. Έτσι, ευελπιστεί ο νομοθέτης να επιλύεται η διαφορά τουλάχιστον σε επίπεδο ενδικοφανούς διαδικασίας το αργότερο σε 70 μέρες από την έκδοση της πράξης της Αναθέτουσας Αρχής.

Η ΑΕΠΠ με την απόφασή της είτε δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) είτε απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή, κατ' άρθρο 367 παρ. 1 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, η απόφαση της ΑΕΠΠ έχει διαπλαστικό χαρακτήρα, δεδομένου ότι ακυρώνει και εξαφανίζει την προσβαλλόμενη πράξη. Επίσης, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, δεν παρέχει μόνο κύρια - μέσω της ακύρωσης της πράξης - προστασία, αλλά και προσωρινή. Οι δε αναθέτουσες αρχές οφείλουν να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ, κατ' άρθρο 367 παρ. 3 του ν. 4412/2016, ενώ κατ' άρθρο 362 του ν. 4412/2016, δεν επιτρέπεται η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά απόφασης της ΑΕΠΠ, η οποία δέχεται εν όλω ή εν μέρει προσφυγή άλλου προσώπου. Οι ως άνω δε αποφάσεις της ΑΕΠΠ κοινοποιούνται στους ενδιαφερομένους και αναρτώνται στην ιστοσελίδα της (βλ. άρθρο 365 παρ. 6 του ν. 4412/2016).

Περαιτέρω, η ΑΕΠΠ προβαίνει σε έλεγχο συμβατότητας της προσβαλλόμενης πράξης ή παράλειψης με το ενωσιακό δίκαιο καθώς και σε έλεγχο συνταγματικότητας<sup>57</sup>. Ειδικότερα, αποφαινεται για την τήρηση του εθνικού και

<sup>57</sup> Για το ότι οι ΑΔΑ δύνανται να ασκούν έλεγχο συνταγματικότητας βλ. ΣτΕ Ολομ. 2279/2001.

ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω για την ενδεχόμενη παραβίαση των αρχών που πηγάζουν από τα ανωτέρω, όπως ενδεικτικά της αρχής της ίσης μεταχείρισης, της απαγόρευσης των διακρίσεων, της χρηστής διοίκησης καθώς και της αρχής της αναλογικότητας<sup>58</sup>.

Επισημαίνεται, ωστόσο, ότι η απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής δεν μπορεί να καταστήσει χειρότερη τη θέση του προσφεύγοντος. Τούτο δε διότι κατά γενική αρχή δεν επιτρέπεται η *reformatio in peius* επί των ενδικοφανών προσφυγών, εκτός εάν υπάρχει ρητή αντίθετη ρύθμιση ή εάν προβλέπεται άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής και από τη Διοίκηση. Εφόσον, εν προκειμένω, δεν συντρέχει κανένας από τους ανωτέρω λόγους εξαίρεσης, η αρχή της μη χειροτέρευσης της θέσης του προσφεύγοντος πρέπει να εφαρμόζεται και κατά την έκδοση απόφασης επί προδικαστικής προσφυγής.

Περαιτέρω, όριο στην εξουσία της ΑΕΠΠ να κρίνει επί των πράξεων της Αναθέτουσας Αρχής είναι η διακριτική ευχέρεια που απονέμει ο νόμος στην τελευταία κατά την διαμόρφωση των όρων του διαγωνισμού. Συγκεκριμένα, «επειδή οι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσεώς τους, αιτιολογίας<sup>59</sup>, η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, ενώ θα πρέπει να θεωρείται ότι απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θέσπισης επί μέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών<sup>60</sup>.

## 9. Κήρυξη ακυρότητας της σύμβασης

Ενώπιον της ΑΕΠΠ δύναται να ζητηθεί κατά τα άρθρα 368επ. του ν. 4412/2016 η κήρυξη ακυρότητας της σύμβασης, εάν διαπιστωθεί ότι: α) η Αναθέτουσα Αρχή έχει αναθέσει τη σύμβαση χωρίς δημοσίευση της προκήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, β) δεν τηρήθηκε το ανασταλτικό αποτέλεσμα του άρθρου 364 (η προθεσμία και η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης), γ) σε περίπτωση εφαρμογής δυναμικού συστήματος αγορών, εφόσον παραβιάζονται οι ελάχιστες προθεσμίες παραλαβής των αιτήσεως συμμετοχής, παραλαβής των προσφορών, δημοσίευσης προκήρυξης διαγωνισμού, δυνατότητας συμμετοχής και αξιολόγησης των ενδιαφερομένων να συμμετέχουν, μη πρόσκλησης όλων όσων έγιναν δεκτοί να υποβάλλουν προσφορά και δ) σε περίπτωση σύναψης συμφωνίας – πλαίσιο, εφόσον παραβιάζεται η διάταξη των παρ. 5 του άρθρου 39 και παρ. 2 του άρθρου 273 που αφορούν την ανάθεση και την εκτέλεση των συμφωνιών – πλαίσιο αυτών.

Η προδικαστική προσφυγή για την ακύρωση σύμβασης ασκείται εντός 30 ημερών από τη δημοσίευση της απόφασης για την ανάθεση ή την με άλλον τρόπο ενημέρωση των ενδιαφερομένων σε κάθε δε περίπτωση δεν μπορεί να ασκηθεί μετά την πάροδο 6 μηνών από τη σύναψη της σύμβασης (άρθρο 369 του ν. 4412/2016). Η κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής αναστέλλει την εκτέλεση της σύμβασης,

<sup>58</sup> ΕΑ ΣτΕ 9/2015, 415/2014, 257/2010.

<sup>59</sup> Βλ. αντί πολλών ΕΑ ΣτΕ 876/2004, 918/2003.

<sup>60</sup> ΕΑ ΣτΕ 434/2008.

παρέχεται όμως η δυνατότητα στην Αναθέτουσα να αιτηθεί από την ΑΕΠΠ προσωρινή προστασία κατά το άρθρο 366 του ως άνω νόμου. Η ΑΕΠΠ για επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος δύναται να μην κηρύξει την ακυρότητα της σύμβασης (άρθρο 370 του ν. 4412/2016).

Σε περίπτωση κήρυξης σύμβασης ως άκυρης, η ακυρότητα έχει αναδρομική ισχύ, οι δε αξιώσεις των μερών διέπονται από τις διατάξεις περί αδικαιολόγητου πλουτισμού<sup>61</sup>. Η ΑΕΠΠ εκτιμώντας το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, τη σοβαρότητα της παράβασης και τη συμπεριφορά της Αναθέτουσας Αρχής δύναται να κηρύξει την ακυρότητα μόνο για το ανεκτέλεστο τμήμα της σύμβασης και να επιβάλλει πρόστιμο στην Αναθέτουσα έως το 10% της αξίας της σύμβασης, το οποίο δύναται να περιέρχεται στον αιτούντα (άρθρο 371 του ν. 4412/2016).

## 10. Συμπερασματικές Παρατηρήσεις

Οι ν. 2522/1997 και 3886/2010 κάλυψαν πράγματι το κενό προσωρινής προστασίας στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων με τη δημιουργία ενός αυτοτελούς ενδίκου βοηθήματος, τη θέσπιση αυτόθροου ανασταλτικού αποτελέσματος, τη δυνατότητα αναστολής οποιασδήποτε πράξης της αναθέτουσας αρχής και τη μεγάλη εμπέδωση των διατασσόμενων ασφαλιστικών μέτρων. Ωστόσο, αμφότεροι οι νόμοι καθιστούσαν αναποτελεσματικό το ενδοδιοικητικό στάδιο επίλυσης των διαφορών. Τούτο δε διότι η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ίδιας της αναθέτουσας αρχής δεν παρείχε τα εχέγγρα μιας αντικειμενικής κρίσης, καθώς η αναθέτουσα αρχή έπαιζε το ρόλο κριτή και κρινόμενου<sup>62</sup>.

Το ως άνω κενό ήρθε να καλύψει ο ν. 4412/2016 με την θεσμοθέτηση ενός ανεξάρτητου οργάνου (ΑΕΠΠ), το οποίο παρέχει εχέγγρα αμεροληψίας και αντικειμενικής κρίσης.

Άλλωστε, με τη διά νόμου ίδρυση του οργάνου προσφυγής, της μονιμότητας και ανεξαρτησίας των οργάνων του, την εκ μέρους του εφαρμογήπάγιας νομοθεσίας, του κατ' αντιμωλίαν χαρακτήρα της ενώπιόν του διαδικασίας και τη δεσμευτικότητα των αποφάσεών του, η ΑΕΠΠ πληροί τα κριτήρια να χαρακτηριστεί ως «Δικαστήριο» κατά το αυτόνομο περιεχόμενο του άρθρου 6 παρ. 1 ΕΣΔΑ<sup>63</sup>, ώστε να πληρούνται όλες οι προϋποθέσεις της δίκαιης δίκης.

---

<sup>61</sup> Βλ. σε Αθ. Τσιρώνά για τη δικονομική αντιμετώπιση των αξιώσεων από αδικαιολόγητο πλουτισμό, «Οι αξιώσεις αδικαιολόγητου πλουτισμού από την εκτέλεση διοικητικών συμβάσεων», εκδ. Σάκκουλα, 2007.

<sup>62</sup> Βλ. αναλυτικά σε Χ. Δετσαρίδη, «Η ενδικοφανής διαδικασία στο στάδιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Κριτική αποτίμηση».

<sup>63</sup> Βλ. ΕΔΔΑ Menarini Diagnostics κατά Ιταλίας της 27.9.2011.