

Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. Επίκαιρα ζητήματα από τη μέχρι σήμερα εφαρμογή της

Μιχάλης Π. Σειραδάκης, Μέλος της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, Δικηγόρος Παρ' Αρείω Πάγω, Μ.Δ.Ε. στο Εμπορικό Δίκαιο, LL.M in International Business Law.¹

Η προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.), η οποία αντικατέστησε την προδικαστική προσφυγή (για τις συμβάσεις άνω των ορίων του Ν. 3886/2010²) και την ένσταση (για τις συμβάσεις κάτω των ορίων³) ενώπιον των επιτροπών ενστάσεων των αναθετουσών αρχών και ταυτόχρονα απορρόφησε, το ένδικο βοήθημα της αίτησης για τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων κατά των αποφάσεων των ανωτέρω επιτροπών ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, προβλέπεται στο Βιβλίο IV, τίτλος 1 του Ν. 4412/2016, στα άρθρα 345-373 και στο ΠΔ 39/2017 «Κανονισμός λειτουργίας της Α.Ε.Π.Π.», το οποίο εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 355 του Ν. 4412/2016.

1. Οι προϋποθέσεις παραδεκτού της άσκησης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

Ως προς τις προϋποθέσεις παραδεκτού, αυτονόητη και θεμελιώδης πρωταρχική προϋπόθεση, είναι ότι πράγματι η προδικαστική προσφυγή ασκείται εντός των πλαισίων διαγωνιστικής διαδικασίας, που εκκινεί με τη δημοσίευση διακήρυξης εκ μέρους της αναθέτουσας και ότι πρόκειται για διαγωνισμό, για τη διεξαγωγή του οποίου εφαρμόζεται ο Ν. 4412/2016. Σε κάθε άλλη περίπτωση, η Αρχή είναι αναρμόδια να επιληφθεί της διαφοράς και η προσφυγή απορρίπτεται ως απαράδεκτη λόγω αναρμοδιότητας. Άλλωστε, προϋποτίθεται ασφαλώς, ότι πρόκειται για διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του Ν. 4412/2016, καθώς και τυχόν

¹ Οι απόψεις που αποτυπώνονται στο παρόν άρθρο είναι αυστηρά προσωπικές και δεν δεσμεύουν καθ' οιονδήποτε τρόπο την Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών. Αποτελούν επεξεργασμένη απόδοση της εισήγησης με θέμα «Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. Επίκαιρα ζητήματα από τη μέχρι σήμερα εφαρμογή της», η οποία παρουσιάστηκε στην κεντρική αίθουσα του Δικηγορικού Συλλόγου Αθηνών, στις 26 Οκτωβρίου 2017, στα πλαίσια εκδήλωσης της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ) με αντικείμενο «Οι Δημόσιες Συμβάσεις και οι Ανεξάρτητες Διοικητικές Αρχές».

² Άρθρο 4 του Ν. 3886/2010.

³ Βλ. ενδεικτικά άρθρο 15 ΠΔ 118/2007, άρθρο 25 του Ν. 3669/2008, άρθρο 41 του Ν. 3316/2005 κλπ.

τροποποίησης αυτών, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων ευρώ (60.000,00 €), προ Φ.Π.Α. και ανεξάρτητα από τη φύση τους, ενώ οι σχετικές διατάξεις του νόμου έχουν εφαρμογή και σε διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμφωνιών-πλαίσιο, συμβάσεων παραχώρησης και δυναμικών συστημάτων αγορών, καθώς και των τροποποιήσεων αυτών⁴.

Η πρώτη και βασική προϋπόθεση για την παραδεκτή άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αφορά αρχικά τη διαπίστωση της ύπαρξης εννόμου συμφέροντος στο πρόσωπο του προσφεύγοντος. Ως προς τη συνδρομή του ακολουθούνται οι βασικές προϋποθέσεις, με τις οποίες ελέγχεται η ύπαρξη ή η απουσία του και στα πλαίσια εξέτασης της αίτησης ακύρωσης ενώπιον του ΣτΕ, όπως αυτές έχουν διαμορφωθεί από τη νομολογία ενώπιόν του. Οι κύριοι άξονες που προσδιορίζουν την αναγνώριση του εννόμου συμφέροντος από την πλευρά του οικονομικού φορέα που προτίθεται να ασκήσει προδικαστική προσφυγή, κατατείνουν στο να είναι αυτό, άμεσο, ενεστώς και προσωπικό⁵.

Η δεύτερη προϋπόθεση είναι η χρονική αρμοδιότητα της Αρχής, λαμβάνοντας υπόψη ότι για τις δημόσιες συμβάσεις γενικών υπηρεσιών και τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών, προκειμένου να επιληφθεί η Αρχή αρμοδίως, η διακήρυξη του διαγωνισμού πρέπει να έχει δημοσιευτεί μετά τις 26.06.2017⁶. Αντίστοιχα⁷, οι ημερομηνίες για τις δημόσιες συμβάσεις έργων και τις δημόσιες συμβάσεις εκπόνησης μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, με εκτιμώμενη αξία σύμβασης (χωρίς Φ.Π.Α.) ίση ή ανώτερη από τα κατώτατα όρια των άρθρων 5 και 235 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύουν κάθε φορά, αναμένεται να περιέλθουν στην αρμοδιότητα της Αρχής μετά την 1η Ιανουαρίου 2018. Μέχρι τότε οι ως άνω διαφορές συνεχίζουν να διέπονται από τις διατάξεις του Ν. 3886/2010 (ΦΕΚ Α' 173). Τα προηγούμενα εδάφια της περίπτωσης αυτής εφαρμόζονται και στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων παραχώρησης έργων και υπηρεσιών με εκτιμώμενη αξία σύμβασης ίση ή ανώτερη από το κατώτατο όριο του άρθρου 1 παρ. 2 περίπτωση α' του Ν. 4413/2016 (ΦΕΚ Α' 148), όπως ισχύει κάθε φορά, ενώ για τις δημόσιες συμβάσεις έργων και τις δημόσιες συμβάσεις εκπόνησης μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, με

⁴ Άρθρο 345 παρ. 1 και 2 του Ν. 441/2016.

⁵ Βλ. Δ. Πυργάκη, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, 2017. Ενδεικτικά, Α.Ε.Π.Π. 103/2017 σκ. 14, 93/2017 σκ. 23 με περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία.

⁶ Άρθρο 379 παρ. 7 εδ. α' του Ν. 4412/2016.

⁷ Άρθρο 379 παρ. 7 εδ. β' και γ' του Ν. 4412/2016.

εκτιμώμενη αξία σύμβασης (χωρίς Φ.Π.Α.) ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ και κατώτερη από τα όρια των άρθρων 5 και 235 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύουν κάθε φορά, το χρονικό σημείο ένταξής τους στο πλαίσιο της αρμοδιότητας της Αρχής ολοκληρώνεται μετά την 1η Μαρτίου 2018. Μέχρι τότε για τις ως άνω διαφορές εφαρμόζεται το άρθρο 127, σε συνδυασμό με το άρθρο 376 παρ. 12 του νόμου. Τα προηγούμενα εδάφια της περίπτωσης αυτής εφαρμόζονται και στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων παραχώρησης έργων και υπηρεσιών με εκτιμώμενη αξία κατώτερη από το όριο του άρθρου 1 παρ. 2 περίπτωση α' του Ν. 4413/2016 (Α' 148), όπως ισχύει κάθε φορά.

Η τρίτη προϋπόθεση του παραδεκτού που πρέπει να πληρούται για την έγκυρη άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αφορά την εμπρόθεσμη κατάθεσή της, ήτοι εντός των προβλεπόμενων από το άρθρο 361 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 4 του ΠΔ 39/2017⁸ προθεσμιών. Σύμφωνα με το άρθρο 8 παρ. 3 του ΠΔ 39/2017, η προδικαστική προσφυγή ασκείται με κατάθεση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων) και κοινοποιείται με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Αρχή. Κρίσιμο είναι ότι με βάση το δεύτερο εδάφιο της οικείας παραγράφου, ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία ηλεκτρονικής καταχώρησης αυτής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Σε εξαιρετικές περιπτώσεις τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., η προδικαστική προσφυγή μπορεί να κατατίθεται ηλεκτρονικά στην Α.Ε.Π.Π. μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (e-mail), οπότε και ως ημερομηνία υποβολής της, θεωρείται η ημερομηνία παραλαβής της από την Α.Ε.Π.Π. Στα πλαίσια της εξέτασης της εμπρόθεσμης κατάθεσης της προσφυγής, ελέγχεται από τον αρμόδιο σχηματισμό της Α.Ε.Π.Π. η ορθότητα και η νομιμότητα των κοινοποιήσεων της προσβαλλόμενης πράξης στον προσφεύγοντα, ο χρόνος συντέλεσης μιας προσβαλλόμενης παράλειψης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, ο

⁸ 1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι:

α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή με τηλεομοιοτυπία (άρθρο 361 παρ. 1 περ. α' Ν. 4412/2016) ή β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας (άρθρο 361 παρ. 1 περ. β' ν. 4412/2016), άλλως γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δέκα πέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ' Ν. 4412/2016). 2. Σε περίπτωση παράλειψης, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την επόμενη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης (άρθρο 361 παρ. 2 Ν. 4412/2016).

χρόνος δημοσίευσης της διακήρυξης ανάλογα με το είδος του διαγωνισμού και περαιτέρω η ανάρτηση στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. μιας εκτελεστής πράξης της αναθέτουσας.

Περαιτέρω, η τέταρτη κατά σειρά προϋπόθεση είναι η χρήση του τυποποιημένου εντύπου, του οποίου η χρήση προβλέπεται στο σχετικό ΠΔ, ως υποχρεωτική⁹. Σκοπός της θέσπισης του τυποποιημένου εντύπου είναι ο περιορισμός του εύρους και της έκτασης των δικογράφων που συνήθως κατατίθενται ενώπιον των δικαστηρίων, δεδομένου ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση, πρόκειται για μία ενδικοφανή διαδικασία ενώπιον μιας Ανεξάρτητης Διοικητικής Αρχής που σκοπό έχει την ταχεία, άμεση και νομικά άρτια επίλυση των διαφορών που φέρονται ενώπιόν της, στη βάση του εξορθολογισμού της διαδικασίας παροχής έννομης προστασίας στο πλαίσιο των διαγωνισμών του δημοσίου. Ενόψει των ανωτέρω, προφανές ζητούμενο του τυποποιημένου εντύπου είναι να φέρονται προς κρίση ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. προσφυγές, οι οποίες θα έχουν ένα μέγεθος ευσύνοπτο, με περιεχόμενο λιτό, εύστοχο και ακριβές. Στην ίδια λογική, οι ασκούμενες προσφυγές, θα πρέπει ιδανικά να περιέχουν ένα σύντομο ιστορικό της φερόμενης προς κρίση ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. διαφοράς, να περιλαμβάνουν ορισμένους, ξεκάθαρους και διακριτούς, εφόσον διατυπώνονται πλείονες του ενός, λόγους προσφυγής και τέλος να καταλήγουν σε ένα σαφές και συγκεκριμένο αίτημα¹⁰, το οποίο δεν μπορεί να έχει διαφορετικό περιεχόμενο από την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας ή μιας παράλειψής της ή την ακύρωση της σύμβασης, η οποία έχει κατά την κρίση του προσφεύγοντος, συναφθεί παράνομα¹¹.

Τέλος, στο ίδιο το έντυπο, με το οποίο ασκείται η προδικαστική προσφυγή, οφείλει να σωρεύσει ο προσφεύγων και το αίτημά του για τη λήψη προσωρινών μέτρων κατά την έννοια του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 και του αντίστοιχου άρθρου 15 του ΠΔ 39/2017. Το αν η υποχρεωτική χρήση του τυποποιημένου εντύπου

⁹ Άρθρο 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016. Βλ. Α.Ε.Π.Π. 140/2017, σκ. 5.

¹⁰ Για την απόρριψη προδικαστικής προσφυγής λόγω παντελούς απουσίας συγκεκριμένου αιτήματος βλ. Α.Ε.Π.Π. 43/2017, σκ. 10-16.

¹¹ Άρθρο 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 3 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017. Η Αρχή έχει τη δυνατότητα σε περίπτωση προδικαστικής προσφυγής κατά διακήρυξης διαγωνισμού, να ακυρώσει συγκεκριμένο όρο ή όρους που προσβάλλονται με την ασκηθείσα προσφυγή και όχι το σύνολο της διακήρυξης, εφόσον πρόκειται για όρους, χωρίς τους οποίους είναι δυνατή η αδιατάρακτη διεξαγωγή του διαγωνισμού. Σε κάθε περίπτωση δεν έχει αρμοδιότητα να τροποποιήσει όρο ή όρους της διακήρυξης. Στα πλαίσια της αρχής της χρηστής διοίκησης και προκειμένου να διασωθεί από άποψη παραδεκτού μια ασκηθείσα προσφυγή και να εκεταστεί στην ουσία της, επί σκοπώ ουσιαστικής απονομής δικαιοσύνης, είναι δυνατό κατ' εξαίρεση να θεωρηθεί ότι αίτημά της δεν είναι η ζητούμενη τροποποίηση όρου ή όρων μιας διακήρυξης, αλλά κατ' ορθή ερμηνεία του αιτητικού της, η ακύρωσή του/τους (βλ. ενδεικτικά Α.Ε.Π.Π. 114/2017 σκ. 2).

πετυχαίνει απόλυτα τον σκοπό για τον οποίο θεσπίστηκε, δεν είναι δυνατόν να κριθεί ακόμα, αν και η εκτεταμένη χρήση του, δείχνει να διευκολύνει τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, ως προς τη σύνταξη και τη δομή του κειμένου της προσφυγής, ειδικά όταν δεν μεσολαβεί η συνδρομή νομικού. Εντούτοις, ανεξάρτητα από τις όποιες αιτιάσεις σε βάρος του, πρέπει να γίνει δεκτό ότι κινείται προς τη σωστή κατεύθυνση και λειτουργεί παιδευτικά για την ώρα, δεδομένου ότι στην ελληνική πραγματικότητα η πλειονότητα των νομικών δεν είναι εξοικειωμένη με τέτοιου είδους έντυπα, τα οποία δυνητικά σκοπούν στον περιορισμό μεταξύ άλλων και του αχρειαστού όγκου του περιεχομένου των δικογράφων των ενδίκων βοηθημάτων και ενδίκων μέσων.

Έτι περαιτέρω, η πέμπτη κατά σειρά προϋπόθεση του παραδεκτού αφορά την καταβολή του προβλεπόμενου εκ του νόμου, παραβόλου 0,50% επί της προϋπολογισθείσας αξίας χωρίς Φ.Π.Α. της σχετικής σύμβασης¹². Το σχετικό παράβολο πάντως δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να είναι κατώτερο των εξακοσίων ευρώ (600,00 €), αλλά ούτε και ανώτερο των δεκαπέντε χιλιάδων ευρώ (15.000,00 €). Εκτάκτως και στις περιπτώσεις που από τα έγγραφα της σύμβασης δεν προκύπτει η προϋπολογισθείσα αξία της, για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, καταβάλλεται το ελάχιστο ποσό των εξακοσίων ευρώ (600,00 €)¹³. Τέλος, προβλέπεται η δυνατότητα καταβολής παραβόλου για τμήμα ή τμήματα μόνο της σύμβασης, εφόσον παρέχεται από τους όρους του διαγωνισμού, η δυνατότητα υποβολής προσφοράς για τμήμα ή τμήματα της σύμβασης, οπότε ο υπολογισμός του παραβόλου γίνεται μόνο επί της αξίας του αντίστοιχου τμήματος ή των τμημάτων της σύμβασης, για τα οποία υποβλήθηκε η προσφορά και στα οποία αφορά η άσκηση της προσφυγής¹⁴. Η παρ. 4 του άρθρου 5 του ΠΔ 39/2017 ορίζει¹⁵ ρητά ότι το παράβολο καταβάλλεται κατά την κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής. Ουσιαστικά, ο προσφεύγων οικονομικός φορέας είναι υποχρεωμένος να επισυνάψει στο προβλεπόμενο τυποποιημένο έντυπο, με το οποίο ασκεί την προδικαστική προσφυγή του, α) εκτυπωμένο αντίγραφο ηλεκτρονικής πληρωμής του ποσού σε Τράπεζα, β) επικυρωμένη εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών ότι το ως άνω παράβολο, υπό τον

¹² Άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

¹³ Παρ. 1 εδ. β' του άρθρου 363 και του άρθρου 5 αντίστοιχα.

¹⁴ Παρ. 2 του άρθρου 363 και του άρθρου 5 αντίστοιχα.

¹⁵ Κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 363 παρ. 4 του Ν. 4412/2016: «Με τον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών της παρ. 7 του άρθρου 365 ορίζεται ο τρόπος και ο χρόνος κατάθεσης και είσπραξης του παραβόλου και ο τρόπος απόδειξης της είσπραξής του».

αντίστοιχο Κωδικό, φέρει την ένδειξη «πληρωμένο» καθώς και γ) βεβαίωση περί ελέγχου και δέσμευσης του ηλεκτρονικού παραβόλου από την Υπηρεσία που το αποδέχεται. Κατά συνέπεια, η υπό γ) βεβαίωση δέσμευσης του ποσού του παραβόλου, εκδίδεται από την Α.Ε.Π.Π. και αυτή κανονικά συνυποβάλλεται με την προσφυγή¹⁶. Το καταβληθέν παράβολο επιστρέφεται σε περίπτωση ολικής ή μερικής αποδοχής ή σιωπηρής απόρριψης της προσφυγής¹⁷, αλλά και σε περίπτωση ανάκλησης της προσβαλλόμενης πράξης ή όταν η αναθέτουσα προβεί στην οφειλόμενη νόμιμη ενέργεια, πριν την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της προσφυγής¹⁸.

Κλείνοντας την επισκόπηση των προϋποθέσεων του παραδεκτού για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., αυτό που πρέπει να ειπωθεί γενικά είναι ότι, πρόθεση της Αρχής είναι να κινείται στα άκρα όρια της διακριτικής της ευχέρειας και εντός των πλαισίων της νομιμότητας, προκειμένου να διασώζονται από άποψη παραδεκτού οι προσφυγές και να εξετάζονται στην ουσία τους, χάριν εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος και απονομής ουσιαστικής δικαιοσύνης.

2. Συνέπειες από την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής-Ανασταλτικό αποτέλεσμα της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής-Προθεσμίες

Η προθεσμία για την άσκηση της προσφυγής και η ίδια η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης, αλλά όχι την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας¹⁹. Κατ' εξαίρεση, η Αρχή μπορεί να διατάσσει και την άρση της απαγόρευσης για υπογραφή της σύμβασης, στην περίπτωση που η προσφυγή είναι προδήλως απαράδεκτη ή προδήλως αβάσιμη, οπότε και αρκεί η απλή μνεία του

¹⁶ Στην πράξη και στη λογική της διάσωσης των προσφυγών από τυπική άποψη και της ουσιαστικής εξέτασής τους, με σκοπό την απονομή ουσιαστικής δικαιοσύνης, η βεβαίωση που εκδίδει η Α.Ε.Π.Π. σχετικά με τη δέσμευση του ποσού του παραβόλου, ακόμα και αν δεν επισυνάπτεται στην προσφυγή, ωστόσο δεν προκύπτει αμφιβολία περί της καταβολής του, εφόσον έχει εκδοθεί η σχετική βεβαίωση από τον αρμόδιο υπάλληλο της Αρχής και υπάρχει το σώμα της βεβαίωσης στο αρχείο του οικείου τμήματος της Α.Ε.Π.Π., η προσφυγή δεν απορρίπτεται ως απαράδεκτη και εξετάζεται στην ουσία της.

¹⁷ Άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 4 του ΠΔ 39/2017. Η περίπτωση της σιωπηρής απόρριψης αναφέρεται μόνο στη δεύτερη διάταξη.

¹⁸ Άρθρο 17 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017.

¹⁹ Άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 6 του ΠΔ 39/2017.

γεγονότος αυτού, στο κείμενο της απόφασης²⁰. Οι συγκεκριμένες διατάξεις, αποτελούν κληρονομιά του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου²¹.

Σε κάθε περίπτωση, οι προθεσμίες που αναφέρονται στο άρθρο 9 του ΠΔ 39/2017 ορίζονται ως αποκλειστικές²².

3. Παρέμβαση

Στο άρθρο 7 ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 362 του Ν. 4412/2016 προβλέπεται η δυνατότητα κάθε τρίτου ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα, του οποίου τα συμφέροντα επηρεάζονται από την ασκηθείσα προσφυγή, να ασκήσει παρέμβαση²³ υπέρ της διατήρησης της προσβαλλόμενης με την προσφυγή πράξης/απόφασης της αναθέτουσας αρχής, εντός αποκλειστικής προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση σε αυτόν της προσφυγής. Η διαδικασία άσκησης της παρέμβασης είναι όμοια με εκείνη για την άσκηση της προσφυγής κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 8 του ΠΔ 39/2017. Ωστόσο, παρά την ασαφή διατύπωση του νόμου²⁴ προκύπτει ότι για την άσκηση της παρέμβασης δεν απαιτείται η προηγούμενη καταβολή παράβολου, όπως επίσης ότι δεν απαιτείται για τη νομότυπη άσκησή της η χρήση του τυποποιημένου εντύπου²⁵.

4. Δυνατότητα υποβολής υπομνήματος-Κατ' αντιμωλία ανάπτυξη ισχυρισμών- Προφορικότητα της διαδικασίας-Δυνατότητα αναβολής

Τόσο στο ΠΔ 39/2017 όσο και στον Ν. 4412/2016 δεν προβλέπεται σε οποιαδήποτε διάταξη, η κατ' αντιμωλία ανάπτυξη ισχυρισμών μεταξύ του προσφεύγοντος και της αναθέτουσας, όπως επίσης είναι σαφές ότι δεν υπάρχει προφορική ανάπτυξη ισχυρισμών είτε από την πλευρά του προσφεύγοντος ούτε από την πλευρά της αναθέτουσας ενώπιον του αρμόδιου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π.

²⁰ Άρθρο 15 παρ. 3 του ΠΔ 15 παρ. 3 του ΠΔ 39/2017.

²¹ Άρθρο 5 παρ. 2 του Ν. 3886/2010, όπως είχε συμπληρωθεί με το άρθρο 14 παρ.4 του Ν.4052/2012 (ΦΕΚ Α'41/01.03.2012) αντικαταστάθηκε από 02.04.2012 με τα άρθρα 63 παρ. 2 και 113 του Ν. 4055/2012 (ΦΕΚ Α' 51 12.03.2012).

²² Άρθρο 365 παρ. 8 του Ν. 4412/2016.

²³ Σχετικά με τη διεύρυνση των υποκειμενικών ορίων της διαφοράς, με την άσκηση παρέμβασης υπέρ της διατήρησης της προσβαλλόμενης πράξης, βλ. Α.Ε.Π.Π. 35/2017, σκ. 29 και 107/2017, σκ. 61.

²⁴ Άρθρο 362 παρ. 3 (πρβλ. και τη διατύπωση της παρ. 2 του ίδιου άρθρου) του Ν. 4412/2016 και άρθρο 7 παρ. 7 εδ. β'.

²⁵ Αν και στην πράξη, παρατηρείται αρκετές φορές οι παρεμβαίνοντες να κάνουν χρήση του τυποποιημένου εντύπου, γεγονός που δεν δημιουργεί κάποια παρατυπία στην άσκηση εκ μέρους τους, της παρέμβασης.

Χαρακτηριστική είναι και η διατύπωση στο κείμενο της υπ' αριθμ. 51/2017 γνωμοδότησης του τμήματος Ε' ΣτΕ, κατά το στάδιο επεξεργασίας των διατάξεων του εν λόγω ΠΔ, η οποία οδηγεί στο ανωτέρω συμπέρασμα²⁶.

Μοναδική περίπτωση που φαίνεται να υπάρχει η δυνατότητα κάμψης της αρχής της μη προφορικότητας της διαδικασίας εισάγεται με το άρθρο 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017, όταν η αναθέτουσα καλείται από τον οικείο σχηματισμό της Α.Ε.Π.Π., με κοινοποίηση προ τριών (3) ημερών σε αυτή, να εκθέσει τις απόψεις της, σχετικά με το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων εκ μέρους του προσφεύγοντος. Το ΠΔ δεν διευκρινίζει σχετικά, εντούτοις είναι προφανές ότι η αναθέτουσα, στο πλαίσιο της ταχείας διεκπεραίωσης της υπόθεσης ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., θα μπορούσε να εκθέσει και προφορικά τις απόψεις της²⁷.

Εξάλλου, δεν προβλέπεται από καμία διάταξη του νόμου ή του ΠΔ, η δυνατότητα αναβολής σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας μέχρι και την έκδοση της οριστικής απόφασης επί της προσφυγής. Εφόσον συνεπώς επιληφθεί μιας διαφοράς η Α.Ε.Π.Π. οφείλει το αργότερο εντός αποκλειστικής προθεσμίας εξήντα (60) ημερών από την κατάθεση της προσφυγής, όπως εκδώσει ρητή απόφαση επ' αυτής. Σε διαφορετική περίπτωση τεκμαίρεται η σιωπηρή απόρριψή της.

5. Προσωρινά Μέτρα

Ο προσφεύγων έχει δικαίωμα να σωρεύσει στην προδικαστική προσφυγή του, αίτημα για τη λήψη προσωρινών μέτρων, το οποίο στερείται αυτοτέλειας και ενσωματώνεται στο κείμενο της προσφυγής (στον οικείο χώρο που προβλέπεται στο τυποποιημένο έντυπο). Η απόφαση επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων,

²⁶ «Οι διατάξεις των παρ. 4 και 7 του άρθρου αυτού (ενν. 365 του Ν. 4412/2016) τροποποιήθηκαν, αντιστοίχως, με τις παρ. 5 και 6 του άρθρου 49 του Ν. 4456/2017, με τις οποίες στην μεν παρ. 4 του άρθρου 365 ο όρος «συζήτηση της προσφυγής» αντικαταστάθηκε από τον όρο «εξέταση της προσφυγής», στη δε παρ. 7 του άρθρου 365 διαγράφηκαν από τα προς τα προς ρύθμιση με τον κανονισμό θέματα «η κλήση των μερών» και η «εκπροσώπηση τους κατά την ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. διαδικασία». Εκ των ανωτέρω ρυθμίσεων του νόμου, αλλά και από τις αντίστοιχες διατάξεις του άρθρου 13 του σχεδίου διατάγματος, συνάγεται ότι η προδικαστική προσφυγή δεν εξετάζεται πλέον σε δημόσια συνεδρίαση (συζήτηση), αλλά σε κλειστή εν συμβουλίω διαδικασία, στην οποία δεν παρίστανται τα μέρη. Ενόψει των ανωτέρω, η ρύθμιση του εδαφίου β' της παρ. 4 του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 και η αντίστοιχη ρύθμιση της παρ. 3 του άρθρου 13 του σχεδίου (ενν. του ΠΔ), με τις οποίες ορίζεται ότι η ημέρα και ώρα εξέτασης της προσφυγής κοινοποιείται στον προσφεύγοντα, στην αναθέτουσα αρχή και στον έχοντα δικαίωμα παρεμβάσεως, ανεξαρτήτως του ότι είναι πλέον αμφίβολη η σκοπιμότητα διατηρήσεώς της, δεν δημιουργούν, πάντως, ουσιώδη τύπο της διαδικασίας και η παράλειψη των ως άνω κοινοποιήσεων δεν επάγεται ακυρότητα της απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της προσφυγής. [...]»

²⁷ Στην πράξη πάντως, οι απόψεις της αναθέτουσας κοινοποιούνται στην Α.Ε.Π.Π. στη συντριπτική πλειονότητα των περιπτώσεων, εγγράφως.

εκδίδεται εντός αποκλειστικής προθεσμίας δέκα (10) ημερών από τη χρέωση της υπόθεσης στο αρμόδιο κλιμάκιο. Ουσιαστικά, διαπιστώνεται μία αντιστροφή του συστήματος σε σχέση με το προϊσχύσαν νομοθετικό πλαίσιο υπό το πρίσμα του Ν. 3886/2010. Εκεί, προηγείτο η προδικαστική προσφυγή ενώπιον της αναθέτουσας και ακολουθούσε κατά της απόφασης της τελευταίας, η αίτηση για τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του ΣτΕ. Όπως ήδη όμως ειπώθηκε, πλέον το αίτημα για τη λήψη προσωρινών μέτρων δεν έχει αυτοτέλεια και συνεπακόλουθα, οι αποφάσεις επί των προσωρινών μέτρων δεν προσβάλλονται αυτοτελώς. Μοναδική δυνατότητα δικαστικού ελέγχου παραμένει, ο ακυρωτικός έλεγχος της οριστικής απόφασης επί της προδικαστικής από το ΔΕφ και εκτάκτως από το ΣτΕ²⁸.

Κομβικής σημασίας, στο νέο σύστημα απονομής δικαιοσύνης, παραμένει και η κατ' εξαίρεση δυνατότητα αυτεπάγγελτου ελέγχου για χορήγηση προσωρινών μέτρων εκ μέρους του οικείου Κλιμακίου της Αρχής, ακόμα και αν δεν σωρεύεται σχετικό αίτημα από τον προσφεύγοντα, εντός όμως των πλαισίων του αιτήματος της προσφυγής²⁹. Σε συνέχεια της ανωτέρω διάταξης, αναγνωρίζεται η ευρεία ευχέρεια που προσδίδει ο νόμος και το ΠΔ στην Αρχή ως προς τα προσωρινά μέτρα που μπορεί αυτή να λάβει, κατά την εκτίμηση της φερόμενης προς κρίση ενώπιόν της, προδικαστικής προσφυγής (πρβλ. και τη συνολική διατύπωση του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 15 του ΠΔ 39/2017).

6. Φύση των αποφάσεων της Αρχής

Βάσει του ισχύοντος νομοθετικού καθεστώτος η φύση των αποφάσεων της Αρχής είναι διττή. Με τον τρόπο που καθορίζονται οι εξουσίες της εντός των πλαισίων του νόμου και του ΠΔ, η Α.Ε.Π.Π. αναλαμβάνει εν μέρει τον ρόλο των Επιτροπών Ενστάσεων της αναθέτουσας ως προς την κρίση που εκφέρει επί της προδικαστικής προσφυγής και εν μέρει τον ρόλο του ΣτΕ σε ό,τι αφορά τη λήψη απόφασης επί τους αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων (ασφαλιστικών μέτρων κατά τον Ν. 3886/2010), όπως αποτυπώνονταν στο προϊσχύσαν νομοθετικό καθεστώς. Επιπλέον, από το συνολικό πλέγμα των διατάξεων που διέπουν την προδικαστική προσφυγή, συνάγεται ότι η Αρχή έχει εξουσία ελέγχου νομιμότητας και

²⁸ Άρθρο 372 του Ν. 4412/2016.

²⁹ «...ή αυτεπαγγέλτως...» κατά το άρθρο 366 παρ. 1 και το άρθρο 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017. Όμοια διάταξη υπήρχε και στο προϊσχύσαν δίκαιο, στην παρ. 4 του άρθρου 5 του Ν. 3886/2010 (ΣτΕ Ασφ 49/2015).

μόνο των προβαλλόμενων λόγων προσφυγής, δεδομένου ότι οδηγείται αποκλειστικά σε ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας³⁰. Ωστόσο, είναι εξίσου σαφές ότι ταυτόχρονα υπάρχει εκτεταμένος ουσιαστικός έλεγχος της προσβαλλόμενης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας, προκειμένου να σχηματίσει η Αρχή «δικανική» πεποίθηση επί των προβαλλόμενων λόγων προσφυγής. Πρόκειται για μία καινοφανή περίπτωση απονομής δικαιοσύνης, η οποία δεν έχει προηγούμενο στα ελληνικά δεδομένα. Μέχρι σήμερα ήταν γνωστά στην ελληνική έννομη τάξη αφενός τα δικαστήρια ουσίας και αφετέρου τα δικαστήρια που περιορίζονταν σε έλεγχο νομιμότητας, με σαφώς διακριτούς ρόλους μεταξύ τους.

Σε κάθε περίπτωση, οι αποφάσεις της Αρχής αποτελούν εκτελεστές διοικητικές πράξεις, οι οποίες ακυρώνουν είτε την προσβαλλόμενη πράξη είτε την προσβαλλόμενη παράλειψη της αναθέτουσας, εν μέρει ή εν όλω, ενώ όπως ήδη εκτέθηκε και ανωτέρω δεν προβλέπεται η δυνατότητα τροποποίησης όρων της διακήρυξης, αλλά μόνο ακύρωσης επιμέρους όρου ή όρων της, εφόσον οι υπόλοιποι όροι του κειμένου της μπορούν να υποστηρίξουν την ομαλή διεξαγωγή του διαγωνισμού, χωρίς τον ακυρωθέντα όρο ή όρους. Τέλος, εκ του νόμου, καθίσταται υποχρεωτική η συμμόρφωση της αναθέτουσας με το διατακτικό της απόφασης της Α.Ε.Π.Π.³¹.

7. Παραίτηση από την προσφυγή-Ανάκληση της προσβαλλόμενης πράξης εκ μέρους της αναθέτουσας

Μέχρι και την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής, επιτρέπεται στον προσφεύγοντα η υποβολή δήλωσης παραίτησης από την προσφυγή, με τις προϋποθέσεις που θέτει η παρ. 2 του άρθρου 16 του ΠΔ 39/2017. Με την υποβολή της δήλωσης παραίτησης, αποδίδεται το παράβολο στον προσφεύγοντα και η προσφυγή τίθεται στο αρχείο. Ανάκληση της παραίτησης απαγορεύεται.

Ομοίως, όταν – και πάλι πριν την έκδοση οριστικής απόφασης – η αναθέτουσα αρχή ανακαλέσει την προσβαλλόμενη πράξη ή προβεί στην ενέργεια που καλύπτει την προσβαλλόμενη παράλειψη, το καταβληθέν παράβολο επιστρέφεται στον προσφεύγοντα και η προσφυγή τίθεται στο αρχείο με πρακτικό που υπογράφεται από τον προεδρεύοντα και τον γραμματέα του οικείου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π.

³⁰ Άρθρο 18 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

³¹ Άρθρο 367 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 18 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017.

8. Σχέση με άλλες διοικητικές προσφυγές

Το άρθρο 360 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 ορίζει ρητά ότι: *«Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παρ. 1»*³². Σύμφωνα με την ανωτέρω διάταξη, καθίσταται σαφές πέραν πάσης αμφιβολίας ότι, πρόθεση του νομοθέτη ήταν η κατάργηση κάθε άλλης ενδικοφανούς προσφυγής κατά το προσυμβατικό στάδιο της ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και η επίλυση των διαφορών που αναφύονται, κατά τη διεξαγωγή διαγωνιστικών διαδικασιών μόνο μέσω της προδικαστικής προσφυγής του Ν. 4412/2016.

Υπό την έννοια αυτή, η ειδική διοικητική προσφυγή του άρθρου 227 του Ν. 3852/2010 πρέπει να θεωρείται καταργημένη, σε ό,τι αφορά την προσβολή αποφάσεων αναθετουσών αρχών για λόγους νομιμότητας, κατά τη διεξαγωγή δημοσίων διαγωνισμών από Οργανισμούς Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ο.Τ.Α.) α' και β' βαθμού, των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου αυτών και των συνδέσμων τους (μεταξύ αυτών οι Αναπτυξιακοί Σύνδεσμοι, οι Δημοτικές Επιχειρήσεις Ύδρευσης Αποχέτευσης, κλπ.). Ωστόσο, ο αυτεπάγγελτος έλεγχος νομιμότητας που προβλέπεται από το άρθρο 225 του ίδιου νόμου, ο οποίος μάλιστα ορίζεται υποχρεωτικός, παραμένει κανονικά σε ισχύ αναφορικά με την ανάθεση έργων, υπηρεσιών, μελετών και προμηθειών, σύμφωνα με την υπό β) περίπτωση της παρ. 1 του εν λόγω άρθρου.

Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, είναι προφανής ο κίνδυνος έκδοσης αντιφατικών αποφάσεων, σε περίπτωση που σε συγκεκριμένο διαγωνισμό, με αναθέτουσα αρχή, κάποιον από τους φορείς που αναφέρονται στα υπό κρίση άρθρα, επιληφθεί τόσο η Αρχή, κατόπιν άσκησης προδικαστικής προσφυγής ενώπιόν της, όσο και η εποπτεύουσα υπηρεσία του άρθρου 225, ασκώντας τον προβλεπόμενο εκ του νόμου, αυτεπάγγελο έλεγχο νομιμότητας. Ο κίνδυνος δε επιτείνεται, δεδομένου ότι δεν υπάρχει επάλληλη ιεραρχική σχέση μεταξύ της Α.Ε.Π.Π. και της εποπτεύουσας υπηρεσίας του άρθρου 225, αλλά ούτε αναγνωρίζεται χρονική

³² Η διατύπωση αυτή επαναλαμβάνεται πανομοιότυπη και στο άρθρο 3 παρ. 3 του ΠΔ 39/2017.

προτεραιότητα σε κάποια από τις δύο διαδικασίες, έτσι ώστε η έναρξη της μίας να αποκλείει την έναρξη και της άλλης ή η έκδοση απόφασης κατά τη διαδικασία του άρθρου 225 του Ν. 3851/2010 να λειτουργεί δεσμευτικά και να αποτρέπει την έκδοση αντιφατικής απόφασης κατά τη διαδικασία ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. και το αντίστροφο. Η ανάγκη νομοθετικής μεταρρύθμισης για την αποτροπή ενδεχόμενων συγκρούσεων καθίσταται προφανής.

9. Επίλογος

Κλείνοντας, πρέπει να επισημανθεί ότι σκοπός της Αρχής, σύμφωνα και με την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016 είναι η επιτάχυνση της διαδικασίας επίλυσης των διαφορών που ανακύπτουν σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, η παροχή εγγύων αντικειμενικής κρίσης και ο εν γένει εξορθολογισμός της διαδικασίας παροχής έννομης προστασίας κατά τη διεξαγωγή διαγωνιστικών διαδικασιών. Η ίδια η Αρχή ως ανεξάρτητο κεντρικό όργανο παρέχει υψηλά εγγύα θεσμικής και λειτουργικής ανεξαρτησίας σε σχέση με τις αναθέτουσες, όπου ο κρίνων γινόταν και κρινόμενος και είναι περαιτέρω σαφές ότι σκοπεύει στη βελτίωση της αποτελεσματικότητας του συστήματος έννομης προστασίας, την εμπέδωση της εμπιστοσύνης στον νέο θεσμό απονομής δικαιοσύνης, με απώτερο στόχο να ελαφρύνει τον φόρτο των δικαστηρίων. Κατ' επέκταση, σκοπός του νομοθέτη είναι η διασφάλιση της νομιμότητας κατά τη διεξαγωγή των διαγωνιστικών διαδικασιών του δημοσίου, η επαύξηση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών ανάθεσης και τέλος, η διευκόλυνση της συμμετοχής των επιχειρήσεων στις διαγωνιστικές διαδικασίες.

Είναι δεδομένο ότι το ογκωδέστατο κείμενο του Ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με τις ελλείψεις και τις ασάφειες που υπάρχουν στα κατ' εξουσιοδότηση εκδοθέντα εκτελεστικά ΠΔ που αφορούν τη λειτουργία της Αρχής, σχηματίζουν ένα εν μέρει επισφαλές νομοθετικό πλαίσιο λειτουργίας της προδικαστικής προσφυγής. Τα ζητήματα που ανακύπτουν από την εφαρμογή των διατάξεων στην πράξη, καθώς και οι ελλείψεις που παρατηρούνται για την ώρα σε υλικοτεχνική υποδομή, η προσωρινή υποστελέχωση της Αρχής, η ελλιπής γραμματειακή υποστήριξη, επιτείνουν τις αντικειμενικές δυσχέρειες που υπάρχουν στο ξεκίνημα. Ωστόσο, ο όγκος των μέχρι σήμερα εκδοθέντων αποφάσεων, η πληρέστατη νομική θεμελίωσή τους, χωρίς να εξαντλούνται τα άκρα χρονικά όρια των προθεσμιών που θέτει ο νόμος, από μόλις 6 κλιμάκια, σχεδόν τα μισά από όσα προβλέπει ο νόμος, η άριστη συνεργασία της

Αρχής με τους οικονομικούς φορείς και τις αναθέτουσες, αφήνουν τις καλύτερες υποσχέσεις για την επιτυχία του θεσμού της προδικαστικής προσφυγής και την αναγνώριση της Αρχής ως θεματοφύλακα των αρχών της διαφάνειας, της αμεροληψίας και της προστασίας του υγιούς ανταγωνισμού σε διαγωνισμούς συμβάσεων του δημοσίου.